UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

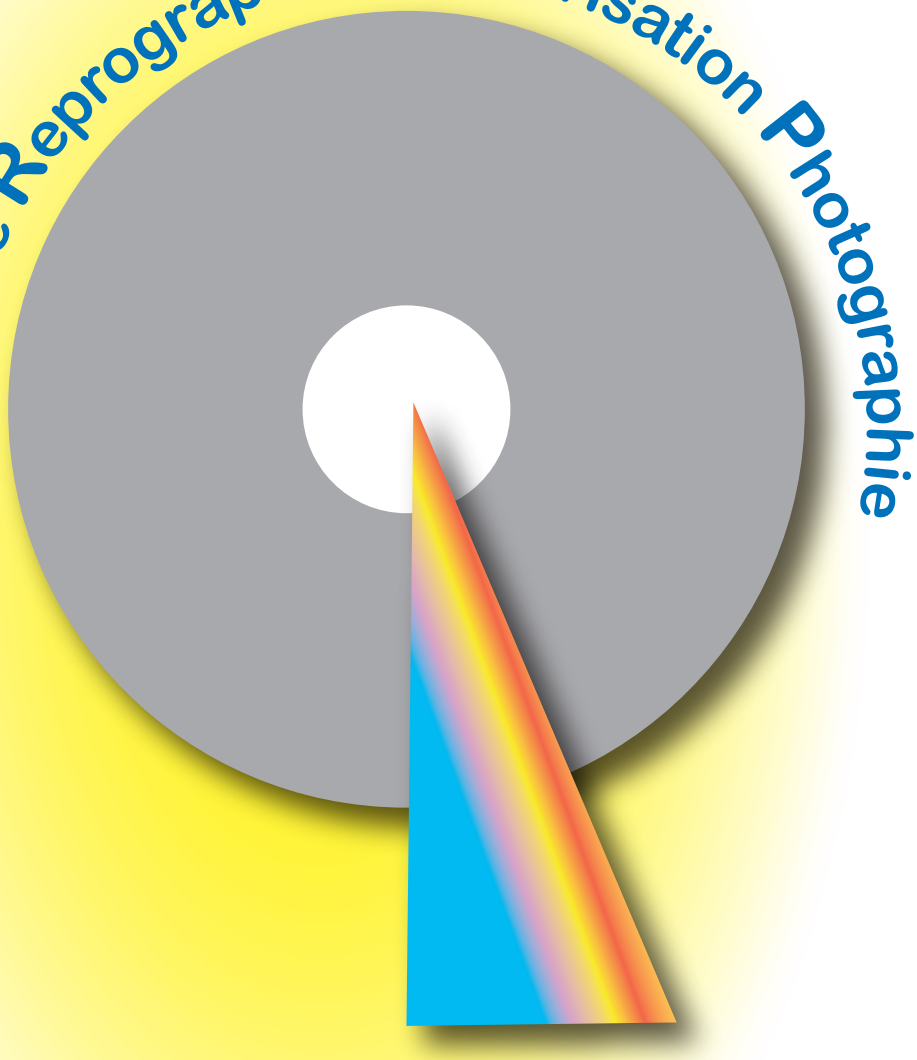
Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

SERVICE COMMUN DOCUMENTATION
UNIVERSITÉ NANCY 2

Atelier de Reprographie Numérisation Photographie



Ce disque est un document de recherche.
Il ne peut en aucun cas être utilisé et reproduit
dans un but commercial et sans l'autorisation de l'auteur.
Loi du 11 mars 1957

DN 1992/3/Bis/I

UNIVERSITE DE NANCY II
FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

LA TECHNIQUE DES QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES

BIBLIOTHÈQUE INTERUNIVERSITAIRE NANCY

THESE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT
(Doctorat d'état - Droit privé)

présentée et soutenue publiquement le 30 juin 1992

par

Xavier HENRY

Tome 1

Membres du jury

Président : **Monsieur Bernard GROSS,**
Professeur à l'Université de NANCY II

Suffragants : **Monsieur Philippe BIHR,**
Professeur à l'Université de NANCY II
Monsieur Philippe DELEBECQUE,
Professeur à l'Université d'AIX-MARSEILLE III
Monsieur Gilles GOUBEAUX,
Professeur à l'Université de NANCY II
Monsieur Philippe REMY,
Professeur à l'Université de POITIERS

CORPS ENSEIGNANT
Année universitaire 1991-1992

DOYENS HONORAIRES — MM. ROBLOT, TALLON, BENTZ, GROSS

PROFESSEURS HONORAIRES — MM. TROTABAS, LESCOT, WALINE, TEITGEN, MARCHAL, IMBERT

PROFESSEURS EMERITES

M. ROBLOT, Professeur de droit commercial
M. CHAUMONT, Professeur de droit international
M. VITU, Professeur de droit pénal
M. GENDARME, Professeur d'économie politique

PROFESSEURS

MM.	JAQUET Paul	Professeur de droit public
	COUDERT Jean	Professeur d'histoire du droit
	BORELLA François	Professeur de droit public
	GROSS Bernard	Professeur de droit privé
	LACOMBE Jean	Professeur de droit privé
	GOUBEAUX Gilles	Professeur de droit privé
	GUYOT Fernand	Professeur d'économie politique
	CHARPENTIER Jean	Professeur de droit public
	MERLE Philippe	Professeur de droit privé
Mme	PATAULT Anne-Marie	Professeur d'histoire du droit
MM.	RAY Jean-Claude	Professeur d'économie politique
	DRUESNE Gérard	Professeur de droit public
	WEBER Yves	Professeur de droit public
	SEUROT François	Professeur de sciences économiques
Mme	GEBLER Marie-Josèphe	Professeur de droit privé
MM.	ALLOUCHE José	Professeur de sciences de gestion
	DUGAS DE LA BOISSONNY Christian	Professeur d'histoire du droit
	SEUVIC Jean-François	Professeur de droit privé
	THEVENOT Jacques	Professeur de sciences de gestion
	MOUTON Jean-Denis	Professeur de droit public
	BUZELAY Alain	Professeur de sciences économiques
	JACQUOT François	Professeur de droit privé
Mme	GAY Marie-Thérèse	Professeur d'histoire du droit
MM.	HERAUD Jean-Alain	Professeur de sciences économiques
	ARNOULD Daniel	Professeur de sciences économiques

	AUDEOUD Olivier	Professeur de droit public
	BIHR Philippe	Professeur de droit privé
	LECAILLON Jean-Didier	Professeur de sciences économiques
	GILARDI Jean-Claude	Professeur de sciences de gestion
	LE POTTIER Jacques	Professeur de sciences économiques
	JACQUET Dominique	Professeur de sciences de gestion
Mme	FORTIS Elisabeth	Professeur de droit privé

MAITRES DE CONFERENCES

Mme	LOGETTE Aline	Maître de conférences d'histoire du droit
MM.	BILLORET Jean-Louis	Maître de conférences de sciences économiques
	DUCROS Jean-Claude	Maître de conférences de droit public
	BOURION Christian	Maître de conférences de sciences économiques
	GOSSEREZ Christian	Maître de conférences de droit public
	BOURGAUX Claude	Maître de conférences de droit privé
	BARDELLI Pierre	Maître de conférences de sciences économiques
	ANTOINE Alain	Maître de conférences de sciences économiques
	BEAUFORT Jean-Louis	Maître de conférences de droit privé
	PELLISSIER Dominique	Maître de conférences de sciences économiques
Mmes	JAEGER Mireille	Maître de conférences de sciences économiques
	CHARDIN France	Maître de conférences de droit privé
MM.	DEREU Yves	Maître de conférences de droit privé
	ROSE José	Maître de conférences de sciences économiques
	GERMAIN Eric	Maître de conférences de droit public
Melle	MANSUY Francine	Maître de conférences de droit privé
MM.	LUISIN Bernard	Maître de conférences de droit public
	KESSLER Francis	Maître de conférences de droit privé
	VENANDET Guy	Maître de conférences de droit privé
	ANDOLFATTO Dominique	Maître de conférences de sciences politiques
	LAMBERT Thierry	Maître de conférences de droit privé

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, les opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

A ma famille et mes amis, pour leur grande patience...

PRINCIPALES ABREVIATIONS

adde	:	ajouter
Administrer	:	
AJDA	:	Actualité juridique de droit administratif
al.	:	alinéa
AJPI	:	Actualité juridique de la propriété immobilière
ALD	:	Actualité législative Dalloz
Ann. Fac... (nom de ville)	:	Annales de la faculté de ... (nom de ville)
Ann. loyers	:	Annales des loyers
art.	:	article
art. D.	:	partie réglementaire
art. L.	:	partie législative
Ass. nat.	:	Assemblée Nationale
Ass.	:	Assemblée
Ass. plén.	:	Assemblée plénière
BRDA	:	Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre
Bull. civ.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile
Bull. crim.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
Bull. Joly	:	Bulletin Joly mensuel d'information des sociétés
Bull. transp.	:	Bulletin des transports
Cah. jur. électr.-gaz	:	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
C. civ.	:	Code civil
C. com.	:	Code de commerce
Cass. civ., com., crim., soc., req.	:	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile, commerciale, criminelle, sociale ou des requêtes
Cep.	:	Cependant
Cf.	:	confrontez ; voir
CGI	:	Code général des impôts

Ch.	:	Chambre
Ch. réun.	:	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
chr.	:	chronique
Comp.	:	comparer
Concl.	:	conclusions
Cons. Constit.	:	Conseil Constitutionnel
Cons. d'Et.	:	Arrêt du Conseil d'Etat
contra	:	solution contraire
Contr. conc. cons.	:	Contrat concurrence consommation
D	:	Dalloz Sirey (Recueil)
DA	:	Dalloz analytique
DC	:	Dalloz critique
Defrénois	:	Répertoire du notariat Defrénois
DH	:	Dalloz hebdomadaire
Doc. Ass. nat.	:	Document parlementaire annexe au procès-verbal de la séance de...
Doc. Sénat	:	Document parlementaire annexe au procès-verbal de la séance de...
doct.	:	doctrine
DP	:	Dalloz périodique
Dr. soc.	:	Droit social
éd. ou édit.	:	édition
Gaz. Pal.	:	Gazette du Palais
IR	:	Informations rapides
ibid	:	au même endroit
infra	:	ci-dessous
J.-Cl Civil (ou Sociétés, etc.)	:	Juris-Classeurs
JCP	:	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)
éd. N ou G ou E ou CI	:	édition notariale ou générale ou entreprise ou commerce et industrie
JO	:	Journal officiel
JOCE	:	Journal officiel des Communautés européennes
JO déb. Ass. nat. ou Sénat	:	Journal officiel des débats parlementaires

Journ. not.	:	Journal des notaires et des avocats
Juris-Data	:	Juris-Data (Banque de données juridiques)
L.	:	Loi
Loyers et copr.	:	Revues menseulles des Juris-classeurs : loyers et copropriété
loc. cit.	:	à l'endroit précité
not.	:	notamment
n°	:	numéro
obs.	:	observations
op. cit.	:	ouvrage précité
Ord.	:	Ordonnance
p.	:	page
pan.	:	panorama
Paris, Amiens... (nom de ville)	:	Cour d'appel de... (nom de ville)
par ex.	:	par exemple
Petites Affiches	:	Les Petites Affiches
Prat.	:	Pratique
Quot. jur.	:	Quotidien juridique - Journal spécial des sociétés
Rappr.	:	Rapprocher
Rec. Cons. d'Et.	:	Recueil des décisions du Conseil d'Etat («Lebon»)
rectif.	:	Rectificatif
Réf.	:	Référence
Rép. civ. Dalloz (ou sociétés etc.)	:	Encyclopédie Dalloz
Rép. min.	:	Réponse ministérielle
Rev. Alsace-Lorraine	:	Revue d'Alsace-Lorraine
Rev. assurances	:	Revue des assurances
Rev. Banque	:	Revue Banque
Rev. crit. lég. jurispr.	:	Revue critique
Rev. dr. aff. int.	:	Revue de droit des affaires internationales
Rev. dr. bancaire et bourse	:	Revue de droit bancaire et de la bourse
Rev. dr. rur.	:	Revue du droit rural
Rev. ferm.	:	Revue des fermages

Rev. fr. dr. aérien	:	Revue française de droit aérien
Rev. gén. air	:	Revue générale de l'air
Rev. int. dr. comp.	:	Revue internationale de droit comparé
Rev. huiss.	:	Revue des huissiers de justice
Rev. rech. jur.	:	Revue recherche juridique
Rev. jurispr. com.	:	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. loyers	:	Revue des loyers et des fermages
Rev. sc. crim.	:	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
Rev. sc. législ. fr.	:	Revue de science et de législation financière
Rev. sociétés	:	Revue des sociétés
RJF	:	Revue de jurisprudence fiscale
RTD civ.	:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	:	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	:	Sirey (recueil)
s.	:	suivants
somm.	:	sommaire
spéc.	:	spécialement
supra	:	ci-dessus
T.	:	Tome
Tb.	:	tribunal
Tb. civ., com ou corr.	:	tribunal civil, de commerce ou correctionnel
TGI	:	tribunal de grande instance
V.	:	Voyez
v°	:	verbo
Vie jud.	:	La vie judiciaire
Vol.	:	Volume
§	:	paragraphe

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE TECHNIQUE DES QUALIFICATIONS ET STRUCTURE DU CONTRAT

TITRE 1 LA STRUCTURE INTERNE DE QUALIFICATION

SOUS-TITRE 1 LES ELEMENTS DE LA STRUCTURE : LES OBLIGATIONS

SOUS-TITRE 2 LA HIERARCHISATION DES OBLIGATIONS D'UNE PARTIE.

SOUS-TITRE 3 LA STRUCTURE DE QUALIFICATION

TITRE 2 LA STRUCTURE EXTERNE DE QUALIFICATION

SOUS-TITRE 1 STRUCTURE EXTERNE ET THEORIE DE L'OBJET : L'OBJET DE LA PRESTATION

SOUS-TITRE 2 STRUCTURE EXTERNE ET ENVIRONNEMENT HUMAIN : LA QUALITE DES PARTIES

SOUS-TITRE 3 STRUCTURE EXTERNE ET THEORIE DE LA CAUSE : L'EXEMPLE DES GROUPES DE CONTRATS

SECONDE PARTIE TECHNIQUE DES QUALIFICATIONS ET STRUCTURE DU REGIME

TITRE 1 : LES CONTRATS SIMPLES : LA QUALIFICATION-REDUCTION

TITRE 2 : LES CONTRATS MIXTES

TITRE 3 LES CONTRATS PAR FUSION

INTRODUCTION

Pour faciliter la lecture, deux types de notes seront distingués par leur appel :

1 désigne une note de renvoi ou de bibliographie

(1) désigne une note dont le contenu complète le texte

1.- Tâche quotidienne de tous les juristes[1], la qualification[2] consiste à déterminer la nature d'un «phénomène concret»[3] au regard des catégories juridiques existantes[4]. La généralité qui s'attache à toute règle de droit donne à cette opération un champ d'application extrêmement large : il est possible de qualifier un objet matériel (meuble ou immeuble), un fait juridique (fautif ou pas), un acte juridique (contrat ou acte unilatéral ; location ou transport), etc. A la charnière du droit et du fait[5], la

---

(1)BATIFFOL et LAGARDE, «Droit international privé», T.1, 7e édit., 1981, n°298.

(2)Plusieurs thèses de grande qualité ont été consacrées à la qualification des contrats : F. TERRE, «L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications», Thèse LGDJ 1959 ; M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977 ; D. GRILLET-PONTON, «Essai sur le contrat innommé», Thèse Lyon III 1982.
Adde pour une perspective plus générale : H. CROZE, «Recherche sur la qualification en droit processuel français», Thèse Lyon 1981.

(3)Le terme est volontairement vague et il n'inclut pas les règles juridiques qui peuvent aussi être qualifiées mais l'essentiel était d'écarter celui de «fait» qui est chargé des sens les plus divers, spécialement en matière juridique.

(4)Il est facile de reconnaître dans cette définition la formule du Vocabulaire de CAPITANT («Vocabulaire juridique», 1936, p.397) : «détermination de la nature d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes». Bien qu'abondamment reprise, cette définition soulève deux objections : d'une part, le terme de rapport de droit paraît trop étroit (un bien est-il un rapport de droit ?) ; d'autre part, la qualification, spécialement en matière contractuelle, peut aboutir à classer la situation à qualifier dans une catégorie nouvelle (v. F. TERRE, «Introduction générale au droit», 1991, n°364).
Sur la définition du terme qualification, v. aussi : G. CORNU, «Vocabulaire juridique», 2e édit., v° Qualification ; R. PERROT, «De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques», Thèse Paris 1947, n°128 ; Ph. MALAURIE, «Les contrats contraires à l'ordre public», Thèse Paris 1951, Edit. 1953, n°240, p.168 («il faut incorporer l'acte juridique dans le système du droit») ; F. TERRE, Thèse précitée, n°2 ; J.-F. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», LGDJ 1969, p.14-15 ; H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux 1968, p.179 («opération inverse de la classification») ; H. CROZE, Thèse précitée, n°16 et n°101-102 ; Ph. DELEBECQUE, «Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix-Marseille III, n°251, p. 284 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°151, n°165 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, « Les contrats spéciaux », 1991, n°7 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, «Les contrats spéciaux», n°24 ; J. BORE, note D. 1986, p.120, spéc. p.121 («identification d'une situation de fait, souverainement constatée, à une notion visée par la loi»).
Il convient de rappeler que le terme de qualification recouvre plusieurs sens : un modèle ou une catégorie (la vente) ; l'opération permettant de déterminer la nature du contrat (tel contrat est-il une vente ?) ; le résultat de cette opération (M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, note 95, p.47 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°2 et n°4 ; H. CROZE, Thèse précitée, n°3).

(5)Pour le terme de charnière : R. MARTIN, «Retour sur la distinction du fait et du droit», D. 1987, p.272, spéc. n°12, p.274.

qualification constitue un élément essentiel d'un système de réalisation méthodique du droit[1], qui concerne à la fois le droit substantiel et le droit processuel[2].

Dans une optique processuelle, l'enchaînement des différentes étapes qu'une telle opération nécessite est souvent présenté sous une forme syllogistique, inspirée de la démarche logique devant gouverner l'intervention du juge[3]. «La majeure désigne la norme juridique dont l'application est envisagée, la mineure rapporte la situation litigieuse soumise à qualification, tandis que la conclusion détermine la catégorie adéquate ainsi que les conséquences qui s'y attachent»[4].

Selon une présentation différente[5], la qualification met en cause trois éléments : le fait au sens large, qui constitue l'objet à qualifier, et la norme juridique avec ses deux composantes traditionnelles, ses conditions d'application (la «présupposition») et ses effets juridiques (la sanction). La présupposition exprime les conditions exigées du fait pour que lui soit appliquée la règle juridique contenue dans la sanction. Par exemple, le comportement d'un délinquant peut être qualifié de vol s'il correspond à une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui et le juge qui rencontre un tel comportement doit prononcer la peine prévue par la loi. En transposant ce raisonnement au contrat, la situation de fait à qualifier est constituée par un accord de volontés créateur d'obligations. La sanction correspond au régime juridique prévu par la loi pour un contrat nommé ou aux règles progressivement dégagées par la jurisprudence pour une convention innommée. Quant à la présupposition, elle regroupe les critères de qualification et correspond à un modèle[6] de contrat identifié par certaines de ses caractéristiques.

Pour l'interposition entre le droit et le fait : Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n°241, p.168 : «c'est à mi-chemin entre l'abstrait et le concret que se présente la qualification» ; MARTY et RAYNAUD, «Introduction générale à l'étude du droit», 2ème édit., n°131.

(1) R. MARTIN, «La règle de droit adéquate dans le procès civil», D. 1990, p.163, n°2 ; H. MOTULSKY, «Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé», LGDJ 1948, spéc. n°22, n°44-45, n°54 et s., n°76.

(2) V. en ce sens : H. CROZE, Thèse précitée, n°3 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°170.

(3) Sur cette présentation, v. par exemple : H. MOTULSKY, op. cit., n°48 et s. ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3e édit., n°52 et s. ; G. CORNU, «Introduction - Les personnes - Les biens», 1991, n°190 et s. ; J. DEVEZE, note D. 1983, p.289 et s., spéc. p.290.

(4) D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°151.
Dans cette présentation, la qualification correspond à l'ensemble du syllogisme et, plus spécifiquement, au rapprochement de la majeure et de la mineure («subsumption»). Pour certains auteurs, la mineure se divise en deux branches : la constatation du fait et sa qualification (v. en ce sens : G. CORNU, «Introduction», précitée, n°191 et n°194 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°52).

(5) V. notamment, avec les références citées : H. MOTULSKY, op. cit., n°16-17, n°26 ; H. CROZE, Thèse précitée, n°58 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°131 ; R. MARTIN, chr. précitée, D. 1987, p.273, n°11 ; B. ANCEL, «L'objet de la qualification», Clumet 1980, p.227 et s., spéc. p.228 (hypothèse et sanction).

(6) R. MARTIN, chr. précitée, D. 1987, p.273, n°10.

2.– Cette seconde présentation s'avère mieux adaptée à une approche axée sur le droit substantiel, laquelle conduit à s'intéresser davantage à la majeure du syllogisme et au contenu de la règle de droit. En effet, dans un système de classifications réelles[1] fondé sur les propriétés intrinsèques des objets à classer, l'entrée dans une catégorie dépend de la présence d'une ou plusieurs conditions légales qu'il importe de retrouver dans l'espèce concrète concernée. Or, avant de rechercher dans la situation à qualifier les éléments discriminants d'une catégorie juridique, encore faut-il déterminer quels sont ces éléments. Le déroulement de l'opération de qualification nécessite donc au préalable un travail sur la règle de droit permettant de préciser les critères du modèle légal[2].

Bien évidemment, le contenu de ce modèle varie selon les domaines juridiques concernés : en matière pénale, il s'agit de décrire une infraction ; en matière civile, cela peut correspondre à un comportement source de responsabilité pour son auteur ou à un contrat d'un type particulier. Alors que les décompositions précédentes du processus de qualification, fondées sur un raisonnement syllogistique ou sur une trilogie fait-présupposition-sanction, décrivent une technique *générale* des qualifications, la description des modèles normatifs inclus dans la majeure du syllogisme relève d'une technique *spécifique* à chaque secteur du droit[3].

Ces techniques particulières sont intéressantes car elles permettent de mieux comprendre la nature des éléments contenus dans la catégorie. Ainsi, un examen de la technique de qualification des infractions permet d'approfondir la notion d'infraction. Il en est de même en matière contractuelle. La consécration de l'autonomie de la volonté jointe à celles de la force obligatoire des contrats et d'un droit commun applicable à toutes les conventions oblige à mettre à nu le modèle légal du contrat, à savoir, dans l'opinion traditionnelle, un accord de volontés créateur d'obligation(s)[4]. L'importance du phénomène contractuel a cependant conduit le législateur à ne pas se contenter d'une simple consécration du contrat en soi. Des impératifs pratiques l'ont amené à multiplier les catégories particulières de contrats assorties d'un régime

---

(1) Sur cette notion : F. GENY, «Sciences et techniques en droit positif», T.III, n°207 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°159 note 2 ; G. CORNU, «Introduction», précitée, n°213.

(2) V. H. MOTULSKY, op. cit., n°51, n°60, n°65 et surtout n°75-76 (qui insiste sur l'importance de cette phase dans la réalisation du droit où «l'ordre juridique dicte ses conditions») ; R. MARTIN, chr. précitée, D. 1987, p.273, n°10 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°131 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°159 et n°170.
Comp. G. CORNU, «Introduction - Les personnes - Les biens», 1991, n°213 (l'auteur fait une différence radicale entre les définitions légales et la qualification qui s'appuie sur elles).

(3) Sur la notion de technique : R. PERROT, Thèse précitée, spéc. n°5-7, pour la définition (dans un sens en peu particulier), n°126 et s. pour la qualification.

(4) Pour une remise en cause de cette conception traditonnelle, v. l'ouvrage important de : G. ROUHETTE, «Contribution à l'étude critique de la notion de contrat», Thèse Paris 1965.

propre : les contrats nommés. Par ailleurs, la liberté contractuelle autorise les contractants à stipuler des contrats innommés n'entrant pas dans cette liste finie des qualifications réglementées. Il en résulte que la technique spécifique des qualifications contractuelles est originale[1]. Contrairement par exemple au droit pénal où, en vertu du principe de légalité, la qualification de l'infraction ne peut constituer qu'un choix entre un nombre limité de catégories définies par la loi, les catégories légales en matière contractuelle n'épuisent pas le nombre des solutions possibles. Dans ce domaine plus qu'ailleurs, la technique des qualifications se détache du pur inventaire des conditions légales pour accéder à un ensemble de concepts et de procédés de qualification, dans lequel législateur et contractants puisent les outils de construction de catégories ou de contrats.

Il convient d'essayer de décrire de façon cohérente ces critères d'identification des contrats, autrement dit, de tenter de déterminer les règles principales d'une technique civiliste des qualifications contractuelles. L'objet de cette recherche n'est donc pas d'établir un catalogue de tous les contrats ou d'en décrire toutes les catégories, mais de recenser et de systématiser les notions et les concepts qui sous-tendent ce processus de catégorisation.

Ainsi définie, une telle entreprise présente plusieurs intérêts (A) mais elle se heurte à certaines objections qu'il convient d'écarter (B) avant de pouvoir délimiter plus précisément le champ de la recherche (C).

3.- A) Tenter de synthétiser les procédés techniques d'identification des contrats présente de multiples intérêts. Le premier d'entre eux concerne directement le domaine des qualifications contractuelles. Cette opération ne répond pas seulement à d'obscures préoccupations doctrinales tendant à découvrir la nature profonde de chaque institution juridique. Passage souvent obligé pour la détermination du régime d'un contrat, la qualification intéresse au premier chef les praticiens et les juges. Quelques exemples récents montrent la constance des problèmes pratiques posés par la qualification des conventions.

Tout d'abord, certains conflits qui continuent, malgré leur classicisme, à susciter le contentieux, sont périodiquement ravivés par l'intervention du législateur. Ainsi, la discussion traditionnelle relative à la distinction du contrat d'entreprise et du contrat de vente a été relancée par la loi sur la sous-traitance, obligeant doctrine et jurisprudence à

---

(1)Comp. - R. PERROT, Thèse précitée, n°6, p.14 : «l'autonomie de la volonté, loin de faire disparaître l'utilité de la technique, a eu simplement pour résultat d'en faire une servante de nos vouloirs», mais elle a eu pour effet de faire apparaître au grand jour une contradiction (n°8) entre l'infinie variété de la volonté (n°4, n°141) et la rigidité des techniques limitées en nombre (n°141). - F. GENY, op. cit., n°207-208 et n°213, p.174.

réexaminer cette question sous un angle différent. Ensuite, le développement économique et scientifique, la diversification des techniques commerciales soulèvent en permanence des difficultés nouvelles. Par exemple, la multiplication des objets potentiels de cession suscite des hésitations quant à la qualification des contrats d'utilisation de progiciels, de «vente» d'électricité ou de produits sanguins. Il n'est pas facile non plus d'appréhender au regard des classifications traditionnelles du Code civil le développement récent des contrats unilatéraux onéreux. Lorsqu'un concessionnaire automobile propose à un client potentiel d'essayer un de ses modèles pendant un week-end, l'absence de rémunération de la jouissance exclut le bail mais la qualification de prêt à usage n'emporte pas la conviction au vu des raisons parfaitement intéressées qui poussent le professionnel à agir. Il convient enfin de souligner combien la constitution de contrats par agglomération d'obligations provenant de conventions de natures diverses est un phénomène en plein développement qui ne cesse de poser problème aux magistrats et... au législateur. Le cas du crédit-bail en fournit une bonne illustration : la loi de 1966 s'est contentée d'un régime minimal que la jurisprudence a dû compléter avec plus ou moins de bonheur. Récemment, la difficile question de l'influence de la résolution de la vente sur le crédit-bail a une nouvelle fois posé le problème de la nature de ce contrat complexe et des modalités de prise en compte de son caractère financier.

Tous ces conflits font bien entendu l'objet de recherches doctrinales, mais le caractère ponctuel de celles-ci n'est pas satisfaisant. L'examen du droit positif des qualifications contractuelles invite fortement à faire le point dans une perspective plus large, en rapprochant, quelles que soient leur date ou leur nomination, toutes les hypothèses contractuelles employant un même procédé de qualification. Une vision synthétique fondée sur l'examen d'un nombre suffisant de contrats, y compris sui generis ou récemment nommés, permet d'obtenir simultanément deux résultats en apparence contradictoires, mais en définitive complémentaires : de nouveaux procédés de qualification peuvent être mis en évidence tandis que leur rapprochement avec des techniques plus classiques, voire l'indication de leurs précédents anciens et méconnus, autorise à mesurer plus objectivement leur degré réel d'innovation. La construction d'une synthèse cohérente des techniques de qualification apparaît dès lors comme un outil servant l'efficacité du droit par la prévisibilité des solutions à laquelle elle peut contribuer[1].

---

(1)Sur l'idée que la systématisation contribue à la prévisibilité du droit, facteur de stabilité et de sécurité : J. RIVERO, «Apologie pour les faiseurs de systèmes», D. 1951, p.99 et s.

4.- Sur un plan plus général, cette synthèse peut constituer un élément important d'une théorie générale des contrats spéciaux dont une fraction toujours croissante de la doctrine souligne la nécessité[1], quand il ne s'agit pas d'en décrire certains éléments[2]. En effet, un examen rapide des manuels les plus courants montre que l'étude des méthodes de qualification contractuelle trouve aussi difficilement sa place dans les introductions générales au droit civil[3], au sein desquelles des développements trop approfondis seraient déplacés, que dans les ouvrages de droit des obligations, où les rapprochements traditionnels avec les principes d'interprétation[4] ou avec les classifications du Code civil[5] ne donnent qu'une vue généralement réductrice ou excessivement procédurale de la question. Traiter ailleurs les procédés de qualification semble difficile[6], puisqu'en définitive les critères d'identification des contrats recoupent nombre de concepts plus traditionnels du droit des obligations[7]. Ce sont donc en définitive les ouvrages relatifs aux contrats

---

(1)V. par exemple les interventions concordantes au colloque de Poitiers («L'évolution contemporaine du droit des contrats», Journées R. SAVATIER, PUF 1986) : J. CARBONNIER, «Introduction», p.31 ; G. CORNU, «Introduction», p.99-100, texte et note 1, p.99 ; Ph. JESTAZ, «L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945», p.117 et s., spéc. p.135. V. aussi : G. CORNU, «L'évolution du droit des contrats en France», Rev. int. dr. comp. 1979, n°31 et s., spéc. n°34 et n°50 et s.

(2)V. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°326 et s.

(3)V. par exemple (à partir de leur index) : J. CARBONNIER, «Droit civil Introduction», 1991, § 23 et § 160 (interprétation) ; G. CORNU, «Introduction - Les personnes - Les biens», 1991, n°194 et n°213 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3ème édit., n°52, n°537 ; Ch. LARROUMET, «Introduction à l'étude du droit privé», T.I, 1984, n°146 et n°384 ; Ph. MALAURIE «Introduction générale», 1991, n°606 (application de la loi dans l'espace) ; MARTY et RAYNAUD, «Introduction générale à l'étude du droit», 2ème édit., n°131 ; STARCK par H. ROLAND et L. BOYER, «Introduction au droit», 3ème édit., n°250 et n°572 ; F. TERRE, «Introduction générale au droit», 1991, n°364.

(4)V. notamment : FLOUR et AUBERT, «L'acte juridique», 1991, n°397 (cf. note 2 : la qualification est laissée «un peu en marge» et la note renvoie au n°89 sur la distinction des contrats nommés et innommés... référence qui n'apparaît pas directement dans l'index) ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», T.1, 2ème édit., n°240 et s. ; MAZEAUD par F. CHABAS, «Les obligations», T.2 Vol. 1, n°355 ; STARCK par H. ROLAND et L. BOYER, «Obligations», 3ème édit., n°156-158 ; WEILL et TERRE, «Les obligations», 4ème édit., n°371.

(5)V. par exemple : J. CARBONNIER, «Les obligations», T.4, 1990, § 19 ; FLOUR et AUBERT, «L'acte juridique», 1991, n°89 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°311.

(6)V. d'ailleurs pour un examen à de multiples endroits : Ch. LARROUMET, «Les obligations Le contrat», T.III, 1984, n°198, n°388, n°438, n°480, n°575, n°635.

(7)V. par exemple : - J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°648, n°651, n°719 et n°873 (la qualification est évoquée à l'occasion de l'examen de la cause (catégorique notamment) et des conséquences de la nullité (conversion par réduction) ; il est vrai que l'ouvrage est consacré à la seule formation du contrat : la qualification se rattache-t-elle uniquement à cet aspect ?).
- MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», T.1, 2ème édit., n°203 (la qualification est étudiée de façon plus convaincante à l'occasion de l'étude de la cause, mais la référence n'apparaît pas dans l'index au mot qualification... ; sur le fond, la cause, même catégorique, n'est pas un critère qui peut à lui seul rendre compte de tous les procédés de qualification).

spéciaux, dont la renaissance contemporaine est à souligner, qui y consacrent les développements les plus convaincants[1].

La mise au point d'une technique des qualifications renseigne d'ailleurs sur le rôle et le positionnement exacts de cette théorie générale des contrats spéciaux. Pour élaborer une telle synthèse des procédés d'identification des contrats, il importe en effet de disposer de concepts suffisamment rigoureux pour être opérationnels : la variété des contrats nommés et innommés, la proximité des difficultés concrètes préservent des excès de théorie et obligent au réalisme. Loin de constituer un corps de règles intermédiaires nettement séparé du droit des obligations et du droit des contrats, une théorie générale des contrats spéciaux, dont la technique des qualifications fait partie, réalise avant tout une mise à l'épreuve quasiment expérimentale des concepts fondamentaux du droit des obligations et des contrats.

5.– Enfin, une recherche synthétique sur les qualifications contractuelles peut fournir certaines indications sur la vitalité du phénomène contractuel. Entre le dynamisme des techniques contractuelles souvent relevé et le déclin irréversible de l'autonomie de la volonté toujours annoncé, l'importance réelle du contrat en droit positif aussi bien que sa notion semblent difficiles à cerner. L'étude de la technique des qualifications ne peut résoudre de façon définitive une telle difficulté, notamment parce que la qualification est un problème général auquel sont confrontées toutes les normes juridiques : la transformation d'une situation contractuelle en situation de fait objectivement réglée par la loi ne fait pas disparaître la question de l'identification de cette situation. Le problème de qualification persiste et sa solution n'utilise pas forcément des procédés techniques fondamentalement différents de ceux utilisés pour un contrat. En définitive, une étude des méthodes de qualification peut surtout fournir un éclairage légèrement différent à la problématique traditionnelle du déclin du contrat et de l'autonomie de la volonté. Ainsi, la mise en évidence d'une évolution de la technique des qualifications ne place pas forcément les ruptures aux endroits habituels ; elle montre notamment que l'instauration de règles d'ordre public ne remet pas forcément en cause les conceptions traditionnelles du contrat. De même, l'examen des procédés de qualification peut contribuer à recentrer le débat sur les relations du contrat et de son régime, en évitant une focalisation excessive sur les nombreuses contraintes apparues dans la formation du contrat[2].

---

(1)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, « Les contrats spéciaux », 1991, n°7 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, «Les contrats spéciaux», n°24 et s.

(2)Une fois acquis ce consentement forcé, l'acte est considéré comme un contrat, régi par les règles normales propres à sa qualification (cf. par exemple pour l'application de la garantie légale des vices cachés à un promoteur à l'occasion d'une vente forcée : Civ. 3e 21 novembre 1990, JCP

6.– B) Une telle approche peut néanmoins susciter une double objection. D'une part, elle serait trop abstraite et négligerait le fait que la qualification n'est pas seulement une technique mais qu'elle est aussi un pouvoir (1). D'autre part, cette systématisation aurait déjà été tentée et elle aurait échoué, parce que la matière y est fondamentalement rebelle (2). Ces deux critiques ne semblent nullement décisives. Leur rejet nécessite quelques explications qui permettent de mieux cerner la notion de technique des qualifications contractuelles, objet de cette recherche.

7.– 1) Alors qu'initialement, aucune option particulière n'avait été choisie, il est assez rapidement apparu que l'aspect proprement technique offrait un champ d'exploration considérable. Or, le pouvoir sur les qualifications est présenté par une doctrine autorisée comme un complément indispensable de la technique des qualifications[1]. Il est donc permis de se demander si le cantonnement de cette étude à ce second aspect ne risque pas de donner une vue tronquée de la matière. Cette première interrogation en dissimule d'autres, nettement plus embarrassantes. Le pouvoir n'est-il pas un élément de la technique des qualifications ? Ou, au contraire, ne détruit-il pas la possibilité même d'une technique autonome ? Pour répondre à ces questions, il convient d'examiner successivement les pouvoirs du juge et ceux des parties.

8.– - S'agissant du pouvoir du juge en matière de qualification, deux aspects doivent être distingués. Procéduralement, il est traditionnel d'opposer interprétation et qualification[2]. Les juges du fond peuvent interpréter souverainement le contrat. Cette

---

1991, IV, p.29). L'identité de régime ne saurait être absolue et cette évolution conduit inévitablement à distinguer des ventes amiables et des ventes forcées (pour une application : Civ. 3e 21 juillet 1981, RTD civ. 1982, p.614, obs. Ph. REMY, distinction de la vente amiable et de la préemption pour l'appréciation de la régularité des rétrocessions).

(1) H. CROZE, Thèse précitée, n°14. La technique de la qualification et le pouvoir de qualification constituent d'ailleurs les deux parties de cet ouvrage. Adde F. TERRE, Thèse précitée, n°4.

(2) V. cependant pour une analyse plus fine : J. DEVEZE, note D. 1983, p.289, spéc. p.290 (qui distingue l'appréciation des preuves, l'interprétation et la qualification, puis nuance encore davantage l'appréciation des preuves (p.291) entre l'appréciation au sens strict (constatation du fait) et l'interprétation du fait (recherche de sa signification)).
Par ailleurs, nombre d'auteurs soulignent qu'en pratique les deux opérations logiquement distinctes sont confondues : J. DUPICHOT, «Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil», Etudes FLOUR, p.179 et s., spéc. n°4, p.183 ; C. MARRAUD, «La notion de dénaturation en droit privé français», Thèse Nancy 1972, p.118 et s., p.353 et p.360 et s. (pour cet auteur, c'est l'interprétation qui absorbe souvent la qualification, donc le contrôle de la dénaturation qui englobe celui de la qualification ; diverses raisons sont invoquées : l'influence des volontés individuelles (p.122 et s.), l'existence d'une politique du contrôle de la Cour de cassation (p.129 et s.), les pratiques des juges du fond (p.162 et s.)).

interprétation échappe, sauf dénaturation de clauses claires et précises, au contrôle de la Cour de cassation[1]. Cette marge de manœuvre concerne en pratique la constatation des obligations stipulées, la détermination de la nature de ces obligations et, peut-être, leur hiérarchisation[2] ainsi que l'unité de la convention[3]. Une fois que cette opération est effectuée, les contours de l'accord et son contenu «brut», tels qu'ils résultent de la volonté des parties, sont supposés connus(4). La qualification proprement dite consiste alors à déterminer la nature du contrat au regard des catégories légales. Selon une jurisprudence solidement établie dès 1823, il s'agit d'une question de droit

---

(1)C. MARRAUD, «La notion de dénaturation en droit privé français», Thèse Nancy 1972 ; J. BORE, «Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes», RTD civ. 1972, p.249 et s., spéc. n°16. Pour l'application de la dénaturation à des contrats innommés : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°167-170 (ces applications sont rares et supposent que la structure du contrat innommé soit suffisamment connue ; les exemples cités concernent la convention d'occupation précaire).
Historiquement, la Cour a d'abord assumé le contrôle de l'interprétation (v. les deux décisions citées par J. BORE, chr. précitée, n°3). Par un premier revirement, elle a accepté de laisser cette interprétation au pouvoir souverain des juges du fond (Sect. réun. 2 février 1808, S. An XIII-1808, p.480-481, concl. MERLIN). Puis, il a fallu attendre plus de soixante ans avant que la Cour accepte de sanctionner les dénaturations (Civ. 15 avril 1872, DP 1872-1-p.176). Sur cette évolution historique : C. MARRAUD, Thèse précitée, p.8 à 13 et les auteurs cités note 14, spéc. G. MARTY, «La distinction du fait et du droit - Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait», Thèse Toulouse 1929, n°145 et s. ; J. BORE, chr. précitée, n°1 à 5 ; P. ESMEIN, note S. 1932-1- p.337, sous Civ. 22 octobre 1930.
La Cour de cassation a parfois une conception extensive de son rôle : MARTY, Rép. Civ., v° Cassation, n°43. Pour une illustration : Com. 2 février 1988, D. 1988, somm., p.239, obs. M. VASSEUR.

(2)Tout dépend du degré de subjectivité admis dans l'appréciation du caractère accessoire (cf. infra n°358 et s.).

(3)Cf. Civ. 8 mai 1973, Bull. Civ., III, n°328, p.237 : «recherchant la commune intention des parties au moment de la signature de la convention, la juridiction d'appel observe souverainement «que l'ensemble du contrat formait un tout indivisible, la rente viagère devant être le prix direct de la vente, et ne constituait pas une convention distincte». Mais s'agit-il d'un pur problème d'interprétation ? Par exemple, la cassation ne se serait-elle pas imposée si la Cour d'appel avait constaté que la rente viagère constituait le prix de la vente, tout en retenant l'existence de deux contrats ? En définitive, une solution tranchée semble impossible. Dans certains cas, les deux analyses sont concevables (cf. infra n°447), dans d'autres pas (cf. infra n°1298).

(4)La réalité est plus complexe. D'une part, dans sa démarche, le juge effectue souvent un va-et-vient intellectuel entre les qualifications potentielles et l'accord concret pour déterminer l'interprétation la plus cohérente (sur cette idée : H. MOTULSKY, op. cit., n°52 et s., n°68 et s., n°138 ; F. TERRE, «Introduction générale au droit», 1991, n°364 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3e édit., n°54 ; G. CORNU, «Introduction - Les personnes - Les biens», 1991, n°194 ; R. MARTIN, «Retour sur la distinction du fait et du droit», D. 1987, p.273, n°10).
D'autre part, la qualification peut amener à reconsidérer le contenu de l'accord. Cette rétroaction est fréquente depuis le «forçage» du contenu du contrat par la jurisprudence, mais elle ne se limite pas à ces hypothèses (cf. infra n°108 et s. pour la requalification des indemnités d'immobilisation excessives) et elle ne concerne pas, de toute façon, les obligations principales de l'accord.
D'autre part, la délimitation de ce contenu «brut» n'est pas toujours simple (cf. infra n°80 et s.). Dans certaines affaires (en général des scandales ou des catastrophes...), de multiples procès ont été intentés et il en est résulté des interprétations fort divergentes de contrats identiques. V., par exemple, s'inquiétant de ces divergences : P. CHAUVEAU, «La croisière maritime», JCP 1959, I, 1498 ; P. COUVRAT, «Les agences de voyages en droit français», Thèse LGDJ 1967, p.175.

contrôlée par la Cour de cassation[1]. Telle est en tout cas la position des Chambres civiles, car la Chambre criminelle adopte des solutions plus incertaines[2].

---

(1) Ch. réun. 26 juillet 1823, S. 1822-1824-1- p.300 : «Attendu que la Cour de cassation a le droit d'apprécier le mérite des arrêts des Cours royales, lorsque ces arrêts déterminent le caractère des contrats dans leurs rapports avec les lois qui en assurent la validité ; - Qu'il serait contraire au but de son institution qu'elle dût s'abstenir d'annuler les arrêts, lorsqu'ayant donné de fausses qualifications aux contrats, et les ayant placés dans une classe à laquelle ils ne devaient pas appartenir, ils les auraient affranchis des règles spéciales auxquelles ils étaient soumis, ou les auraient assujettis à d'autres qui ne pouvaient pas leur être appliquées».
La jurisprudence ultérieure a confirmé cette solution : Crim. 5 août 1831, S. 1832-1- p.102 ; Req. 22 novembre 1865, DP 1866-1- p.108, concl. P. FABRE ; Ch. réunies 17 mars 1904, S. 1905-1- p.245 ; Civ. 7 juillet 1924, S. 1924-1- p.223.
Pour la doctrine, v. entre autres : F. TERRE, Thèse précitée, n°12 ; J. BORE, Rép. Proc. civ., v° Cassation (pourvoi en), n°1212 et s., n°1449 et s., n°1469 et s., n°1504 ; note D. 1986, p.120, spéc. p.121 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°91 ; COLIN et CAPITANT, T.2, n°115 ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», T.1, n°240 ; STARCK par H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n°156 ; MARTY et RAYNAUD, «Introduction générale à l'étude du droit», 2e édit., n°131 ; L. BOYER, Rép. Civ., v° Contrats et conventions, n°205 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°170 et s. ; adde : H. MOTULSKY, op. cit., n°137 et s. (qui a quand même une opinion originale sur la question).
Certains auteurs soulignent qu'en pratique, la Cour conserve une certaine souplesse dans l'exercice de son contrôle : R. PERROT, Thèse précitée, spéc. n°138 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°687 et s. ; MARTY et RAYNAUD, «Introduction générale à l'étude du droit», 2ème édit., n°131 note 1 ; Th. HASSLER, note JCP 1989, II, 21375.
Sur la question du moyen de pur droit : F. TERRE, Thèse précitée, n°670 ; J. NORMAND, J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 152, n°60 et s.
La nature du contrat peut en revanche constituer une contestation sérieuse empêchant le juge des référés d'intervenir (Com. 19 janvier 1988, Bull. Civ., IV, n°45, p.31 ; Aix 4 juin 1987, JCP 1988, II, 20917, note J. HENDERYCKSEN). V. déjà : Tb. civ. Lyon 23 décembre 1903, DP 1905-2- p.25 (nature d'un contrat de coffre-fort touchant au fond du droit et échappant au juge des référés).

(2) La Chambre criminelle utilise des formules différentes : «attendu que la détermination par le juge du fait du contrat sur la violation duquel repose l'abus de confiance n'échappe au contrôle de la Cour de cassation que lorsque cette détermination résulte d'une interprétation des clauses du dit contrat fondée sur une appréciation souveraine de la volonté des parties et non une dénaturation du contrat» (Crim. 12 mars 1974, D. 1974, p.607, note M. VERON) ; «la détermination de la nature d'un contrat, base des poursuites pour abus de confiance, lorsqu'elle repose sur la dénaturation des clauses d'une convention est soumise au contrôle de la Cour de cassation» (Crim. 1 juin 1976, Bull. crim., n°192 et les références citées ; 29 juin 1977, Bull. crim., n°249 ; 9 février 1983, Bull. crim., n°49 ; Crim. 3 octobre 1991, D. 1992, IR, p.261) ; «la détermination de la nature du contrat, sur la violation duquel repose l'abus de confiance, échappe au contrôle de la Cour de cassation, lorsque cette détermination résulte, non d'une dénaturation des clauses d'une convention, mais de la volonté des cocontractants» (Crim. 14 février 1979, Bull. crim., n°68 ; RTD com.1979, p.527, obs. P. BOUZAT ; Crim. 12 décembre 1983, Bull. crim., n°336) ; adde Crim. 17 juin 1991, D. 1991, IR, p.201 (décision très significative, car la Cour d'appel avait semble-t-il correctement analysé le contenu, mais choisi une qualification erronée, alors que la Cour de cassation évoque une dénaturation).
Ces formules sont curieuses (v. en ce sens : C. MARRAUD, Thèse précitée, p.158-160 ; R. VOUIN et M.-L. RASSAT, «Droit pénal spécial», 1988, n°61, p.86 ; comp. ne relevant pas ce particularisme : A. VITU, «Droit pénal spécial», T.2, n°2422 et 2425) et elles ne correpondent pas aux solutions des chambres civiles. Elles semblent confondre la dénaturation et l'erreur sur la qualification qui est une erreur de droit (v. d'ailleurs J. BORE, chr. précitée, n°16). Une telle conception laisse une marge de manœuvre plus importante aux juges du fond et aux parties, ce qui est pour le moins paradoxal lorsqu'une infraction pénale est en jeu...

Au delà de ces règles procédurales, il est incontestable que les juges s'accordent également le pouvoir de déformer la technique des qualifications en inversant l'ordre logique des facteurs. Lorsque l'équité ou les circonstances particulières de l'affaire leur semblent justifier une solution précise, la qualification choisie est celle qui permet d'obtenir le résultat souhaité. Le choix de tel ou tel contrat ne correspond plus à la nature intrinsèque de l'accord conclu par les parties et la qualification devient un moyen d'atteindre un objectif[1].

9.– Ces quelques constatations incitent à conserver la perspective adoptée, privilégiant une approche technique des procédés de qualification. Tout d'abord, contrôlée par la Cour de cassation, la technique des qualifications peut être homogène. Entreprendre d'en systématiser les procédés est donc concevable, alors que laissée aux juges du fond, il n'aurait guère été possible de continuer à parler véritablement de technique[2]. Quant au second aspect du pouvoir des juges, la qualification-moyen, il appelle plusieurs remarques. En premier lieu, le risque d'une présentation tronquée de la matière n'est pas à redouter. Cette utilisation particulière de la qualification n'est pas absente des développements ultérieurs, car la description d'une technique conduit inévitablement à mettre en évidence les déformations qu'elle subit, laissant ainsi apparaître en filigrane le pouvoir dont la qualification est l'enjeu. D'ailleurs, il semble préférable de traiter les facteurs dans un ordre cohérent. Tant que l'aspect technique n'est pas connu, il paraît difficile de comprendre le pouvoir des juges et les perturbations qu'il implique et il est même impossible de dire s'il y a eu utilisation de ce pouvoir ou simple application des procédés normaux de qualification. Ensuite, il est facile d'admettre une irréductible autonomie de la jurisprudence vis à vis des systèmes abstraits de qualification[3]. Confrontés à la réalité, les magistrats sont chargés d'opérer, en quelque sorte, une «incarnation» de la règle de droit. Le monde juridique

---

(1)Sur la qualification-moyen : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°165, n°219 et s. (même si les exemples invoqués ne sont pas tous convaincants) ; R. PERROT, Thèse précitée, spéc. n°130 et n°133 ; J. DUPICHOT, «Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil», Etudes FLOUR, p.179 et s., spéc. n°4, p.183 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3ème édit., n°55 ; G. CORNU, Introduction précitée, n°196 («la qualification est le lieu des principales déviations») ; Ph. REMY, «La jurisprudence des contrats spéciaux», L'évolution contemporaine des contrats, PUF 1986, p.112 ; C. MARRAUD, Thèse précitée, p.108 et les auteurs cités ; P. COUVRAT, Thèse précitée, p.176 et s.

(2)Rappr. les difficultés de réaliser la synthèse du contentieux de l'interprétation : Th. IVAINER, «L'interprétation des faits en droit», Thèse LGDJ 1988 (v. notamment l'intéressant concept de microqualification, n°175) ; «L'interprétation des faits en droit», JCP 1986, I, 3235 ; Y. PACLOT, «Recherche sur l'interprétation juridique», Thèse Paris 1988 ; présentation par E. PUTMAN, Rev. rech. jur. 1989, p.747.

(3)Rappr. H. MOTULSKY, op. cit., n°1, p.1 : «le Droit demeure courbé sous le poids d'un empirisme qu'aucun euphémiste n'arrive à dissimuler».

et le monde réel sont deux univers dont les contraintes sont différentes et aucun système théorique ne peut rendre compte de l'individualisation concrète des normes à chaque cas d'espèce, y compris pour des motifs de pure équité. Le phénomène est irrépressible et ses conséquences pratiques ponctuelles ne sont pas forcément mauvaises dès lors qu'il garde un certain caractère aléatoire. Lorsque se manifeste une tendance permanente à la déformation, le problème n'est plus le même : son examen relève de la technique des qualifications car un infléchissement jurisprudentiel reproductible révèle l'inadéquation des cadres normatifs. En d'autres termes, pour prendre l'exemple des contrats innommés, il y aura toujours de faux contrats sui generis, créés artificiellement et ponctuellement pour éviter l'application d'une règle particulière et d'autres correspondant à des opérations économiques originales. Seuls ces derniers qui mettent en cause une technique systématisée des qualifications méritent d'être examinés dans le cadre de cette étude.

10.– - Beaucoup plus délicate est la question du pouvoir des parties sur les qualifications. Il faut se demander si les contractants peuvent déterminer librement la nature juridique de leur convention, c'est à dire choisir la qualification qui leur convient pour se rendre maître du classement de leur contrat dans les catégories juridiques et du régime qui en résulte. La réponse à cette question doit, dans un premier temps, être négative. Les contractants se sont vu retirer ce pouvoir par les juges qui estiment qu'il leur appartient de restituer à toute convention sa véritable qualification, sans être tenus par la dénomination adoptée par les parties. Ce principe essentiel possède deux caractéristiques frappantes. D'une part, il a été posé très tôt par la Cour de cassation[1]. D'autre part, il est repris depuis lors, en accord avec la doctrine[2], avec une constance impressionnante et dans tous les domaines, par une jurisprudence innombrable[3]. Les tribunaux maintiennent leur position même

---

(1) V. par exemple : Civ. 3 décembre 1832, S. 1833-1- p.888 ; Req. 20 mai 1839, S. 1839-1- p.525 ; Civ. 22 août 1842, S. 1842-1- p.790 ; Civ. 19 mars 1845, DP 1845-1- p.190.

(2) V. par exemple, sans aucun souci d'exhaustivité : R. PERROT, Thèse précitée, spéc. n°136 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°621, p.492 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°311 ; R. DESIRY, «Droit civil et sociétés commerciales», Thèse Paris 1929, p.64-65 ; C. MARRAUD, Thèse précitée, p.367 et s. ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°251, p.284 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°264 ; M. BRUSETTI, Thèse précitée, p.55 : «si le contenu de l'accord est en principe libre, sa qualification ne l'est pas» ; P.-M. LE CORRE, «La nature juridique de la location-vente, Thèse 3e cycle Lille II 1984, p.157 et s. ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé», Thèse Paris II 1985, n°23-24 et n°28 ; N. REUTER, «La notion d'assistance en mer», Litec 1975, n°234 ; STARCK par H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n°158 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, RTD com. 1987, p.339 note 46.

(3) V. entre autres : Civ. 29 mai 1876, DP 1876-1- p.361 ; Amiens 8 mars 1894, DP 1895-2- p.397 ; Paris 3 avril 1903, DP 1903-5- p.778 ; Req. 1 juillet 1908, DP 1909-1- p.11 ; Req. 3 août 1931, DH 1931, p.441 ; Colmar 16 décembre 1933, Rev. Alsace-Lorraine 1934, p.363 ; Civ. 30 octobre 1945, D. 1946, p.52 (les tribunaux «doivent» restituer la qualification véritable) ;

lorsqu'elle a des conséquences spectaculaires, comme c'est le cas pour les nombreuses décisions requalifiant en vente des locations-ventes[1] ou déniant la qualification de donation aux contrats dans lesquels la charge est trop importante[2]. Si le nom choisi par les parties est parfois pris en compte, il n'est considéré que comme un élément parmi d'autres permettant de déterminer la volonté réelle des contractants[3] : lorsque les parties choisissent un contrat particulier, il ne leur est pas interdit de le

---

Tb. par. cant. Marolles-les Braults 10 mars 1951, Rev. fermages 1951, p.180 ; Soc. 3 mars 1955, JCP 1955, IV, p.53 ; Paris 26 mars 1958, JCP 1958, II, 10617 et sur pourvoi Com. 11 mai 1960, Bull. transp. 1960, p.231 (rejet) ; Soc. 12 mai 1960, JCP 1960, II, 11760, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; Civ. 3e 5 avril 1968, Bull. civ., III, n°162, p.128 ; Civ. 3e 11 juillet 1968, Bull. civ., III, n°341, p.263 ; Civ. 3e 24 octobre 1969, Bull. civ., III, n°683, p.513 ; Civ. 3e 21 novembre 1969, Bull. civ., III, n°744, p.564 ; Civ. 3e 29 janvier 1970, Bull. civ., III, n°73, p.53 ; Civ. 3e 14 janvier 1971, Bull. civ., IV, n°20, p.14 ; Civ. 1e 11 janvier 1972, Bull. civ., n°10, p.10 ; Civ. 3e 26 juin 1973, Bull. civ., III, n°436, p.317 ; Civ. 3e 11 juin 1974, Bull. civ., III, n°244, p.185 ; Com. 17 février 1981, Bull. civ., IV, n°86, p.66 ; Civ. 1e 7 juillet 1981, Bull. civ., I, n°250, p.206 ; Civ. 1e 22 juin 1982, Bull. civ., I, n°233, p.199 ; Ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983, p.381 ; Civ. 3e 9 mai 1983, JCP 1983, IV, p.225 ; Paris 27 septembre 1983, Juris-Data n°29899 (crédit-bail) ; Com. 29 janvier 1985, Bull. transp. 1985, p.422, obs. M. REMOND-GOUILLOUD, p.417 ; Aix 15 janvier 1988, Bull. transp. 1988, p.276 ; Civ. 1e 18 janvier 1989, Bull. civ., I, n°18, p.12 (article 12 expressément visé).

De façon peut-être encore plus spectaculaire, les juges ne se sentent pas non plus liés par les termes ou les qualifications employées par les parties pour retirer à un accord sa nature contractuelle : B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», D. 1979, p.107 ; adde : J.-P. BRILL, note D. 1989, p.112, spéc. p.114, sous Com. 21 décembre 1987 (à propos d'une lettre d'intention ; la Cour en l'espèce évoque pourtant les termes de la lettre).

(1) C'est un des domaines d'élection de ce contentieux : Bourges 26 décembre 1887, S. 1888-2-p.78 ; Tb. com. Seine 18 novembre 1892, Gaz. Pal. 1892-2-p.681 ; Tb. civ. Bordeaux 20 avril 1896, Gaz. Pal. 1896-2- suppl. p.5 ; Tb. civ. Seine 16 juin 1900, Gaz. Pal. Tabl.Quinq. 1897-1902, v° Vente, n°7 ; Paris 6 mars 1901, Gaz. Pal. Tabl.Quinq. 1897-1902, v° Vente, n°8 ; Tb. com. Seine 24 octobre 1905, Gaz. Pal. Tabl.Quinq. 1907-1912, v° Vente en général, n°11-12 ; Paris 25 novembre 1908, Gaz. Pal. Tabl.Quinq. 1907-1912, v° Vente en général, n°10 ; Tb. com. Nancy 3 avril 1911, Gaz. Pal. Tabl.Quinq. 1907-1912, v° Vente en général, n°17 à 19 ; Tb. corr. Toulon 24 mai 1912, Gaz. Pal. 1912-2-p.225 ; Montpellier 17 février 1927, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1925-1930, v° Vente en général, n°8 à 11 ; Tb. com. Toulouse 20 avril 1935, Gaz. Pal. 1935-1 p.892 ; Req. 10 mai 1937, Gaz. Pal. 1937-2-p.145.

(2) Cf. infra n°589 (note).

(3) V. par exemple : Civ. 22 février 1887, DP 1887-1- p.500 ; Bourges 17 février 1902, DP 1902-2-p.448 ; Rouen 17 juin 1911, DP 1912-2-p.149 ; Amiens 11 octobre 1924, DH 1924, p.727 ; Tb. Thonon-les-bains 17 mars 1925, DH 1925, p.323 ; Soc. 18 novembre 1948, Bull. civ., n°943, p.1011 ; Colmar 3 juin 1965, JCP 1966, II, 14472, obs. P.L. ; Paris 5e ch 4 mai 1981, Juris-Data n°23481 (location-vente ; la décision est intéressante car la valeur accordée à la mention est renforcée par la qualité de professionnel de celui qui l'a insérée) ; Reims 2e ch 25 novembre 1982, Juris-Data n°43421 (le locataire, professionnel de la vente d'automobile, ne peut se méprendre sur un contrat intitulé location qui a un libellé se présentant comme un crédit-bail) ; Paris 5e ch A 30 juin 1986, Juris-Data n°23176 (crédit-bail) ; Civ. 3e 9 décembre 1986, Bull. civ., III, n°177, p.139 ; Com. 21 décembre 1987, D. 1989, p.112, note J.-P. BRILL.

V. en doctrine dans le sens d'un simple indice : C. MARRAUD, Thèse précitée, p.374. Comp. F. TERRE, Thèse précitée, n°219 et s. (présomption de conformité).

nommer[1]! Confirmée par plusieurs interventions législatives ponctuelles[2], la règle figure désormais sous un énoncé général dans l'article 12 du Code de procédure civile[(3)].

11.- En dépit de cette belle unanimité, le fondement et la portée de cette règle sont la source de discussions. Deux argumentations permettent de réduire la portée de

---

(1)Rappr. en doctrine : P.-M. LE CORRE, Thèse précitée, p.157 (pour des exemples de clauses révélant l'intention de conclure une vente et non une location-vente ; les termes jouent ici le rôle d'indice de la volonté commune mais c'est pour écarter la qualification apparente utilisée par les parties).
Il n'est pas non plus obligatoire de nommer le contrat : Soc. 1 mars 1979, Bull. civ., V, n°202, p.143 (l'emploi du mot transport n'est pas indispensable à l'existence d'un tel contrat).
Pour une discussion semblable dans la détermination du rôle de l'instrumentum dans l'unicité du contrat : infra n°1346 et s.

(2)V. par exemple : article 1 de la Loi n°66-455 du 2 juillet 1966 (crédit-bail) ; articles L. 761-2 alinéa 4, L. 762-1 alinéa 2, L. 763-1 alinéa 2 du Code du travail.

(3)Aux termes de ce texte, le juge «doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée».
Le texte semble poser un impératif : le juge «doit» requalifier, solution qui rejoint la position adoptée traditionnellement par la Cour de cassation (cf. nombre de décisions citées supra ; v. en ce sens : P. HEBRAUD, «La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge», Ann. Univ. scienc. soc. Toulouse 1978, p.397 ; J. MIGUET, «Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit», Mélanges HEBRAUD, p.567 et s., spéc. p.577 ; J. NORMAND, «Le juge et le fondement du litige», Mélanges HEBRAUD, p.595 et s., spéc. n°3, p.597, n°13, p.602 et, avec une nuance sur le changement du contexte, n°19, p.605 ; J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 152, n°51).
Curieusement, la jurisprudence récente semble moins nette : Civ. 1e 22 février 1978, Bull. civ., I, n°76, p.64 ; Civ. 2e 30 janvier 1985, Bull. civ., II, n°23, p.15 ; Civ. 2e 4 novembre 1988, D. 1989, p.609, note M.-A. FRISON-ROCHE (il convient de préciser qu'aucun de ces arrêts ne porte sur la qualification d'un contrat). Sur cette question en doctrine : J. HERON, «Droit judiciaire privé», Montchrestien 1991, n°230 ; G. COUCHEZ, «Procédure civile», 6e édit., 1990, n°236, note 2 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, «Procédure civile», 21e édit, n°392, p.401 ; R. MARTIN, «La règle de droit adéquate dans le procès civil», D. 1990, p.163 ; J. NORMAND, J.-Cl. précité, n°57-58 ; H. CROZE, Thèse précitée, n°487 et s., spéc. n°538, p.559 ; J. DEVEZE, note D. 1983, p.289, spéc. p.290 ; J. BORE, note D. 1986, p.121 ; J. MOURY, «Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile», Thèse Paris II 1986, p.102 et s. et p.125 et s.
Sans vouloir trancher ce problème, il convient de souligner la solution de compromis proposée par certains auteurs à la suite des arrêts de 1985 et de 1988 : l'obligation de requalifier ne peut exister que pour les faits dans les débats ; pour les requalifications qui obligeraient à prendre en compte des faits extérieurs au dossier, il ne peut s'agir que d'une faculté (J. HERON, note JCP 1988, II, 21030, sous Civ. 2e 14 février 1985, et ouvrage précité, n°230 ; J. NORMAND, J.-Cl. précité, n°58 et obs. RTD civ. 1988, p.818 ; contra : M.-A. FRISON-ROCHE, note précitée, n°15). Tel sera souvent le cas en matière de qualification contractuelle, sans qu'il soit possible d'ériger la règle en principe intangible (cf. par exemple une disqualification nécessitant la preuve d'une intention libérale ne résultant pas des éléments de fait dont dispose le juge ; pour d'autres illustrations : J. BORE, Rép. Proc. civ., v° Cassation (pourvoi en), n°2595 ; comp. Civ. 1e 11 janvier 1972, Bull. civ., n°10, p.10 : la requalification en donation indirecte alors que c'était une donation déguisée qui était invoquée n'introduit pas d'éléments de fait nouveaux ; rappr. Com 26 février 1980, Bull. transp. 1980, p.260. L'expéditeur demande au transporteur la restitution de palettes qu'il prétend lui avoir remises. Le voiturier invoque l'article 108 du Code de commerce mais l'expéditeur omet de prétendre en appel que les palettes ont été remises au titre d'un prêt accessoire mais distinct du transport. La Cour décide que le moyen fondé sur cet argument est nouveau et irrecevable.).

cette position jurisprudentielle, mais aucune d'elles ne s'avère pleinement satisfaisante.

Il est possible d'estimer tout d'abord que les parties, qui ne sont pas en général des juristes, peuvent se tromper dans le choix d'une qualification ; il appartient alors au juge de la rectifier. Cette analyse, excessivement réductrice, est contredite par un examen approfondi de ce contentieux qui démontre clairement qu'il ne s'agit pas toujours d'erreurs. Notamment, la jurisprudence est appliquée sans faiblesse lorsque les contractants sont des professionnels compétents.

La seconde argumentation est plus sérieuse. Elle prétend rattacher cette solution prétorienne à l'un des principes majeurs du droit positif : le consensualisme. La conception française du contrat s'attache en effet à la volonté réelle des parties, non à leur volonté apparente, comme l'illustre l'article 1156 du Code civil, qui invite le juge à interpréter le contrat en recherchant la volonté véritable des contractants, plutôt que de s'en tenir à l'expression littérale qu'ils en ont donnée[1]. Comme l'explicite clairement une décision ancienne, «le véritable caractère des actes se détermine moins d'après la qualification qui leur est donnée que par les véritables stipulations des contractants et par la nature des choses qui en sont l'objet»[2]. Ce qui importe, c'est le contenu réel du contrat et non l'apparence que peut lui donner sa désignation conventionnelle[3]. Combinée avec la première explication, cette conception débouche sur une triple option. Quand les parties ont donné à leur accord une qualification que dément son contenu, elles ont soit commis une erreur qu'il faut rectifier, soit tenté d'éviter une disposition d'ordre public, fraude qu'il convient de combattre, soit émis quant à la nature de leur convention deux volontés contradictoires et c'est la stipulation relative au contenu qui l'emporte sur la nomination formelle. Dans cette dernière hypothèse, l'analyse rejoint des travaux récents sur l'obligation fondamentale[4] : de même qu'un contractant ne peut se contredire en acceptant d'un côté de se porter débiteur d'une obligation et en refusant de l'autre toute contrainte, il ne peut stipuler les obligations caractéristiques d'un contrat et le qualifier différemment.

---

(1)Pour une référence à ce texte en jurisprudence : Req. 20 mai 1839, S. 1839-1- p.525.
V. en ce sens : obs. M. REMOND-GOUILLOUD, Bull. transp. 1985, p.417.

(2)Civ. 5 mars 1855, DP 1855-1- p.123 (vente de matériaux à extraire).

(3)V. par exemple privilégiant le contenu : P. TIMBAL, «Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français», Thèse Toulouse 1924, p.104 texte et note 2 pour les références jurisprudentielles : «il faut surtout se baser, pour apprécier la nature d'un acte, sur sa substance, son contenu réel et s'attacher plutôt à l'intention des parties qu'aux termes employés».

(4)Ph. JESTAZ, «L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale», Mélanges RAYNAUD, p.273 et s., spéc. la conclusion p.294-295.

12.– Ces explications risquent de réduire la portée de cette jurisprudence, alors que l'ancienneté de son origine atteste au contraire de son caractère essentiel.

En premier lieu, il est assez douteux, pour ne pas dire paradoxal, de voir dans cette jurisprudence une application de l'autonomie de la volonté[1]. Si la volonté est toute puissante, les juges doivent s'incliner : lorsque des contractants stipulent les obligations d'une vente et dénomment le contrat «bail», cette qualification conventionnelle peut parfaitement être considérée comme exprimant la volonté de voir appliquer le régime du bail. La solution des tribunaux est au contraire un signe indéniable de défiance à l'égard des contractants. Une forme particulière de manifestation de leur volonté est délibérément négligée, rabaissée au rang de clause insignifiante, puisque donner un nom à un contrat ne produit aucun effet si le contenu ne le confirme pas. La simple dénomination de l'accord par ses promoteurs n'est pas considérée comme une manifestation suffisante de la volonté d'éviter ou de rechercher un régime juridique, fut-il supplétif.

La solution peut se revendiquer d'impératifs pratiques. Appeler bail ce qui n'est qu'une vente conduit à des difficultés techniques inextricables dans la détermination du régime de l'accord[2]. En refusant d'accorder de l'importance à la nomination conventionnelle, les magistrats forcent ainsi les contractants à préciser leurs intentions, en faisant porter directement leur stipulations particulières sur le régime de l'accord. De ce point de vue, cette jurisprudence a des vertus pédagogiques et incitatives qui ne sont pas mauvaises, mais réduire ce principe prétorien à cet aspect est encore insuffisant.

En réalité, l'enjeu du débat est beaucoup plus vaste : la qualification commande l'application du régime prévu par la loi. Ce pouvoir essentiel de la règle de droit est trop important pour le laisser à la discrétion des parties. Il faut empêcher les contractants d'échapper trop facilement aux prévisions légales et, bien que cela puisse surprendre, le problème concerne aussi bien les dispositions supplétives qu'impératives[3]. Pour les règles supplétives, la seule mention d'une qualification conventionnelle différente de celle retenue par la loi permettrait d'évincer aisément tout un corps de règles spécialement adaptées à une situation économique correspondant à

---

(1)Rappr. E. GOUNOT, «Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé», Thèse Dijon 1912, p.201 ; J. DUPICHOT, art. précité, n°4, p.183.

(2)En pratique, les parties ne s'accordent jamais pour stipuler les obligations d'un bail tout en affirmant que le contrat est une vente.

(3)V. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°297 : «là où sa vocation n'est pas repoussée par une dérogation conventionnelle, la règle supplétive oblige avec la même intensité qu'une règle non susceptible de dérogation».

celle voulue par les parties[1]. Une telle exclusion entraînerait une grande incertitude juridique et un retour aux dispositions plus indifférenciées du droit commun des contrats. Dire qu'un contrat de garde-meubles n'est pas un dépôt entraîne dans cette conception l'élimination de la qualification et du régime du dépôt, pour un régime plus réduit en quantité et en qualité[2]. Pour les règles impératives, le risque est également considérable : en modifiant la qualification, les parties peuvent aussi détruire une des conditions d'application de la disposition d'ordre public. Il n'est dès lors pas étonnant que les juges aient immédiatement retiré aux parties cette prérogative et que la Cour de cassation ait tout aussi vite décidé de surveiller l'emploi qui en était fait par les juges du fond.

13.– Il serait cependant excessif de considérer que les parties n'ont aucune influence en matière de qualification. Il convient simplement de bien préciser le domaine de leur action.

Les contractants sont libres de modeler le contenu de leur accord (sous réserve des dispositions d'ordre public). Ils peuvent donc stipuler les obligations qu'ils désirent et les agencer selon une structure conforme à l'opération économique qu'ils veulent mettre en forme. Ils peuvent aussi, toujours dans le respect des règles impératives, définir directement le régime de leur contrat. Si, exceptionnellement, les contractants veulent qu'une disposition d'une qualification particulière régisse un contrat pour laquelle elle n'est pas écrite, ils doivent cependant le faire explicitement et ponctuellement[3].

En revanche, une fois le contenu de l'accord établi, les juges déterminent sa nature. Les contours des catégories légales et le lien particulier qui unit ces catégories aux contrats concrets qu'il convient de qualifier échappent aux contractants[4]. Les parties n'ont donc pas une influence directe sur la qualification, mais indirecte par le biais de ce qu'elles ont vraiment stipulé. Dans certaines situations, plusieurs moyens

---

(1)Rappr. infra n°542.

(2)Rappr. pour un contrat de garde-meubles où les parties souhaitaient écarter les règles du dépôt : Paris 24 septembre 1981, Juris-Data n°25148.

(3)Rappr. les problèmes posés par l'application conventionnelle du décret de 1953 notamment à des baux professionnels (infra n°680 note).

(4)V. très clairement en ce sens : J. CARBONNIER, «Le régime matrimonial Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association», Thèse Bordeaux 1932, p.728-729 ; F. TOUBOL, «Le logiciel Analyse juridique», FEDUCI - LGDJ 1986, n°132 ; N. REUTER, «La notion d'assistance en mer», Litec 1975, n°231 et s. (peut-être de façon excessive, d'ailleurs (n°235), puisque l'auteur semble admettre qu'un acte ne remplissant pas les conditions objectives de l'assistance maritime ne saurait bénéficier de cette qualification même si les parties ont entendu expressément se placer sous cette définition : or, il s'agira normalement d'un contrat de remorquage dont il est facile de concevoir que les parties puissent en régler les modalités de rémunération. En définitive, la discussion illustre une nouvelle fois les hésitations en matière d'application conventionnelle de règles d'ordre public).

juridiques s'offrent aux contractants pour arriver à un même résultat économique[1]. Juridiquement, le juge qualifie le contrat selon les obligations stipulées et les parties ne peuvent le contraindre. Cependant, dans ce genre d'hypothèses, au regard du but final poursuivi, les contractants arrivent à lier indirectement le juge sur la qualification, en choisissant un moyen juridique particulier pour atteindre leur objectif. La situation est fréquente en matière commerciale, où les qualifications potentielles sont souvent surabondantes.

Seule la substance réelle d'un contrat est donc importante, à la fois pour identifier le contrat voulu par les parties et pour définir la catégorie légale dont il relève. L'affirmation se prouve par l'absurde, en raisonnant sur les hypothèses exceptionnelles qui dérogent à ce principe, telles que les qualifications qui possèdent des structures d'identification quasiment similaires. Ainsi, dans certaines zones de montagne, il est possible de consentir un bail rural ou une convention pluriannuelle de pâturage. Or, cette dernière est analysée comme une variété de bail et non une vente d'herbes[2]. De même, la concession immobilière se définit comme le «contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble ou partie d'un immeuble bâti ou non bâti, en confère la jouissance à une personne dénommée concessionnaire pour une durée de vingt années au minimum et moyennant le paiement d'une redevance annuelle»[3]. Si le droit du concessionnaire n'est pas analysé comme un droit réel, la concession possède une définition qui peut correspondre en tout point à celle d'un bail de longue durée[4]. Pour identifier ces contrats, le nom choisi par les parties devient un élément essentiel de décision(5). Le nom indique donc la nature du contrat lorsque deux qualifications ont les mêmes critères. A contrario, ces exemples montrent que dans le cas général, c'est bien la substance de l'accord et les critères du modèle normatif de contrat qui importent(6).

---

(1)F. TERRE, Thèse précitée, n°6, n°526 et s. et n°709.

(2)Cf. infra n°736.

(3)Article 48 de la Loi 67-1253 du 30 décembre 1967.

(4)Contra : M. GUERDOU, «La concession immobilière», Thèse Dijon 1972, n°72 et s. et n°78 (l'auteur oppose l'obligation de faire jouir de l'article 1709 au transfert de jouissance visé dans la définition de la concession, ce qui s'avère peu convaincant, sauf à y voir une allusion à un droit réel, ce qui est effectivement la position de l'auteur).

(5)Mais pas exclusif : d'éventuelles stipulations sur le régime ne pouvant s'expliquer que dans une seule des qualifications concernées peuvent aussi constituer des indices précieux de la volonté des parties.

(6)Toutefois, des ouvrages importants ont été consacrés à l'influence de la volonté des parties sur les qualifications, ce qui montrerait l'insuffisance d'une approche basée principalement sur la technique des qualifications. L'argument n'emporte pas la conviction : en effet, un examen plus approfondi des hypothèses étudiées par ces auteurs montre que l'influence des contractants ne concerne pas directement l'analyse juridique du contrat, mais prend plutôt la forme d'une intervention médiate. Les parties stipulent un contrat original qui déjoue les catégories classiques : ce contrat n'est pas

14.- La nouvelle rédaction de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile invite à se demander si les termes du débat n'ont pas été complètement renouvelés. Selon l'alinéa 3 de ce texte[1], le juge «ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat». Cette prérogative va à l'encontre de la jurisprudence classique[2] en autorisant les parties à intervenir directement sur le lien qui unit leur accord concret au modèle contractuel légal. Alors que cette disposition suscite une doctrine abondante[3], ce texte révolutionnaire ne semble quasiment pas utilisé[4]. Le

---

original parce que les parties l'ont dit mais parce qu'il l'est vraiment, ce qui ne peut se réaliser que si le contrat possède une caractéristique qui déroge au modèle légal.
Ainsi, dans beaucoup d'hypothèses examinées par Monsieur Terré (Thèse précitée), les parties n'ont nullement influencé directement les catégories légales. S'agissant des éléments objectifs, une action de la volonté individuelle sur la fongibilité ou la consomptibilité du bien objet d'une prestation (n°24 s. ; cf. infra n°802 s.) ne peut disqualifier un commodat en prêt de consommation que si le législateur a fait de ce critère un élément distinctif de ces deux qualifications : seule les catégories du droit des biens ont été altérées (comp. d'ailleurs la situation pour le dépôt qui peut être indifféremment régulier ou irrégulier). Une remarque identique pourrait être faite pour l'extraction de produits (n°41 et s. ; cf. infra n°827 s.) ou pour la fourniture de produits sanguins (n°592 ; cf. infra n°880 s.). Pour les éléments subjectifs (n°349), une conclusion semblable paraît s'imposer. L'éviction de la qualification de prêt à usage lorsque le prêteur poursuit un but intéressé (n°277 ; cf. infra n°553 s.) ne peut résulter que d'un raisonnement sur les critères légaux des catégories de bail et de commodat. Il n'en reste pas moins que cet auteur adopte dans certains cas une position nettement plus souple qui appelle des réserves (v. par exemple : «on ne voit pas pourquoi on interdirait à deux contractants de qualifier de vente ce qui est louage» ; rappr. aussi infra n°701 sur la notion de convention d'occupation précaire)
L'ouvrage de Madame Grillet-Ponton appelle une conclusion identique. Cet auteur examine l'influence de la volonté des parties dans la création de contrats innommés, tant vis à vis des composantes élémentaires du contrat (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°30 et s.), que des composantes médiates (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°110 et s.). Les exemples évoqués montrent que les parties créent des contrats innommés non par intervention directe sur l'opération de qualification, mais par la stipulation d'un contrat dont le contenu est original par rapport aux cadres préexistants. Ce sont bien les cadres normatifs qui sont essentiels dans le phénomène. Madame Grillet-Ponton l'admet implicitement en diverses occasions (v. par exemple : n°26, p.28 ; n°112, p.123 ; n°132, p.144 ; n°160 ; n°163, p.190 ; n°264 ; n°404), notamment à l'occasion de sa typologie des contrats innommés (cf. infra n°22, dernière note).

(1) Depuis l'annulation par le Conseil d'Etat de l'alinéa 3 initial, mais la référence à l'ancienne numérotation (alinéa 4) est souvent conservée (sur ce problème : J. HERON, op. cit., n°235 note 1).

(2) V. quand même, pour un contrat d'agence de voyages, où les parties étaient d'accord sur la qualification de mandat, ce que les magistrats constatent, notamment la Cour d'appel : Tb. com. Seine 14 janvier 1955, Gaz. Pal. 1955-1- p.141 ; sur appel Paris 25 novembre 1955, JCP 1956, II, 9240, note R. RODIERE ; pourvoi rejeté par Civ. 1e 5 janvier 1961, D. 1961, p.340. Les motifs de la Cour d'appel semblent par moment regretter cette qualification (troisième colonne) et il est permis de se demander si, quelques années plus tard, la Cour n'aurait pas penché vers une qualification de contrat d'entreprise. La Cour de cassation reconnait aussi l'accord des parties, mais à quoi se rapporte l'expression «à bon droit» ? Au respect de cet accord ou à l'exactitude de la qualification indépendamment de celui-ci ? Adde les références citées par B. MERCADAL, art. cité note suivante, p.428-429.

problème est de savoir si cette méconnaissance est temporaire, parce que le texte n'est pas encore entré dans les mœurs, ou si la solution qu'il préconise est affectée d'un vice substantiel. La vérité semble se situer entre ces deux extrêmes. Le texte gagne à être connu et il convient de ne pas tirer de sa non-utilisation actuelle des conséquences définitives[1]. Toutefois, plusieurs raisons incitent à penser que cette disposition n'a pas l'importance que certains ont voulu lui prêter.

15.- Tout d'abord, le texte n'a qu'une portée limitée. En effet, il ne peut jouer que «pour les droits dont les parties ont la libre disposition». Le texte est paralysé lorsqu'une disposition d'ordre public est en cause[2]. Or, il y en a de plus en plus ! Comme de surcroît, dans un conflit de qualifications, il y a forcément deux contrats en cause, les possibilités de trouver dans une des qualifications une disposition d'ordre public en sont multipliées. Il serait possible de réduire cet obstacle en distinguant selon la disposition du régime juridique concernée : si la difficulté ponctuelle soumise au juge est réglée par des dispositions supplétives dans toutes les qualifications potentielles, l'article 12 est efficace, alors que si l'une des deux qualifications

---

(3) Sur ce texte : - *Ouvrages généraux* : J. HERON, op. cit., n°235 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, op. cit., n°392, p.403 ; G. COUCHEZ, op. cit., n°236 ; J. NORMAND, J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 152, «Principes directeurs du procès civil», n°114 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3e édit., n°535 et s., spéc. note 41 p.490.
- *Ouvrages spéciaux* : J. MOURY, «Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile», Thèse Paris II 1986, p.58, p.138 et s.
- *Articles* : B. MERCADAL, «Regards sur le droit des transports», Etudes RODIERE, p.423 et s., spéc. n°9 et s. ; M. ANQUETIL, «Le nouveau visage de la justice civile», JCP Ed. A 1972, IV, 6150, spéc. n°21 ; P. HEBRAUD, «La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge», Ann. Univ. scienc. soc. Toulouse 1978, p.379 et s., spéc. p.396-398 ; J. MIGUET, «Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit», Mélanges HEBRAUD, p.567 et s., spéc. p.577 et s. ; J. NORMAND, «Le juge et le fondement du litige», Mélanges HEBRAUD, p.595 et s., spéc. n°33, texte et note 100 ; R. MARTIN, «Retour sur la distinction du fait et du droit», D. 1987, p.272 et s.

(4) V. en ce sens : Ph. BERTIN, «Le décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile», Gaz. Pal. 1971-2- p.551 et s., spéc. n°5 (scepticisme) ; R. MARTIN, «Le fait et le droit ou les parties et le juge», JCP 1974, I, 2625, n°52 («sur le plan pratique, cette exception à la règle est actuellement inopérante») et chr. précitée, D. 1987, n°7, p.273 (l'auteur cite un exemple «rarissime» d'application : Civ. 1e 27 mai 1986, D. 1987, p.209, note P.-Y. GAUTIER, où les parties avaient renoncé à l'appel) ; R. PERROT, «Droit judiciaire privé», Les Cours de Droit, T.1, 1980, p.293 ; J. MIGUET, art. précité, p.592 (comp. p.567) ; J. HERON, op. cit., n°235 (texte ne présentant «qu'un très faible intérêt pratique») ; T. HASSLER, «Les contrats de construction d'ensembles industriels», Thèse Strasbourg 1979, n°230, p.265 ; J. MOURY, Thèse précitée, p.58.

(1) C'est d'ailleurs ce postulat qui sous-tend le remarquable article de M. MERCADAL.

(2) V. en ce sens : J. HERON, op. cit., n°235 ; R. MARTIN, chr. précitée, JCP 1974, I, 2625, n°52 et n°9.
Comp. B. MERCADAL, art. précité, n°12 et s., qui retient une position de principe identique mais adopte une conception de l'ordre public beaucoup plus étroite.
Contra, ou en tout cas beaucoup plus nuancé : J. MIGUET, art. précité, p.580 et 582.

comporte pour cette difficulté une disposition impérative, le texte est écarté. Dans cette conception, le régime devient relatif : sur certains points, le juge est lié par la qualification adoptée par les parties et sur d'autres pas. La solution aboutit à un découpage du régime aléatoire et incohérent, puisque l'issue du litige dépend uniquement des qualifications en jeu et du problème posé. L'imprévisibilité qui s'y attache semble contraire à la volonté des parties : lorsque les parties entendent lier le juge sur la nature du contrat, ils entendent promouvoir une solution globale et non aboutir à un régime hybride qu'ils n'ont pas envisagé. De plus, cette relativité de la qualification conduit à appliquer ponctuellement certains régimes. Il est permis de penser que si les parties veulent vraiment écarter ou adopter une disposition précise, elles préfèrent stipuler une clause particulière que de dépendre du juge.

La seconde raison tient davantage à des considérations de bon sens. En pratique, deux solutions sont concevables : soit les parties lient le juge sur la qualification dès la conclusion du contrat ; soit elles n'y songent que lorsqu'un litige est déjà survenu. Dans le second cas, le problème posé par l'article 12 se règle aisément : sauf volonté proche de celle de transiger, les parties, dans la plupart des cas, ne se mettront jamais d'accord sur une qualification devant s'imposer au juge[1]. En cas d'accord initial, si le juge connaît de l'affaire, c'est que les parties sont en litige. Elles vont dès lors interpréter le contrat dans des sens divergents et le juge risque d'en tirer argument pour reprendre son pouvoir, d'autant que le texte de l'article 12 exige un «accord exprès» dont il lui sera facile de dénier l'existence. Seule une stipulation particulièrement nette peut écarter cette intervention[2]. Ici aussi, deux hypothèses sont à distinguer. Si les parties négocient sur un pied d'égalité, un des contractants doit proposer à l'autre d'adopter expressément une qualification précise. Son partenaire risque d'y réfléchir à deux fois avant d'accepter l'offre ! Il doit en mesurer toutes les implications, ce qui est plus facile à dire qu'à faire : il peut en effet toujours redouter

---

(1) V. en ce sens : R. MARTIN, chr. précitée, JCP 1974, I, 2625, n°52 ; R. PERROT, op. cit., loc. cit. ; J. MIGUET, art. précité, p.592.
Elles semblent toutefois disposer d'un autre moyen que l'article 12, l'article 4. La Cour de cassation a admis qu'un objet du litige limité à une action en nullité n'autorisait pas le juge à examiner la nature juridique de l'acte en cause dont la qualification n'était pas contestée par les parties (Com. 2 mai 1983, D. 1985, p.368, note crit. A. JOLY ; JCP 1986, II, 20691, note R. MARTIN ; sur cette décision v. aussi les critiques de J. NORMAND, J.-Cl. précité, n°53 ; v. aussi : Com. 9 octobre 1978, Bull. civ., IV, n°213, p.181.). Comp. Com. 3 mai 1965, Bull. civ., III, n°281, p.254 et n°282, p.256 ; Com. 30 novembre 1982, JCP 1983, IV, p.55. Pour la doctrine : J. HERON, op. cit., n°229, p.169 ; J. MIGUET, art. précité, p.583 et p.593.

(2) V. d'ailleurs l'interprétation restrictive par la jurisprudence des accords intervenus en cours de procédure, solution qui s'impose a fortiori pour un accord consenti dans le contrat lui-même à une époque où la possibilité sinon l'origine et l'étendue du litige ne sont pas forcément envisagées : Civ. 3e 10 octobre 1979, Bull. civ., III, n°175, p.136 ; Civ. 1e 8 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980-1-pan. p.244. Comp. semblant plus souple : Com. 9 octobre 1978, Bull. civ., IV, n°213, p.181 (mais l'arrêt est rendu sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile).

de n'avoir pas pensé à tel ou tel aspect de la question. Dans ce premier cas, si les deux contractants sont d'égale force, et s'ils sont tous deux dotés de services juridiques suffisamment développés pour apprécier toutes les conséquences de l'accord, l'article 12 est satisfaisant. Ce genre d'hypothèses reste cependant rare et il est à craindre que le domaine d'application privilégié de ce texte ne soit constitué en réalité par le contrat d'adhésion, le cocontractant en position de force imposant à l'autre partie la qualification qui lui convient[1]. Pareille manœuvre risque d'être heureusement inefficace pour les consommateurs, en raison du caractère d'ordre public des dispositions qui les protègent, mais tel ne sera pas toujours le cas dans les autres hypothèses, faute de disposition impérative. Une telle perspective ne suscite pas l'enthousiasme[2]. D'ailleurs, est-il bien conforme à la finalité de l'article 12 d'utiliser ce texte à des fins de «verrouillage» de la qualification d'un contrat, en dehors de toute procédure, à un moment où toutes les conséquences du choix sont difficilement perceptibles ? Les spécialistes de droit judiciaire révèlent que l'article 12 a été conçu dans une perspective purement procédurale[3] et il est symptomatique de constater que ces auteurs n'examinent jamais l'hypothèse d'un accord initial[4]. En définitive, il est donc permis de se demander si une limitation du domaine de l'article 12 à la phase judiciaire n'est pas plus satisfaisante : avec une telle interprétation, cette disposition n'est plus en rupture avec la tradition jurisprudentielle et les consentements qu'elle suppose peuvent être donnés de façon libre et éclairée en raison d'une meilleure appréciation des conséquences de l'engagement et de la présence à ce stade de professionnels du droit.

16.– Cet examen des pouvoirs des parties sur la qualification montre donc que, sauf exception tenant notamment à l'existence de règles d'ordre public, l'autonomie de la volonté offre aux parties un large pouvoir dans la délimitation du contenu de leur accord et dans la délimitation ponctuelle de son régime. En revanche, la qualification

---

(1)Comp. nettement moins inquiet : B. MERCADAL, art. précité, n°14-15

(2)La portée de l'article 12 devrait peut-être se limiter aux relations entre professionnels ou aux qualifications adoptées dans des contrat-types professionnels résultant d'une négociation collective, situation plus équilibrée et plus «réfléchie».

(3)En l'occurrence, en lien avec la procédure de la requête conjointe (v. J. MIGUET, art. précité, p.568 et les références citées). Il est désormais admis sans discussion que cette liaison n'est plus nécessaire (J. MIGUET, op. cit., loc. cit.), mais il n'en reste pas moins que tous les auteurs ont conservé une vision procédurale du texte (cf. note suivante).

(4)V. par exemple : R. MARTIN, chr. précitée, JCP 1974, I, 2625, n°52 ; J. MIGUET, art. précité, p.592-593 (qui examine cependant une autre possibilité : l'accord postérieur à la demande en justice pour contrer une qualification du juge qui n'arrangerait aucune des parties) ; J. MOURY, Thèse précitée, p.58.
L'utilisation de l'article 12 pour des accords figurant dans le contrat est une proposition venue d'un auteur davantage préoccupé par le droit substantiel que par la procédure (v. B. MERCADAL, art. précité, n°9 et s.).

proprement dite, c'est à dire le positionnement de l'accord effectivement conclu au regard des catégories juridiques est une question qui n'est quasiment jamais sous l'emprise de la volonté individuelle. Il s'établit un lien unique entre un accord concret et le modèle contractuel décrit par la loi, puisque ni le juge (en principe[1]), ni les parties ne peuvent altérer ce lien. La technique des qualifications peut par conséquent constituer un objet d'étude autonome puisqu'il se confirme qu'elle s'effectue selon des principes généraux que les parties peuvent utiliser sans pouvoir les modifier.

17.- 2) Cependant, la réalisation d'un inventaire et d'un classement raisonné des concepts techniques permettant de distinguer un contrat d'un autre peut susciter une seconde objection : la tentative a déjà eu lieu, puisque Planiol, dès 1904, a proposé une classification synthétique des contrats[2]. Or, la classification proposée est maintenant considérée comme un échec[3]. Pourtant, cette conclusion ne condamne pas toute synthèse relative à la technique des qualifications contractuelles, car les propositions de Planiol encourent de sérieuses critiques.

Certains postulats à la base de l'article de Planiol paraissent justifiés. Ainsi, l'idée selon laquelle il est impossible d'échapper à une logique combinatoire en matière contractuelle est difficile à remettre en cause : le législateur s'est contenté de définir des opération simples, que les parties et la complexité de la vie ont démultiplié. Une logique élémentaire d'économie de moyens et d'égalité[4] impose de traiter tout ensemble contractuel composite créé par les contractants en s'inspirant des règles régissant ses éléments[5]. Ensuite[6], l'idée selon laquelle les possibilités de création de contrats nouveaux ne sont pas infinies est encore soutenue par des auteurs contemporains[7], même si sa portée dépend étroitement du nombre effectivement retenu...

---

(1) Car la Cour de cassation n'exerce pas toujours son contrôle avec la même rigueur (cf. supra n°8 (notes)).

(2) PLANIOL, «Classification synthétique des contrats», Rev. crit. lég. jurispr. 1904, p.470 ; notes DP 1907-1- p.249, spéc. p.250, sous Req. 5 décembre 1906 et DP 1912-1-p.113 sous Civ. 18 octobre 1911 ; v. évoquant cette présentation : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°152.

(3) Pour la critique : F. GENY, «Science et technique en droit privé positif», T.III, n°210, p.144 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°591 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°152 ; J.-J. BIENVENU, «Actes juridiques et classification», Droits, 7, 1988, p.21 et s., spéc. 26.

(4) Cf. l'auteur allemand (C.X. CANARIS) cité par D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°340, p.384, note 2.

(5) Contra : F. TERRE, Thèse précitée, n°595 ; G. CORNU, «L'évolution du droit des contrats en France», Rev. int. dr. comp. 1979, p.447 et s., spéc., n°5.

(6) L'énumération n'est pas limitative. L'article de Planiol a le mérite de donner une importance justifiée à l'objet, notamment, bien que ce soit de façon implicite et peu rigoureuse, à l'objet du contrat.

(7) V. par exemple : A.-J. ARNAUD, «Essai d'analyse structurale du Code civil français», LGDJ 1973, p.123 et 124, avant dernier paragraphe in fine ; Ph. JESTAZ, «L'évolution contemporaine du Droit des contrats», Journées R. SAVATIER, PUF 1986, p.121.

18.- Au delà, nombre de postulats posés par Planiol appellent des réserves. En premier lieu, les critères de classement utilisés par l'éminent auteur sont notoirement insuffisants. Planiol utilise une distinction tripartite fondée sur l'objet (travail, chose ou droit), qu'il affine en tenant compte de l'existence d'une contre-prestation et de la nature de celle-ci. Conformément à ses opinions traditionnelles, le rôle de la cause est négligé. Pourtant, comme le montreront les développements ultérieurs, la cause-contrepartie est insusceptible de répondre aux fonctions variées de ce concept en matière de qualification. De surcroît, même pour cette dernière, la conception de Planiol est étriquée puisque les contrats unilatéraux onéreux sont négligés. Ensuite, sans que la liste soit limitative, la qualité de professionnel exigée de certains contractants (comme un transporteur) ou l'insertion du contrat dans un groupe de conventions sont parfois des procédés qu'il est indispensable de prendre en compte pour définir une qualification. Certes, il serait concevable de soutenir que Planiol lui-même a prévu ces critiques : «il est possible que, dans l'énumération que j'ai présentée, j'aie oublié quelque convention réalisable ; la faute en sera à mes prévisions incomplètes, non au principe de qualification adopté»[1]. Une telle affirmation est en réalité très discutable car la multiplication des critères de qualification, combinée avec un autre postulat de Planiol, contribue à remettre profondément en cause sa méthode même.

19.- Selon Planiol, un tableau, combinant le critère tiré de l'objet (travail, chose, droit) et les sous-distinctions fondées sur l'existence et la nature d'une contrepartie, peut rendre compte, par le croisement de ses lignes et de ses colonnes, de tous les contrats susceptibles d'être stipulés[2]. Or, comme le souligne avec pertinence un auteur tout aussi autorisé[3], la distinction fondée sur l'objet des conventions est une classification doctrinale et elle n'est pas celle du Code civil. Il est donc fort surprenant qu'au croisement des lignes et des colonnes se retrouvent quasiment systématiquement les qualifications nommées du droit positif. La constatation devient même miraculeuse quand il est tenu compte du caractère incomplet des critères utilisés par Planiol et du vice qui affecte sa trilogie fondamentale, puisqu'en réalité les concepts d'objet utilisés sont hétérogènes : le «travail» correspond à l'objet de l'obligation alors que les «choses» et les «droits» appartiennent à la catégorie de l'objet de la prestation[4]. Si,

---

(1)PLANIOL, chr. précitée, p.480.
(2)PLANIOL, chr. précitée, p.480.
(3)F. TERRE, Thèse précitée, n°595.
(4)Cf. infra n°753 et s.

contrairement à une opinion courante[1], Planiol ne répudie que la conception romaine des contrats innommés et non le concept de contrats qui «ne portent pas de nom spécial»[2], il faut bien voir qu'en fait il n'accorde aux contrats sui generis qu'une place extrêmement réduite et qu'il laisse les qualifications du Code civil se tailler la part du lion. Une telle perspective laisse accroire l'idée que le législateur napoléonien a créé les qualifications nommées selon une démarche scientifique[3]. Cette analyse est tout à fait contestable et elle omet une donnée fondamentale : l'intervention du législateur en matière de qualification est parfaitement «irrégulière». Les consécrations légales de contrats nommés interviennent en considération d'objectifs spécifiques à l'opération concernée, avec des critères particuliers à chaque contrat, en type et en nombre, y compris dans le Code civil[4]. Pour ne donner que quelques illustrations, le dépôt ou le mandat englobent tant les contrats onéreux que les contrats gratuits, alors que la vente, le bail, l'entreprise ou le transport, sont forcément onéreux. L'irrégularité est d'ailleurs encore plus accusée puisque la vente et le bail ont leur correspondant gratuit alors que l'entreprise et le transport bénévoles relèvent de l'innommé[5]. De même, certains contrats comme le transport exigent un contractant professionnel alors que la plupart des autres qualifications n'ont pas recours à ce procédé.

20.- Pour pouvoir conserver une perspective analogique voisine de celle de Planiol, l'image simple du tableau dont les lignes et les colonnes se croisent doit être triplement corrigée. Tout d'abord, ce ne sont pas deux critères qu'il convient de combiner, l'objet de la convention et les caractéristiques de sa contrepartie, mais un nombre beaucoup plus élevé de procédés de qualification qui ne jouent pas forcément sur un même plan. Ensuite, il convient impérativement de garder à l'esprit que l'irrégularité des critères pris en compte par le législateur conduit à admettre qu'une

---

(1)V. cep. F. TERRE, Thèse précitée, n°591, p.470.

(2)PLANIOL, chr. précitée, p.489.

(3)Rappr. : H. MOTULSKY, op. cit., n°17, p.20 (sur les vertus des défauts du Code civil) ; J.-J. BIENVENU, art. précité, p.23, qui cite l'intervention de Portalis au Corps législatif faisant bien la différence entre la science et la législation.

(4)Cette tendance n'a fait que se renforcer. Cette diversité de critères est désormais bien connue des juristes qui ne cessent de fustiger les interventions utilitaristes du législateur qui se contente de nommer un contrat afin de lui imposer certaines règles «pointues» propres à régler des difficultés pratiques très circonstanciées, sans se soucier de dégager les constantes naturelles de l'opération et les règles qui y seraient adaptées, afin de constituer un droit commun susceptible d'être repris par analogie lorsque le nouveau contrat nommé s'insère dans un ensemble plus vaste.
L'irrégularité affecte d'ailleurs aussi bien les critères que le régime (v. par exemple la Convention de Varsovie dont le domaine intègre les transports non rémunérés effectués par des entreprises aériennes et non ceux accomplis par les particuliers).
V. cependant pour une approche enfin plus distanciée (trop ?), le récent projet de loi sur la fiducie, infra n°251 et s., spéc. n°253.

(5)Quand ce n'est pas de la responsabilité délictuelle... (cf. infra n°95 et s.).

qualification nommée peut fort bien occuper plusieurs «cases» du quadrillage[1] et qu'inversement ces qualifications peuvent laisser inoccupées un grand nombre de cases(2). Enfin, toute typologie de la matière en «genres» contractuels subdivisés en sous-catégories doit être soigneusement relativisée, car ce genre de distinction, s'il a des vertus de classification, se heurte à de nombreuses exceptions dans le domaine des qualifications : à partir d'un critère identique, le législateur édicte selon les cas des qualifications appartenant à une même famille ou des qualifications aux régimes profondément différents[3].

Dans ces conditions, les analogies traditionnelles si souvent évoquées, tableau, quadrillage, jeu des familles, étiquettes, moules[4], ne présentent en définitive qu'un

---

(1)Ou, plus exactement, qu'une même qualification recouvre plusieurs structures d'obligations. Le nombre des structures englobées par les qualifications nommées est extrêmement variable et l'apparition d'un contrat innommé dépendra étroitement des aléas de l'intervention du législateur (cf. infra, note n°22, dernière note, les commentaires suscités par la catégorie des contrats atypiques dégagée par Madame GRILLET-PONTON).
Dans cette approche, il est permis de considérer que tout accord de volontés générateur d'obligations correspond à une structure donnée, même si toutes les structures ne correspondent pas à un contrat nommé (contre cette analyse moniste : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°126 (où les exemples choisis ne sont pas convaincants...) et, plus nuancée, n°163).

(2)Plutôt qu'une table de Pythagore, Planiol aurait pu s'inspirer de la nomenclature chimique des éléments. Dans ce tableau, l'idée fondamentale réside dans le fait que le classement ne se limite pas aux éléments connus. Ceux-ci ne font que révéler un principe de classement attaché à une structure atomique. Une systématisation de toutes les combinaisons possibles aboutit à un nombre théorique d'éléments plus élevé que ceux déjà répertoriés, ce qui oblige à présenter un tableau dont la plus remarquable caractéristique est d'être incomplet (rappr. H. CROZE, Thèse précitée, n°158, p.156. La présence de vides dans le quadrillage systématique de Planiol n'est pas flagrante, alors que c'est dans ces vides que s'engouffre le phénomène de l'innommé (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°158, n°402).

(3)F. TERRE, Thèse précitée, n°592.

(4)Ces différentes analogies suscitent des reproches identiques :
- sur l'allusion au *jeu des familles* : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, «Le contrat dit de "factoring"», JCP 1966, I, 2044, n°39 : «on pourrait, à la vérité, hésiter à s'engager dans le classique et décevant «jeu des familles juridiques» qui conduit presque infailliblement, après avoir rapproché l'opération à qualifier d'un certain nombre de types connus, à constater sa nature sui generis. La méthode comparative n'est pourtant pas sans valeur et elle a pu être employée avec fruit récemment pour l'étude du leasing [renvoi en note à l'article de Cl. CHAMPAUD, «Le leasing», JCP 1965, I, 1954]. Elle permet, en effet, opérant comme un révélateur, de faire apparaître les particularités, mais aussi les emprunts faits à d'autres techniques, les liens de parenté avec des institutions connues, ce qui facilite la détermination du régime juridique». Dans un jeu, les cartes sont homogènes (taille identique, nombre de membres similaire, critères en nombres réduits), situation qui ne se retrouve pas pour les qualifications contractuelles.
- Dans le même ordre d'idées, il est banal d'évoquer l'idée qu'un contrat doit se voir reconnaître une nature sui generis parce que ce serait le déformer que de le contraindre à entrer dans un des *moules contractuels* connus (pour un exemple : GENY, «Science et technique en droit privé positif», T.3, 213, p.168 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°126). Cette image du moule est assez déformante car elle s'attache aux contours extérieurs du contrat donc implicitement au régime. Le concept de structure est au contraire «interne», comme le squelette d'un organisme dont la rigidité n'exclut pas une certaine souplesse externe (pour prendre une autre image, comp. la rigidité du squelette humain et le délié des mouvements qu'il autorise). Cette métaphore présente au moins le mérite de faire sentir l'absence d'influence de toutes les prestations accessoires qui viennent s'agréger autour de la structure (v. d'ailleurs D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°159 in fine ; J.-J. BIENVENU, art. précité, p.24).

faible intérêt. Autant il est facile de s'imaginer un tableau à deux dimensions, autant il est compliqué de se représenter un «quadrillage» multidimensionnel irrégulier ! La disparition de la limpidité de l'analogie retire beaucoup de son charme à l'utilisation de ce type de raisonnement. De ces comparaisons, il convient surtout de retenir qu'une synthèse des procédés de qualification aboutit à tracer un plan virtuel de la matière, qui ne correspond pas aux plan réel tracé par les contrats nommés[1] : la combinaison de tous les critères possibles dépasse (ou traverse) l'intervention du législateur. Dès lors, la présentation d'une technique raisonnée des qualifications contractuelles doit s'attacher à mettre à jour les processus et les critères de cette organisation virtuelle, plutôt que d'essayer en vain d'aboutir à une présentation artificiellement ordonnée et abusivement symétrique de l'ensemble des contrats du droit positif. Le problème change alors sensiblement de nature. Les procédés utilisés par le droit positif pour identifier les contrats peuvent être *révélés* par les contrats nommés, mais il ne saurait être question de considérer ces contrats comme des composantes élémentaires d'un système global.

21.- Cette «irrégularité» a d'importantes répercussions sur la méthodologie qu'il convient d'évoquer immédiatement car, en réalité, ces conséquences touchent profondément le fond même du débat.

Tout d'abord, l'irrégularité de l'intervention du législateur constitue un obstacle permanent qui ne peut être surmonté que par la prise en compte d'un nombre suffisamment élevé de contrats. «L'élargissement de l'expérience entraîne le redressement des théories»[2]. Seul le rapprochement de plusieurs modèles contractuels permet de préciser la nature et le rôle habituel de tel ou tel procédé de qualification, en

---

- La référence aux *étiquettes* (G. DURRY, «Les jugements dits mixtes», RTD civ. 1960, p.5 : «sans étiquettes, le monde n'aurait plus de formes», citation tirée de J. ANOUILH, «Becket ou l'honneur de Dieu») suscite les mêmes réserves. Bien qu'apparemment conforme à l'idée de nomination des contrats, elle risque de faire prévaloir la forme sur le fond. En effet, la comparaison évoque encore des critères homogènes : la taille des étiquettes et les mots auxquels elles servent de support. Il suffit d'imaginer le rangement d'éléments chimiques dans des tiroirs portant une étiquette sur laquelle figurerait, non le nom de l'élément, mais sa formule complète, pour mieux comprendre le caractère réducteur de cette présentation.

(1) Sur cette idée d'organisation virtuelle, cf. J.-J. BIENVENU, art. précité, p.27 ; G. CORNU, art. précité, n°29.
Ceci permet d'ailleurs de repousser les craintes d'un nivellement de l'originalité des qualifications innommées au profit des modèles légaux connus (cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°23, p.21 et les références ; E. GOUNOT, «Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé», Thèse Dijon 1912, p.201). Il convient de signaler que la peur de la nouveauté et des figures innommées qui ne rentrent pas dans les cadres connus n'est pas, contrairement à une idée solidement ancrée, l'apanage des juristes. Les connotations péjoratives qui s'attachent dans le langage courant aux termes «innommable» ou «inqualifiable» sont à cet égard très révélatrices.

(2) G. ROUHETTE, Thèse précitée, n°2, p.9.

mettant éventuellement en évidence une particularité originale. La multiplication des illustrations dans les développements qui suivent, lesquelles pourraient parfois apparaître comme redondantes, trouve son explication dans cette spécificité de la matière.

La distance qu'il convient de garder vis à vis des contrats nommés oblige ensuite à adopter une démarche à la fois inductive et déductive[1]. La première approche est inductive : les différentes techniques de qualification doivent être isolées par un examen sans a priori d'un nombre important de contrats, nommés ou innommés. Ensuite, leur synthèse ne peut se réaliser que par une méthode privilégieant un raisonnement déductif. Les critères de qualifications doivent être systématisés par référence aux principes et aux concepts plus généraux du droit des contrats. La première opération fournit intuitivement l'idée d'une règle que la seconde étape tente d'expliquer et de rationaliser. Enfin, les conclusions dégagées doivent être appliquées aux hypothèses initiales ayant permis de déceler un critère particulier. Cette troisième étape est essentielle[(2)], car c'est à ce moment qu'il est possible de se distancier des textes, en déterminant si l'intervention du législateur a confirmé un principe ou consacré une exception, et de la jurisprudence, en mettant ou non en évidence l'utilisation d'une qualification-moyen. Deux illustrations peuvent aider à faire comprendre cette problématique.

La première concerne la distinction des obligations accessoires et principales. Considérer sans plus de précautions que toutes les obligations constituant des critères de qualification des contrats nommés sont des obligations principales conduit inévitablement à des blocages et des erreurs, qui n'apparaissent que lors de l'analyse de contrats innommés, notamment lorsque ceux-ci regroupent des obligations de provenance diverses. Le critère de distinction des prestations principales et secondaires doit résulter d'un examen critique des techniques de qualification employées pour les contrats nommés : les prises de position du législateur peuvent les

---

[(1)]Rappr. ayant utilisé des méthodes voisines : P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon II 1973, p.12 (il fallait «dès le départ, faire abstraction de l'article 1589 pour ne le retrouver qu'au fil de l'analyse, dans le cadre et les limites qu'il serait alors logique de lui assigner») ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°26 (démarche inductive pour l'analyse, suivie d'une synthèse).
Adde M. GOBERT, «Essai sur le rôle de l'obligation naturelle», Sirey 1957, p.90, pour une combinaison différente de l'induction et de la déduction.

[(2)]Les développements qui vont suivre utiliseront souvent des formes bipartites composées d'un exposé des principes et d'une illustration de leur application. Cette présentation est indispensable pour réduire la taille des développements et éviter les répétitions, que provoquerait immanquablement un exposé retraçant la démarche effectivement suivie (exposé du droit positif, synthèse, réexamen du droit positif). Elle présente l'inconvénient de masquer la méthode retenue.

révéler, mais il ne faut jamais omettre que ce dernier peut consacrer des solutions dérogatoires au droit commun de la qualification.

La seconde concerne les contrats complexes. La délimitation de cette notion ne peut se fonder sur le postulat que tous les contrats nommés sont simples. Il convient d'examiner avec circonspection les différents contrats consacrés par le législateur et certaines figures innommées, déjà bien établies et cataloguées comme complexes, pour essayer de dégager un critère de ces contrats. Cette opération effectuée, il apparaît que le contrat d'échange est un contrat composite. Parler de contrats mêlant la vente et l'échange, comme le fait Planiol[1], passe sous silence le fait que cette dernière convention constitue déjà un «montage» de deux ventes. C'est dans cette perspective que cette qualification doit être abordée. Il est alors possible de considérer que le régime défini par le Code pour l'échange peut constituer une source d'inspiration dans la tentative de détermination des principes régissant les contrats complexes. Mais là encore, l'approche doit rester prudente, car la loi peut exprimer un principe aussi bien qu'une exception. Seul l'examen plus approfondi du fondement de chaque règle et l'identification de la variété de contrat complexe à laquelle appartient l'échange permettent de résoudre la difficulté.

22.- C) Il est dès lors possible de délimiter plus précisément l'objet de la recherche. Celle-ci doit tendre à synthétiser les procédés techniques permettant d'un point de vue civil[2] de qualifier les contrats[3], et non les conventions . Elle est donc

---

[1]PLANIOL, chr. précitée, p.485.

[2]La qualification n'est pas une opération gratuite. Elle a pour objectif d'aboutir à la détermination du régime juridique du contrat (plus ou moins directement selon que le contrat est nommé ou pas). Des matières comme le droit fiscal ou le droit pénal fondent parfois l'application de certaines de leurs dispositions sur des contrats d'une nature spécifique, qu'il importe par conséquent de qualifier. Il est acquis en doctrine que ces domaines peuvent avoir une conception propre de la qualification, ce qui aboutit à introduire une certaine relativité de cette technique en fonction des matières (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°292, p.336 ; M. GOBERT, op. cit., p.104, citant J. FLOUR, «Le rôle et la notion d'obligation naturelle», Rapport à l'Association H. CAPITANT, 1952, n°14 ; sur les qualifications relatives, v. plus généralement : F. TERRE, Thèse précitée, n°627 et s., n°635 et s. ; le problème est différent de celui de la relativité de la qualification par rapport aux tiers, v. par exemple pour certaines clauses de réserve de propriété dépassant les prévisions de la loi de 1980 : J. GHESTIN, «Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété», D. 1981, p.1 et s., spéc. n°29, p.8 ; E. DU PONTAVICE, «Intérêt et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980», p.65). La solution ne fait aucun doute pour le droit fiscal (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°23 ; n°201, p.223 ; n°341, p.385 ; B. SOUSI-ROUBI, «Le contrat d'échange», RTD civ. 1978, n°5, p.261 ; adde infra n°1230 (dernière note) sur l'absence d'influence des évaluations à des fins fiscales dans les contrats dépourvus de prix en argent ; comp. avec l'article 1840-A du Code général des impôts qui oblige à unifier les qualifications civiles et fiscales). Il semble en être de même en matière pénale (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°24-25 ; n°381 et s.), bien que la position de la jurisprudence criminelle puisse susciter quelques réserves (cf. infra n°1073 et s. et n°1654). Comme le soulignent certains auteurs (M. BRUSETTI, Thèse précitée, p. 50-51 ; rappr. H. BLIN, «Le délit d'usure...», JCP 1967, I, 2084, n°63), si la qualification retenue est pénale, la marge de manœuvre des juges est importante ; si le texte pénal s'appuie sur un contrat civil comme pour

commune aux contrats nommés et innommés, catégories traditionnelles[1] qu'elle transcende. Le caractère sui generis d'un contrat ne saurait remettre en cause cette technique fondamentale des qualifications. L'identification des contrats innommés utilise jusqu'à preuve du contraire une palette de critères identique à celle des contrats nommés[2]. La démarche pour identifier l'accord est la même : déterminer les obligations stipulées, les hiérarchiser et les organiser autour de l'objet du contrat. La solution est certaine quand il s'agit d'opposer un contrat innommé à un contrat nommé voisin en mettant en lumière la caractéristique qui les distingue. Elle vaut aussi pour l'affirmation positive des critères des contrats innommés : une convention sui generis se définit comme un contrat nommé par une structure spécifique de qualification. Deux nuances propres au contrat innommé doivent toutefois être apportées. D'une part, l'absence d'intervention législative peut engendrer certaines incertitudes quant à la détermination des structures effectivement visées. Ainsi, il est permis de se demander si la définition du pacte de préférence inclut nécessairement l'offre d'un tiers[3] ou si l'affacturage est réservé exclusivement aux opérations utilisant la subrogation comme instrument du transfert des créances[4]. De telles incertitudes sont secondaires et l'action combinée du temps, de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine se charge inéluctablement de les faire disparaître. D'autre part, la consécration d'un contrat

---

l'abus de confiance, le principe de légalité incite à insérer la relativité de la qualification pénale dans des limites plus étroites.

(3)Il ne sera donc question que de la qualification des contrats et non des conventions, qui peuvent avoir pour objet l'extinction ou la modification d'une obligation (sur la distinction des deux notions : J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°4). Les deux notions se rejoignent parfois (cf. infra n°576 pour les donations qui englobent des actes abdicatifs ; D. GRILLET-PONTON, «Essai sur le contrat innommé», Thèse Lyon 1982, n°19, p.19, texte et notes 2 et 3, sur la possibilité de conventions innommées ; rappr. aussi l'analyse qui voit dans l'extinction d'une obligation de donner un transfert en sens inverse). Cette jonction ne semble nullement systématique et il n'est pas sûr que les critères de qualification soient identiques. En effet, pour les conventions, un problème nouveau apparaît : alors que pour les contrats, l'identité de l'effet (la création d'obligations) permet de le négliger dans les critères de qualification, pour se concentrer sur les obligations créées, il semble que la diversité des effets des conventions oblige à ériger cet effet en critère de qualification. L'impression première, avancée simplement à titre d'hypothèse qu'il conviendrait de vérifier, est que par rapport aux critères des contrats, ceux des conventions marquent un «glissement» : l'objet de l'obligation de donner est un transfert de propriété et l'objet de cette prestation de transfert, la chose cédée ; pour une convention extinctive, il semble que l'objet de «l'intervention d'un contractant» soit l'extinction et l'objet de cette extinction, l'obligation éteinte (cf. infra n°n°526 note).

Dans la suite des développements, et pour éviter les répétitions, les mots convention et contrat seront utilisés indifféremment pour désigner les accords créateurs d'obligations.

(1)Madame GRILLET-PONTON a cependant clairement démontré que le contenu de la distinction est devenu nettement plus complexe (Thèse précitée, n°191 et s.).

(2)V. en ce sens pour les grandes classifications des articles 1101 à 1107 : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°324.

(3)Cf. infra n°139.

(4)Cf. infra n°655.

innommé «typique», c'est à dire conceptuellement original[1], utilise en général un nombre de critères plus restreint que ceux des contrats nommés[2]. Sauf circonstances particulières tirées des conditions économiques concrètes du déroulement de la convention, la structure de qualification d'un contrat innommé utilise principalement les concepts d'objet et de cause des obligations. Les critères complémentaires comme l'objet de la prestation, l'insertion dans un groupe ou la qualité des parties sont normalement d'origine législative(3). En définitive, il n'est donc pas nécessaire lors d'un examen de la technique des qualifications, de consacrer des développements séparés aux contrats nommés et aux contrats innommés(4).

---

(1)Selon la terminologie de Madame GRILLET-PONTON (cf. infra n°22 dernière note).

(2)Adde aussi infra n°654, pour la bonne adaptation de l'innommé aux qualifications regroupant une pluralité de structures.

(3)Ces deux structures ont tendance, en général, à évoluer dans des sens contraires. S'agissant de la structure interne, la tendance initiale est souvent de retenir une définition stricte (cf. les exemples du pacte de préférence et de l'affacturage déjà cités ou celui de la franchise où la limitation initiale aux services n'est plus de mise), peut-être pour justifier plus facilement un régime dérogatoire, alors qu'avec le recul la délimitation économique de l'opération avec toutes les structures juridiques qu'elle suppose apparaît mieux. Au contraire, l'attitude de départ est plutôt de négliger les critères externes et seule l'évolution ultérieure peut mettre en évidence la nécessité de spécialiser davantage les qualifications.

(4)Il n'est pas nécessaire non plus d'adopter la classification des contrat innommés proposée par Madame GRILLET-PONTON (sur cette classification, pour des références non spécifiques : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°149, n°159-160, n°162 et s., n°398, n°403 et s.).
Cet auteur distingue deux catégories de contrat innommés. Tout d'abord, un contrat sui generis est «typique», lorsqu'il représente «un nouveau type doté de caractères propres, ayant vocation à prendre place parmi les nomenclatures existantes, sous une dénomination synthétique et en fonction de paramètres variables révélant l'utilité de son intégration dans l'ordre juridique» (n°207 ; adde n°164, n°186 et s., n°198, n°352 et s.). En revanche, un contrat est atypique lorsqu'il constitue «une structure marginale et souvent précaire, dépourvue de dénomination ou revêtue d'une désignation non significative et qui, en raison de certaines disparités, ne s'inscrit pas dans la définition d'un contrat nommé mais peut néanmoins être ordonnée autour du concept synthétique qui sous-tend ce dernier» (n°208 ; adde n°160, n°163, n°356 note 5 p.405, n°350 note 3 p.395.).
Cette classification appelle plusieurs remarques.
La première catégorie concernant les contrats typiques présente un intérêt essentiel. L'auteur démontre clairement le caractère virtuellement nommé de certaines conventions, même si aucune intervention du législateur ne s'est produite (v. aussi R. RODIERE, note Gaz. Pal. 1980-2-p.509 ; M. GENDRE-DEVOIVRE, «Collaboration et assistance entre parties au contrat», Thèse Clermont-Ferrand I 1981, n°406, p.556). Les exemples cités sont indiscutables : bail à nourriture, crédit-bail avant la loi de 1966, affacturage, hôtellerie, communication de savoir-faire, cession de clientèle, ingénierie (n°204, p.227 note 2). L'originalité ainsi dégagée est démontrée tant sur le plan conceptuel que sur le plan du régime.
La catégorie des contrats atypiques suscite davantage de réserves. La caractéristique commune de ces contrats est d'être situés dans le halo conceptuel d'un contrat nommé qui entoure son expression juridique. Le contrat atypique possède les caractéristiques du contrat nommé proche, mais pas toutes les propriétés. Une telle approche présente l'intérêt de montrer que les contrats innommés sont d'une originalité variable par rapport aux contrats qui les entourent, ce qui doit certainement entraîner des conséquences sur le plan du régime. Elle suscite cependant certaines objections. En effet, les exemples fournis de contrats atypiques correspondant à une simple catégorisation ne sont pas tous convaincants. La transformation d'un prix en argent par un prix en nature (n°160 ; cf. infra n°1232 et s.), la qualité d'une des parties (n°160 et n°356 note 5, p.405 ; cf. infra n°901 et s.), l'objet de la prestation (n°356 note 5, p.405 ; cf. infra n°751 et s.), la nature d'obligation de moyens et de résultat (exemple du téléski : n°351 ; cf. infra n°198 et s.) méritent d'être conservés. La nature réelle relève peut-être aussi de cette catégorie, mais c'est le principe même du contrat réel

23.- Cette première délimitation mérite d'être complétée. Un inventaire rationnel systématique des critères de qualification ne peut être dressé sans qu'en de multiples occasions l'enjeu de cette opération, c'est à dire le régime du contrat, ne manifeste son influence[1]. Toutefois, il ne saurait être question de traiter de façon générale du régime des qualifications contractuelles. Seules les relations pouvant exister entre le régime d'un contrat et la technique utilisée pour l'identifier relèvent du cadre de cette étude. Or, les manifestations de ces interactions sont de natures diverses et toutes ne méritent pas un examen spécifique.

Le régime joue parfois un rôle lors de l'identification par le juge de l'accord concret conclu par les parties. Ainsi, pour déterminer la nature d'une des obligations souscrites, une référence des cocontractants à une règle propre à une qualification donnée peut parfois constituer un indice de leur volonté[2]. De même, les litiges relatifs à la qualification d'un contrat ne naissent pas de pures spéculations théoriques ; ils surgissent à l'occasion de l'application d'une règle précise. Le régime est alors un enjeu qui est susceptible de perturber la pureté du raisonnement technique comme le montre le procédé de la qualification-moyen. Ces deux exemples ne concernent pas directement les critères de qualification et il n'est pas nécessaire d'y consacrer des développements autonomes.

---

qui semble critiquable. En revanche, les contrats de prêts intéressés (cf. infra n°553 et s.) ne sauraient relever des contrats atypiques (n°40, n°163, n°351). Le degré dans l'onérosité n'est pas un élément secondaire de qualification, même lorsqu'il concerne une même prestation et ses répercussions sur le régime sont importantes. Cette position est d'ailleurs d'autant moins compréhensible que l'auteur classe dans les contrats typiques... les contrats de services gratuits (n°222). De plus, les effets de la catégorisation quant au régime sont très variables et ils dépendent largement de la nature de l'intervention du législateur.

Ceci amène à formuler une remarque plus générale. Du point de vue d'une technique des qualifications, les contrats innommés typiques utilisent des procédés auxquels ont également recours des contrats nommés. De même, les contrats innommés atypiques se séparent de la convention nommée voisine en raison de critères qu'il est possible de retrouver pour la distinction de deux contrats nommés. Un traitement séparé des contrats sui generis présente donc un double défaut. Pour les contrats typiques et atypiques, il masque l'unité des procédés techniques employés. Pour les contrats atypiques, il aboutit à inverser les rôles car, en réalité, tout est déterminé par la définition du contrat nommé : tant du point de vue de la mise en évidence de la structure que, surtout, sur celui du régime (cf. infra n°23-24), l'important est moins d'isoler toutes les conventions atypiques d'un même contrat nommé, que de mettre en évidence les raisons techniques de création de la qualification du contrat innommé : nature de l'obligation (prix en nature), objet de la prestation, gratuité, etc.

L'examen du droit positif montre enfin que cette classification est incomplète. La seconde catégorie devrait être désignée sous le terme de contrats non-typiques, par opposition à de véritables contrats atypiques qui sont séparés par des différences structurelles majeures mais qui ne correspondent à aucune opération économique courante et qui n'ont donc aucune virtualité à être jamais nommé (cf. infra pour les contrats mixtes par opposition n°1285 et s.).

(1)Rappr. F. TERRE, «Introduction générale au droit», 1991, n°364.

(2)Cf infra n°152 et s.

Le régime peut également constituer un élément de décision non négligeable dans la délimitation des contours du modèle contractuel légal. Dans cet ordre d'idées, le régime d'une obligation permet d'en cerner la notion[1]. A titre d'exemple, le succès considérable rencontré par la qualification d'entreprise en matière mobilière tient pour une large part au fait que son régime légal est extrêmement réduit et général. Une réglementation pointilleuse élaborée en fonction d'une prestation matérielle aurait immanquablement amené les interprètes à considérer que le législateur n'avait pas entendu viser les prestations intellectuelles. Le contrat d'entreprise n'aurait pu assumer le rôle qui est actuellement le sien de «bonne à tout faire»[2] et l'adoption de qualifications innommées aurait dû pallier cet obstacle. Le contenu du régime d'un contrat nommé est également un argument à prendre en compte pour juger de l'opportunité de la consécration d'une qualification innommée voisine. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit de préciser s'il existe une qualification sui generis intermédiaire entre le bail et le prêt quand le "prêteur", bien que non rémunéré, poursuit un but intéressé[3]. Dans ces hypothèses, le régime juridique du contrat se rapproche incontestablement des critères utilisés pour le qualifier, mais leur examen trouve naturellement sa place à l'occasion de l'étude des procédés techniques de qualification qu'elles concernent.

24.– En définitive, l'interaction de la technique des qualifications et du régime de celles-ci ne justifie des développements spécifiques que dans une situation particulière : la combinaison d'obligations provenant de contrats différents(4).

La liberté contractuelle autorise les parties à construire des contrats en additionnant plusieurs obligations provenant de divers contrats nommés ou innommés. Les modalités de ces constructions sont multiples. Les contractants peuvent ajouter à un contrat connu une obligation accessoire qui n'y figure pas en temps normal. Ainsi, un vendeur peut livrer la chose vendue à domicile, mélange de vente et de transport, ou procéder à l'installation de celle-ci, mélange de vente et d'entreprise. Les parties peuvent également associer plusieurs obligations d'origine différente sur un pied

---

(1)Cf. pour la nature d'une obligation, infra n°153.

(2)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°700.

(3)Rappr. la difficulté de distinguer la présupposition du régime dans les contrats régis par un statut d'ordre public, infra n°687.

(4)Dans le cas d'un contrat innommé original par la nature de son obligation caractéristique, une utilisation analogique des règles des contrats voisins, que doctrine (B. STARCK, «Obligations», 3ème édit., n°104 ; PLANIOL et RIPERT, T. 6, n°42 ; AUBRY et RAU, T.V, § 341, note 8 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, I, n°20 ; DEMOGUE, II, n°917) et jurisprudence admettent, suscite des difficultés spécifiques et difficilement systématisables. La question a été traitée par un auteur auquel il convient de renvoyer (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°340 et s., p.383 et s.).

d'égalité, faisant ainsi apparaître un contrat complexe. Le franchiseur, par exemple, s'oblige simultanément à transférer un savoir-faire et l'usage d'un signe de ralliement de la clientèle, sans que l'une des obligations ne puisse être considérée comme primant l'autre. Enfin, les contractants peuvent imbriquer étroitement plusieurs obligations provenant de contrats connus au point de faire apparaître un ensemble original. Les exemples les plus connus de ce procédé sont constitués par le crédit-bail, le bail à nourriture ou encore le contrat d'hôtellerie.

25.– Ces contrats composites, formés par l'agglomération de morceaux de structures de plusieurs accords, n'ont jamais fait l'objet d'une étude synthétique. Un tel examen entre parfaitement dans le cadre de cette étude car la complexité d'un contrat est un procédé technique particulier de qualification. Or, la reconnaissance d'une ou plusieurs catégories de contrats complexes ne peut se faire qu'en précisant suffisamment les principes régissant la détermination du régime de ces conventions. Décrire les procédés techniques de qualification de ces contrats composites est donc inséparable de la question de leur régime.

Une telle recherche rejoint une nouvelle fois les propositions de Planiol. S'agissant de la possibilité de créer des contrats nouveaux, Planiol évoque la faculté pour les parties de combiner plusieurs contrats[1]. Il traite ainsi chaque qualification, en pratique principalement les contrats nommés, comme des composantes élémentaires, des atomes de molécules contractuelles. La prise de conscience de «l'irrégularité» de l'intervention du législateur dans la consécration des contrats nommés, par l'utilisation de critères hétérogènes, en type et en nombre, selon les contrats qu'il réglemente et d'après des contraintes économiques souvent ponctuelles, oblige à modifier la perspective adoptée par l'éminent auteur. La mise en évidence d'une logique combinatoire ne saurait prendre le contrat (a fortiori nommé) comme élément fondamental. Planiol ne peut aboutir en postulant dès le départ que la diversification des contrats se réalise par la combinaison d'autres contrats. En réalité, la combinaison porte sur des concepts plus «fins», les obligations. L'approche de la technique générale des qualifications ne peut qu'en sortir profondément modifiée. Comme les obligations agglomérées sont extraites de contrats dont elles ne constituent qu'un élément, il n'est plus possible d'admettre que c'est la totalité des régimes des contrats d'emprunt qui doit se combiner et il devient nécessaire de préciser les éléments de ce régime susceptibles de suivre l'obligation dans son nouvel environnement. Cette

---

(1)PLANIOL, chr. précitée, p.485.
Comp. : F. TERRE, Thèse précitée, n°595, p.474, qui estime que la classification de Planiol concerne des obligations, ce qui semble supposer que le mélange d'éléments primaires se rapporte à ces obligations.

correspondance entre le régime et les critères de qualification était masquée par le postulat de Planiol. Sa mise en lumière invite à sonder plus profondément les liens qui unissent chaque disposition du régime d'une qualification à ses critères d'identification. Il importe en quelque sorte de déterminer dans quelle mesure les procédés de qualification ne constituent pas une ratio legis de certains points du régime contractuel. La recherche rejoint la nécessité déjà évoquée de mettre en évidence la structure interne des contrats et elle suscite des difficultés qui ne peuvent être résolues que par un retour aux sources s'attachant à mettre en évidence le lien qui unit les critères des qualifications simples à leur régime(1).

---

(1)Cette délimitation mérite d'être comparée avec la perspective adoptée par Madame GRILLET-PONTON dans sa thèse («Essai sur le contrat innommé», Thèse Lyon III 1982), tant vis à vis de son champ d'application, que des postulats qui la sous-tendent.
- S'agissant du domaine d'application, l'ouvrage de cet auteur est à la fois plus large et plus étroit. Plus large, car l'examen d'ensemble du contrat innommé amène Madame GRILLET-PONTON à étudier les régimes de toutes les formes de contrat sui generis, y compris ceux dont l'originalité porte sur la nouveauté de l'obligation en cause, ce qui ne suscite pas de problèmes particuliers quant à la structure de l'accord (v. cep. infra n°175 et s.). Il en résulte logiquement que les principes généraux gouvernant la détermination du régime du contrat innommé ont une portée plus large que ceux décrits dans la seconde partie (certains seront examinés cependant dans la première partie). Madame GRILLET-PONTON distingue quatre corps de règles : - les règles générales, composées d'un statut contractuel primaire (n°322 et s.) et d'une théorie générale des contrats spéciaux (n°326 et s. ; obligation de garantie dans les contrats dont «l'objet est de procurer un droit à autrui» ; règles communes aux contrats gratuits, prohibition des contrats successifs perpétuels qu'ils portent sur un engagement patrimonial (art. 1709 du Code civil) ou personnel (art. 1780 du Code civil) - les règles spéciales transposées par analogie (n°340 et s.) - les règles propres au contrat innommé éventuellement dégagées par la jurisprudence (n°318-319 ; note 2 p.360) - les règles d'origine conventionnelle qui ne heurtent pas l'ordre public (n°319). La perspective retenue pour la seconde partie conduit au contraire à privilégier une forme particulière d'innommé, correspondant à la réalisation de combinaisons originales d'obligations par emprunt de différentes composantes à plusieurs qualifications contractuelles. Du point de vue du régime, c'est incontestablement la technique analogique qui est ici la plus sollicitée (v. d'ailleurs D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°357). Sur un point, l'ouvrage de cet auteur est néanmoins plus étroit. L'insertion d'une obligation accessoire ne produit pas de contrat innommé : le régime de ces prestations accessoires n'entre donc pas strictement dans le cadre de l'étude de Madame GRILLET-PONTON (elle lui consacre cependant certains passages (n°358 et s.), mais ceux-ci sont forts obscurs ; pour la critique, cf. aussi infra n°1133 (note).
- D'une certaine manière, la problématique qui sous-tend la délimitation de la seconde partie recoupe celle de Madame GRILLET-PONTON qui s'efforce dans sa thèse d'établir une correspondance entre la typologie qu'elle retient pour les contrats innommés et le régime de ceux-ci (la préoccupation est rappelée à plusieurs reprises : n°315, n°343, n°348, n°350 et s.). Si cette attitude ne souffre d'aucune critique, les résultats auxquels elle aboutit suscitent des réserves, qui tiennent pour une large part à la classification adoptée entre contrats atypiques et contrats typiques. Madame GRILLET-PONTON tente de vérifier s'il y a une correspondance entre les contrats typiques et la reprise par analogie et entre les contrats atypiques et l'interprétation extensive (n°344 et s. ; comp. n°351 où on a l'impression que c'est l'inverse). Un tel raisonnement n'emporte pas le conviction. Il essaie en effet d'appliquer distributivement deux notions dont la distinction est très difficile (l'analogie et l'interprétation extensive ; cf. d'ailleurs n°345, n°351) à deux concepts (contrats atypiques et typiques) dont le critère de distinction n'est pas non plus à l'abri de la critique (cf. supra n°22 dernière note). Cette approche, fondée sur des classifications «intermédiaires», s'avère trop théorique. Il convient d'être plus pragmatique en s'attachant aux critères techniques établis de création des contrats innommés. Ainsi, plutôt que d'essayer de traiter globalement les contrats innommés atypiques, il est préférable d'examiner séparément tous les contrats qui utilisent le même procédé de disqualification. Par exemple, il est plus efficace d'essayer de dégager les règles

26.– Dès lors, deux axes de recherche distincts mais étroitement liés s'imposent avec netteté. Il importe, tout d'abord, de dégager les éléments fondamentaux d'une technique des qualifications en recensant et en systématisant les procédés du droit positif permettant d'identifier un contrat simple. L'abandon de la thèse de Planiol conduit à considérer qu'un contrat n'est pas un donné global, mais une construction spécifique d'obligations. Il invite à rechercher la clef d'une synthèse de la technique des qualifications dans la mise en évidence d'une notion de structure du contrat (Première Partie).

Il convient ensuite d'approfondir les procédés de combinaison, au sein d'un même accord, d'obligations provenant de plusieurs contrats, en dégageant les différentes modalités de ces assemblages et leurs conséquences sur le régime du contrat composite. A cet égard, une hypothèse mérite d'être vérifiée : à la structure du contrat permettant sa qualification, répond une structure du régime (Seconde Partie).

---

gouvernant le régime de tous les contrats qui remplacent un prix en argent par un prix en nature (cf. infra n°1433 et s.) ou de ceux qui correspondent à des structures d'obligations unilatérales onéreuses (cf. infra n°550 et s.), plutôt que de regrouper tous les contrats atypiques situés dans la zone d'influence de la notion conceptuelle diffuse d'un même contrat nommé (par exemple, le contrat de transport selon que fait défaut le caractère professionnel, la rémunération, l'objet de la prestation, le rôle passif, etc.). Madame GRILLET-PONTON aboutit d'ailleurs à une approche de ce genre lorsqu'elle examine le fonctionnement de la reprise par analogie dans les contrats composites (n°357 et s.), mais, ce sont alors d'autres objections qui peuvent être formulées. D'une part, la structuration des obligations de l'accord n'est pas effectuée avec des critères suffisamment rigoureux (cf. infra n°39 (note) pour l'objet du contrat et infra n°755 (note) pour l'objet de la prestation). D'autre part, la structuration préalable du régime n'est pas dégagée, alors qu'il s'agit d'une opération préliminaire (cf. infra n°1069 et s.).

PREMIERE PARTIE

TECHNIQUE DES QUALIFICATIONS ET STRUCTURE DU CONTRAT

27.– Au cœur de la technique des qualifications réside une contradiction. Toute qualification contractuelle est unique : elle englobe dans une catégorie un certain type d'accord de volontés. Au contraire, il est rare qu'un contrat ne contienne pas plusieurs obligations[1]. Une des raisons les plus simples d'une telle diversité provient évidemment de la pluralité de parties que présuppose tout contrat. Comment dès lors déduire d'éléments multiples, les obligations, une conséquence unique et globale, la qualification ? La recherche d'un concept unitaire, intermédiaire entre les obligations et la qualification, paraît donc indispensable. Avant de pouvoir examiner de façon précise les différents procédés techniques d'identification d'un contrat (Titres 1 et 2), il convient de préciser la nature de ce critère unitaire (Chapitre préliminaire).

---

(1)Cf. : J. BRETHE de la GRESSAYE, préface à la thèse de J.-F. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», LGDJ 1969, II : ensemble souvent «si disparate» des obligations résultant du contrat ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p. 29 et s.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LA RECHERCHE D'UN CRITERE UNITAIRE DE QUALIFICATION

28.– Instinctivement, la recherche des critères de qualification s'oriente vers les obligations stipulées par les parties. La création d'obligations constitue la raison d'être de tout contrat. A l'évidence, la nature de ces obligations influe sur celle de la convention. Le transfert d'un droit s'oppose à la prestation de services ; le déplacement diffère de la garde. Les exemples sont innombrables. Parmi les caractéristiques proprement juridiques des obligations, deux concepts semblent particulièrement appropriés : l'objet et la cause. La combinaison de ces deux notions doit permettre de préciser la nature juridique d'un contrat. Pour résoudre la difficulté suscitée par la coexistence d'obligations multiples avec une qualification unique, il suffit d'appliquer ces concepts d'objet et de cause, non pas aux obligations, mais au contrat lui-même (Section 1). Cependant, la démarche avoue rapidement ses limites. Loin d'être un handicap, la diversité d'obligations constitue au contraire la richesse même de toute convention. La cause et l'objet de ces dernières sont un instrument irremplaçable de qualification, dès lors que ces deux notions sont organisées au sein d'une structure spécifique (Section 2).

SECTION 1

L'INSUFFISANCE DES CONCEPTS D'OBJET ET DE CAUSE DU CONTRAT

29.– Même s'ils ne sont pas inconnus en droit positif, les concepts d'objet du contrat (I) ou de cause du contrat (II) n'y font pas l'unanimité. L'examen de leur efficacité dans le domaine des qualifications démontre clairement la difficulté de leur définition.

I - L'OBJET DU CONTRAT

30.– Les textes du Code civil[1] utilisent à propos de l'objet une terminologie imprécise, que les travaux de la Commission de réforme n'ont guère améliorée. En particulier, ces dispositions emploient indifféremment les termes d'objet du contrat ou

---

(1) Adde aussi dans les textes récents :
- Loi n°84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession : article 5 («immeuble... faisant l'objet du contrat») et article 43 (publicité devant préciser «la nature et l'objet du contrat»).
- Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 : article 5 («nature, objet et modalités du contrat» et article 4).
- Loi n°79-596 du 13 juillet 1979 : article 24 («nature et objet du contrat»).
- Rappr. l'article 79-3 de l'ordonnance n°58-1374 du 30 décembre 1958, qui prohibe les indices, dans les clauses d'indexation, «n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention...». La doctrine estime que le terme n'est pas à prendre ici dans son sens technique et qu'il peut recouvrir indifféremment l'objet de l'obligation, de la prestation ou même la cause (en ce sens : G. CORNU, obs. RTD civ. 1966, p.552 et s. ; dans le même sens : J.-Ph. LEVY, «Après le tournant financier de 1958», JCP 1959, I, 1472, n°27 ; J. HONORAT, «Les indexations contractuelles et judiciaires», Mélanges FLOUR, 1979, n°25, p.279 et s.). La jurisprudence semble adopter aussi cette analyse (v. not. Civ. 1e 9 janvier 1974, JCP 1974, II, 17806, note Ph. LEVY : «la Cour d'appel décide à bon droit que l'objet de la convention au sens de l'article 79..., doit s'entendre dans son acception la plus large et que notamment l'objet d'un prêt peut être de permettre à l'acquéreur de construire ou acheter un immeuble» ; Civ. 3e 16 juillet 1974, Defrénois 1975, art. 30912, note Ph. MALAURIE, acquisition d'une société afin d'utiliser l'immeuble dont elle est propriétaire).

d'objet de l'obligation. Certains auteurs anciens n'ont pas vu la difficulté[1]. Le plus souvent pourtant cette confusion est relevée[2] et critiquée, bien qu'en réalité l'imprécision en cette matière ait, d'un point de vue législatif (et non doctrinal), certains avantages[3]. Toute unanimité disparaît cependant lorsqu'il s'agit de définir clairement la notion d'objet. Dans le triptyque, objet du contrat, de l'obligation et de la prestation, seul l'objet de l'obligation ne pose aucun problème : il s'agit de la prestation attendue du débiteur, ce qu'il doit accomplir[4]. L'objet de la prestation reste une notion confuse[5]. Quant à celle d'objet du contrat, elle divise profondément la doctrine. Il convient donc de rappeler les thèses en présence pour juger de leur utilité en matière de qualification.

A) L'objet du contrat, notion autonome

31.– 1) Dans cette première approche, deux thèses radicalement opposées s'affrontent. Pour quelques auteurs[6], il est nécessaire de distinguer l'effet du contrat de son objet. C'est la création d'obligations qui constitue l'effet du contrat. Quant à l'objet, il s'agit de «l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser» «Cette opération est distincte des prestations promises, qui sont l'objet des obligations»[7].

---

(1)LAROMBIERE, T.1, 1857, art. 1126, n°3, p.189 et art. 1127, n°3, p.192 ; LAURENT, T.6, 1878, n°74 et s., p.103 et s.

(2)HUC, T.7, 1894, n°63, p.90 ; VIGIE, T.2., 1895, n°1124 et s., p.511 et s. ; COLIN et CAPITANT, «Cours élémentaire de Droit civil français», T.2, 1948, n°80, p.56 ; RIPERT et BOULANGER, «Traité élémentaire de Droit civil de PLANIOL», 4e édit., T.2, 1952, n°244, p.93 ; 5e édit. 1957, n°241, p.99 ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», 2e édit., n°171 ; J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°510 ; WEILL et TERRE, «Les obligations», 1986, n°223, p.234 ; J. CARBONNIER, Droit civil, T.4, 1991, «Les obligations», § 54 ; MAZEAUD et CHABAS, T.2, Vol. 1, 8e édit., 1991, n°231 ; FLOUR et AUBERT, «Les obligations», Vol. 1, 1991, n°232, ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°485 ; STARCK par H. ROLAND et L. BOYER, «Les obligations», 3e édit., n°471 ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°380 et s. ; Y. BUFFELAN-LANORE, 2e année, 4e édit., 1991, n°109 ; G. FARJAT et G.-J. MARTIN, J.-Cl. Civil, art. 1126-1130, n°1. ; J.-F. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», LGDJ 1969, p.23 et s. ; H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux, 1968 ; M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, «La détermination de l'objet dans les contrats», Annales de Clermont, T.13, p.441 et s.

(3)Cf. infra n°757-759.

(4)V. cep. M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé», Thèse Paris II 1985, n°875. Selon cet auteur, donner, faire ou ne pas faire sont les critères d'une classification des obligations et non les objets de ces obligations. L'objet de l'obligation ou du contrat est toujours... la chose matérielle sur laquelle porte l'engagement ou la convention !

(5)Cf. infra n°753 et s.

(6)MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°231 et s. ; WEILL et TERRE, op. cit., n°223, p.234 ; BEUDANT par LAGARDE, T.8, 2e édit. 1936, n°185 et s. ; M. DE JUGLART, «Cours de Droit civil», T.1, 1978, n°494, p.180 ; Y. BUFFELAN-LANORE, op. cit., n°109 et s. ; J. HERON, «Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé», Droits, n°7, 1988, p.85 et s., spéc. p.86.

(7)MAZEAUD et F. CHABAS, op. cit., n°231.

Selon les partisans de cette théorie, «les règles qui régissent l'objet du contrat et l'objet de l'obligation ne doivent pas être confondues» car, «parfois, l'opération envisagée est prohibée alors que les prestations dues ne sont pas illicites». Une preuve de cette affirmation est tirée de l'article 1130 du Code civil qui prohibe les pactes sur succession future. En effet, «dans un pacte sur succession future, l'objet de l'obligation remplit toutes les conditions imposées par la loi : l'héritier s'engage seulement à transférer des droits futurs ; mais l'objet du contrat, c'est-à-dire le règlement et la disposition d'une succession non ouverte, est considérée par le législateur comme immoral»[1].

32.– Cette thèse a fait l'objet de nombreuses critiques, qui sont justifiées et qui doivent entraîner son rejet[2].

- En premier lieu, cette thèse est inutile[3]. Le seul exemple de son utilité fourni par ses défenseurs, le pacte sur succession future, est contestable. L'illicéité de cette convention ne provient pas de l'objet du contrat, mais plus simplement de l'objet de la prestation[4]. L'objet d'une obligation de donner, est constitué par le transfert du droit et l'objet de cette prestation (transférer) est le droit lui-même et par extension la chose sur laquelle porte éventuellement ce droit[5]. Dans le pacte sur succession future, la prohibition émane de l'objet de la prestation, c'est-à-dire du droit transféré : «la succession non ouverte est une chose qui ne peut faire l'objet d'une prestation»[6].

- Cette première constatation en appelle une seconde : cette analyse inexacte du pacte sur succession future découle d'une vision fausse de la théorie de l'objet et ce, à un double point de vue.

Tout d'abord, ces auteurs méconnaissent généralement l'objet de la prestation[7]. L'exemple suivant celui du pacte sur succession future est révélateur : «vendre du tabac est illicite non pas en raison de l'objet du contrat qui est un contrat de vente, mais parce que l'obligation du vendeur a pour objet une chose mise hors du commerce»[8]. Or, cette dernière affirmation est inexacte. L'objet de l'obligation du

---

(1)Ibid, n°252, p.243.

(2)MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°171 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.24 ; H. MAYER, Thèse précitée, p.46 et s. ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°381 et s.

(3)Cf. en particulier : Ch. LARROUMET, op. cit., n°382.

(4)J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.28.

(5)Cf. infra n°753 et n°756.

(6)J.-F. OVERSTAKE, op. cit., loc. cit.

(7)V. aussi : M. GENINET, Thèse précitée, n°875. Comp. cependant WEILL et TERRE, op. cit., n°223, note 493, qui n'en tirent pas les conséquences puisqu'ils reprennent les deux exemples de MAZEAUD.

(8)MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°252.

vendeur reste un transfert de droit licite et là encore c'est l'objet de la prestation qui entraîne la soumission du transfert de propriété du tabac à des règles précises, en dehors desquelles la chose est hors du commerce. Le rapprochement des deux exemples laisse perplexe : une hypothèse identique est analysée juridiquement de deux manières différentes, ce qui laisse supposer une certaine imprécision des concepts employés.

Ensuite, et l'étude de l'objet de la prestation permettra de le démontrer de manière plus approfondie[1], c'est une erreur de croire que les conditions légales exigées de l'objet sont attachées à une notion précise de l'objet (contrat, obligation ou prestation). L'illicéité d'une opération peut nécessiter, pour être établie, le rapprochement de deux notions d'objet. Ainsi, tuer n'est pas une obligation de faire dont l'objet est illicite, en soi ; tout dépend de l'objet de la prestation. Un contrat de tueur à gages est illicite, mais pas une convention d'extermination de taupes, de rats ou de cafards...

- En définitive, c'est le concept même «d'opération juridique que les parties cherchent à réaliser» qui est introuvable. Les partisans de cette thèse qualifient eux-mêmes l'opération de «juridique». L'exigence est normale s'agissant de la recherche d'un concept lui-même juridique : l'objet du contrat. Ce n'est donc pas l'opération économique en elle même qui est visée. Mais alors, comment distinguer cette «opération juridique» des obligations proprement dites ou de leur objet ? Distinguer la disposition d'une succession non ouverte de l'obligation de donner se rapportant à un droit contenu dans une telle succession, n'est ce pas jouer sur les mots ? La distinction avoue rapidement ses limites si elle est appliquée à d'autres hypothèses. L'opération juridique visée par les parties dans un contrat de transport est... le déplacement mais c'est aussi l'objet de l'obligation du transporteur. Cette thèse doit par conséquent être rejetée. Et cet abandon est très symbolique de l'impossibilité de constituer l'objet du contrat en notion autonome.

33.– 2) C'est en tout cas la position d'une doctrine importante qui, tirant les conséquences de l'échec de la théorie précédente, en vient à nier l'existence même de la notion d'objet du contrat[2]. Ces auteurs adoptent un point de départ identique à celui de la thèse évoquée précédemment[3] : créer des obligations constitue l'effet du contrat.

---

(1)Cf. infra n°757-759.

(2)MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°171 ; PLANIOL et RIPERT, T.6, 1930, n°218, note 1 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°383 ; FLOUR et AUBERT, op. cit., n°232 ; STARCK par L. BOYER et H. ROLAND, op. cit., n°471 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°485 (ne tranchant pas nettement).

(3)Contrairement d'ailleurs à ce qu'indiquent MM. MAZEAUD et CHABAS (op. cit., n°231), la plupart des auteurs visés à la note précédente voient dans la création d'obligations l'effet du contrat

Ils estiment en revanche que le contrat n'a pas d'objet : seules les obligations en ont un. Ainsi, dans un contrat synallagmatique, il y a deux obligations qui ont chacune un objet.

Cette théorie a le mérite d'avoir aidé à la démonstration de l'inexactitude de la thèse précédente et présente l'avantage de redonner de l'importance à la richesse fondamentale du contrat : les obligations et leur objet. Elle ne saurait pourtant emporter la conviction. L'unanimité paraît se faire autour de l'idée que la création d'obligations est un effet du contrat et non son objet[1]. Mais le plus souvent, la définition de l'effet du contrat et l'exclusion de toute idée d'objet se limitent à une simple affirmation. Un examen plus approfondi de ces concepts, justifié par l'infinie variété des significations du mot objet, s'avère indispensable et il démontre clairement l'existence de la notion d'objet du contrat.

34.- Le seul concept sûr en cette matière est constitué par l'objet de l'obligation. Il s'agit de la prestation assumée par le débiteur qu'il est possible de découvrir en répondant à la célèbre interrogation : «quid debetur ?». S'il est admis que l'effet du contrat est la création d'obligations, deux concepts restent à découvrir (s'ils existent) : l'effet de l'obligation et l'objet du contrat.

Pour savoir si l'obligation a un effet et lequel, il convient de sonder davantage les rapports unissant l'effet du contrat et la création d'obligations. Le mot effet signifie de manière générale «ce qui est produit par une cause»[2], et spécialement en matière juridique, les conséquences d'une loi, d'un jugement ou d'un acte. Appliquée au contrat, la notion désigne la création d'obligations. Cette conséquence (ou cet effet) est d'ailleurs tellement importante que c'est elle qui est recherchée par les parties. Elle exprime par la même la fonction première de tout contrat qui est un acte juridique, source d'obligations. Cette notion d'effet paraît pouvoir être transposée à l'obligation. Il suffit pour cela de rechercher la fonction essentielle d'une obligation, la conséquence qui se déduit directement de son existence. La réponse à cette interrogation paraît relativement aisée : l'effet d'une obligation est constitué par

---

et non son objet ; comp. cep. J. CARBONNIER, op. cit., § 54 : «rigoureusement, le contrat a pour objet les obligations qu'il fait naître».

(1) Cf. cependant assimilant objet et effet : Ch. LARROUMET, op. cit., n°380 ; M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, art. précité, n°1, p.441 ; v. aussi Ph. DELEBECQUE, «Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix 1981, n°160 : «le contrat, en tant qu'acte juridique, a pour objet de créer des obligations».

(2) Dictionnaire Robert. Comp. : «fait rapporté à une cause, conséquence produite par une cause» (Grand Larousse de la langue française) ; «ce qui est produit par une cause» (Littré).
Ces trois ouvrages ont une sous-définition juridique: «conséquences juridiques qu'entraîne leur application» (Larousse) ; «conséquence, application» (Littré) «conséquence» (Robert). Adde G. CORNU, 2e édit. «Vocabulaire juridique» : «conséquence juridique résultant d'un acte juridique».

l'apparition d'une contrainte. C'est parce qu'elle est sanctionnée juridiquement, que l'obligation se distingue des obligations naturelles ou des simples préceptes moraux ou sociaux (politesse). L'existence de l'obligation transforme une latitude, une possibilité, en un comportement devant nécessairement être accompli. En résumé, la création d'obligations est l'effet du contrat, l'apparition d'une contrainte juridique celui de l'obligation.

Le raisonnement a dès lors progressé. L'objet et l'effet de l'obligation sont deux notions circonscrites. Il suffit d'approfondir le lien qui les unit pour essayer de transposer ce lien au contrat lui-même. Et là encore la conclusion est aisée. L'obligation a pour effet de faire apparaître une contrainte : le comportement du débiteur passe du facultatif à l'obligatoire. Or ce comportement qui est la prestation due par le débiteur, est aussi l'objet de l'obligation. Il est donc possible d'en déduire que l'objet est, de manière générale, le «concept» qui se voit appliquer l'effet de l'obligation ou du contrat ou, en d'autres termes, qui subit l'accomplissement de la fonction première de l'obligation ou du contrat. En conséquence, si l'effet du contrat est de créer des obligations, les obligations effectivement créées en constituent l'objet[1]. L'objet du contrat, envisagé dans un sens strict, paraît donc exister et être représenté par la totalité des obligations apparues à la suite de la conclusion de la convention[2].

35.– Au regard de la qualification cependant, aucune des thèses qui viennent d'être exposées n'est satisfaisante. La première est trop floue pour résoudre tous les problèmes précis posés par la détermination de la nature juridique d'un convention. Les deux autres en niant l'existence de l'objet du contrat ou en le définissant comme l'ensemble des obligations créées, aboutissent en définitive au même résultat : placer toutes les obligations sur un pied d'égalité. Or, à l'évidence tel n'est pas le cas et la qualification, qui est une catégorisation, nécessite une réduction du contrat à ses

---

(1)

	Effet	Objet
Obligation	créer une contrainte	comportement devenu effectivement contraignant
Contrat	créer des obligations	obligations effectivement créées

(2) En ce sens : J. CARBONNIER, op. cit., § 54 : «rigoureusement, le contrat a pour objet les obligations qu'il fait naître» ; G. CORNU, «Vocabulaire juridique», 2e édit., v° Objet du contrat. Rappr. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°161, qui semble désigner cette notion sous le vocable de «contenu du contrat», englobant un concept plus étroit de «contenu fondamental du contrat», proche de la théorie de RIPERT et BOULANGER.

éléments les plus caractéristiques. A cet égard, une dernière théorie de l'objet du contrat s'avère intéressante.

B) L'objet du contrat, sélection de l'obligation caractéristique

36.– Divers auteurs contemporains défendent à la suite de Ripert et Boulanger[1] une conception nouvelle de l'objet du contrat. Pourtant, il semble que l'idée initiale soit à mettre au crédit de Vigié, qui malgré une rédaction parfois hésitante, affirme que «l'objet du contrat peut donc être considéré comme l'objet de la prestation principale que les parties ont en vue de réaliser»[2]. Ripert et Boulanger ont cependant contribué à éclaircir cette définition en faisant preuve de beaucoup de lucidité.

Dès l'abord, ces auteurs admettent en effet, qu'en toute rigueur, un contrat n'a pas d'objet et qu'il n'a que des effets qui consistent dans la production d'obligations. Leur opinion ne remet donc pas en cause l'analyse classique ; elle essaie de dégager une autre notion. Pour eux, «l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat». L'écueil d'une telle conception est double : dériver vers la cause ou vers une notion purement économique. Mais le risque est immédiatement circonscrit : «quand le contrat est conclu, [la prestation] devient l'objet d'une obligation». L'objet du contrat se définit donc comme la prestation (ou objet de l'obligation) en l'absence de laquelle «les parties n'auraient pas songé à former le contrat» et à laquelle «se rapportent les

---

(1)RIPERT et BOULANGER, op. cit., 4e édit., n°244, p.93 et 5e édit., n°241, p.99 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.31 ; H. MAYER, Thèse précitée, p.48 ; G. FARJAT, «Théorie des obligations», 1975, T.2, p.190 ; G. FARJAT et G.-J. MARTIN, J.-Cl. précité, n°6 ; A. SEUBE, «Le contrat de fourniture», Thèse Montpellier 1970, n°293 ; B. TEYSSIE, «Les groupes de contrats», LGDJ 1975, n°63 ; P. BAGNERES, «La situation juridique des associés dans les sociétés d'attribution», Thèse Toulouse 1973, p.182 et s. ; J. NERET, «Le sous-contrat», LGDJ 1979, n°39 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°112 (assez confus) ; rappr. R. HOUIN, «La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux», Thèse Paris, 1937, p.169.
Il est remarquable de constater que des auteurs plutôt hostiles à l'objet du contrat, au sens de cette dernière théorie, à l'occasion de l'étude de l'objet en général (Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1985, n°312 et 1990, n°485, qui présentent comme dominante l'idée que le contrat n'a pas d'objet) adoptent une attitude très proche lors de l'étude de la qualification en reconnaissant que le prix est neutre et que «l'obligation caractéristique» joue un rôle essentiel («Contrats spéciaux», 1991, n°11 et «Les obligations», 1990, n°485, qui présentent la deuxième thèse comme jouant un rôle important en matière de qualification). Rappr. les auteurs, dont la conception voisine est rattachée à la cause du contrat, infra n°54 (note).

(2)T.2, 1895, n°1124, p.511 et s. Le terme d'objet de l'obligation aurait été plus exact que celui d'objet de la prestation et la phrase précédente utilise une formulation encore différente : «le législateur a considéré comme objet du contrat la création de l'obligation qui en constitue le caractère propre et lui donne une physionomie particulière». Or, la création d'obligation est en réalité l'effet du contrat.

autres obligations que le contrat peut créer ; elle absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat».

37.– Cette théorie a été reprise et systématisée ultérieurement par M. Overstake qui a fait de l'objet du contrat un critère de classification des conventions. L'absence d'autonomie de la notion d'objet du contrat est là aussi parfaitement admise et il est clairement indiqué que l'objet du contrat n'est en réalité que l'objet d'une des obligations[1] : «le contrat a un objet propre qui est l'objet de l'obligation principale, c'est en quelque sorte un objet central autour duquel s'organisent l'équilibre et l'économie du contrat»[2]. L'ouvrage de M. Overstake présente l'intérêt de préciser le contenu de la notion d'objet du contrat dans un grand nombre de conventions. Ses conclusions méritent d'être rapportées. «Dans un contrat à titre onéreux, l'obligation principale, dont l'objet constitue l'objet du contrat, c'est l'obligation principale du débiteur autre que le débiteur du prix[3]. Si le contrat est à titre gratuit, l'obligation principale, dont l'objet constitue l'objet du contrat, c'est l'obligation principale du débiteur autre que celui qui serait susceptible de payer un prix si le contrat était à titre onéreux. Si le contrat ne comporte d'obligations qu'à la charge d'une seule partie, l'obligation principale objet du contrat est alors aisément déterminable, c'est l'obligation principale de cette unique partie débitrice. Si le contrat comporte une même obligation à la charge de tous les cocontractants, l'obligation principale est cette obligation identique pour tous, qui s'apprécie indifféremment chez chacune des parties au contrat»[4]. A cette liste, un auteur a rajouté une dernière hypothèse : «dans un contrat mixte formé de plusieurs contrats de nature différente, on pourrait utiliser la même méthode pour caractériser l'opération envisagée, il faut chercher l'objet du contrat principal»[5].

38.– Les réserves que suscitent cette dernière théorie sont relativement mineures et ses partisans auraient certainement pu les écarter s'ils les avaient connues. Le problème est d'abord terminologique. L'emploi de l'expression d'objet du contrat pour désigner l'objet de l'obligation centrale est tolérable lorsqu'aucune autre définition de cette notion n'existe, ce qui était le cas à l'époque où Ripert et Boulanger

---

(1)Thèse précitée, p.27 ; dans le même sens : H. MAYER, Thèse précitée, p.48.

(2)Thèse précitée, p.31, comp. p.34, la dérive «économiste» : «on aboutit en définitive à une classification des contrats spéciaux d'après l'opération économique envisagée».

(3)Sur la neutralité du prix, rappr. R. RODIERE, note sous Com. 19 juin 1957, D. 1958, p.113, I, B.

(4)Thèse précitée, p.32.

(5)H. MAYER, Thèse précitée, p.50. Cet apport est d'ailleurs le seul effectué par cet auteur à la notion d'objet du contrat.

ont développé leur idée. En revanche, si l'objet du contrat peut se définir comme l'ensemble des obligations créées par la convention, la théorie de ces auteurs doit utiliser une dénomination différente, qui pourrait être par exemple «objet de l'obligation caractéristique» ou «catégorique», comme le suggèrent la Convention de Rome[1] et certains auteurs[2].

Derrière cette difficulté terminologique, apparaît cependant un problème conceptuel plus important. Puisque l'objet du contrat est constitué par la totalité des obligations créées et non des prestations, objet de ces obligations, pourquoi ne pas rechercher l'obligation centrale plutôt que la prestation centrale ? Apparaîtrait ainsi une sous-catégorie de l'objet du contrat qui, au lieu de retenir l'ensemble des obligations, sélectionnerait celle qui est essentielle selon les critères de Ripert et Boulanger. Il serait dès lors possible de conserver l'appellation d'objet du contrat en se contentant de la préciser : «objet caractéristique (ou catégorique) du contrat». Une telle analyse semble en définitive plus rigoureuse car elle permet de détacher nettement cette théorie de l'objet de l'obligation : le contrat contient des obligations et non des prestations et si

---

(1) Le terme et le concept d'objet caractéristique du contrat rejoignent en effet celui de «prestation caractéristique» employé par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Clunet 1981, p.218 et s. ; décret du 28 février 1991, D. 1991, p.171 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°156, p.192). Aux termes de cette convention, «le contrat est régi par la loi choisie par les parties» (art. 3-1). A défaut, celui-ci est «régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits» (art. 4-1). A cet égard, «il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle...» (art. 4-2).
Le concept de «prestation caractéristique du contrat» est aussi utilisé en droit international privé pour localiser une convention (BATTIFOL et LAGARDE, «Droit international privé», 7e édit., T.II, n°581 et s., p.292 et s. ; P. MAYER, «Droit international privé, Montchrestien», 3e édit., n°720 et n°725 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, «Droit international privé», Masson, 1987, n°1392 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°153 et s., p.188 et s. ; J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 110, n°94). Derrière la similitude des termes et des préoccupations (rechercher l'élément qui «centre» le contrat (BATTIFFOL, «Les conflits de lois en matière de contrats», Sirey 1938, n°44)), les contenus des deux notions sont différents. En particulier, le droit international privé, en recherchant le lieu d'exécution de la prestation caractéristique, aboutit à privilégier des obligations qui ne sont pas caractéristiques du point de vue de la qualification (v. par exemple la délivrance dans la vente au lieu du transfert de propriété (Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°154), la livraison dans le transport (BATTIFFOL, «Contrats...», n°260) ou la restitution dans le prêt (BATIFFOL, «Contrats...», n°219 et n°245)).
Rappr. l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles qui ne contient pas cette expression d'obligation caractéristique, que certaines décisions semblent cependant réintroduire : Soc. 14 janvier 1988, D. 1988, IR, p.31 ; CJCE 15 février 1989, D. 1989, IR, p.111 ; Soc. 14 juin 1989, D. 1989, IR, p.211 (tous rendus à propos du contrat de travail, où l'obligation caractéristique est celle d'effectuer les activités convenues) ; adde Civ. 1e 8 janvier 1985, JCP 1985, IV, p.109. Cf. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°157, p.193.

(2) Cf. Ph. MALAURIE et L.AYNES, «Contrats spéciaux», 1991, n°11 : «obligation caractéristique».
Rappr. Ph. JESTAZ, «L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale», Mélanges RAYNAUD, p.277 et 279. L'auteur utilise le terme d'obligation «fondamentale» ou «essentielle». Il désigne par là, toutefois, un concept qui déborde la qualification (cf. 205 et s.). Le terme «caractéristique» est donc préférable car il inclut nettement la perspective dans laquelle est envisagée le concept qu'il désigne, à savoir la qualification.

un élément de la convention doit être isolé, il doit s'agir d'une obligation. Elle a cependant un grave inconvénient dans le cas de la vente de corps certain : elle aboutit à considérer que le contrat n'a pas d'objet, puisqu'il n'y a pas d'obligation de donner. L'objection n'est cependant pas décisive. D'une part, l'absence d'obligation de donner n'est pas inéluctable et une partie de la doctrine récente remet en cause, à juste titre, cette analyse classique[1]. D'autre part, à s'en tenir à la position traditionnelle, il est possible de voir ce cas comme une exception qui confirme la règle : un concept s'appliquant au genre (les contrats et même la vente de chose de genre) n'a pas à s'incliner devant un cas particulier (la vente de corps certain)[2].

En résumé, la notion d'objet possède quatre significations différentes. L'objet du contrat se définit comme l'ensemble des obligations créées par la convention. Une sous-catégorie de cette notion, l'objet caractéristique du contrat, correspondant à la théorie de Ripert et Boulanger, se limite aux seules obligations essentielles. L'objet de l'obligation correspond à la prestation assumée par le débiteur. Enfin, l'objet de la prestation recouvre les choses, les droits ou les concepts subissant les effets de cette prestation.

39.– Ces critiques étant faites, il faut reconnaître que la notion d'objet caractéristique du contrat est extrêmement importante[3]. Elle introduit une idée nouvelle, en montrant que, parmi la multiplicité d'obligations nées d'une convention, s'établissent non pas un, mais deux rapports de hiérarchie. Le premier permet de distinguer parmi les obligations assumées par une partie celles qui sont accessoires de celles qui sont principales. Le second, dégagé par Ripert et Boulanger, opère une sélection parmi les obligations principales de toutes les parties en présence. M. Overstake a excellemment perçu la différence en rappelant à chaque fois que l'objet du contrat était l'objet de l'obligation principale d'une partie et en s'attachant surtout à déterminer le contractant concerné. Il a même symbolisé terminologiquement cette

---

(1)Cf. infra n°319 et s.

(2)Cf. dans le sens de cette assimilation ponctuelle de l'obligation et de la prestation, pour la détermination du caractère synallagmatique d'un contrat : J. GHESTIN, op. cit., n°16, p.11.

(3)Pour la critique de cette théorie, v. cependant : Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 110, n°97. L'auteur estime à juste titre que le concept est trop simpliste pour la détermination de l'obligation fondamentale. Il lui préfère un recours à la cause catégorique qui suscite certaines réserves (cf. infra n°54 (note) et qui recoupe souvent l'objet du contrat (n°102 ; v. aussi D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°112). V. également Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°165, p.199, où l'auteur reproche à la théorie de l'objet d'être statique, pas assez fine et imperméable à l'idée d'une appréciation globale et comparative de toutes les prestations stipulées par les parties. Outre le fait que cette dernière critique n'est pas fondée (cf. infra, l'influence de la cause dans la détermination des obligations principales, n°358 et s.), l'auteur précise clairement que l'inadaptation de la théorie de l'objet du contrat concerne surtout la difficulté qui le préoccupe : la validité des clauses d'allégement des obligations.

différence en employant le terme d'objet «central» : le caractère central d'une prestation par rapport au contrat se distingue ainsi de son caractère principal par rapport aux autres obligations assumées par le même contractant.

40.– L'efficacité de la notion d'objet catégorique du contrat pour classer les contrats a été démontrée par M. Overstake, malgré certaines limites[1]. En revanche, s'agissant de la qualification des contrats, la notion s'avère insuffisante pour au moins trois raisons.

En premier lieu, il convient de remarquer que M. Overstake n'a pas pu, même pour la classification, se contenter de la référence au seul objet du contrat. L'ensemble de la deuxième partie de sa thèse est consacrée à l'étude d'une catégorisation fondée sur la cause pour distinguer les contrats onéreux des conventions gratuites.

Ensuite, l'opération de qualification est beaucoup plus précise que celle de classification. Il ne s'agit pas de préciser une catégorie où figurent plusieurs contrats mais de spécifier la nature juridique de chaque convention. L'utilisation de critères supplémentaires est indispensable. M. Overstake l'admet lui-même implicitement, puisqu'il constate que le prix est caractéristique de la vente, mais que s'agissant de l'objet du contrat, cette prestation s'efface car elle se retrouve dans d'autres conventions[2]. L'obligation principale qui ne constitue pas l'objet caractéristique du contrat n'est d'ailleurs par le seul critère supplémentaire nécessaire à la qualification. Les développements ultérieurs permettront d'établir que d'autres éléments sont parfois exigés : objet de la prestation, qualité d'une partie, insertion du contrat dans un groupe spécifique. Autant de conditions qu'il est impossible d'englober dans la notion d'objet du contrat.

Enfin, et la remarque constitue ici une critique sérieuse, Ripert, Boulanger et M. Overstake conçoivent l'objet du contrat comme une prestation unique. Leur théorie, ou plus exactement l'idée qu'ils s'en font, délaisse les contrats mixtes dans lesquels l'objet du contrat se compose de plusieurs obligations. Les hypothèses de contrat mixte sont omises, déformées ou éliminées de manière superficielle. Ainsi, l'échange a pour objet un transfert «réciproque» de propriété[3]. Mais comment traiter un contrat où les obligations centrales sont de nature différente ? La notion d'objet du contrat n'est pas pour autant à rejeter : simplement son efficacité est maximale lorsque le contrat ne contient qu'une obligation centrale. La notion avoue ses limites lorsque la

---

(1)Cf. infra n°41.

(2)Thèse précitée, p.31, in fine.

(3)Rappr. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, note 1, p.193 (faisant la même objection à la théorie de la prestation caractéristique en droit international privé). Pour de plus amples développements : cf. infra n°1242 et s.

convention en comporte plusieurs et pour cause : elle a été créée afin de sélectionner parmi toutes les obligations qui naissent d'une convention celle qui est essentielle économiquement, afin d'éviter les inconvénients d'une pluralité de prestations disparates. Si l'objet du contrat contient à nouveau plusieurs obligations, tout est à refaire[1]. A ceci près, que désormais une nouvelle sélection n'est plus possible : par hypothèse, les obligations qui figurent dans l'objet du contrat sont à la fois des obligations principales, pour chaque partie et essentielles pour la convention. Aucune discrimination supplémentaire n'est envisageable et la recherche d'un autre concept unitaire s'impose.

II - LA CAUSE DU CONTRAT

41.– Qualifier par la cause n'est pas une idée nouvelle : elle est déjà présente sous la plume de Domat[2] et plusieurs auteurs ont insisté sur le rôle de la cause dans cette opération[3]. Cette influence est incontestable. En diverses occasions, le concept d'objet avoue son inefficacité. Ainsi, le versement d'une somme d'argent est, en lui-même, relativement neutre ; seule la cause de cette obligation permet d'en déterminer la nature : prêt, dépôt, apport en société ou donation. De même, il est généralement admis que la distinction entre les actes gratuits et les actes onéreux utilise le concept de cause[4]. Il convient d'ailleurs de souligner que M. Overstake, dont le système de classification des conventions repose principalement sur la notion d'objet du contrat, est obligé d'admettre cette conclusion et de laisser un rôle subsidiaire, mais indispensable, à la cause[5].

42.– En réalité, le problème essentiel est ailleurs. Si le rôle de la cause dans la qualification n'est pas niable, il est en revanche beaucoup plus délicat d'en préciser les

---

(1)Un intérêt demeure : le nombre d'obligations caractéristiques contenues dans l'objet du contrat permet de tracer la limite entre les contrats simples (une obligation) et les contrats mixtes (plus d'une obligation). Cf. infra 2e partie, titre 2.

(2)J. DOMAT, «Les lois civiles dans leur ordre naturel», édit. 1777, Livre 1, Titre 1, Section 1, V et VI, p.16, cité par MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°212, p.217 (à propos de la distinction des actes gratuits et onéreux).

(3)J. MAURY, Rép. civ., v° Causes ; T.-R. IONASCO, Thèse précitée, p.65 et s. ; L. BOYER, Thèse précitée ; F. TERRE, Thèse précitée, n°245 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée ; pour les ouvrages généraux : MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°212, p.217 ; J. GHESTIN, op. cit, n°651.

(4)V. en ce sens : J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée ; J. DOMAT, op. cit. ; JOSSERAND, «Les mobiles dans l'acte juridique», p.399 ; J. MAURY, Rép. précité, n°39 ; P. HEBRAUD, art. précité, p.449 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°273 et s.

(5)J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, 2e partie, p.171 et s.

modalités techniques[1]. Il s'agit de déterminer, par exemple, si la cause rend inutile tout recours à la théorie de l'objet, et dans la négative, quelle doit être la mesure de son utilisation. La réponse à cette interrogation suppose au préalable la résolution d'une autre difficulté : est-ce la cause du contrat ou celle des obligations, qui permet de qualifier une convention[2] ?

La première solution est, a priori, séduisante. A chaque contrat, correspondrait une cause du contrat, caractéristique de sa nature et qui en constituerait le critère de qualification. La cause présentant l'intérêt «de comprendre le contrat comme un ensemble»[3], elle paraît bien adaptée à la création d'un tel concept unitaire, mieux adaptée en tout cas que la théorie de l'objet, qui de toute manière, est confrontée à des obligations de sources hétérogènes, puisqu'elles proviennent des divers contractants. Elle possède, de surcroît, une souplesse supérieure à la notion d'objet, qui lui permet

---

(1)Cf. J. HAUSER, Thèse précitée, p.267.

(2)Sur la doctrine relative à la cause, v. entre autre :

-Ouvrages généraux : AUBRY et RAU, 6e édit., par Esmein, T. IV, § 345 ; BAUDRY-LACANTINERIE, «Les obligations», 3e édit., T.1, n°295 et s., p.332 et s.; A. BENABENT, «Les obligations», 1991, n°157 s. ; Y. BUFFELAN-LANORE, «Droit civil», 2e année, 4e édit., 1991, n°122 et s. ; J. CARBONNIER, T.4, «Les obligations», 1991, § 58 et s., p.119 et s. ; COLIN et CAPITANT, T.II, 1953, n°93 et s. ; FLOUR et AUBERT, «Les obligations», Vol. 1, 1991, n°250 et s. ; J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°629 et s. ; P. GUIHO, «Les obligations», 1991, T.1, n°137 et s. ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., 1e partie, T.3, n°440 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°491 et s. ; J. MAURY, Rép. civ., v° Cause ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», 2e édit., T.1, n°192 et s. ; MAZEAUD par CHABAS, T.2, Vol. 1, 8e édit., n°253 et s. ; PLANIOL et RIPERT, 2e édit., T.6, n°249 et s. ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°284 et s. ; STARCK par BOYER et ROLAND, 3e édit., n°661 et s. ; Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., art. 1131 ; VIGIE, T.2., n°1134 et s. ; WEILL et TERRE, «Les obligations», 4e édit., n°252 et s.

-Ouvrages spéciaux : F. BOULAN, «La transaction en droit privé positif», Thèse Aix, 1971 ; L. BOYER, «La notion de transaction Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif», Thèse Toulouse, 1947 ; H. CAPITANT, «De la cause des obligations», 3e édit., 1927 ; H. COURROY, «L'examen de la jurisprudence et la cause dans les libéralités», Thèse Lyon, 1984 ; J.-J. DUPEYROUX, «Contribution à l'étude de l'acte gratuit», Thèse Toulouse, 1955 ; J. HAUSER, «Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique», Thèse Paris, LGDJ 1971, n°134 et s., p.231 et s. ; J. HAMEL, «La notion de cause dans les libéralités», Thèse Paris 1920 ; T.-R. IONASCO, «L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux», Thèse Paris, 1923 ; L. JOSSERAND, «Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé», 1928 ; P. LOUIS-LUCAS, «Volonté et cause», Thèse Dijon 1918 ; J. MAURY, «Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français», Thèse Toulouse 1920 ; A. RIEG, «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand», Thèse Strasbourg LGDJ 1958, p.150 et s.

- Articles : R. MARTIN, «Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux», JCP 1983, I, 3100 ; P. HEBRAUD, «Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques», Mélanges MAURY, T.2, p.417 et s.

(3)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°509, note 66.

d'intégrer des éléments extérieurs aux obligations proprement dites[1] et de négliger certaines particularités techniques faisant disparaître ponctuellement une obligation[2].

Pourtant, cette solution ne saurait être admise, pour deux raisons fondamentales. Envisagée dans un sens strict, la cause du contrat est une notion qui n'existe pas et qui est logiquement inconcevable (A). Envisagée dans une acception moins rigoureuse, la cause du contrat redevient possible, sous des formes diverses, mais son influence dans l'opération de qualification est alors réduite (B).

A) La notion stricte de cause du contrat

43.- Une notion stricte de la cause du contrat, c'est-à-dire autonome, et ne s'identifiant pas, en tout ou partie, à la cause des obligations[3] est inconcevable, en l'état du droit positif. Cette impossibilité trouve son origine dans un débat très classique, relatif à la nature même de la cause. Il s'agit de déterminer si la cause constitue une représentation psychologique d'un élément qui lui est extérieur ou si elle s'identifie à cet élément lui-même[4]. L'hésitation est cependant tranchée depuis longtemps, grâce à la doctrine anticausaliste. Ces auteurs reprochent à la théorie de la cause de se confondre avec celle de l'objet dans les contrats synallagmatiques. Leur critique est double. Il est inutile, en premier lieu, d'affirmer que la cause de l'obligation d'un des contractants est constituée par l'obligation de celle de l'autre : il s'agit alors, tout simplement, de l'objet de l'engagement de ce dernier. Objet et cause ne sont en définitive que les deux aspects d'une obligation, envisagée tantôt du côté de la dette, tantôt du côté de la créance[5]. Une telle conception conduit, ensuite, à un véritable cercle vicieux. Une cause est nécessairement antérieure à son effet. Or, les obligations contenues dans un contrat synallagmatique naissent simultanément. Il est donc, en toute logique, impossible que chaque obligation soit la cause de l'autre.

La pertinence de ces critiques est généralement admise, mais leur efficacité est en réalité subordonnée à une condition : la cause doit être assimilée à l'élément extérieur lui-même(6). Ces objections tombent lorsque c'est une conception psychologique de la

---

(1)Par exemple, la présence d'un groupe de contrats.

(2)Par exemple, l'absence d'obligation de donner dans la vente de corps certains ou l'absence d'obligation de remise dans les contrats réels.

(3)Ou du consentement, cf. infra.

(4)La représentation de l'objet du désir ou cet objet même...

(5)Sur l'exposé des thèses anticausalistes, cf. J. HAUSER, Thèse précitée, n°135 et S. ; FLOUR et AUBERT, op. cit., n°252 et s. ; PLANIOL et RIPERT, T.6, n°250 et s.

(6)Certains auteurs reprochent aux anticausalistes de confondre cause finale et cause efficiente (T.-R. IONASCO, Thèse précitée, p.48 et s. ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°288 ; FLOUR et AUBERT, T.1, n°254). Cette remarque semble justifiée, mais elle ne retire pas à l'objection des anticausalistes toute son efficacité : la cause finale peut être envisagée soit comme la

cause qui est adoptée. La doctrine anticausaliste a donc conduit les auteurs opposés à ce courant à affiner leur énoncé de la théorie de la cause. Dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation d'une partie n'est pas l'obligation de l'autre contractant, mais la considération, la représentation de cette obligation ou de l'exécution de cette obligation. La doctrine contemporaine adopte clairement cette conception[1]. Il convient dès lors d'en tirer toutes les conséquences.

Si la cause est, par essence, une représentation psychologique, elle est nécessairement liée à la personne des contractants. D'un point de vue conceptuel, une représentation ne peut résulter que du produit d'une activité cérébrale, réelle ou supposée(2), d'une des parties. Or, le contrat est un produit de la volonté et non un être émettant celle-ci ; de plus, sa conclusion suppose l'accord de deux parties au moins. Il en découle, qu'il ne peut y avoir stricto sensu de cause du contrat[3], et que tout contrat suppose au minimum deux représentations causales.

44.– Il convient cependant de pousser plus loin le raisonnement. L'assimilation de la cause à une représentation psychologique a des répercussions profondes sur cette théorie, dont l'exposé traditionnel paraît receler une lacune qui n'a, semble-t-il, jamais été relevée.

---

représentation d'un élément, soit comme l'élément représenté. Dans cette seconde conception, qu'il a fallu pour cette raison abandonner, la critique demeure : la cause est une condition de validité du contrat ; les obligations naissent simultanément lors de la formation du contrat ; dans un contrat synallagmatique, chaque contractant s'engage en vue d'obtenir la contrepartie ; si la cause finale est constituée par l'obligation elle-même, jamais un contrat de ce type ne pourra être valable.

(1)Cf. en particulier : MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°265 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°268, p.280 ; T.-R IONASCO, Thèse précitée, p. 46 et s. (dont l'exposé est particulièrement clair).
Rappr. : Ph. JESTAZ, «L'obligation et la sanction...», Mélanges RAYNAUD, p.295 in fine : «le contractant s'oblige à une prestation future, par définition. Là réside l'objet, celui dont le Code requiert l'existence lors de la conclusion du contrat, et qui, à ce stade n'est autre que la représentation mentale de la prestation à venir». Il va sans dire qu'une telle conception appelle les plus vives réserves. Eriger l'objet lui-même en représentation mentale, augmente la confusion régnant en cette matière. Alors que la réponse aux auteurs anticausalistes a obligé la doctrine à mieux distinguer la cause de l'objet, cette construction nouvelle identifie une nouvelle fois les deux concepts. Autrefois, c'est la cause qui se fondait dans l'objet : est-il bien utile d'affirmer maintenant que c'est l'objet qui se fond dans la cause ?

(2)Ces représentations psychologiques peuvent en effet être envisagées plus ou moins objectivement. La représentation peut être présumée dès qu'un élément objectif, une obligation par exemple, a nécessairement figuré dans le champ contractuel. La présomption pourrait d'ailleurs même être considérée comme irréfragable, solution qui rejoint alors, d'une certaine manière, la théorie de l'acte abstrait. La représentation peut au contraire, être appréciée, subjectivement, de manière individuelle selon chaque contractant. La cause rejoint ici les mobiles plus personnels des parties, utilisés en jurisprudence pour contrôler la licéité ou la moralité de la convention. Dans tous les cas, et même lorsqu'elle est appréciée objectivement, c'est-à-dire lorsque l'élément extérieur fait présumer la représentation, la cause conserve sa nature de représentation.

(3)Ou il faudrait adopter une conception hétérogène de la cause. La cause de l'obligation serait une représentation et celle du contrat, l'élément extérieur lui-même. Outre le fait qu'une telle disparité ne paraît pas souhaitable, la cause du contrat se confond alors avec l'objet caractéristique du contrat.

Pour la doctrine classique, toute obligation a une cause. Celle-ci est une cause finale, constituée par une représentation psychologique de son débiteur, dont le contenu est variable : obligation du cocontractant, prestation antérieure à la convention (contrat réel), intention libérale, etc. Ce postulat est justifié rationnellement : il est apparemment impossible de désirer s'obliger sans raison, à moins d'être fou. Cette exigence répond de toute manière aux contraintes du droit positif, telles qu'elles sont posées par le Code civil, encore que l'existence de certains actes abstraits préoccupe fortement la doctrine.

Cette première affirmation est difficilement contestable. Seule sa portée mérite quelques précisions. Les illustrations choisies par les auteurs pour illustrer ce principe concernent quasiment toujours les obligations principales de chaque partie ou, tout au moins, celles qu'ils considèrent comme telles[1]. La règle est cependant d'application générale : toute obligation, qu'elle soit principale ou accessoire, possède une cause finale. Il est tout aussi anormal et illogique de s'obliger sans raison à exécuter une prestation secondaire que de stipuler, dans les mêmes conditions, une obligation principale. Il est par conséquent fréquent, dans l'hypothèse où un contractant assume plusieurs obligations, qu'il lui soit prêté plusieurs représentations psychologiques, rattachées chacune à l'une d'entre elles. La précision mérite d'être notée, même si elle n'est, au fond, guère surprenante : l'esprit humain n'est jamais rempli d'une unique considération et c'est plutôt la synthèse de tendances multiples qui constitue son essence[2].

45.- La doctrine classique ajoute cependant à ce premier postulat, toute obligation a une cause, un corollaire : seules les obligations ont une cause. Autrement dit, le jeu de la cause dans les contrats est systématiquement envisagé au travers de la cause de chaque obligation. Dès qu'une partie n'est plus tenue d'exécuter une prestation, aucun auteur n'examine la cause de son engagement[3]. Tous les ouvrages, pour autant qu'il soit possible d'en juger, restent muets sur la cause du donataire, du déposant à titre gratuit ou du prêteur dans le cadre du commodat[4].

Cette omission est tout à fait contestable. Elle ne semble guère conforme à la nature de représentation accordée à la cause. Dès lors que cette dernière est ainsi rattachée à la

---

(1)La nuance est d'importance. En particulier, une obligation peut être accessoire, tout en étant la seule assumée par une partie (ex : indemnité d'immobilisation dans une promesse unilatérale de vente). L'erreur d'appréciation sur le caractère accessoire ou principal de l'obligation perturbe d'ailleurs l'analyse causale. Sur tous ces points, cf. infra Titre 1, Sous-titre 2.

(2)Cf. à ce sujet, les savants développements de L. BOYER, Thèse précitée, p. 176 et s.

(3)V. quand même WEILL et TERRE, op. cit., n°38 note 1, sur la cause du prêteur à intérêt.

(4)Pour le dépôt et le commodat, cette omission n'est justifiée que dans le cadre d'une analyse réelle, et non consensuelle, de ces conventions.

psychologie de chaque contractant, il est logique de considérer que toute manifestation de volonté s'accompagne d'une telle représentation. Avant même l'obligation, c'est le consentement lui-même qui est causé. Même dans un contrat unilatéral, ne comprenant qu'une seule obligation, deux représentations causales se sont formées et chaque partie a conclu la convention en imaginant le résultat produit par son exécution. L'argument rationnel exposé plus haut est toujours valable : s'il est impossible de s'obliger sans raison, il n'est pas concevable non plus d'émettre un consentement sans motif, même si en apparence, le contrat ne peut être que profitable, puisqu'il procure un bénéfice sans contrepartie. Dans une analyse contraire, il est bien difficile d'expliquer pourquoi une donation, dépourvue de toute charge, est un contrat exigeant le consentement du donataire, et non un simple acte unilatéral. Un raisonnement à l'envers est en définitive plus parlant : que le donataire doive accepter la donation prouve a contrario qu'il peut la refuser. Or, bien évidemment, s'il la refuse, ce sera pour une ou plusieurs raisons précises. Dès lors, pourquoi admettre que le non-consentement est causé et que le consentement, lui, ne l'est pas ? Cette résistance est d'autant plus étonnante que, techniquement, la cause de l'engagement d'un contractant qui n'est tenu d'aucune obligation est dépourvue de toute originalité. D'un point de vue objectif, il s'agit de la considération de l'exécution de l'obligation de l'autre partie. La cause objective d'un donataire est la même que celle d'un acheteur : bénéficier du transfert de propriété de la chose promise. Et d'un point de vue subjectif, la recherche du mobile illicite ou immoral obéit en tous points aux règles traditionnelles de la matière.

46.– La cause de l'engagement (ou du consentement) de chaque contractant, même si elle apparaît comme une notion encore méconnue, paraît donc justifiée théoriquement et praticable techniquement. Une dernière objection peut encore surgir : ce concept n'aurait aucune utilité pratique, ce qui expliquerait l'indifférence doctrinale à son égard. Cette affirmation est infondée et relève d'une analyse superficielle. La cause de l'engagement d'un contractant est un concept nécessaire, tant sur le plan objectif que subjectif. D'un point de vue objectif, l'existence d'une cause détachée d'éventuelles obligations est indispensable. La démonstration en sera tentée plus loin[1], il est donc inutile de la développer dès maintenant et il suffit d'en évoquer la conclusion. Pour hiérarchiser les obligations d'un contractant, il convient de rechercher la cause de leur créancier, c'est-à-dire du cocontractant. Or, bien évidemment, si le contrat est unilatéral, cette partie n'est tenue d'aucune obligation. La

(1)Cf. infra Titre 1, Sous-titre 2, spéc. n°358 et s.

cause du créancier de multiples obligations, considérée comme un critère (subjectif) de l'accessoire, présuppose donc l'existence d'une cause de l'engagement, détachée des obligations. D'un point de vue subjectif, une telle cause est également utile : elle est parfois le seul concept dont disposent les magistrats pour invalider des conventions indiscutablement immorales ou illicites. Certes, les hypothèses qui vont être évoquées sont marginales, mais, sur le plan théorique, absence d'intérêt et faible intérêt sont deux situations radicalement différentes : seule la première d'entre elles est à même de remettre en cause l'existence d'un concept. Plusieurs illustrations méritent d'être citées dont, en premier lieu, celles qui sont tirées de l'étude de la cause du donataire. Pour respecter la tradition qui fait de la maison de tolérance l'exemple idéal dans le domaine de la cause, il suffit d'imaginer la donation d'un immeuble, que le donataire envisage de transformer en un établissement de ce genre. En supposant que ce motif qui l'a poussé à accepter la donation ne soit pas connu du donateur[1], l'illicéité de la cause de l'engagement du donataire est, fonctionnellement, la seule notion qui permette de prononcer la nullité de ce contrat[2]. Une analyse similaire est applicable au don d'organe, lorsque le donataire entend poursuivre un but qui n'est pas thérapeutique. Le concept de cause de l'engagement est ici intéressant. Si des expérimentations illicites sont découvertes dans un laboratoire ou un service médical, la nullité de tous les dons peut être prononcée : les organes ou les produits du corps, conservés sans avoir été utilisés, pourront être récupérés et transférés à un autre donataire plus scrupuleux. Le prêt et le dépôt peuvent également fournir l'exemple de situations similaires. Tel est le cas, lorsqu'un suspect menacé de perquisition à son domicile remet à un tiers, sans l'avertir du mobile qui l'anime, une pièce à conviction, pour que ce dernier la garde ou s'en serve. Dans l'analyse classique du dépôt et du commodat, ces conventions sont réelles et ni le prêteur, ni le déposant, ne sont débiteurs d'une quelconque obligation. Pour la doctrine traditionnelle, point n'est besoin d'examiner la cause motivant leur consentement au contrat. Là-encore, pourtant, seule cette cause permet d'annuler la convention(3).

---

(1)Dans les actes à titre gratuit, la jurisprudence ne fait pas de la connaissance du mobile illicite ou immoral par le cocontractant, une condition de la nullité pour cause prohibée.

(2)Si ce motif était connu du donateur, la nullité pourrait s'appuyer sur l'illicéité de la cause de ce dernier, ce qui retire à la démonstration tout son intérêt.
Une révocation de la donation pour cause d'ingratitude serait peut-être envisageable (comp. art. 955 du Code civil), mais les conditions et les effets en seraient très différents.

(3)Rappr. : - l'hypothèse du déménagement à la «cloche de bois», effectué gratuitement par un tiers pour le compte du locataire indélicat, opération qui peut se doubler d'un garde-meubles.
- le cas du prêt accordé par un concubin à une concubine adultère, pour assurer la continuation de leur liaison (les sommes prêtées pourraient permettre par exemple à la concubine d'acheter un logement, proche de celui du concubin et facilitant leurs rencontres). Mais il est vrai qu'ici, le mobile illicite risque d'être découvert aussi chez la concubine.

47.– Il est aisé de constater qu'à partir d'une discussion fort ancienne le choix technique retenu d'une cause-représentation mentale, entraîne de multiples conséquences. Le panorama général de la théorie de la cause qui en résulte diffère quelque peu de la présentation traditionnelle qui est faite de cette notion. Trois principes peuvent le résumer. Tout consentement, toute obligation possèdent une cause et le rapport entre ces deux notions est simple à définir : lorsqu'un des contractants est tenu d'une obligation principale, la cause de son consentement s'identifie à celle de l'obligation principale[1]. En revanche, le contrat ne peut avoir de cause unique, puisqu'il y a autant de représentations que de contractants, c'est-à-dire au minimum deux.

B) Les notions extensives de cause du contrat

48.– L'examen de la doctrine relative à la cause permet de constater que certains auteurs désignent sous le terme de cause du contrat des concepts différents de celui qui vient d'être exposé. La cause du contrat est tantôt définie comme un mobile commun aux deux contractants (1°) ou selon la thèse de M. Boyer, comme une cause «catégorique» (2°).

1) La cause du contrat et la cause subjective

49.– Il est désormais devenu banal de distinguer deux aspects de la théorie de la cause, une conception objective et une conception subjective, qui possèdent chacune leur fonction propre. La conception objective (ou abstraite), tend à protéger chaque contractant individuellement, en lui permettant de remettre en question une convention au sein de laquelle son obligation serait dépourvue de cause ou pourvue d'une fausse cause. La cause ignore ici les mobiles particuliers variant à l'infini selon les parties et s'apprécie de manière identique pour chaque type de contrat. La conception subjective, au contraire vise à protéger la société, en évitant que ne soient conclues des conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cette illicéité ou cette immoralité n'apparaissent que rarement à la simple constatation de l'objet des engagements des parties ou de la cause objective. Une vente, une donation ne sont pas en elles-mêmes prohibées. La violation du droit positif ne peut résulter que d'une investigation psychologique plus poussée, permettant de faire apparaître les mobiles illicites sous-tendant la convention : création d'une maison de tolérance, entretien d'un concubinage adultérin.

---

(1)Cf. infra, Titre 1, sous-titre 2.

50.- Pour certains auteurs, la conception objective de la cause correspond à une cause de l'obligation, alors que la notion subjective relève davantage d'une cause du contrat[1]. Cette affirmation a cependant une portée variable. La prise de position ne constitue parfois qu'une simple précision terminologique[2] : les motifs concrets des parties sont nettement extérieurs à l'accord obligatoire proprement dit, et il paraît plus facile de les rattacher au contrat dans son ensemble qu'à une obligation. De plus, l'intérêt social, qu'est censée protéger la cause subjective, semble concerner davantage l'opération globale, c'est-à-dire le contrat, qu'un de ses éléments pris isolément.

Certains auteurs dépassent ce premier stade du raisonnement et tentent de dégager une notion originale de cause subjective du contrat[3]. En effet, les mobiles concrets des parties sont variables, spécifiques à chaque contractant. Pour pouvoir être pris en compte, ils doivent être connus des deux parties, c'est-à-dire être entrés dans le champ contractuel. Ce faisant, ils deviennent un but commun qui guide les parties. Les contractants conservent chacun une représentation psychologique des buts médiats ou immédiats qu'ils poursuivent, mais ces représentations sont partiellement communes. La cause du contrat devient donc, dans cette conception, la représentation psychologique commune aux deux parties liée à la considération d'un élément extérieur identique entré dans le champ contractuel...

51.- Cette analyse n'emporte pas la conviction et plusieurs objections sérieuses peuvent lui être adressées.

Elle paraît en premier lieu contraire au droit positif. Il est généralement admis que dans les actes à titre gratuit, la nullité pour cause illicite peut être prononcée même si le mobile litigieux d'une des parties est ignoré de son cocontractant[4]. Réduite au mobile commun aux deux parties, la cause du contrat, dérivée au départ de la cause subjective, n'assurerait plus sa fonction.

Elle semble, ensuite, confondre la connaissance d'un motif et la communauté de buts. Or ce sont là deux notions tout à fait différentes. Ce n'est pas parce que le

---

(1)Pour une application spectaculaire en jurisprudence : Civ. 1e 12 juillet 1989, Bull. civ., I, n°293, p.194 ; JCP 1990, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBE ; D. 1991, somm. p.320, obs. J.L. AUBERT ; RTD crim. 1990, p.468, obs. J. MESTRE.

(2)MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°267 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°447 et n°485 et s. ; note D. 1975, p.305, sous Civ. 3e 8 mai 1974 ; Y. BUFFELAN-LANORE, op. cit., n°136-137 ; A. BENABENT, op. cit., n°157 et n°166 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°212.

(3)STARCK, op. cit., n°708 ; Y. BUFFELAN-LANORE, op. cit., n°138 ; JOSSERAND, «Les mobiles dans l'acte juridique», n°108 et s., spéc. n°169, § 2.

(4)FLOUR et AUBERT, op. cit., n°266 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°269 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°502 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°211 ; J. MAURY, Thèse précitée, p.243 ; les motifs des deux contractants peuvent d'ailleurs être illicites.

vendeur d'un immeuble sait que l'acheteur veut en faire une fumerie d'opium[1], que cette exploitation est devenue un objectif commun aux deux parties. Il apparaît au contraire que, même pour la cause subjective, voire davantage encore pour celle-ci, la dualité de représentations psychologiques est la règle. Les mobiles de chaque contractant sont le plus souvent éminemment personnels[2]. Pour un vendeur, par exemple, ils sont à rechercher dans l'utilisation des fonds que le contrat lui procurera, alors que pour l'acheteur, ils résident dans la destination projetée pour le bien acquis(3). Il est même fréquent que les motifs des deux contractants soient rigoureusement opposés. Ainsi, dans une cession de titres en bourse, le vendeur redoute une baisse des cours alors que l'acheteur escompte une hausse. Cet exemple est d'ailleurs très significatif : à partir d'un élément commun, la valeur du prix de cession, chaque contractant élabore une représentation mentale originale. Cette situation est parfaitement conforme à la nature subjective de la cause instrument de protection sociale, qui ne se contente pas de présumer une représentation à partir d'un élément objectif, mais qui nécessite une investigation psychologique plus approfondie, et par conséquent plus personnelle.

Certes, il est incontestable que, dans certaines hypothèses, le but illicite est véritablement commun aux deux parties : choix d'une indexation illicite, montage contractuel réalisant une fraude fiscale, commerce de marché noir. Cette communauté de buts est même le critère de certaines conventions comme l'association ou la société. Mais ces exemples sont les exceptions qui confirment la règle et il est impossible d'en tirer un principe général. De plus, même dans ces situations, il y a plusieurs représentations causales qui possèdent seulement la particularité d'être partiellement ou totalement identiques.

Enfin, du point de vue de la qualification, cette conception de la cause du contrat ne peut être retenue. Elle appartient à la notion subjective de la cause. Il est inconcevable de bâtir des catégories sur des éléments pouvant varier à l'infini selon les contractants. Quelle que soit la théorie de la cause retenue pour être utilisée comme critère de qualification, il ne peut s'agir de toute manière que d'une cause objective, identique pour tous les contrats de même nature[4].

---

(1)Pour reprendre l'exemple de Madame BUFFELAN-LANORE (op. cit., n°138, p.54) qui change un peu des maisons de tolérance...

(2)V. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°508 ; MAZEAUD, op. cit., n°268 ; FLOUR et AUBERT, op. cit., n°266 ; J. CARBONNIER, op. cit., § 61.

(3)Si l'acheteur est un narco-trafiquant, qui veut blanchir son argent, le mobile peut même être constitué par... l'acquittement de son obligation de paiement du prix !

(4)Cf. infra, section 2 ; pour une utilisation ponctuelle, à des conditions précises, de la cause subjective en matière de qualification, cf. infra n°364.

52.– Un arrêt récent de la Cour de cassation invite à considérer l'existence d'une cause du contrat «subjective» sous une perspective nouvelle[1]. Dans un attendu fort doctrinal, dont la précision terminologique sort de l'ordinaire, la Cour affirme «que si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé».

En apparence, il s'agit là d'un simple rappel de solutions connues[2]. Pourquoi l'acheteur s'oblige-t-il à payer le prix ? En considération des prestations du vendeur : c'est la cause de l'obligation. Pourquoi l'acheteur désire-t-il l'exécution de ces prestations ? En considération d'un mobile déterminant, qui l'a poussé à contracter : c'est la cause du contrat de l'acheteur[3]. Or, en y regardant de plus près, la formule de la Cour est différente : la «cause du contrat de vente» consiste dans «le» mobile déterminant de «l'acquéreur». Autrement dit, la cause du contrat ne serait ni une notion autonome, ni un mobile commun, mais une représentation d'un contractant qui serait privilégiée, comme l'obligation caractéristique l'est dans la théorie de l'objet du contrat. En y réfléchissant, cette position peut se recommander d'un argument a priori troublant. En effet, pour s'en tenir à l'exemple de la vente, il est vrai que le mobile de l'acheteur est aisément identifiable et il réside le plus souvent dans l'utilisation escomptée de la chose vendue : usage personnel, professionnel, spéculatif (placement ou revente) ou autre (destruction du bien acquis...)[(4)]. Pour le vendeur, cette recherche s'avère bien plus complexe : la somme d'argent espérée se fond dès qu'elle est reçue dans le patrimoine du vendeur et il devient difficile dès lors de «figer» l'utilisation que le vendeur souhaitait faire de cette somme, sauf à procéder à une sorte «d'affectation» de celle-ci à une fonction précise. Cette différence dans la recherche du mobile déterminant de chaque contractant justifierait par conséquent que les motifs concrets de l'acheteur soient surévalués par rapport à ceux hypothétiques du vendeur et qu'ils méritent, dès lors, l'appellation de cause du contrat dans son ensemble.

---

(1)Civ. 1e 12 juillet 1989, précité.

(2)Mettre sur un pied d'égalité le transfert de propriété et la délivrance est cependant surprenant, cf. infra n°381.

(3)En quelque sorte... la cause de la cause (objective). La cause de l'obligation, dans un contrat synallagmatique, serait la contrepartie et la cause du contrat serait la cause de cette contrepartie.

(4)Il s'agit là cependant de la présentation traditionnelle. Ne pourrait-on pas soutenir, en effet, que le mobile déterminant de tout acheteur est... l'absence de mobile précis ? En contractant, l'acheteur espère devenir propriétaire de la chose, or la propriété va conférer à celui-ci un pouvoir complet sur cette chose : c'est la faculté de faire tout ce qu'il souhaite qui caractérise la plénitude de ce pouvoir.

53.– Cette analyse ne saurait emporter la conviction et tant d'un point de vue subjectif qu'objectif, plusieurs critiques peuvent lui être adressées.

Comme toujours, il est délicat d'extrapoler à partir d'un seul exemple un principe général qui, en l'espèce, avoue rapidement ses limites. Déjà, comme l'objet du contrat, cette conception de la cause du contrat aboutit à une impasse dans les contrats mixtes tels que l'échange, où la dualité de causes est irréfutable. Ensuite, le critère qui permet de privilégier le mobile de l'acheteur n'est pas explicité. Est-ce parce que l'acheteur est le créancier de l'obligation caractéristique de la vente ? Il serait possible d'en dire autant du donataire, or jurisprudence et doctrine ont toujours étudié la seule cause du donateur et l'usage que le donataire entend faire du bien cédé n'intéresse personne. Cet argument en amène d'ailleurs un autre : en définitive, dans de nombreuses hypothèses, les mobiles des deux contractants sont décelables[1] et il n'est pas certain qu'il soit utile d'en isoler un pour l'ériger en cause du contrat. La finalité de protection sociale poursuivie par la cause subjective, loin d'inciter à la réduction de la notion de cause, invite au contraire à la réception de tous les mobiles de tous les contractants, dans leur immense diversité.

D'un point de vue objectif, ériger en cause du contrat la représentation d'un seul contractant, ne paraît guère utile. La cause du contrat, dans cette hypothèse, fait double emploi avec celle de l'objet caractéristique du contrat[2].

La théorie de la cause a mieux à apporter à la technique des qualifications, notamment sa faculté unique de lier les obligations des parties en un ensemble cohérent et structuré. Or, cette tâche ne peut être accomplie qu'en prenant en compte plusieurs représentations causales, réciproques, convergentes ou pas et non en réduisant cette cause à la représentation d'une seule partie.

2) La cause catégorique

54.– Dans sa thèse relative à la notion de transaction, M. Boyer développe, une conception nouvelle de la cause, la cause catégorique. Celle-ci a vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats ce qui justifie son examen[3].

---

(1)Même dans la vente, un mobile du vendeur est tout à fait concevable : liquidation d'un stock pour fermeture d'un fonds de commerce, réalisation d'un bien afin d'acquitter une dette, etc.

(2)V. pourtant en ce sens : P. HEBRAUD, art. précité, Mélanges MAURY, T.2, p.451 : «le noyau du contrat est certainement formé par les obligations principales qu'il a créées, et qui en expriment le but» ; Ch. ATIAS, «Le droit civil», Que sais-je ?, n°2161, p. 109 : «le critère majeur de qualification, c'est le but poursuivi par les parties», leur «objectif commun».

(3)L. BOYER, «La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif», Sirey 1947, préf. J. MAURY.

L'objectif premier poursuivi par cet auteur est de tenter de définir la transaction, en isolant ses éléments essentiels. A l'occasion de cette recherche, M. Boyer remarque que la transaction ne se satisfait pas des cadres juridiques traditionnels. Alors que dans certains cas, le «contrat est possible, chaque fois qu'existe l'objet des obligations stipulées par chaque partie», un échange nécessite par exemple la présence de deux objets à céder, cette condition est insuffisante pour la transaction où «il ne suffit pas, tout au moins en apparence, que chaque partie accomplisse un sacrifice, soit en renonçant à une partie de sa prétention première, soit de toute autre façon»[1]. Cette qualification exige la présence d'un élément supplémentaire, objectif et extérieur à l'accord des volontés : une situation litigieuse[2]. M. Boyer va cependant plus loin : mettre en évidence la nécessité d'un litige pour qu'apparaisse une transaction est insuffisant ; il convient de surcroît de préciser par quel élément technique (consentement, objet, cause) cette situation se rattache au contrat[3]. Ecartant le consentement[4], restant très discret sur l'objet, M. Boyer retient en définitive le concept de cause[5]. Pour ce faire, cet auteur est conduit à définir deux notions : la cause catégorique et la cause «casuelle».

55.– Fait partie de la cause catégorique «tout élément matériel dont le défaut rend par cela même impossible la réalisation du but contractuel»[6]. «Loin d'être formée seulement par les éléments nécessaires à l'existence des obligations de chacun, la cause du contrat est constituée par tous ceux en l'absence desquels la réalisation du but

---

Cette thèse a été adoptée par plusieurs auteurs : I. NAJJAR, «Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral», Thèse LGDJ 1967, n°252 et s. ; Rép. civ., v° Donation, n°26, n°53 ; adde Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°174 et s., qui retient la notion de cause catégorique pour définir l'obligation fondamentale qu'aucune stipulation ne peut alléger (n°175 : «l'obligation fondamentale de tel ou tel contrat apparaît dans l'obligation qui permet la réalisation des éléments objectifs primaires du contrat considéré»). La conception de M. DELEBECQUE suscite cependant certaines interrogations. La cause catégorique visée est-elle une cause finale ou efficiente ? Une cause de l'obligation ou du contrat (cf. n°174, p.210) ? L'adaptation de cette cause à la solution des problèmes évoqués par M. DELEBECQUE ne paraît pas de surcroît incontestable (v. par exemple, l'obligation de livraison dans le transport, qui ne saurait constituer une cause catégorique (n°198, p.236), malgré son caractère «fondamental» (comp. d'ailleurs avec l'importance qu'il faut bien accorder au déplacement (n°197 et n°200)).
Adde : pour des présentations de cette thèse : F. TERRE, Thèse précitée, n°268 et s., p.252 et s. ; J. HAUSER, «Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique», LGDJ 1971, n°149 et s., p. 156 et s. ; J. NERET, «Le sous-contrat», LGDJ 1979, n°11 et s., p.14 et s.

(1)Thèse précitée, p.4.

(2)Thèse précitée, chapitre 2, p. 34 et s. ; «situation contentieuse» pour M. BOULAN (Thèse précitée, n°28 et s., p.38 et s. et n°50 et s., p.57 et s.).

(3)Thèse précitée, p.78.

(4)Thèse précitée, p.80 et s.

(5)Thèse précitée p. 100 et s. et p.120 à 122 ; dans le même sens : F. BOULAN, Thèse précitée, n°120.

(6)Thèse précitée, p.209.

contractuel devient impossible»[1]. M. Boyer, pour illustrer cette définition, fournit plusieurs exemples[2]. Il reconnait que dans la majorité des cas, «la vieille formule classique selon laquelle il y a absence de cause lorsque l'objet d'une des obligations des parties fait défaut, se révèle suffisante»[3]. Ainsi, «l'existence de la chose vendue suffit pour rendre le contrat possible. Elle épuise le contenu de la cause catégorique»[4]. Mais, dans d'autres hypothèses, une référence à un élément extérieur est indispensable. Le litige, bien sûr, constitue la cause catégorique de la transaction, mais il en est de même pour l'aléa dans les contrats aléatoires, pour la révélation d'un secret dans les contrats de révélation de succession, et pour le rapport de droit principal dans les contrats accessoires de garantie, notamment celui de cautionnement[5].

A côté de cette cause catégorique, figure une cause «casuelle» de nature psychologique[6]. «Concept essentiellement technique, la cause de l'obligation est formée de toutes les représentations dont le droit tient compte. Deux groupes d'éléments la constituent donc : d'une part les motifs psychologiques qui correspondent aux éléments du contrat : d'autre part, tous les mobiles psychologiques»[7].

La cause catégorique est donc objective, la cause casuelle est subjective[8]. La première, cause du contrat[9], permet d'en déterminer la nature juridique et en constitue, par conséquent, un critère de qualification[10]. La seconde, cause de l'obligation, a pour effet de priver la volonté de son efficacité, si celle-ci a été influencée de manière déterminante par un mobile illicite ou immoral, ou par un motif erroné[11].

Ce bref résumé ne donne qu'un aperçu très sommaire d'un ouvrage fort riche et fort complexe. Il paraît cependant suffisant pour permettre de montrer que la cause catégorique n'est pas à même de fournir un critère de qualification satisfaisant. Deux séries de raisons s'y opposent : en premier lieu, cette notion, même dans l'acception que lui confère M. Boyer, s'avère insuffisante pour différencier bon nombre de conventions les unes des autres (a) ; ensuite, c'est la nature profonde de cette cause

---

(1)Thèse précitée, p.216 ; adde p.235.
(2)Thèse précitée, p.209 et s.
(3)Thèse précitée, p.210.
(4)Thèse précitée, p.210.
(5)Thèse précitée, respectivement p.210, 211 et 213.
(6)Thèse précitée, p.119 et s.
(7)Thèse précitée, p.226.
(8)En ce sens, cf. J. NERET, Thèse précitée, n°11, p.14.
(9)Cette présentation est exactement l'inverse de celle de la doctrine contemporaine qui qualifie de cause du contrat la cause subjective.
(10)L. BOYER, Thèse précitée, p.120 ; adde : MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°203 : «élément objectif nécessaire à la conclusion d'un contrat d'un type, d'une catégorie donnée».
(11)Thèse précitée, p.227.

«catégorique» qui suscite quelques réserves et justifie une délimitation beaucoup plus étroite de la notion (b).

a) Les faiblesses de la cause catégorique, instrument de qualification

56.– Même en adoptant la conception de M. Boyer, la cause catégorique porte assez mal son nom. Si cette notion constitue parfois un critère de qualification, il est impossible de la considérer comme un système général régissant cette opération. L'extension de la théorie, préconisée par cet auteur[1], se heurte rapidement à de multiples obstacles[2].

Il est, tout d'abord, possible de découvrir des hypothèses où la cause joue un rôle incontestable dans la qualification, sans correspondre à la notion de cause catégorique. Le meilleur exemple cité par M. Neret, est celui, de la donation[3]. L'intention libérale du donateur est un critère certain de la nature de ce contrat et, pourtant, elle ne se réfère pas à des éléments extérieurs objectifs. Dans le même ordre d'idées, si le rôle de la cause dans les contrats aléatoires n'est pas niable, faire de l'aléa un élément extérieur à la convention n'est pas totalement convaincant[4]. Même la transaction suscite quelque hésitation. Il est en effet permis de se demander si au-delà de la cause catégorique constituée par la situation litigieuse, la qualification de cette convention n'exige pas de surcroît une autre cause, finale, celle-là, correspondant à la volonté de mettre fin au litige[5]. Ce but particulier doit animer les contractants, sinon le contrat ne peut être qualifié de transaction. M. Boyer l'admet, mais élimine cet élément, en soutenant qu'il s'identifie au consentement des parties[6]. L'argument ne saurait convaincre : le consentement des parties, en lui-même, n'est pas un critère de qualification. La volonté ne prend une spécificité propre à chaque convention que si elle est rapportée au contenu ou au but de l'accord.

57.– Cette objection en amène une autre. En ramenant la cause catégorique au seul élément «litige», extérieur au contrat de transaction, il devient difficile de distinguer certaines conventions voisines, dont la cause catégorique est a priori identique. Ainsi, pour qu'il y ait transaction, il est indispensable que les deux parties

---

(1)Thèse précitée, p.196, 200 et 246-247.

(2)Cf. en ce sens : J. HAUSER, Thèse précitée, n°155, p.274 et s.

(3)Thèse précitée, n°12.

(4)Rappr. J. NERET, Thèse précitée, n°13, dont la critique est plutôt fondée sur la notion de cause finale.

(5)Même partiellement : Civ. 2e 27 avril 1988, Gaz. Pal. 1988-2-pan. p.176.

(6)Thèse précitée, note 1, p.16 ; comp. p.101 où la nécessité de ce but réapparaît ; cf. dans le même sens, pourtant : F. BOULAN, Thèse précitée, n°6, p.11.

fassent des concessions réciproques[1]. Il est possible d'imaginer, toutefois, un contrat gratuit au sein duquel un seul contractant abandonnerait son droit d'action. Cette convention n'est pas une transaction ; pourtant, sa cause catégorique est similaire ! Pour différencier ces deux accords, il faut recourir à un autre critère : soit le caractère unilatéral ou synallagmatique de la convention, soit l'intention libérale d'une des parties. Quelle que soit la solution retenue, la cause catégorique ne peut suffire à qualifier le contrat. De façon, encore plus paradoxale, il est également envisageable que deux contrats qui n'ont pas la même cause catégorique aient pourtant la même qualification ! Pour reprendre l'exemple de la transaction, il peut arriver qu'un seul contractant abandonne sa prétention en contrepartie d'un avantage d'une nature complètement différente, comme le transfert de propriété d'un bien[2]. Selon la définition de M. Boyer, la cause catégorique de ce contrat se compose du litige et du bien cédé. Elle n'est pas exactement similaire à celle d'une transaction pure et pourtant, nul ne doute qu'une telle convention soit bien une transaction[3]. M.Boyer élimine d'entrée cette hypothèse[4], ce qui est compréhensible dans le cadre d'une recherche étroite sur une convention donnée, mais ne saurait être admis lorsqu'il s'agit d'essayer de préciser le mécanisme général de qualification des contrats. Résoudre la difficulté en constatant que dans ce cas, «la prestation d'une au moins des parties au contrat est constituée par la renonciation à une prétention»[5] masque en réalité la présupposition d'un certain nombre de principes qu'il est indispensable d'expliciter, en particulier celui qui consiste à prétendre que, dans toute convention simple, une obligation, dite caractéristique, assume l'originalité économique de l'accord.

---

(1)Jurisprudence constante : Soc. 13 octobre 1988, JCP 1988, IV, p.397 ; Com. 22 novembre 1988, Bull. civ., IV, n°320, p.215 ; Soc. 18 octobre 1989, D. 1989, IR, p.279 ; rappr. Paris 23 mai 1986, D. 1986, p.551, note crit. J.-P. KARAQUILLO (l'arrêt admet le principe, mais il en fait une curieuse application).
Adde : F. BOULAN, J.-Cl. Civ. précité, n°143, qui rattache cette condition à la cause des obligations. Selon cet auteur, la cause objective, critère de qualification de la transaction, est donc plus large que la seule cause catégorique : elle englobe à la fois l'extinction du litige, but commun des deux parties et la considération de l'obligation du cocontractant (cf. aussi Thèse précitée, p.113-114, n°129 et s., p.123 et s. et n°188 et s., p.181 et s.).

(2)Rappr. Civ. 3e 4 décembre 1985, JCP 1986, IV, p.65.

(3)Cf. M. BOYER lui-même, Thèse précitée, p.14-15 et Rép. civ., v° Transaction n°20 ; jurisprudence constante : Soc. 1 mars 1979, Bull. civ., I, n°201, p.142 et n°202, p.143 ; Soc. 17 novembre 1982, JCP 1983, IV, p.42 ; Soc. 3 février 1983, Bull. civ., V, n°81, p.56 ; rappr. F. BOULAN, Thèse précitée, note 2, p.111 et n°130, p.121 ; contra : A. CHAVANNE, «Les quittances pour solde de tous comptes», JCP 1949, I, 776, n°7, qui cite pourtant plusieurs arrêts en sens contraire.

(4)Thèse précitée, p.14-15 et p.48.

(5)Ibid.

58.- Cette faiblesse de la cause catégorique qui est, dans certains cas, commune à plusieurs qualifications, s'accuse encore davantage dans d'autres hypothèses. Ainsi, dans un passage dont l'importance n'a pas été assez soulignée en doctrine, M. Boyer affirme, à propos de la vente : «l'existence de la chose vendue suffit pour rendre le contrat possible. Elle épuise le contenu de la cause catégorique»[1]. Cette assertion, et ses corollaires, suscitent de multiples objections. Ici encore, comment distinguer la vente et la donation, sans recourir à un autre critère. Dans l'échange, la cause catégorique est constituée par les deux biens transférés[2]. Cette présentation est imprécise : elle réunit en une masse commune les deux choses transférées. Par conséquent un échange et la vente (ou la donation) de deux biens ont aussi la même cause catégorique et il n'est pas possible de distinguer ces deux types de conventions mixtes[3]. Mais M. Boyer va encore plus loin. S'il élimine le prix en argent de la cause catégorique de la vente, bien que son paiement fasse aussi partie du «but contractuel», c'est parce que l'argent est fongible : peu importe que l'acheteur ne dispose pas de la somme à la conclusion du contrat, l'exécution de son obligation est cependant possible[4]. Cet argument, poussé à l'extrême, emporte une conséquence, aussi inattendue qu'excessive : dans une vente de choses fongibles, il n'est pas nécessaire que le vendeur soit, au jour du contrat, propriétaire des biens vendus et il lui suffit de se les procurer pour la date de livraison prévue. Il semble donc que, dans ce cas, il n'y ait plus de cause catégorique ![5].

Ce dernier exemple démontre clairement l'inaptitude de la cause catégorique à constituer un critère général de qualification. Cette insuffisance est justifiée par une erreur de perspective. M. Boyer a recherché les éléments objectifs sans lesquels le but contractuel d'un accord ne peut être atteint. Si cette recherche est efficace pour expliquer la différence opposant la fausse cause et l'erreur sur la cause, elle ne l'est pas pour déterminer, dans tous ses aspects, la nature d'une convention. La cause

---

(1)Thèse précitée, p.210.

(2)Thèse précitée, p.210, note 1, in fine.

(3)Par opposition et par addition. Cf. infra deuxième partie, titre 2.

(4)Thèse précitée, note 1, p.210.

(5)Ce raisonnement nous paraît découler directement de la thèse de M. BOYER. Il serait possible d'affirmer que cet auteur l'a lui-même exprimé explicitement, si le passage qu'il consacre à la vente de choses fongibles (note 1, p.210) ne faisait inexplicablement référence à la cause de l'obligation : «dans la vente de choses fongibles..., l'objet de l'obligation du vendeur ne fait pas partie de la cause de l'obligation». Cette référence est curieuse et peu conforme au contexte qui l'entoure, lequel ne comprend que des développements sur la cause du contrat, cause catégorique. De plus, ce passage fait suite à celui concernant l'exclusion du prix de la cause catégorique, or les deux exclusions sont fondées sur le même argument : la fongibilité.

catégorique contient des éléments qui ne sont pas des critères de qualification, et elle ne rassemble pas tous ces critères.

b) La remise en question de la notion même de cause catégorique

59.– Les développements qui précèdent laissent pressentir une série d'objections, plus profondes, qui atteignent le concept même de cause catégorique.

La première critique porte sur le contenu même de cette notion. Affirmer que dans la vente, l'existence de la chose vendue épuise la cause catégorique est contraire au droit positif. Le bien vendu, la chose louée, la marchandise transportée ne relèvent pas de la notion de cause mais de celle d'objet[1]. Depuis la thèse de M. Boyer, la théorie de l'objet a progressé et elle regroupe désormais quatre acceptions nettement distinctes[2]. L'objet du contrat est constitué par la totalité des prestations (obligations ou effet translatif ou constitutif) créées par l'accord. L'objet caractéristique du contrat se limite aux obligations ou aux prestations qui symbolisent le rôle économique original de la convention. L'objet de l'obligation est la prestation assumée par le débiteur et l'objet de la prestation est constitué par le droit, la chose (concrète) ou le concept (immatériel) qui subit l'action de cette prestation. C'est à cette dernière catégorie d'objet que doivent être rattachés bon nombre d'éléments classés par M. Boyer dans la notion de cause catégorique[3]. Certes, l'objet de la prestation est un élément, objectif, extérieur au contrat, mais son intégration dans le champ contractuel ne nécessite pas de recourir à la notion de cause. L'objet de la prestation entretient un rapport original et direct avec l'obligation : il va en effet être créé, modifié, supprimé, transféré par l'exécution de la prestation. Il subit l'effet du contrat et cela suffit à l'y rattacher. Par conséquent, affirmer que tout élément matériel, dont le défaut rend impossible la réalisation du but contractuel, fait partie de la cause catégorique[4] paraît excessif et il convient de retrancher de cette définition tous les éléments qui ne sont en réalité que des objets de la prestation. Point n'est besoin d'encombrer la cause catégorique par l'adjonction d'éléments qui risquent d'en perturber l'analyse. La solution s'impose d'autant plus,

---

(1)Pour reprendre l'exemple de M. BOYER (p. 195), la vente d'une horloge inexistante en fait est nulle pour défaut d'objet de la prestation du vendeur, ce qui entraîne la nullité pour défaut de cause de l'obligation de l'acheteur. La vente n'est pas directement nulle pour absence de cause (comp. L. BOYER, Thèse précitée, p.200).

(2)Cf. Thèse précitée, p.87, in fine et note 4.

(3)Ce qui explique d'ailleurs les faiblesses de la cause catégorique quant à la qualification, car l'objet de la prestation est un critère secondaire de qualification : cf. infra n°748 et s.

(4)Thèse précitée, p. 209, in fine.

que d'un point de vue technique, la nullité pour défaut d'objet de la prestation ou celle pour absence de cause catégorique semblent équivalentes[1].

Si la notion de cause catégorique doit être épurée, son existence même ne semble pas, en revanche, contestable. Il est certain, en effet, que certaines conventions ne peuvent être qualifiées qu'en prenant en compte des éléments objectifs, extérieurs au contrat. L'exemple du cautionnement cité par M. Boyer est à cet égard fort convaincant. De même, l'insertion d'un contrat dans un groupe de conventions est parfois un critère de qualification où la cause joue un rôle souvent déterminant, même s'il n'est pas exclusif[2]. Une autre difficulté, plus technique, surgit alors, relative à la nature de la cause catégorique.

60.– Dans la conception de cet auteur, la cause catégorique est une cause efficiente, génératrice du contrat et non une cause finale, représentation du but à atteindre[3]. D'un point de vue psychologique, tout contractant se représente à la fois une image du monde présent et réel et une image du monde futur et possible. «C'est l'ensemble de ces deux groupes de représentations qui constitue l'antécédent nécessaire et immédiat de l'acte de volonté, et qui le rend intelligible : c'est donc lui qui d'un point de vue strictement logique doit être tenu pour la cause de la volonté de contracter de chacun»[4]. M. Boyer réfute donc toute idée de cause finale. «On peut certes dire que c'est la considération du but à atteindre qui a déterminé les parties à s'engager, mais il ne faut pas oublier que «ce qui est déterminant précède quant au temps ce qui est déterminé». C'est donc la notion de cause efficiente qui doit être selon nous considérée comme étant la seule exacte, avec cette précision qu'une telle notion comporte parmi ses éléments constitutifs la représentation du but à atteindre»[5]. Cette position emporte deux corollaires. Cause efficiente, la cause catégorique peut s'identifier à la situation objective elle-même, par exemple, le litige lui-même dans la transaction et non se limiter à sa pure représentation psychologique. Ce qui explique, par contrecoup, que la cause catégorique puisse être qualifiée de cause du contrat.

---

(1)Cf. note supra.

(2)Cf. infra Titre 2, n°997-998 ; cf. en ce sens : J. NERET, Thèse précitée, n°8 et s., p.12 et s., qui fait de la cause un instrument de qualification du sous-contrat ; cf. infra sur le sponsoring, n°570-572.

(3)Thèse précitée, p.176 et s., p.228 et s.

(4)Thèse précitée, p.181.

(5)Thèse précitée, p.184.

61.– Le choix d'une cause efficiente ne semble pas avoir connu un grand succès en doctrine et plusieurs auteurs la contestent[1]. Ceux-ci estiment que M. Boyer a peut être donné trop d'importance à la nécessaire antériorité de la cause catégorique et l'un d'entre eux remarque que celle-ci n'est pas toujours flagrante[2]. Synthétiquement, une séquence contractuelle paraît comporter trois phases : la première correspond au réel actuel immédiat -le litige-, la seconde au contrat proprement dit -la transaction-, la troisième au réel modifié par l'exécution de la convention -la fin du litige-. La conception de M. Boyer semble privilégier les deux périodes initiales et le contrat ne prend son sens qu'au regard de ce qui précède. Le droit positif de la cause préfère au contraire s'attacher aux deux séquences finales. Sa perspective est dynamique[3] : le contrat y est considéré comme un moyen au service d'une fin. La période préparatoire importe moins : c'est au jour de la formation du contrat, et non avant, comme le présuppose la théorie de M. Boyer, que s'apprécie la cause et à cette date, c'est la représentation du but à atteindre qui prédomine. Un argument supplémentaire renforce d'ailleurs cette analyse : en définitive, la cause catégorique n'est qu'imparfaitement efficiente. A partir d'un même élément matériel, une chose, un litige, une multitude de conventions peuvent être conclues. M. Boyer semble l'admettre, puisqu'il reconnaît que dans les comportements humains, l'élément causal ne commande pas de manière rigide l'acte de volonté, mais joue surtout un rôle «permissif»[4]. Or, a posteriori, c'est une convention déterminée, aux obligations précises et spécifiques qui est conclue et l'organisation de cette convention, son équilibre original ne trouvent leur sens que dans le futur, dans le but à atteindre, que le contrat préfigure dans une large mesure. Ex ante, c'est un litige embarrassant, ex post c'est une transaction dont le sens provient de la fin poursuivie par les parties -terminer le litige- et qui comprend à cet effet des concessions réciproques précises.

---

(1)J. HAUSER, Thèse précitée, n°149, p.259 ; n°151, p.264 ; n°154, p.269 et s. ; J. NERET, Thèse précitée, n°13, p.17 ; T.-R. IONASCO, Thèse précitée, p.5.
Rappr. R. MARTIN, art. précité, pour qui c'est l'échange économique qui constitue la cause efficiente du contrat. L'auteur constate cependant que cette conception de la cause est refoulée en droit positif.
Le concept de cause efficiente semble en revanche assez proche des conceptions de certains juristes de droit administratif, notamment HAURIOU et G. VEDEL (cf. le résumé de ces conceptions par J. HAUSER, Thèse précitée, n°146 et s., p.252 et s., qui semble pourtant réserver cette notion à la théorie de M. BOYER (n°154)).

(2)Cf. J. NERET, op. cit., n°13, à propos de l'aléa dans la vente viagère, exemple de cause catégorique évoqué par M. BOYER.

(3)Cf. T.-R. IONASCO, Thèse précitée, p.15-16 ; P. HEBRAUD, art. précité, p.442.

(4)Thèse précitée, p.182 et p.228 et s. ; rappr. J. NERET, Thèse précitée, n°14 ; F. BOULAN, Thèse précitée, n°125 et s., p.119 et s.

Retenir une conception efficiente de la cause est de toute manière contraire au droit positif. Il est certain qu'en jurisprudence et en doctrine, la cause est toujours entendue dans une acception finale. Par souci de cohérence, et comme la nécessité du recours à la cause est incontestable dans certaines des hypothèses visées par M. Boyer, c'est par la cause finale(1) qu'il convient d'intégrer certains éléments extérieurs à la convention et qui en constituent un critère de qualification. Cette solution est techniquement possible et l'inclusion se réalise sans difficulté dans la cause des obligations de l'une ou l'autre, voire des deux parties[2], y compris pour le litige dans la transaction(3).

---

(1)La cause efficiente conserve un rôle, réduit, dans la détermination de certaines obligations accessoires par «production», cf. infra n°402 et s. Mais il est à remarquer que l'efficience concerne alors le lien unissant deux obligations et non celui existant entre un élément extérieur et le contrat : la cause finale y a donc toujours sa place.

(2)Cf. en ce sens MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°193 et n°203 ; adde L. BOYER, Thèse précitée, p.208, note 1.

(3)Cf. en faveur d'une application de la cause finale à la transaction : T.-R. IONASCO, Thèse précitée, p.67 ; H. CAPITANT, op. cit., n°18, p.51 et n°19, note 1, p.53 ; F. BOULAN, Thèse précitée, notamment n°120, p.113.

Il reste alors à préciser l'analyse juridique de la transaction, en déterminant notamment si la situation litigieuse constitue techniquement un objet de la prestation ou une représentation causale. M. BOYER, qui tranche bien évidemment ce conflit en faveur de la cause (cf. dans le même sens : F. BOULAN, J.-Cl. Civil précité, n°142-143 ; Thèse précitée, n°120, p.112 et s.) demeure discret, voire ambigu sur l'objet (cf. par exemple : p.78 où l'objet figurant initialement dans la trilogie consentement, objet, cause, n'est plus envisagé par la suite ; p.4, p.33, note 1 p.51, p.87, p.98, p.200, p.209). La question est délicate et il convient de laisser aux spécialistes de ce contrat le soin de la trancher. Il est néanmoins possible de formuler quelques indications. Le litige étant éteint par l'effet du contrat, il paraît concevable d'y voir l'objet des prestations des parties.

Cette analyse soulève toutefois une première objection : le rattachement du litige à l'objet de l'obligation des parties (c'est-à-dire à la prestation) est indirect. Dans une transaction type, chaque partie renonce partiellement à son droit d'action : l'objet de l'obligation (la prestation) est une renonciation à un droit et l'objet de la prestation immédiat est constitué par le droit abandonné (contra : F. BOULAN, Thèse précitée, n°207 et s., p. 205 et s., qui reproche notamment à cette conception de limiter le champ d'application de la transaction en en excluant les litiges futurs. L'auteur adopte une position différente : quant les concessions portent sur l'objet de la contestation, c'est l'engagement de ne pas faire valoir tout ou partie de ses droits qui les renferme (Thèse précitée, p.226). «En transigeant, les parties déterminent leurs droits respectifs et s'engagent à ne pas invoquer tous autres droits auxquels elles peuvent prétendre pour exercer une action en justice» (p.227)). C'est le droit d'action proprement dit qui concerne la situation litigieuse (rappr. L. BOYER, op. cit., p.4, 41, 66, 102). Un objet de la prestation «à double étage» n'est cependant pas inconcevable : l'absence de litige ferait disparaître le droit d'action, puis l'objet immédiat de la prestation, l'obligation et enfin le contrat. Les objets de la prestation complexes sont d'ailleurs fréquents (cf. par ex : la vente -droit sur la chose et chose elle-même- le mandat -contrat à conclure et objet de la prestation de ce contrat-). La transaction aurait alors une structure assez similaire à l'entreprise avec fourniture de matière où des obligations de travail et de fourniture portant sur des matériaux (dans la transaction : renonciation au droit d'agir) entraînent secondairement le transfert de propriété global du bien construit (extinction du litige), matériaux transférés et bien construit constituant tous les deux des objets de la prestation (droit d'action et litige).

Une seconde objection peut ensuite être envisagée. Par rapport aux hypothèses voisines précitées, le lien entre les «deux étages» de l'objet de la prestation est plus original et surtout plus lâche. En particulier, le litige ne prend vraiment son sens qu'en rapprochant les deux prétentions contraires des contractants, alors que dans la vente ou dans l'entreprise avec fourniture de matière, les deux objets de la prestation concernent des obligations de la même partie.

En définitive, deux analyses sont envisageables :

Malgré les apparences que lui confère sa terminologie, la notion de cause catégorique n'est donc pas à même de constituer un système explicatif général du mécanisme des qualifications. Il convient cependant de reconnaître que cette théorie a permis d'insister sur le rôle parfois important dans cette opération, d'éléments extérieurs au complexe d'obligations stipulé par les parties.

- le litige est un élément d'un objet de la prestation complexe (rappr. Civ. 3e 4 juillet 1990, D. 1990, IR, p.210, qui semble qualifier le litige d'objet). Dans ce cas, l'objet du contrat de transaction est constitué par une (au moins) ou deux renonciations à un droit d'action. Par un effet secondaire, résultant directement de l'exécution de cette (ou de ces) obligations, un litige est éteint. L'objet de la prestation immédiate (la renonciation) est le droit abandonné et celui de l'effet secondaire, le litige prévenu. La cause finale des obligations de chaque partie est constituée, comme dans tout contrat synallagmatique, par la considération de l'obligation de l'autre partie. S'y ajoute toutefois, pour les deux contractants une cause finale ayant pour objectif l'extinction du litige (cette cause se rapproche de l'affectio societatis) (rappr. L. BOYER, Thèse précitée, p.102, dans le sens d'une cause complexe ; v. F. BOULAN, Thèse précitée, p.113-114) ;
- le litige n'est pas un objet de la prestation. Son intégration dans le contrat est réalisée par la cause finale, commune aux deux parties, de mettre fin au litige.

SECTION 2

LA STRUCTURE DES QUALIFICATIONS[1] CONTRACTUELLES

62.- La conclusion qui s'impose, au vu des développements qui précèdent, est simple à exposer : ni le concept d'objet du contrat, ni celui de cause du contrat ne sont à même de rendre compte de manière satisfaisante du système global des qualifications contractuelles en droit positif. Il convient d'aborder le problème différemment (I), ce qui oblige à préciser le contenu de certains concepts (II) et permet de rappeler la méthode de l'opération de qualification (III).

I - PRESENTATION GENERALE DE LA NOTION

63.- Une approche nouvelle de la question oblige à un réexamen du rôle des concepts d'objet et de cause. La notion d'objet du contrat mérite d'être conservée, car elle permet d'identifier certaines obligations caractéristiques d'une convention. L'utilisation de la théorie de l'objet ne peut cependant se réduire à cela et, en réalité, un système global de qualification ne peut faire abstraction des autres facettes de ce concept : objet de l'obligation et objet de la prestation[2]. La notion de cause du contrat est en revanche inutile et contestable dans son acceptation stricte. Il n'en demeure pas moins que le recours à la cause est techniquement indispensable, même s'il revêt la forme plus traditionnelle[3] d'une cause finale, représentation psychologique d'un contractant. Ce choix initial conduit à admettre que tout accord de volontés suppose au

---

(1)Pour l'emploi de cette expression : F. TERRE, Thèse précitée, n°13.

(2)Les «poupées russes», comme les appelle de façon imagée, mais justifiée, M. DELEBECQUE (Thèse précitée, n°160, p.195).

(3)En apparence, car la cause instrument de qualification bouleverse les présentations classiques de la cause objective, cf. infra II.

moins deux causes du consentement, une par contractant, ainsi qu'une cause par obligation.

Cette perspective générale est donc marquée par une plus grande technicité des concepts utilisés et surtout par leur diversification : le contenu «obligationnel»[1] et causal du contrat n'est pas d'emblée simplifié, mais au contraire appréhendé dans toute sa diversité et sa complexité. La difficulté évoquée précédemment resurgit inévitablement : comment rattacher un effet unique, la qualification, à des critères multiples, la pluralité d'obligations et de représentations causales ?

64.– Puisque l'idée de concepts globaux (objet ou cause du contrat) est abandonnée, la solution ne peut être recherchée que dans la combinaison de notions plus fines. Il est de plus en plus communément admis en doctrine que le contrat est un système complexe et organisé[2]. Cet agencement se réalise sous la forme de structures spécifiques, qui permettent d'identifier chaque type contractuel et justifient, de ce point de vue, leur désignation sous le terme de structures de qualification.

De manière générale, et malgré l'incertitude qui affecte cette notion selon les domaines où elle est employée, la structure peut être définie comme la «disposition des «parties» d'un ensemble abstrait»[3] ou comme «un ensemble d'éléments interdépendants, ne prenant sens que les uns par rapport aux autres»[4]. Il convient dès lors de préciser les termes de cette définition lorsqu'elle s'applique à la qualification d'un contrat.

65.– Pour le doyen Carbonnier, la structure du contrat relève d'une acception très large. Selon cet auteur, «le contrat peut être considéré comme une sorte de mécanisme clos, fait de la réunion de plusieurs pièces constitutives. L'article 1108 l'envisage ainsi quand il énumère les conditions qui sont essentielles pour sa validité. Ce sont les éléments qui donnent au contrat sa structure»[5]. Par conséquent, «quatre

---

(1)P.-A. CREPEAU, «Le contenu obligationnel d'un contrat», Revue du barreau canadien, Mars 1965, p.1 et s.

(2)Ph. MALAURIE, «Les contrats contraires de l'ordre public», Thèse Paris 1951, n°249 («composé d'objet et de cause») ; F. TERRE, Thèse précitée, n°13 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°8 et s. ; «Les obligations», 1990, n°509 ; J. BRETHE DE LA GRESSAYE, préface à la thèse de J.-F. OVERSTAKE, p.II ; R. MARTIN, «Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux», JCP 1983, I, 3100, n°7 ; P. HEBRAUD, «Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques», Mélanges MAURY, T.2, p.441 et p.443 ; Ph. JESTAZ, «L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale», Mélanges RAYNAUD, p.276 ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en Droit privé», Thèse Paris II 1985, n°13, p.17 (contrat comparé à un puzzle).

(3)Robert, v° Structure, 3° (dans les sciences sociales).

(4)Encyclopédia Universalis, v° Structure dans les sciences humaines, p.674.

(5)J. CARBONNIER, T.4, «Les obligations», 1991, § 25, p.61 ; v. dans le même sens : A. CROSIO, «Le contrat de vente en droit commercial», LGDJ 1989, p.39.

conditions, [...], donnent au contrat sa structure élémentaire : le consentement, la capacité, l'objet, la cause»[1]. Une telle conception est assurément trop vaste pour le problème de la qualification. Le trait d'union des éléments cités tient seulement au fait qu'ils sont tous des conditions de validité de la formation du contrat[2]. Or, deux d'entre eux, le consentement et la capacité, ne présentent aucun intérêt dans la détermination de la nature juridique d'une convention(3). Une acception plus «ramassée» de la notion doit donc être recherchée.

66.– Celle-ci paraît pouvoir être découverte dans l'idée d'une structure d'obligations. En définitive, le contrat est un accord de volontés qui a pour effet de créer une structure cohérente d'obligations. Cette analyse est très clairement explicitée par M. Martin : «Le contrat est un complexe d'obligations réciproques et convergentes. Ce qui est important, ce qui est essentiel dans cette combinaison, c'est le rapport des obligations entre elles, et non chaque obligation prise isolément, qui n'est pas significative. Le type du contrat est déterminé par le type de combinaison des obligations dans tel contrat. Un contrat existe par une organisation propre des obligations réciproques qu'il articule. Nous pouvons faire référence ici au concept moderne de structure. Chaque type de contrat a une structure propre qui le détermine et lui permet d'exister»[4]. Le même auteur ajoute un peu plus loin que «le concept de structure du contrat débouche directement sur sa qualification. Tel contrat appartient au type que désigne sa structure»[5] et cette opinion semble désormais partagée par une partie de la doctrine[6]. Les éléments de la définition générale exposée plus haut peuvent

---

(1)Ibid, p.63.

(2)Cf. d'ailleurs l'intitulé du sous-titre 1 -la formation du contrat- dont le premier chapitre est consacré à la structure du contrat et le second à la conformité du contrat aux exigences sociales.
Adde la critique de cette conception par A.-J. ARNAUD, «Essai d'analyse structurale du Code civil», LGDJ 1973, p.118. Rappr. aussi J. HERON, «Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé», Droits 1988, n°7, p.85 et s., spéc. p.87-88 (le consentement, la capacité, voire les exigences formelles, sont des conditions qui concernent la qualité juridique d'une manifestation de volonté ; l'objet et la cause sont des éléments caractéristiques de l'acte juridique extérieurs à cette manifestation).

(3)Cet auteur a d'ailleurs présenté une conception encore plus large de la structure du contrat, d'inspiration plus sociologique, qui englobe aussi l'exécution du contrat, envisagée d'un point de vue juridique et même psychologique («Flexible droit», 6e édit., p.271 et s.).

(4)R. MARTIN, chr. précitée, n°7.

(5)Chr. précitée, n°9. L'auteur refuse de rattacher cette méthode à l'idée de cause catégorique. Cette solution, qui s'oppose à la thèse de M. BOYER, pourrait sembler proche de celle défendue plus haut. Elle est en réalité fondée sur des considérations tout à fait différentes. Pour M. MARTIN, la qualification consiste en tout autre chose que le contrôle de la validité du contrat, lequel devrait s'opérer au regard de la cause efficiente de l'accord, à savoir un échange économique équilibré (n°1 et 2). Cette solution n'est pas celle du droit positif ce qui justifie l'assertion de M. MARTIN, selon laquelle la cause est «refoulée» dans les contrats à titre onéreux.

(6)V. en effet pour une approche similaire : - P.-M. LE CORRE, «La nature juridique de la location-vente», Thèse Lille II 1984. Explicitant l'intitulé de sa première partie («la structure de la location-vente»), l'auteur affirme : «s'interroger sur la structure de la location-vente, c'est essayer de se

alors être précisés : le contrat constitue «l'ensemble», ses obligations en sont les «éléments» et c'est la cause qui assure «l'interdépendance» de ceux-ci. Ce sont ces deux derniers points qu'il convient d'expliciter.

67.– Les obligations forment la matière des structures de qualifications contractuelles. Il n'y a là rien d'étonnant. C'est par sa fonction même, la création d'obligations, que la nature d'un contrat peut être identifiée[1]. Selon le nombre et la nature des obligations qu'il contient, l'accord des parties se verra accorder telle ou telle qualification. Dans cette recherche, la théorie de l'objet occupe une place importante : au-delà de leur effet commun, l'apparition d'une contrainte juridique, les obligations se distinguent par leur objet, c'est-à-dire par la prestation que leur débiteur a accepté d'assumer (travail, déplacement, représentation, etc.).

Ce rôle de la notion d'objet n'est pas cependant exclusif et la présence de la cause se manifeste de diverses manières. En premier lieu, la nature de certaines obligations est parfois intimement liée à la cause de leur débiteur, notamment pour les contrats prévoyant le versement d'une somme d'argent, qui ne peuvent prendre leur sens qu'au travers du but recherché : prêt, dépôt, société, donation[2]. Ensuite, paradoxalement, la fonction de «positionnement» des prestations les unes par rapport aux autres, assurée par la théorie de la cause, permet de conserver la nature d'obligations aux éléments

---

prononcer sur les éléments qui composent celle-ci et se demander comment les éléments s'articulent entre eux» (p.26). Le premier titre est donc consacré aux «éléments constitutifs» (p.27) et le second à «l'agencement des éléments constitutifs» (p.50) : après avoir examiné la nécessaire présence d'un bail et d'une vente (titre 1), l'auteur tente de déterminer si ces éléments se succèdent dans le temps sans interférence, ou s'ils s'enchevêtrent (titre 2).

- G. VALENTIN, «Les contrats de sous-traitance», n°137, p.122 : «la qualification passe par la découverte d'un ou plusieurs éléments de base unis les uns aux autres selon une certaine structure».
- Ph. DELEBECQUE, «Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix 1981, n°165, p.199.
- A. BOITUZAT, «Le régime juridique de secteur protégé de la promotion immobilière privée», Thèse Paris I 1978, n°17, p.29 («la structure juridique du contrat préliminaire»).
- D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°389, p.448.
- F. COLLART-DUTILLEUL, «Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles à construire», Sirey 1988, n°13, p.12.
- A. DORSNER-DOLIVET, J.-Cl. Cont. distrib, Fasc. 55, «Structure du contrat». Le passage sur les prestations (n°98 à 138) consacré à l'objet à la cause est assez proche de la perspective adoptée ici, mais la notion de structure englobe aussi les contractants, l'insertion dans un groupe et les modalités.

Adde, pour une présentation différente des «structures» possibles, mais qui obéit ainsi à une logique combinatoire fondée sur les éléments figurant dans le contrat et les «attitudes» de chaque «joueur» par rapport à l'autre : A.-J. ARNAUD, «Essai d'analyse structurale du Code civil», LGDJ 1973, p.118 et s.

(1) Le plan adopté par de nombreux auteurs pour l'examen d'un contrat (v. par exemple, L. BIHL, «Droit des hôtels, restaurants et campings», Litec), qui aboutit à dissocier la nature de la convention du contenu de ses obligations est, à cet égard, fort surprenant.

(2) Cf. infra n°235 et s. La cause du débiteur de l'obligation justifie de surcroît les différences de régime séparant certaines obligations de nature identique (cf. les «versions» gratuites, intéressées au onéreuses d'un transfert de jouissance).

caractéristiques d'un contrat. Un passage de De Page le démontre... a contrario[1]. Pour définir la vente, cet auteur procède à une distinction entre «les éléments constitutifs essentiels» de ce contrat et ses «effets», c'est-à-dire les obligations qu'il engendre. Les éléments constitutifs essentiels sont indispensables à l'existence de la vente (et donc à sa qualification) : il s'agit du transfert de propriété et du prix. «Les effets de la vente sont les obligations que le contrat fait naître à charge de chacune des parties, l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie à charge du vendeur ; l'obligation de prendre livraison, l'obligation de payer le prix et l'obligation de payer les frais du contrat de vente, à charge de l'acheteur»[2]. Cette dissociation n'emporte pas la conviction. Elle est en premier lieu inutile. Le rôle d'une obligation dans la qualification d'un contrat ne nécessite pas sa dénaturation en «élément constitutif essentiel» : cette influence est suffisamment marquée par la place qu'occupe cette obligation dans la structure du contrat. Elle est ensuite largement artificielle : il est difficile de percevoir l'intérêt d'un dédoublement du prix, analysé tantôt comme un «élément constitutif essentiel»[3], tantôt comme une obligation[4]. En réalité, il est permis de penser que cette théorie a été construite pour contourner la difficulté posée par le transfert de propriété dont l'exécution solo consensu rend discutable le maintien d'une «obligation» de donner[5]. C'est alors la méthode générale qui devient discutable, puisqu'un cas particulier, la vente, entraîne une modification générale de l'analyse de tous les contrats, où pourtant semblable altération reste sans intérêt. Autant maintenir le principe, un contrat est qualifié par une structure dont les éléments sont des obligations, sans se cacher que celui-ci souffre parfois d'exceptions : le Droit n'est pas une discipline scientifique et doit subir certaines pesanteurs historiques et sociologiques qui sont à même de perturber les montages intellectuels les plus rigoureux[6].

68.– Enumérer toutes les obligations contenues dans un contrat n'est pas suffisant pour en déterminer la nature. Cet ensemble de prestations ne peut rester indifférencié et doit être organisé : les éléments d'une structure se caractérisent par leur «interdépendance». Le premier critère d'agencement est constitué par la qualité du débiteur : il faut déterminer quelles sont les obligations assumées par chaque

---

(1)H. DE PAGE, «Traité élémentaire de Droit civil belge», T.IV, 1951, n°8, 9, 10, 13, 16-17.
(2)Op. cit., n°10, p.28.
(3)Op. cit., n°35, p.71 et s.
(4)Op. cit., n°204 et s., p.226 et s.
(5)Cf. d'ailleurs, op. cit., n°13, p.33 et n°17, p.37-38.
(6)Cf. infra n°n°274 et s., pour l'analyse des perturbations classiques, contrats réels et translatifs, et n°641 et s., pour celle des qualifications communes à plusieurs structures d'obligations.

contractant. Cette sélection initiale reste très insuffisante. De plus, ne va-t-elle pas à l'encontre du but recherché ? En effet, il n'y a plus un groupe unique d'obligations contenues dans le contrat, mais deux ensembles de prestations de chaque partie[1]. Cet obstacle est cependant aisément surmontable grâce au recours à la théorie de la cause. Nombreux sont les auteurs qui soulignent que la cause permet d'opérer la «liaison» entre les obligations des différents contractants[2]. «L'égocentrisme» de la théorie de l'objet est compensé par le caractère «relationnel» de la cause. La recherche de la finalité de l'intervention d'une des parties oblige à concevoir le contrat comme un ensemble : la raison d'être d'un consentement au contrat ou à une obligation ne réside pas dans ce consentement ou cette obligation même, mais dans une satisfaction directe ou indirecte trouvant son origine dans le comportement du cocontractant ou dans le service d'une autre obligation figurant dans le contrat.

Toutefois, si le rôle de la cause se limitait à une liaison indifférenciée des deux groupes d'obligations assumées par chaque contractant, le positionnement de celles-ci resterait bien vague et il serait quelque peu excessif de recourir à l'idée de structure d'obligations. Tel n'est pas le cas. La théorie de la cause tisse un réseau de connexions extrêmement fin entre les différentes prestations. «Le but s'intègre à la structure même des institutions juridiques»[3]. «Les catégories dans lesquelles peuvent entrer les contrats ne sont pas une simple juxtaposition d'éléments disparates. Il faut pouvoir, après l'analyse, rebâtir une synthèse. Les éléments doivent être coordonnées, mis à leur place comme les rouages d'une machine. Or cette mise en place n'est possible que si l'on sait comment chaque élément doit être orienté. Cette direction est donnée par le but poursuivi»[4]. Dans une structure contractuelle, c'est bien entendu la cause qui réalise cette intégration de la finalité dans l'acte. Sans entrer dans les détails[5], cette opération s'effectue de deux manières différentes, mais complémentaires. Tout d'abord, la cause de l'obligation principale d'une partie, ou celle de son consentement, ne réside pas dans la considération de la totalité des

---

(1)Cf. L. JOSSERAND, note DP 1929-2-p.18 : «deux faisceaux d'obligations». Un de ces ensembles peut constituer un ensemble vide (mais pas les deux, sinon il n'y aurait plus de contrat).

(2)V. entre autres : J. HAUSER, Thèse précitée, n°154, p.273, n°156, p.277, n°158, p.280 et n°159, p.282 («la cause doit être définie comme le lien entre la volonté et les éléments objectifs de l'acte juridique») ; P. HEBRAUD, art. précité, p.443 («rôle [que la cause] peut jouer comme trait d'union entre les éléments subjectifs et objectifs de l'acte juridique») ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°168, p.201 («toute l'utilité de la théorie de la cause... est qu'elle suppose une liaison entre les deux obligations» ; adde les références citées par cet auteur note 3, spéc. GAUDEMET, Théorie générale des obligations, 1965, p.118 et J. PATARIN, «Le problème de l'équivalence juridique des résultats», Thèse Paris 1954, n°63) ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°509.

(3)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°42, p.74.

(4)Thèse précitée, n°154, p.229.

(5)Cf. infra n°358 et s.

obligations de son vis-à-vis, elle se limite, si le contrat est synallagmatique, à une ou plusieurs obligations qui, pour cette raison, peuvent se voir accorder un caractère principal. Ainsi, dans un contrat de transport, l'expéditeur s'engage à payer le fret, avant tout parce que le voiturier s'oblige à déplacer la marchandise qui lui a été confiée[1]. Réciproquement, le transporteur conclut le contrat en vue d'obtenir le paiement de la somme convenue. Les autres prestations, emballage, chargement, déchargement, mandats divers, sont reléguées au rang d'obligations accessoires. Mais, et c'est un deuxième procédé de structuration causale, ces obligations secondaires poursuivent également un objectif précis : autrement dit la recherche de leur cause permet de montrer qu'elles se relient à une autre obligation contenue dans le contrat, dont elles permettent, complètent ou facilitent l'exécution[2].

69.- En résumé, l'interdépendance des éléments d'une structure de qualification contractuelle est assurée par la finalité, c'est-à-dire par la cause de ses éléments[3]. La cause permet de lier les obligations entre elles et de réaliser leur hiérarchisation. Chaque convention ne peut plus, dès lors, se définir comme un ensemble désordonné d'obligations et la nature de ces dernières est aussi importante que leur place dans la structure. Cette place se détermine en fonction du débiteur de l'obligation, du caractère principal ou accessoire de l'obligation et de la prestation à laquelle elle se relie[4].

Il importe de souligner, cependant, que dans cette structuration, la cause ne joue pas un rôle exclusif. En effet, cette théorie permet d'isoler les obligations principales de chaque partie, mais c'est par la théorie de l'objet caractéristique du contrat qu'une nouvelle sélection peut être opérée entre toutes les obligations principales de l'accord. Cette constatation en rejoint une autre faite précédemment[5] et leur rapprochement est riche d'enseignements : ni la nature des éléments de la structure contractuelle, ni l'agencement de ceux-ci ne sont assurés par un procédé technique unique. Les éléments sont identifiés principalement par leur objet et accessoirement par leur cause, alors que le positionnement de ces éléments est réalisé d'abord par la cause, puis par l'objet. Cette imbrication des deux notions est rarement évoquée en doctrine[6], sous

---

(1)Pour plus de précisions, notamment pour les hypothèses de causes gratuites ou intéressées, cf. infra n°361 et s.

(2)Il ne s'agit là que d'une variété d'obligation accessoire. Pour les obligations accessoires par «production», cf. infra n°398 et s.

(3)V. l'excellente expression de A. BENABENT, op. cit., n°159 : «cause structurelle».

(4)Dans un rapport d'équivalence ou d'accessoire.

(5)Cf. supra n°67.

(6)Sauf à remonter aux anticausalistes pour qui il ne s'agissait pas d'imbrication, mais plutôt de redondance.

l'influence, sans doute, des nécessités pédagogiques, qui obligent à examiner séparément l'objet et la cause comme deux conditions distinctes de la validité d'une convention. Elle constitue pourtant un argument sérieux en faveur d'une approche structurelle du contrat, qui conçoit ce dernier comme un «ensemble» dont les éléments ne prennent «sens que les uns par rapport aux autres».

70.– Au terme de ces premiers développements, deux idées principales se dégagent : tout contrat constitue une structure d'obligations et chaque qualification contractuelle possède une structure particulière, qui permet de l'identifier. Il serait cependant dangereux de rapprocher abusivement ces deux principes en identifiant la structure de qualification d'un contrat à une structure de ses obligations. Deux différences majeures séparent en effet ces notions.

Tout d'abord, la structuration concrète des conventions effectivement conclues par des parties concerne toutes les obligations créées ; elle est par conséquent beaucoup trop précise pour la qualification qui suppose une simplification du schéma d'un contrat autour de ses éléments essentiels[1]. Les structures d'obligations, critères de qualification, sont donc beaucoup plus réduites que celles des contrats dont la nature est recherchée : la qualification s'opère par la recherche d'une structure normative à l'intérieur de la structure effective. Il convient de ne pas oublier, non plus, qu'une qualification contractuelle peut regrouper plusieurs structures d'obligations. Ainsi, l'entraide agricole se réalise par des services réciproques, dont la nature est variable : travail, déplacement, transfert de jouissance, etc.[2]

Ensuite, le concept de structure d'obligations n'épuise pas celui de structure de qualification. La prise en compte des obligations et de leur agencement causal est essentielle pour déterminer la nature d'un contrat, elle n'est pourtant pas toujours suffisante. En réalité, la structure des qualifications contractuelles se dédouble[3]. La structure d'obligations correspond à une structure interne du contrat, qui rend compte de son équilibre propre, mais la nature d'une convention exige parfois la référence à des éléments extérieurs au complexe d'obligations, qui replacent l'accord dans son contexte général. Ces éléments externes sont de nature variable. Ils concernent l'environnement matériel du contrat, par le biais de l'objet de la prestation (chose

---

(1)Cf. infra n°498 et s.

(2)Cf. infra n°648 et s.

(3)V. exposant, sous une forme différente, une idée similaire : Ch. ATIAS, «Le droit civil», Que sais-je ?, n°2161, p.110 (qualification par «l'enjeu de l'opération» et par des «considérations complémentaires» exposées p.114 : «spécialisation du régime juridique des divers contrats en fonction de la nature des biens sur lesquels ils portent, de la qualité des parties ou de certaines de leurs modalités»).

vendue, marchandise transportée, savoir-faire transmis, etc.)[1] ou par celui de situations indispensables à l'apparition de certaines qualifications (litige dans la transaction ou danger dans l'assistance maritime)[2], son environnement juridique, lorsque le contrat ne doit sa nature particulière qu'à son insertion dans un groupe de conventions[3] ou son environnement humain, lorsque la qualité d'un contractant, ou des deux, est érigée en critère de qualification[4].

Pour conclure, la structure de qualification d'un contrat se compose d'une structure interne d'obligations et d'une structure externe qui situe l'accord dans son contexte(5). Ce sont ces deux structures qu'il convient d'expliciter dans chaque titre de cette partie. Il apparaît cependant que ces deux critères recourent simultanément à la théorie de l'objet et à celle de la cause. Avant d'entrer, dans le détail de l'examen des structures internes et externes de qualification, il semble utile de préciser le contenu de ces notions et les rapports qu'elles entretiennent.

II - EXPLICITATION SOMMAIRE DES CONCEPTS D'OBJET ET DE CAUSE UTILISES

71.- Les rapports unissant les notions d'objet et de cause utilisées dans cette étude portent la marque de l'évolution doctrinale contemporaine. Le temps n'est plus où la cause était décelée derrière la moindre institution[6]. Selon la théorie bien connue du balancier, à un anticausalisme excessif, a répondu un néo-causalisme exacerbé et il a fallu attendre certains ouvrages récents pour qu'apparaisse une renaissance modérée

---

(1)Cf. infra n°751 et s.
(2)Cf. infra n°899.
(3)Cf. infra n°942 et s.
(4)Cf. infra n°901 et s.
(5)La cohérence de la structure interne est indéniablement plus forte que celle de la structure externe : cette dernière ne regroupe des éléments extérieurs au contrat que parce qu'ils sont des conditions indispensables à sa qualification, alors que l'organisation découlant de la structure d'obligations traduit, au-delà du simple critère de qualification, une économie particulière du contrat, qui peut servir dans d'autres domaines (formation (éléments essentiels, par exemple) ou exécution (exception d'inexécution ou résolution)). De ce point de vue, la structure externe paraît essentiellement normative, c'est-à-dire agencée dans l'unique but de qualifier le contrat, alors que la structure interne est simultanément normative et représentative d'une organisation «réelle» du contrat. Il convient d'ajouter, cependant, que l'homogénéité des techniques utilisées (objet et cause) rapproche un peu ces deux structures.
(6)Cf. par exemple : la thèse de M. BOYER, qui aboutit en définitive à ranger dans la cause catégorique bon nombre d'objets de la prestation (Thèse précitée, p.210-211).

de la notion d'objet[1]. Il n'est donc pas question de ramener la totalité des critères de qualification à la théorie de la cause. Il semble assez artificiel d'affirmer que le transport se distingue des autres contrats parce que la représentation causale principale est le déplacement[2] : autant dire que le déplacement est l'objet de l'obligation caractéristique du transport. Cette priorité donnée à l'objet est en l'espèce justifiée : cette notion constitue l'expression directe de la nature d'une obligation, au contraire de la cause qui n'en est qu'une expression réfléchie[3]. Mais elle ne doit pas être surestimée : chaque fois que c'est nécessaire, le recours à la théorie de la cause doit être effectué sans hésitation. Pourquoi ne pas admettre, enfin, que ces deux concepts sont complémentaires et non antagonistes et que leur richesse respective s'affirme davantage par la délimitation précise de leur fonction, dans le cadre d'une définition ferme, plutôt que par l'admission d'une polyvalence artificielle, obtenue au prix d'une dilution des notions ? Les imbrications déjà décelées dans la détermination de la nature ou du positionnement des éléments d'une structure contractuelle incitent fortement à persévérer dans cette voie, en tentant de délimiter l'influence exacte dans la qualification de l'objet et de la cause.

72.– Quant à leur définition proprement dite, ces deux notions ont été examinées selon des approches différentes. Le concept d'objet est désormais suffisamment exploré pour que son analyse déductive et abstraite puisse être réalisée. La technique des qualifications utilise largement toutes les facettes de cette théorie : objet du contrat pour identifier les obligations centrales qui assurent l'armature de la convention, objet de l'obligation pour déterminer la nature des obligations stipulées et, éventuellement, objet de la prestation, pour affiner davantage certaines qualifications[4].

Au contraire, l'approche de la cause instrument de qualification se veut plus pragmatique. Il ne s'agit pas de reconstruire a priori une nouvelle théorie générale de cette notion, mais au contraire de synthétiser toutes les situations où son rôle technique est incontestable. La vision d'ensemble qui en résulte remet largement en cause certaines affirmations traditionnelles[(5)].

---

(1)Cf. J. BRETHE DE LA GRESSAYE, préface à la thèse de J.-F. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», LGDJ 1969, p.II ; H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux 1968.

(2)Cf. pourtant Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°197, p.234. Ces analyses rappellent qu'étymologiquement, objet et objectif ont la même racine latine, *objectus*, c'est-à-dire «placé devant».

(3)Faut-il rappeler, encore une fois, que cette différence a été introduite pour justement distinguer la cause de l'objet !

(4)Cf. infra n°751 et s.

(5)Les conclusions qui vont être exposées anticipent sur certains développements ultérieurs et nombre d'entre elles trouveront plus loin leur justification. Mais un panorama préalable a paru

D'un point de vue général, la cause utilisée comme critère catégorique est, conformément à la perspective traditionnelle du droit positif, une cause finale et non une cause efficiente. Elle correspond à la représentation psychologique des contractants lors de la conclusion de leur accord. Cependant, et il s'agit là d'une première différence avec les solutions classiques, l'établissement de structures de qualification nécessite la prise en compte de multiples représentations causales. En particulier, tout consentement exprimé par une partie à la conclusion d'un accord de volontés est causé, même si celle-ci n'est débitrice d'aucune obligation. Le concept de cause du créancier dans un contrat unilatéral est nécessaire à la hiérarchisation des obligations, souvent multiples, de l'unique débiteur de la convention[1]. De plus, toute obligation est elle-même causée, la nature de la représentation dépendant alors de la nature principale ou accessoire de la prestation concernée[2].

73.- La fonction attribuée à la cause exige aussi que celle-ci soit objective[3], puisque la représentation causale doit se retrouver à l'identique dans tous les contrats possédant la même qualification. Il ne peut en aller autrement lorsque la cause constitue un élément normatif : il est impossible de fonder une catégorie sur des mobiles variables à l'infini en fonction de la psychologie et des intérêts de chaque contractant. La portée d'une telle affirmation doit toutefois être soigneusement mesurée.

Dans certains cas, un mobile subjectif est utilisé pour qualifier un contrat, par exemple pour déterminer si un contractant s'est engagé à vendre un bien contre un autre (échange avec soulte) ou contre une somme d'argent, assortie d'une prestation en nature (vente). De même, la présence d'un mobile illicite permet de redresser une qualification frauduleuse : M. Terré l'a lumineusement démontré, à propos de locations-ventes, qui ne visaient qu'à évincer une règle impérative de la vente[4]. Mais

---

indispensable pour indiquer, au-delà des applications ponctuelles, les lignes directrices de l'ensemble.

(1)Cf. infra n°366.

(2)Cf. infra n°74.

(3)Cf. T.-R. IONASCO, Thèse précitée, p.65 et s., p.72 ; CAPITANT, op. cit., n°18, p.51 et n°19, p.53, note 1 ; A. BENABENT, op. cit., n°159 ; J. CARBONNIER, «Le régime matrimonial Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association», Thèse Bordeaux 1932, p.738 ; H. DESBOIS, note DC 1943, p.143, I, a sous. Grenoble 11 mars 1941 ; F. LUCET, «La distinction de la libéralité indirecte et de la libéralité déguisée», Petites Affiches, 24 avril 1991, p.16. Rappr. F. TERRE, Thèse précitée, n°274 (distinction de la cause type et de la cause concrète).

(4)Cf. F. TERRE, Thèse précitée, n°303 et s., spéc. n°310 ; adde G. PARLEANI, «Le contrat de lease-back», RTD com. 1973, n°51, p.723 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°301 et s., p.343 et s.

En jurisprudence, v. : des hypothèses de prêts usuraires déguisés en vente : Req. 4 juillet 1904, S. 1904-1-p.521 ; Crim. 29 décembre 1899, S. 1903-1-p.111 ; Req. 12 mars 1901, S. 1901-1-

dans toutes ces hypothèses, le mobile subjectif n'est pas un élément catégorique : il ne constitue qu'un indice qui permet de déterminer la cause objective véritable des contractants.

Cependant, et il s'agit là d'une différence fondamentale, la cause objective instrument de qualification, déborde largement les cadres habituels de cette notion. Traditionnellement, la cause objective est définie dans les contrats synallagmatiques comme la considération de la contrepartie, dans les contrats réels, comme celle de la remise de la chose et dans les contrats gratuits, comme l'intention libérale. Il résulte de ces définitions que ces différentes représentations sont toujours les mêmes dans les contrats de même catégorie, ce qui justifie leur utilisation comme critère de qualification. Il est en revanche tout à fait inexact d'en conclure que cette conception objective de la cause épuise le rôle de cette notion en tant que critère catégorique. Le problème est en réalité mal posé[1] : une norme peut n'accorder une qualification donnée qu'à certains contrats comportant un mobile précis. Les conventions où un contractant n'aurait pas eu cette représentation causale supplémentaire ne sont pas nulles, simplement elles sont d'une nature différente ou relèvent d'un autre régime. Un exemple simple permet de le faire comprendre. La législation des baux immobiliers a éclaté au vingtième siècle en une multitude de statuts particuliers. Ces réglementations diffèrent selon la destination du bien loué : rurale, commerciale, à usage d'habitation ou professionnel. La nature objective de la chose louée n'est pas un critère suffisant : un terrain, par exemple, est susceptible de multiples utilisations. L'élément essentiel qui permet de choisir entre les divers statuts est en définitive constitué par l'utilisation convenue par les parties, autrement dit, par le mobile du locataire : à quel usage compte-t-il destiner la chose dont la jouissance lui est transférée ? Cette utilisation n'est qu'une cause médiate de l'engagement du preneur, comme elle le serait aussi pour un acheteur, mais dans la qualification de bail, cet élément causal est un critère normatif d'application d'un régime juridique particulier, alors que dans celle de vente, il demeure sans influence.

Sans exagérer, l'examen du rôle de la cause instrument de qualification révèle une véritable explosion du concept de cause objective : celle-ci n'est plus forcément une cause immédiate, et même dans ce cas, son analyse est plus complexe qu'il n'y paraît.

---

p.408 ; pour une vente dissimulant un pacte commissoire : Civ. 1e 16 mars 1983, Bull. civ., I, n°100, p.88.

(1)V. discutables : J. HAUSER, Thèse précitée, p.266 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°167, p.201 : la conception classique de la cause objective «n'introduit dans la définition aucun élément psychologique».

74.- En effet, la cause objective immédiate participe à la qualification d'un contrat, c'est-à-dire à l'agencement de sa structure-type, sous deux formes différentes.

La première d'entre elles correspond à la conception traditionnelle de la cause objective immédiate. Un contractant qui s'engage à exécuter une obligation principale peut poursuivre trois objectifs[1]. Il peut souhaiter l'exécution d'une obligation par son vis-à-vis : il s'agit alors d'une cause contrepartie («cause onéreuse synallagmatique[2]»), l'obligation étant assumée dans la perspective d'un sacrifice corrélatif du cocontractant, intégré dans la convention. Il peut ensuite accepter cet engagement en considération d'un service antérieur à l'accord de volonté (remise de la chose dans un contrat réel) ou dans l'espoir avéré d'être payé de retour : le sacrifice de l'autre partie est alors extérieur au contrat est la cause est «onéreuse intéressée»[3]. Il peut enfin agir par pure intention libérale et la cause est «gratuite». Lorsqu'au contraire, un contractant n'est tenu d'aucune obligation ou de prestations simplement accessoires, la cause de son consentement est toujours la même : elle correspond à une banale cause-contrepartie, ce contractant s'engageant en considération de l'exécution de l'obligation principale de son vis-à-vis. Cette première typologie des représentations causales assure l'armature fondamentale des structures de qualification, et elle permet de dégager les trois types essentiels de structures d'obligations : synallagmatique, intéressée, gratuite[4]. La cause immédiate objective exprime alors le rapport d'équivalence (au sens large) présidant à l'intervention de chacune des parties.

La seconde forme de cause objective immédiate ne correspond plus à cette recherche d'équivalence. Les multiples obligations accessoires qui se structurent autour des obligations principales, caractéristiques ou pas[5], ont aussi une telle cause : le chargement est réalisé pour permettre le transport, la délivrance du bien loué pour permettre sa jouissance, etc. Dans tous les cas, la prestation secondaire est souscrite par un contractant dans un but précis : le service d'une autre obligation, dont il s'agit de permettre ou de faciliter l'exécution ou de renforcer l'efficacité[6]. Il ne s'agit plus de traduire un rapport d'équivalence, mais de caractériser un lien hiérarchique. Même si les deux notions entretiennent des rapports étroits[7], elles n'en manifestent pas moins deux perspectives générales différentes de la cause objective immédiate.

---

(1)Cf. infra n°528.
(2)Cf. infra n°533.
(3)Cf. infra n°528 et s. et n°550 et s.
(4)Cf. infra n°533.
(5)Une obligation accessoire peut se rattacher à une autre obligation accessoire (cf. n°375), mais, à un moment ou à un autre, un lien apparaît vers une obligation principale.
(6)Cf. infra n°374 et s.
(7)Cf. infra n°359 et n°369.

75.- La cause objective instrument de qualification déborde cependant cette double cause immédiate. Dans certains cas, et la question ne concerne plus, dès lors, que la cause du consentement ou celle d'une obligation principale, la qualification dépend de l'existence d'un but médiat qui se surajoute aux représentations causales immédiates[1]. Ici aussi, ces causes lointaines revêtent deux aspects, assez sensiblement différents.

Dans une première série d'hypothèses, la cause médiate correspond à un but supplémentaire poursuivi par une des parties, voire par les deux. Le cas du bail d'immeubles, déjà évoqué, en fournit une première illustration : la catégorisation du contrat dépend de l'utilisation que souhaite faire le preneur de la chose louée. Mais il est possible de citer bien d'autres exemples. Dans un contrat médical, le praticien, au-delà de sa rémunération, doit intervenir dans un but thérapeutique. De même, le navire en détresse qui recourt à l'assistance maritime espère échapper au danger qui le menace. Le sponsor s'engage à verser une somme d'argent à un sportif, non seulement afin que celui-ci participe à une compétition, contrepartie directe, mais aussi pour bénéficier d'une amélioration de son image. L'héritier potentiel s'assure les services d'un généalogiste, pour que ce dernier lui révèle un lien successoral ignoré[2]. Parfois, la cause médiate d'un contractant assure l'intégration de la convention dans un groupe de contrats. L'entrepreneur principal conclut un contrat de sous-traitance pour exécuter l'accord principal qui le lie au maître de l'ouvrage. Tel est le cas, aussi de la caution, qui par la garantie qu'elle offre, permet au débiteur cautionné d'obtenir le crédit qu'il souhaite. Dans certains cas, le but lointain est partagé par les deux parties. La transaction relève de cette analyse : chaque contractant renonce à tout ou partie de ses droits dans le but d'éteindre le litige. Il en est de même pour la société, où chaque participant effectue un apport, dans l'intention de s'associer («affectio societatis»)[3]. La liste n'est certainement pas limitative, mais elle montre bien que la cause objective médiate est une réalité qui fait partie intégrante du droit positif, depuis fort longtemps.

76.- Cette constatation conduit à reconsidérer certaines présentations traditionnelles de la théorie de la cause. Il est fréquent, en effet, que la cause objective classique, c'est-à-dire la cause contrepartie soit considérée comme une représentation

---

(1)V. déjà, en ce sens, les remarquables développements de T.-R. IONASCO, Thèse précitée, p.11 et s., p.86 et s.

(2)Cf. en ce sens L. BOYER, Thèse précitée et semble-t-il aussi D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°123 («contrat sui generis ayant pour finalité propre la révélation d'un secret).

(3)Dans ces deux hypothèses, la communauté du but médiat est certaine. Elle se discute davantage dans le contrat médical et dans celui d'assistance maritime.

somme toute artificielle de la volonté des parties. Cette analyse, fondée sur l'abstraction s'attachant à cette notion de la cause, privilégie au contraire la cause subjective, mobile impulsif et déterminant : seule cette dernière constituerait une représentation conforme à l'intention véritable des parties, pour tout dire, à la réalité vécue par celles-ci. La nécessité de recourir, pour une même fonction, la qualification, à une notion de cause regroupant à la fois la cause objective classique et certains mobiles traditionnellement considérés comme subjectifs, remet en question un tel schéma. Il n'y a pas de rupture entre les différentes représentations causales de chaque contractant, cause contrepartie et mobile subjectif sont de même nature : même si un acheteur conclut toujours une vente pour bénéficier d'un transfert de propriété, il n'en reste pas moins qu'il désire réellement ce transfert et la considération de ce dernier n'est pas une représentation artificielle qui lui est imposée[1]. L'ensemble des représentations causales d'une partie, dont le nombre potentiel augmente au fur et à mesure que l'investigation psychologique s'approfondit, demeure unitaire. C'est la fonction assurée par la cause, la nature de la règle en jeu, qui détermine la limite des mobiles à prendre en compte. La distinction existence de la cause/licéité de la cause trace une frontière entre cause objective et cause subjective, que la recherche des qualifications transcende : toutes les causes objectives classiques sont des critères de qualification, mais certaines causes subjectives traditionnelles le sont également.

77.- Dans une seconde série d'hypothèses, beaucoup plus rares, certaines conventions sont qualifiées à partir d'un élément extérieur au complexe d'obligations souscrit par les contractants. Pourtant, il ne s'agit plus véritablement d'un but médiat, mais plutôt d'un moyen médiat considéré comme une condition indispensable pour atteindre le but contractuel d'une partie. La notion de cause se rapproche alors de la définition de M. Boyer : éléments «en l'absence desquels la réalisation du but contractuel devient impossible»[2]. Elle apparait en ce cas comme l'unique moyen technique pouvant rendre compte de critères de qualification qui ont pour objet de placer le contrat dans son contexte. Cette cause permet notamment de relier l'accord à son environnement juridique lorsque sa qualification dépend de son insertion dans un ensemble contractuel de conventions interdépendantes, groupe spécifique caractérisé par le rayonnement autour d'un personnage central de contrats identiques (contrats d'assurance, contrats de croisière). L'assuré ou le croisièriste doivent avoir conscience du faisceau de conventions réuni par leur cocontractant. A cette conception causale

---

(1)Rappr. avec l'affirmation contraire de M. DELEBECQUE, citée supra note n°73 (note).

(2)Thèse précitée, p.216. Sous réserve, bien entendu, de l'abandon de la nature efficiente de la cause retenue par cet auteur.

pourrait également être rattachée la référence de l'accord à son environnement personnel : dans certains contrats, en effet, la qualité d'une des parties est un critère de qualification[1]. La solution rejoindrait ainsi certaines analyses qui considèrent que l'intuitus personae trouve normalement sa place dans la cause[2]. Il faut avouer cependant que la situation est à la limite de la notion de cause. Pour éviter de recourir à cette théorie, il suffit de constater que, de même que l'objet de la prestation entretient un lien étroit (non causal) avec l'obligation parce qu'il en subit directement l'effet, la qualité d'un contractant entretient elle aussi un rapport direct avec l'obligation qui provient tout simplement du fait que celui-ci en est le débiteur.

III - LE DEROULEMENT DE L'OPERATION DE QUALIFICATION

78.- Avant d'aller plus loin, il convient de préciser rapidement comment se déroule en pratique l'opération de qualification. Le principe est simple. Les magistrats doivent découvrir le modèle légal correspondant au contrat passé par les parties[3]. Plus exactement, ils doivent rechercher si la convention concrètement stipulée par les contractants contient les structures interne et éventuellement externe de qualification exigées par la norme juridique. Cette recherche s'effectue selon certains principes qu'il importe de rappeler au préalable (A), avant d'étudier les problèmes particuliers posés par la qualification des contrats nuls (B).

A) Les principes régissant la mise en évidence de la structure concrète stipulée par les parties

79.- L'opération de qualification suppose au préalable la mise en évidence de la structure contractuelle effectivement stipulée par les parties (1), mais cette démarche n'est pas toujours nécessaire et le législateur, comme la jurisprudence, lui apportent certains correctifs (2).

---

(1)Cf. infra n°901 et s.

(2)F. TERRE, Thèse précitée, n°280.

(3)V. sur ce raisonnement : F. TERRE, Thèse précitée, n°12 et s., n°274, p.258 (qualification-type cause-type), n°303 (cause concrète et cause-type) ; H. CROZE, Thèse précitée, n°17 et n°58 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°150 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°7. Comp. pour une présentation différente : G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°363 (qui décrit un raisonnement progressif, par touches successives, où certaines qualifications «potentielles» sont «testées» afin d'en examiner les conséquences concrètes, ce qui peut amener à un retour en arrière du raisonnement, abandonnant une première qualification pour en sonder une autre).

1) La recherche de la structure véritablement stipulée

80.– L'opération de qualification doit avant toute chose respecter la volonté non frauduleuse des parties en lui permettant de produire les effets juridiques les plus conformes à leurs objectifs[1]. Un tel respect impose, lors de la comparaison entre la structure interne(2) concrète et la structure normative, de se référer aux obligations *effectivement stipulées* par les contractants, ce qui emporte divers corollaires[3].

Tout d'abord, des circonstances extrinsèques(4) comme la qualité des parties ou, pour les professionnels, l'activité habituelle(5), ne sont que des indices pouvant

---

(1)Malgré la déformation inévitable des infinies nuances de la volonté que la mise en œuvre de toute technique juridique entraîne (R. PERROT, Thèse précitée, n°4-8, p.8-17).

(2)Le même problème se pose pour la structure externe mais il soulève moins de difficultés. Il faut déterminer l'objet exact de chaque prestation, l'existence et le type du groupe de contrats souscrit, la qualité réelle des parties ou encore les buts médiats réellement poursuivis par les parties.

(3)Si les obligations sont obscures, il appartient aux magistrats d'interpréter l'accord. Cette tâche relève de leur pouvoir souverain, sauf dénaturation qui pourrait être sanctionnée par la Cour de cassation (cf. supra n°8).

(4)La jurisprudence utilise fréquemment des *circonstances extrinsèques* pour déterminer la nature d'une obligation : Req. 12 mai 1936, S. 1936-1-p.389 (location-vente écartée en faveur d'une vente pure et simple en raison du comportement du prétendu locataire auprès des administrations fiscales et préfectorales) ; Req. 10 mai 1937, Gaz. Pal. 1937-2-p.145 (location-vente écartée au profit d'une vente pure et simple car le prétendu locataire avait pris la qualité de propriétaire cinq jours après la conclusion du contrat dans un bon de commission) ; Tb. par. cant. Marolles-les-Brault 10 mars 1951, Rev. fermages 1951, p.180 (vente d'herbe conclue par un divorcé n'ayant plus le pouvoir de conclure un bail rural) ; Soc. 28 mai 1949, Bull. Civ., n°470, p.568 (contrat de vente d'herbe «absolument étranger à la région»).

(5)L'activité habituelle des parties est en effet l'élément le plus souvent invoqué : il est naturel, et pour ainsi dire quasiment présumé, que le professionnel, à défaut d'indications contraires, stipule la convention auquel il recourt le plus souvent. En réalité, la qualité d'un contractant peut entraîner de multiples effets :

- *elle peut aider à préciser la nature de l'obligation souscrite* : Tb. com. Paris 4 décembre 1979, Bull. transp. 1980, p.163 (commissionnaire en douane et non de transport) ; Civ. 1e 3 février 1982, Bull. civ., I, n°60, p.51 (la volonté de se charger de la garde d'une caravane ne peut être «présumée» lorsque l'exploitant d'un camping ne conclut habituellement que des mises à disposition d'emplacements privatifs).

Adde outre les nombreuses décisions citées infra n°156 (note) en matière de location de véhicule loué avec chauffeur ; Grenoble 15 mars 1990, Bull. transp. 1991, p.238 (loueur inscrit en tant que tel au registre officiel).

V. également pour la distinction du contrat de transport et du contrat de commission de transport, infra n°164 (note). Comp. Lyon 2 juillet 1970, Rev. fr. dr. aér. 1970, p.319, note E. GEORGIADES (exclusion de la qualification de leçon de pilotage au profit de celle de vol de promenade, aux motifs que le passager, titulaire de son brevet de pilote, n'avait nullement besoin d'enseignement et que, même s'il avait fait précédemment d'autres vols «d'entraînement» pour se familiariser avec l'appareil, il n'était pas possible d'en induire que ce jour-là «l'objet principal eût été différent du simple déplacement». Le premier argument rejoint la première décision citée, alors que le second en prend l'exact contre-pied). Rappr. pour la prise en compte de l'expérience du cavalier dans les contrats de promenade à cheval, infra n°272 (note).

- *elle peut contribuer à déterminer l'obligation principale.* Il est logique que le contractant du professionnel s'adresse à lui principalement pour la prestation dont il est le spécialiste : Civ. 21 décembre 1932, S. 1933-1-p.213 (spécialiste de l'emballage ne s'occupant du transport qu'en vertu

permettre de déterminer dans les cas litigieux quelle a été la volonté des contractants : elles ne sauraient déterminer de façon abstraite et générale le contenu et la qualification du contrat. Par exemple, l'existence d'un lien de subordination caractéristique d'un contrat de travail ne se détermine pas pour une profession dans son ensemble, mais selon les circonstances de chaque espèce[1]. De même, le fait que les statuts d'une coopérative précisent que celle-ci procède à des opérations ponctuelles d'achat et de revente ne peut de façon générale avoir pour conséquence qu'un contrat d'approvisionnement d'un adhérent soit nécessairement une vente[2]. Ce ne sont pas les étiquettes qui importent, mais les obligations réellement souscrites[3]. Il en résulte notamment qu'en dépit des terminologies uniformes utilisées par la pratique pour décrire certains contrats comme le déménagement ou l'agence de voyages, la qualification de ces conventions dépend avant tout de la nature des prestations effectivement assumées[4].

Ensuite, sauf hypothèse de dissimulation frauduleuse, seules importent les obligations prévues par les contractants lors de l'échange initial des volontés : «pour connaître le véritable caractère d'un contrat, il faut rechercher l'intention des parties au moment où le contrat s'est formé entre elles[5]». D'un point de vue théorique, cette solution s'appuie sur le fait que tout contrat suppose un accord des volontés et que, par conséquent, une décision unilatérale ne saurait à elle seule modifier l'échange

---

d'un mandat accessoire) ; Com. 7 février 1955, Bull. civ., III, n°60, p.44 (transport et non garde-meubles, la société ayant pour objet social exclusif le transport ; une telle motivation est cependant insuffisante, car le cocontractant peut ignorer cet élément et bénéficier de l'apparence : c'est donc à juste titre que l'arrêt fait mention de l'existence d'autres circonstances) ; Tb. com. Lyon 5 décembre 1973, Bull. transp. 1974, p.33 (analyse des besoins de l'expéditeur : ayant ses propres entrepôts et pouvant donc conserver sa production, c'est principalement pour le déplacement qu'il a fait appel à un transporteur) ; Paris 20 décembre 1976, Bull. transp. 1977, p.86 (entreprise spécialisée dans le transport) ; Paris 23 février 1983, Bull. transp. 1983, p.407 (entreprise de camionnage ; intention d'appliquer les règles du transport à l'ensemble du contrat y compris la manutention).

- *elle peut faire présumer l'intéressement du professionnel* (cf. infra n°82).
- *elle peut constituer un indice en faveur d'une décomposition de l'opération en deux contrats distincts* : Paris 4 janvier 1978, Bull. transp. 1978, p.117 (mandat ne rentrant pas dans la tâche ordinaire du cocontractant). Cette position appelle les plus vives réserves et l'économie de l'opération est un critère plus sûr (cf. infra n°1040 et s.).

(1) Soc 12 mai 1965, Bull. civ., IV, n°371, p.309. Adde : G.-H. CAMERLINCK, «Le contrat de travail», T.1, n°47.

(2) Civ. 1e 20 décembre 1988, JCP éd. N 1989, Actualités, n°9.

(3) V. en ce sens pour les agences de voyages : Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°264, p.298.

(4) L'idée a été inlassablement défendue par le doyen RODIERE (v. par exemple : ouvrage précité, n°234, note 2 ; note JCP 1967, II, 15156, I).

(5) Crim. 3 juin 1864, DP 1865-1-p.455 ; Civ. 3e 21 novembre 1969, Bull. civ., III, n°744, p.564 (à propos de la distinction du bail rural et de la convention d'occupation précaire : la qualification doit être effectuée «en retenant la volonté des cocontractants lors de [la] conclusion»).

initial des consentements. La jurisprudence[1] a souvent eu l'occasion de préciser que les événements ultérieurs[2] ou le comportement ultérieur unilatéral d'une partie[3] demeurent sans influence sur la qualification du contrat. La solution joue quand un contractant n'exécute pas une des obligations souscrites[4], lorsqu'il n'utilise pas une des prérogatives dont il dispose[5] ou qu'au contraire il tente d'accroître unilatéralement ces prérogatives[6]. Les tribunaux l'ont jugé à de multiples reprises, en refusant de qualifier de bail rural les contrats de vente d'herbes ne stipulant aucune obligation d'entretien à la charge de l'acheteur, lorsque ce dernier a effectué par la suite, de son propre chef, certains travaux[7]. Le principe est également illustré par les nombreuses

---

(1) Pour la doctrine : F. TERRE, Thèse précitée, n°365 ; P. CHAUVEAU, «Traité de droit aérien», 1951, n°207 (à propos de l'appréciation du caractère international d'un transport aérien au regard de la convention de Varsovie : c'est le déplacement convenu qui importe. Un transport national le reste même si un incident oblige le pilote à se poser à l'étranger et un transport international le demeure même si l'avion doit se poser en France).

(2) Civ. 3e 21 novembre 1969, précité (un état de santé insusceptible d'amélioration au jour de la conclusion du contrat justifie le recours au bail rural et non à une convention d'occupation précaire : une amélioration ultérieure est sans effet sur la nature du contrat).

(3) Sauf - si ce comportement a été pris en compte dès le départ par les contractants : il s'agit d'une fausse exception car ici encore c'est l'accord initial qui est fondamental. L'affirmation est cependant relativement théorique car les illustrations de ce procédé sont difficiles à trouver. Ainsi, la situation décrite par AUBRY et RAU à propos de l'entreprise avec fourniture de matière (cf. infra n°1410 et s.) d'un contrat qui est d'abord un louage d'ouvrage puis une vente correspond à un contrat unique dont la nature (ou le régime ?) évolue au fur et à mesure de son exécution, sans qu'il soit possible de parler véritablement d'une prise en compte d'un «comportement» d'une des parties. Tel n'est pas le cas pour la promesse unilatérale de contrat où une manifestation de volonté du bénéficiaire peut se produire mais le contrat définitif est distinct du contrat de promesse. L'hypothèse la plus adaptée pourrait en définitive être constituée par la transformation (prévue conventionnellement dès le départ) d'un bail à nourriture en rente viagère en cas de mésentente des parties. Un problème subsiste : pour la Cour de cassation (cf. infra n°1449), cette transformation n'affecte pas la nature de l'obligation !
- si le législateur en décide autrement : v. pour l'assistance maritime l'influence de la survenance d'un péril en cours de remorquage, infra n°899.

(4) Soc. 27 janvier 1950, Bull. civ., III, n°97, p.66 ; RTD civ. 1950, p.519, obs. J. CARBONNIER.

(5) V. TGI Lyon 18 février 1976, D. 1977, p.306, note Y. REINHARD (simple autorisation d'occuper un emplacement dont la taille et la position peuvent être changés, même si, en fait, le propriétaire n'a jamais exigé de modification pendant sept ans).

(6) V. par exemple : Civ. 3 octobre 1969, D. 1970, p.49 (extraction de matériaux ; construction de bâtiments industriels non autorisés par le vendeur qui n'a accordé qu'une simple tolérance) ; Civ. 23 octobre 1969, Gaz. Pal. 1970-1-p.208, note J. M. (refus d'admettre que la construction sans autorisation par un courtier (locataire) d'un bâtiment destiné à l'élevage de poulets puisse transformer en bail rural la convention initiale qui n'avait pas cette nature).

(7) V. par exemple : Soc. 5 janvier 1962, Bull. civ., IV, n°11, p.8 ; D. 1962, somm., p.94 (pas de preuve de la novation) ; Paris 5 mars 1964, JCP 1964, II, 13748, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART (impossibilité de se créer un titre à soi-même) ; Douai 5 novembre 1970, Gaz. Pal. 1971-1-p.116, note J. MEGRET ; Civ. 3e 8 février 1972, Rev. dr. rur. 1972, p.381, note R. RANDIER ; Civ. 3e 29 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973-1-p.223 note J.-P. MOREAU ; Civ. 3e 5 octobre 1976, Bull. civ., III, n°329, p.251 ; Civ. 3e 19 janvier 1977, D. 1977, IR, p.159 ; Civ. 3e 16 décembre 1980, JCP 1981, IV, p.84 ; Civ. 23 juin 1981, Defrénois 1982, 32823, p.203, note M. ECARY ; Civ. 3e 23 avril 1981, D. 1981, IR, p.515 ; Civ. 2 juin 1982, Bull. civ., III, n°135, p.97 ; JCP éd. N 1983, II, p.25 ; Civ. 3e 25 octobre 1983, Defrénois 1984, 33432,

décisions qui maintiennent la qualification de contrat de transport, malgré la substitution dans l'exécution du déplacement décidée unilatéralement par le voiturier après la conclusion du contrat[1]. Il explique aussi la prudence avec laquelle il convient d'utiliser les factures dans la qualification d'un contrat, puisque normalement ce document est établi unilatéralement et après la conclusion du contrat[2]. Même si la nuance est parfois subtile[3], ce principe ne doit pas être confondu avec une autre règle d'action posée par la Cour de cassation qui autorise les tribunaux à prendre en compte, à titre d'élément de preuve, le comportement des parties, postérieurement à la conclusion du contrat, pour déterminer leur commune intention et la nature exacte des engagements pris lors de l'échange initial des consentements[4]. En définitive, seul un

---

p.1487, obs. G. VERMELLE (travaux connus et acceptés par le propriétaire - bail rural) ; Civ. 22 mai 1984, JCP éd. N 1985, II, p.45, obs. J.-P. MOREAU.
Adde en matière de convention d'occupation précaire : Tb. civ. Seine 21 juillet 1950, Gaz. Pal. 1950-2-p.211 (convention d'occupation précaire de la partie sur rue d'un garage : qualification maintenue malgré la tolérance par le bailleur de la pose de tringles et de l'installation de l'électricité). Adde : obs. G. VERMELLE, sous Civ. 3e 4 mai 1983, Defrénois 1983, 33144, p.1231.

(1)La jurisprudence refuse ainsi la qualification de commission de transport : Com. 21 décembre 1970, Bull. transp. 1971, p.317 ; Paris 10 décembre 1971, Bull. transp. 1972, p.19 ; Reims 22 mars 1976, Bull. transp. 1976, p.260 ; Tb. com. Paris 6 avril 1979, Bull. transp. 1979, p.256 ; Tb. com. Cambrai 3 février 1981, Bull. transp. 1981, p.187 et sur appel : Douai 25 novembre 1982, Bull. transp. 1982, p.594 ; Paris 20 octobre 1981, Bull. transp. 1981, p.536 ; Paris 20 octobre 1981, Bull. transp. 1982, p.38 ; Rennes 5 juin 1986, Bull. transp. 1986, p.631 ; Com. 29 mai 1990, Bull. transp. 1991, p.760 ; Com. 13 novembre 1990, Bull. transp. 1991, p.81. Rappr. Com. 25 juin 1979, Bull. transp. 1979, p.452 ; Com. 29 mai 1990, D. 1992, somm. p.81, obs. M. REMOND-GOUILLOUD.
V. pour une solution comparable lorsqu'un commissionnaire se substitue à un autre commissionnaire : Com. 17 novembre 1975, Bull. transp. 1976, p.13.

(2)Cf. par exemple infra pour la distinction contrat de transport-location de véhicule.

(3)V. par exemple : Civ. 3e 25 octobre 1983, précité.

(4)Le principe a été affirmé souvent. V. par exemple : Tb. civ. Mauriac 13 mars 1931, JCP 1931, 500 ; Soc. 17 février 1955, Rev. fermages, 1955, p.240 (convention d'occupation précaire en matière rurale ; prise en compte de la correspondance postérieure à la conclusion du contrat) ; Civ 1e 13 décembre 1988, Bull. civ., I, n°352, p.239. Rappr. en matière d'appréciation de l'erreur sur la substance (affaire «Poussin») : Civ. 1e 13 décembre 1983, Gaz. Pal. 1984-1- p.156 ; JCP 1984, II, 20186, concl. P. GULPHE ; RTD civ. 1984, p.109, obs. F. CHABAS.
Pour la doctrine : F. TERRE, Thèse précitée, n°365 ; T. HASSLER, note JCP 1989, II, 21375, I a.
Un arrêt récent va encore plus loin : «l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs» (Soc. 17 avril 1991, Bull. transp. 1991, p.410). Que la dénomination soit sans influence, que l'existence d'un lien de subordination puisse être déterminée avec davantage de certitude en examinant les conditions réelles de déroulement du travail que les stipulations des parties, il est facile d'en convenir. Ne pas tenir compte de la volonté exprimée est sans doute excessif et inutile : en l'espèce, la prétendue volonté exprimée était fictive (un transporteur avait déguisé ses salariés en associés). Sur le contrat de travail, v. aussi infra note n°86 (note).
Rappr. : - en droit international privé : BATTIFOL et LAGARDE, 7e édit, T.2, 1983, n°592 («il faut admettre que le lieu choisi en fait correspondait à l'intention initiale des parties, ou que la détermination ultérieure a exprimé un accord nouveau suffisamment caractérisé pour avoir une incidence sur la loi applicable»).

nouvel accord emportant novation de l'accord initial pourrait être retenu[1]. Mais cette novation n'est admise que de manière restrictive par la jurisprudence[2].

2) Les correctifs

81.- Cette première démarche fondée sur la recherche des obligations effectivement voulues par les contractants doit être complétée par trois approches complémentaires.

Tout d'abord, et la technique peut être qualifiée de classique, ce schéma initial doit parfois être corrigé par le jeu de la théorie de l'apparence. La création par le débiteur d'une apparence trompeuse sur la nature de l'obligation effectivement assumée peut autoriser le cocontractant créancier à s'en tenir à la situation apparente. La jurisprudence a rencontré ce genre de situations par exemple lorsqu'elle a qualifié de

---

- le rôle éventuel du caractère impératif du régime en jeu . A titre d'exemple, une vente d'immeuble à construire relève du secteur protégé s'il est à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel-habitation. Si l'acheteur déclare que l'usage qu'il envisage ne relève pas de ce secteur protégé et que quelque temps après, il habite effectivement l'immeuble construit, il est fort probable que les juges tiendront compte de ce comportement ultérieur pour déceler une fraude et rétablir la véritable destination des lieux convenue dès le départ. Cette analyse ne sera pas systématique, mais elle est indispensable, faute de quoi se développerait rapidement une clause de style précisant que l'acheteur n'habitera pas les lieux (v. en ce sens : J. TARTANSON, «La vente d'immeuble à construire avant la délivrance», Thèse Aix 1971, p.18).

(1) V. par exemple : Civ. 17 juin 1971, D. 1971, p.545, note J. GHESTIN (convention d'occupation précaire en matière rurale : augmentation brutale de la redevance perçue par la municipalité n'emportant pas novation) ; Civ. 3e 25 octobre 1983, (précité vente d'herbe - ambigu) ; Toulouse 3 novembre 1988, Bull. transp. 1989, p.655 (commission de transport prenant fin, en raison de la disparition de la liberté d'action du commissionnaire au profit d'un mandat ; pas de référence à la novation). Com. 19 novembre 1991, Bull. transp. 1991, p.81.

Rappr. par exemple : - Ph. LE TOURNEAU, «Quelques aspects de l'évolution des contrats», Mélanges RAYNAUD, p.349 et s., spéc. n°7 (transformation d'une facilité de caisse, simple tolérance accordée par un banquier, en ouverture de crédit).

- Civ. 3e 17 mars 1982, JCP éd. N 1983, Prat., p.91 : le bouleversement d'un contrat de construction par le maître de l'ouvrage (transformation d'un atelier en bureau et, entre autres, du chauffage au gaz en chauffage électrique) retire à l'accord sa nature initiale de marché à forfait.

(2) Par exemple, il est fréquent qu'à la novation les tribunaux préfèrent une succession de deux contrats distincts. Ainsi, lorsque le destinataire demande au transporteur de conserver la marchandise arrivée à destination, la jurisprudence décide que le transport est fini et qu'apparaît un contrat de dépôt (cf. infra n°1100 et s.) : il n'est jamais admis que le transport initial est nové en contrat mixte dépôt-transport.

De même, la remise de dette accordée par un des créanciers d'un contrat synallagmatique demeure en général sans influence sur la nature du contrat initial : Civ. 3e 15 mai 1973, AJPI 1974, p.517 («le remise d'un loyer déjà convenu, faite dans une intention libérale, ne modifie pas la nature du contrat liant les parties») ; Civ. 18 janvier 1938, S. 1939-1-p.201, note P. ESMEIN (contrat médical).

Comp. dans l'hypothèse inverse de la rémunération d'une prestation gratuite : F. GRUA, J.-Cl. Civil, Art. 1875-1879, n°63 (maintien de la qualification de prêt à usage) ; Paris 17 novembre 1988, Loyers. et coprop. février 1988, n°45 (l'adjonction d'une indemnité d'occupation à un contrat initial de prêt n'est pas de nature à qualifier cette indemnité de loyer, solution éminemment discutable s'agissant d'un contrat successif) ; infra n°633 (note) pour l'auto-stoppeur indemnisant après coup l'automobiliste complaisant d'une partie de ses frais ; infra n°590 et s. pour les donations rémunératoires).

transporteur une agence de voyages qui s'était présentée ainsi vis à vis de ses clients alors que son rôle était en fait celui d'un intermédiaire[1]. L'apparence peut d'ailleurs jouer aussi bien pour la structure interne (les obligations) que pour la structure externe (qualité d'une des parties[2]). Dans le même ordre d'idées, la qualification de commission de transport suppose que l'expéditeur sache que son partenaire n'exécute pas personnellement le déplacement[3].

Il faut rappeler, ensuite, que la jurisprudence réalise fréquemment un «forçage» du contrat en incluant de façon impérative des obligations non prévues par les contractants. Cette adjonction est sans influence sur la qualification, car ces obligations sont (pour l'instant...) toujours accessoires[4]. La démarche permettant de déterminer la structure totale des obligations du contrat conclu en est cependant compliquée. Comme l'insertion d'obligations «forcées» dépend souvent de la nature du contrat conclu, la convention est qualifiée à partir d'une structure incomplète, laquelle est éventuellement mise à jour par l'adjonction de quelques obligations accessoires supplémentaires. La difficulté ne disparaît que lorsque la nature de l'objet de la prestation, un ordinateur par exemple, permet directement de prévoir l'existence d'une telle obligation.

Le correctif le plus important concerne en définitive le domaine probatoire. Normalement, il appartient au créancier d'établir l'existence et, éventuellement, la nature de sa créance (article 1315 du Code civil). Cette règle est désormais souvent remise en cause, tant par le législateur que par la jurisprudence : il est fréquent que l'existence ou la nature d'une obligation de la structure concrète soit simplement présumée à partir d'autres éléments. Du fait de l'emploi de cette technique, la qualification retenue ne correspond plus forcément à la structure d'obligations véritablement stipulée. La distorsion est concevable lorsque la présomption est réfragable, car l'impossibilité de la renverser ne signifie pas systématiquement que la situation présumée est conforme à la réalité. Bien évidemment, le risque de divergence s'accroît quand la présomption est irréfragable et, dans cette hypothèse, la règle de preuve dissimule en définitive une règle de fond qui porte atteinte aux critères traditionnels de qualification.

---

(1) Civ. 26 avril 1966, Bull. transp. 1966, p.304. Cf. infra n°658 (note). V. également : Poitiers 1 février 1978, Bull. transp. 1978, p.233.

(2) Cf. infra n°937 et s.

(3) V. R. RODIERE, note D. 1958, p.113, II B 2°.

(4) Pour le forçage du contrat par adjonction d'obligations accessoires, cf. supra n°8 (note) et infra n°496.

82.– Présumer la présence d'une obligation principale ou son absence[1] est une décision lourde de conséquences. Il est donc compréhensible que cette technique soit surtout utilisée pour les obligations neutres qui constituent la contrepartie d'une prestation caractéristique. Dans certaines hypothèses, l'obligation centrale d'une convention étant connue, le contrat est censé être synallagmatique onéreux et il appartient au présumé débiteur du prix de prouver le contraire. Cette situation trouve son terrain d'élection dans le domaine des contrats conclus par les professionnels dans le cadre de leur activité. Ainsi, pour la Cour de cassation, le «mandat est présumé salarié lorsqu'il est conféré à une personne dont la profession habituelle consiste à s'occuper des affaires d'autrui»[2]. La solution, qui peut certainement être généralisée[3], est assez facile à justifier. Ce type de contractants «doit tirer ses moyens d'existence de l'exercice de sa profession»[4], il est donc normal que tout contrat conclu dans sa sphère d'activité soit réputé rémunéré(5).

83.– Si les présomptions d'existence d'une contrepartie sont surtout d'origine jurisprudentielle, celles touchant à la nature d'une obligation proviennent le plus souvent du législateur[6]. Une première illustration de l'emploi de cette technique est fournie par l'alinéa 3 de l'article 34 bis de la loi du 1 septembre 1948, devenu l'article 34 bis IV, après la mise en vigueur du décret 59-1060 du 10 septembre 1959. Pour l'application des dispositions sur la fixation du loyer, ce texte précise que sont «sauf preuve contraire, présumées sous-locataires les personnes vivant de façon continue au foyer du locataire ou de l'occupant, dès lors qu'elles ne présentent avec ce dernier aucun lien de parenté ou d'alliance au sens de la loi ou qu'elles ne sont ni à sa charge,

---

(1)Pour la présomption d'absence de contrepartie, cf infra n°84.

(2)Civ 1e 19 décembre 1989, D.1990, IR, p 26.

(3)V. pour un banquier : M.VASSEUR, « L'ingénierie financière », Rev. Banque 1990, p.7 ; pour une profession libérale (architecte) : TI Saint-Denis 5 juin 1987, Gaz. Pal. 1988-1-somm. p.15 (architecte).

(4)Expression empruntée à TI Saint-Denis 5 juin 1987, précité, qui l'applique aux membres des professions libérales.

(5)A défaut de contrepartie, le professionnel se voit le plus souvent reconnaître une cause onéreuse («intéressée», cf infra n°619) : le service « gratuit» qu'il procure est toujours présumé fait pour s'attacher ou conserver un client. Tel est le cas, par exemple, de la Convention de Varsovie, qui étend son champ d'application aux contrats de transport gratuits conclus par un entreprise professionnelle (v. R. RODIERE, «Les transports», 2e édit., 1977, n°263, p.306 et 1e édition, 1955, 2e partie, n°388, p.54. Adde infra n°619 (pour la cause intéressée des professionnels) et n°1145 et s. (pour les prestations accessoires présentées comme «gratuites»).

(6)V. cependant Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, «Les sûretés», n°159 (préférence donnée dans le doute au cautionnement sur la garantie à première demande) ; Ph. SIMLER, «Cautionnement et garanties autonomes», n°27, 2e édit. (même solution entre le cautionnement et l'engagement de payer la dette d'autrui).

ni à son service»[1]. L'originalité d'une telle disposition apparaît aisément : à partir de certains éléments de fait (présence physique dans les lieux loués, absence de lien de parenté, d'alliance ou de subordination) la loi présume... l'existence, le contenu et la nature du contrat !

Un deuxième exemple peut être tiré de quelques dispositions du Code du travail, qui présument que certaines relations contractuelles relèvent d'un contrat de travail. Ainsi, aux termes de l'article L. 761-2 alinéa 4 de ce code, «toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel au sens du premier alinéa du présent article est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties»[2]

Une dernière illustration mérite d'être évoquée, car son origine semble jurisprudentielle. En effet, depuis la L.O.T.I.[3], certaines décisions, malgré l'absence de dispositions textuelles expresses(4), décident qu'il appartient à celui qui se prétend bailleur de camion avec chauffeur de prouver qu'il n'est pas transporteur[5]. Or, cette

---

(1)Décret n°59-1060 du 10 septembre 1959, JCP 1959, III, 24909. Pour une application : Soc 26 mars 1963, Bull. civ., IV, n°303, (concubin notoire non visé expressément dans la liste, mais possibilité de faire la preuve de l'absence de sous-location). Sur l'influence de la qualité des parties : cf. index alphabétique.
Rappr. Paris 10 février 1984, Gaz. Pal. 1984-2- p.288 ; Civ. 3e 12 juillet 1988, Loyers et coprop. novembre 1988, n°467 ; Paris 28 novembre 1988, Loyers et coprop. février 1989, n°46.

(2)Pour des applications : Soc 30 juin 1988, Bull. civ., V, n°399, p.258 ; Paris 18 janvier 1990, D.1990, IR, p.46.
Adde l'article L. 751-4 pour l'application du statut des V.R.P.
Sur les présomptions de salariat : G.-H. CAMERLYNCK, «Le contrat de travail», T.1, 2e édit., n°89 ; G. COUTURIER, «Droit du travail 1/ Les relations individuelles de travail», n°47 ; J.-C. JAVILLIER, «Manuel de droit du travail», 3e édit., n°20 ; «Droit du travail», 2e édit., n°70. Sauf M. COUTURIER, les auteurs cités ne distinguent pas toujours nettement les règles de fond des règles de preuve.
Adde : M. TILCHE, «Présomption de salariat», Bull. transp. 1992, p.63 (en matière de sous-traitance de transport).

(3)Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, JCP 1983, III, 53613.

(4)Cf les articles 8-II alinéa 2 pour le transport et 34 alinéa 2 pour la location qui présument tous les deux qu'à «défaut de convention écrite définissant les rapports entre les parties au contrat sur les matières mentionnées à l'alinéa précédent, les clauses de contrats types s'appliquent de plein droit», mais qui ne hiérarchisent pas transport et location.
Dans le domaine des transports routiers internationaux, la Cour de cassation s'est appuyée sur l'article 9-1 de la CMR pour estimer que l'indication de la qualité de transporteur sur la lettre de voiture faisait foi jusqu'à preuve du contraire (Com. 13 octobre 1980, Bull. transp. 1980, p.598). La décision sollicite quelque peu le texte, qui n'applique cette règle qu'aux «conditions du contrat et [à] la réception de la marchandise par le transporteur». Y ajouter la nature du contrat semble excessif, pour une raison simple : si le contrat est une location, il n'est pas soumis à la CMR et n'est donc pas concerné par l'article 9...

(5)Paris 21 mars 1984, Bull. transp. 1984, p.336 ; Com 5 février 1985, Bull. transp. 1986, p 350 ; Tb. com. Bordeaux 11 juin 1987, Bull. transp. 1988, p.180 ; Paris 1 mars 1989, Bull. transp.

solution semble un renversement de la charge habituelle de la preuve, lorsque c'est le soi-disant expéditeur qui a assigné au prétexte d'une mauvaise exécution de la convention, ayant abouti à la perte ou à l'avarie des marchandises confiées[1]. Cette jurisprudence est approuvée par certains auteurs qui évoquent l'idée d'une «présomption de transport public selon laquelle, en cas de doute, tout déplacement de marchandises à titre onéreux doit être présumé effectué sous l'emprise d'un contrat de transport» en fondant cette solution sur le fait que «le transport public [est] le mode normal d'exploitation d'un véhicule utilitaire et la location l'exception»[2]. Elle est surtout indispensable en pratique, pour résoudre les conflits de qualifications inextricables que l'absence de document contractuel fait naître[3].

84.– Quoi qu'il en soit, toutes ces utilisations de la technique de la présomption dans la détermination du contenu de la structure effective d'obligations stipulée par les parties présentent un point commun : la présomption y est réfragable et les contractants peuvent toujours apporter la preuve que leur accord concret est différent de ce que l'apparence de la situation pourrait faire croire. L'apparition d'une présomption irréfragable constitue un bouleversement beaucoup plus considérable : la nature de la convention résulte alors directement d'un élément de fait, l'existence d'une obligation d'un type donné n'étant plus qu'un effet de la qualification de la situation et non une cause (efficiente) de la nature du contrat. Négativement (une absence d'obligation est inévitable et les obligations stipulées en apparence sont négligées), la technique est ancienne : ainsi, l'article 918 du Code civil institue une présomption irréfragable de gratuité pour les aliénations consenties à un successible en ligne directe, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit[4]. Positivement (une obligation principale est créée ou sa nature est déterminée irréfragablement à partir de seuls éléments objectifs), la situation demeure fort rare et ne se rencontre que dans les situations contractuelles fortement imprégnées d'ordre public[5], comme dans l'hypothèse du contrat de travail[6]. Lorsqu'elles existent, ces présomptions

---

1989, p.605 ; Grenoble 15 mars 1990, Bull. transp. 1991, p.238 (présomption renversée) ; Com. 28 mai 1991, Bull. transp. 1992, p.71.

(1)Com 5 février 1985, Paris 1 mars 1989, précités.

(2)A.CHAO et G.DE FOS-COLETTE, «Le contrat type de location», Bull. transp. 1986, p.340 ; Lamy Transport 1992, T.1, n°630.

(3)Cf. infra n155 et s. En particulier, il faut souligner les divergences d'analyse dans une même affaire, à partir de faits identiques, qui montrent l'aléa qui imprègne les solutions judiciaires. (cf. les affaires citées supra n°83 (note) et infra n°156 (note).

(4)Sur le caractère irréfragable : Civ 28 décembre 1937, DP 1940-1- p.41, note G. HOLLEAUX ; Civ 13 mai 1952, D. 1952, p.505, note H. LALOU ; Civ. 1e 20 janvier 1987, Bull. civ., I, n°20, p.15 ; Rapport de la Cour de cassation 1987, p.150.

(5)Cf infra Chapitre 4, n°677 et s.

(6)Certaines «présomptions» de salariat sont en effet de véritables règles de fond. Tel est le cas :

irréfragables bouleversent totalement la technique des qualifications contractuelles puisque ce sont des éléments objectifs extérieurs à l'accord (objet de la prestation, qualité des parties) qui en déterminent la nature. La volonté des parties n'a plus pour influence que le choix du placement dans une situation présentant certaines caractéristiques extérieures dont le juge tire les conséquences juridiques[1].

B) La qualification des contrats nuls

85.- La rétroactivité qui s'attache à la nullité d'un acte juridique pourrait laisser penser que l'anéantissement du contrat dispense d'en étudier la nature. Tel n'est pas le cas et la qualification d'une convention est un problème préalable à l'appréciation de sa validité[2]. Le principe peut être abordé d'un double point de vue, théorique ou concret.

D'un point de vue logique, le principe semble absolu. La nullité est une sanction juridique qui ne peut donc atteindre qu'un «objet» juridique. Comme «il n'y a pas autant de principes d'ordre public qu'il y a d'actes juridiques particuliers»[3], il faut nécessairement qualifier un accord, fût-il illicite, pour «incorporer l'acte juridique dans le système du droit»[4]... quitte ensuite à lui refuser l'accession au rang d'accord valide. «Pour savoir si un acte particulier heurte une institution générale, le juge est obligé de le placer dans une catégorie qui lui permet de le comparer avec l'institution d'ordre public qui est menacée. Avant d'en apprécier la validité, le juge détermine la nature juridique de l'acte, il le qualifie»[5]. Il en résulte une situation paradoxale, mais inévitable : certains contrats sont nuls... par nature, comme le contrat de subornation

---

- pour le statut des V.R.P. (art. L.751-1 du Code du travail). Dès lors que les conditions posées par ce texte sont respectées, peu importe que l'objet du contrat soit la représentation et qu'aucun lien de subordination n'existe (Soc. 3 décembre 1969, D. 1970, p.183, 2e espèce, note J.-J. DUPEYROUX).
- pour le statut des artistes du spectacle (art. L.762-1). Le texte, de prime abord, pose une règle de preuve en réalité il touche au fond du droit par la limitation des moyens de renversement de la présomption : seul peut être retenu le fait d'exercer son activité dans des conditions impliquant l'inscription au registre du commerce (v. en ce sens : R. DEBONNE-PENET, «Le statut juridique des artistes du spectacle», D. 1980, p.17 et s., spéc. n°22 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, «Droit du travail», p.81 ; moins net : P. CHESNAIS, «Les lois du 26 décembre 1969 relatives aux artistes du spectacle et aux mannequins», JCP 1970, I, 2315, n°11-12 ; contra, en faveur d'une présomption : G. COUTURIER, op. cit., n°47 ; adde en jurisprudence : Soc. 25 janvier 1990 et Paris 29 juin 1990, D. 1991, p.161, note X. DAVERAT, qui semblent exigeants pour renverser la présomption).

(1) Cf. infra n°730 et s., n°740.

(2) V. tout spécialement les lignes décisives de Ph. MALAURIE, «Les contrats contraires à l'ordre public», Thèse Paris 1951, n°240 et s. ; M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, n°1, p.4-5, texte et note 7 ; J.-P. DOUCET, «Le contrat d'assassinat», Gaz. Pal. 1982-2- p.502 (implicitement, puisque l'auteur analyse le contrat comme un contrat d'entreprise nul pour illicéité de l'objet).

(3) Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n°241, p.168.

(4) Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n°240, p.168.

(5) Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n°240, p.168.

de témoins ou le contrat d'assassinat[1]. Ce qui importe, sur le plan de la qualification, est que cette «entrée» minimale dans le monde juridique correspond à la détermination de la nature du contrat.

Une approche moins théorique peut-elle conduire à relativiser cette règle ? Pour pouvoir se dispenser de la recherche de la nature du contrat, il est indispensable que la nullité dépende exclusivement de conditions extérieures à l'accord. Or, de telles hypothèses sont rarissimes. Les citations précitées de Monsieur Malaurie ne concernent que les contrats contraires à l'ordre public, mais la conclusion qui s'en dégage est applicable à presque tous les cas de nullité. S'agissant, tout d'abord, des règles de capacité, leur application suppose toujours d'apprécier la nature de l'acte en cause. Que serait sinon la personnalité juridique d'un individu qui ne pourrait conclure aucune convention ? De même, les règles de forme prescrites à peine de nullité ne concernent que des actes de nature bien définie, qu'il importe au préalable de déterminer. Contrairement à l'opinion traditionnelle, la licéité de l'objet n'échappe pas non plus à ces constatations[2]. Il est quasiment impossible de concevoir un objet totalement hors du commerce, c'est à dire insusceptible de faire l'objet d'une convention, quelle qu'elle soit. Un cœur humain, s'il ne peut être cédé, peut être soigné : il est donc nécessaire de distinguer suivant la nature du contrat en cause. La drogue, produit illicite par essence, peut très bien constituer l'objet de la prestation d'un contrat visant à la détruire, à la recycler ou à permettre des expérimentations médicales sur ses effets. Même la nullité pour erreur suppose souvent l'identification du contrat, soit pour déterminer s'il s'agit d'une convention où l'erreur sur la personne peut jouer, soit pour isoler la nature et l'objet des prestations promises afin de délimiter les qualités substantielles dont la représentation erronée est source de nullité. Dans la plupart des cas, la qualification d'un contrat précède donc nécessairement l'appréciation de sa validité. Seules des conventions portant sur un objet de la prestation impossible (un ange[3]...), viciées par un dol ou une violence ou poursuivant certains buts illicites peuvent se dispenser de ce préalable.

86.– Il peut arriver que la qualification d'un contrat et le contrôle de sa validité se rejoignent[4]. Tel est le cas, tout d'abord, lorsque la nullité de l'accord élaboré par les parties ne s'impose que pour une qualification donnée et pas pour une autre, voisine

---

(1)V. J.-P. DOUCET, «Le contrat d'assassinat», Gaz. Pal. 1982-2- p.502.

(2)Cf. aussi infra n°757-759.

(3)Encore qu'il soit possible de s'engager à en dessiner un...

(4)Rappr. Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n°246 : «la qualification préjuge la validité. Aussi n'y a-t-il rien d'étonnant que le juge qualifie et apprécie la licéité en se servant des mêmes éléments».

de la première[1]. Les principes traditionnels d'interprétation incitent à donner un sens à la volonté des parties, donc à préférer la qualification validant l'accord, sauf indices contraires permettant de penser que les contractants n'ont visé que la qualification sanctionnable[2]. La préférence ainsi marquée peut aboutir indifféremment à retenir un contrat nommé[3] ou un contrat innommé[4].

Bien que la frontière les séparant soit souvent délicate à tracer[5], cette situation doit être distinguée de la disqualification par réduction[6], dont la jurisprudence fournit quelques illustrations[7]. «Il y a conversion par réduction lorsqu'un acte nul, qui remplit cependant les conditions requises pour un autre acte est reconnu valable avec une qualification nouvelle»[8]. «L'acte nouveau est ainsi édifié sur les débris de l'acte initial, qui garde une certaine efficacité mais avec une autre qualification»[9]. Dans l'hypothèse précédente le juge se contente en quelque sorte de révéler ce qui a toujours été la

---

(1)V. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°254 et s.

(2)V. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°262.

(3)Une vente consentie pour une rente viagère trop faible ne sera pas annulée pour vileté du prix mais qualifiée de donation si la présence d'une intention libérale est décelable (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°256, note 3, p.296). Rappr. : Soc. 28 février 1985, Bull. civ., V, n°138, p.100 (pas de contrat de travail en l'absence de subordination, mais il n'en résulte pas pour autant que le contrat soit nul pour défaut de cause ; le travail fourni doit donc être rémunéré).

(4)Un contrat de transport conclu pour un prix minime ne sera pas annulé pour absence de cause mais qualifié de contrat de prestation de service gratuit (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°256, note 1, p.297).

(5)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°268 et s.

(6)Sur cette question : PLANIOL et RIPERT, T.6, n°264 ; BEUDANT, «Contrats et obligations», Vol. 1, n°207 ; H. CAPITANT, «De la cause», 91 et s. ; DEMOGUE, T. 2, n°844 ; R. JAPIOT, «Des nullités en matière d'actes juridiques», Thèse Dijon 1909, p.672 et p.190 note 1 ; X. PERRIN, «La conversion par réduction», Thèse Dijon 1911 ; E. GOUNOT, «Le principe de l'autonomie de la volonté», Thèse Dijon 1912, p.203 note 2 ; R. CELICE, «L'erreur dans les contrats», Thèse Paris 1922, p.189 et s. ; F. TERRE, Thèse précitée, n°209 et s. ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°46 et n°133 et s. ; Ph. SIMLER, «La nullité partielle des actes juridiques», Thèse LGDJ 1969, n°13 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°252 et s. ; MARTY et RAYNAUD, «Obligations», 2e édit., n°215 ; B. TEYSSIE, «Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat», D. 1976, p.281, n°42-43 ; A. COURET, «La notion juridique de conversion», Mélanges P. VIGREUX, 1981, p.220.

(7)V. pour des applications en matière contractuelle : Paris 13 décembre 1850, DP 1854-1- p.369 (contrat d'assurance disqualifié en contrat innommé) pourvoi rejeté par Cass. 14 décembre 1853, DP 1854-1- p.369 ; Req. 9 novembre 1875, DP 1876-1- p.117 (cautionnement disqualifié en promesse de garantie) ; Cass. 2 mars 1931, S. 1932-1- p.281, note F. GENY (en l'absence de contribution aux pertes, «le contrat est nul ou tout au moins ne vaut pas comme contrat de société») ; Paris 11 mars 1967, D. 1967, p.474 ; JCP 1968, II, 15334 (apport en société disqualifiée en prêt) ; Civ. 3e 29 janvier 1970, Bull. civ., III, n°73, p.53 (sous-location au bailleur-propriétaire dépourvue de cause-disqualification en prêt d'argent) ; Civ. 1e 6 décembre 1972, Bull. civ., I, n°280, p.247 ; Aix 11 janvier 1983, D. 1985, p.169 (nullité d'une promesse de donation ; pas de requalification en promesse de porte-fort) ; Versailles 29 janvier 1988, Rev. jurispr. com. 1989, note D. MARTIN (refus de requalifier un aval donné en garantie d'effets de commerces non créés en cautionnement en raison du non respect de l'article 1326 du Code civil).

(8)J. GHESTIN, «Le contrat», n°873.

(9)J. GHESTIN, «Le contrat», n°873.

volonté initiale des parties, même si celles-ci ont employé une terminologie maladroite[1]. Au contraire, la conversion par réduction s'apparente à une réfection du contrat. Le procédé doit par conséquent être manié avec prudence[2] et il n'est utilisable que si certaines exigences sont respectées. Les conditions de la qualification de «rechange» doivent être réunies[3] et le maintien d'un contrat efficace ne doit ni contredire une volonté affirmée des contractants de ne concevoir leur opération qu'au travers d'un contrat d'une nature précise frappé en l'espèce de nullité[4], ni aboutir à maintenir un acte réalisant un déséquilibre entre les parties ou ne correspondant pas au but initialement visé. Ainsi, l'absence partielle de cause n'entraîne pas nécessairement une nullité totale[5] mais il serait critiquable de maintenir un contrat mixte par addition[6] dont l'une des obligations principales a rétroactivement disparu, par exemple disqualifier en simple mise à disposition de signe distinctif ou en contrat d'approvisionnement exclusif un contrat de franchise dont l'obligation de transmettre un savoir-faire est nulle pour défaut d'objet.

87.– Cette rapide description du déroulement de l'opération de qualification permet de mieux comprendre l'ordonnancement des développements qui vont suivre. Pour qualifier la structure contractuelle créée par les parties, le juge doit en identifier préalablement les éléments afin de les hiérarchiser et de les regrouper autour de leur noyau dur. Toutefois, ces trois paliers ne concernent que la structure interne de qualification (Titre 1). Un panorama complet des critères de qualification ne peut omettre que la nature d'une convention dépend parfois de son environnement, ce dont tente de rendre compte la structure externe de qualification (Titre 2).

---

(1)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°261, p.303 et n°268.

(2)V. en ce sens : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°252 et n°270 ; B. TEYSSIE, op. cit., loc. cit.

(3)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°274. Adde : Aix 11 janvier 1983, précité ; Req. 13 décembre 1913, DP 1919-1-p.29 ; Versailles 29 janvier 1988, précité.

(4)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°275-276 ; adde sur les contraintes procédurales s'imposant au juge (n°276 et s.).

(5)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°46, p.80. Ainsi, bien que ces exemples ne concernent pas une conversion par réduction puisque la qualification n'est pas affectée, il n'est pas choquant que le cautionnement dont le montant excède celui de la dette principale soit seulement réduit ou encore que la disparition d'une obligation accessoire n'affecte pas le contrat dans son ensemble (Thèse précitée, n°135).

(6)Sur cette notion, cf. infra n°1308 et s.

TITRE 1

LA STRUCTURE INTERNE DE QUALIFICATION

88.– La détermination de la nature d'une convention procède en premier lieu d'une comparaison entre deux structures d'obligations[1] : une structure concrète, effective, représentant le contenu précis et spécifique de l'accord conclu par les parties et une structure abstraite, normative, constituant le modèle d'une catégorie contractuelle, nommée ou pas. Si la structure concrète englobe une structure normative connue, la convention se voit appliquer un régime légal (contrat nommé) ou un ensemble de solutions jurisprudentielles (contrat innommé, par exemple crédit-bail avant la loi de 1966, ou convention d'occupation précaire). Si la structure concrète s'avère atypique, les dispositions régissant l'accord proviennent du droit commun des obligations ou des contrats, et éventuellement, de la reprise par analogie de règles plus spéciales figurant dans le régime de conventions voisines[2]. A cet égard, la structuration du contrat ne peut constituer qu'un préalable utile, qui permet de préciser, de hiérarchiser et d'orienter autour de ses finalités, le contenu de l'accord.

Pour bien comprendre comment s'opère l'identification des accords concrets et diversifiés nés de l'imagination des contractants, il convient au préalable de préciser la notion de structure d'obligations, au travers, notamment, de l'examen des structures normatives et des techniques auxquelles elles ont recours. Cette recherche peut être menée en trois étapes successives. Il importe, tout d'abord, de mettre en évidence les éléments primaires qui, combinés selon un schéma particulier, constituent la matière première de ces structures, à savoir les obligations (Sous-titre 1). Il est nécessaire, ensuite, de décrire les critères permettant de hiérarchiser ces éléments. La question se pose pour les obligations assumées par chaque partie : en découle alors une distinction entre prestations principales et accessoires (Sous-titre 2). L'exposé de la théorie de l'objet du contrat a cependant montré qu'une nouvelle sélection peut être

---

(1)La qualification doit ensuite tenir compte d'une structure externe, cf. infra Titre 2, n°742 et s.
(2)V. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°340 et s.

accomplie parmi les obligations principales de tous les contractants[1]. Celle-ci réalisée, toutes les conditions entrant en œuvre dans l'élaboration d'une structure d'obligations sont dès lors connues et il devient possible de préciser ce qui différencie une structure normative, d'une structure concrète (Sous-titre 3).

(1)Les deux opérations sont confondues dans un contrat mixte par addition, cf. infra n°1319 et s.

SOUS-TITRE 1

LES ELEMENTS DE LA STRUCTURE
LES OBLIGATIONS

89.- L'identification de la nature des éléments composant la structure interne d'une qualification contractuelle ne fait a priori aucun doute. Un contrat est un accord de volontés ayant pour effet de créer des obligations. Les éléments de la structure permettant de qualifier une convention sont donc constitués par les obligations nées de la rencontre des consentements[1].

90.- Malgré son apparente évidence, cette affirmation repose sur un postulat classique du droit français : priorité est donnée au côté débiteur du rapport de droit personnel[(2)]. C'est l'obligation qui est étudiée, plus que la créance : force est de constater qu'un contrat n'est jamais défini comme créateur... de créances !

Ce choix n'appelle pas de commentaires particuliers. A partir du moment où il est systématique, il semble même relativement indifférent dans le cadre de cette étude.

---

(1)Comp. la présentation curieuse adoptée par D. GRILLET-PONTON (Thèse précitée, p.37, p.121 et p. 517), qui classe la cause gratuite ou onéreuse (p.40 et s.), la qualité des parties (p.86 et s.) parmi les composantes élémentaires des qualifications et l'objet de l'obligation parmi les composantes médiates (p.124) !

(2)V. en ce sens : Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°440, p.409, à propos de la cause. Il convient de noter, toutefois, que la prise en compte de la cause d'une obligation ou d'un consentement, réintroduit d'une certaine manière une perspective de créancier et non plus de débiteur.

Rappr. pour une étude linguistique de cette dualité créance-dette : E. BENVENISTE, «Le vocabulaire des institutions indo-européennes, 1, économie, parenté, société», p.86 (distinction en latin de l'achat et du paiement du prix) ; p.125 et s., spéc. p.127 (achat et vente) ; p.155 et s. («conducere» : prendre en location et «locare» : donner en location) ; p.159 (pour le louage en grec ancien qui n'utilise qu'un terme) ; p.181 (prêt et emprunt) et p.199 («gratus» : indifféremment, celui qui accueille avec faveur ou qui est accueilli avec faveur). Selon les cas et les langues, les deux aspects d'un même rapport, créance et dette, sont désignés par deux termes différents ou par un même vocable, accompagné parfois d'une simple variation de la voix. Sur ce dédoublement, v. aussi : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°177 et s., n°189.

Une fois déterminé l'élément primaire de référence, obligation ou créance, toutes les structures de qualification seront bâties sur le même modèle et l'élément délaissé restera comme l'aspect opposé, mais rigoureusement symétrique de celui adopté. C'est d'ailleurs cette symétrie sans faille qui justifie la neutralité de la discussion au regard de la qualification : comme à chaque obligation correspond une créance et une seule (et réciproquement), un système global de qualification peut être bâti indifféremment autour d'un seul type d'élément, obligation ou créance. L'utilisation simultanée de ces deux éléments ne s'imposerait que si une même obligation pouvait se rattacher à deux ou plusieurs créances de natures distinctes. Or, tel n'est pas le cas, sauf peut être dans quelques rares hypothèses qui mériteront des développements particuliers[1].

91.- Cette précision mérite d'être apportée car, ponctuellement, l'idée d'une qualification par les créances peut surgir et il importe alors de faire la part des choses : la référence utilisée n'est en définitive qu'un moyen de mettre en évidence la nature exacte d'une obligation. En effet, certaines obligations sont d'un point de vue probatoire plus facilement appréhendées par leur face positive, c'est-à-dire par la créance ou par les droits qu'elles génèrent au profit de leur créancier.

Certaines décisions rendues à propos de la distinction entre la vente d'herbes et le bail rural illustrent parfaitement cette idée[2]. Le propriétaire d'une pâture peut conclure à l'égard de celle-ci deux sortes de conventions. Il peut transférer la jouissance de son herbage à un fermier dans le cadre d'un bail rural ou se contenter de vendre l'herbe qui pousse sur le terrain. Matériellement, les deux contrats se présentent de manière similaire lorsque le retirement de l'herbe vendue est effectué par le pacage de bestiaux. Les deux qualifications présupposent que le propriétaire mette le terrain à la disposition de son contractant. Dans le cas du bail, cette obligation est principale ; dans celui de la vente, elle n'est qu'une prestation secondaire ayant pour but de permettre la délivrance de la chose cédée. Cette différence dans l'importance structurelle des obligations engendre corrélativement une différence des droits du preneur et de l'acheteur. Le droit d'occupation de l'acheteur est extrêmement limité et finalisé : il dispose de l'accès à la pâture et de l'occupation de celle-ci uniquement pour retirer l'herbe, alors que le fermier jouit de la pâture avec tous les droits attachés à sa qualité de preneur, le droit de percevoir les fruits n'apparaissant que comme un

(1)Cf. - pour le droit potestatif d'option, infra n°338 et s.
- pour les deux «versions» d'une même dette, l'une au profit du contractant, l'autre au profit d'un tiers (stipulation pour autrui), infra n°191 (note).

(2)Rappr. aussi la distinction du dépôt et du prêt à usage, lorsque le dépositaire a le droit de se servir de l'objet déposé. Le droit d'usage n'est pas ici principal, mais accessoire par «production» du dépôt.

élément parmi d'autres. Comme le précise le Doyen Carbonnier, «la jouissance qui naît du bail, c'est le droit de faire fructifier, non pas simplement de percevoir les fruits»[1]. Il est dès lors compréhensible que les tribunaux, lorsque le caractère principal ou accessoire de la jouissance n'est pas clairement établi, se réfèrent à titre d'indice à l'étendue des droits conférés à l'occupant[2], en excluant notamment la qualification de bail lorsque ce dernier n'a pas le droit d'exploiter l'herbage[3] ou lorsque la convention lui refuse un véritable droit d'usage à titre privatif[4].

92.- Vis-à-vis de cet élément primaire, les obligations, la typologie des différentes structures de qualification s'établit selon deux critères simples : l'existence et la nature de celles-ci. Une structure s'identifie d'abord par la présence ou par l'absence de certaines obligations, qui peuvent mettre en cause la nature synallagmatique du contrat ou, plus radicalement, son existence même (Chapitre 1). Ensuite, la distinction de plusieurs structures aux caractères généraux similaires, s'effectue très logiquement par la prise en compte de la nature de leurs obligations caractéristiques (Chapitre 2). Cependant, ce schéma général est parfois perturbé par quelques solutions traditionnelles du droit français, notamment par le maintien de certains contrats réels ou par la conception classique du transfert de propriété, qui entraînent la disparition ou la dénaturation d'un élément de la structure normale de qualification (Chapitre 3).

---

(1) Obs. J. CARBONNIER, RTD civ. 1952, p.385, sous Soc. 22 février 1952, Gaz. Pal. 1952-1-p.273.

(2) Soc. 28 juillet 1948, Bull. civ., n°780, p.819 ; Soc. 18 novembre 1948, Bull. civ., n°943, p.1011 ; Soc. 5 novembre 1949, Bull. civ., n°1011, p.1127 ; Soc. 20 octobre 1955, Bull. civ., IV, n°726, p.543 ; Soc. 15 décembre 1955, Bull. civ., IV, n°895, p.673 ; Soc. 10 juin 1960, Bull. civ., IV, n°601, p.466 ; Soc. 5 janvier 1962, Bull. civ., IV, n°11, p.8. Toutes ces décisions font allusion aux droits de l'utilisateur du terrain. Sur le problème plus général de la vente d'herbes, cf. infra n°512 et s.

(3) Soc. 5 novembre 1949 ; Soc. 20 octobre 1955 ; Soc. 15 décembre 1955 ; Soc. 5 janvier 1962, précités.

(4) Soc. 5 novembre 1949 ; Soc. 20 octobre 1955, précités.

CHAPITRE 1

L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION

93.– Accord de volontés destiné à créer des effets de droit, tout contrat est caractérisé par une structure spécifique, déterminée par la présence ou par l'absence de certaines obligations. L'existence de celles-ci peut avoir une influence variable. Si elle affecte la prestation caractéristique de la convention, c'est le concept même de contrat qui est en jeu (Section 1). Si elle ne concerne qu'une obligation neutre de paiement d'un prix, contrepartie d'une obligation caractéristique, seule la nature de la convention peut en être modifiée (Section 2)[1]. Enfin, certaines modalités sont susceptibles d'affecter l'existence d'une obligation : il semble intéressant d'en examiner les conséquences sur la nature du contrat (Section 3).

---

(1)Sur les obligations accessoires, cf. infra n°103 (note).

SECTION 1

L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION CARACTERISTIQUE

94.– La présence d'un accord de volontés n'épuise pas la définition du contrat[1]. Cet accord doit en plus générer l'apparition d'une obligation au moins, laquelle sera, dans cette hypothèse, nécessairement caractéristique. Dans un contrat simple[(2)], la remise en cause de l'existence de l'obligation caractéristique est une atteinte à l'élément central de la structure de qualification. Sans lui, tout l'édifice s'effondre : il est impossible d'imaginer une contrepartie à ce qui n'existe pas[(3)] et en l'absence de prestation principale, aucun support n'est utilisable pour soutenir une éventuelle obligation accessoire. L'existence d'une obligation caractéristique se confond alors avec l'existence même du contrat.

95.– Les contrats de service gratuit en général[4], et le transport bénévole en particulier, constituent l'illustration la plus connue de ce genre de difficultés.

---

(1)J. GHESTIN, «Le contrat», n°7, p.5 ; «La notion de contrat», D. 1990, p.147 et s., spéc. p.152 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, «Le transport bénévole, réflexions au sujet d'un revirement de jurisprudence», D. 1969, p.92 et s. ; J. CARBONNIER, «Flexible Droit», 6e édit., p.36 ; «L'évolution contemporaine du droit des contrats», Journées R. SAVATIER, Introduction, p.29 et s., spéc. p.38 (contrats trop modestes qu'il faut «dépouiller a priori [...] de toute juridicité») ; «L'hypothèse du non-droit», Archives de philosophie du Droit, 1963, p.55 et s., spéc. p.63 et s. (accord de volontés pour rester hors du droit) ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°213 et s. et les auteurs cités ; A. VIANDIER, «La complaisance», JCP 1980, I, 2987, n°16 et s., spéc. n°24 et s. ; C. JAUFFRET-SPINOSI, Rapport français in «Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, LGDJ 1987, p.91 et s., spéc. n°20 et s.

(2)La question se pose de manière totalement différente pour les contrats mixtes (cf. infra deuxième partie, titre 2). La disparition d'une obligation caractéristique transforme un contrat mixte par addition en un contrat simple (s'il ne contenait que deux prestations caractéristiques) ou la dénature en un autre contrat mixte par addition (s'il en contenait plus de deux). Si le contrat est mixte par opposition, la disparition d'une obligation caractéristique le transforme en contrat simple. Si le contrat est simultanément mixte par addition et par opposition (cf. infra n°1392 et s.), il est dénaturé, selon les cas, en contrat mixte par opposition ou en contrat mixte par addition.

(3)Ou alors, il s'agit d'un contrat unilatéral dont l'obligation de payer a une autre cause (onéreuse ou gratuite) et l'obligation de payer est la prestation caractéristique.

(4)M. BOITARD, «Les contrats de services gratuits», Thèse Paris 1941, spéc. p.75 et s. ; M.-F. SOINNE-BARRAT, «L'assistance bénévole portée à autrui», Thèse Lille 1970, p.536 et s. et p.553 et s. (plutôt contractuel) ; J. HUET, «Responsabilité contractuelle et responsabilité

Dans un important arrêt du 10 novembre 1884[1], la Cour de cassation a refusé d'assimiler un être humain à une vulgaire chose : elle en a déduit l'impossibilité d'appliquer l'article 1784 du Code civil, prévu pour le transport de marchandises, au transport de personnes[2]. Mais, de façon contestable, la Cour a décidé, dans la même décision, d'autoriser la victime à recourir aux articles 1382 et suivants du Code civil. Cette application cumulée de règles contractuelles et délictuelles au sein du régime du contrat de transport de personnes a duré jusqu'en 1911, où la création d'une obligation de sécurité a assuré définitivement la primauté de la responsabilité contractuelle[3]. Il restait alors à préciser la portée de cette jurisprudence en déterminant, notamment, si l'obligation contractuelle de sécurité pouvait s'étendre aux déplacements effectués sans rémunération. Depuis 1928, la cause est entendue[4] : la jurisprudence considère de façon quasi-unanime[5] que le transport gratuit ne fait pas apparaître de contrat entre ses participants[6]. Les dommages éventuels survenus à cette occasion relèvent de la responsabilité délictuelle. Pendant près de quarante ans, les tribunaux ont distingué le transport bénévole, purement gracieux, où la victime ne pouvait invoquer que l'article 1382, et le transport intéressé, où le transporteur retirait un avantage certain du déplacement, ce qui le soumettait à la présomption de l'article

---

délictuelle», Thèse Paris II 1978, n°119 et s. et n°136 et s. (contractuel, avec de surcroît une conception objective du contrat, fort originale, n°157 et s., n°165 et s. ; cf. infra n°302 (note)) ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.218 et s. (plutôt contractuel) ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°61 (délictuel) ; WEILL et TERRE, op. cit., n°30 (délictuel).

(1) Civ. 10 novembre 1884, S. 1885-1-p.129, note LYON-CAEN ; DP 1885-1-p.433, note SARRUT.

(2) Cf. infra n°794.

(3) Civ. 21 novembre 1911, DP 1913-1-p.249, note SARRUT ; S. 1912-1-p.73, note LYON-CAEN.

(4) Civ. 27 mars 1928, DP 1928-1-p.145, note RIPERT ; S. 1928-1-p.353, note GENY.

(5) Il est inutile de revenir sur l'immense courant jurisprudentiel qui admet la nature délictuelle de la responsabilité du transporteur non rémunéré (v. par exemple, les décisions citées infra n°632, sur la distinction du transport bénévole et du transport intéressé). Il paraît plus intéressant de relever les quelques décisions n'ayant pas suivi cette tendance : Tb. civ. Avignon 22 octobre 1924, DH 1924, p.710 (infirmé par Nimes 14 décembre 1925, DH 1926, p.61) ; Dijon 14 juin 1927, Gaz. Pal. 1927-2-p.558 (sui generis assimilable soit à un mandat gratuit, soit à un prêt) ; Dijon 9 octobre 1928, Gaz. Pal. 1928-2-p.885 (sui generis) ; Dijon 19 avril 1929, Gaz. Pal. 1929-2-p.588, spéc. p.592 ; Dijon 2 mai 1929, Gaz. Pal. 1929-2-p.60 (sui generis) ; Tb. com. Saint Etienne 30 mai 1930, RTD civ. 1931, p.113, obs. approb. DEMOGUE (transport intéressé - sui generis) ; Montpellier 12 février 1932, RTD civ. 1932, p.424, obs. DEMOGUE ; Grenoble 2 mai 1932, DH 1932, p.355 ; RTD civ. 1932, p.766, obs. DEMOGUE ; TGI Dinan 24 septembre 1968, D. 1969, p.404, note crit. J. PREVAULT. Adde les décisions citées par M. BOITARD, Thèse précitée, p.85.
La jurisprudence belge, à la même époque, retenait l'analyse contractuelle : cf. note M. PHILONENKO, S. 1950-2-p.137, sous Tb. correct. Namur 18 juin 1949.

(6) Qui, vu l'absence fréquente de caractère professionnel du transporteur, ne sera pas un contrat de transport, mais une variété de prestation de service gratuit, cf. RODIERE, «Droit des transports», 1977, n°692.

1384 alinéa 1[1]. Depuis 1968, la Cour de cassation a réunifié ce contentieux, en autorisant le transporté bénévole à recourir à la responsabilité du fait des choses[2].

96.– Dans son immense majorité, la doctrine approuve cette solution[3], au terme d'un raisonnement dont le principe n'est pas contestable[4]. Tout dépend, en définitive, du point de savoir si, dans l'esprit des parties, le conducteur s'est engagé à assumer une véritable obligation de déplacement, dont l'inexécution, à défaut de contrainte

---

(1)Cf. infra n°632.

(2)Mixte 20 décembre 1968, D. 1969, p.37.

(3)V. *en ce sens* : J. CARBONNIER, T.4, 1991, § 279 et § 292 ; «Flexible Droit», 6e édit., p.35 ; Ph. Le TOURNEAU, «La responsabilité civile», 3e édit., n°205 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°204 et n°348, avec des nuances quand même ; rappr. d'ailleurs, «Les contrats spéciaux», 1991, n°17 ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», 2e édit., n°503 et surtout 1e édit., n°437, p.460 ; MAZEAUD et CHABAS, T.2, vol. 1, n°397 et n°543 ; MAZEAUD et TUNC, T.2, n°1273 et s. ; RODIERE, op. cit., 1e édit., T.3, n°1302 et s. ; 2e édit., n°693 ; Rép. civ., v° Contrat de transport, n°8 et n°71 et s. (avec des nuances) ; L. JOSSERAND, «Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile», DH 1926, p.21 (l'auteur exclut de son raisonnement les déplacements onéreux, contrairement à la tendance jurisprudentielle ultérieure ; cependant, les exemples cités concernent des obligations intégrées à titre principal ou accessoire dans un autre contrat) ; J. RICOL, note DP 1926-2-p.121, spéc. p.122-123 ; A. BRUN, «L'autonomie du contrat de transport», Ann. dr. sciences sociales 1935, p.72 ; L. PEYREFFITE, «Quelques aspects de la jurisprudence en matière de transport», Etudes RODIERE, p.439 et s., spéc., p.441 ; J. BORRICAND, «Le transport gratuit», in «L'automobile en droit privé», LGDJ 1965, p.327, spéc. n°2, p.330 ; J.-M. GOIRAN, «Le contrat de transport et la garde des objets inanimés en cours de transports», Thèse Paris 1966, p.122 ; G. SIDI, «Services gracieux et réparation du préjudice», Thèse Paris 1966, p.52-65 ; R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.50-51 ; O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°124 et s. ; R. THENARD, «Le transport gratuit», Rev. crit. 1939, p.171, spéc. p.182, avec des nuances cependant, p.183 et s. et p. 199 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, «Contribution à la théorie générale de l'acte gratuit», Thèse Toulouse 1955, n°72. Adde : FLOUR et AUBERT, «Le fait juridique», 5e édit., n°255 ; STARCK, 3e édit., n°219 et s., spéc. n°222 ; G. VINEY, «La responsabilité civile», Conditions, n°184.

- *Pour une analyse contractuelle* : R. SAVATIER, «Traité de la responsabilité civile», 2e édit., n°123 et s. ; «Les responsabilités nées des contrats de services gratuits», Rev. crit. 1939, p.23 et s. ; notes DP. 1925-2-p.44 sous Poitiers 17 février 1925 et D. 1968, p.180 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée ; H. LALOU, «Traité pratique de la responsabilité civile», n°465 ; P. LEFEVRE, «De la responsabilité civile en cas de transport gratuit de personnes en automobile», Thèse Paris 1927, p.148 ; P. ESMEIN, note D. 1955, p.589 et note S. 1939-1-p.201 ; «Méditations...», Mélanges SAVATIER, p.273 ; E. GEORGIADES, chr. citée infra, p.96 et s. ; R. NERSON, «La volonté de contracter», Mélanges SECRETAN, 1964, p.209 et s., spéc. p.219 et s. ; J. FROSSARD, «La distinction des obligations de moyens et de résultats», Thèse LGDJ 1965, n°458 et s. (plutôt favorable, semble-t-il) ; G. DURRY, obs. RTD civ. 1966, p.803.

- *Pour une analyse variable selon les espèces* : M. BOITARD, Thèse précitée, p.100 ; P. DURAND, «Des conventions d'irresponsabilité», Thèse Paris 1931, p.173-174 (plutôt délictuel) ; M.-F. SOINNE-BARRAT, Thèse précitée, p.556 et p.559 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.218 et s. ; J. HUET, obs. RTD civ. 1985, p.389 : «l'acquittement d'un prix n'est pas un critère d'existence du contrat».

- *Pour une analyse quasi-contractuelle* : J. HONORAT, «Rôle des quasi-contrats en droit actuel», RTD civ. 1969, p.653 et s., spéc. p.689-690 (l'auteur réfute l'analyse contractuelle).

(4)V. cep. RODIERE, note JCP 1973, II, 17325, sur la formulation du raisonnement.

directe, peut engager sa responsabilité[1]. L'obligation est inséparable de l'idée d'une sanction[2] juridique : si le transporteur gratuit en a eu conscience, l'analyse

---

[1]La volonté de s'engager, d'assumer une obligation est un critère général que jurisprudence et doctrine appliquent à bien d'autres hypothèses, par exemple :
- *au dépôt* : Com. 25 septembre 1984, Bull. civ., IV, n°242, p.201 (remise au préposé du bar d'un hôtel d'un album de grande valeur concernant les œuvres d'un portraitiste ; les juges du fond écartent le dépôt et retiennent un acte de pure complaisance ; la solution ne s'impose pas avec évidence, même si l'artiste n'était pas client de l'hôtel et les termes du rejet sont des plus prudents).
- *à la convention d'assistance* : la jurisprudence admet ici, fermement, la qualification contractuelle, se référant même, dans les hypothèses où il existe un danger, à une véritable pollicitation où l'offre du sauveteur est acceptée par la personne en détresse, même si elle est inconsciente (v. entre autres : Ph. LE TOURNEAU, op. cit., n°850 et s. ; J.-P. GRIDEL, «Activité désintéressée et gestion d'affaires dans la jurisprudence de la Cour de cassation», Colloque de Fontevraud, Economica, 1983, p.71 ; et surtout : M.-F. SOINNE-BARRAT, Thèse précitée, p.553 et s. (l'auteur admet une certaine variabilité selon les espèces, p.559 et p.566 ; pour la qualification originale retenue, cf. infra n°900 (note) ; R. BOUT, «La convention dite d'assistance», Mélanges KAYSER, 1979, T.1, p.157 et s.). Ce dernier auteur distingue trois hypothèses : l'aide momentanée et impromptue relevant de la pure courtoisie (pas d'engagement contractuel), l'assistance en cas de danger (non contractuelle aussi, malgré le précédent de l'assistance maritime, cf. infra n°899 et s.) et le service gratuit destiné à surmonter une difficulté prévisible où l'assistant a réellement accepté d'assumer une obligation (dans le même sens : Ph. LE TOURNEAU, op. cit., n°857 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.224 et s. ; rappr. J. HUET, Thèse précitée, n°136 et s. (pas de contrat en cas de péril et contrat en cas de simple coup de main) ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°219 et s. (qui évoque l'idée d'une qualification-moyen, dans un souci d'indemnisation) ; contra : G. SIDI, Thèse précitée, p.149 et s. (toujours délictuel)). Rappr. confirmant une analyse contractuelle dans un secteur particulier : P. SARRAS-BOURNET, «Les aspects juridiques du sauvetage en montagne», JCP 1969, I, n°22.
- *au contrat de stationnement sur le parking d'un aéroport* : Civ. 1e 24 juin 1986, Bull. civ., I, n°185, p.182 (refus de tout «lien contractuel», d'un dépôt notamment ; adoption d'un simple droit d'occupation temporaire du domaine public ; cf. infra n°162 et s.). Comp. l'analyse (convaincante) de J. HUET (Thèse précitée, note 1, p.169-170) des «contrats» de tickets de quai : en réalité, la SNCF n'entend assumer aucune obligation. Ajouter une obligation se sécurité ne serait pas seulement un forçage du contenu du contrat, mais de son existence.
- *aux lettres d'intention ou de confort* : ces accords s'échelonnent, selon les hypothèses, de l'engagement dénué de force obligatoire, au cautionnement ou à l'obligation de résultat, en passant par l'hypothèse intermédiaire d'une obligation (de moyens) de faire le nécessaire pour que le débiteur principal soit en mesure d'acquitter sa dette (cf. infra n°213 (note)) ; cf. admettant la possibilité d'engagements non contractuels : Ph. SIMLER, « Cautionnement et garanties autonomes», 2e édit., n°31 ; Ph. DELEBECQUE, Rép. civ., v° Cautionnement, n°11 ; J.-P. BERTREL, J.-Cl. Com. Banque et crédit, Fasc. 741, n°4 et s. ; I. NAJJAR, «L'autonomie de la lettre de confort», D. 1989, p.217, spéc. p.221 ; J. TERRAY, «La lettre de confort», Banque 1980, p.329, spéc. p.331 ; M. DE VITA, «La jurisprudence en matière de lettres d'intention», Gaz. Pal. 1987-2-p.667 ; J.-P. BERTREL, «Les lettres d'intention», Banque 1986, p.895 ; Ph. LE TOURNEAU, «La responsabilité civile», op. cit., n°191 ; adde en jurisprudence : Bordeaux 16 octobre 1985, D. 1989, p.436 (explicite) ; Com. 21 décembre 1987, D. 1989, p.112, note J.-P. BRILL ; JCP 1988, II, 21113, concl. MONTANIER (implicite : peut... constituer... un engagement contractuel)).
- *à l'accord de principe* : l'opinion de M. FIESCHI-VIVET («La promesse de contrat», Thèse Lyon II 1973, n°69 et, spéc. n°73), selon laquelle l'accord de principe ne créerait pas d'obligation juridique est contraire au droit positif.
- *au «contrat» de circulation d'un client dans les allées d'un supermarché* : pour la réfutation d'une telle convention : M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, note D. 1973, p.640, spéc. p.641, sous Rennes 21 novembre 1972.
- *à l'obligation fondamentale* : l'absence d'une intention de s'engager peut également être décelée dans allégement du contenu normal du contrat, excédant son obligation fondamentale. L'engagement est vidé de sa substance, si le créancier ne peut plus en demander l'exécution :

contractuelle est possible. Or, à la suite de Josserand, la doctrine refuse en général d'admettre que le conducteur complaisant puisse adopter une telle perspective : «tous les contrats impliquent, par définition même et de la part de toutes les parties, l'intention de se lier, l'animus negotii contrahendi, la volonté de faire une affaire ; et, on chercherait vainement une préoccupation de ce genre chez l'automobiliste qui fait monter dans sa voiture, par pure complaisance, un ami ou un quidam quelconque ; son état d'esprit est celui du voyageur qui aide son voisin à installer ou à descendre ses bagages ou qui veille sur sa place abandonnée momentanément dans le compartiment d'un wagon ; celui-là n'a jamais entendu entrer dans un vinculum juris ; il rend un service, à titre gracieux et par pure complaisance ; il ne fait pas une affaire, il reste en dehors du domaine juridique. La position prise par le conducteur obligeant n'est point différente de celle-là ; elle relève de la courtoisie et non du contrat ; elle est à base d'obligeance et non d'obligation ; et la preuve en est que si ce conducteur rétractant son offre aimable, se refuse à rendre jusqu'au bout le service espéré, son obligé serait mal fondé à se plaindre et à mettre en mouvement une responsabilité contractuelle qui n'a jamais existé»[1].

97.– Cette analyse semble bien fondée, à condition toutefois d'en mesurer exactement la portée.

Elle paraît bien adaptée à l'hypothèse la plus courante du transport automobile bénévole, en particulier au cas de l'auto-stop. Il est difficile de considérer que le conducteur complaisant souscrit une obligation de déplacement de son passager. Les

---

«quand il en est ainsi, l'engagement du débiteur n'est plus contractuel» : Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°173, p.209, et plus généralement, n°169 et s.
Adde : B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», D. 1979, p.107 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, art. précité, n°23 et s. Comp. cep. Tb. paix Paris 14 juin 1957, RTD civ. 1958, p.105, obs. J. CARBONNIER (engagement d'honneur de quitter les lieux analysé comme un véritable contrat).
Rappr. : Dijon 12 février 1874, DP 1875-2-p.83 (faculté de pêcher, à la contrepartie douteuse : simple projet de repeuplement de la rivière sans intention «de conférer aux autres contractants le droit de l'y contraindre par les voies de droit») ; Colmar 21 octobre 1981, D. 1982, IR, p.243, obs. M. VASSEUR, contrat de renseignement bancaire, portant sur une «information communiquée sans engagement, ni responsabilité».

(2) L'idée d'une obligation naturelle du transporteur ne semble pas retenue. Sur l'obligation naturelle, cf. infra n°529, n°593, n°597 et s.

(1) L. JOSSERAND, chr. précitée, p.22 ; comp. du même auteur, «Les transports», 1926, n°103.
Dans le même sens (absence de volonté de s'engager) : J. CARBONNIER, T.4, op. cit., loc. cit., et «Flexible droit», op. cit., loc. cit., article précité, Archives de Philosophie du Droit, p.65 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°204 et n°348 ; MARTY et RAYNAUD, 1e édit., op. cit., loc. cit. ; MAZEAUD, op. cit., n°397 ; adde les auteurs cités par M. BOITARD, Thèse précitée, p.91 et s. (ce critère est «intentionnel» et classique). Comp. RODIERE, op. cit., 1e édit., n°1302, qui semble considérer que c'est surtout l'accord de volontés qui manque, plutôt que l'effet de droit.
Contra : Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée, p.95, qui considère que la convention contient une obligation de déplacement, qui est de moyens, et une obligation de sécurité-résultat (par analogie avec l'article 1384 alinéa 1 du Code civil).

auteurs qui soutiennent une solution contractuelle sont obligés de se rabattre sur des prestations bien fuyantes. Pour le doyen Savatier, l'automobiliste «contracte sûrement l'obligation de ne pas le conduire ailleurs, et de ne pas le laisser en détresse»[1]. En réalité, ces deux obligations n'en font qu'une : le choix de l'itinéraire ou de la destination est connu et accepté par l'auto-stoppeur avant son entrée dans le véhicule. Si le conducteur change d'avis en cours de route, il est évident qu'il ne maintiendra pas son passager dans sa voiture contre son gré et qu'il l'invitera à descendre. Tout repose donc, en définitive, sur l'analyse de ce devoir du conducteur de ne pas abandonner son passager n'importe où. Malgré la tentative séduisante d'un auteur[2], il semble que le recours à la responsabilité contractuelle ne s'impose pas : faire descendre l'auto-stoppeur en pleine campagne ou loin d'un abri quand il pleut est tout simplement constitutif d'une faute délictuelle[3]. De plus, même en analysant l'accord comme un contrat librement révocable par le conducteur[4] et l'obligation comme une promesse d'avancer le passager sur son itinéraire[5], il n'est pas sûr que l'option contractuelle puisse épargner le conducteur de toute responsabilité : par exemple, tomber en panne d'essence constitue une faute d'imprudence qui réalise la violation de l'obligation assumée par le conducteur, fut-elle de moyens. Or, tous les auteurs s'accordent sur un point : ne pas atteindre la destination prévue ou ne pas «avancer l'auto-stoppeur sur son itinéraire» ne peut engager la responsabilité du conducteur complaisant.

98.- Au-delà de cette hypothèse particulière, la solution délictuelle appelle certaines réserves. Trois situations paraissent pouvoir relever d'une analyse contractuelle[6].

Il s'agit en premier lieu du transport bénévole de choses[7]. Comment ne pas percevoir que l'analogie avec le prêt ou le mandat gratuit, toujours revendiquée par les auteurs favorables à la thèse contractuelle, se heurte à la spécificité de l'objet de la prestation, à savoir le passager ? L'importance de l'enjeu, les dommages corporels, ne

---

(1)Traité précité, n°123.

(2)Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée.

(3)RODIERE, op. cit., 2e édit., n°693 in fine. Comp. J. HUET, Thèse précitée, n°159 et s., qui estime que si ces rapports sont hors du droit, ils doivent échapper aussi à la responsabilité délictuelle, sauf intention de nuire ou faute grave.

(4)Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée, p.95 ; R. SAVATIER, op. cit., loc. cit.

(5)Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée, p.95.

(6)Pour une analyse variable selon les hypothèses, mêlant critère intentionnel et éléments objectifs, M. BOITARD, Thèse précitée, p.99 et s. (dans une approche un peu différente) et les auteurs cités supra note n°1e note n°96. Adde J. HUET, Thèse précitée, n°151 (contre une analyse hétérogène selon que le déplacement a lieu sur terre ou en l'air).

(7)En ce sens : RODIERE, 1e édit., n°1303 ; R. NERSON, art. précité, p.222 (l'auteur en tire un argument pour étendre la nature contractuelle au transport de personne).

peut laisser les magistrats indifférents. Mais il y a plus. La présence du passager à bord du véhicule et la possibilité matérielle de le faire descendre à tout moment, détruisent le principe même d'une contrainte sur l'automobiliste. En cas d'incompatibilité d'humeur manifeste, hypothèse immortalisée de manière caricaturale par un célèbre sketch de Coluche, le conducteur peut abandonner son passager à son sort, sous les réserves mentionnées plus haut. Rien de tel pour le transport d'une marchandise. Par hypothèse, le propriétaire de la chose transportée n'est plus là : il s'en est remis au transporteur bénévole et ce dernier devient débiteur d'une obligation de conservation de la chose qui lui a été remise et qu'il doit conduire à destination[1]. La solution paraît transposable aux remorquages gratuits[2]. En définitive, la situation est ici parfaitement comparable à celles du mandat ou du dépôt gratuits, où le mandant et le déposant ne peuvent que faire confiance à leur partenaire qui exécute sa promesse hors de leur présence.

99.– La seconde hypothèse où l'analyse délictuelle n'est pas souhaitable concerne les transports intéressés[3]. Force est de constater que le droit positif a assimilé ou assimile souvent ce genre de situation aux transports contractuels onéreux. La Convention de Varsovie, en particulier, soumet à son champ d'application les déplacements aériens effectués sans rémunération par les entreprises de transport : les auteurs s'accordent pour estimer que, derrière la nature professionnelle du transporteur, c'est en réalité le caractère intéressé du transport qui est en jeu[4]. La loi du 2 mars 1957, qui a étendu les règles conventionnelles aux transports internes,

---

(1)V. par exemple : Civ. 3 juin 1942, Gaz. Pal. 1942-2-p.91 (évacuation en 1940 d'une fonctionnaire, qui, sur l'ordre de son employeur, devait veiller sur les documents contenus dans le camion qui la transportait et ne pouvait plus, par conséquent, surveiller ses bagages ; la référence au dépositaire et au transporteur faite par le juge de paix, n'est écartée par la Cour que vis-à-vis du dépôt nécessaire, jugé impropre).

(2)Rappr. : Civ. 2e 14 avril 1961, Bull. civ., II, n°267, p.194 (le contrat de remorquage est exclu parce que son existence en l'espèce n'est pas prouvée : une analyse contractuelle n'est donc pas écartée de manière absolue) ; Tb. com. Paris 9 mai 1981, Bull. transp. 1981, p.435. Le tribunal analyse une opération de poussage entre péniches en contrat de transport. La solution est fausse, puisqu'aucune rémunération n'était, semble-t-il, convenue et elle a été choisie parce qu'en l'espèce, le régime du transport, du fait de sa courte prescription, était plus favorable que celui d'un contrat sui generis de déplacement gratuit. Il n'en reste pas moins que le tribunal a adopté une solution contractuelle.
Contra : L. MAZEAUD, «Le contrat de remorquage», Ann. dr. com. 1928, p.7.

(3)V. d'ailleurs en doctrine, les nuances qu'ont toujours adoptées les auteurs spécialistes de droit des transports : JOSSERAND, chr. précitée (avec la réserve évoquée plus haut) ; RODIERE, Rép. civ., v° Contrat de transport, n°8 ; E. GEORGIADES, chr. citée infra, p.108 et s. ; dans le même sens : DEMOGUE, obs. RTD civ. 1931, p.766 ; MAZEAUD et TUNC, T.1, op. cit., n°110, p.141 et s.

(4)Cf. infra n°634.

semble avoir conservé cette solution[1] et la loi du 18 juin 1966 l'a reprise en matière maritime[2]. D'une certaine manière, la jurisprudence, en réservant pendant un temps l'article 1384 alinéa 1, dont les conséquences sont très proches d'une obligation contractuelle de sécurité, aux seuls transporteurs intéressés, a réalisé un tel rapprochement[3].

Une telle solution présente l'avantage d'harmoniser le régime des différents types d'engagements onéreux[4]. La psychologie des participants n'est de surcroît pas identique à celle gouvernant les rapports d'un conducteur bénévole et de son passager. L'intérêt du transporteur consolide l'existence d'une obligation : pour lui, renoncer au déplacement équivaut à perdre toute chance d'obtenir l'avantage escompté. Refuser de voir, en cette hypothèse, une obligation, revient à admettre que le transporteur souhaite quelque chose... tout en ne le souhaitant pas, ce qui est incohérent[5]. D'autant que du côté du passager, la connaissance de l'intéressement du conducteur au déplacement est une circonstance qui renforce sa confiance dans la certitude de l'exécution du déplacement. Une seule réserve s'impose : la notion de déplacement intéressé doit s'entendre dans une acception plus étroite que celle utilisée par la jurisprudence entre 1928 et 1968[6].

100.– La dernière hypothèse concerne le transport gratuit aérien, auquel il est possible d'adjoindre le transport gratuit maritime[7]. En matière aérienne, l'unanimité doctrinale n'est plus de mise et les auteurs se divisent quant à la nature contractuelle des transports gratuits par air, notamment des baptêmes de l'air ou des vols de

---

(1)En ce sens : G. CAS et J. BORRICAND, «Aéro-club et transport», Rev. gén. air 1964, p.374 ; Crim. 23 octobre 1991, Bull. transp. 1992, p.71 ; comp. ambigu TGI Paris 10 juin 1983, Rev. fr. dr. aérien 1983, p.348.

(2)Art. 34 de la loi du 18 juin 1966 : «les dispositions du chapitre II du présent titre ne s'appliquent ni au transport bénévole, ni aux passagers clandestins. Elles s'appliquent aux transports gratuits effectués par une entreprise de transports maritimes».

(3)Rappr. Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée, p.93 ; Ph. LE TOURNEAU, op. cit., n°205. Pour une conséquence inattendue : TI Paris 21 février 1975, Bull. transp. 1975, p.205 (incendie sur un bateau : application de ... l'article 1384 alinéa 2, qui exige la preuve d'une faute !).

(4)Cf. infra n°630 et s.

(5)Rappr. l'hypothèse de l'entraide agricole (cf. infra n°1250 et s.), dont la nature contractuelle n'est pas discutée. Or, la solution d'un contrat synallagmatique d'entraide, imposée par loi, n'est guère convaincante (cf. infra n°1256 et s.). Il s'agit plutôt d'un contrat unilatéral intéressé : un agriculteur rend un service (qui peut être un déplacement), dans l'espoir d'être payé de retour.

(6)Cf. infra n°633.

(7)P. CHAUVEAU, «Le passage maritime gratuit», Mélanges JAUFFRET, p.199 et s. ; RODIERE, «Affrètements et transports», T.3, n°1017, p.235. Rappr. G. DURRY, obs. RTD civ. 1966, p.802, sous TGI Draguignan 31 mars 1966, (analyse contractuelle pour du ski nautique ; contra : H. LAMBOT, «Les problèmes juridiques soulevés par la pratique du ski nautique et alpin», Thèse Aix 1966, p.274).

promenade[1]. La jurisprudence, avant la loi du 2 mars 1957, transposait la solution de «droit commun» d'une nature délictuelle, bénévole ou intéressée[2]. Après la loi du 2 mars 1957, étendant au transport aérien interne les règles de la Convention de Varsovie, certains auteurs ont tenté de limiter cette unification, en maintenant le transport gratuit ou intéressé accompli par un non-professionnel sous le régime de la responsabilité délictuelle[3]. Une telle solution aboutissait à faire perdurer, les incohérences du système antérieur à la loi, que celle-ci voulait supprimer et qui aboutissaient (contrairement au transport terrestre) à traiter plus favorablement le transporteur rémunéré que le transporteur gratuit[4]. La Cour de cassation a donc refusé cette conception[5] et cette solution, depuis lors, ne s'est jamais démentie : les règles de la responsabilité délictuelle sont inapplicables au transport aérien onéreux, gratuit ou intéressé qui relève seulement de la loi du 2 mars 1957.

Paradoxalement, cette soumission systématique à ce régime légal retire une grande partie de son intérêt à la discussion[6], sauf peut être pour la prévisibilité du dommage. Depuis l'affirmation de l'incompatibilité entre les règles posées par la loi du 2 mars 1957 et la responsabilité délictuelle, les tribunaux ne précisent guère la nature de l'opération, qu'ils qualifient du terme neutre (mais conforme à la loi) de transport

---

(1)*Pour la thèse contractuelle* : P. CHAUVEAU, «Droit aérien», 1951, n°453 ; «Transport aérien gratuit et loi du 2 mars 1957», D. 1962, p.147 ; chr. précitée, Mélanges JAUFFRET, n°16 ; R. SAINT-ALARY, note D. 1961, p.782, sous TGI Caen 24 janvier 1961 ; E. GEORGIADES, «Les fondements de la responsabilité dans le transport aérien gratuit», Rev. fr. dr. aérien 1952, p.91 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée, p.94 ; R. MALEZIEUX, «La responsabilité aérienne en dehors des transports commerciaux», Rev. gén. air 1962, p.159 et s., p.161 ; V. GRELLIERE, Rev. fr. dr. aérien 1979, p.317, sous Crim. 20 juin 1978 ; «La responsabilité du transporteur aérien international», Thèse Toulouse 1973, p.164 et s. (l'auteur estime que, contrairement à la solution du droit commun, le transport gratuit par une entreprise de transport aérien, visé par la convention de Varsovie, est une situation contractuelle).
Contre la thèse contractuelle : M. DE JUGLART, chroniques JCP 1957, I, 1362, n°26 et JCP 1983, I, 3096, n°11 ; note JCP 1954, II, 8061 ; J.-P. TOSI, J.-Cl. com., Fasc. 935, n°15 ; «Responsabilité aérienne», n°432 et s. (qui se retranche, semble-t-il, derrière la jurisprudence) ; G. PALLARUELLO, «Les aéro-clubs en droit français», Thèse Toulouse 1961, p.105 et s. ; D. LUREAU, «La responsabilité du transporteur aérien», LGDJ 1961, n°337 ; L. NOELL, «Aspects nouveaux de la responsabilité des aéro-clubs», Thèse 3e cycle Aix-Marseille 1976, p.30 et p.37 et s.

(2)Pour une application : Lyon 19 décembre 1955, Rev. fr. dr. aérien 1956, p.74. Sur la jurisprudence antérieure à la loi de 1957 : P. CHAUVEAU, «Droit aérien», 1951, n°447 et s. ; E. GEORGIADES, chr. précitée ; G. PALLARUELO, Thèse précitée, p.105 et s. ; D. LUREAU, op. cit., n°337 ; R. MALEZIEUX, art. précité, p.160 ; L. NOELL, Thèse précitée, p.38 et s. ; J.-Ph. DANEY, «L'application de la convention de Varsovie en droit français», Thèse Paris II 1975, n°399 et s.

(3)Notamment M. DE JUGLART, précité.

(4)Cf. infra n°637.

(5)Civ. 2e 31 mars 1965, D. 1965, p.441, note P. CHAUVEAU ; JCP 1965, II, 14458, note M. DE JUGLART.

(6)Comp. J.-P. TOSI, op. cit., n°433, qui semble en faire un pur problème théorique.

aérien[1]. Cependant, à l'analyse, le contenu de ce régime semble marqué par une coloration générale plutôt contractuelle[2]. Plusieurs arguments peuvent être avancés : la Convention de Varsovie, où la loi de 1957 puise sa substance, concerne des situations contractuelles ; la responsabilité du transporteur est plafonnée[3] et surtout, dans le paragraphe consacré au transport gratuit, le texte évoque la possibilité de stipulations contractuelles contraires, ce qui paraît difficilement compatible avec la responsabilité délictuelle, traditionnellement impérative[4]. La constatation a perdu toutefois de sa force, puisque la jurisprudence a exclu de ce texte les clauses qui allégeraient la responsabilité du transporteur[5].

La question ne peut donc être résolue que par un retour au raisonnement général : le pilote de l'avion a-t-il voulu s'obliger ? Certains le nient[6]. La situation de fait générée par un déplacement aérien n'est pourtant pas comparable à celle d'un transport automobile[7]. Pour des raisons évidentes, un déplacement aérien ne peut être interrompu en cours de vol ! S'agissant de baptêmes de l'air ou de vols de promenade, le retour au point de départ est la seule issue concevable. Il ne s'agit plus «d'avancer le passager sur son itinéraire», le transporté le sait et une fois installé dans l'appareil, il est en droit d'attendre du pilote une véritable obligation de déplacement, si court soit-il. Cette représentation est d'autant plus plausible, que le passager d'un vol gratuit est le plus souvent un non-initié, incapable de piloter : il abandonne son sort au pilote, bien davantage qu'un auto-stoppeur. En cas de difficultés, il est totalement démuni . En contrepartie, il attend donc plus de son pilote et l'apparition d'un lien obligatoire est ici justifié.

---

(1)V. quand même en faveur de la thèse contractuelle : Paris 17 février 1971, Rev. fr. dr. aérien 1971, p.165 ; Aix 4 juin 1982, Rev. fr. dr. aérien 1982, p.352.
Contra : Montpellier 10 mars 1964, Rev. fr. dr. aérien 1964, p.366 ; TGI Paris 21 juin 1969, Rev. fr. dr. aérien 1969, p.420 (solution implicite pour les deux décisions, qui qualifient toutes les deux la loi de 1957 de dérogation à l'article 1384 alinéa 1 du Code civil). En revanche, Civ. 2e 17 décembre 1964 (JCP 1965, II, 14124, note M. DE JUGLART) souvent cité n'est aucunement décisif, puisque rendu sur des faits antérieurs à la loi de 1957 (cf. P. CHAUVEAU, note D. 1965, p.441).

(2)Sur cette analyse, cf. M. DE JUGLART, références précitées ; R. SAINT-ALARY, note précitée ; J. FROSSARD, Thèse précitée, n°458. Contra : D. LUREAU, op. cit., n°337, p.210 (responsabilité délictuelle pour faute). Comp. V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.158-162 (selon qui la convention de Varsovie peut s'adapter indifféremment à des actions en responsabilité délictuelles ou contractuelles).

(3)C'est sans doute un indice d'une faible valeur : cf. la directive sur la responsabilité du fait des produits, qui ne distingue pas selon la nature de la responsabilité et la loi de 1957 qui, à l'instar de la Convention traite identiquement les passagers et les victimes par ricochet.

(4)R. SAINT-ALARY, note précitée ; J. HUET, Thèse précitée, note 3, p.156.

(5)Cf. J.-P. TOSI, J.-Cl. précité, n°8.

(6)V. par ex. : M. DE JUGLART, chr. précitée, JCP 1983, I, 3096, n°11.

(7)V. en ce sens : V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.167 et s. (mais dans une optique plus restrictive, limitée à la convention de Varsovie, qui suppose un déplacement international, donc la fixation d'une destination précise et distincte du point de départ).

101.– En conclusion, il importe de souligner combien ce conflit théorique de qualifications est dominé par ses conséquences pratiques quant à l'indemnisation du passager victime. Deux principes contradictoires s'opposent : favoriser la réparation des dommages corporels et ne pas pénaliser les transporteurs complaisants. En 1928, la Cour de cassation, qui voulait protéger le conducteur bénévole, a sans doute commis l'erreur de penser que l'analyse contractuelle se prêtait mal à ce genre d'assouplissement[1] : l'arrêt consacrant l'existence d'une obligation de sécurité-résultat datait seulement de 1911 et il est vrai que l'allégement de certaines obligations de sécurité en obligation de moyens n'est intervenu que plus tard. Or, en réalité, la protection du passager victime et l'indulgence à l'égard du transporteur responsable sont susceptibles de degrés aussi bien dans le cadre de la responsabilité contractuelle que dans celui de la responsabilité délictuelle : l'indulgence peut emprunter indifféremment la voie de l'obligation de moyens ou celle de l'article 1382 ; la sévérité peut utiliser l'obligation de résultat ou l'article 1384[2].

Quant aux solutions concrètes, l'analyse contractuelle ou délictuelle n'est donc pas décisive et l'évolution tant jurisprudentielle, que légale, montre que le dosage entre la protection de la victime et l'indulgence à l'égard du responsable peut varier, sans que la cohérence du système soit malmenée. Ainsi, la faveur pour les transporteurs complaisants a pu s'inscrire dans un système mixte contractuel-délictuel entre 1928 et 1968, pour le transport terrestre, et s'inscrit encore aujourd'hui dans un cadre plutôt contractuel, en matière aérienne. Inversement, le souci d'indemnisation de la victime et la sévérité à l'égard du responsable se sont développés en 1968 dans un système mixte contractuel-délictuel et sont désormais uniformisés dans le cadre général délictuel de la loi Badinter[3]. Dans la première tendance, la cohérence est maintenue puisque le transporteur onéreux (et donc contractuel) est traité plus sévèrement que le transporteur gratuit. Dans la seconde, leurs deux situations sont extrêmement proches[4], ce qui peut se justifier par la primauté de l'intérêt protégé (vie ou intégrité corporelle)[5], par la fréquence et la banalité des accidents d'automobile et... par la

---

(1)L'idée est de P. CHAUVEAU, chr. précitée, Mélanges JAUFFRET, n°16.

(2)RODIERE, 1e édit., op. cit., n°1304 ; dans le même sens : PLANIOL et RIPERT, T.6, n°387-1 ; P. ESMEIN, «Méditations...», précité, p.273 ; J.-P. TOSI, op. cit, n°433 (qui oppose la «politique » et «l'intendance», à savoir le choix entre la sévérité ou l'indulgence et le moyen technique de sa mise en œuvre).

(3)Comp. L. PEYREFITTE, «Le nouveau statut du passager transporté par la route», Mélanges BRETON-DERRIDA, p.321 et s., spéc. p.330, pour qui, si le régime de responsabilité est légal, l'obligation demeure contractuelle.

(4)Ce qui a incité un auteur a généraliser une analyse contractuelle (Y. LAMBERT-FAIVRE, chr. précitée).

(5)Ce qui renforce l'opportunité d'une analyse contractuelle pour le transport gratuit de choses.

présence d'une assurance obligatoire. En revanche, il existe une combinaison incohérente entre responsabilité délictuelle et contractuelle : celle qui aboutit à traiter le transporteur contractuel onéreux plus favorablement que le transporteur bénévole. Ce système a existé avant la loi de 1957 en matière aérienne. Il est réapparu malheureusement en matière maritime : contrairement à la loi de 1957, la loi du 18 juin 1966 relative au transport maritime exclut dans son article 34, le transport gratuit non professionnel de son champ d'application. Comme la Cour de cassation a transposé en ce domaine la solution posée par les arrêts de Chambre mixte en 1968[1], le plaisancier bénévole est soumis à un régime plus dur qu'une compagnie professionnelle : causes d'exonération plus limitées, absence de limitation de l'indemnisation, prescription non abrégée. Une analyse contractuelle serait ici plus cohérente[2], en atténuant au moins la mise en œuvre de la responsabilité du plaisancier[3]. Elle semble d'ailleurs plus exacte car le transport maritime comporte bien des analogies avec le transport aérien : le transporteur ne peut abandonner son passager n'importe où et ce dernier est dépendant de lui, durant tout le voyage[4].

102.- Lorsque l'existence de l'obligation caractéristique est en jeu, la détermination de la qualification du contrat recoupe donc la question de son existence. Ces situations sont assez peu fréquentes et, d'une certaine manière, il y a lieu de s'en réjouir, car les difficultés qu'elles suscitent s'avèrent redoutables, par la diversité des problèmes théoriques ou pratiques qu'elles soulèvent : notion de contrat, distinction de la responsabilité contractuelle et délictuelle, difficultés concrètes de mise en évidence d'une intention de s'obliger... Par comparaison, le rôle des obligations neutres de paiement d'un prix dans la qualification d'un contrat semble plus simple à appréhender et à synthétiser, en dépit de la fréquence de ses applications pratiques.

---

(1) Com. 5 mars 1969, Dr. mar. fr. 1969, p.395 ; RTD com. 1969, p.617, obs. E. DU PONTAVICE ; Rennes 18 juin 1970, Dr. mar. fr. 1971, p.277 ; TI Paris 21 février 1975, Bull. transp. 1975, p.205.

(2) Contre une analyse contractuelle : RODIERE, op. cit., T.3, n°1017 ; J. ARMENGAUD, «Responsabilité civile et navigation de plaisance», Thèse Paris II 1976, p.39 et s., spéc. p.43.

(3) Pour le plafonnement de l'indemnisation ou la prescription, une transposition par analogie des solutions de la loi de 1966 paraît difficilement concevable.

(4) V. d'ailleurs G. DURRY, obs. RTD civ. 1966, p.802 (pour un contrat de ski nautique).

SECTION 2

L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION NON CARACTERISTIQUE

103.– L'apparition d'un contrat simple exige donc, au minimum, la présence d'une obligation caractéristique. Lorsque cette condition est respectée, la présence ou l'absence d'autres obligations peut également devenir un critère complémentaire de qualification. Cette prise en compte d'obligations autres que l'obligation caractéristique dans une structure de qualification recouvre cependant différents problèmes qu'il serait prématuré d'examiner immédiatement.

Tout d'abord, le fait de négliger une obligation supplémentaire peut être justifié par la position accessoire de celle-ci, par rapport à la prestation caractéristique. Cette situation relève d'une étude spécifique de l'accessoire en matière de qualification[1].

Ensuite, la qualification d'une convention peut dépendre de la présence d'une contrepartie à l'obligation caractéristique. L'existence de cette dernière rend celle du contrat incontestable. Il faut alors déterminer si, en face, l'existence d'une autre obligation principale à la charge du créancier de l'obligation caractéristique est un critère de qualification. Un transfert de propriété peut constituer une vente ou une donation selon que l'acquéreur paie ou non un prix ; un transfert de jouissance sera un bail ou un prêt selon la stipulation ou non d'un loyer ; etc. Derrière la présence ou l'absence d'une obligation neutre de paiement d'un prix qui sert de contrepartie à l'obligation caractéristique, c'est donc la nature unilatérale ou synallagmatique du contrat qui est visée. Cependant, se concentrer sur la présence d'une obligation neutre comme critère des contrats synallagmatiques risque de donner une vue inexacte du droit positif, en omettant de combiner ce caractère avec la gratuité ou l'onérosité. Comme il sera vu plus loin[2], cette difficulté concerne au premier chef la théorie de la

---

(1)Cf. infra Première partie, Titre 1, Sous-Titre 2.
(2)Cf. infra n° 525 et s.

cause : il s'agit de savoir si le débiteur de l'obligation caractéristique s'est engagé dans l'espoir de recevoir cette contrepartie (distinction de la vente et de la donation avec charge par exemple) et de déterminer ensuite si la loi a attaché la qualification à un couple précis obligation caractéristique/cause de son débiteur (comme c'est le cas pour la vente[1] ou le bail[2]) ou pas (comme c'est le cas pour le dépôt qui peut indifféremment être unilatéral gratuit, unilatéral onéreux ou synallagmatique onéreux[3]).

Dans un cas, pourtant, l'existence d'une contrepartie à l'obligation principale suscite une difficulté relativement autonome, qui ne recoupe pas exactement le problème des caractères onéreux ou synallagmatiques d'une structure de qualification et qui ne s'identifie pas totalement non plus à celui de la différenciation des obligations principales et accessoires : il s'agit de l'hypothèse désormais bien connue de la distinction des promesses unilatérales et synallagmatiques de vente[4]. Dans ce cas, en effet, il est facile de se rendre compte que la traditionnelle obligation de payer le prix qui pèse sur l'acquéreur dans une vente masque une obligation d'acheter.

104.– La distinction des deux contrats ne fait guère difficulté lorsque le bénéficiaire de la promesse ne s'est engagé à aucune obligation particulière[5]. Le promettant s'oblige à vendre un bien déterminé à un prix convenu. De surcroît, il s'interdit de vendre le bien à un tiers pendant le délai fixé d'un commun accord pour

---

(1)Cf. infra n° 577.

(2)Cf. infra n° 553 et s.

(3)Cf. infra n° 541 et s.

(4)Pour la doctrine, voyez : - *Ouvrages généraux* : L. BOYER, Rép. civ., v° Promesse de vente ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, «Contrats civils et commerciaux», n°59 et s. ; J. GHESTIN, «Le contrat», n°235-236 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, «La vente», n° 142 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n° 111 et s. ; «Les obligations», 1990, n° 354-355 ; MAZEAUD et CHABAS par DE JUGLART, T. 3 Vol. 2, n° 788 et s. ; J.-L. BERGEL, «La vente d'immeubles existants», Litec 1983, n°319 et s. ; J. SCHMIDT, «Négociation et conclusion de contrats», Dalloz 1982, n°486 et s. ; J.-M. MOUSSERON, «Technique contractuelle», n° 139-140 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-Cl. Civil, art. 1589, Fasc.2.
- *Ouvrages spéciaux* : L.-F. MAHOUDEAU, «Des promesses de vente», Thèse Paris 1886 ; P. FOISSIN, «Des promesses de vente», Thèse Toulouse 1924 ; Ch. BIQUEZ, «Les promesses de vente de fonds de commerce», Thèse Caen 1958, p.39 et s. ; P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon II 1973, n° 123 et s., p. 183 et s. ; A. LAPEYRE, «La promesse de vente», Litec 1975 ; F. BENAC-SCHMIDT, «Le contrat de promesse unilatérale de vente», Thèse LGDJ 1983 ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en Droit privé», Thèse Paris II 1985, n°468 et s. ; J. PICARD, «Technique de la vente d'immeuble-Avant-contrat-L'acte de vente», Litec 1984 ; Y. DAGORNE-LABBE, «Contribution à l'étude de la faculté de dédit», Thèse Paris II 1984 ; F. COLLART DUTILLEUL, «Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles», Sirey 1988, spéc. n°44 et s. ; P. ALLOUARD, «La promesse de vente : aspects de droit notarial», Thèse Lyon III 1990, spéc. n°24 et s.
- *Articles et chroniques* : J.-F. LUSSEAU, «La promesse unilatérale de vente immobilière», RTD civ. 1977, p. 483 et s. ; A. BENET, «Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale», JCP 1987, I, 3274.

(5)Demeurent sans influence les obligations qui se contentent de préciser la forme, le délai ou les modalités de la levée de l'option.

que le bénéficiaire manifeste son intention de lever l'option[1] ; à défaut de délai conventionnel, le bénéficiaire peut exercer son option pendant trente ans[2], sauf si le promettant, après lui avoir laissé un délai raisonnable, le met en demeure de prendre parti[3]. La confusion semble impossible avec la promesse synallagmatique de vente qui contient engagement réciproque de vendre et d'acheter de ses deux participants et qui, selon l'article 1589 du Code civil, vaut vente.

Pourtant, l'inexorable ascension de l'onérosité dans le droit des contrats a fini par atteindre la promesse unilatérale de vente[4] et les contractants se sont mis progressivement à stipuler des accords au contenu plus complexe. Deux stipulations ont fait leur apparition, de façon alternative ou cumulative. La première autorise le promettant à revenir sur son engagement en abandonnant au bénéficiaire une certaine somme d'argent. Elle peut constituer selon les cas une clause pénale ou une clause de dédit[5]. La seconde, qui a suscité davantage de difficultés, impose au bénéficiaire de verser une certaine somme au promettant s'il ne lève pas l'option, la somme s'imputant sur le prix dans le cas inverse.

Cette clause est à l'origine d'une jurisprudence abondante et longtemps confuse. L'enjeu des litiges soumis aux tribunaux est en général identique : l'acheteur potentiel décide de ne pas acheter le bien mais, pris de remords, refuse de verser la somme convenue ou en demande la restitution. Pour soutenir ces prétentions, divers arguments ont été invoqués selon les espèces. Le plus radical consiste à contester directement la validité de cette clause, mais cette objection n'est pas la plus fréquemment soutenue et les candidats acheteurs ont plus souvent joué, selon la nature des biens vendus, sur les dispositions impératives de certaines lois spéciales. S'agissant des fonds de commerce, l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 exige que le

---

(1)Selon l'heureuse innovation d'un auteur, il s'agit là d'une obligation de ne pas donner (P. BLOCH, «L'obligation de transférer la propriété dans la vente», RTD civ. 1988, p.673 et s., spéc.n°22, p.682). Il est étonnant qu'une analyse aussi rigoureuse ait été si longtemps masquée par la traditionnelle, mais en définitive incomplète, classification légale tripartite des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire...

(2)V. en ce sens : L.-F. MAHOUDEAU, Thèse précitée, p.155 ; A. VERDIER, «Les droits éventuels», n°129, p.108 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n° 91, p.133 ; L. BOYER, Rép. précité, n°164 ; J. PICARD, op. cit., n°156 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°23-24 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°61.
Contra : MAZEAUD, op. cit., n°795 (droit d'option imprescriptible).

(3)Jurisprudence constante : Civ. 10 juin 1941, DA 1941, p.274 ; Civ. 4 avril 1949, D. 1949, p.316 ; Civ. 3e 24 avril 1970, D. 1970 somm., p.176 ; RTD civ. 1971, p.133, obs. Y. LOUSSOUARN.
Sur cette question, en doctrine, v. : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 116 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°91 et s., p.132 et s. ; L. BOYER, Rép. précité, n°165 ; J. SCHMIDT, J.-Cl. précité, n°109 ; P. FOISSIN, Thèse précitée, p.54 (et les auteurs anciens cités).

(4)V. constatant cette évolution : Ph. MALAURIE, note D. 1958, p. 581 ; Ch. BIQUEZ, Thèse précitée, p.56 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n° 136, p. 201.

(5)V. par exemple : Com. 27 mars 1990, D. 1990, p.390, note E. S. DE LA MARNIERRE.

vendeur fournisse à l'acquéreur des informations précises sur le fonds vendu. La Cour de cassation a étendu cette exigence aux promesses synallagmatiques[1] mais a laissé les promesses unilatérales de vente en dehors du champ d'application de ce texte. Pour se dérober au paiement du «dédit», les acheteurs potentiels ont donc demandé la requalification de l'accord en promesse synallagmatique et, par contrecoup, la nullité de celui-ci pour absence des mentions obligatoires prescrites par le loi de 1935. Pour les promesses de vente d'immeuble ou de fonds de commerce, l'apparition de l'article 1840-A du Code général des impôts a inversé les rôles et les argumentations. En effet, ce texte n'invalide que les promesses unilatérales qui n'ont pas été passées par acte authentique ou qui n'ont pas été enregistrées dans les huit jours de leur acceptation par le bénéficiaire. Les candidats acheteurs ont donc intérêt dans cette hypothèse au maintien d'une qualification de promesse unilatérale et ce sont les promettants qui ont tenté d'obtenir des requalifications en promesse synallagmatique valable.

Ce contentieux s'ordonne autour de deux axes principaux. La jurisprudence a du préciser si la clause de «dédit» pesant sur le candidat acheteur dans une promesse de vente était toujours incompatible avec la qualification de promesse unilatérale et dans la négative, si elle ne l'était pas parfois.

105.– La première interrogation conduit à examiner la validité de cette stipulation en recherchant sa nature. Les premières décisions confrontées à ce genre de «dédit» ont admis sa validité et ont reconnu, explicitement ou implicitement, que la nature unilatérale de la promesse n'est pas altérée par la présence de la clause[2]. Après la seconde guerre mondiale et, il faut en convenir, face à des «dédits» d'un montant beaucoup plus élevé qu'auparavant, certaines juridictions ont commencé à manifester des réticences devant cette analyse. La Cour d'Orléans, notamment, a plusieurs fois réputé non écrite cette stipulation[3]. La justification invoquée est au départ assez floue :

---

(1) Com. 24 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955-1-p.35.

(2) Req. 1 avril 1924, S. 1926-1-p.54 (explicite) ; Paris 3 décembre 1930, DP 1931-2-p.147, note G. MINVIELLE (explicite) ; Paris 2 juillet 1931, Gaz. Pal. 1931-2-p.726 ; Colmar 27 octobre 1931, Rev. jur. Alsace-Lorraine 1932, p.100 (obligation alternative) ; Paris 7 novembre 1931, DH 1932, p.45 (malgré un montant fort élevé).
Sur la thèse intermédiaire (clause valable mais rendant la promesse nécessairement synallagmatique) : Ch. BIQUEZ, Thèse précitée, p.52 et s. (l'arrêt de la Chambre civile du 17 juillet 1930 cité par cet auteur à l'appui de cette thèse peut être interprété autrement, cf. infra n°108 (note).

(3) Orléans 21 janvier 1948, JCP 1948, II, 4388, note E. BECQUE ; RTD civ. 1948, p.350, obs. J. CARBONNIER ; Orléans 5 janvier 1949, D. 1949, p.501, note H. L. ; JCP 1949, II, 4962, note R. VOUIN ; Orléans 2 décembre 1953, cassé par Com. 23 juin 1958, D. 1958, p.581. V. déjà Tb. com. Marseille 14 mars 1935, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1935-1940, v° Fonds de commerce, n° 77.

la clause serait inconciliable avec l'essence de la promesse unilatérale où le bénéficiaire de la promesse doit rester libre de sa décision, puisqu'il ne s'est pas engagé à acquérir le bien promis. Mais dans son dernier arrêt[1], la Cour adopte l'analyse plus précise d'un annotateur qui estime que cette stipulation est dépourvue de cause[2]. Devant ce changement d'attitude, les juridictions favorables à la licéité de la clause ont dû préciser leur position en définissant la cause de cette indemnité. Pour la Cour de Paris, le «dédit» constitue «la contrepartie librement débattue et fixée de l'engagement pris par les propriétaires» de s'interdire pendant un certain temps de vendre leur bien à un tiers[3]. Cette solution a été reprise par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 23 juin 1958 qui affirme que «la cause de l'engagement pris par l'acquéreur éventuel de verser un dédit [réside] dans l'avantage que lui [procure] le promettant en s'interdisant de céder son fonds de commerce à une autre personne pendant un délai déterminé»[4].

106.– Cette décision, qui a emporté l'adhésion de la doctrine[5], aurait du fixer définitivement la jurisprudence. Pourtant, si elle a effectivement été suivie par la majorité des juges du fond[6], elle a été remise en question par un arrêt postérieur à la formulation ambiguë[7]. Cette hésitation semble trouver son origine dans une modification des stipulations des parties : les contractants ont commencé à insérer dans

---

Rappr. Douai 16 mai 1947, Gaz. Pal. 1947-2-p.203 (qui traite comme une promesse synallagmatique une promesse unilatérale, mais il est vrai que l'accord stipulait selon la Cour un «fort dédit»).

Adde approuvant la solution : A. VERDIER, op. cit., n°129, p.108.

(1)Orléans 2 décembre 1953, précité. Cette analyse avait déjà été envisagée par : Angers 22 février 1950, JCP 1950, II, 5554, note J. BECQUE.

(2)E. BECQUE, note précitée.

(3)Paris 5 décembre 1951, JCP 1952, II, 7296, note A. C. ; dans le même sens : Paris 5 juillet 1951, Gaz. Pal. 1951-2-p.227 (qui évoque encore l'idée de préjudice) ; Paris 5 mars 1952, JCP éd. N 1952, II, 7208 ; Aix 20 avril 1955, JCP 1955, IV, p.103 ; Tb. civ. Seine 19 octobre 1957, D. 1958, somm., p.61 ; adde : Lyon 6 juillet 1934, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1935-1940, v° Fonds de commerce, n° 78-79 ; Douai 25 juillet 1952, D. 1953, p.47 (validité affirmée sans précision sur la nature de la clause).

(4)Com. 23 juin 1958, D. 1958, p.581, note Ph. MALAURIE ; JCP 1958, II, 10857, note P. ESMEIN. Comp. Civ 3e 24 juin 1987, Gaz. Pal. 1987-2-pan. p.224 (dépôt de garantie...).

(5)V. par exemple : PLANIOL et RIPERT, T.6, n°144, note 3, p.168 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n° 123 ; MAZEAUD, op. cit., n°790-2 ; J. GHESTIN, note JCP 1965, II, 14060, sous Paris 18 décembre 1963 ; J.-F. LUSSEAU, chr. précitée, n° 12 ; A. LAPEYRE, «La promesse de vente», JCP 1975, I, 2691, n°6 ; J. DUPICHOT, «La prétendue «résolution amiable»...», Gaz. Pal. 1983-1-doct. p.215.

(6)TGI Seine 29 avril 1965, JCP 1966, IV, p.96 ; TGI Troyes 13 avril 1967, D. 1968, p.390, note A. ROUILLER. Adde pour une hypothèse originale : Versailles 29 novembre 1989, RDI 1990, p.380, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN (indemnité ayant une double cause : immobilisation et occupation autorisée par le propriétaire).

(7)Com. 6 janvier 1970, JCP 1970, II, 16240, note P. L. ; Journ. not. 1971, p.452, obs. J. VIATTE. Rappr. déjà pour l'ébauche d'un tel raisonnement : Angers 22 février 1950, précité.

leur accord deux clauses de «dédit», l'une au profit du bénéficiaire, l'autre au profit du promettant. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt évoqué, les juges du fond refusent d'annuler une promesse de vente d'un fonds de commerce pour violation de l'article 7 de la loi du 19 décembre 1963 (actuel art. 1840-A du Code général des impôts) au motif que la convention s'analyse en un échange d'obligations symétriques et constitue un contrat synallagmatique ; la Cour indique que la présence d'obligations réciproques résulte du fait que la charge du dédit sanctionne non seulement la défaillance de l'acquéreur, mais aussi celle du vendeur. Malgré la faiblesse d'une telle argumentation, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la Cour d'appel «ayant constaté, par adoption des motifs des premiers juges, l'existence «d'obligations alternatives rigoureusement symétriques» incombant à chacune des parties, a pu en déduire le caractère synallagmatique de l'accord intervenu».

Deux arguments incitent à n'accorder qu'une portée réduite à cette décision : l'utilisation du terme «d'accord» synallagmatique et non celui de promesse synallagmatique, et, surtout, la seconde branche du motif de rejet qui prend acte des circonstances de fait particulières à l'espèce qui permettent d'apporter la preuve de l'intention d'acquérir du cocontractant du promettant (entrée dans les lieux ; offre de services à des clients utilisant le papier à en-tête du fonds ; qualité de propriétaire prise pour solliciter auprès des autorités administratives la mutation du débit de boissons). Pourtant, c'est la formule des «obligations alternatives rigoureusement symétriques» qui a surtout retenu l'attention, sous l'influence d'un des annotateurs de l'arrêt[1]. Pour celui-ci, l'acceptation de la promesse unilatérale doit nécessairement entraîner la conclusion de la vente. Si le promettant peut se dédire, et par la même écarter cette conclusion, il ne peut y avoir de promesse unilatérale ; les contractants sont exactement dans la même situation et la réciprocité exacte de leurs engagements donne à la promesse une nature synallagmatique.

Cette analyse a été justement contestée[2]. La prétendue réciprocité des engagements est avant tout terminologique : le promettant et le bénéficiaire disposent chacun d'un «dédit», mais la nature de cette obligation de payer est en réalité différente. Pour le promettant il s'agit d'une véritable clause de dédit, alors que pour le bénéficiaire il s'agit d'une indemnité d'immobilisation, sauf si ce dernier a souscrit une véritable obligation d'acheter, ce qui ne peut résulter de la seule constatation d'une simple

---

(1) J. VIATTE, obs. précitées et, surtout, obs. Journ. not. 1970, p.741, sous Caen 16 février 1970 ; «Des promesses unilatérales de vente», Gaz. Pal. 1973-1-doct. p.67 (pour une position légèrement différente, qui réserve la qualification d'obligations parallèles à des promesses où le dédit pesant sur le promettant et celui concernant le bénéficiaire sont d'un montant identique).

(2) V. notamment B. BOCCARA, note JCP 1973, II, 17565 ; «De la notion de promesse unilatérale (régime fiscal et vente de fonds de commerce)», JCP 1970, I, 2357 bis, spéc. n°17 et s. ; J.-F. LUSSEAU, chr. précitée, n° 15.

symétrie verbale[1]. C'est ce qu'a fini par admettre la Cour de cassation dans une décision fondamentale, qui a fixé définitivement les principes généraux de la matière : «attendu que, sans méconnaître que le dédit stipulé à la charge du vendeur [sanctionne] la promesse de vente à laquelle celui-ci [s'est] obligé, la Cour d'appel a recherché la cause de la stipulation mettant à la charge [du bénéficiaire] le versement d'une indemnité au cas où il n'exercerait pas leur faculté d'acquérir ; qu'elle a retenu que cette indemnité [est] destinée à rémunérer le promettant de l'avantage temporaire consenti au bénéficiaire de la promesse et à compenser l'immobilisation de son bien pendant le délai convenu ; qu'elle a précisé que l'indemnité fixée, dont le montant [représente] approximativement le dixième du prix, est exclusive de toute contrainte à l'achat sous une forme détournée et n'altère en rien la liberté de décision du bénéficiaire ; qu'elle a ainsi constaté que, si la convention comportant des obligations réciproques [présente] un caractère synallagmatique, ces obligations, contrairement aux affirmations du pourvoi, [ne sont] pas «régulièrement symétriques» et ne [peuvent] donc constituer une promesse synallagmatique de vente»[2]

107.– La modification de l'article 1152 du Code civil, accordant un pouvoir modérateur au juge dans l'application des clauses pénales, a quelque peu relancé le

---

(1)Contra l'opinion isolée dans la doctrine récente de Y. DAGORNE-LABBE (Thèse précitée). Cet auteur adopte une conception large de la faculté de dédit qui englobe les clauses de dédit et les indemnités d'immobilisation (n°27 et s., spéc. p.42 et n°152 et s.). Malgré certaines différences, l'auteur estime que ces deux types de clauses sont unies par une identité de cause (cause dualiste : prix de l'option et indemnisation du préjudice de l'autre partie ; n°27, p.42, n°41 et n°45 et s.) et par une identité d'effets (n°27). Les deux clauses font coexister trois éléments communs : une option, une indemnité et un préjudice (n°27, p.43). Cette analyse n'emporte pas la conviction. Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale ne se retire pas d'un rapport de droit (comp. la définition générale donnée n°1) et la non-levée de l'option, contrairement aux vraies clauses de dédit (n°118-119), ne résout pas une promesse qui a été exécutée. Il est donc impossible de parler d'une identité d'effets et l'article 1675 du Code civil (n°102) ne peut suffire à expliquer un renversement de la solution normale. Ce texte n'a pas «créé» l'absence de rétroactivité dans la formation du contrat, il a confirmé une solution que la nature profonde de la promesse unilatérale imposait. L'assimilation des deux clauses pose d'ailleurs des difficultés à l'auteur dans l'analyse de la nature de la faculté de dédit, en nécessitant fréquemment des raisonnements spécifiques (n°133 ; n°138 et n°141).

(2)Com. 8 novembre 1972, JCP 1973, II, 17565, note B. BOCCARA ; Journ. not. 1974, p.200, obs. J. VIATTE.
Contrairement à ce qu'indique un auteur (F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°70 et s.), cette décision prend le contre-pied de l'arrêt de 1970 : la formule est en apparence identique, mais les contrats concrètement visés ont changé. L'importance de cet arrêt est en revanche soulignée, à juste titre, par plusieurs auteurs : Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°41, p.59 ; surtout M. GENINET, Thèse précitée, n°472.
V. aussi, avant cet arrêt de principe : Com. 9 novembre 1971, JCP 1972, II, 16962, note P. L. ; Journ. not. 1973, p.17, obs. J. VIATTE ; RTD civ. 1972, p.391, obs. Y. LOUSSOUARN ; D. 1972, p.62 (solution identique à l'arrêt du 8 novembre 1972, mais l'argument des obligations régulièrement symétriques n'avait pas été posé à la Cour) ; Com. 24 avril 1972, JCP 1972, II, 17144, note P.L. ; Journ. not. 1973, p.508, obs. J. VIATTE ; RTD civ. 1972, p.774, obs. Y. LOUSSOUARN (réponse ambiguë).
Depuis lors, cette question n'est plus discutée : Paris 28 mai 1985, BRDA 1985, n°15-16, p.23 ; Civ. 3e 13 décembre 1978, Bull. civ., III, n°373, p.287.

débat. A priori, l'indemnité d'immobilisation n'est pas concernée par ce texte. La clause pénale sanctionne l'inexécution d'une obligation, or le bénéficiaire d'une promesse unilatérale n'a pas l'obligation d'acquérir, malgré la présence de cette clause. Prétendre le contraire ruinerait toute l'évolution jurisprudentielle qui vient d'être évoquée. Pourtant, à y regarder de plus près, les définitions doctrinales laissent planer une certaine ambiguïté. S'il est courant d'évoquer la contrepartie de l'avantage conféré au bénéficiaire[1] ou le prix de l'option[2], il est tout aussi fréquent d'estimer que l'indemnité répare le préjudice subi par le promettant qui peut perdre une vente à des conditions plus intéressantes pendant le délai de la promesse[3]. A partir de là, le glissement intellectuel est rapide : l'indemnité d'immobilisation répare un préjudice, elle constitue une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts subis par le promettant, c'est donc une clause pénale. Certaines juridictions du fond ont succombé

---

(1) V. en ce sens : Ph. MALAURIE, note précitée, p.581 (très net) ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°135-136 ; B. BOCCARA, chr. précitée, n°9 ; MAZEAUD, op. cit., n°790-2 et 797 ; J. GHESTIN, op. cit., n°236 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°44-45 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°63 ; A. LAPEYRE, op. cit., p.9.

(2) J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-Cl. précité, n°70 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°520 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°471 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°153 ; J.-M. MOUSSERON, op. cit., n°140 ; J.-L. BERGEL, op. cit., n°325 ; A. LAPEYRE, op. cit., p.19.
En jurisprudence : Angers 22 février 1950, précité ; Tb. civ. Seine 19 octobre 1957, D. 1958, somm. p.61 ; Tb. civ. Seine 29 avril 1965, JCP 1966, IV, p.96.

(3) V. *en ce sens* : H. L., note précitée, D. 1949, p.501 ; J. CARBONNIER, obs. précitées, RTD civ. 1948, p.350 (qui oscille entre rémunération d'un service et réparation d'un préjudice) ; G. RIPERT, note D. 1950, p.309 ; RIPERT et BOULANGER, T.3, n°1381 ; Ch. BIQUEZ, Thèse précitée, p.51, 55 et 57 ; B. BOCCARA, note précitée, JCP 1973, II, 17565 et chr. précitée, n°9-10 ; M. BARON, «Formules de promesse unilatérale de vente soumise à la loi du 13 juillet 1979», Defrénois 1981, 32747, p.1265, spéc. p.1266 ; J. PICARD, op. cit., n°255-256 (qui y ajoute l'idée d'une contrainte) ; M. GENINET, Thèse précitée, n°473. V. déjà : DEMOGUE, obs. RTD civ. 1936, p.487 («compensation de l'inconvénient» de ne plus pouvoir vendre), sous Tb. Civ. Chambéry 9 janvier 1936. Rappr. en jurisprudence : Cons. Etat 23 décembre 1981, D. 1982, p.229, note J. SCHMIDT et F. BENAC-SCHMIDT.
Contra : J.-M. OLIVIER, note décisive citée infra ; L. BOYER, Rép. précité, n°32 ; A. BENET, chr. précitée, I,B.
Rappr. à propos des véritables clauses de dédit, qui joueraient un double rôle de rétractation et d'indemnisation : Ch. BIQUEZ, Thèse précitée, p.41, 43, 47 et (moins net) p.48 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°126 ; B. BOCCARA, chr. précitée, n°5 ; J.-F. LUSSEAU, chr. précitée, n° 11 ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°39 (clause pénale). Pour la critique de cette solution : A. BENET, chr. précitée, II, A ; R. CABRILLAC, note D. 1991, p.187 et s. spéc. n°15-17.
Adde : Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée. Les solutions défendues par cet auteur illustrent parfaitement les hésitations qui affectent cette matière. En ne levant pas l'option, le bénéficiaire exerce un droit ; l'auteur réfute donc toute idée de responsabilité (n°45 et n°159 et s.). Néanmoins, il estime que l'indemnité d'immobilisation possède une double cause : elle paie l'option et fixe le montant de la réparation du préjudice subi par le promettant (n°27, 41 et 45 et s.). L'auteur en déduit que même si la clause n'est pas une clause pénale (n°124 et s.), il devrait lui être appliqué par analogie l'article 1152 du Code civil (n°127). En définitive, cet auteur estime que les clauses de dédit, au sens large où il les entend, assurent la couverture du risque de préjudice créé par la possibilité de la non-réalisation du rapport de droit définitif envisagé par les parties. (n°162 et s.). L'analyse reste malgré tout très imprégnée de responsabilité et s'avère impuissante à fournir des solutions précises pour déterminer le régime juridique de la faculté de dédit, comme l'admet lui-même l'auteur (n°165).

à la tentation de cette analyse[1] et la Cour de cassation en a fait de même dans une décision, qui n'a pas, à l'époque suscité, de commentaires particuliers[2]. Depuis lors, la haute juridiction est revenue à juste titre sur cette solution. Elle refuse de qualifier l'indemnité d'immobilisation de clause pénale au motif «que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, n'étant pas tenu d'acquérir, ne manque pas à une obligation contractuelle en s'abstenant de requérir du promettant l'exécution de sa promesse»[3]. Cette position reçoit l'adhésion de la doctrine[4] et de la jurisprudence postérieure[5]. La matière a désormais atteint son point d'équilibre et les problèmes qui demeurent sont secondaires du point de vue de la qualification des contrats(6).

---

(1)Cf. les décisions Juris-Data appliquant l'article 1152 du Code civil, citées par J.-M. OLIVIER, note citée infra.
Contra (refusant la qualification de clause pénale) : Paris 19 mars 1981, D. 1981, IR, p.443, obs. Ch. LARROUMET ; Paris 9 novembre 1981, D. 1982, p.171, note J.-L. AUBERT ; Paris 23 novembre 1984, Rev. dr. imm. 1985, p.264 ; Rouen 6 juillet 1982, Gaz. Pal. 1983-1-somm. p.143.

(2)Civ. 3e 26 avril 1978, D. 1978, p.349, RTD civ. 1978, p.672, obs. G. CORNU («véritable clause pénale») et 1979, p.138, obs. Y. LOUSSOUARN. Il est vrai que que le moyen n'invoquait pas cet argument, mais la Cour de cassation aurait très bien pu rejeter le pourvoi (qui réclamait une révision de l'indemnité d'immobilisation sur le fondement de l'article 1152 du Code civil, révision que la Cour d'appel lui avait refusé sans motiver spécialement sa décision) en constatant que ce genre d'indemnité ne relevait pas du champ d'application de ce texte, nonobstant le motif surabondant de la Cour d'appel qui qualifiait la clause de peine.

(3)Civ. 3e 5 décembre 1984, Bull. civ., III, n° 208, p.162 ; Defrénois 1986, 33653, p.128, note J.-M. OLIVIER ; D. 1985, p.544, note F. BENAC-SCHMIDT ; JCP 1986, II, 20555, note G. PAISANT ; Defrénois 1985, p.1077, obs. J.-L. AUBERT ; Rapport de la Cour de cassation 1984, p.77.
Civ. 3e 5 décembre 1984, Bull. civ., III, n° 207, p.162 ; D. 1985, p.544, note F. BENAC-SCHMIDT.
Rappr. déjà : Civ 1e 1 février 1965, D.1965, somm., p.89 (la non-levée de l'option n'est pas en elle-même une faute donnant droit à des dommages et intérêts, mais, en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un contrat de droit privé).

(4)MAZEAUD, op. cit., n°797 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°123 ; L. BOYER, Rép. précité, n°40 ; J. GHESTIN, op. cit., n°236 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°63 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-Cl. précité, n°70 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°520 ; J.-L. AUBERT, note D. 1982, p.172 ; Ch. LARROUMET, obs. précitées, D. 1981, IR, p.443 ; J. MESTRE, obs. RTD civ. 1985, p.376 ; Ph. REMY, obs. RTD civ. 1985, p.592 ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°39 et n°56 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°54 ; J.P. FORESTIER, «Clause de dédit en matière de promesse de vente», Administrer Novembre 1986, p.10 ; A. BENET, chr. précitée, I, A. ; P. ALLOUARD, Thèse précitée, n°38 (qui parle d'obligation facultative, n°28 analyse discutable faute d'obligation principale).
V. déjà P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°125 (implicitement) ; B. BOCCARA, chr. précitée, n°9 ; ne tranchant pas : J.-L. BERGEL, op. cit., n°325.
Comp. Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, qui réfute la qualification de clause pénale (n°20 et n°124 et s.), mais souhaite l'extension par analogie de l'article 1152 du Code civil (n°127).

(5)Civ. 3e 24 juin 1987, Gaz. Pal. 1987-2-pan. p.224 (dépôt de garantie) ; Paris 28 janvier 1988, D. 1988, IR, p.64 ; Paris 31 mai 1990, D. 1990, IR, p.180.
Contra : Paris 6 novembre 1985, BRDA 1986, n°3, p.17.

(6)Deux problèmes principaux demeurent.
- *La réductibilité de l'indemnité d'immobilisation* - L'arrêt de 1984 a cassé la décision attaquée parce que les juges du fond n'avaient pas recherché si l'indemnité avait été fixée par les parties en fonction de la durée de l'immobilisation, ce qui pouvait autoriser une réduction de celle-ci en cas de renonciation anticipée. La solution a jeté un certain trouble : sa formulation laissait à penser

108.– Une promesse peut rester unilatérale malgré la présence d'une indemnisation d'immobilisation, tel est le principe. Ceci ne signifie pas pour autant que l'insertion d'une telle clause n'est jamais sans conséquence sur la nature de la promesse. Si l'indemnité d'immobilisation n'est pas toujours incompatible avec le caractère unilatéral de la promesse, elle peut l'être parfois. Une fois passées les premières espèces qui stipulaient des indemnités d'un faible montant[1], la jurisprudence a rapidement senti la nécessité d'une telle nuance[2]. Encore une fois, l'arrêt de principe date de 1958[3]. La Cour d'appel ayant jugé que l'importance du

---

qu'elle ne jouait qu'en cas de stipulation particulière des parties, mais la clause du cas d'espèce était d'une rare banalité. Fallait-il donc y voir une solution de principe ? La réponse négative est désormais certaine (Civ. 3e 10 décembre 1986, JCP 1987, II, 20857, note G. PAISANT ; v. pourtant Paris 31 mai 1990, D. 1990, IR, p.180) : l'indemnité d'immobilisation n'est réductible en cas de renonciation anticipée que si les parties ont clairement adopté un mode de de calcul de l'indemnité tenant compte de la durée effective de l'immobilisation (v. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 123 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°58 et 62 ; L. BOYER, Rép. précité, n°41 ; comp. J. GHESTIN, op. cit., n°236).

- *La qualification de l'indemnité excessive* - Plus délicate et plus incertaine est la question de la requalification de l'indemnité d'immobilisation lorsque son caractère excessif rend la promesse synallagmatique. En effet, la clause ne peut plus constituer une indemnité d'immobilisation : le promettant n'immobilise plus rien puisqu'il a obtenu le consentement de l'acheteur. Mais la clause peut-elle constituer une clause pénale ou une clause de dédit ? Pour certains auteurs, il peut s'agir de l'une ou l'autre, selon la volonté des parties (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1990, n°111 et n°124, à comp. avec l'édition 1991, n°111, plutôt en faveur de la clause pénale ou en tout cas de l'application de 1152 ; adde en faveur de la clause pénale : J.-P. FORESTIER, chr. précitée ; rappr. l'hypothèse voisine des clauses concernant le bénéficiaire, après la levée de l'option : F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°56 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°63 note 3, la volonté des parties est ici le critère déterminant). Mais cette solution est loin d'être convaincante. Selon la proposition séduisante d'un auteur, un des critères de distinction du dédit et de la clause pénale réside dans la détermination du titulaire de l'option : pour la clause pénale, le créancier peut choisir entre le versement de la clause et l'exécution forcée, alors que pour la clause de dédit, le débiteur peut se soustraire au rapport de droit sans que son cocontractant puisse faire quoi que ce soit (J.-L. AUBERT, note D. 1982, p.171 ; dans le même sens : F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°54 ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°125 ; P. ALLOUARD, Thèse précitée, n°25 ; J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN, obs. citées infra ; v. déjà, mais avec moins de netteté : Ch. BIQUEZ, Thèse précitée, p.47 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°125 ; en jurisprudence, rappr. Civ 3e 9 janvier 1991, Defrénois 1991, 34987, p.373, obs. H. SOULEAU ; Rev. dr. imm. 1991, p.489, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN, à propos d'un contrat de construction). En appliquant ce raisonnement à la requalification de l'indemnité d'immobilisation, il semble évident que c'est le débiteur de l'indemnité («anciennement» le bénéficiaire) qui peut exercer discrétionnairement l'option : il devrait donc toujours s'agir d'une clause de dédit, non réductible (v. en ce sens F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°55 et n°52 ; sur les problèmes que pourrait poser une requalification en clause pénale, cf. infra, n°111 (note). La jurisprudence ne semble pas encore tranchée (Rouen 6 juillet 1982, précité, clause pénale ; rappr. Paris 9 novembre 1981, précité, clause pénale après la levée de l'option).

(1) Paris 3 décembre 1930 ; Paris 2 juillet 1931, précités.

(2) V. en effet déjà : Civ. 17 juillet 1930, S. 1931-1-p.297, note F. HUBERT ; Douai 16 mai 1947, précité ; Angers 22 février 1950, précité.

(3) Com. 5 février 1958, Bull. civ., III, n° 62, p.51. Il convient de remarquer que cet arrêt a précédé de quelques mois celui concernant la validité et la cause du dédit.

«dédit» donnait à la promesse un caractère synallagmatique, le demandeur au pourvoi prétend que cette clause accessoire ne peut pas modifier la nature de l'acte principal, ni créer à la charge des parties des obligations non prévues. La Cour de cassation rejette cette prétention et approuve la solution des juges du fond puisque l'importance du «dédit» contraint «sous une forme détournée» la bénéficiaire de la promesse à acheter. Depuis, la solution posée par cet arrêt n'a jamais été remise en cause[1].

109.– Quels enseignements tirer de cette évolution jurisprudentielle ? Sous ses deux facettes, ce contentieux ramène toujours à la même conclusion : une qualification de vente ou de promesse synallagmatique de vente ne peut exister sans la présence d'une obligation d'acquérir prise par le cocontractant du vendeur[2]. D'ordinaire, cette obligation est masquée par l'obligation de payer une somme d'argent représentant le prix convenu : en acceptant de souscrire l'obligation de payer le prix, le cocontractant exprime aussi son intention d'acquérir. Comme l'indique un auteur, qui adopte une présentation différente, il faut distinguer l'accord sur le principe d'un contrat et l'accord sur son contenu. Le bénéficiaire est d'accord avec le promettant sur le contenu du contrat futur de vente, mais il n'en a pas encore accepté le principe, au contraire de l'acheteur à part entière ou du bénéficiaire d'une promesse synallagmatique de vente[3]. C'est donc bien l'absence d'engagement d'acheter qui caractérise la promesse unilatérale de vente. Le paiement d'une somme d'argent n'établit pas ipso facto une intention d'acquérir : encore faut-il établir la cause de cette prestation[(4)]. Telle est bien la démarche adoptée par la jurisprudence avant d'arriver à

---

(1)Com. 20 novembre 1962, D. 1963, p.3 ; Com. 11 mai 1970, Bull. civ., IV, n° 154, p.138 ; Caen 16 février 1970, D. 1970, p.399 ; JCP 1970, II, 16526 ; Journ. not. 1970, p.741, note J. VIATTE ; pourvoi rejeté par Com. 9 novembre 1971, D. 1972, p.62 ; JCP 1972, II, 16962, note P. L. ; Journ. not. 1973, p.17, note J. VIATTE ; RTD civ. 1972, p. 391, obs. Y. LOUSSOUARN ; Civ 3e 31 mars 1981, Gaz. Pal. 1981-2-pan. p.308 ; Com. 13 février 1978, Bull. civ., IV, n° 60, p.49 ; Com. 24 octobre 1984, Bull. civ., IV, n° 282, p.228. Cette dernière décision concerne une hypothèse originale : les parties avaient convenu que le montant de l'indemnité d'immobilisation serait laissé à l'appréciation d'un juge. La Cour d'appel avait décidé qu'une telle stipulation excluait toute pression sur le bénéficiaire puisque la juridiction saisie n'aurait jamais choisi un montant excessif. La Cour de cassation en décide autrement au motif que le montant de l'indemnité était inconnu. La solution est loin d'emporter la conviction : le pouvoir du juge était strictement limité à l'évaluation de l'immobilisation et une expertise aurait conduit immanquablement à une indemnité proche de la moyenne des pratiques notariales.

(2)V. encore récemment : Civ. 3e 13 décembre 1978, Rev. dr. imm. 1979, p.355 ; Com. 15 novembre 1982, Bull. civ., IV, n°351, p.296 ; Civ. 3e 27 avril 1983, JCP 1983 éd. N., Prat., p.16 ; Civ. 3e 20 juin 1984, Gaz. Pal. 1985-1-pan. p.32 ; Com. 25 avril 1989, Defrénois 1991, 34950, p.108, note Y. DAGORNE-LABBE.

(3)P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n° 68, p.92.

(4)C'est donc, semble-t-il, la cause du paiement du prix dans la vente qui permet à cette obligation d'exprimer de surcroît l'intention d'acheter du cocontractant du vendeur.

la conclusion de la possibilité d'une promesse unilatérale de vente avec indemnité d'immobilisation.

110.– Dans cette approche, certaines décisions ont été troublées par une contradiction : il semblait impossible qu'une promesse unilatérale soit... synallagmatique. Or ce paradoxe est purement terminologique. Très vite, les auteurs ont souligné que seule la promesse est unilatérale, alors que le contrat qui la contient est synallagmatique[1]. Ce qui revient à dire, pour utiliser les termes et les concepts développés dans cette recherche[2], que la structure de qualification de ce genre de promesse est unilatérale – elle ne comprend qu'une seule obligation, celle du promettant – alors que la structure globale de l'accord concret voulu par les parties est synallagmatique - cette structure prend en compte toutes les obligations du contrat, elle inclut par conséquent l'indemnité d'immobilisation[3].

De surcroît, les tribunaux ont été déroutés par la conséquence d'un tel raisonnement : l'indemnité souscrite par le bénéficiaire est une obligation accessoire, alors qu'elle est la seule souscrite par ce contractant ! Ce n'est pas une obligation principale qui relègue l'indemnité d'immobilisation au second rang, c'est un vide : l'absence d'obligation principale d'acquérir[4]. Mais ici encore, la contradiction n'est qu'apparente. Ce genre de situation se rencontre souvent : sa seule originalité tient au fait que l'obligation qui sert de support à l'unique obligation accessoire d'un contractant est une obligation de son cocontractant[5]. La promesse unilatérale demeure cependant originale sur un point : le lien d'accessoire ne repose pas sur un rapport d'affectation, mais sur un rapport d'équivalence de second rang. L'indemnité

---

(1)V. par exemple : Ph. MALAURIE, note précitée, p.582 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°138, p.204 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°49 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», n°355 ; MAZEAUD, op. cit., n°790 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-Cl. précité, n°6 et n°69 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°491 et 520 ; J.-L. BERGEL, op. cit., n°325 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°154 ; Ch. LARROUMET, obs. précitées, D. 1981, IR, p.443 ; M. BARON, «A propos des formules de promesse unilatérale de vente soumise à la loi du 13 juillet 1979», Defrénois 1983, 33068, p.657 et s., spéc. p.669 ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, note 128, p.71 et n°87, p.113.

(2)Cf. supra n°70 et infra n°498 et s.

(3)C'est semble-t-il à une idée voisine que fait allusion la Cour de cassation (8 novembre 1972, précité) lorsqu'elle réserve la qualification de promesse synallagmatique aux contrats stipulant des obligations «régulièrement symétriques». Le mot «régulièrement» évoque un cloisonnement entre deux rapports synallagmatiques, l'un concernant les obligations de vendre et d'acheter, l'autre l'indemnité et l'obligation de ne pas vendre (rappr. M. GENINET, Thèse précitée, n°473, qui ne différencie pas ces deux structures)

(4)V. implicitement : P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°123, p.183 et surtout n°129, p.192. Dans la section consacrée à l'étude des «clauses accessoires», l'auteur affirme que «par une clause principale, le bénéficiaire a retenu son consentement au contrat définitif».

(5)Cf. infra n°390.

d'immobilisation est la contrepartie de l'obligation de ne pas donner du promettant, dont elle emprunte par contrecoup le caractère accessoire[1].

111.- Le tempérament jurisprudentiel apporté à cette solution lorsque l'indemnité est d'un montant trop important repose sur les mêmes fondements : si l'indemnité est excessive, le bénéficiaire ne consentira jamais à la perdre et cette stipulation, par la contrainte détournée à l'achat qu'elle induit, fait apparaître une obligation d'acquérir qui montre le caractère synallagmatique de la promesse. Cet assouplissement est critiqué par certains auteurs[2]. Pour eux, même si l'indemnité d'immobilisation est élevée, sa cause reste le prix de l'option. La solution jurisprudentielle semble pourtant préférable. Tout d'abord, il convient de bien analyser ce contentieux. Il n'emporte quasiment aucun choix structurel : les tribunaux ne remettent pas en cause la faculté d'introduire une indemnité d'immobilisation dans une promesse unilatérale. Leur intervention est semble-t-il antérieure ; elle se situe lors de l'identification de l'accord concret conclu par les parties. Selon le principe bien connu, les tribunaux ne sont pas liés par les dénominations utilisées par les parties et ils déterminent la nature d'un accord en attachant davantage de prix à ce que les contractants ont fait plutôt qu'à ce qu'ils ont dit. En d'autres termes, ils ne disqualifient pas la promesse[3], ils déterminent la nature qui a toujours été la sienne[(4)]. Ensuite, la seule conséquence structurelle

---

(1)Cf. infra n°411 (note).

(2)V. par exemple : B. BOCCARA, chr. précitée, n°21 et s., spéc. n°23 (qui excepte quand même les indemnités d'un «montant anormalement élevé») ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°132 et s. ; L. BOYER, Rép. précité, n°37 ; «La clause de dédit», Mélanges RAYNAUD, p.43 et s., spéc. n°19 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°520 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°31 et 50 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°471 ; A. BENET, chr. précitée, II, B. Comp. I. NAJJAR, note D. 1983, p.57, spéc. p.58-60.
Contra : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 111 et n° 124 ; MAZEAUD, op. cit., n°797 ; J. GHESTIN, op. cit., n°236 in fine et plus nuancé, J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°154 ; J.-L. BERGEL, op. cit., n°325 et 328 ; J.-F. LUSSEAU, chr. précitée, n° 16 ; J. VIATTE, chr. précitée, Gaz. Pal. 1973-1-p.68 ; J. DUPICHOT, chr. précitée, p.215 ; J.-P. FORESTIER, chr. précitée ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°19 et s. ; P. ALLOUARD, Thèse précitée, n°31 et s.
Comp. : - les auteurs anciens qui défendaient, en cas de clause d'un montant excessif, la nullité de la stipulation : RIPERT et BOULANGER, T.3, n°1381 ; RIPERT, note D.1950, p.309. Pour un soutien récent, regrettant que la solution ne fasse pas partie du droit positif : Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°46.
- L.-F. MAHOUDEAU, Thèse précitée, p.210, pour qui la présence d'une telle indemnité sous-entend nécessairement l'intention d'acheter et qui qualifie la convention de promesse synallagmatique.

(3)Rappr. plus généralement D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°261 et n°268 (l'auteur écarte le terme de disqualification au profit de celui de requalification).

(4)Cette constatation a son importance. En effet, lorsque la promesse se voit attribuer la nature d'une promesse synallagmatique, la clause autorisant l'acheteur à se rétracter ne peut «plus» être une indemnité d'immobilisation. Elle ne peut constituer qu'une clause de dédit ou une clause pénale (sur le choix préférentiel de la clause de dédit, cf. supra n°107 (note)). S'il s'agit, malgré les réserves qu'appellent cette qualification, d'une clause pénale, il pourrait paraître tentant de réduire la clause en vertu de l'article 1152 du Code civil puis, le caractère excessif ayant disparu, revenir à la

entraînée par cette analyse paraît assez raisonnable. En effet, à cause de ce tempérament jurisprudentiel, il semble qu'il soit impossible de stipuler une promesse unilatérale avec une indemnité très élevée, sans que celle-ci soit traitée comme une promesse synallagmatique. Une telle position a sa logique, quoiqu'en disent certains : en poussant le raisonnement à l'extrême, le montant de l'indemnité pourrait équivaloir au prix de la chose ! Accepter cette solution omettrait le caractère provisoire de la promesse. Il y a là une contrainte inhérente à la nature de ce contrat. Dernière étape[1] avant l'acquisition définitive d'un droit, la promesse ne peut avoir un coût propre qui se rapproche trop de la valeur du droit transféré[2]. Toutefois, ces critiques doctrinales ont le mérite de remettre en cause les critères jurisprudentiels d'appréciation du caractère excessif de l'indemnité. En bonne logique, la disqualification s'impose lorsque le montant de l'indemnité ne peut être causé par la seule immobilisation : sa disproportion devrait donc s'apprécier par rapport à la valeur du bien cédé et à la durée de la promesse[3]. En pratique, ce second élément passe en général au second plan, au profit d'une comparaison entre le seul montant de l'indemnité et la valeur du bien. La dérive peut se comprendre puisqu'encore une fois la promesse prépare une acquisition définitive : une très forte avance serait mieux employée à cet achat qu'à celui de l'option. Cependant, ces auteurs critiques soulignent que des circonstances particulières peuvent pousser le bénéficiaire à préférer l'abandon d'une très forte indemnité plutôt qu'un achat qui lui coûterait encore plus cher à terme[4]. Certes, ces situations ne concerneront des particuliers qu'à titre exceptionnel, mais il serait effectivement souhaitable d'élargir l'appréciation du caractère excessif à ces circonstances[5], à la condition qu'elles soient entrées dans le champ contractuel.

---

qualification de promesse unilatérale. Or, la dernière étape est exclue et procède d'une erreur de raisonnement. Dans un premier temps, l'accessoire («l'indemnité d'immobilisation») n'influe sur le principal que parce qu'elle sert de révélateur à la volonté réelle des parties. Cette tâche accomplie, le raisonnement prend un tour plus classique : le principal (la nature synallagmatique de la promesse et l'obligation d'acquérir) influe sur l'accessoire en lui interdisant une qualification, celle d'indemnité d'immobilisation. Dès ce moment, la nature du contrat est définitivement fixée et l'accessoire, la clause pénale, ne peut plus jouer de rôle dans la qualification. La volonté des parties n'a pas à être recherchée, puisqu'elle l'a déjà été (la recherche se ferait d'ailleurs suivant des bases nouvelles, différentes des prévisions initiales des parties).

(1)Ou avant-dernière, si l'absence d'un élément de perfection du contrat définitif transforme la promesse unilatérale en promesse synallagmatique.

(2)Comp. pour une opinion plus nuancée : I. NAJJAR, note D. 1983, p.57, spéc. p.60.

(3)V. en ce sens : Ph. MALAURIE, note précitée, p.582 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°50 ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°59 ; A. LAPEYRE, op. cit., p.9 ; P. ALLOUARD, Thèse précitée, n°36.

(4)P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°132, p. 195 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°50 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°471.

(5)Dans le sens de cet élargissement : A. BENET, chr. précitée, in fine.

112.– Malgré son systématisme apparent, cet examen successif de l'obligation caractéristique et de l'obligation neutre n'épuise pas l'inventaire des procédés techniques de qualification tenant compte de l'existence d'une obligation. En effet, jusqu'à présent, les hypothèses étudiées présupposent une certaine stabilité de l'obligation utilisée pour qualifier le contrat : ni l'écoulement du temps, ni la survenance d'un événement extérieur ne remettent en cause la présence de celle-ci. Or, les parties peuvent trouver dans le Code civil un arsenal technique leur permettant d'affecter leurs obligations, voire leur accord tout entier, de différentes modalités qui affinent l'option un peu sommaire entre la présence et l'absence d'une prestation.

SECTION 3

LES MODALITES DES OBLIGATIONS

113.– Le Code civil consacre des développements non négligeables aux modalités qui peuvent affecter les obligations. Parmi celles-ci, deux retiennent particulièrement l'attention : le terme et la condition[1]. Les contractants peuvent par ce biais technique adapter les cadres légaux à leurs besoins spécifiques, sans porter atteinte à la nature initiale du rapport de droit. Toutefois, il est permis de se demander si ces modalités peuvent être prises directement en compte dans l'opération de qualification, au point d'en devenir un critère à part entière. Est-il concevable qu'un terme ou qu'une condition accèdent au rang d'élément constitutif d'une structure normative de qualification ? Les contractants peuvent-ils échapper à une qualification en y introduisant une modalité qui n'y figure pas d'habitude[2] ? Une réponse tranchée est impossible et la matière réserve quelques surprises. Aussi, une étude plus approfondie du rôle joué par le terme (I) et la condition (II) en matière de qualification mérite d'être entreprise.

Auparavant, une précision doit être apportée. Le terme et la condition, s'ils exercent une influence, ne peuvent le faire que parce qu'ils altèrent l'existence d'une obligation et non sa nature. Il n'y a guère qu'une modalité qui puisse concerner la nature d'une obligation : l'obligation alternative[3]. Dans cette hypothèse, la qualification peut

---

(1) V. aussi pour les contrats par abonnement : il s'agit d'une modalité du contrat qui demeure sans influence sur sa nature (B. GROSS, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 790, n°8-9).

(2) Il n'est pas question, en revanche, de discuter ici de la qualification de certaines conditions qui, sous l'apparence d'une modalité, déguisent soit une charge ou une obligation accessoire («je donne si vous faites ceci...), soit la contrepartie escomptée («je vend si vous payez le prix...). Il s'agit là d'un problème de recherche de la volonté des parties, de mise en évidence de la nature de la structure concrète d'obligations qu'ils ont stipulée et non d'un problème de structure normative. Sur cette question, cf. J.-J. TAISNE, «La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle», Thèse Lille 1977, n°141 et s. et J.-Cl. cité infra, n°52 et s., qui propose comme critère la possibilité de contrainte voulue ou non par les parties (n°148).

(3) V. en ce sens : B. PETIT, note JCP 1989, II, 21318.
Sur ces obligations : M.-J. GEBLER, «Les obligations alternatives», RTD civ. 1969, p.1 et s.

exceptionnellement être cumulative : le débiteur de l'obligation alternative a en effet souscrit l'une et l'autre des prestations, même si en définitive il n'exécutera que l'une d'entre elles[1]. S'il s'agit d'un contrat simple et que c'est l'obligation caractéristique qui est alternative, le contrat aura cumulativement les deux qualifications impliquées par ses deux prestations, par exemple un transport et un dépôt[2]. Si c'est l'obligation

---

(1)Il est en revanche impossible de retenir l'existence d'une obligation alternative entre une prestation et... l'absence de prestation.
Comp. l'exclusion pour la promesse unilatérale de vente de l'obligation alternative d'acheter ou de payer l'indemnité d'immobilisation, puisque le bénéficiaire n'a pas l'obligation d'acheter (v. par exemple : F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°47-48).
Rappr. pour un contrat de révélation de savoir-faire qui impose soit le versement de la rémunération convenue si le savoir-faire est exploité, soit l'obligation de renoncer à toute divulgation dans l'hypothèse inverse (exemple tiré de l'article de J.-M. LELOUP, «La création de contrats par la pratique commerciale», «L'évolution contemporaine du droit des contrats», Journées R. SAVATIER, PUF 1986, p.171) ; Paris 7 mars 1989, JCP 1989, II, 21318, note crit. B. PETIT (l'arrêt vise une condition suspensive, qualification que l'annotateur redresse, à juste titre, au profit de celle d'obligation facultative ou alternative).

(2)Rappr. - M.-D. DICKSON et Ph. ARABYAN, «*Le performance bond*», Rev. Banque 1987, p.936. Par ce contrat, une compagnie d'assurance promet d'accomplir, en cas d'inexécution d'un marché principal, soit une obligation de faire (terminer le marché), soit une obligation de payer proche d'un cautionnement (indemniser le créancier du préjudice inhérent à la non-exécution). La situation, qui peut être rapprochée de certaines garanties de bonne fin, correspond à une obligation alternative. Une référence à une obligation facultative semble difficilement concevable : si l'obligation de faire constitue l'obligation première, sa disparition ne saurait faire disparaître l'obligation d'indemniser comme ce devrait être le cas pour une obligation facultative ; par ailleurs, ériger l'obligation d'indemniser en prestation première à laquelle pourrait se substituer facultativement l'obligation de faire, semble assez peu conforme à l'économie dont l'originalité provient justement de cette prestation de faire accomplie à des fins de garantie (cf. infra n°256).
- la situation rencontrée pour *l'affacturage*. Dans cette convention (cf. infra n°655), l'affactureur s'engage à payer à son adhérent les factures que celui-ci établit sur ses propres clients. L'affactureur devient titulaire de la créance par subrogation ou cession de créance et prend à sa charge les risques liés au recouvrement. Mais, et c'est ici que surgit la difficulté, l'affactureur n'assume ce risque que pour les factures qu'il a approuvées ; pour les autres, il peut se charger de l'encaissement à titre de mandataire. A la limite, cette faculté en apparence discrétionnaire pourrait lui permettre de faire disparaître l'aléa qu'il a accepté de prendre en charge, en refusant d'approuver toutes les factures pour lesquelles il a le moindre doute. La doctrine reste discrète sur ce problème (v. quand même : R. LALLEMANT, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 870, Affacturage, n°14, qui élimine l'article 1174 au motif que l'approbation est une obligation particulière à l'intérieur d'un contrat plus général, objection qui reste vague ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, «Le contrat dit de "factoring"», JCP 1966, I, 2044, n°50, qui évoquent la possibilité d'un abus de droit ; adde évoquant aussi cette possibilité : Ph. DELEBECQUE, «Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix 1981, n°267, p.302). En réalité, si la prise en charge du risque est sous condition potestative du factor, l'appréciation de celui-ci ne semble pas discrétionnaire puisque la commission générale de factoring ne paraît s'appliquer qu'aux factures acquises avec le risque du non-paiement (L.-E. SUSSFELD, «Le factoring», p.40). Le factor est un commerçant et s'il souhaite éviter des pertes, il désire aussi réaliser un gain le plus souvent possible : il a donc un intérêt à ne pas faire défaillir la condition (v. en ce sens : J. LE TOUX, «Le contrat de factoring», Thèse Rennes 1977, n°104, p.183). Une rémunération uniforme, dissimulée derrière un paiement global des services commerciaux et financiers assumés par le factor appelerait en revanche les plus vives réserves. A un moindre titre, il est également possible de considérer que l'approbation ne se réalise pas selon des critère arbitraires, mais qu'elle dépend de la solvabilité des clients de l'adhérent, que le factor apprécie grâce aux renseignements commerciaux dont il dispose (J. LE TOUX, Thèse précitée, n°104, p.183). L'argument semble moins convaincant car les tribunaux écartent l'article 1174 du Code civil si les critères sont objectifs et judiciairement contrôlables, ce qui n'est pas certain.
Toute difficulté est écartée si la convention est analysée comme une promesse unilatérale de subrogation dont le factor lève ou non l'option (rappr. M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les

neutre qui est alternative, le contrat pourra être selon les cas un contrat simple et un faux-contrat mixte (hypothèse du prix en argent ou en nature) ou un contrat simple et un contrat mixte par opposition (vente ou échange[1])[(2)].

I - LE TERME

114.- Le terme est une «modalité d'un acte juridique faisant dépendre l'exécution ou l'extinction d'un droit d'un événement futur dont la réalisation est certaine»[3]. Cette définition montre assez clairement que l'influence du terme sur la qualification est a priori inexistante. Comme l'indique l'article 1185 du Code civil, le terme se contente de retarder l'exécution d'une obligation. Il ne concerne ni la formation du contrat, ni sa perfection, c'est à dire sa potentialité à produire des effets de droit[4].

115.- Lorsque le terme est introduit par les parties dans un contrat qui normalement n'en contient pas, il ne peut entraîner de modification de la structure de l'accord susceptible d'en altérer la qualification. C'est toujours le cas lorsque le terme affecte le contrat dans son ensemble (ou la totalité de ses obligations). Ainsi, un bail

---

problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, p.16, où l'auteur évoque une offre de l'adhérent que le factor accepte ou non). La solution est peut être admissible, si telle est la volonté des parties, pour les affacturages qui prévoient une approbation de chaque créance. Elle est exclue lorsque le factor fixe un encours par client, puisque dans cette hypothèse, il ne peut refuser le transfert des créances avant que le montant prévu soit atteint, ce qui signifie qu'il a déjà donné son consentement à celle-ci. Or, la stipulation d'encours correspond, en France, à l'hypothèse la plus courante (J. LE TOUX, Thèse précitée, n°107 in fine).
En revanche, il paraît difficile d'évoquer en l'espèce une obligation facultative, car l'encaissement à titre de mandataire n'est pas, semble-t-il, obligatoire pour le factor qui pourrait aussi le refuser et ce mandat n'est pas considéré comme un moyen de se libérer de l'obligation principale, mais comme une autre obligation.

(1)Quoiqu'il soit possible de soutenir que le caractère alternatif de l'obligation lui retire son caractère d'obligation caractéristique, ce qui excluerait la qualification de contrat mixte par opposition, au profit d'une qualification de faux-contrat mixte (cf. infra n°1232 et s.).

(2)L'analyse n'est pas transposable aux obligations facultatives. Dans celles-ci, en effet, les prestations assumées par le débiteur ne sont pas placées sur un pied d'égalité : le débiteur doit une prestation unique, mais peut se libérer en accomplissant une autre prestation (cf. en ce sens : B. PETIT, note précitée). La situation s'apparente donc, soit à un faux-contrat mixte, soit à un contrat simple avec dation en paiement.

(3)R. GUILLIEN et J. VINCENT, «Lexique de termes juridiques», 4e édit., Dalloz 1978.
Adde : F. DERRIDA, Rép. Civ., v° Terme ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», n°1100 et s. ; MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, «Les obligations», T.2 Le régime, n°46 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, T.2 Vol.1, n°1014 et s. ; D. VEAUX et A. HONORAT, J.-Cl. Civil, art.1185 et 1189.

(4)M. GENINET, Thèse précitée, n°60.

peut être conclu à une certaine date et ses effets reportés à une date ultérieure (entrée dans les lieux et paiement du loyer[1]). La solution est la même lorsque le terme ne concerne qu'une des obligations de l'accord : le report de l'obligation de délivrance dans la vente ou celui du prix dans les ventes à tempérament restent sans influence sur la qualification du contrat.

Néanmoins, cette neutralité n'est vérifiée que pour la structure de qualification. L'introduction d'un terme dans une structure légale peut perturber la structure globale du contrat. Par exemple, dans la vente avec réserve de propriété, le terme qui affecte le transfert laisse apparaître, antérieurement au paiement, une période où l'acheteur détient la marchandise sans en être propriétaire. Il convient alors de préciser la situation des parties avant l'exécution de l'obligation de donner. L'appréciation doit s'effectuer par rapport à l'ensemble de la convention. La nature du terme est ici essentielle. Ne portant pas atteinte à l'existence des obligations et, a fortiori, à celle du contrat, le terme dispense de recourir à la fiction d'une convention séparée de dépôt ou de prêt à usage. C'est bien au titre de la vente que l'acheteur détient le bien et c'est par le biais d'obligations accessoires intégrées dans celle-ci que la question doit être résolue[2].

116.– La situation semble différente dans certaines hypothèses où le terme paraît constituer un élément essentiel à la nature du contrat et à sa validité. Deux séries de cas méritent d'être distingués.

La première série d'hypothèses correspond aux contrats successifs tel le bail, qui combine un terme résolutoire pour le transfert de jouissance et un terme suspensif pour la restitution. Sans terme, le contrat serait perpétuel donc nul. Inversement, l'obligation de restitution doit nécessairement être postérieure à l'obligation de délivrance : aucun bail ne peut exister sans l'octroi d'un terme pour l'exigibilité de l'obligation de restitution. Derrière le terme, cependant, c'est l'objet propre du contrat qui est en cause : le bail est un transfert temporaire de jouissance et la durée est un élément constitutif de l'obligation caractéristique du bailleur[3]. Le terme constitue le moyen technique permettant d'introduire dans la convention l'élément-durée qui lui est nécessaire et c'est en réalité cette durée que les parties ont recherché.

La deuxième série d'hypothèses concerne une variété particulière de terme : le terme «incertain» ou, pour employer une dénomination moins équivoque, le terme indéterminé. Cette notion désigne un événement futur et certain, mais dont la date de

---

(1)L'hypothèse est un peu théorique puisque le dépôt de garantie est en général payé immédiatement.
(2)Sur tous ces points, cf. infra n°1078 et s.
(3)Rappr. l'influence sur la qualification de la stipulation de durées très courtes infra n°195 et s.

survenance est inconnue. La mort d'un des contractants en constitue l'exemple le plus typique. Un terme indéterminé n'exerce pas forcément d'influence sur la nature du contrat qu'il affecte. Il en va ainsi, notamment, lorsque la survenance de l'événement met fin au contrat, comme dans les conventions conclues intuitu personae. Cependant, l'inverse peut se produire, comme l'illustre le cas de la vente avec rente viagère. Dans cette convention, l'obligation de payer le prix est affectée d'un terme indéterminé : la mort du vendeur. Toutefois, ici encore, le terme n'est qu'un moyen technique permettant d'introduire une incertitude dans le contrat sur le montant définitif du prix de la chose. Autrement dit, l'ignorance de la date de survenance de l'événement et la stipulation d'un prix dont le paiement échelonné n'a pas un montant définitivement fixé[1], font apparaître un aléa qui, par le biais de la cause, est un élément de qualification de la convention.[2]

II - LA CONDITION

117.– Analyser le rôle de la condition en matière de qualification s'avère nettement plus délicat. Comme le souligne un auteur, la condition est loin d'être une matière «claire et paisible»[3]. Il ne fait aucun doute qu'un examen approfondi des relations conflictuelles qu'entretient cette modalité avec la technique des qualifications pourrait constituer un sujet de thèse à part entière. Les développements qui suivent ne peuvent donc se limiter qu'à certaines considérations générales.

La condition se définit comme un événement futur et incertain, dont dépend la création ou la disparition d'un rapport de droit. Création, lorsque la condition suspend l'apparition de l'obligation ou du contrat. Disparition, lorsque la condition paralyse la résolution de l'obligation ou du contrat. Toutefois, au delà de ces notions communes minimales, des divergences se font jour.

---

(1)Cette précision est essentielle car il est possible de concevoir une vente dont le prix d'ores et déjà convenu serait exigible à la mort du vendeur : il n'y aurait pas là de vente aléatoire.

(2)V. J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°216, p.315.

(3)J.-J. TAISNE, J.-Cl. Civil art. 1168 à 1174, n°2.
Adde en doctrine : Y. BUFFELAN-LANORE, Rép. Civ., v° Condition ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», n°1105 et s. ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°69 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°1027 et s. ; STARCK par H. ROLAND et L. BOYER, «Obligations 2. Contrat», n°1046 et s.

L'effet exact de la condition suspensive est discuté en doctrine. Pour les auteurs classiques, cette modalité suspend l'existence de l'obligation ou du contrat[1]. Certains auteurs soutiennent une position différente : la condition ne concernerait pas la formation des droits, mais leur perfection. Ainsi, selon Madame Geninet, la condition «affecte les effets du contrat et parmi ses effets, l'exécution d'une ou plusieurs obligations et non la naissance de ces obligations. En effet, l'obligation contractuelle naît exclusivement de la volonté des parties. C'est elle qui forme le contrat et qui engendre seule des obligations. Dès lors, la naissance de l'obligation résulte de l'accord de volontés, pas de la survenance de la condition. D'ailleurs, c'est l'accord de volontés des contractants qui a rendu l'obligation conditionnelle. Il en résulte qu'un contrat conditionnel est un accord de volontés qui a engendré une ou plusieurs obligations dont la perfection est subordonnée à la réalisation d'une condition choisie et acceptée par les parties»[2]. M. Taisne, enfin, semble soutenir une solution intermédiaire : lorsqu'un contrat est sous condition suspensive, cette modalité ne suspend pas la formation de l'acte, mais celle des droits et obligations qu'il engendre ; en revanche, pour l'obligation elle-même, c'est bien l'existence qui est affectée[3].

S'agissant de l'événement sur lequel s'appuie la condition, diverses distinctions ont été proposées. Le Code civil opte pour une classification tripartite : la condition casuelle repose sur un événement qui dépend du hasard et qui n'est sous le pouvoir d'aucun des contractants (art. 1169) ; la condition potestative désigne un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties de faire arriver ou d'empêcher (art. 1170) ; la condition mixte dépend d'un événement qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties et de celle d'un tiers. La doctrine classique a modifié cette classification en lui substituant une typologie quadripartite[4] : la condition casuelle dépend du hasard (fait de la nature ou fait d'un tiers) ; la condition mixte de la volonté d'un contractant et de celle d'un tiers déterminé ; enfin, la condition potestative se subdivise en condition purement potestative, qui porte sur le consentement lui-même («si je veux...») et condition simplement potestative, qui porte sur un fait dépendant de la volonté («si je fais...»). Cette manière de voir est désormais critiquée par une doctrine importante[5], qui souligne qu'un examen approfondi de la jurisprudence

(1)Y. BUFFELAN-LANORE, Rép. précité, n°1 et n°6 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°1027 et 1030 ; STARCK, op. cit.,n°1047.

(2)M. GENINET, Thèse précitée, n°57 et s.

(3)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°208 et s., n°248 et s. et J.-Cl. précité, n°78 et s. V. déjà, en ce sens : H. DE PAGE, «Traité élémentaire de droit civil belge», T. IV, 1951, n°20 note 2.

(4)Cf. la présentation de J.-J. TAISNE, J.-Cl. précité, n°28 et s.

(5)J. GHESTIN, «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative», D. 1973, p.293 ; «La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil», Etudes WEILL 1983, p.243 et s. ; note JCP 1971, II, 16796 ; G.GOUBEAUX, note JCP 1974, II, 17786 ; «Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties», Defrénois 1979,

montre que les tribunaux ont passablement amendé la présentation doctrinale classique[1]. Selon ces auteurs, la notion de condition simplement potestative, créée pour limiter la portée de l'article 1174 du Code civil, est largement artificielle et dissimule très souvent de véritables conditions potestatives. La prohibition posée par ce texte ne peut se limiter à la sanction un peu théorique et abstraite des stipulations contradictoires où le consentement à la dette est retiré aussitôt qu'il est donné ; elle vise surtout à protéger les contractants de l'arbitraire de l'autre partie[2]. A cet égard, «il est artificiel de vouloir dissocier l'engagement subordonné au consentement du débiteur de celui subordonné à l'accomplissement d'un fait en son pouvoir exclusif»[3]. Un double mouvement s'est donc amorcé. D'une part, une vision plus réaliste de la catégorie des conditions potestatives a conduit à y inclure de nombreuses conditions simplement potestatives, dès lors qu'elles portent sur un fait insignifiant, dont le non accomplissement n'emporte aucune gêne sérieuse pour le débiteur[4], ou que l'événement consiste en un comportement (acte ou appréciation) discrétionnaire du débiteur, ne reposant pas sur des éléments objectifs susceptibles d'être contrôlés par son cocontractant et par les juges[5]. D'autre part, la notion de condition mixte s'est élargie aux conditions subordonnées à la volonté d'un contractant et, soit à la volonté d'un tiers, même s'il est indéterminé, soit à des circonstances qui lui sont étrangères[6].

Ce courant jurisprudentiel et doctrinal mérite d'être approuvé. En effet, pour tenter de rendre compte de l'influence de la condition en matière de qualification, les diverses formes que peut prendre cette modalité doivent être combinées : caractère suspensif ou résolutoire, modalité d'une obligation ou d'un contrat, condition casuelle, potestative ou mixte. Cependant, cet examen montre que le problème se pose dans des termes différents selon que la condition est casuelle ou mixte (A) ou qu'elle est potestative (B). Dans ce second cas, la condition concerne le consentement qui est un élément constitutif du contrat : elle risque donc d'affecter bien davantage la structure du contrat, et par voie de conséquence, sa qualification.

31987, p.753 ; J.-J. TAISNE, J.-Cl. précité, n°26 et s. ; Thèse précitée, n°97 et s. et n°121 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», n°1111 ; MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°70.

(1)Cf. J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°97 et s. ; J.-Cl. précité, n°34 et s. ; J. GHESTIN, art. précité, Etudes WEILL, p.243 et s.

(2)J. GHESTIN, chr. précitée, n°19 et s. ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°98 et J.-Cl. précité, n°34, 36 et 39 et s.

(3)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°98.

(4)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°102 et s. et J.-Cl. précité, n°39 ; J. GHESTIN, art. précité, Etudes WEILL, n°12 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°1113.

(5)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°106 et s. et J.-Cl. précité, n°41-42 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°1113.

(6)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°110 et s. et J.-Cl. précité, n°37 ; J. GHESTIN, art. précité, Etudes WEILL, p.246 et s.

A) Condition casuelle ou mixte et qualification

118.– Dans cette hypothèse, la condition porte sur un événement totalement extérieur aux parties ou sur un élément dont la réalisation nécessite l'intervention d'un contractant et celle d'un tiers ou de circonstances extérieures, dès lors que l'intervention du contractant répond aux exigences posées plus haut.

Comme le terme, et en dépit de l'article 1181 du Code civil[1], la condition peut affecter le contrat tout entier ou simplement une obligation d'un contrat comportant par ailleurs d'autres obligations pures et simples[2]. Or, du point de vue de la qualification, la situation se présente très différemment selon que la condition affecte tout le contrat (1) ou simplement une de ses obligations (2)[3].

1) Le contrat conditionnel

119.– Cette situation est sans aucun doute la plus simple : la condition joue ici strictement son rôle de modalité et elle n'affecte en rien la technique des qualifications contractuelles. Le contrat est formé mais ses effets sont suspendus (condition suspensive) ou seront effacés (condition résolutoire[4]), globalement, sans que sa nature soit modifiée. Tel est le cas, par exemple, d'une vente de voiture neuve conclue sous la condition suspensive de l'achat par un tiers du véhicule d'occasion de l'acquéreur ou d'un accord de principe sur la négociation d'un contrat de sous-traitance, sous la condition de l'obtention du marché principal. La condition très fréquente, et désormais légale, d'obtention d'un prêt bancaire relève d'une analyse similaire[5].

Cependant, cette neutralité de la condition sur la qualification suppose au préalable d'avoir correctement analysé l'articulation de la condition vis à vis du rapport de droit auquel elle s'attache. Notamment, la condition n'est qu'une simple modalité d'une obligation ou d'un acte, qui doivent pouvoir se maintenir sans sa présence. Cette vérification n'est pas toujours faite avec la rigueur qui conviendrait, comme le montre l'exemple relativement courant, et somme toute assez peu discuté, des ventes conclues par l'acheteur «sous la condition suspensive de l'obtention d'un crédit-bail»[6].

---

(1)Cf. M. GENINET, Thèse précitée, n°57.

(2)J.-J. TAISNE, J.-Cl. précité, n°78 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», n°1105.

(3)V. en ce sens : J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°213 et n°233.

(4)J.-J. TAISNE, J.-Cl. précité, n°86.

(5)V. quand même pour une analyse originale de cette condition : M. GENINET, Thèse précitée, n° 72 et s. (modalité mêlant condition et éventualité).

(6)Sur ce problème : F. CAPORALE, «Litiges et difficultés pratiques suscitées par le crédit-bail», Thèse Bordeaux I 1974, p.34 et s.

120.– Pour bien comprendre la discussion, il importe d'anticiper quelque peu sur les développements ultérieurs relatifs au crédit-bail[1]. Cette opération se compose d'un groupe de deux contrats : une vente d'un fournisseur à un établissement financier et un crédit-bail entre celui-ci et son client. Le crédit-bailleur conserve, au départ, la propriété du bien qu'il a acquis du vendeur et il se contente de mettre ce bien à la disposition du crédit-preneur, en lui octroyant une option d'achat à l'issue d'une période minimale de jouissance. Cette présentation sommaire pourrait laisser croire que les contrats sont conclus successivement, le crédit-bail d'abord, la vente ensuite. En réalité, le crédit-bailleur est un financier qui se désintéresse de tous les aspects techniques de l'opération. Il laisse d'ailleurs au crédit-preneur le soin de choisir le matériel et de le réceptionner. Les discussions techniques opposent donc directement le fournisseur et le crédit-preneur. En pratique, il n'est pas rare que le crédit-preneur potentiel contacte de son propre chef un fournisseur et qu'il entame ces négociations avant la conclusion de la vente bien sûr, mais aussi du crédit-bail. La situation ne pose pas de trop gros problèmes tant que le contrat de vente est passé directement entre le fournisseur et le crédit-bailleur ou, à la rigueur, avec le futur crédit-preneur agissant expressément en tant que mandataire du crédit-bailleur. Mais, dans certaines hypothèses, les parties vont plus loin : le fournisseur et le crédit-preneur potentiel concluent immédiatement la vente sous la condition d'obtenir un financement par crédit-bail ou «leasing»[(2)].

La jurisprudence a rencontré en diverses occasions cette situation. La plupart des décisions ne remettent pas en cause la qualification de vente conditionnelle[3] et cette

---

(1)Cf. infra n°1624 et s.

(2)Ne pose en revanche aucun problème la situation où la vente est conclue entre le fournisseur et le crédit-bailleur, sous la condition de signature d'un procès-verbal de réception établi contradictoirement entre le fournisseur et le crédit-preneur (Paris 26 mai 1989, Gaz. Pal. 1990-1-somm. p.109, note E.M. BEY ; v. déjà : Paris 3e ch. 22 octobre 1979, Juris-Data n°632). Même si le mandat consenti au crédit-preneur fait que celui-ci n'est pas étranger au crédit-bailleur (cf. J.-J. TAISNE, J.-Cl. précité, n°27), l'appréciation du crédit-preneur doit se faire sur des critères objectifs de conformité du bien à la commande.

(3)Lyon 3 octobre 1968, RTD com. 1970, p.189, obs. J. HEMARD (espèce assez confuse, qui évoque une vente «pour le compte de l'entreprise de financement, sous condition suspensive de la conclusion du leasing avec celle-ci») ; Com. 20 octobre 1975, Bull. civ., IV, n°233, p.192 ; Nancy 2e ch 5 mai 1989, Juris-Data n°41700.

Rappr. : Paris 5e ch. A 6 octobre 1987, Juris-Data n°27329 (l'abstrat indique que la preuve est rapportée que l'obtention du leasing était la «condition» sine qua non de l'engagement du contractant du fournisseur ; la Cour qualifie l'avance sur le prix de vente versé par le client lors de cette «précommande», non pas d'arrhes, mais de dépôt garantissant que l'utilisateur sollicitera un crédit-bail et en ordonne la restitution après échec de l'opération de financement) ; Paris 5e ch. A 10 mai 1989, Juris-Data n°22604 (la décision ne fait pas référence à la condition, mais à une vente conclue avec une clause résolutoire que l'acheteur invoque faute d'avoir pu bénéficier d'un financement par crédit-bail).

solution recueille l'approbation de quelques auteurs[1]. La Cour de cassation, notamment, a approuvé dans des termes prudents une Cour d'appel d'avoir estimé, en présence de clause ambiguës, «que dans la commune intention des parties, il s'agissait, non pas d'une vente pure et simple soumise à une modalité de paiement, mais bien d'une convention sous condition suspensive de l'obtention par [l'utilisateur] d'un financement par une société de crédit-bail qui achèterait la machine pour la [lui] louer»[2].

121.- A priori, ce schéma contractuel semble correspondre en tout point à celui évoqué précédemment : l'événement relève d'une condition mixte (conclusion d'une vente entre le fournisseur et le crédit-bailleur) ou casuelle (octroi d'un crédit, forcément accepté par le crédit-preneur potentiel, conçu comme extérieur aux deux parties) ; la condition affecte tout le contrat. Pourtant, une question essentielle demeure dans l'ombre : y a-t-il vraiment vente entre le fournisseur et le crédit-preneur ? La question se pose car le crédit-bail est un mode de financement tout à fait particulier : alors qu'un prêt fournit à l'acquéreur les liquidités lui permettant de s'acquitter de son obligation de payer le prix, laquelle n'est donc pas affectée par cette modalité, un crédit-bail entraîne une modification fondamentale du prétendu rapport de droit affecté par la condition : l'acheteur prévu initialement n'est plus le même. La solution d'une vente sous condition suspensive d'obtention d'un crédit-bail ne saurait donc convaincre[3]. Selon l'interprétation de la volonté des parties, il convient en effet de distinguer deux hypothèses, dont aucune ne peut se satisfaire de cette conception. Tout dépend en définitive de l'attitude que le crédit-preneur potentiel a convenu d'adopter au cas où le crédit lui serait refusé.

122.- Dans une première hypothèse, le crédit-preneur s'engage à acheter personnellement le bien s'il ne trouve pas le financement escompté. Ici, la vente est

---

Contra : Rouen 7 avril 1970, D. 1970, p.676, note M. TROCHU (refusant la condition suspensive en faveur d'une promesse de porte-fort) ; Paris 25e ch. 18 février 1982, Juris-Data n°24119 (refus d'une vente sous condition suspensive au profit au profit d'une vente pure et simple).

Adde : Paris 5 mars 1973, RTD com. 1973, p.326, obs. J. HEMARD (qui ne se réfère pas à la condition, mais l'analyse retenue ne semble pas explicitée).

(1)M. CABRILLAC, Rép. civ., v° Crédit-bail, n°29-30 (qui semble considérer que la condition et la promesse de porte-fort sont deux interprétations concevables et qui conseille à l'utilisateur qui veut faire du financement par crédit-bail «la condition sine qua non» de son engagement, de le préciser avec netteté).

(2)Com. 20 octobre 1975, précité.

(3)V. en doctrine : J. CALAIS-AULOY, Rép. com., v° Crédit-bail (Leasing), n°55-56 et surtout n°121-122 ; M. TROCHU, note précitée, p.678 ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°135, p.197 ; E.M. BEY, «De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers», 1971, p.36 ; J. HEMARD, obs. RTD com. 1973, p.326 sous Paris 5 mars 1973.

effectivement conclue et son existence est suspendue à une condition suspensive relative à l'octroi d'un crédit-bail[1]. Toutefois, si l'analyse en vente conditionnelle peut convenir, l'événement qui sert de condition doit être modifié : la vente n'est pas conclue sous la condition suspensive d'obtention du crédit-bail, mais au contraire sous la condition suspensive de non obtention de ce financement ou encore de non conclusion de la vente entre le fournisseur et le crédit-bailleur. Si la vente n'est pas conclue entre ceux-ci, la condition se réalise et le contrat conditionnel conclu entre le fournisseur et... l'ex-crédit-preneur potentiel devient pleinement efficace. Cette analyse est concevable, mais elle semble réservée à des hypothèses marginales. D'une part, il est assez contradictoire de rechercher d'un côté un financement par crédit-bail et d'accepter, de l'autre, d'acheter directement si aucun crédit n'est obtenu. D'autre part, l'événement servant de condition ne paraît pas correspondre aux stipulations des parties qui se réfèrent plutôt à l'obtention du crédit qu'à son refus.

123.– Ceci incite à penser, qu'en général, les contractants préfèrent décider que la vente tombe lorsque le financement n'est pas obtenu. L'interprétation se justifie d'autant plus lorsque la clause, souvent intégrée dans les conditions générales de vente, met sur le même plan l'obtention d'un financement classique et l'octroi d'un crédit-bail[2]. Dans ce cas de figure, deux analyses sont encore concevables[3], mais celle qui retient l'idée d'une vente conditionnelle ne rend pas compte de la volonté des parties dans les espèces les plus courantes.

En effet, si une vente initiale a réellement été conclue sous condition suspensive entre le fournisseur et le crédit-preneur potentiel, l'obtention du financement prévu réalise l'avènement de la condition : la vente est désormais effective et elle doit être suivie par le rachat du bien par l'établissement financier. La vente est donc conclue sous la condition du rachat du matériel par le crédit-bailleur, hypothèse qui rappelle la situation très classique des ventes entre commerçants conclues sous la condition de revente à un tiers[(4)]. Ce schéma n'est pas irréalisable, mais il ne rend pas compte de la situation généralement souhaitée par les parties. Il signifie que l'acheteur acquiert la chose de façon ferme, qu'il la cède au crédit-bailleur, lequel la lui remet à disposition

---

(1)Comp. Paris 18 février 1982, précité (où la fermeté de l'engagement détruit la crédibilité d'une condition qui semble invoquée pour les besoins de la cause).

(2)V. par exemple Nancy 2e ch.5 mai 1989, Juris-Data n°41700 : «en cas de leasing ou de crédit, la commande n'est définitive qu'après acceptation et réception des documents des organismes financiers».

(3)Rappr. évoquant ces deux possibilités : Reims 13 janvier 1987, JCP éd. E 1987, ADG, 16862.

(4)Rappr. : Paris 5e ch. A 6 juin 1988, Juris-Data n°23168 (pour une hypothèse de crédit-bail mobilier ayant remplacé le contrat de vente initial, après des paiements effectués par l'acheteur, bénéficiaire du crédit).

par une convention qu'il faut considérer comme un lease-back. Une telle analyse semble compliquer les choses à plaisir[1]. Le plus souvent, les parties ont en vue un montage bien plus simple.

Si le financement par crédit-bail est obtenu, c'est l'établissement financier qui achète directement le bien. Dans le cas contraire, la convention envisagée par le fournisseur et le crédit-preneur potentiel disparaît. Cette solution présente l'avantage d'être la plus réaliste mais elle emporte pour conséquence que le contrat initial conclu entre ces deux personnes ne peut constituer une vente sous condition, puisque le prétendu acheteur n'a, dans aucun des cas de figure envisagés, l'intention d'acheter le bien[2] : si la «condition» joue, c'est avec le crédit-preneur que la vente sera conclue et si elle ne joue pas, la vente défaille[3].

Il reste alors à déterminer le contenu juridique de cet accord. Pour la Cour de Rouen[4], il s'agit d'une promesse de porte-fort, le crédit-preneur s'engageant à faire ratifier la vente conclue dès le départ entre le fournisseur et un hypothétique crédit-bailleur. La solution est envisageable, mais il n'est pas sûr qu'elle corresponde aux prévisions contractuelles les plus courantes. Tout d'abord, la rétroactivité qui constitue une des originalités de la promesse de porte-fort ne semble pas conforme aux stipulations normales des crédit-bailleurs[5]. Ensuite, la promesse de porte-fort comporte une obligation de résultat qui entraîne une lourde responsabilité pour le promettant, laquelle ne cadre pas avec les solutions jurisprudentielles[6]. Il serait peut-être plus exact de retenir un simple pacte de bons offices, dans lequel le futur crédit-preneur s'engage vis à vis du fournisseur à obtenir un financement par crédit-bail, son obligation n'étant que de moyens et toute rétroactivité étant exclue. Dans cette hypothèse, le fournisseur aurait seulement consenti, selon les cas, à une offre de

---

(1)De plus, le lease-back emporte une neutralisation réciproque des obligations de garantie qui n'est jamais envisagée.

(2)V. J. CALAIS-AULOY, Rép. précité, n°121-122, qui indique que, «sauf cas particulier», le futur utilisateur ne se rend pas personnellement acquéreur de l'objet. Vu sous l'angle du crédit-bailleur, qui est normalement l'acheteur, il manque à la vente plus qu'une condition, un élément essentiel : le consentement de l'acheteur (même auteur, n°122).

(3)L'analyse est rigoureusement identique pour la clause résolutoire évoquée précédemment (Paris 10 mai 1989, précité).

(4)Rouen 7 avril 1970, précité. Dans le même sens, en doctrine : J. CALAIS-AULOY, Rép. précité, n°122 ; M. CABRILLAC, Rép. précité, n°30. Contra : E.M. BEY, «De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers», 1971, p.36.

(5)E.M. BEY, op. cit., p.37.

(6)Sans tenir compte des justifications invoquées, il suffit de constater que, par le biais de la condition, les tribunaux permettent à l'ex-utilisateur potentiel de se dégager de l'opération sans encourir de sanction financière (v. très nets : Com. 20 octobre 1975, précité ; Paris 6 octobre 1987, précité).

vente[1] ou à une promesse unilatérale de vente[2] au profit de l'établissement financier potentiel[(3)].

2) L'obligation conditionnelle

124.– Dans cette situation, une seule obligation d'un contrat est affectée d'une condition suspensive ou résolutoire. Si la prestation visée est l'unique obligation d'un contrat unilatéral, l'hypothèse rejoint les développements qui précèdent. Si la modalité affecte une obligation accessoire, la structure globale du contrat peut être affectée par le jeu de celle-ci, mais la qualification reste en dehors de cause[4]. L'influence sur la qualification est en revanche envisageable lorsqu'une seule des obligations principales souscrites par les contractants est conditionnelle[5] ou, éventuellement, lorsque ces obligations principales sont soumises à la même condition, mais en sens inverse (exemple du pari).

125.– Tel est le cas lorsque les parties ont spécialement recherché l'incertitude créée par la condition. La modalité devient alors un moyen technique pour introduire dans l'accord un aléa, qui peut constituer un critère de qualification du contrat[6]. En effet, si le contrat aléatoire n'est pas un contrat globalement conditionnel[7], «il n'est pas impossible de découvrir au sein d'un contrat aléatoire une véritable obligation conditionnelle»[8]. «La juxtaposition d'un engagement ferme et d'un engagement conditionnel est l'un des mécanismes qui permettent de réaliser une opération aléatoire»[9], même si le législateur, quand il réglemente ce genre de contrats, se permet

---

(1)V. en ce sens : J. CALAIS-AULOY, Rép. précité, n°55.

(2)V. en ce sens : COILLOT, cité par J. CALAIS-AULOY, op. cit., loc. cit ; F. CAPORALE, Thèse précitée, p.37.

(3)Adde aussi les explications fondées sur un mandat : - M. TROCHU, note précitée, p.679 (transformation rétroactive de la promesse de porte-fort en mandat) ;
- le futur crédit-preneur serait le mandataire anticipé du crédit-bailleur (comp. Paris 6 octobre 1987, précité, pour un paiement anticipé d'une avance sur le prix de vente pour le compte du crédit-bailleur). Le recours au mandat apparent étant exclu (le fournisseur connait la réalité et de toute manière, il lui incomberait de vérifier les dires de son client), il faudrait estimer que le crédit-preneur potentiel se porte fort de la ratification de ce mandat par le crédit-bailleur, analyse en définitive assez tourmentée.

(4)Rappr. J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°143 in fine et n°149, p.213, pour les conditions qui masquent des obligations accessoires, telles une charge dans une donation.

(5)La situation se rencontre pour l'obligation caractéristique d'un contrat simple et sa contrepartie, pour les deux obligations caractéristiques d'un contrat mixte par opposition (échange) ou encore pour l'une des obligations caractéristiques d'un contrat mixte par addition.

(6)Sur les rapports entre condition et aléa, v. J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°214 et s. ; G. GOUBEAUX, note JCP 1974, II, 17786, in fine.

(7)J.-J TAISNE, Thèse précitée, n°215 et s.

(8)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°219.

(9)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°220, p.321.

d'altérer le régime habituel de la condition[1]. M. Taisne cite notamment plusieurs exemples[2]. Dans le prêt à la grosse aventure, «un capitaliste finance une expédition maritime moyennant un important intérêt, mais aux termes duquel rien ne lui sera restitué si le navire n'arrive pas à bon port»[3]. De même, le contrat de jeu[4] se définit comme «la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent à remettre à celle d'entre elles qui gagnera, un objet déterminé ou une somme d'argent qui constitue l'enjeu de la partie à laquelle les joueurs se livrent personnellement»[5]. La condition est ici mixte puisqu'elle nécessite une intervention plus ou moins habile des contractants. La convention de pari relève d'une analyse similaire[6]. «Le pari est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes qui sont d'un avis contraire sur un sujet quelconque, s'engagent à faire telle chose, ou à payer une somme d'argent à celle dont l'opinion sera reconnue exacte»[7]. La condition prend, dans cette hypothèse, la forme d'une modalité casuelle, puisque l'extériorité de l'événement objet du pari constitue le critère qui sépare le jeu du pari[8]. Monsieur Taisne semble en revanche plus hésitant pour l'assurance de dommages[9], car la modalité s'intégrerait plus étroitement dans la prestation même de l'assureur. Celui-ci promet d'indemniser un préjudice ; tant que le fait dommageable ne s'est pas produit, tant que le risque ne s'est pas réalisé, sa prestation est dépourvue d'objet. L'obligation ne serait donc qu'éventuelle.

126.– Cette influence de la condition sur la qualification appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, même si la condition affecte une obligation principale, elle ne peut altérer la nature du contrat que si elle concerne l'existence de l'obligation dans son entier ou, tout au moins, une proportion importante de son quantum. Pour

---

(1)Sur cette question, cf. J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°220 et s.

(2)J.-J. TAISNE, J.-Cl. précité, n°80 et s. ; Thèse précitée, n°220 et s.

(3)J.-J. TAISNE, J.-Cl. précité, n°80 ; Thèse précitée, n°214.

(4)Sur le contrat de jeu : MAZEAUD et DE JUGLART, T.3 Vol.2, n°1613 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°972 et s. ; A. BENABENT, J.-Cl. Civil Art. 1965 à 1967 ; (anonyme) Rép. civ., v° Jeu et pari (anonyme) ; Adde G. VIGNALE, «Jeu et pari en droit civil», Thèse Paris II 1979, p.15 (qui oppose le contrat aléatoire de jeu ou de pari au contrat conditionnel (p.15), ne réintroduisant la condition qu'ultérieurement et sans explication (p.21).
En jurisprudence : TGI Paris 18 décembre 1974, Gaz. Pal. 1975-1-p.258 ; RTD civ. 1975, p.561, obs. crit. G. CORNU (refus de la qualification de jeu pour le concours «Chef d'œuvres en péril»).

(5)A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°1.

(6)Sur le contrat de pari : MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit., n°1613 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°972 et s. ; A. BENABENT, J.-Cl. Civil, Art. 1965 à 1967 ; Rép. civ., v° Jeu et pari (anonyme).

(7)A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°2.

(8)V. en ce sens : MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit., n°1613 ; A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°2 ; Rép. précité, n°8 ; G. VIGNALE, Thèse précitée, p.27-28.

(9)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, note 23 p.322 et n°347.

prendre l'exemple de la vente, il est fréquent qu'un vendeur consente un prix promotionnel sous la condition de la survenance d'un événement, généralement favorable à ses affaires. La faiblesse de la fraction conditionnelle de l'obligation principale élimine dans ces hypothèses toute influence sur la qualification. Les parties jouent ici à l'intérieur de la marge de manœuvre que leur laisse le droit positif dans l'appréciation du montant de la contrepartie, qui peut varier dans des proportions sensibles, sans remettre en cause la nature onéreuse de l'acte.

127.– Ensuite, sans qu'il soit possible d'ériger la constatation en principe absolu, elle semble plus adaptée à la condition suspensive qu'à la condition résolutoire. Il est possible de concevoir qu'une condition résolutoire n'ait qu'un effet sélectif sur certaines obligations principales du contrat, mais les illustrations pratiques semblent relativement rares. Parmi les exemples cités par Monsieur Taisne, la plupart ne concernent pas la qualification[1]. Ainsi, lorsque un bailleur et un locataire stipulent un contrat à durée déterminée précisant qu'en cas de perte de la chose louée, le solde des loyers sera dû, la nature du contrat n'est pas en cause. De même, dans les ventes à tempérament avec assurance-crédit, un événement futur et incertain comme le chômage de l'acheteur peut déclencher un réaménagement du contrat par l'avènement d'une prise en charge de la dette de paiement du prix par l'assureur ; le contrat reste néanmoins une vente. En définitive, l'exception la plus nette consiste dans les clauses de certains contrats de prêt qui libèrent les héritiers de l'emprunteur, lorsque ce dernier est décédé avant l'échéance. La convention prend alors un aspect aléatoire qui peut influencer son régime[2].

128.– Enfin, l'insertion d'un aléa dans une convention revient à envisager les deux issues rendues possibles par la condition de manière synthétique, par la chance de gain et de perte que l'incertitude génère. Il est permis de se demander si les contractants ne peuvent pas aussi considérer les deux situations résultant du jeu de la condition de façon plus indépendante. Ainsi, il est facile d'imaginer un exemple où une personne cède la propriété d'un bien à un membre de sa famille, le prix de vente étant stipulé sous la condition suspensive de survenance d'un héritage ou d'un gain lors d'un jeu de hasard dans un certain délai. Si l'acquéreur bénéficie de cette rentrée d'argent, le prix est exigible et le contrat est une vente ; si la condition défaille, le prix disparaît et la convention est une donation. Il n'est pas possible de qualifier cette situation d'obligation alternative, car cette modalité suppose un choix entre deux

---

(1)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°225 et s.
(2)J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°227.

prestations et non entre une prestation et une abstention. En réalité, la caractère alternatif concerne plutôt l'obligation du cédant, plus exactement sa cause, puisque le transfert de propriété sera alternativement effectué à titre gratuit ou à titre onéreux[1]. Il ne peut s'agir, cependant, d'une obligation alternative stricto sensu, puisque le choix n'appartient pas au débiteur mais dépend automatiquement d'un événement extérieur. Comme cette incertitude affecte l'obligation caractéristique et, par contrecoup, sa contrepartie éventuelle, la condition exerce ici une influence sur la qualification du contrat.

B) Condition potestative et qualification

129.– Selon une opinion couramment répandue au dix-neuvième siècle, il serait possible d'analyser en une condition suspensive ou résolutoire, la faculté accordée à un contractant de réserver ou de retirer son consentement à une convention ou à une obligation. En reprenant la présentation traditionnelle, «j'achète, si je veux» décrirait une vente sous condition suspensive et «je n'achète plus, si je veux» une vente sous condition résolutoire.

Cette conception est sérieusement remise en cause par la majorité de la doctrine contemporaine[2]. Les auteurs insistent désormais sur le fait qu'une condition doit être extrinsèque au rapport de droit qu'elle affecte. Elle n'est qu'une modalité accidentelle d'un acte juridique auquel il a déjà été consenti et qui doit pouvoir exister sans elle. Il en résulte qu'un élément essentiel d'une convention ne peut être érigé en modalité de celle-ci ; spécialement, il est impossible d'ériger le consentement en condition du

---

(1)Ce qui n'est pas le cas pour un contrat aléatoire où la cause est unique et onéreuse.

(2)J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°151 ; MAZEAUD et DE JUGLART, T.2 Vol.1, n°1039 et T.3 Vol.2, n°793 ; Ph. MALAURIE, Rép. Civ., v° Vente (éléments constitutifs), n°572, n°577, n°612 et s., n°629 et n°678 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», n°1105-1106 ; J. SCHMIDT, cité infra, n°489 ; J.-M. VERDIER, «Les droits éventuels Contribution à l'étude de la formation successive des droits», Thèse Paris 1955, n°123, p.102 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°307 et n°486 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°46 ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°135 et n°342 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Le droit de préemption», Thèse LGDJ 1979, n°251 ; T. MASSIS, «Le contrat préliminaire dans la vente d'immeubles à construire», Thèse Paris II 1979, p.210 et p.170. ; F. COLLART DUTILLEUL, «Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble», Sirey 1988, n°88, n°159-160 et n°167 et s., n°208 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°465 ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°133 ; J.-M. LE CORRE, «La location-vente», Thèse Lille 2 1984, p.203 et s. ; Y BUFFELAN-LANORE, Rép.Civ., v° Condition, n°6, 23 et s. et 31 et s. ; M.-J. GEBLER, chr. précitée, p.19 ; Ph. DEROUIN, «Pour une analyse fonctionnelle de la condition», RTD civ. 1978, p.1 et s., spéc. n°29, p.18 ; Ph. JESTAZ et J. MORAND-DEVILLER, note D. 1984, p.413, note 7, sous Douai 8 septembre 1983 ; P. BLOCH, «L'obligation de transférer la propriété», RTD civ. 1988, p.673 et s., n°30. V. déjà : DEMOGUE «Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance», RTD civ. 1905, p.723, spéc. p.724 ; P. FOISSIN, «Des promesses de vente», Thèse Toulouse 1924, p.51 et les auteurs plus anciens cités.

contrat[1]. La condition ne peut constituer un élément de formation d'une convention, puisqu'un accord minimal pur et simple existe sur la définition de la nature suspensive ou résolutoire de la condition, sur la détermination du rapport de droit qu'elle affecte, sur les modalités de son accomplissement, etc[2].

130.– Cette solution doit être approuvée. Une conception extensive de la notion de condition conduit à des difficultés inextricables en matière de qualification. Elle doit impérativement être abandonnée afin de permettre d'analyser correctement bon nombre de contrats. Il semble d'ailleurs que la qualification a été un des révélateurs de la nécessité de repenser le contenu de cette notion : la conception large de la condition est contemporaine de certaines analyses très réductrices de conventions qui ont acquis ensuite leur autonomie, en cessant d'être une variante conditionnelle de contrats purs et simples déjà connus.

Cette discussion semble a priori recouper largement celle concernant l'application de l'article 1174 du Code civil. Certes, il est exact que la doctrine classique n'aurait pu s'épanouir sans le développement de l'indulgente notion de condition simplement potestative et sans une définition restrictive du champ d'application de l'article 1174, dont le jeu était exclu dans diverses hypothèses : condition résolutoire, contrat synallagmatique, condition potestative au pouvoir du créancier. Cependant, l'évolution jurisprudentielle évoquée précédemment a modifié les données du problème. L'article 1174 s'applique désormais aux conditions résolutoires[3] et aux contrats synallagmatiques[4]. Seules les conditions au pouvoir du créancier échappent

---

(1)La condition affectant l'obligation d'une partie réside parfois dans l'exécution d'une obligation du cocontractant : transfert de propriété sous la «condition» de paiement du prix dans la vente avec clause de réserve de propriété ou sous la «condition» de l'accomplissement de toutes ses obligations par le locataire dans la location-vente. Mais la qualification dans ce genre d'hypothèses est le plus souvent discutable. Soit, comme dans la location-vente, l'exécution n'est qu'un mode d'expression continu du consentement qui exclut la qualification de condition et la situation créée par l'accord s'apparente à un contrat original (cf. infra n°1617). Soit, comme dans la vente avec réserve de propriété, l'exécution du paiement du prix est, du fait de la force obligatoire des contrats, un événement futur, mais certain, qui s'analyse en un terme (cf. infra n°1081).

(2)M. GENINET, Thèse précitée, n°57. V. aussi J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°343, n°405 et s et J.-Cl. précité, n°78 et s. Adde F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°160.

(3)La solution désormais abandonnée.V. par exemple : Com. 28 juin 1965, Bull. civ., III, n°405. Cf. en ce sens en doctrine: J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°114 et J.-Cl. précité n°48 ; Y. BUFFELAN-LANORE, Rép. précité, n°25 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°1112 et n°1114 ; contra : G. VERMELLE, obs. précitées, p.404 ; MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°76.

(4)Cette question a soulevé de très nombreuses discussions. Le jeu de l'article 1174 a souvent été refusé dans les contrats synallagmatiques au double motif que, d'une part, les parties étant respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, il est impossible d'isoler une condition au pouvoir du créancier (Soc. 28 avril 1956, Bull. civ., IV, n°382, p.280 ; Com. 11 mars 1968, Bull. civ., IV, n°101, p.88 ; Civ. 3e 21 janvier 1971, D. 1971, p.323 ; RTD civ. 1971, p.632, obs. Y. LOUSSOUARN ; comp. F COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°199, qui qualifie à juste titre ce raisonnement de sophisme) et que, d'autre part, la condition ne peut être que simplement

toujours à l'emprise de cette disposition[1]. Cette évolution, en élargissant le nombre de situations tombant sous la prohibition de l'article 1174, ne permet plus d'éviter la difficulté : même lorsque l'analyse conditionnelle semble aboutir à une modalité prohibée, la possibilité demeure qu'une telle stipulation puisse en réalité s'analyser comme une absence d'engagement parfaitement licite[2]. Le refus d'admettre qu'une condition puisse porter sur un élément constitutif du rapport de droit qu'elle affecte, apparaît ainsi comme un choix partiellement autonome vis à vis de l'article 1174 du Code civil.

Pour s'en tenir au seul examen des questions qui intéressent la qualification, il importe de distinguer les retraits de consentement des réserves de consentement[(3)]. Alors que les premiers ne suscitent pas de difficultés insurmontables (1), les secondes ont entraîné d'importantes controverses, dont l'enjeu était essentiel pour l'essor des avant-contrats (2).

1) Condition et retrait du consentement

131.– Dans cette hypothèse, l'influence éventuelle de la disparition tardive du consentement sur la nature du contrat est facile à écarter. Deux situations doivent être distinguées.

Si la faculté pour une des parties de rétracter son consentement ne concerne qu'une des obligations d'un contrat synallagmatique et non celui-ci dans son entier[(4)], la difficulté se résout aisément. L'hypothèse où un contractant peut faire disparaître

---

potestative, puisque le contractant qui abandonne sa dette, abandonne aussi sa créance (Y LOUSSOUARN, obs. précitées ; J. MESTRE, obs. RTD civ. 1984, p.713). Cette jurisprudence est désormais formellement abandonnée (Com. 23 septembre 1982, Bull. civ., IV, n°284, p.244 ; Civ. 3e 7 juin 1983, Bull. civ., III, n°132, p.104 ; Defrénois 1984, 33326, p.805, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1984, p.713, obs. J. MESTRE ; v. déjà, moins net : Com. 15 juin 1982, JCP 1984, II, 20141), en pleine approbation avec la doctrine (J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°115 et s. et J.-Cl. précité, n°46-47 ; J. GHESTIN, chr. précitée, n°14 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°1041 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°1115 ; D. GRILLET-PONTON, note précitée ; v. plus réservé, CABANNES, concl. citées infra).

(1)Y. BUFFELAN-LANORE, Rép. précité, n°24 ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°128 et s. et J.-Cl. précité, n°51, qui estime en revanche que la qualification même de condition peut être affectée ; v. déjà les réserves de MM. MAZEAUD, RTD civ. 1955, p.516 : «un consentement donné sous condition purement potestative est inexistant, qu'il émane du créancier ou du débiteur». Adde Paris 28 mai 1974, D. 1974, p.685, concl. CABANNES et les décisions citées infra n°135 (note).

(2)Cf. F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°191.

(3)V. pour une typologie différente : J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°130 et s., spéc. n°240 et n°251. Pour les conditions potestatives du débiteur, la convention débouche sur le néant ; pour les conditions potestatives du créancier, elle dégénère en avant-contrat. Cependant, comme l'avant-contrat prépare le plus souvent une convention synallagmatique, il est difficile, sinon artificiel, de trancher en faveur de l'une ou l'autre de ces situations (cf. infra n°135).

(4)Un raisonnement identique est applicable à la condition qui affecte l'unique obligation d'un contrat unilatéral.

l'obligation dont il est créancier, tout en maintenant celle dont il est débiteur, se privant ainsi de la contrepartie escomptée, semble assez théorique. Une telle stipulation est certainement valable au regard de l'article 1174 du Code civil, puisque la «condition» est potestative du côté du créancier, mais, elle se réalise le plus souvent, en pratique, par la voie d'une remise de dette, dépourvue de rétroactivité. Dans l'immense majorité des cas, la modalité aura pour objet de permettre au débiteur de supprimer l'obligation qu'il a contractée. Une telle clause est nulle en vertu de l'article 1174 du Code civil. L'obligation est affectée d'une condition purement potestative de la part du débiteur, puisque celui-ci peut faire disparaître à son seul gré la prestation promise. Cette latitude peut entraîner l'anéantissement d'un contrat unilatéral («je promets de vous prêter si je veux...») ou déséquilibrer une convention synallagmatique, hypothèse qui rejoint les positions doctrinales récentes sur la notion de condition potestative[1]. Ainsi, la Cour de cassation, dans le cas d'une vente d'un terrain destiné à être loti, a approuvé les juges du fond d'avoir considéré comme purement potestative la clause de l'acte qui faisait dépendre le paiement de soixante-dix pour cent du prix, de la revente de ce terrain, au motif que l'acquéreur restait en fait libre de s'en séparer ou pas[2]. Dans ces deux cas, que la condition soit potestative pour le créancier ou pour le débiteur, la qualification n'est donc pas concernée.

132.– Si la faculté concerne la totalité d'une convention synallagmatique, le retrait du consentement aboutissant à faire disparaître l'accord dans son ensemble, la question se pose un peu différemment.

L'extension du jeu de l'article 1174 du Code civil aux contrats synallagmatiques et aux conditions résolutoires autorise l'application de ce texte dans ce genre d'hypothèses, lorsque la rétractation s'opère sans contrepartie. La jurisprudence en fournit des exemples, notamment en matière de contrats successifs à durée déterminée lorsqu'une des parties peut mettre fin à l'accord de façon anticipée[3]. Néanmoins, la jurisprudence n'est pas parfaitement claire[4] et l'exclusion des conditions résolutoires

---

(1)Cf. les auteurs cités supra n°117 (note) et n°129 (note).

(2)Civ. 3e 8 octobre 1980, D. 1980, IR, p.441, obs. B. AUDIT. Adde : Paris 15 mars 1974, JCP 1974, II, 17786, note G. GOUBEAUX (invalidation de cette même condition portant sur la revente, mais l'obligation affectée était ici l'obligation de restitution d'un prêt ; la modalité permettait à l'emprunteur de différer indéfiniment son remboursement).

(3)V. par exemple : Com. 28 juin 1965, Bull. civ., III, n°405 ; Com.12 mai 1980, Bull. civ., IV, n°190, p.151.

(4)V. les exemples cités par M. TAISNE, Thèse précitée, note 166, p.175-176 et J.-Cl. précité, n°39 et 41. L'auteur remarque que la jurisprudence est assez incertaine et qu'elle admet tantôt la validité de ces stipulations, tantôt leur nullité.

du champ d'application de l'article 1174 garde des partisans[1]. Il reste alors à déterminer l'influence de ces rétractations sur la qualification du contrat. Ici encore, celle-ci semble exclue. Pour les «conditions» résolutoires licites, la nature du contrat n'est pas en cause. Le contrat est formé, sa qualification est déterminée et elle ne peut plus changer, puisque la survenance de l'événement anéantit la convention dans son ensemble[2]. Pour les conditions dont la nullité est retenue, la question ne se pose pas non plus, car, par le biais de la cause, c'est toute la convention qui est annulée.

133.– Lorsque la faculté de retirer son consentement prend la forme d'une clause onéreuse d'arrhes ou de dédit, les discussions sont plus nombreuses. Selon la doctrine, l'article 1174 est écarté car le sacrifice pécuniaire exigé du débiteur enlève à l'expression de sa volonté tout caractère arbitraire[3]. L'analyse conditionnelle n'est donc pas illicite et c'est pourtant là qu'elle est la plus controversée[(4)], ce qui montre encore une fois les différences qui séparent cette problématique de celle des conditions potestatives. La nature des clauses de dédit est en effet très discutée. Pour certains auteurs, il s'agit d'une condition[5]. Cependant, les avis divergent sur sa nature : les uns soutiennent que le contrat est sous la condition résolutoire de l'exercice du dédit[6] ; les autres, que la convention est sous la condition suspensive de non-exercice du dédit[7]; pour quelques auteurs récents, enfin, si la faculté de dédit était une condition, elle pourrait être indifféremment suspensive ou résolutoire selon ce qu'ont

---

(1)V., outre les auteurs déjà cités supra n°130 (note), G. GOUBEAUX, note JCP 1974, II, 17786 et chr. Defrénois 1979, 31987, n°10 (qui exclut la nullité de l'article 1174 lorsque la condition est résolutoire).

(2)Le législateur peut en revanche attacher une qualification spécifique à la présence d'une condition résolutoire, comme dans le cas de la *vente à réméré* (l'analyse en vente sous condition potestative résolutoire n'est pas discutée : J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°580 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°86 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°196, qui indiquent que l'obligation de rembourser les frais exclut l'arbitraire du vendeur ; G. PARLEANI, «Le contrat de lease-back», RTD com. 1973, p.699 et s., spéc. n°78-79, p.735).

(3)V. par exemple : P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°126 ; D. FERRIER, «Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants», D. 1980, p.177, n°35 ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°132. Rappr. L. BOYER, «La clause de dédit», Mélanges RAYNAUD, p.43 et s., spéc. n°6.
Dans ce sens, en jurisprudence : Req. 21 janvier 1878, S.1878-1- p.269.

(4)Le paradoxe peut s'expliquer. Lorsque la faculté de rétractation est gratuite, il faut vérifier que le choix du débiteur n'est pas arbitraire et qu'il dépend donc de circonstances extérieures ou d'éléments objectifs : l'appréciation ou le comportement du débiteur ressemblent donc moins à une émission discrétionnaire comme l'est celle d'un consentement véritable. Lorsque la faculté est onéreuse, le paiement d'une somme d'argent suffit à écarter l'arbitraire et il devient inutile de rechercher des circonstances extérieures ou des éléments objectifs. Il en résulte que la prise de position du débiteur peut être parfaitement subjective. De ce point de vue, le dédit apparaît comme le prix de l'arbitraire.

(5)B. BOCCARA, chr précitée, JCP 1970, I, 2357 bis, n°6 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°126.

(6)J. LARGUIER, «La formation du contrat dans les diverses ventes commerciales», La vente commerciale de marchandises, Etudes de Droit commercial sous la dir. de J. HAMEL, p.62.

(7)B. BOCCARA, chr précitée, n°6.

voulu les parties[1]. De façon plus convaincante, une partie de la doctrine considère au contraire que le caractère potestatif du dédit et le fait qu'il affecte un élément essentiel du contrat définitif s'opposent à la qualification de condition[2]. Le dédit constituerait donc plutôt une faculté onéreuse de résolution unilatérale d'un contrat[3] ou un droit de repentir conventionnel[4]. Le dédit marque la rétractation du consentement d'une des parties au contrat et donc la disparition rétroactive d'un élément constitutif de celui-ci, qui ne peut être assimilé à une modalité extrinsèque.

Une hésitation peut donc surgir, qui intéresse la qualification : cette incertitude qui pèse sur la consolidation définitive de la convention n'apparente-t-elle pas le contrat assorti d'une faculté de dédit à un avant-contrat ? La réponse à cette question est négative, tant en jurisprudence[5], qu'en doctrine[6]. Notamment, il n'a jamais été discuté que la vente avec arrhes n'est pas un avant-contrat. Si le dédit constitue un droit potestatif d'option d'une nature voisine de celui du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, une différence irréductible les sépare : l'option du bénéficiaire est en deçà de la formation du contrat définitif, celle du titulaire du dédit est au delà. Le contrat est formé, sa nature est précisée et le jeu du dédit ne peut la remettre en cause. Certes, la période temporaire d'attente de la décision peut porter atteinte à la perfection du contrat[7] et, selon les cas, les effets du contrat définitifs seront suspendus ou pas, mais de toute manière, cette période d'attente est régie par le contrat affecté du dédit et non par une convention préparatoire autonome[8]. A tout point de vue, la faculté de

---

(1)F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°207 ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°131, p.185.

(2)V. par exemple : MAZEAUD, op. cit., n°805.

(3)MAZEAUD, op. cit., n°805 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°209 et s. Adde E. BECQUE, note JCP 1948, II, 4388 (faculté de résiliation).
Pour des solutions différentes : L. BOYER, art. précité, n°9 (droit potestatif d'option) ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°162 et s. (garantie du risque créé).

(4)J. DUPICHOT, obs. Gaz. Pal. 1983-1- pan. p.20 sous Com. 14 juin 1982.

(5)Civ. 3e 28 février 1969, Bull. civ., III, n°186, p.141 ; TGI Corbeil-Essonnes 9 novembre 1970, AJPI 1971, p.140, confirmé par Paris 10 novembre 1972, Journ. not. 1974, p. 595, obs. J. VIATTE. V. aussi Civ. 3e 11 mai 1976, Defrénois 1977, 31350, p.456, obs. J.-L. AUBERT (l'arrêt anéantit les effets d'un dédit exercé de mauvaise foi ; selon l'annotateur, la solution est curieuse, mais peut-être justifiée par l'article 1134 alinéa 3, ce qui montre que le contrat définitif est formé et que l'avant-contrat est exclu).

(6)B. BOCCARA, chr. précitée, n°26 (l'auteur souligne qu'en décider autrement conduirait à admettre qu'il n'y a pas de contrat dans l'hypothèse fréquente des promesses synallagmatiques où chaque contractant dispose d'une faculté de dédit) ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°173 ; Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°145 et s.
Comp. L. BOYER, art. précité, n°9 (qui y voit deux situations fort proches).

(7)Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°90 : «on ne peut pas considérer qu'un contractant qui a la possibilité de se dédire ait fourni un consentement suffisant pour conférer un caractère parfait à la convention».

(8)Les véritables ventes sous condition suspensive sont soumises à des principes similaires : F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°160-161.

dédit est donc sans influence sur la qualification. Toute autre est la difficulté lorsque un des contractants a retenu son consentement.

2) Condition et réserve du consentement

134.– Au contraire de l'hypothèse précédente, la qualification des contrats est fortement remise en cause par l'adoption d'une conception large de la notion de condition. En définitive, c'est une grande partie de la théorie des avant-contrats dont le sort dépend de cette discussion. Sans cela, en effet, il serait possible de réduire à une simple vente conditionnelle, tant la promesse de vente (a), que le pacte de préférence (b) ou la vente à la dégustation (c).

a) La promesse unilatérale de vente[1]

135.– La licéité de la promesse unilatérale n'a pas toujours été admise, pour des raisons diverses[2]. Parmi les objections invoquées, il a été soutenu que cette convention contiendrait une condition purement potestative au profit de l'acheteur. Pour contrer cet argument, jurisprudence[3] et doctrine[4] écartent souvent de la discussion l'article 1174 du Code civil au motif que ce texte ne concerne que les conditions purement potestatives pour le débiteur, or le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est créancier du promettant qui est seul lié. Pourtant, la référence adoptée est discutable : si condition il y a, elle affecte l'obligation d'acheter contenue dans une vente et elle concerne par conséquent un débiteur[5]. Néanmoins, cette argumentation doctrinale constitue une nouvelle illustration d'une des constantes de la matière : l'article 1174 du Code civil ne suffit pas à régler tous les problèmes et c'est la notion de condition qui est au cœur du débat.

---

(1) Les références simplifiées renvoient à celles données dans la section précédente, notamment n°103 (note).

(2) Interprétation de l'article 1589, notamment. Sur l'évolution, cf. P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°100 et s.

(3) Civ. 14 juillet 1869, DP 1869-1-p.346 (promesse d'entreprise) ; Toulouse 21 mai 1885, DP 1886-2-p.187 (promesse de vente) ; Civ. 25 novembre 1896, DP 1897-1-p.34 (promesse d'achat). Rappr. Req. 11 mars 1879, DP 1881-1-p.34.

(4) L.-F. MAHOUDEAU, «Des promesses de vente», Thèse Paris 1886, p.150-151 ; P. FOISSIN, «Des promesses de vente», Thèse Toulouse 1924, p.48 ; Ch. BIQUEZ, Thèse précitée, p.22 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°45, p.67-68 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°1116 ; MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit., n°793 (comp. en sens inverse, à propos des ventes à la dégustation : n°915) ; STARCK, op. cit., n°1055 ; P. BLOCH, chr. précitée, n°30 ; J. DELAPORTE, note D. 1991, p.411, spéc. p.413 et 414, sous Caen 16 janvier 1990.

(5) V. en ce sens : J.-R. DAUTRICHE, Thèse précitée, p.39 ; Ph. MALAURIE, «Droit civil Les contrats spéciaux», Les Cours du Droit, 1977-1978, p.506 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°168 (implicitement) ; G. VERMELLE, obs. précitées, p.402 («[jeu] sur les mots). Rappr. d'ailleurs : Com. 23 septembre 1982, précité (c'était l'argument de la deuxième branche du moyen rejeté).

Désormais, pour l'unanimité de la doctrine[1], la promesse unilatérale de vente n'est pas une vente sous condition d'acceptation de l'acheteur et cette solution vient de recevoir explicitement l'aval de la Cour de cassation. En présence d'une convention obligeant une personne à vendre un immeuble à son cocontractant, sous la condition suspensive «que l'acquéreur confirme dans un délai d'un mois son intention définitive d'acquérir», une Cour d'appel décide qu'il ne peut s'agir d'une promesse unilatérale de vente. L'arrêt est cassé, sous le visa de l'article 1103 du Code civil, avec un chapeau qui rappelle «qu'aux termes de ce texte, un contrat est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait engagement», au motif que «la condition à laquelle la vente [est] soumise [implique] que seule [la promettante est] engagée»[2]. Il faut souhaiter que la netteté de cet arrêt renforce son autorité, et permette d'unifier la matière en évitant que, dans des circonstances de fait similaires, la Cour n'approuve les juges du fond d'avoir décidé que la condition était nulle en vertu de l'article 1174 du Code civil[3]. Appliqué aux promesses unilatérales, le principe selon lequel le consentement d'une des parties ne peut être érigé en condition, recouvre deux propositions réciproques et complémentaires : la promesse unilatérale n'est pas une vente conditionnelle et... la vente sous condition purement potestative de l'acheteur est une promesse unilatérale[4].

136.– Cette analyse de la promesse unilatérale mérite d'être approuvée, d'autant plus que la condition n'est pas susceptible d'expliquer le régime juridique de la promesse unilatérale de vente. Ainsi, la vente est conclue lors de la levée de l'option, sans rétroactivité[5]. Certes, la rétroactivité n'est pas de l'essence de la condition et les

---

(1)V. en ce sens : L.-F. MAHOUDEAU, Thèse précitée, p.163 ; E. LEDUC, «Des avant-contrats», Thèse Paris 1909, p.34 et s. ; P. FOISSIN, Thèse précitée, p.51 ; J.-R. DAUTRICHE, Thèse précitée, p.39-40 ; Ch. BIQUEZ, «Les promesses de vente de fonds de commerce», Thèse Caen 1958, p.23 ; J.-M. VERDIER, «Les droits éventuels Contribution à l'étude de la formation successive des droits», Thèse Paris 1955, n°123, p.102 ; B. CELICE, «Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques», Thèse LGDJ 1968, n°423 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°46 ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°134 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°168 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°465 et s. ; MAZEAUD et DE JUGLART, T.3 Vol.2, n°790 et n°793; J. GHESTIN ET B. DESCHE, op. cit., n°151 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°489 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-Cl. Civil, Art. 1589, Fasc. 2, n°4 ; L. BOYER, chr. précitée, note 29 p.51 ; J.-F. LUSSEAU, «La promesse unilatérale de vente immobilière», RTD civ. 1977, p. 483 et s., spéc. n° 3, p. 485, texte et note 7 ; I. NAJJAR, note D. 1983, p.57, spéc. p.61.

(2)Civ. 3e 21 novembre 1984, Bull. civ., III, n°198, p.153 ; RTD civ. 1985, p.591, obs. Ph. REMY.

(3)V. Com. 23 septembre 1982, Bull. civ., IV, n°284, p.244 ; Defrénois 1983, 33207, p.401, obs. crit. G. VERMELLE (à propos d'une promesse synallagmatique).

(4)V. en ce sens, en doctrine : F. COLLART DUTILLEUL, n°200-201 (et les autres illustrations jurisprudentielles montrant les hésitations des tribunaux).

(5)V. en ce sens : P. FOISSIN, J.R DAUTRICHE et P. FIESCHI-VIVET, Thèses précitées, loc. cit.

parties peuvent l'écarter par une stipulation contraire, mais force est de constater que les tribunaux ne procèdent jamais à de telles recherches de volontés. De même, l'article 1178 du Code civil qui impose, à titre de sanction, la formation du contrat lorsque la condition défaille du fait du débiteur, est inapplicable au bénéficiaire de la promesse qui dispose d'un droit potestatif d'option. Comme le soulignent plusieurs auteurs[1], la vente, dans une promesse unilatérale, n'est pas conditionnelle, mais éventuelle, car elle dépend d'un événement futur et incertain qui en est un élément constitutif : le consentement de l'acquéreur (ou du vendeur dans une promesse unilatérale d'achat).

b) Le pacte de préférence

137.– Les définitions doctrinales du pacte de préférence sont nombreuses[2]. Parmi celles-ci, il est possible de retenir, sous réserves de précisions ultérieures, la formulation de Madame Schmidt selon laquelle «l'accord (ou pacte) de préférence est une convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à ne pas conclure avec des tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion»[3]. La simplicité de cette définition en fait en quelque sorte un minimum incompressible. Elle présente notamment l'avantage de ne pas préciser la nature du contrat préparé, que la majorité de la doctrine estime indifférente[4]. Par conséquent, si les développements qui suivent se consacrent surtout aux pactes précédant une vente, il ne s'agit pas d'un parti

---

(1) M. GENINET, Thèse précitée, n°154 et plus généralement n°65 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°18, p.15 ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°135, p.198 et J.-Cl. précité, n°51 et 68.

(2) V. en doctrine - *Ouvrages généraux* : J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°168 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, «La responsabilité civile», n°192 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°143 et s. ; Ph. MALAURIE, Rép. civ., v° Vente (éléments constitutifs), n°628 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°67 et s. ; J. SCHMIDT, J.-Cl. Civ. art. 1589 Fasc. 3 ; «Négociation et conclusion de contrats», Dalloz 1982, n°386 et s.
- *Ouvrages spéciaux* : J. BRETILLARD, «Le pacte de préférence», Thèse Paris 1929 ; J. BARTET, «Le pacte de préférence», Thèse Paris 1932 ; L. MAUZAC, «Le droit de préemption en matière civile», Thèse Montpellier 1935 ; G. DURRY, «Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant», Thèse Paris 1957, n°153 et s. ; I. NAJJAR, «Le droit d'option Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral», Thèse LGDJ 1967, n°146 ; P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon II 1973, n°111 et s., p.162 et s. ; A. BOITUZAT, «Le régime juridique du secteur protégé de la promotion immobilière», Thèse Paris I 1978, n°19, p.33 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Le droit de préemption», Thèse LGDJ 1979, n°247 et s. ; F. BENAC-SCHMIDT, «Le contrat de promesse unilatérale de vente», Thèse LGDJ 1983, n°256 et s. ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en Droit privé», Thèse Paris II 1985, n°651 et s. ; A. LASSOUED, «Les contrats préparatoires», Thèse Strasbourg 1987, n°99 et s., n°201 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, «Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble», Sirey 1988, n°86 et s. ; M. DAGOT, « Le pacte de préférence», Litec 1988.
- *Articles* : H. LALOU, «Les pactes de préférence», DH 1929, chr., p.41 ; P. VOIRIN, «Le pacte de préférence», JCP 1954, I, 1192.

(3) J. SCHMIDT, op. cit., n°386.

(4) P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°111 note 1 ; J. SCHMIDT, J.-Cl. précité, n°3.

pris s'attachant à un élément constitutif de cette qualification, mais d'une simple commodité qui facilite la comparaison avec la promesse de vente qui vient d'être évoquée.

L'autonomie du pacte de préférence par rapport à la promesse unilatérale de vente n'a pas été admise immédiatement. Une partie non négligeable de la doctrine a soutenu, ou soutient encore, que le pacte de préférence ne constitue qu'une promesse unilatérale de vente sous condition suspensive[1], cette définition étant fréquemment complétée par la référence à l'offre concurrente d'un tiers[2]. Pourtant, cette analyse est très contestable[3] et elle suscite plusieurs objections déterminantes.

---

(1)H. LALOU, chr. précitée ; E. BECQUE, note citée infra ; J.-Ch. LAURENT, note JCP 1961, II, 12106, sous Soc. 14 janvier 1955 ; E.E. FRANCK, note D. 1971, p.358 ; PLANIOL et RIPERT, T.X, n°184 ; AUBRY et RAU, T.V, 6e édit, § 349 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°125 ; L.-F. MAHOUDEAU, Thèse précitée, p.158 et s. ; E. LEDUC, Thèse précitée, p.235 et s. ; P. FOISSIN, «Des promesses de vente», Thèse Toulouse 1924, p.40 ; J.-R. DAUTRICHE, «La promesse unilatérale de vente en droit français», Thèse Paris 1930, p.13 ; J. BARTET, Thèse précitée, p.19-21, p.22, p.26 et p.48 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°111 ; A. BOITUZAT, Thèse précitée, n°19 ; R.-L. MOREL, «La violation d'une promesse de vente», Etudes Capitant, p.541 et s., spéc. p.542 (implicite) ; M. GOBERT, «La publicité foncière française, cette mal aimée», Etudes FLOUR, p.207 et s., spéc. p.235. Rappr. ambigu : J. BRETILLARD, Thèse précitée, p.56, p.59 («avant-promesse») et p.58 et s., spéc. p.62-63 (condition «si je contracte» considérée comme échappant à 1174).
En jurisprudence : Aix 20 février 1950, JCP 1950, II, 5501, note E. BECQUE ; Civ. 3e 13 mars 1979, D. 1979, p.546, note E.-E. FRANCK ; RTD civ. 1980, p.134, obs. C. GIVERDON ; Defrénois 1979, p.1651, obs. crit. J.-L. AUBERT ; TGI Tours 8 janvier 1981, JCP 1983 éd. N, II, p.144 ; Riom 1e Ch 10 mai 1982, Juris-Data n°40929. Adde, pas très net : Req. 12 novembre 1928, DH 1928, p.576.

(2)V. par exemple : J. BARTET, Thèse précitée, p.21 ; A. BOITUZAT. Thèse précitée, n°19.
En jurisprudence : Bordeaux 13 mars 1957, JCP 1958, IV, p.52.
Adde : P. VOIRIN, chr. précitée, n°3 ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°350 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°143 (alors que tous ces auteurs s'opposent à l'analyse conditionnelle ; comp. cep. pour MM. MALAURIE et AYNES avec le texte de la note 166 où la thèse inverse est évoquée).
Contra : P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°111 et surtout n°112 (alors que cet auteur soutient l'analyse conditionnelle) ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°265 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°386 ; comp. du même auteur, J.-Cl. précité, n°3 (ambigu)

(3)V. en doctrine : L. MAUZAC, Thèse précitée, p. 55 et s. et n°91 et s., p.69-75 ; P. VOIRIN, chr précitée, n°3-4 ; J.-M. VERDIER, «Les droits éventuels Contribution à l'étude de la formation successive des droits», Thèse Paris 1955, n°132 ; G. DURRY, Thèse précitée, n°160-162 ; J.-C. GROSLIERE, «Le droit de préemption», JCP 1963, I, 1769, n°10 ; Ph. MALAURIE, Rép. Civ., v° Vente (éléments constitutifs), n°629 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°144 ; J.-L. AUBERT, obs. précitées, note 1 p.1654 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°168-169 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°67 texte et note 1 ; J. SCHMIDT, J.-Cl. Civil, art. 1589, Fasc 2, n°8 ; M. DAGOT, op. cit., n°14 et s. ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°350 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°247, n°249 et n°251 ; T. MASSIS, «Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire», Thèse Paris II 1979, p.170 ; A. LASSOUED, Thèse précitée, n°30 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°86 et s. ; M. GENINET, Thèse précitée, n°656-658 ; R. SAINT-ALARY, «La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction», JCP 1968, I, 2146, n°47 ; L. BOYER, art. précitée, note 29, p.51 ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°262 (mais l'auteur évoque un «droit conditionnel»).
Comp. nuancé : L. BOYER, Rép. civ., v° Promesse de vente, n°57.

138.– La principale concerne bien entendu le recours à la notion de condition. Selon un auteur «le vendeur obligé par un pacte de préférence doit vendre s'il reçoit l'offre d'un tiers qu'il juge acceptable»[1]. Si c'était le cas, il serait légitime en effet de parler de promesse conditionnelle, mais cette présentation n'est pas du tout conforme à l'économie du pacte de préférence. Même pour les auteurs qui font de la sollicitation d'un tiers un élément de cette convention, le souscripteur du pacte conserve malgré cette proposition sa liberté de décision. Or cette liberté ne peut s'insérer dans le cadre d'une condition simplement potestative ou mixte (dans la classification moderne). Il est insuffisant d'expliquer une telle qualification en prétendant que la décision du souscripteur est en général subordonnée aux circonstances et à l'état de ses affaires[2]. Ces événements sont trop imprécis et leur appréciation est trop subjective pour retirer à l'émission de volonté son caractère potestatif[3] : en réalité, n'importe quel consentement d'un contractant intègre ces éléments de décision dans les mobiles de l'acte. Aussi, analysé comme une promesse sous condition suspensive du promettant, le pacte de préférence devrait encourir la nullité de l'article 1174 du Code civil.

Une telle solution est formellement contraire au droit positif, ce qui montre que la notion de condition est inappropriée. Il est impossible d'«ériger en condition les éléments essentiels d'un contrat, comme le sont la volonté du vendeur et la détermination du prix» ; «l'événement auquel est subordonné la promesse ne présente pas le caractère accidentel de la condition qui constitue la modalité d'une obligation»[4]. En réalité, si le souscripteur d'un pacte de préférence possède une liberté totale de vendre, qui peut apparaître comme une prérogative purement potestative, c'est tout simplement... parce qu'il n'a souscrit aucune obligation, même conditionnelle, de vendre. Le principe du contrat futur n'est pas arrêté[5]. Contrairement à la situation

---

Adde en jurisprudence : TGI Lyon 12 mai 1964, Gaz. Pal.-2-p.335 (pas très net) ; Rennes 8 avril 1982, Juris-Data n°42073, cité par J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°169.

(1)A. BOITUZAT, Thèse précitée, n°19, p.33. Contra à juste titre : G. DURRY, Thèse précitée, n°161, p.253.
Rappr. l'hypothèse de la vente à réméré, où l'acheteur est tenu de revendre si le vendeur le demande (J. SCHMIDT, op. cit., n°389 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES,op. cit., n°143).

(2)Rép. Pratique Dalloz, 1926, v° Vente, n°280 et s. V. aussi : L.-F. MAHOUDEAU, Thèse précitée, p.159 ; P. FOISSIN, Thèse précitée, p.41 ; H. LALOU, chr. précitée ; J. BARTET, Thèse précitée, p.48 ; L. MAUZAC, Thèse précitée, p.46-47 ; M. GOBERT, art. précité., note 103, p.235.
Adde aussi, ne justifiant pas leur solution : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°184 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°111 note 2 p.163 ; I. NAJJAR, Thèse précitée, note 40 p.153.

(3)V. en ce sens : G. DURRY, Thèse précitée, n°160-161 et n°164 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°251 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°388 ; M. DAGOT, op. cit., n°18, texte et note 19 ; note 98 p.152. Contra : P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°112, p.164.

(4)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°144. Dans le même sens : J. SCHMIDT, J.-Cl. précité, n°3 ; M. DAGOT, op. cit., n°17.

(5)Ph. LE TOURNEAU, op. cit., loc. cit. ; J. SCHMIDT, op. cit., n°386.

découlant d'une promesse unilatérale de vente, l'option appartient ici au vendeur potentiel.

139.- La qualification de promesse unilatérale de vente sous condition suspensive ne rend pas compte non plus des nombreuses différences qui séparent le régime de ce contrat de celui du pacte de préférence. Ainsi, la capacité du souscripteur n'est pas appréciée lors de la conclusion du pacte, solution qui devrait s'imposer pour une promesse conditionnelle, mais lors de l'émission de l'offre au bénéficiaire[1]. Ensuite, nul ne discute que le pacte de préférence est soumis à des règles de publicité différentes de la promesse, que ce soit vis à vis des règles de la publicité foncière[2] ou de la formalité fiscale de l'article 1840-A du Code général des impôts[3], disposition qui est applicable aux promesses conditionnelles[4]. De même, la date du transfert de propriété n'est pas fixée à la conclusion du pacte , comme l'exigerait la rétroactivité de la condition[5]. Enfin, et la liste n'est pas limitative[6], la détermination des éléments constitutifs du futur contrat de vente est beaucoup moins rigoureuse dans le pacte de préférence que dans la promesse. Celle-ci obéit au régime sévère de la vente, puisque seul le consentement de l'acheteur fait défaut et que la vente est conclue dès qu'il a été donné. Rien de tel dans le pacte de préférence. Les seules exigences concernent la nature du contrat et la détermination du bien objet de la prestation du souscripteur[7]. Au delà, le contenu du contrat futur n'a pas à être nécessairement déterminé[8]. Cette

---

(1)V. en ce sens : J. SCHMIDT, J.-Cl. précité, n°8 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°144 ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°268 ; M. DAGOT, op. cit., n°25 et n°282 et s.
En jurisprudence : TGI Aurillac 10 janvier 1978, JCP 1980, IV, p.135.

(2)Cette disparité est discutée et discutable, mais pour une toute autre raison, cf. infra n°145.

(3)C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°249 ; M. DAGOT, op. cit., n°29 et n°337 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°144, in fine ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°259 ; J. SCHMIDT, op. cit, n°414.
En ce sens en jurisprudence : Rennes 4 août 1982, Juris-Data n°42073.

(4)Cf. LAMY Fiscal 1991, T.2, n°3269. V. d'ailleurs Com. 15 décembre 1987, Bull. civ., IV, n°274, p.205 (l'arrêt précise que, du fait de la rétroactivité qui s'attache à la condition suspensive, le point de départ du délai de dix jours ne part pas de la réalisation de la condition mais de l'acceptation de la promesse).

(5)J.-C. GROSLIERE, chr. précitée, n°10 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°388 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°168.

(6)Adde : - la durée du pacte, illimitée et non trentenaire (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°144 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°168 ; J. SCHMIDT, op. cit., n°422 ; adde les critiques de M. DAGOT, op. cit., n°428 et s. ; A. LASSOUED, Thèse précitée, n°213, en faveur d'un contrat viager, opinion émise par le professeur MOUSSERON).
- M. DAGOT, op. cit., n°19 et s. (pour d'autres difficultés).

(7)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°144 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°654 et n°662 ; M. DAGOT, op. cit., n°308 et s. ; J. BARTET, Thèse précitée, p.20. La loi assouplit parfois cette exigence (cf. infra n°1291 et s., à propos du contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire) ou la durcit (art. 34 de la loi du 11 mars 1957 : «œuvres futures de genres nettement déterminés» ; pour une application : Civ. 1e 5 février 1980, JCP 1980, IV, p.157).

(8)V. en ce sens : Ph. LE TOURNEAU, op. cit., loc. cit. ; J. SCHMIDT, J.-Cl. précité, n°2 et ouvrage précité, n°386.

souplesse ne vise pas seulement les modalités accessoires de la vente ; elle concerne aussi un de ses éléments essentiels, le prix[1]. Devant cette difficulté, les auteurs partisans de l'analyse conditionnelle ont dû chercher une parade. Pour éviter que la promesse ne soit nulle faute de détermination du prix, ces auteurs estiment que le pacte sert à trancher un conflit entre un tiers et son bénéficiaire. Les conditions du contrat sont alors déterminées par un tiers au contrat[2], ce qui permet de respecter les exigences posées par la Cour de cassation en matière de détermination du prix[3]. Or ce corollaire à la définition du pacte de préférence est tout à fait discutable[4]. Il s'avère fort réducteur, alors qu'il n'y a aucune raison de douter de la possibilité pour un pacte de préférence de jouer indépendamment de toute offre d'un tiers. La solution s'impose d'autant plus que le déroulement normal du pacte conduit le plus souvent à priver de tout effet l'offre du tiers[5] ! Si une offre concurrente peut jouer un rôle non négligeable lors de l'exécution du contrat[6], il est injustifié d'en faire un élément constitutif de la qualification.

Incompatible avec la notion de condition, incapable d'expliquer le régime du pacte de préférence, réductrice de sa définition, l'analyse conditionnelle du pacte de préférence doit être abandonnée.

---

(1)V. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°144 ; M. DAGOT, op. cit., n°28 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°67 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°169 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°248-249 ; F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°265 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°654 et n°661 ; J. BRETILLARD, Thèse précitée, p.56 ; L. MAUZAC, Thèse précitée, p.73 ; A. LASSOUED, Thèse précitée, n°30 et s.
Contra : J. SCHMIDT, J.-Cl. précité, n°11. Cependant, l'arrêt cité par cet auteur à l'appui de son opinion (Civ. 3e 1 février 1984, Bull. civ., III, n°26, p.21) ne concerne pas un pacte de préférence, mais une promesse (*obligation* de l'acheteur de proposer la vente aux petits-enfants de la venderesse à leur majorité).

(2)V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°184.

(3)Civ. 3e 21 décembre 1987, D. 1988, IR, p. 16.

(4)V. en ce sens : G. DURRY, Thèse précitée, n°159 et n°170 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n° 89-91 ; M. DAGOT, op. cit., n°26 et n°655 et s. ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit, n°270 ; R. SAINT-ALARY, chr. précitée, n°47 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°652-653, mais certains passages sont moins nets : n°159 et n°238 ; A. LASSOUED, Thèse précitée, n°206 ; Rappr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°247 et n° 250 (l'absence de référence à un tiers est admise par cet auteur, mais semble considérée comme marginale).
Rappr. d'ailleurs : - en jurisprudence : Com. 4 février 1970, Bull. civ., IV, n°44, p.44 (contrat qualifié de pacte de préférence et obligeant à offrir la priorité, sans aucune allusion à des offres de tiers).
- en pratique, dans le commerce international, les clauses de «premier refus» ; «Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux», dr. prat. comm. intern., 1978, p.185 et s., spéc. p.203 et s. ; (M. GENINET, Thèse précitée, n°653).

(5)Cf. M. DAGOT, op. cit., n°665

(6)Cf. infra, n°145.

140.– Cette définition négative du pacte de préférence n'est pas suffisante et il convient de préciser davantage sa nature[1]. Comme pour la promesse, la doctrine récente préfère recourir à la notion d'éventualité plutôt qu'à celle de condition[2]. Plusieurs auteurs remarquent que le pacte de préférence se distingue à cet égard de la promesse par la présence d'une double-éventualité. Dans une promesse unilatérale, le contrat principal est éventuel, parce que son existence dépend d'un événement futur, qui constitue un de ses éléments constitutifs essentiels : le consentement de l'une des parties. Dans le pacte de préférence, le contrat principal dépend d'une double éventualité, à savoir la décision du souscripteur de vendre et celle du bénéficiaire d'acheter[3]. Ce sont donc, en définitive, les deux consentements au contrat définitif qui manquent, ce qui explique le relâchement important du lien unissant cet avant-contrat au contrat principal projeté, notamment quant à la précision du prix. La nécessaire détermination du bien et de la nature du contrat s'attache davantage au pacte lui-même, qu'au contrat qu'il prépare[4].

Devant ce relâchement, les auteurs se tournent souvent vers une analyse intermédiaire, en attachant l'éventualité à un avant-contrat de promesse et non au contrat définitif. Ils remarquent que lorsque la décision de vendre est prise et que la conclusion du contrat est proposée au bénéficiaire du pacte, celui-ci se trouve dans une situation analogue à celle du bénéficiaire dans une promesse unilatérale de vente : il dispose d'un droit d'option. Autrement dit, lors de la conclusion du pacte de préférence, ce droit d'option est encore éventuel[5], puisqu'il lui manque un de ses éléments essentiels, le consentement à la vente du propriétaire. Le pacte de préférence serait une promesse unilatérale et éventuelle ; comme l'expose un auteur, «les rapports qu'entretient le pacte de préférence avec la promesse unilatérale de vente sont de même nature que ceux qui lient celle-ci au contrat de vente»[6].

141.– L'analyse est séduisante et son inspiration générale paraît fondée. Elle doit cependant être approfondie. En effet, la modification de la nature du rapport de droit

---

(1)Comp. I. NAJJAR, Thèse précitée, note 40, p.153 et n°146, qui est plus intéressé par la nature du droit de préférence, que par celle du pacte lui-même.

(2)A. VERDIER, Thèse précitée, n°132, p.113 ; I. NAJJAR, Thèse précitée, n°146 ; F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°92 et s. ; M. GENINET, Thèse précitée, n°658 et s.

(3)V. en ce sens : F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°92 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°659. Comp. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°247 (mise en vente et offre d'un tiers).

(4)Cf. en ce sens, semble-t-il, C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°248 (qui distingue l'objet du pacte, la préférence, et l'objet de la préférence qui n'est pas déterminé).

(5)V. en ce sens : I. NAJJAR, Thèse précitée, n°146 ; M. DAGOT, op. cit., n°388 et s.

(6)F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°92. Adde dans le même sens : M. GENINET, Thèse précitée, n°659 («promesse de pacte d'option» ; «avant-contrat d'avant-contrat» ; «promesse unilatérale de pacte d'option éventuel»).

affecté par l'éventualité n'est pas aussi neutre qu'il y paraît. Le passage d'un contrat définitif éventuel (comme dans la promesse unilatérale) à un avant-contrat de promesse unilatérale éventuel (pour le pacte de préférence) suscite certaines difficultés qui semblent affaiblir le force explicative de la notion d'éventualité[1] ou qui incitent, tout au moins, à en mesurer plus exactement la portée.

Pour la promesse unilatérale, le contrat éventuel est constitué par une vente qui est un contrat synallagmatique : si le consentement de l'acheteur fait défaut, celui du vendeur est déjà acquis et ce dernier s'est obligé à vendre. En d'autres termes, la moitié d'un contrat synallagmatique équivaut à un contrat unilatéral, idée qui pourrait être illustrée par l'expression de contrat principal «partiel» .

Pour le pacte de préférence, le contrat éventuel est déjà un avant-contrat unilatéral. Dans ce cas de figure, l'éventualité peut prendre deux formes différentes. Il est possible d'envisager, tout d'abord, une promesse unilatérale de... promesse unilatérale. Le propriétaire s'engage à consentir une promesse unilatérale de vente sur un de ses biens au profit d'un tiers qui accepte : si le bénéficiaire lève l'option dont il dispose, une promesse unilatérale de vente se forme. Il s'agit bien là d'une promesse éventuelle de vente, puisqu'il lui manque le consentement du bénéficiaire, mais l'avant-contrat qui la précède est encore une promesse unilatérale. Les deux éventualités reposent sur le consentement du même contractant, qui se voit offrir deux options successives. La situation ne pose pas de difficultés particulières, puisqu'une partie de l'avant-contrat éventuel peut figurer dans l'avant-contrat pur et simple. Les choses se présentent bien différemment avec le pacte de préférence. L'éventualité concerne ici le consentement du promettant : dans ce cas, la moitié d'un contrat unilatéral paraît déboucher sur un vide, puisque celui qui sera le seul obligé du contrat unilatéral éventuel a réservé son consentement[2]. Il faudrait donc admettre que le seul engagement définitif du contrat éventuel de promesse unilatérale est celui du bénéficiaire de cette promesse[(3)]. Une telle solution suscite plusieurs objections. Est-il concevable de donner purement et simplement un consentement, sans s'obliger soi-même, dans l'espoir de bénéficier d'une obligation aux contours encore très flous ? L'existence du pacte de préférence ne devient-elle pas douteuse, faute d'isoler son

---

(1)La notion d'éventualité garde de toute façon un intérêt minimal majeur : elle permet d'évincer l'explication conditionnelle.

(2)Comp. M. GENINET, Thèse précitée, n°659 et n°664.

(3)V. en ce sens : F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°95.
Il en résulte de toute façon une différence importante avec la promesse. L'indemnité d'immobilisation éventuellement stipulée dans une promesse unilatérale peut être causée par l'immobilisation et par le bénéfice de l'option ainsi octroyée. Au contraire, dans un pacte de préférence onéreux qui mettrait à la charge du bénéficiaire l'obligation de payer une somme d'argent, cette indemnité ne pourrait être causée que par l'immobilisation, puisque l'option bénéficie au créancier de cette somme.

contenu obligatoire ? Il semble difficile de considérer que la promesse elle-même est éventuelle, puisque le «promettant» n'a pas pris d'engagement de vendre ou de promettre de vendre.

142.– Ces objections ne sont peut-être pas déterminantes. Pour y répondre, il convient de garder à l'esprit l'autonomie de l'objet du contrat de promesse unilatérale, lequel réside non dans le transfert de propriété, mais dans la création d'un droit d'option. Cette idée permet déjà de repousser le grief tiré d'une indétermination du contrat éventuel de promesse unilatérale que le pacte de préférence est censé préparer. Les éléments essentiels de cet accord sont fixés : nature du contrat et du bien qui en sera l'objet de la prestation. La détermination des conditions de la vente ne semble pas nécessaire à ce moment. La stipulation d'un délai n'est pas un élément constitutif de la promesse et, quant à celle d'une indemnité d'immobilisation, elle dépendra de la volonté des contractants. L'objection concernant le contenu obligatoire du pacte est plus délicate. La qualification de promesse unilatérale éventuelle serait certainement exclue si le pacte de préférence ne contenait pas d'ores et déjà une partie du contenu obligatoire de cette promesse et s'il se contentait de figer le consentement du futur bénéficiaire[1]. Justement, tel n'est pas le cas. La promesse comporte à titre accessoire l'obligation de ne pas disposer du bien promis[2]. Il est possible de considérer que cet engagement du futur promettant existe immédiatement dans le pacte de préférence. Autrement dit, des trois éléments du contrat éventuel de promesse - à savoir le consentement du bénéficiaire, l'engagement du promettant de créer un droit d'option et celui de ne pas disposer - c'est l'engagement principal du promettant de créer un droit d'option, engagement qui suppose le consentement définitif de vendre, qui fait défaut.

143.– L'analyse a dès lors gagné en précision, mais toute difficulté n'est pas pour autant écartée. Il convient en effet de ne pas surestimer le rôle exact de la notion d'éventualité dans la qualification des avant-contrats. La qualification de ceux-ci dépend de la nature du contrat éventuel (contrat définitif ou avant-contrat) et de celle de l'éventualité (nature de l'élément constitutif qui fait défaut), mais aussi de la façon dont les parties ont organisé la période transitoire qui précède la survenance de cette éventualité[3]. La comparaison avec la promesse unilatérale est ici encore pleine d'enseignements.

---

(1)Rappr. I. NAJJAR, Thèse précitée, n°100-101 (qui indique que l'apparition du droit d'option suppose une sujétion d'un des contractants pour qu'une simple manifestation unilatérale puisse modifier la situation).

(2)Que Madame GENINET appelle obligation de réservation.

(3)V. en ce sens, semble-t-il : M. DAGOT, op. cit., n°595-596, qui estime que l'analyse fondée sur un droit éventuel n'est plus suffisante et doit prendre en compte les droits actuels du bénéficiaire

Le fait que la promesse unilatérale constitue un contrat principal éventuel n'est pas suffisant pour en préciser la nature. Le consentement définitif du promettant à un contrat principal dont tous les éléments sont déjà fixés génère une situation qui pourra être transformée pas la seule volonté du bénéficiaire. L'apparition de cette situation est un élément original du contrat de promesse unilatérale, puisqu'elle permet la création d'un droit potestatif d'option, qui est la marque de la situation provisoire telle qu'elle est organisée dans ce type d'avant-contrats.

Pour le pacte de préférence, l'analyse peut sembler voisine : le consentement du bénéficiaire et la naissance immédiate de l'obligation de ne pas vendre à un tiers créent une situation que le propriétaire du bien peut modifier unilatéralement en décidant de vendre. L'exercice de l'option dont il dispose fait advenir l'éventualité et transforme alors le pacte en promesse unilatérale. Une première différence n'en sépare pas moins les deux hypothèses. Dans la promesse unilatérale, ainsi d'ailleurs que dans la promesse unilatérale de promesse unilatérale décrite précédemment, l'élément partiel du contrat éventuel qui est d'ores et déjà acquis est une prestation principale : il s'agit soit de l'engagement de vendre, soit de celui de consentir une option. Pour le pacte de préférence, le seul élément obligatoire du contrat éventuel est une obligation accessoire du promettant. Toute la difficulté est là. L'obligation de ne pas vendre est la seule immédiatement assumée par le souscripteur du pacte et elle risque d'être la seule qu'il assumera jamais, s'il se refuse toujours à vendre. Dans ces conditions, il paraît difficile de continuer à voir dans cette obligation une prestation accessoire. Le pacte de préférence constitue une restriction conventionnelle au droit de disposer[1] immédiate et inconditionnelle[2]. Dès la conclusion du pacte, le souscripteur ne peut plus disposer de son bien au profit d'un tiers. «C'est un droit actuel à effet essentiellement négatif dans l'immédiat, puisque son titulaire n'a qu'une assurance : éviter la formation du contrat avec un tiers»[3]. Cet aspect conservatoire qui occupe un rang accessoire dans la promesse, pour assurer l'efficacité du droit d'option du bénéficiaire, apparaît ici à titre principal, dans la période initiale du pacte de préférence, lorsque le propriétaire n'a pas

---

que lui reconnait la jurisprudence. Rappr. défendant, semble-t-il, une solution similaire pour l'analyse des ventes avec condition suspensive : F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°161.

(1)V. en ce sens : C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°248 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°659 (droit de réservation) ; L. MAUZAC, Thèse précitée, n°80-81.
Contra : M. DAGOT, op. cit., n°374 et s. (le souscripteur pourrait continuer à vendre, sous la condition que le bénéficiaire ne veuille pas se substituer à l'acquéreur, présentation qui s'avère tout à fait artificielle).

(2)V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°251.

(3)V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°248. V. aussi G. DURRY, Thèse précitée, n°163 et s.

encore décidé de vendre[1]. Cette restriction au droit de disposer est loin d'être inconsistante et la jurisprudence semble avoir tendance à la renforcer. Elle interdit au souscripteur de conclure, outre bien sûr les aliénations visées par le pacte, des promesses unilatérales ou des conventions qui videraient le pacte de son contenu[2] ; elle justifie le régime du pacte de préférence au regard de la publicité foncière ; enfin, elle confère au bénéficiaire une prérogative transmissible[3].

144.– En poursuivant dans cette voie, il est permis de se demander si cette première différence n'en annonce pas une seconde. En levant l'option, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale n'exécute pas une obligation, il utilise sa liberté de contracter ou pas. Selon un auteur, il en est de même pour le souscripteur d'un pacte de préférence[4]. Il n'est pourtant pas sûr que les deux situations soient complètement assimilables. Lorsque le propriétaire du bien est décidé à vendre, il doit faire une offre à son cocontractant. En réalité, bien que la distinction puisse paraître subtile, il semble que si la volonté de vendre est effectivement libre, l'émission de ce consentement «pur»(5), qui constitue l'éventualité attendue, fait apparaître l'obligation pour le

---

(1)Certains auteurs évoquent encore l'idée d'obligations «secondaires» (M. DAGOT, op. cit., n°552). L'analyse est concevable : la restriction au droit de disposer serait affectée au service du droit de priorité qui pourra se manifester par l'obligation de faire une offre. Mais une autre analyse est possible : comme cette préférence négative joue immédiatement, isolément et peut-être définitivement (si la décision de vendre n'est jamais prise), autant y voir une obligation principale, l'obligation de ne pas vendre et celle de faire une offre étant les deux facettes d'une même obligation de donner la préférence.

(2)V. notamment J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-Cl. précité, n°23 ; M. DAGOT, op. cit., n°552 et s. : pas de pacte de préférence (n°556 et s.) ; pas de promesse unilatérale de vente (n°576 et s.) et pas de bail pouvant entraîner un droit légal de préemption au profit du locataire (n°581 et s.). Cette dernière restriction provient d'un important arrêt de la Cour de cassation, qui a condamné à des dommages et intérêts le souscripteur qui avait vidé le droit de préférence de son contenu en consentant un bail rural à un preneur autre que le bénéficiaire (Civ. 3e 10 mai 1984, Bull. civ., III, n°96, p.77 ; Defrénois 1985, 33612, note J.-M. OLIVIER ; JCP 1985, II, 20328, note M. DAGOT ; RDI 1985, p.74, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI). Restriction au droit de disposer, le pacte de préférence est en train de devenir aussi une restriction au droit de jouir.

(3)Cette situation est difficilement explicable par la théorie de la promesse conditionnelle. En premier lieu, il est douteux que le régime sanctionnant la vente à un tiers puisse correspondre à celui de l'article 1178 du Code civil. La référence à une obligation de ne pas vendre qui existe purement et simplement depuis la conclusion du pacte semble difficile à contourner. Ensuite, l'obligation de ne pas vendre à autrui semble difficilement considérable comme exigible, puisque le contrat reste sous condition. Certes, la doctrine récente, reconnaît déjà une certaine existence à l'acte affecté d'une condition suspensive, mais il est quand même curieux que la modalité qui affecte le principal ne retentisse pas sur l'accessoire. De plus, cette interdiction de disposer, loin d'être une partie secondaire pure et simple, détachée d'un ensemble sous condition, constitue au contraire un des objectifs immédiats et principaux de l'accord. Contrairement à la promesse qui regroupe simultanément l'engagement de vendre et la restriction au droit de disposer, les deux aspects se succèdent dans le temps dans le pacte de préférence.

(4)M. GENINET, Thèse précitée, n°655.

(5)En ce sens, notamment, que la décision de vendre peut être prise indépendamment de l'établissement des conditions précises de la vente.

souscripteur de proposer la vente à des conditions précises au bénéficiaire du pacte[1]. La décision de vendre et l'obligation de faire une offre s'expriment généralement simultanément, mais tel n'est pas toujours le cas comme l'illustre l'hypothèse du contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire[2] et, à un moindre titre, celle du contrat d'approvisionnement exclusif[3]. Dans une telle analyse, le pacte de préférence apparaît fondamentalement comme un contrat unitaire constituant une restriction au droit de disposer, mais cette restriction tend à prendre une forme différente selon que le souscripteur refuse de vendre ou se décide à le faire[4]. Tant que le souscripteur n'a pas décidé de vendre, la préférence ne peut prendre qu'une forme négative de ne pas vendre à un tiers. Quand la décision est prise, le respect de la préférence ne peut se faire qu'en proposant prioritairement la vente au bénéficiaire du pacte : l'exécution de l'obligation du souscripteur passe alors par la formulation d'une offre à son cocontractant. Cependant, ces deux attitudes successives ne constituent, en définitive, que les deux aspects d'un même engagement d'assurer la préférence. Dans cette conception, le pacte de préférence est donc structuré autour de l'éventualité de la décision de vendre, mais celle-ci est considérée comme un événement extérieur au contrat[5]. La survenance de cette décision modifie la nature de l'obligation du souscripteur qui doit abandonner son rôle passif, pour un rôle actif. La gestion de la période transitoire s'opère donc de façon assez dissemblable dans le pacte de préférence et dans la promesse de vente. La restriction au droit de disposer est autonome dans la pacte de préférence et elle précède l'engagement de vendre. Bien plus, alors que l'offre de vente du souscripteur amorce la fin des effets du pacte de préférence, l'engagement de vendre ou la constatation contractuelle de l'offre de vendre d'un promettant marque seulement le début de l'exécution de la promesse.

145.- Cette seconde différence peut entraîner certaines conséquences sur le régime du pacte de préférence. Tout d'abord, la transformation du pacte en promesse unilatérale perd de son importance : l'obligation du souscripteur peut très bien s'accomplir par la simple formulation d'une offre, sans que celle-ci soit ipso facto

---

(1)Rappr. pour une position assez proche, semble-t-il : A. LASSOUED, Thèse précitée, n°204-205 et n°212.
G. DURRY, Thèse précitée, n°165. Pour cet auteur, le pacte de préférence fait naître une obligation facultative : le débiteur doit uniquement une prestation de ne pas faire mais il reçoit la faculté de se libérer en accomplissant une autre prestation (positive, passation d'un contrat) à la place de celle qui était seule due.
Contra : M. DAGOT, op. cit., n°540.

(2)Cf. infra n°1275.

(3)Cf. infra n°182.

(4)Comp. F. COLLART DUTILLEUL, op. cit., n°92 et s., selon lequel ce contrat possède une nature évolutive. V. aussi I. NAJJAR, Thèse précitée, n°146.

(5)V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Thèse précitée, n°247.

considérée comme une promesse unilatérale. La solution présente un avantage : elle explique très simplement l'éviction de l'article 1840 A du Code des impôts qui devrait normalement être applicable si le contrat se transformait automatiquement en promesse, alors que cette éviction n'est pour l'instant pas expliquée de façon satisfaisante en doctrine[1]. Elle pourrait présenter un inconvénient pour justifier la transmissibilité active et passive du pacte de préférence, les solutions régissant la promesse et l'offre étant sensiblement différentes[2]. Mais l'obstacle ne semble pas insurmontable puisque l'obligation de faire une offre et de la maintenir est d'origine contractuelle[3].

Ensuite, même en conservant l'idée d'une transformation du pacte en promesse unilatérale qui n'est nullement incompatible avec l'analyse unitaire du pacte de préférence, l'apparition d'une obligation de proposer la vente conserve un intérêt. En effet, l'émission de l'offre constitue l'exécution de l'obligation de préférence pesant sur l'offrant en vertu du pacte. Cette obligation de faire une offre doit, comme n'importe quelle obligation, être accomplie de bonne foi (article 1134 alinéa 3 du Code civil). La liberté traditionnelle qui s'attache à la détermination du contenu d'une offre n'est plus ici de mise. Le juge doit contrôler que le souscripteur du pacte ne tente pas d'échapper à son obligation en fixant des conditions qui excluent, en fait, la conclusion du contrat définitif. A cet égard, une offre concurrente d'un tiers peut constituer un indice intéressant, mais une telle offre ne saurait constituer ni une preuve nécessaire, ni une preuve suffisante du sérieux de l'offre du souscripteur : d'une part, un concert frauduleux entre le tiers et le souscripteur est parfaitement concevable ; d'autre part, une offre peut s'avérer tout à fait loyale en l'absence de toute offre concurrente. Bien que la solution ne résulte nullement du droit positif, il semble donc que la formulation d'une offre aux conditions artificiellement exigeantes ne respecterait pas cette disposition et pourrait entraîner, soit la responsabilité de son auteur qui se dégage à bon compte du contrat qu'il avait promis[4], soit même l'obligation de refaire une offre véritablement conforme aux exigences de la bonne foi qui doit présider à l'exécution de toute convention. Certes, une telle conception peut sembler trop novatrice et elle alourdit encore le contenu du pacte de préférence. Mais il convient de

---

(1)Cf. F. COLLART DUTILLEUL, op. cit, n°95 qui reconnait la difficulté ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°171.

(2)Cf. F. COLLART DUTILLEUL, op. cit, n°92-95.

(3)Il y a là, très exactement, la situation décrite par certains auteurs à propos de la promesse unilatérale de vente : une obligation contractuelle de maintenir une offre, dont le contenu n'a pas été accepté. Mais cette présentation est discutable car dans la promesse, les éléments caractéristiques ont déjà fait l'objet d'un accord des parties : il n'est plus de mise de parler d'offre, qui est une manifestation unilatérale de volonté (cf. infra n°338).

(4)C'est une autre manière de vider le pacte de son contenu.

remarquer que cette convention s'est développée à une époque où le droit positif n'avait pas encore insisté sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ; depuis lors, l'intensification jurisprudentielle du contenu de ce texte doit amener à réexaminer le régime du pacte de préférence. Cette solution nouvelle ne pose de problèmes sérieux qu'en matière d'édition, où les auteurs se dégagent de leur obligation de préférence vis à vis de l'éditeur en rédigeant rapidement de mauvais livres impubliables. Toutefois, la solution est ici législative : ces clauses de préférence sont souvent abusives et il serait souhaitable de les limiter encore plus strictement que ne le fait la loi de 1957[1].

c) La vente à la dégustation

146.- Les textes et la doctrine classiques relatifs à la détermination de la nature des ventes à l'essai et des ventes à la dégustation constituent une dernière illustration de la nécessité d'utiliser une conception stricte de la notion de condition. Aux termes de l'article 1588 du Code civil, «la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive». Au contraire, l'article 1587 dispose «qu'à l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées».

Conformément à ces textes, la doctrine classique estime que la vente à l'essai est une vente conditionnelle[2]. En effet, le consentement peut être considéré comme valablement donné puisque les résultats de l'essai ne sont pas laissés à la discrétion de l'acheteur : l'essai correspond à une vérification objective des qualités du produit qui peut être contrôlée par le juge. Au contraire, la vente à la dégustation constitue une promesse unilatérale de vente[3]. La dégustation correspond à une appréciation purement subjective. Le consentement de l'acheteur au contrat définitif est donc réservé, ce qui exclut les qualifications de vente ou de promesse synallagmatique

---

(1)V. par exemple le vibrant plaidoyer de REZVANI, dans «Le testament amoureux».

(2)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°107 ; Ph. MALAURIE, Rép. Civ., v° Vente (éléments constitutifs), n°692 et s. ; MAZEAUD et CHABAS par DE JUGLART, T.3 Vol. 2, n°914 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°564 ; RIPERT et ROBLOT, T. 2, 12e édit., n°2514.

(3)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°106 ; Ph. MALAURIE, Rép. précité, n°665 et s., spéc. n°678 ; MAZEAUD, op. cit., n°914-915 ; J. SCHMIDT, «Conclusion et négociation des contrats», n°490 ; P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon 1973, n°102, p.152 et s. ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en Droit privé», Thèse Paris II 1985, n°511 et s. (pacte d'option d'achat, pour employer la terminologie de cet auteur) ; J.-J. TAISNE, Thèse précitée, n°136, p.199.
Contra (vente conditionnelle) : J. LARGUIER, «La formation du contrat dans les diverses ventes commerciales», in «La vente commerciale de marchandises», Etudes de Droit commercial sous la direction de J. HAMEL, p.57 et s., spéc. p.75 et s. ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°2513[1] (qui admettent que la condition est potestative pour le créancier, ce qui la fait échapper à l'article 1174 du Code civil, raisonnement discutable, cf. sufra n°135)
Contra : J.-Ch. SERNA, «Le refus de contracter», Thèse LGDJ 1967, p.211 (l'auteur soutient (isolément) qu'il ne saurait y avoir de promesse, puisque la chose sur laquelle elle porterait serait indéterminée).

conditionnelles[1]. En revanche, le consentement du vendeur est acquis. La qualification d'accord de principe proposée par certains auteurs est en conséquence inadaptée puisqu'il n'y a plus rien à négocier du côté du vendeur(2).

147.– La doctrine et la jurisprudence plus récentes remettent en cause cette typologie classique. Une vente de vin ou d'huile, pour reprendre les exemples du Code civil, peut très bien constituer une vente à l'essai et non une vente à la dégustation, si les parties en décident ainsi[3]. La règle posée par l'article 1587 n'est pas d'ordre public et les parties peuvent l'écarter expressément ou tacitement. La qualité des contractants est à cet égard importante à considérer, les commerçants pouvant s'attacher, même pour les choses qu'il est «dans l'usage de goûter», au goût moyen conforme à ce que peut attendre la clientèle. Parallèlement, certains essais, notamment pour des particuliers, peuvent s'avérer trop subjectifs pour correspondre à une véritable condition. Plutôt que de distinguer les ventes à l'essai et les ventes à la

---

(1)La vente sous condition ne rend d'ailleurs pas compte du régime de la vente à la dégustation (v. d'ailleurs remarquant cette difficulté : RIPERT et ROBLOT, op. cit., loc. cit. et J. LARGUIER, op. cit., p.80-81). En particulier, la jurisprudence estime que la vente est formée au jour de l'agrément, sans retenir la rétroactivité caractéristique de la condition. Il est insuffisant de constater que cette rétroactivité n'est pas d'ordre public (J. LARGUIER, op. cit., loc. cit.), puisque les tribunaux ne recherchent pas de clauses contraires pour fonder leur solution. De plus, il est tout à fait illogique et contradictoire de prétendre que «lorsque la condition rétroagit, c'est parce que, lors du contrat, tous les éléments de la convention sont déjà réunis, ce qui n'est pas le cas ici» (J. LARGUIER, op. cit., loc. cit.), puisque cette affirmation revient à reconnaître qu'il manque au départ un élément essentiel du futur contrat de vente - le consentement de l'acheteur - ce qui correspond à la définition de la promesse unilatérale de vente !

(2)V. en faveur de l'accord de principe : J.-Ch. SERNA, Thèse précitée, p.207 et s. ; J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°241 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°165 ; adde semble-t-il L. LORVELLEC, J.-Cl. Civil art. 1587, n°4, 10, 15 et 18.
En réalité, ces auteurs semblent maintenir un semblant de négociation du côté du promettant en se référant à l'obligation pour celui-ci de permettre la dégustation (L. LORVELLEC, J.-Cl. précité, n°4 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°165 et 564 ; adde PLANIOL et RIPERT, T.10, n°303 note 2), mais cette solution est artificielle. Que ce soit sur la chose ou sur le prix, le promettant a donné son consentement. En organisant la dégustation, il n'accomplit pas un acte de négociation mais un acte d'exécution d'une des obligations qui découlent de la promesse. Permettre la dégustation est une obligation accessoire par destination du promettant, qui illustre l'obligation de «collaboration» qui peut peser sur les parties (le bénéficiaire de la promesse a réciproquement l'obligation de procéder à la dégustation) et qui a pour objectif de permettre en l'occurrence l'exercice du droit d'option.
Il ne semble pas plus convaincant de justifier le recours à l'accord de principe par le pouvoir de contrôle qu'aurait le juge sur l'agrément (J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°165). En premier lieu, parce qu'un tel pouvoir est discutable dans une vente à la dégustation (cf. infra n°147). Ensuite, et surtout, parce que le «contrôle» du juge aboutit en l'occurrence à réputer le consentement donné et le contrat formé, ce que l'accord de principe ne saurait expliquer.
Il faut d'ailleurs remarquer les divergences de vues qui opposent les partisans de l'accord de principe. Pour certains, l'accord de principe semble constituer une qualification suffisante (J.-Ch. SERNA, Thèse précitée, p.211). Pour d'autres, en revanche, cette qualification semble compléter un engagement irrévocable du vendeur (L. LORVELLEC, J.-Cl. précité, n°15).

(3)Req. 29 mai 1905, DP 1905-1-p.426.

dégustation, certains auteurs soulignent qu'il aurait été préférable de dissocier les ventes civiles des ventes commerciales[1].

Ces infléchissements appellent quelques commentaires. En premier lieu, ils remettent en cause, à juste titre, l'idée que la nature de la vente serait forcément liée à celle de la chose vendue. L'article 1587 ne pose qu'une solution supplétive. C'est la volonté des parties qui, ici comme ailleurs, est essentielle et la nature de la chose vendue ne fait présumer celle de la vente que si aucune disposition expresse ou tacite des contractants ne peut être découverte[2]. L'essentiel est en définitive de déterminer si les contractants ont réservé à l'acheteur une faculté discrétionnaire de former le contrat de vente. Si c'est le cas, le contrat ne peut constituer qu'une promesse unilatérale de vente, quelle que soit la dénomination utilisée par les parties (dégustation ou essai), la nature de la vente (civile ou commerciale) et celle de la chose (qu'elle relève habituellement des ventes à la dégustation ou pas). Ceci conduit à considérer que ce renouvellement de la discussion est, du point de vue de la qualification, un faux-problème : il n'y a toujours que deux types de contrats possibles - une vente sous condition et une promesse unilatérale - et il s'agit, par delà les termes d'essai ou de dégustation, de découvrir l'intention véritable des parties. Si, comme se plaît à le souligner une partie de la doctrine[3], les besoins du commerce s'opposent en pratique à l'octroi à l'acheteur d'une option discrétionnaire, il faut en déduire que le champ d'application de la vente à la dégustation s'est réduit et non que les modalités de l'agréage ont changé[4]. En effet, un contrôle judiciaire sur la dégustation qui lui retire son caractère discrétionnaire, pour aboutir à considérer dans certains cas que la vente est formée parce que la marchandise présente une qualité loyale et marchande, conforme à ce qu'attend la clientèle, est absolument incompatible avec la liberté de l'option qui découle d'une promesse unilatérale de vente. Le caractère discrétionnaire est consubstantiel de la vente à la dégustation. L'acheteur peut être condamné à des dommages et intérêts s'il n'exécute pas son obligation de goûter dans les délais prévus

---

(1)V. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°105 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°511.

(2)V. en doctrine : MAZEAUD, op. cit., n°915 (qui estiment à juste titre que l'article 1587 se contente de poser une présomption simple de vente à la dégustation pour certaines denrées) ; L. LORVELLEC, J.-Cl. précité, n°1 et 5 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°106 ; Ph. MALAURIE, Rép. précité, n°671.

(3)V. par exemple : L. LORVELLEC, J.-Cl. précité, n°9 et s.; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°105-106.

(4)Cette position est pourtant celle de nombreux auteurs : J.-Ch. SERNA, Thèse précitée, p.208 ; L. LORVELLEC, J.-Cl. précité, n°9 et s. ; comp. plus réservé: RIPERT et ROBLOT, op. cit., loc. cit.

ou s'il l'accomplit de mauvaise foi[1], mais la conclusion forcée de l'accord est exclue et ne peut se concevoir que dans une vente à l'essai conditionnelle.

148.- La conclusion de ce rapide examen de l'influence des modalités des obligations sur la technique des qualifications ne peut être que nuancée. Deux idées principales semblent se dégager.

Tout d'abord, il semble indispensable d'adopter une conception stricte de la condition, en évitant d'ériger en modalité d'une convention un élément constitutif essentiel de celle-ci. Lorsqu'une telle situation se rencontre, il ne s'agit plus d'un droit conditionnel, mais d'un droit éventuel. La distinction de ces deux notions, dont la doctrine semble de plus en plus consciente, permet de mieux comprendre l'autonomie de la qualification des avant-contrats. Ceux-ci ne peuvent constituer des contrats définitifs conditionnels, parce qu'il manque au contrat définitif un de ses éléments principaux et qu'en concluant un avant-contrat les parties ont justement voulu organiser la période précédant le jeu de l'éventualité.

Toutefois, même en conservant cette conception stricte, les exemples évoqués précédemment ont montré que, parfois, le terme et la condition peuvent constituer un instrument technique jouant un rôle fondamental dans certaines structures contractuelles. Tout dépend de la manière dont cette modalité vient s'insérer dans l'économie de l'accord et de la façon dont les parties l'ont envisagée. Notamment, l'incertitude qui peut s'attacher au terme ou à la condition, lorsqu'elle constitue un élément causal de l'intervention des parties, dégénère en un aléa conventionnel qui peut servir de critère de qualification.

Conclusion du chapitre

149.- Que l'existence d'une obligation constitue un procédé élémentaire de qualification ne peut surprendre. Dès lors que la technique des qualifications repose sur un système de catégories réelles, où l'identification repose sur le contenu effectif des objets classés, il est normal que la présence ou l'absence d'obligations soit un critère important puisque leur création constitue l'effet principal du contrat. A chaque emplacement d'une structure de qualification, une question identique se pose : un contractant est-il tenu d'une obligation ? Si l'interrogation concerne l'unique obligation caractéristique de la convention qui absorbe son utilité économique, sa réponse scelle le sort de l'existence même du contrat. Si elle ne se rapporte qu'à la présence d'une

---

(1) Tel serait le cas par exemple de l'acheteur qui, pour une raison extérieure au contrat sait que la chose ne conviendra pas et qui la fait néanmoins transporter jusqu'à son domicile aux frais du vendeur.

obligation de paiement d'un prix, c'est la nature synallagmatique de cette structure qui est en cause[1]. Cependant, si un tel procédé est indispensable pour construire l'armature principale de ces structures, il est à l'évidence insuffisant pour distinguer plus précisément les contrats et le recours à la nature des obligations stipulées est nécessaire[2].

(1)Mais pas son caractère onéreux (cf. infra n°531).

(2)Dans les hypothèses étudiées précédemment (spéc. section 1), la question de la présence ou de l'absence ne se pose en définitive qu'à partir d'un comportement dont la nature est identifiée (assistance bénévole, transport, lettre d'intention). De façon assez paradoxale, le problème de la nature de l'obligation (à supposer qu'elle existe) est résolu avant celui de l'existence de l'obligation.

CHAPITRE 2

LA NATURE DES OBLIGATIONS

150.– S'attacher à l'existence ou à l'absence d'obligations permet de décrire certaines structures contractuelles fondamentales : unilatérale, synallagmatique simple ou synallagmatique complexe, lorsque trois obligations principales au moins[1] se servent mutuellement de contrepartie. Au delà de ce canevas général, il est clair qu'un tel critère est assez peu discriminant[2] et qu'il est indispensable pour la norme juridique de tenir compte de la nature des obligations afin de spécifier davantage chaque qualification.

Encore faut-il préciser le critère technique auquel cette notion de nature de l'obligation se réfère. Le propre d'une obligation est de transformer un comportement facultatif en comportement juridiquement sanctionné. Cet effet étant commun à toutes les obligations, il est insusceptible de permettre de distinguer les différentes obligations entre elles. Pour cela, il est indispensable de s'attacher au comportement devenu obligatoire, autrement dit à la prestation qui constitue l'objet de l'obligation. C'est donc la théorie de l'objet qui, dans une première approche, constitue le cœur de la distinction des obligations en fonction de leur nature. Une fois ce principe acquis, cette règle technique est sans aucun doute la plus difficilement systématisable. L'originalité de la nature d'une obligation telle qu'elle résulte de son objet propre peut sembler une succession de cas d'espèces, tant en raison de la diversité concrète de ces objets, que de l'irrégularité de l'intervention du législateur, qui peut aussi bien viser une prestation très générale (un travail) qu'une prestation très précise (un courtage

---

(1) Il peut s'agir de contrats opposant : une obligation principale à deux autres (contrat mixte par addition, si l'obligation unique est un prix (cf. infra n°1308 et s.), contrat mixte par opposition et par addition dans l'hypothèse inverse (cf. infra n°1226 et s.)) ; deux obligations principales à deux autres (contrat mixte par opposition et par addition), deux obligations à trois autres, etc.

(2) Il ne joue d'ailleurs le plus souvent que lorsque la nature de l'obligation caractéristique est déjà connue (cf. supra n°149 (note)).

matrimonial ou une assistance maritime). Après avoir exposé certains principes gouvernant la matière, au travers d'exemples concrets (Section 1), il sera possible d'évoquer cependant quelques techniques spécifiques, permettant de différencier les obligations, dont la portée s'étend à de nombreuses qualifications, en raison de la généralité du concept qui les sous-tend, comme la cause ou la distinction des obligations de moyens et de résultat (Section 2).

SECTION 1

PRINCIPES GENERAUX

151.– L'influence de la nature de l'obligation dans la qualification d'un contrat est à l'évidence fondamentale. Un transport n'est pas un bail parce que les obligations caractéristiques de ces deux contrats sont de nature différente : déplacement dans un cas et transfert de jouissance dans l'autre. De même, c'est la nature de leur obligation qui sépare les conventions translatives ou constitutives de droit réel de celles portant création d'un droit personnel[1]. La solution est certaine et elle est fréquemment rappelée en doctrine, notamment pour certains professionnels dont l'intervention peut prendre diverses formes contractuelles : il convient alors de déterminer la qualification du contrat conclu en fonction de la nature de l'obligation assumée[2]. Pourtant, malgré son apparente simplicité, le critère de la nature de l'obligation est souvent masqué par la prolifération d'indices secondaires ou par des raisonnements prenant directement en compte le régime des différentes qualifications en cause. Il importe tout d'abord d'exposer cette imbrication des critères, des indices et des régimes, afin de préciser le rôle exact de chacun de ces éléments (I). Il sera dès lors possible de montrer que le critère de qualification tiré de la nature de l'obligation sert aussi bien à définir les contrats nommés (II) qu'à consacrer l'existence de contrats innommés (III).

---

(1) La situation se rencontre dans de multiples hypothèses : distinction du bail du droit de commun et des baux de longue durée créateurs de droit réel comme le bail emphytéotique ou le bail à construction (cf. infra n°842) ; distinction du mandat et de la vente à condition ; analyse des consignations d'emballage selon que la propriété de ceux-ci est transférée ou pas.

(2) V. par exemple : R. RODIERE, «Droit des transports», 1977, n°234 note 2 ; note JCP 1967, II, 15156, I ; M. VASSEUR, «L'ingénierie financière», Banque 1990, p.7 et s. et p.116 et s., spéc. p.123 (mandat, prestation de services ou courtage). Adde les auteurs cités infra n°658 (note), pour l'analyse de l'intervention des agences de voyages.

I - CRITERES, INDICES ET REGIMES

152.- Les structures de qualification sont identifiées par la nature de leur obligation caractéristique (et éventuellement non caractéristique lorsqu'une qualification est exclusivement réservée à un prix en argent). C'est cette nature qui en constitue le critère véritable et elle dépend principalement du type de prestation promise, c'est à dire de l'objet de l'obligation.

Ce critère essentiel est parfois obscurci par l'existence d'autres éléments en apparence caractéristiques. Ceux-ci ne constituent en fait que des indices, c'est à dire des traits implicites d'une obligation d'une nature donnée ou des conséquences normales de son exécution, qui permettent aux magistrats de déterminer la qualification d'un accord particulier. Ils ne constituent pas un élément structurel immédiat, rôle qui demeure principalement assumé par l'objet de l'obligation, mais un argument utile dans le débat sur la preuve de la nature d'un contrat concret. Une obligation peut présenter plusieurs angles saillants caractéristiques de sa nature et il est possible pour le juge de la reconnaître par l'un d'entre d'eux. Derrière l'indice, c'est cependant l'obligation qui est recherchée. Or, une différence importante sépare ces deux notions : alors que le contrat ne peut être qualifié sans la mise en évidence de l'obligation caractéristique qui en constitue le critère, un indice possède un caractère relatif. Les juges retiennent parfois une qualification contraire à celle correspondant normalement à la présence d'un indice particulier, dès lors qu'ils disposent d'éléments suffisants en sens inverse[1]. Le phénomène est fréquent lorsque les magistrats utilisent la technique bien connue du faisceau d'indices.

153.- La nature d'une obligation entretient aussi des liens étroits avec le régime que lui a conféré le législateur. Un régime assez vague ou général peut s'accompagner d'une interprétation extensive des obligations concernées, alors qu'un régime fortement spécialisé et étroitement adapté à une situation donnée sera difficilement

---

(1)Rappr. le rôle joué par les modalités de rémunération. L'indice est ici tiré de l'obligation neutre et il est utilisé pour mettre en évidence la nature de l'obligation caractéristique ainsi payée. Il n'est donc pas étonnant que son influence soit limitée et qu'il soit souvent contredit par d'autres éléments. V. parmi une multitude d'illustrations : la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise ; la distinction de le vente et du bail (une vente peut avoir un prix échelonné et un bail peut être payé en une fois ; v. pour des ventes de fruits : Ch. Réunies 17 mars 1904, D.P. 1905-1-p.139, où le caractère d'indice est clairement indiqué puisque la Cour précise que la stipulation n'est pas de l'essence du bail) ; la distinction du contrat de transport et de la location de véhicule (infra n°156) ; la distinction du mandat et de la commission de transport.

transposable à des situations autres que celles prévues. Dans cette seconde situation, il est indispensable de définir plus restrictivement l'objet de l'obligation. Cette étroitisation des qualifications entraîne alors soit une démultiplication des qualifications lorsque la création de contrats innommés au voisinage de la qualification nommée est possible, soit un effet de «trou noir» qui anéantit les conventions voisines lorsque le législateur a créé un régime impératif que les magistrats ne veulent pas voir contourner[1]. Mais ici encore, l'ordre des facteurs ne doit pas être inversé[2]. C'est bien la nature de l'obligation qui constitue le véritable critère d'identification de la qualification. Le régime de celle-ci contribue seulement à délimiter de façon plus ou moins restrictive les contours de cette obligation.

154.– En pratique, critères, indices et régimes apparaissent comme étroitement imbriqués. Au fil des espèces, la jurisprudence dégage de multiples indices de la présence d'une obligation d'un objet donné, elle cerne l'esprit du régime de la qualification correspondante et elle précise par la même, petit à petit, les contours de cette obligation. Le temps joue un rôle essentiel dans cette lente maturation de la ratio legis d'une qualification. La multiplicité des espèces soumises aux magistrats leur permet de mettre à l'épreuve les structures légales soit en les assouplissant pour leur permettre de répondre à des situations nouvelles que leurs créateurs n'avaient pas envisagées, soit pour en marquer les limites lorsque leur régime paraît inadapté. La constatation vaut donc aussi bien pour les contrats nommés que pour les contrats innommés. Pour ces derniers, l'analyse s'applique aux contrats qui apparaissent au voisinage d'un contrat nommé, au fur et à mesure que celui-ci voit ses frontières se dessiner avec plus de fermeté, mais elle concerne également les accords correspondant à une opération économique originale dont la traduction juridique devient au fil du temps de plus en plus nette. La délimitation des situations économiques correspondant à une opération originale et homogène, l'exacte traduction en termes d'obligations de cette spécificité et le nécessaire équilibre qui doit présider aux relations des parties ne peuvent se décider en un jour, comme l'a montré, par exemple, le cas du crédit-bail[3].

---

(1) Sur cet effet de trou noir, cf. infra n°683 et s.

(2) V. par exemple, discutable : - le refus de la qualification de contrat d'entreprise au contrat de commande d'objet d'art, en raison de la possibilité pour l'entrepreneur de faire appel à un sous-entrepreneur (H. EL HADDAWI, «Le contrat de commande d'objet d'art et ses suites en droit», Thèse Poitiers 1959, p.118).
- les arguments parfois invoqués pour refuser la qualification de louage d'ouvrage au contrat médical (infra n°248).

(3) V. aussi, l'élimination pour le pacte de préférence de la condition d'offre d'un tiers (supra n°137-139).

De nombreuses hypothèses concrètes pourraient illustrer ces constatations. Parmi celles-ci, trois retiendront l'attention en raison du contentieux abondant qu'elles suscitent et de la «lisibilité» de l'imbrication des concepts de critère, d'indice et de régime qui les caractérisent. Dans ces trois cas, l'enjeu majeur est essentiellement pratique : il s'agit pour le juge, dans chaque espèce, de déterminer la nature du contrat qui lui est soumis. La technique des qualifications, au sens de la définition des structures-types, est en général peu concernée même si, par la force des choses, de telles discussions aboutissent à un modelage progressif des contours des obligations concernées. L'hésitation du juge ne porte le plus souvent que sur deux qualifications connues et, en tout état de cause, lorsqu'un problème de structure de qualification se pose, il dépend rarement de l'indice concret mis en évidence par la pratique.

155.- - La première illustration de ce genre de situations est fournie par la classique distinction du contrat de transport et du louage de véhicules avec chauffeur[1]. En effet, le contrat aux termes duquel un déplacement de marchandises est effectué au moyen d'un véhicule qui n'appartient pas à celui qui est intéressé au déplacement[2] peut relever de l'une ou l'autre de ces qualifications avec des conséquences importantes sur le plan du régime juridique[3]. En théorie, aucune confusion n'est possible. Alors que le transporteur s'engage à effectuer un déplacement d'un point à un autre dans un certain délai, donc à accomplir en toute indépendance une variété particulière de prestation de service, le loueur promet de mettre à la disposition de son client un véhicule en état de marche, accompagné de son chauffeur, pour que ce client puisse effectuer lui-même les transports que requiert son entreprise. En pratique, la distinction soulève de nombreuses difficultés en raison de l'imprévoyance des contractants qui se contentent de conventions verbales[4], laissant ainsi les juges dans

---

(1)V. en doctrine : R. RODIERE, op. cit., n°235 et n°734 : R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°131 ; J. MERIMEE, Rép. Com., v° Contrat de transport, n°12 et n°24-25 ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com. Fasc. 610, n°17-20 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°706 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°618.

(2)Le problème est clairement posé en ces termes par le Doyen RODIERE, note D. 1960, p.563.

(3)Sur cet intérêt, v. par exemple : chr. Bull. transp. 1974, p.139.

(4)Sur ces pratiques et leur critique, v. : chr. L. BRUNAT, Bull. transp. 1974, p.209 ; obs. P. B., Bull. transp. 1983, p.578, sous Com. 8 juin 1983.
Rappr. la rédaction très critiquable de certains modèles de contrats : G.F.C. et M.T., «Les deux modèles de contrat du CNT», Bull. transp. 1991, p.788 ; G.F.C., «Sous-traitance. Un guide d'utilisation des contrats», Bull. transp. 1992, p.211. Pour régir les opérations de sous-traitance de transport, le Conseil d'observance distingue une version location et une version affrètement, mais le texte des deux contrats est quasiment identique, sauf pour la responsabilité. Il en résulte une impression de grande confusion, surtout pour le contrat affrètement qui, relevant normalement du transport, est défini pourtant comme «une mise à disposition» (art. 1) et comprend plusieurs précisions sur le véhicule (art. 2) et le chauffeur (art. 3).

l'embarras face à deux qualifications dont l'apparence extérieure peut s'avérer identique : un véhicule, conduit par l'employé de son propriétaire, contient une marchandise qui appartient à un tiers.

156.– Or, pour se déterminer, les tribunaux recherchent fréquemment quel est le contractant qui dispose de la maîtrise de l'opération de déplacement(1). S'il s'agit du propriétaire de la marchandise, le contrat est une location ; si c'est celui du véhicule, la convention est un transport. Afin d'établir ce pouvoir de direction, les magistrats s'appuient sur divers indices tirés des conditions d'exécution du déplacement afin de savoir qui avait le choix de l'itinéraire[2] ou encore, sans que la liste soit limitative[3], qui donnait des ordres au chauffeur[4].

Pour une convention écrite avec les conditions générales du loueur, hypothèse rare dans le contentieux (et pour cause, vu la facilité avec laquelle elle se dénoue !) : Versailles 16 février 1989, Bull. transp. 1989, p.567.

(1) V. par exemple : Com. 27 octobre 1958, Bull. civ., IV, n°366, p.308 ; Nancy 23 décembre 1959, D. 1960, p.563, note R. RODIERE ; Com. 18 décembre 1968, Bull. transp. 1969, p.268 ; Poitiers 15 avril 1970, Bull. transp. 1970, p.199 (préposé du locataire «chef du convoi») ; Paris 26 juin 1972, Bull. transp. 1972,p.296 ; Tb. com. Paris 28 juin 1973, Bull. transp. 1973, p.379 infirmé par Paris 25 avril 1975, Bull. transp. 1975, p.227 et sur pourvoi Com. 7 mars 1977, Bull. transp. 1977, p.247 (rejet prudent) ; Paris 11 avril 1974, Bull. transp. 1974, p.211 et p.209, obs. L. BRUNAT ; Paris 7 juillet 1976, Bull. transp. 1976, p.356 ; Aix 28 janvier 1977, Bull. transp. 1977, p.324 ; Paris 31 mai 1977, Bull. transp. 1977, p.298 ; Com. 13 octobre 1980, Bull. transp. 1980, p.598 ; Toulouse 10 novembre 1980, Bull. transp. 1981, p.334 ; Lyon 28 janvier 1981, Bull. transp. 1981, p.408 ; Com 20 décembre 1982, Bull. transp. 1983, p.180 ; Rennes 28 août 1985, Bull. transp. 1986, p.152 (implicitement) ; Paris 2 mars 1990, Bull. transp. 1991, p.99.

Rappr. : Com. 18 novembre 1969, Bull. transp. 1970, p.6 (ambigu, où la référence à l'absence de subordination, qui évoque le contrat de travail, semble masquer une allusion à la maîtrise de l'opération).

La *doctrine* approuve la jurisprudence : R. RODIERE, op. cit., n°235 et n°734 ; J. MERIMEE, Rép. précité, n°24 ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°131 ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. précité, n°17 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°706 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°618.

V. pour les *textes* : la reprise du principe dans le contrat-type : «Contrat-type «location» Analyse par P. BONFILS», Bull. transp. 1988, p.252 ; pour les textes antérieurs (dans le même sens) : J. MERIMEE, Rép. précité, n°25.

Un raisonnement similaire entre la location et le contrat d'entreprise se rencontre pour les contrats concernant un *bulldozer* ou une *grue* : Civ. 24 février 1971, Bull. transp. 1971, p.351 (location ; direction d'une opération de démolition par le locataire d'un bulldozer) ; Poitiers 12 mai 1976, Bull. transp. 1976, p.269 (grue ; entreprise ; qualification non justifiée) ; Com. 15 novembre 1977, Bull. transp. 1978, p.64 (grue ; location ; direction du chantier par le locataire) ; Com. 5 février 1985, Bull. transp. 1985, p.543 (grue ; cassation de l'arrêt qui n'a pas déterminé celui qui avait cette direction) ; Paris 25 avril 1985, Bull. transp. 1985, p.300 (grue ; contrat d'entreprise) ; Paris 22 mai 1990, D. 1990, IR, p.259 (grue ; location). V. cependant, en faveur d'un contrat sui generis : Paris 4 avril 1974, Rev. jur. com. 1974, p.214.

(2) V. par exemple : Nancy 23 décembre 1959, précité ; Tb. com. Paris 28 juin 1973, précité ; Paris 25 avril 1975, précité ; Lyon 28 janvier 1981, précité ; Paris 2 mars 1990, précité (itinéraire choisi en commun mais pouvant être modifié par le seul locataire).

Cette maîtrise en devient-elle pour autant un critère principal de qualification ? Il ne le semble pas. Elle ne constitue qu'un indice de la qualification de transport dont l'absence fait présumer a contrario la pertinence de la qualification de louage. La responsabilité du transporteur est en effet très lourde puisqu'elle repose sur la technique de l'obligation de résultat. Cette responsabilité ne se comprend que parce que la marchandise est placée sous la garde du voiturier : maître de l'opération de transport, il est seul juge des conditions et des moyens d'exécution qui lui permettront de mener à bien sa mission[1]. Il serait inconcevable qu'un transporteur soit présumé responsable des dommages survenus à une marchandise lors d'un déplacement effectué sous la direction du propriétaire de celle-ci. Au contraire, la prestation d'un loueur ne concerne que le véhicule et son chauffeur : seuls les vices du premier ou les fautes du second peuvent engager sa responsabilité. En aucun cas, le loueur ne prend la marchandise en charge et celle-ci est censée être transportée par le locataire pour son propre compte.

La simple nature d'indice et non de critère de cette maîtrise est d'ailleurs confirmée par un examen d'ensemble de ce contentieux. La direction de l'opération n'est pas l'unique procédé utilisé par les magistrats pour qualifier ces contrats[2]. Ainsi, les prestations caractéristiques du bailleur et du transporteur sont différentes (déplacement ; transfert de jouissance) ce qui se répercute sur les objets de ces prestations (véhicule ; marchandise). Les stipulations des parties peuvent parfois implicitement indiquer laquelle de celles-ci est visée[3]. La présence de clauses relatives

---

(3)Cf. aussi : Paris 31 mai 1977, précité (conclusion d'une sous-traitance de transport par le soi-disant bailleur montrant une prise en charge de la marchandise incompatible avec la location) ; Com 20 décembre 1982, précité (prestations autres que la conduite (chargement et déchargement) assurées sans facturation séparée ; l'argument n'est pas décisif, même s'il n'est pas sans précédents : Com. 6 juillet 1971, D. 1971, p.691).

(4)L'indice semble très prisé par la Cour de cassation. V. par exemple : Com. 27 octobre 1958, précité ; Com. 18 décembre 1968, précité ; Paris 7 juillet 1976, précité ; Com. 7 mars 1977, précité ; Com. 13 octobre 1980, précité ; Paris 2 mars 1990, précité. Adde en doctrine : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°618 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°706.

(1)V. en ce sens en doctrine : R. RODIERE, op. cit., n°235 et n°734 ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°131 ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. précité, n°17.

(2)La maîtrise est parfois considérée comme une conséquence de la qualification retenue à partir d'autres indices : Tb. com. Seine 8 janvier 1964, Bull. transp. 1964, p.44 ; TGI Carpentras 24 février 1966, Bull. transp. 1966, p.139 ; Paris 15 septembre 1981, Bull. transp. 1981, p.555.

(3)Paris 15 novembre 1988, Bull. transp. 1989, p.194 ; Comp. Crim. 8 mai 1967, Bull. transp. 1967, p.217 rejetant le pourvoi contre Nîmes 8 octobre 1966, lequel infirmait TGI Carpentras 24 février 1966 (la location est exclue car le contrat ne donnait aucune précision sur deux éléments essentiels de cette qualification : «le véhicule qui en faisait l'objet et la redevance de location», puisque le locataire se rémunérait directement sur les clients) ; Paris 15 décembre 1973, Bull.

au délai d'acheminement[1] est logique dans un transport alors qu'une facturation à la journée évoque la durée caractéristique d'un transfert de jouissance[2]. De même, l'absence ou la présence d'une prise en charge de la marchandise peut-être établie directement[3]. Enfin, très nombreuses sont les espèces qui s'appuient sur la qualité des parties[4], la nature de leurs relations habituelles[5] ou les documents de transport[6] pour résoudre la difficulté qui leur est posée[7].

157.- Cette analyse appelle deux remarques. Tout d'abord elle illustre parfaitement l'imbrication évoquée précédemment entre la nature d'une obligation, les indices de sa présence et son régime juridique. Le régime permet de mieux cerner le contenu de la prestation érigée en critère de qualification, en faisant ressortir que les dispositions légales concernant le régime du transport de marchandises ne se

---

transp. 1974, p.11 (clauses se référant aux marchandises et non aux véhicules ou à la durée de la location).

(1)V. Paris 15 décembre 1973, précité ; Aix 28 janvier 1977, précité.

(2)V. Paris 27 février 1975, précité ; Paris 25 avril 1975, précité ; Com. 7 mars 1977, précité ; Paris 22 février 1980, Bull. transp. 1980, p.239 (transport ; facturation par voyage et selon le tonnage) ; Paris 21 mars 1984, Bull. transp. 1984, p.336 ; Paris 4 octobre 1984, BRDA 1984, n°24, p.22 ; Paris 15 novembre 1988, Bull. transp. 1989, p.194 (forfait annuel au coefficient kilométrique) ; Paris 2 mars 1990, précité.
Contra : Toulouse 10 novembre 1980, précité (transport malgré une facturation à l'heure).
Comp. pour la faiblesse d'un indice tiré des modalités de rémunération : Poitiers 15 avril 1970, précité ; Amiens 28 novembre 1974, Bull. transp. 1975, p.23 ; Aix 28 janvier 1977, précité.

(3)V. par exemple : Paris 26 avril 1960, D. 1960, p.565, obs. R. R. ; Paris 22 février 1980, Bull. transp. 1980, p.239 (souscription d'une assurance pour la marchandise). Adde : Com. 27 octobre 1958, précité (en plus de la recherche de la maîtrise) ; Aix 28 janvier 1977, précité (idem).

(4)V. par exemple : Aix 21 juin 1960, Bull. transp. 1960, p.296 (absence d'inscription au registre des loueurs) ; Paris 26 juin 1972, précité («administrativement un transporteur») ; Tb. com. Paris 28 juin 1973, précité ; Paris 15 décembre 1973, précité ; Paris 11 avril 1974, précité ; Paris 25 avril 1975, précité ; Amiens 28 novembre 1974, précité ; Paris 27 février 1975, Bull. transp. 1975, p.144 (unique qualité de loueur) ; Aix 28 janvier 1977, précité (élément parmi d'autres) ; Paris 15 septembre 1981, précité ; Paris 17 mars 1982, Bull. transp. 1982, p.395 ; Paris 30 septembre 1983, Bull. transp. 1984, p.335.
Contra : Nancy 23 décembre 1959, précité (absence d'influence du non-respect de la réglementation administrative) ; R. RODIERE, note précitée, D. 1960, p.563 ; J. MERIMEE, Rép. précité, n°25.

(5)V. Paris 11 avril 1974, précité ; Paris 7 juillet 1976, précité ; Tb. com. Saumur 20 septembre 1977, Bull. transp. 1977, p.563.

(6)V. par exemple : Tb. com. Paris 28 juin 1973, précité ; Paris 11 avril 1974, précité ; Amiens 28 novembre 1974, précité ; Paris 27 février 1975, précité ; Amiens 7 mai 1975, Bull. transp. 1976, p.62 ; Paris 7 juillet 1976, précité ; Tb. com. Saumur 20 septembre 1977, précité ; Com. 13 octobre 1980, précité (qui invoque l'article 9-1 CMR) ; Lyon 28 janvier 1981, précité ; Paris 15 septembre 1981, précité ; Tb. com. Flers 6 novembre 1981, Bull. transp. 1982, p.297 ; Com 20 décembre 1982, précité ; Com. 5 janvier 1988, Bull. civ., IV, n°8, p.6 (l'autre justification est assez obscure).

(7)La mise aux couleurs du véhicule fait l'objet d'appréciations très diverses : Paris 22 février 1980, précité (sans influence) ; Paris 21 mars 1984, précité (indice retenu) ; Paris 15 novembre 1988, précité (indice retenu).

comprennent que si le transporteur dispose de la maîtrise de l'opération. Cet aspect de la prestation du voiturier, par les conséquences qu'il emporte sur le déroulement pratique de l'opération de transport, devient un indice permettant de trancher les hésitations pouvant survenir, en fait et non en droit, dans le classement d'un accord concret à la nature ambiguë. L'utilisation d'indices est même en l'occurrence à double-étage[1] : certains indices permettent de déterminer le titulaire de la maîtrise de l'opération et cette maîtrise joue à son tour le rôle d'indice de la présence de l'obligation de déplacer d'un transporteur.

Ensuite, comme le montrent les nombreuses décisions qui ne contiennent qu'une pure discussion probatoire, se finissant en général au détriment du soi-disant bailleur qualifié dans le doute de voiturier[2], et comme le confirme l'apparition d'une présomption de transport public pour résoudre la difficulté[3], ce conflit de qualification concerne presque exclusivement l'identification d'un accord concret, non la définition des structures contractuelles de qualification en cause. Le seul problème structurel suscité par ce contentieux n'est en tout cas pas lié à la maîtrise du déplacement, ce qui montre encore une fois que cet élément n'est qu'un indice. En l'occurrence, la convention qui peut poser problème n'est pas le transport, mais la location, qui englobe une prestation supplémentaire consistant dans la fourniture du conducteur du véhicule. Il est certain qu'en matière de transport routier[4] cette obligation est considérée comme un service accessoire, à la nature relativement floue[5], inséré dans un contrat dont la nature reste globalement celle d'un contrat de location[6]. La solution n'est peut-être pas incontestable, car cette prestation secondaire peut perturber le régime de la prestation principale[7]. La fusion d'une fourniture de matériel et d'un prêt

---

(1)V. en ce sens, très net : Com 20 décembre 1982, précité.

(2)V. par exemple (avec parmi elles nombre d'espèces où l'argument tiré de la location semble purement dilatoire) : Aix 21 juin 1960, Bull. transp. 1960, p.296 ; Crim. 30 octobre 1963, Bull. transp. 1964, p.44 ; Paris 26 juin 1972, précité ; Montpellier 13 janvier 1975, Bull. transp. 1975, p.272 ; Toulouse 5 mars 1980, Bull. transp. 1980, p.297 (location d'avion).

(3)Cf. supra n°83.

(4)La solution doit pouvoir être étendue aux transports fluviaux. En revanche, elle paraît difficilement concevable en matière ferroviaire.

(5)Prestation de service (Com. 6 juillet 1971, D. 1971, p.691) ou louage de services (les arrêts évoquent souvent le fait que le chauffeur devient le préposé occasionnel du locataire) ? Sur cette question : M. TILCHE, «Chauffeur à louer», Bull. transp. 1991, p.368., spéc. p.369.

(6)V. l'arrêt particulièrement clair de la Cour de cassation : Com. 6 juillet 1971, précité. ; M. TILCHE, chr précitée, p.369.

(7)A titre d'exemple, la présence d'un chauffeur rend difficile l'application de l'article 1733 du Code civil en cas d'incendie du véhicule. Une décision d'appel (Nancy 23 décembre 1959, précité) avait admis l'application de l'article 1733, mais cet arrêt a été cassé avec une motivation ambiguë (Com. 10 juillet 1963, Bull. civ., III, n°370, p.312) : la Cour reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le propriétaire du véhicule n'avait pas conservé la maîtrise des opérations de conduite, de sauvegarde et de surveillance du véhicule. Le terme de maîtrise évoque le transport, mais il n'est

de main d'œuvre pourrait produire une prestation globale originale portant sur la mise à disposition d'un potentiel de transport. Sur le fond, il semble que la technicité relativement faible des transports routiers, la brièveté de l'exécution de ces contrats et la faiblesse des volumes transportés[1] ne justifient pas la création d'une qualification nouvelle(2). Ceci explique qu'en matière maritime et aérienne, où ces conditions ne sont plus remplies, se soient développés des contrats d'affrètements au voyage ou à temps, dont la nature a été fort discutée, mais que la doctrine analyse désormais comme des contrats innommés intercalés entre la location et le transport[3].

158.- - La seconde illustration qu'il est possible d'évoquer concerne la qualification des contrats de garage et de parking(4). A priori, deux solutions paraissent concevables : un dépôt du véhicule ou une location de l'emplacement occupé lors de son stationnement. Les obligations en cause sont donc parfaitement distinctes, obligation de conserver et restituer la voiture dans un cas, obligation de louer un emplacement dans l'autre[5], et les objets de ces prestations ne sont pas les mêmes (véhicule ou emplacement). Comme pour les locations de véhicules avec chauffeur, le problème est essentiellement d'ordre pratique et il est dû au fait que la situation apparente créée par l'exécution de ces différents contrats est largement

---

pas appliqué au déplacement et la référence aux «opérations de conduite» ainsi que l'absence de toute référence à la marchandise invitent à se demander si l'éviction de l'article 1733 ne joue pas à l'intérieur de la qualification de louage. Une telle solution n'est pas difficile à admettre car elle rejoint l'éviction traditionnelle de l'article 1733 lorsque le bailleur d'immeuble en occupe une partie dans des conditions comparables à la jouissance exercée par un preneur.

(1)Rappr. infra sur l'influence de la miniaturisation, n°192 et s.

(2)Ce qui pourrait expliquer certaines tentatives en faveur de la qualification innommée des contrat de grutiers : Paris 4 avril 1974, précité.

(3)Cf. infra n°1528.(note).

(4)Deux autres situations peuvent être rapprochées de ces contrats : - *le stationnement d'une caravane* : Civ. 1e 3 février 1982, Bull. civ., I, n°60, p.51 (louage ; pas de volonté d'assumer une obligation de garde ; la nature de l'activité est un élément important de décision).
- les contrats relatifs aux *bateaux ou navires à terre ou au mouillage* (la variété du contenu de ces conventions semble expliquer pour une bonne part la diversité des solutions retenues) : Aix 13 avril 1977, Drt. mar. fr. 1979, p.77 (contrat de service) ; Poitiers 20 septembre 1978, Drt. mar. fr. 1979, p.36 (plutôt dépôt : la Cour retient une obligation de gardiennage et d'entretien du bateau) ; Montpellier 21 octobre 1981, JCP 1982, II, 19751, note M. DE JUGLART (réservation de poste à quai ; location assortie d'une obligation accessoire de surveillance de moyens) ; Com. 13 décembre 1982, Bull. civ., IV, n°405, p.338 ; RTD com. 1984, p.518 (dépôt ; conclusion par la société de gardiennage d'une assurance pour les bateaux confiés et organisation d'une surveillance) ; Com. 31 janvier 1984, Bull. civ., I, n°44, p.36 (pas de dépôt mais admission d'une obligation de surveillance de moyens) ; Paris 25 mars 1987, D. 1987, p.114. V. en doctrine : J. ARMENGAUD, «Responsabilité civile et navigation de plaisance», Thèse Paris II 1976, p.282 et s. (pas très net).

(5)V. pour une application très claire : Civ. 23 janvier 1884, DP 1884-1- p.254 (réception d'avoine dans un entrepôt sans obligation de veiller à la conservation et de restituer ; louage de l'emplacement).

semblable. Faute d'accord clairement rédigé, les tribunaux doivent essayer de déterminer la qualification du contrat conclu d'après divers indices. Dans cette recherche, le traitement jurisprudentiel des contrats de garage et des contrats de parking s'avère nettement distinct.

159.– La première convention est historiquement la plus ancienne. Le propriétaire d'un véhicule est autorisé, moyennant rétribution, à laisser celui-ci dans une remise ou dans un garage. Dans sa grande majorité, la jurisprudence préfère la qualification de dépôt[1] à celle de louage[2] et une qualification sui generis est en ce

---

(1)V. par exemple, après discussion sur la qualification : Lyon 28 avril 1937, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1935-1940, v° Dépôt, n°3 (pour un garage collectif) ; Tb. com. Seine 2 novembre 1949, D. 1950, p.36 ; Tb. civ. Seine 26 février 1951, Gaz. Pal. 1951-1- p.304 (pour un garage collectif) ; Civ. 2 novembre 1966, D. 1967, p.319, note J. PELISSIER ; RTD civ. 1967, p.411, obs. G. CORNU (revirement car il s'agissait de box).
Adde, qualification indiscutée : Angers 19 janvier 1926, S. 1927-2- p.81, note E. AUDINET ; Tb. civ. Seine 28 mars 1930, S. 1930-2- p.160 ; Bordeaux 12 mai 1931, S. 1931-2- p.230 et sur pourvoi (rejet) Req. 20 février 1934, S. 1935-1- p.14 ; Rouen 24 janvier 1939, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1935-1940, v° Dépôt, n°12 ; Montpellier 30 janvier 1941, Gaz. Pal. 1941-1- p.479 ; Orléans 30 juillet 1942, DC 1943, p.17, note A. TUNC ; Tb. com. Seine 28 mai 1951, S. 1951-2- p.187 ; Colmar 25 mars 1953, D. 1953, p.375 ; Civ. 23 décembre 1958, D. 1959, p.53 ; RTD civ. 1959, p.343, obs. J. CARBONNIER ; Civ. 6 février 1963, D. 1964, p.17, note R. RODIERE ; Aix 9 mars 1983, Bull. transp. 1984, p.118, obs. P.B. ; Paris 19 mars 1984, Bull. transp. 1984, p.225. Adde Paris 25 novembre 1985, D. 1986, IR, p.272 (véhicule accidenté sans ordre de réparation).
Une place particulière doit être réservée aux établissements hôteliers : Lyon 24 janvier 1929, S. 1929-2 p.95 ; Req. 25 novembre 1940, Gaz. Pal. 1940-2- p.321. Pour ceux-ci, en effet, la qualification de dépôt hôtelier est désormais obligatoire lorsque le véhicule stationne sur un lieu dont l'hôtelier a la jouissance privative (art. 1954 du Code civil ; v. L. BIHL, «Droit des hôtels restaurants et campings», Litec 1981, p.80-81).
V. aussi les décisions rendues en matière de droit pénal économique : Crim. 8 novembre 1967, Bull. Crim., n°288 (plutôt dépôt, implicitement) ; Crim. 11 décembre 1968, Gaz. Pal. 1969-1- p.195 (difficilement utilisable). Contra (bail) : Paris 24 juin 1969, RTD com. 1970, p.187.
Pour la doctrine, v. en ce sens : AUBRY et RAU, T.6, 6e édit., § 401, p.166 ; PLANIOL et RIPERT, T.XI, n°1170 ; S. CORBINEAU, «Du garagiste : responsabilité et obligations», Thèse Poitiers 1937, p.22 ; R. CAUMEAU, «L'opération de dépôt à titre principal», Mémoire DES 1972, p.73 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°868, note 29 (en général, le garagiste promet de garder) ; N. DECOOPMAN, «La notion de mise à disposition», RTD civ. 1981, p.300 et s., spéc. n°39.
Contra : A. JACK, «Les obligations et la responsabilité du garagiste», RTD civ. 1932, p.603 et s., spéc. n°19 (sui generis) ; A. TUNC, «Le contrat de garde», Thèse Paris 1941, n°28 et s. (contrat de garde) ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°88 et n°92 (contrat atypique dans la mouvance du dépôt par détachement de l'obligation de garde de la chose gardée) ; G. DAVERAT, «La responsabilité civile et pénale du garagiste dans l'exercice de ses activités de vendeur et de prestataire de services», Thèse Paris I 1981, n°362 et s., spéc. n°374 et s. (contrat de garde ; service moins étendu mais plus complet qu'un dépositaire, n°384).
Adde les solutions plus nuancées de Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°253 et s. (sur lesquelles, cf. aussi infra n°207).

(2)V. Req. 13 mai 1925, DH 1925, p.428 ; Lyon 9 juin 1932, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1930-1935, v° Dépôt, n°1 ; Lyon 28 avril 1937, précité (motifs : pour un box privatif) ; Lyon 4 avril 1946, S. 1946-2- p.74 et sur pourvoi (rejet) Civ. 9 novembre 1948, Gaz. Pal. 1949-1- p.52 ; RTD civ. 1949, p.273, obs. J. CARBONNIER (l'affaire concerne un hôtel mais le locataire n'en était pas le

domaine exceptionnelle[1]. En examinant de plus près ce contentieux, il apparaît que les décisions retenant la qualification de bail présentent certaines particularités. Les premiers arrêts concernent des espèces où le bailleur n'est pas un professionnel de l'automobile[2]. Par la suite, les tribunaux n'acceptent d'étendre la solution aux garagistes qu'en présence de circonstances supplémentaires renforçant l'indépendance du locataire dans l'accès au véhicule ou le caractère exclusif de sa jouissance : l'analyse est admise le plus souvent lorsque le contrat met à disposition un box privatif fermant à clef, que celui-ci donne directement sur la voie publique[3] ou qu'il se situe à l'intérieur d'un garage collectif[4]. Seul un arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 1966, généralement présenté comme un revirement[5], estime que la mise à disposition d'un box particulier dans un «garage commun à plusieurs voitures» est «un contrat d'abonnement conclu avec un garagiste, assimilable à un dépôt salarié».

160.– L'analyse de ce contentieux semble donc indiquer que la qualité de professionnel de l'automobile est un élément de qualification, mais s'agit-il d'un critère ou d'un indice ? M. Tunc en fait un critère d'un contrat professionnel et consensuel de garde[6]. La solution n'emporte pas la conviction pour diverses raisons : le dépôt, même de droit commun, n'est pas un contrat réel[7] et la qualité de professionnel ne peut à elle seule disqualifier une convention nommée qui ne fait aucune distinction selon la qualité de ses contractants[8]. En réalité, deux étapes paraissent marquer le raisonnement des juges.

---

client) ; Tb. civ. Chinon 13 février 1948, Gaz. Pal. 1949-1- p.52 ; Tb. civ. Seine 15 janvier 1951, JCP 1951, II, 6549, note A. JOLY (choix d'un type de saisie) ; Tb. civ. Seine 26 février 1951, précité (pour un box privatif) ; Tb. civ. Seine (réf.) 19 mai 1952, JCP 1952, II, 7137, note A. JOLY et sur appel (confirmation) Paris 9 juillet 1952, même référence (saisie ; solution discutable en l'espèce car le propriétaire devait laisser ses clefs au bureau s'il fermait son véhicule, ce qui signifie a contrario qu'elle restait ouverte dans les autres cas) ; Paris 24 juin 1969, précité (droit pénal économique ; décision par ailleurs peu convaincante, vu la présence d'un pompier et d'une surveillance «facultative»). Adde Civ. 16 juillet 1953, Bull. civ., I, n°251, p.208 (les circonstances de fait ne sont pas clairement exposées, mais il s'agissait d'un box).

(1) Riom 12 janvier 1932, S. 1932-2- p.94 (contrat mixte plus proche du dépôt que du louage...de services !).

(2) Req. 13 mai 1925, précité (hangar partagé avec le propriétaire) ; Lyon 9 juin 1932, précité (remise) ; Lyon 4 avril 1946, précité et Civ. 9 novembre 1948, précité («hôtelière et non garagiste») ; Tb. civ. Chinon 13 février 1948, précité (hangar).

(3) V. Tb. civ. Nice 15 mai 1922, Gaz. Pal. 1922-2- p.55.

(4) Lyon 28 avril 1937, précité ; Tb. civ. Seine 15 janvier 1951, précité ; Tb. civ. Seine 26 février 1951, précité. Contra : Civ. 2 novembre 1966, précité.

(5) V. J. PELISSIER, note précitée. Annoncé par M. TUNC (Thèse précitée, n°38, p.77).

(6) A. TUNC, Thèse précitée, n°74 et s. et n°99.

(7) Cf. infra (n°308 et s.).

(8) Cf. infra n°925.

En premier lieu, les magistrats doivent déterminer si une obligation de surveillance ou de garde pèse sur l'exploitant. La constatation directe de l'absence de toute obligation de ce genre est décisive[1] et le contrat ne peut plus être qu'un louage. L'hypothèse inverse laisse au contraire la possibilité d'une qualification de dépôt ou de louage assorti d'une obligation accessoire de surveillance[2]. Lorsqu'une telle prestation n'est pas clairement stipulée[3], les juges doivent rechercher des indices révélateurs de la volonté des contractants. A cet égard, la qualités des parties est un élément intéressant. Il est normal de présumer qu'un simple particulier, qui autorise le propriétaire d'une voiture à stationner dans une remise ou un hangar qui lui appartient et dans lequel il entrepose par ailleurs certains objets ou véhicules, n'entend pas se charger d'une quelconque prestation de surveillance[4]. Au contraire, une telle obligation semble justifiée à la charge d'un spécialiste de l'automobile comme un garagiste. En réalité, la qualité de professionnel n'est pas le seul élément en cause : il est possible d'être un professionnel du bail comme l'ont montré ultérieurement les exploitants de parcs de stationnement[5]. L'organisation et la nature des locaux sont également un élément essentiel à prendre en compte[6]. Il ne faut pas oublier, en effet, que les activités principales du garagiste, la vente et la réparation de véhicules, l'obligent à entreposer des véhicules neufs ou endommagés dans son établissement. Lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise de réparation, la convention emporte à titre accessoire une obligation de conservation et de restitution. Il incombe donc au garagiste de prendre, de toute façon, certaines mesures de sécurité. Il est donc normal que le garagiste en profite pour adjoindre à ses tâches habituelles une activité accessoire de garde de véhicules, à partir du moment où ceux-ci sont stationnés dans l'enceinte même de son établissement[7], puisque celui-ci fera l'objet d'une surveillance et qu'en journée cette localisation permet un contrôle minimal des allées et venues[8]. Il

---

(1)V. affirmant expressément sur l'absence de cette obligation : Req. 13 mai 1925, précité ; Lyon 4 avril 1946, précité et Civ. 9 novembre 1948, précité ; Tb. civ. Chinon 13 février 1948, précité.

(2)Cf. infra n°161 pour le refus du maintien de cette alternative.

(3)V. constatant cette obligation : Lyon 24 janvier 1929, précité ; Lyon 28 avril 1937, précité.

(4)V. Lyon 4 avril 1946, précité et Civ. 9 novembre 1948, précité ; Tb. civ. Chinon 13 février 1948, précité. Adde : G. DAVERAT, Thèse précitée, n°373.

(5)Cf. infra n°162.

(6)V. Bordeaux 12 mai 1931, précité ; Lyon 28 avril 1937, précité ; Tb. civ. Seine 26 février 1951, précité ; Tb. civ. Seine (réf.) 19 mai 1952, précité ; Civ. 2 novembre 1966, précité. En doctrine : G. DAVERAT, Thèse précitée, n°368.

(7)La considération est évidemment systématiquement présente pour les hôtels : Lyon 24 janvier 1929, précité ; Req. 25 novembre 1940, précité.

(8)Comp. avec le contrat de location de coffre-fort : alors que le banquier ignore ce qu'il y a dans le coffre mais contrôle très étroitement les personnes qui y ont accès, le garagiste connaît les véhicules de ses abonnés mais n'exerce pas forcément un contrôle très étroit sur leurs déplacements.

est par conséquent facile de comprendre que la qualité de professionnel de l'automobile de son partenaire et la spécificité des locaux visés, que la Cour de cassation semble synthétiser sous la formule globale de «nature de l'activité»[1], puisse inciter le client à penser que son contractant s'engage à une prestation de garde. L'explication avancée par certains auteurs pour justifier le revirement de 1966 se rapproche de ces constatations[2] : la nature collective du garage rend le garagiste dépositaire des véhicules ne bénéficiant pas d'un box particulier ; assimiler les occupants des box situés à l'intérieur du garage à de simples locataires aboutit à les traiter plus défavorablement alors qu'ils paient plus cher que les autres et que, de toute manière, l'organisation générale de l'établissement impose l'exécution d'une obligation de surveillance. Le raisonnement illustre une sorte de processus de contamination de la qualification dans le cadre d'un groupe de contrats, en l'espèce un ensemble contractuel[3].

161.– Il n'en reste pas moins que la mise en évidence d'un tel souci de sécurité peut rester compatible avec un véritable contrat de dépôt, mais aussi avec un louage assorti d'une obligation accessoire de surveillance[4] ou même avec un contrat-mixte dans lequel la prestation de surveillance aurait un caractère principal, selon la plus ou moins grande liberté de déplacement laissée au client. Ces deux dernières possibilités peuvent susciter un problème de structure de qualification[5], qui n'est d'ailleurs pas lié à la qualité du contractant, mais les magistrats éliminent cette difficulté. Ils limitent le débat à une option entre deux contrats traditionnels en ne retenant que rarement une combinaison de bail et d'obligation de surveillance[6] et ils considèrent le plus souvent la garde comme la fin principale du client du garagiste[7]. Comme l'expose à juste titre un auteur, «en lisant les décisions, on ne manque pas d'être frappé du rapport qu'elles établissent, explicitement ou implicitement, entre l'obligation de surveillance du

---

(1)V. Civ. 2 novembre 1966, précité ; Civ. 3e 26 octobre 1977, Bull. civ., III, n°362, p.275.

(2)V. J. PELISSIER, note précitée ; G. CORNU, obs. précitées; adde : G. DAVERAT, Thèse précitée, n°370.

(3)Cf. infra n°983 et s.

(4)V. J. PELISSIER, «Les garagistes - Obligations et responsabilité», in «L'automobile en droit privé», LGDJ 1965, p.351 et s., spéc. n°14. L'auteur admet que cette obligation de surveillance puisse être une obligation de résultat, ce qui semble difficilement compatible avec une qualification de bail (cf. infra n°1560 et s. pour la location de coffre-fort).

(5)La seconde possibilité correspond à un contrat innommé en raison de sa mixité, alors que la première pourrait déboucher, à l'instar de la location de coffre-fort, sur un contrat sui generis mixte par fusion.

(6)La solution a pourtant été évoquée par certaines décisions : Tb. civ. Seine 15 janvier 1951, précité. V. dans le même sens : pour les contrats de gardiennage de bateaux : Montpellier 21 octobre 1981, et Com. 31 janvier 1984, précités, qui retiennent cette solution.

(7)V. en ce sens : A. TUNC, Thèse précitée, n°38, p.77 ; G. DAVERAT, Thèse précitée, n°363.

garagiste et la détention du véhicule. Celui qui exploite professionnellement un établissement organisé pour recevoir des voitures est justement présumé avoir souscrit l'engagement d'exercer sur elles une surveillance continue et cette surveillance ne se conçoit pas sans la détention de la voiture»[1]. La qualité du contractant joue donc successivement deux rôles d'indice : dans l'existence de la prestation de sécurité d'abord, dans la détermination de son importance par une présomption de la cause du client ensuite. Sauf convention contraire clairement stipulée et portée à la connaissance du client avant la conclusion du contrat, le contrat est donc considéré comme un dépôt. Même si, par ailleurs, l'étendue des obligations du dépositaire a été strictement analysée à propos des soins à apporter au véhicule[2], comme l'obligation de vidange pour éviter le gel[3], ou à l'occasion de l'exclusion de la garde des objets déposés à l'intérieur du véhicule, que les exploitants ont pris l'habitude de décliner[4], la qualité de professionnel du garagiste et l'organisation nécessitée par l'exploitation de son établissement ont permis au juge, dans les cas douteux, de faire prévaloir la qualification la plus protectrice des clients. Cette solution ne peut être maintenue, cependant, que lorsqu'elle demeure grosso modo conforme à l'économie de l'opération, ce qui ne semble plus le cas pour les contrats de parking.

162.- L'urbanisation croissante et l'augmentation vertigineuse du parc automobile ont fait apparaître une nouvelle catégorie de contrats dits de parking ou de stationnement. La situation de fait est souvent différente de celle du contrat de garage notamment lorsqu'il s'agit de parcs extérieurs de stationnement situés à proximité des gares et aéroports ou de parcs couverts aériens ou souterrains dont la destination quasi-exclusive est réservée au stationnement, hypothèse qui n'a plus rien à voir avec les garages collectifs exploités accessoirement par des garagistes[5]. La différence n'est cependant pas systématique et de toute manière un contrat n'est pas une pure situation de fait. Or, de surcroît, le but poursuivi par le client a changé : désormais c'est la jouissance d'une place qui constitue la fin essentielle du propriétaire du véhicule[6]. Le

---

(1) A. JOLY, note JCP 1951, II, 6549, I A.

(2) Ce qui ne porte pas atteinte à l'obligation fondamentale du dépositaire : Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°260.

(3) Tb. civ. Seine 28 mars 1930, précité ; Riom 12 janvier 1932, précité ; comp. Bordeaux 12 mai 1931, précité.

(4) V. Tb. com. Seine 28 mai 1951, précité ; Colmar 25 mars 1953, précité ; Civ. 6 février 1963, précité ; Paris 19 mars 1984, précité ; comp. le raisonnement assez discutable de Aix 9 mars 1983, précité.

(5) Cf. infra note n°163 dernière note.

(6) V. par exemple : Rouen 22 janvier 1975, Gaz. Pal. 1975-1- p.359 ; G. CORNU, obs. RTD civ. 1975, p.558 ; H. FABRE, note D. 1981, p.219 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°92, p.103.

stationnement se réalise dans la plupart des cas pendant les horaires de travail et le client ne peut plus ignorer que la garde n'est pas la prestation promise par son partenaire(1). La solution s'impose même lorsque le véhicule doit stationner la nuit ou plusieurs jours car les conditions de l'exploitation courante créent une apparence contraire à toute prestation de garde ou de surveillance, que les stipulations des exploitants ne font que confirmer. La jurisprudence a tiré les conséquences de cette modification de l'économie de la convention et les tribunaux excluent unanimement la qualification de dépôt[2]. Cette unanimité ne se retrouve plus lorsqu'il s'agit de définir de façon positive la qualification à adopter. Une nature sui generis semble avoir la préférence[3], alors que le bail est rarement retenu[4]. La Cour de cassation a même réfuté à deux reprises, de façon contestable, l'existence d'un lien contractuel pour des parkings d'aéroport exploités par des établissements publics et régis par des textes

---

(1)V. la description du doyen CORNU, obs. précitées p.559.
Une obligation de surveillance ne peut résulter de la seule nécessité de présenter un ticket horodaté à la sortie du parc (en ce sens : Rouen 22 janvier 1975, précité ; contra : R. RODIERE, note Gaz. Pal. 1980-2- p.509). En effet, il est toujours possible de perdre ce ticket et la seule conséquence est alors que le montant des droits est fixée à une somme forfaitaire élevée : aucune surveillance n'est donc effectuée à la sortie.

(2)V. par exemple : Rouen 22 janvier 1975, précité ; Civ. 3e 26 octobre 1977, Bull. civ., III, n°362, p.275 ; Bull. transp. 1978, p.363, obs. R. RODIERE ; Paris 9 janvier 1980, D. 1981, p.219, note H. FABRE ; Gaz. Pal. 1980-2- p.507, note R. RODIERE pourvoi rejeté par Civ. 1e 10 mars 1981, Bull. transp. 1981, p.447 (l'arrêt, contrairement aux juges du fond, et en raison de la formulation du pourvoi, ne fait pas allusion au dépôt mais seulement à l'exclusion de toute obligation de gardiennage ou de surveillance) ; TGI Paris 8 janvier 1982, JCP éd. N. 1984, II, p.120 ; Paris 30 janvier 1984, D 1984, IR, p.299 ; Civ. 1e 10 mars 1991, Rev. fr. dr. aér. 1991, p.400 (pas d'obligation de gardiennage).
Rappr. Cons. d'Et. 21 janvier 1991, JCP éd. E 1991, pan, 169, p.64 ; Rev. fr. dr. aér. 1991, p.396, concl. FORNACCIARI (pas d'obligation de gardiennage, mais l'affirmation peut concerner une position statutaire et non contractuelle).

(3)V. Rouen 22 janvier 1975, précité ; TGI Paris 8 janvier 1982, précité.

(4)Cf. Paris 30 janvier 1984, D 1984, IR, p.299.
Contra : Rouen 22 janvier 1975, précité ; TGI Paris 8 janvier 1982, précité (qui en déduit l'incompétence du Tribunal d'instance).

réglementaires ayant la nature de mesures de police[1], mais qui peut rejoindre les solutions du droit public[(2)].

Pour ces contrats de stationnement, le caractère professionnel a donc perdu de son importance[3]. Cet indice utilisé autrefois pour reconnaître la qualification de dépôt n'est plus suffisamment fort pour contredire les conditions matérielles d'exécution des contrats de parking et leur fonction économique profonde qui est de remédier aux difficultés de stationnement. L'analyse qui voit dans la qualité du garagiste un simple indice et non un critère en sort renforcée puisque les deux qualifications en jeu n'ont pas fondamentalement changé et qu'en tout état de cause, les arguments invoqués pour justifier une qualification sui generis ne sont pas liés à la nature professionnelle des exploitants de parcs de stationnement, mais aux conditions de l'exécution du contrat.

163.- Malgré les hésitations des tribunaux, la préférence de certains auteurs[4] pour la qualification de louage d'emplacement mérite d'être approuvée. La situation nouvelle posée par les parcs de stationnement est une occasion de mettre à l'épreuve cette qualification. La réaction initiale de la jurisprudence est de rejeter cette solution classique au profit d'une solution innommée. Avec le recul, il est possible de mieux juger des facultés d'adaptation de ce contrat. Or, la généralité de sa définition et le

---

(1) Civ. 1e 29 octobre 1984, Bull. civ., I, n°287, p.244 ; D. 1985, p.132 ; Civ. 1e 24 juin 1986, Bull. civ., I, n°185, p.182 ; Rev. fr. aérien 1986, p.426.
Comp. beaucoup moins net : Civ. 1e 10 mars 1991, précité (alors que le moyen reproche expressément à la Cour d'appel d'avoir rejeté l'existence d'un lien contractuel, la Cour de cassation se contente d'exclure la «responsabilité» de l'aéroport, sans autre précision, en raison de l'absence d'obligation de gardiennage).
La solution semble limitée aux occupations temporaires du domaine public car la Cour a visé ultérieurement la violation d'une obligation contractuelle pour un dommage causé par la descente inopinée de la barrière automatique (Civ. 1e 29 janvier 1991, JCP 1991, IV, p.119).
V. contre cette solution : R. RODIERE, note Gaz. Pal. 1980-2- p.509 (avant même les arrêts de la Cour de cassation) ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°860 note 4.
Pour un argument contre cette solution, cf. infra n°163 (note).

(2) La question de la compétence pose problème, notamment pour l'aéroport de Paris. Le Conseil d'Etat semble avoir admis sa compétence (Cons. d'Et. 21 janvier 1991, précité et les conclusions précitées) et certaines juridictions civiles paraissent partager ce point de vue (TGI Paris 29 mars 1991, Rev. fr. dr. aér. 1991, p.386 ; Tb. com. Paris 27 mai 1991, Rev. fr. dr. aér. 1991, p.383). Or, les juridictions et la doctrine administratives considérent qu'il s'agit en l'occurrence d'un service public administratif (FORNACCIARI, concl. précitées et les références) qui place le propriétaire du véhicule dans la position d'usager d'un service public, situation statutaire et non contractuelle (FORNACCIARI, concl. précitées). La question du contenu du service ainsi proposé (occupation privative du domaine public ou gardiennage) se pose cependant dans des termes identiques.

(3) V. Civ. 3e 26 octobre 1977, Bull. civ., III, n°362, p.275 : les juges du fond avaient repris exactement la formule d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 1966 (précité). La censure montre bien que les conditions ont changé, d'autant que la Cour se réfère expressément à la nature de l'activité exercée par la société exploitante.

(4) V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°617, n°868-869 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°801.
Contra : H. FABRE, note D. 1981, p.219 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°92, p.103.

caractère supplétif de son régime confèrent à cette structure une souplesse qui semblent en l'espèce suffisante. Les arguments invoqués à l'encontre du bail ne sont nullement décisifs. Ainsi, affirmer que l'emplacement mis à disposition est indéterminé[1] n'est exact qu'au moment de la conclusion, mais dès cette date il est déterminable puisqu'il correspondra à un l'emplacement effectivement occupé par la voiture. Dès lors que celle-ci est garée, l'occupation est, par la force des choses, privative[2]. L'argument tiré de l'absence de continuité de cette jouissance est également peu convaincant[3]. L'élément durée caractéristique du bail est nettement présent dans le calcul de la rémunération de l'exploitant du parc.Tout juste est-il possible de considérer que la durée est ici «miniaturisée», mais cette constatation, ainsi qu'il sera vu[4], n'est guère décisive en matière de bail. A l'inverse, la qualification de louage d'emplacement permet d'ordonner un certain nombre de solutions. Elle rend compte, ce qui n'est pas très spécifique, de l'éviction de l'obligation de surveillance et, dans les rares cas où celle-ci existe[5], de sa nature d'obligation de moyens[6]. Elle impose ensuite d'exclure toute rémunération lorsque le parking est plein, puisque le gérant n'exécute aucune prestation et que le versement du prix normalement prévu est dépourvu de cause(7). Elle explique enfin que le transfert de jouissance, bien que limité à sa plus simple expression en raison de la nature de l'immeuble loué, puisse déclencher les obligations traditionnelles du bailleur de jouissance paisible, de garantie des vices cachés ou de garantie du fait personnel. Bien sûr, la constatation est en apparence purement théorique au vu des clauses d'allégement des obligations et des clauses exonératoires de responsabilité systématiquement stipulées par les exploitants de parkings. L'affirmation mérite pourtant d'être nuancée : tout d'abord, elle ne vaut que si la clause est connue avant la conclusion du contrat ; ensuite, l'obligation de

---

(1)V. H. FABRE, note D. 1981, p.219 ; TGI Paris 8 janvier 1982, précité.

(2)V. Civ. 1e 10 mars 1991, précité (rémunération du «droit pour l'utilisateur d'occuper privativement et à titre temporaire le domaine public») ; Cons. d'Et. 21 janvier 1991, précité (redevance rémunérant «la mise à disposition [...] d'une place de stationnement» ; les conclusions du commissaire du gouvernement évoquent expressément l'occupation privative).
Contra : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°92, note 2, p.103.

(3)V. en ce sens : Rouen 22 janvier 1975, précité.

(4)Cf. infra n°195 et s.

(5)V. Civ. 1e 31 mai 1983, Gaz. Pal. 1984-1- pan. p.59, obs. F. CHABAS ; Bull. civ., I, n°159, p.138. Adde : Paris 30 janvier 1984, précité, où cette obligation semble écartée de façon un peu facile.
Pour une obligation de sécurité : TGI Caen 2 février 1988, Gaz. Pal. 1988-2- p.623.

(6)V. Civ. 1e 31 mai 1983, précité.

(7)La solution est incompatible avec l'absence de lien contractuel défendue par la Cour de cassation. La contrainte est perçue par les exploitants qui équipent souvent le parc d'enseignes lumineuses extérieures prévenant les clients que le parking est plein.

jouissance paisible est de l'essence du bail[1], ce qui permet d'écarter la clause dans les hypothèses où l'exploitant a procédé au déplacement de la voiture[2] ; enfin, elle autorise au minimum l'interprétation restrictive de ces clauses, principe traditionnel en matière de bail[3].

164.- - Une dernière illustration de cette combinaison de critères, d'indices et de régime du contrat peut être trouvée dans la distinction du mandataire et du commissionnaire de transport(4). En ce domaine, certains intermédiaires, souvent

---

(1)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°684 ; contra avec prudence : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°503.

(2)Exemple : une voiture régulièrement stationnée empêche d'exécuter des travaux non prévus et elle est endommagée lors du déplacement. La contrainte est perçue par les exploitants qui préviennent toujours leur clientèle avant d'effectuer des travaux.

(3)V. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°504.

(4)La liste n'est pas exhaustive. Ainsi, *la distinction du transport et de la commission de transport* pose des problèmes similaires. Les structures juridiques de ces deux qualifications sont très différentes puisque le transport est une prestation de service matérielle, alors que la commission est une variété de mandat sans représentation qui suppose l'accomplissement d'actes juridiques (R. RODIERE, op. cit., n°245). Cette différence a pour corollaire le fait que le transporteur s'engage à exécuter le déplacement par ses propres moyens alors que le commissionnaire promet seulement de «soigner» le transport (L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°57 e t s.). En pratique, cependant, la distinction n'est pas aisée. La qualité prise par le professionnel dans ses relations avec son client (Com. 21 décembre 1970, Bull. transp. 1971, p.317 ; Paris 10 décembre 1971, Bull. transp. 1972, p.19 ; Paris 3 février 1984, Bull. transp. 1985, p.174 ; Rennes 5 juin 1986, Bull. transp. 1986, p.631 ; Com. 29 mai 1990, Bull. transp. 1990, p.760 ; rappr. Tb. com. Corbeil-Essonnes 18 avril 1969, Bull. transp. 1969, p.217 ; contra curieusement : Rouen 31 octobre 1990, Bull. transp. 1991, p.221) de même que l'utilisation (ou l'absence d'utilisation) de ses propres moyens de transport (Com. 17 novembre 1965, Bull. transp. 1966, p.38 ; Com. 13 février 1978, Bull. transp. 1978, p.210 ; Tb. com. Castres 29 mai 1978, Bull. transp. 1978, p.473 ; Aix 5 décembre 1980, Bull. transp. 1981, p.472 ; Rouen 31 octobre 1990, précité ; rappr. Chambéry 16 juin 1976, Bull. transp. 1976, p.366, location d'un camion pour assurer le transport) sont parfois entrées directement dans le champ contractuel. A défaut, les tribunaux doivent établir la volonté initiale des contractants. Les conditions d'exécution ultérieures, qui peuvent dépendre de la volonté unilatérale du professionnel du déplacement sont examinées avec prudence, voire négligées (Tb. com. Corbeil-Essonnes 18 avril 1969, précité ; Com. 25 juin 1979, Bull. transp. 1979, p.452 ; Paris 27 février 1980, Bull. transp. 1980, p.384 ; Aix 5 décembre 1980, précité ; Paris 3 février 1984, précité ; Com. 29 mai 1990, précité) et la simple constatation de l'existence d'une substitution dans l'exécution ne peut faire apparaître une commission de transport (cf. supra n°80 (note)). Les magistrats utilisent donc divers indices assez traditionnels : qualité ressortant des documents de transport, lettres ou factures (Reims 22 mars 1976, Bull. transp. 1976, p.260 ; Chambéry 16 juin 1976, précité ; Tb. com. Paris 6 avril 1979, Bull. transp. 1979, p.256 ; Com. 25 juin 1979, précité ; Tb. com. Cambrai 3 février 1981, Bull. transp. 1981, p.187 et sur appel Douai 25 novembre 1982, Bull. transp. 1982, p.594 ; TGI Valence 18 novembre 1981, Bull. transp. 1982, p.211 ; Rennes 5 juin 1986, précité ; Com. 29 mai 1990, précité ; v. aussi : Paris 24 novembre 1978, Bull. transp. 1979, p.137, aveu judiciaire ; Paris 27 février 1980, précité, documents procéduraux ; contra : Aix 5 décembre 1980, précité, dans le sens de leur neutralité) ; activité habituelle du prestataire (Tb. com. Corbeil-Essonnes 18 avril 1969, précité ; Paris 6 mai 1972, Bull. transp. 1972, p.206 ; Paris 22 octobre 1973, Bull. transp. 1973, p.454 ; Paris 24 novembre 1978, précité ; Aix 5 décembre 1980, précité). A cet égard, et bien que la constatation soit quelque peu surprenante, l'examen de ce contentieux ne laisse pas apparaître un traitement significativement différent des espèces qui opposent un soi-disant commissionnaire à son client, de celles qui mettent aux prises deux professionnels du transport (commissionnaire et transporteur ou

désignés sous le terme de transitaires, assurent au nom d'un donneur d'ordre des missions limitées telles que la réception des marchandises, leur conservation, puis leur réexpédition par un transporteur ou un commissionnaire avec qui le transitaire contracte pour le compte de son client. Dans ce genre de situations, la convention conclue est un mandat. Pour distinguer ces contrats des conventions de commission de transport, une jurisprudence considérable caractérise la commission par la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et les moyens de son choix[1] et ce de bout en bout[2], en choisissant notamment le mode de

---

sous-commissionnaire). Il convient également de souligner l'apparition dans des décisions récentes d'un nouvel indice qui rappelle celui utilisé pour distinguer le transitaire et le commissionnaire : le commissionnaire propose un service complet qu'il organise librement et de façon indépendante (Aix 5 décembre 1980, précité (timidement) ; Com. 21 juin 1982, Bull. transp. 1982, p.427 et p.422, obs. L. BRUNAT ; Com. 19 février 1985, Bull. transp. 1985, p.350 ; Bull. civ., IV, n°71, p.62 ; Versailles 12 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.450 ; Rouen 31 octobre 1990, précité).

(1)Cf. : Com. 16 décembre 1957, Bull. civ., III, n°348, p.298 ; Paris 25 février 1960, Bull. transp. 1960, p.154 ; Aix 15 décembre 1961, Bull. transp. 1962, p.115 ; Paris 10 avril 1962, Bull. transp. 1962, p.203 ; Com. 10 octobre 1966, Bull. transp. 1966, p.371 ; Rouen 22 octobre 1966, Bull. transp. 1966, p.409 ; Tb. corr. Dunkerque 9 février 1968, Bull. transp. 1968, p.88 ; Tb. com. Seine 19 mars 1969, Bull. transp. 1969, p.242 ; Paris 16 mai 1970, Bull. transp. 1970, p.209 ; Tb. com. Pontoise 26 juin 1973, Bull. transp. 1973, p.403 ; Paris 13 juin 1974, Bull. transp. 1974, p.431 ; Com. 17 novembre 1975, Bull. transp. 1976, p.13 ; Paris 8 décembre 1975, Bull. transp. 1976, p.26 ; Paris 31 mai 1978, Bull. transp. 1978, p.354 ; Paris 11 juillet 1978, Bull. transp. 1978, p.598 ; Com. 17 juillet 1978, Bull. transp. 1978, p.481 ; Paris 21 décembre 1978, Bull. transp. 1978, p.86 ; Com. 27 avril 1979, Bull. transp. 1979, p.401 ; Paris 14 février 1980, Bull. transp. 1980, p.136 ; Aix 16 septembre 1980, Bull. transp. 1981, p.24 ; Tb. com. Paris 1 octobre 1980, Bull. transp. 1980, p.616 ; Paris 3 octobre 1980, Bull. transp. 1980, p.519 ; Paris 28 septembre 1981, Bull. transp. 1981, p.526 ; Paris 28 octobre 1981, Bull. transp. 1982, p.311 ; Paris 20 avril 1982, Bull. transp. 1982, p.369 ; Nîmes 26 mai 1982, Bull. transp. 1982, p.407 ; Douai 24 juin 1982, Bull. transp. 1983, p.195 ; Com. 5 juillet 1982, Bull. transp. 1982, p.429 ; Colmar 10 septembre 1982, Bull. transp. 1982, p.538 ; Paris 15 mars 1983, Bull. transp. 1983, p.305 ; Tb. com. Paris 28 septembre 1983, Bull. transp. 1984, p.277 ; Rouen 20 octobre 1983, Bull. transp. 1984, p.291 ; Aix 18 novembre 1983, Bull. transp. 1984, p.135 ; Paris 13 janvier 1984, Bull. transp. 1984, p.416 ; Paris 25 avril 1984, Bull. transp. 1985, p.61 ; Paris 22 novembre 1984, Bull. transp. 1985, p.169 ; Aix 9 janvier 1985, Bull. transp. 1986, p.106 ; Com. 19 février 1985, Bull. civ., IV, n°71, p.62 ; Paris 4 décembre 1985, Bull. transp. 1986, p.254 ; Versailles 28 octobre 1987, Bull. transp. 1988, p.205 ; Com. 16 février 1988, Bull. civ., IV, n°75, p.52 ; Toulouse 3 novembre 1988, Bull. transp. 1989, p.655 ; Com. 9 avril 1991, Bull. transp. 1991, p.377 ; Tb. com. Paris 3 juillet 1991, Rev. fr. dr. aér. 1991, p.391 ; Paris 18 septembre 1991, Bull. transp. 1991, p.608.
Pour la doctrine : R. RODIERE, op. cit., n°697-698 ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°289 et n°292 ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°62 ; Lamy Transport 1991, n°3008 et s.

(2)Cette précision est souvent évoquée tant en doctrine (R. RODIERE, op. cit., n°697-698) qu'en jurisprudence : Rouen 22 octobre 1966, précité ; Com. 5 juillet 1971, Bull. transp. 1972, p.193 ; Paris 4 mars 1977, Bull. transp. 1977, p.272 ; Com. 17 juillet 1978, précité ; Paris 3 octobre 1980, précité ; Com. 5 juillet 1982, précité ; Tb. com. Paris 28 septembre 1983, précité ; Paris 13 janvier 1984, précité ; Paris 25 avril 1984, précité ; Paris 22 novembre 1984, précité ; Com. 19 février 1985, précité ; Com. 16 février 1988, précité.

transport ou, à tout le moins, le voiturier[1]. Ainsi, la Cour de cassation vient récemment d'affirmer que «la commission de transport, convention par laquelle le commissionnaire s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement d'une marchandise d'un lieu à un autre, se caractérise non seulement par la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et les moyens de son choix, sous son nom et sa responsabilité, mais aussi par le fait que cette convention porte sur le transport de bout en bout»[2].

165.– Malgré les apparences, ce critère n'est lui aussi qu'un indice permettant aux magistrats de découvrir dans les hypothèses douteuses, la structure d'obligations effectivement stipulée par les parties[3]. En effet, le commissionnaire est défini de façon générale par l'article 94 du Code de commerce comme «celui qui agit en son propre

---

L'argument devrait néanmoins être manié avec précaution (v. en ce sens : Lamy Transport 1991, n°3008) car l'organisation d'une fraction du transport (notamment un parcours routier en France, avant ou après un transport maritime ou aérien) peut fort bien nécessiter un agencement de diverses prestations (entreposage, emballage, manutention, dédouanement, déplacement) correspondant au rôle d'un commissionnaire (Paris 31 mai 1978, précité ; comp. pas totalement convaincants : Paris 3 octobre 1980, précité ; comp. Com. 16 février 1988, précité, qui peut se justifier par le fait que le transport maritime situé au milieu du voyage échappait à l'intermédiaire).

(1) V. par exemple : Aix 15 décembre 1961, précité ; Tb. corr. Dunkerque 9 février 1968, précité (mandat ; transporteur choisi par le mandant) ; Paris 16 mai 1970, précité (mandat ; transporteur imposé : la S.N.C.F.) ; Tb. com. Pontoise 26 juin 1973, précité (mandat ; transporteur imposé : la S.N.C.F.) ; Paris 13 juin 1974, précité ; Paris 31 mai 1978, précité ; Paris 11 juillet 1978, précité (mandat ; nature ferroviaire du transport et itinéraire imposés) ; Paris 21 décembre 1978, précité ; Paris 14 février 1980, précité ; Aix 16 septembre 1980, précité ; Tb. com. Paris 1 octobre 1980, précité ; Paris 28 septembre 1981, précité ; Paris 28 octobre 1981, précité (mandat ; recours à un seul navire possible en fonction des dates imposées) ; Paris 20 avril 1982, précité (commissionnaire malgré la limitation à deux navires) ; Douai 24 juin 1982, précité (mandat ; choix limité à la détermination d'un transporteur routier ; solution assez critiquable) ; Colmar 10 septembre 1982, précité ; Paris 15 mars 1983, précité ; Paris 9 décembre 1983, Bull. transp. 1984, p.135 (navire et port d'embarquement désignés !) ; Paris 13 janvier 1984, précité ; Paris 25 avril 1984, précité ; Aix 9 janvier 1985, précité (commissionnaire malgré l'instruction «par le premier bateau») ; Paris 4 décembre 1985, précité ; Versailles 28 octobre 1987, précité (commissionnaire malgré l'indication d'un camion de nationalité bulgare) ; Com. 9 avril 1991, précité ; Tb. com. Paris 3 juillet 1991, précité (mandat ; conjugaison d'une obligation de livrer dans les 72 heures et de l'existence de seulement trois vols par semaine) ; Paris 18 septembre 1991, précité (commissionnaire malgré la voie routière imposée).
Comp. avec les solutions parfois divergentes adoptées par les décisions citées infra n°166 (note).

(2) Com. 16 février 1988, précité.

(3) Comp. pour des présentations différentes : R. RODIERE, op. cit., n°697, qui caractérise la commission par la confiance que le client place dans le commissionnaire, d'où découlent deux traits de cette convention : l'obligation de soigner le transport de bout en bout et une lourde responsabilité).
- Lamy Transport 1991, n°3001, qui distingue deux critères principaux : le commissionnaire est un intermédiaire et un organisateur disposant d'une certaine liberté d'action. Dans le doute, l'absence d'apparition du nom du commettant peut servir d'indice, alors que les modalités de rémunération sont tout à fait subsidiaires.

nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant». Le contrat de commission constitue donc une variété de mandat sans représentation[1]. Si dans les rapports entre le commissionnaire et son client, le premier agit pour le compte du second, vis à vis des tiers le professionnel s'engage en son nom propre[2]. Les prestataires disposent donc d'un recours personnel contre le commissionnaire en paiement de leurs frais. De plus, l'article 99 du Code de commerce impose à la charge du commissionnaire de transport une lourde responsabilité pour autrui : celui-ci devient responsable à l'égard de son client des exécutants auquel il a recours. Dès lors, comme le voiturier vis à vis du loueur, le commissionnaire ne mérite d'encourir ce régime juridique sévère que s'il est en mesure d'organiser le transport selon sa volonté, en utilisant le mode de transport qu'il juge le plus adapté et le prestataire le plus fiable. A partir du moment où le client impose ses vues, de telles charges ne sont plus justifiées et une telle situation laisse supposer que la volonté des contractants n'a pas été de stipuler un contrat de commission de transport.

166.- Une telle analyse est confirmée en premier lieu par le fait que l'indépendance du commissionnaire n'est pas le seul indice utilisé par les tribunaux. La jurisprudence identifie aussi le contrat de commission par un de ses éléments les plus caractéristiques, l'action du commissionnaire en son propre nom[3], comportement qui peut résulter des documents de transport[4]. Les tribunaux ont également recours

---

(1)Contra : M. STORCK, «Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques», Thèse LGDJ 1982, n°320.

(2)V. en jurisprudence faisant de cet élément un critère de la commission en général : Com. 2 novembre 1954, RTD com. 1955, p.124, obs. J. HEMARD ; Com. 10 février 1970, D. 1970, p.392.

(3)Cf. relevant l'action du commissionnaire en son nom: Aix 27 janvier 1966, Bull. transp. 1966, p.115 ; Com. 26 avril 1968, Bull. transp. 1968, p.205 ; Paris 7 mars 1974, Bull. transp. 1974, p.480 ; Paris 13 juin 1974, précité ; Paris 8 décembre 1975, précité ; Paris 31 mai 1978, précité ; Paris 21 décembre 1978, précité et sur pourvoi (rejet) Com. 8 décembre 1980, Bull. transp. 1981, p.64 ; Paris 15 mars 1983, Bull. transp. 1983, p.305 ; Paris 22 novembre 1984, Bull. transp. 1985, p.169 ; Aix 9 janvier 1985, Bull. transp. 1986, p.106.
V. au contraire pour des mandataires agissant ouvertement au nom de leur client : Rouen 18 novembre 1966, Bull. transp. 1967, p.23 (agent général révélant sa qualité) ; Com. 15 juillet 1970, Bull. transp. 1970, p.288 (mandat) ; Lyon 12 mai 1976, Bull. transp. 1976, p.272 ; Paris 23 février 1987, Bull. transp. 1987, p.283.
Comp. : R. RODIERE, op. cit., n°698, qui indique que peu importe que le commissionnaire dévoile le nom de son commettant (ce qui n'est pas l'usage : R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°288 et n°290). Outre que cette constatation ne paraît plus conforme à la jurisprudence, elle ne s'identifie pas au fait que, vis à vis des tiers le commissionnaire, s'engage en son propre nom.

(4)Le commissionnaire s'indique comme expéditeur sans indiquer son donneur d'ordre. Cf. : Paris 25 février 1960, précité ; Aix 15 décembre 1961, précité ; Com. 17 juin 1970, Bull. transp. 1970, p.277 ; Tb. com. Paris 31 janvier 1972, Bull. transp. 1972, p.321 ; Paris 7 mars 1974, précité ;

aux stipulations concernant la rémunération. Alors que le commissionnaire peut être rémunéré forfaitairement, il est d'usage que le mandataire soit rémunéré par une commission, après justification de ses avances[1]. Ensuite, comme pour les autres indices tels que les documents[2] ou le mode de rémunération[3] dont la valeur n'est que relative, l'indépendance est loin d'être toujours absolue et la qualification de commission est parfois maintenue malgré une restriction de la liberté du commissionnaire[4] alors qu'il est impossible à un intermédiaire spécialisé dans les transports de rester mandataire de son client tout en concluant en son nom propre vis à vis des tiers[5].

Paris 15 mars 1983, précité ; Rouen 20 octobre 1983, Bull. transp. 1984, p.291 ; Aix 18 novembre 1983, Bull. transp. 1984, p.435 ; Paris 9 décembre 1983, Bull. transp. 1984, p.435.

(1) V. pour ce raisonnement appliqué en faveur de la commission : Com. 23 février 1960, Bull. transp. 1960, p.179 ; Aix 15 décembre 1961, précité ; Tb. com. Paris 31 janvier 1972, précité ; Paris 25 avril 1984, Bull. transp. 1985, p.61 ; Paris 22 novembre 1984, Bull. transp. 1985, p.169 ; Aix 9 janvier 1985, précité. Rappr. Com. 11 juin 1991, Bull. transp. 1992, p.4.
En faveur du mandat : Tb. com. Marseille 6 juillet 1965, Bull. transp. 1966, p.49 et sur appel Aix 27 janvier 1966, Bull. transp. 1966, p.115 (qui donne à l'argument un caractère subsidiaire) ; Rouen 7 juillet 1972, Bull. transp. 1972, p.321 ; Paris 28 octobre 1981, précité ; Paris 12 avril 1991, Bull. transp. 1991, p.377.

(2) V. Paris 4 mars 1977, Bull. transp. 1977, p.272 ; Paris 9 mai 1979, Bull. transp. 1979, p.585 et sur pourvoi (rejet) Com. 12 mai 1981, Bull. transp. 1981, p.355 ; Paris 28 octobre 1981, précité ; Paris 20 avril 1982, Bull. transp. 1982, p.369.
Cette solution ne constitue qu'une application du grand principe selon lequel un contrat est qualifié d'après son contenu effectif et non d'après la dénomination employée par les parties.

(3) V. Paris 7 mars 1974, précité ; Paris 13 juin 1974, Bull. transp. 1974, p.431. Doctrine unanime : R. RODIERE, op. cit., n°698 ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°290 ; Lamy Transport 1991, n°3001 et 3017.

(4) Cette solution était défendue par le doyen RODIERE (ouvrage précité, n°697 ; adde Lamy Transport 1991, n°3012 et s.) et la jurisprudence en fournit des exemples : Com. 16 décembre 1957, Bull. civ., III, n°348, p.298 ; Com. 17 juin 1970, Bull. transp. 1970, p.277 (commission de transport malgré le recours imposé à la S.N.C.F. ; la solution est peut-être justifiée par l'objet particulièrement délicat du transport : un cheval de course) ; Paris 20 avril 1982, précité (commissionnaire, malgré la limitation à deux navires) ; Paris 9 décembre 1983, Bull. transp. 1984, p.135 (navire et port d'embarquement désignés !) ; Aix 9 janvier 1985, précité (commissionnaire, malgré l'instruction «par le premier bateau») ; Versailles 28 octobre 1987, précité (commissionnaire, malgré l'indication d'un camion de nationalité bulgare) ; Paris 18 septembre 1991, Bull. transp. 1991, p.608 (voie routière imposée).

(5) Contra : Douai 24 juin 1982, Bull. transp. 1983, p.195, mais la décision est erronée (cf. les observations sous l'arrêt).

II - NATURE DE L'OBLIGATION ET CONTRAT NOMME

167.- L'identification des contrats nommés simples utilise de façon constante le critère de la nature de l'obligation caractéristique. Le transport est bâti autour d'une obligation de déplacement, le bail autour d'un transfert de jouissance, la vente autour d'une obligation de donner, etc. La définition du contenu exact de ces obligations se fait au fil du temps, dans des directions parfois contradictoires.

La jurisprudence ayant une tendance naturelle à se rattacher à des schémas connus, la délimitation se fait souvent par abandon de circonstances secondaires. Ainsi, le contrat de transport est appliqué aux modes de transport les plus divers[1]. De même, le déplacement comporte généralement un point de départ et un point d'arrivée différents, mais leur confusion n'élimine pas cette qualification[2]. Ou encore, l'exigence de délais d'acheminement[3] n'est considérée que comme une modalité d'exécution secondaire qui n'influe pas sur la nature du contrat.

A l'inverse, les tribunaux consacrent parfois des spécificités imaginaires ou, en tout cas, rejettent une qualification en s'appuyant sur des circonstances bien ténues[4], comportement souvent révélateur de l'utilisation du procédé de qualification-moyen. Des solutions curieuses peuvent se maintenir un certain temps, avant qu'une définition claire des contours de l'obligation caractéristique ne consacre définitivement une qualification précise. Certains errements se répètent avec une grande constance[5].

---

(1) Cf. infra, par exemple : pour un pipe-line (n°168 et n°507), un remonte-pente (n°220 et s., n°515 et s.), un âne (n°222, n°260 et n°267)...

(2) Cf. infra n°271.

(3) Ce que JOSSERAND appelait les «éléments métaphysiques» («Les transports», 1926, n°275 et s.).

(4) V. par exemple : - pour un contrat innommé qui avait toutes les allures d'un bail : Paris 21 juin 1985, Gaz. Pal. 1987-1- somm. p.11 (il est difficile de comprendre pourquoi l'utilisation d'un local inhabitable, à des fins de dépôt, n'est pas un bail lors que la décision reconnaît sans grande rigueur que le contrat est «coloré de dépôt sans en être vraiment un puisque l'outillage déposé demeurait en la possession du déposant»...).
- Tb. com. Paris 30 novembre 1973, Bull. transp. 1974, p.179 (fourniture d'un moyen de transport qui ressemblait fort à un contrat de transport ou de commission de transport qualifiée d'obligation de faire différente d'un transport au sens exact du terme).

(5) V. par exemple : - pour l'analyse de la «location» d'une place de spectacle : Tb. Seine 13 juin 1900 et Tb. Seine 23 janvier 1901, S. 1903-2- p.117. Les deux décisions considèrent que cette convention est un louage d'une nature spéciale (adde J. PEYRONNET, «Du contrat de spectacle», Thèse Montpellier, 1905, p.100 (louage pour la location d'une place) et p.188 et s. (contrat complexe entreprise et louage pour la location d'une loge)). Dans une analyse contemporaine, cette qualification est discutable. Il s'agit en réalité d'une prestation de réservation accessoire d'un contrat de spectacle. La réservation permet de fixer les conditions d'exécution du contrat futur, en attribuant une place déterminée (un problème voisin se pose pour la réservation de places assises dans un

Ainsi, le mandat est bâti, dans la conception du Code civil, autour de l'obligation d'accomplir un acte juridique[1]. Il en résulte que l'accomplissement d'actes matériels pour le compte d'un tiers n'est pas un mandat. Malgré cela, pour des raisons peut-être historiques[2], la liste est impressionnante des situations que la jurisprudence ou la doctrine ont analysé ou analysent encore comme un mandat : convention d'assistance[3], contrat médical[4], prestations de services ou transports gratuits[5], tenue des livres comptables et fourniture de renseignements par un factor[6], commande d'œuvre d'art[7], contrat d'enseignement[8], promesse de cautionnement[9], etc.[10]

---

train, encore qu'ici, la réservation et le billet sont plus facilement détachables). La qualification de louage, dont il est d'ailleurs difficile de savoir si elle concerne la totalité du contrat ou la seule réservation d'une loge, aboutit à des résultats absurdes : sous prétexte d'une distinction entre vices apparents et vices cachés tirée du bail de droit commun, l'entrepreneur de spectacle n'est pas rendu responsable de la mise à disposition d'une loge où deux places ne permettaient pas de voir la scène. C'est la prestation principale qui est en cause : le client ne peut assister au spectacle que lui a pourtant promis l'organisateur. Pour recourir à des concepts récents, c'est quasiment l'obligation fondamentale qui est en cause puisque l'entrepreneur s'oblige à montrer un spectacle en offrant une place d'où celui-ci n'est pas visible, ce qui est contradictoire.

(1) V. : MAZEAUD, T.3 Vol.2, n°1384-1385 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°537 et n°546 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, n°639.

(2) V. les développements de J. SAVATIER, «Etude juridique de la profession libérale», Thèse Poitiers 1946, p.208 et note 46 p.209 pour des décisions de jurisprudence ; R. BESSERVE, «Le contrat médical», Thèse Paris 1956, p.74 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°114, p.125. Madame GRILLET-PONTON et monsieur SAVATIER remarquent d'ailleurs que la constatation s'étend aux professions libérales en général. La solution y encourt alors les mêmes critiques, sauf dans certaines hypothèses où un mandat véritable existe (certaines activités des notaires ou des avocats).

(3) V. les références cites par R. BOUT, «La convention dite d'assistance», Mélanges P. KAYSER, T.1, 1979, n°16. V. par exemple : Civ. 8 janvier 1894, DP 1894-1- p.403 ; Tb. com. Seine 3 janvier 1900, S. 1902-2- p.217, note E.-H. PERREAU (qui se réfèrent à la formule consacrée, selon laquelle l'assistant est intervenu (ou non) sans nécessité, volontairement et sans mandat). Rappr. l'argumentation du demandeur dans : Tb. com. Seine 25 octobre 1894, Gaz. Pal. 1894-2- p.626.
Contre une telle qualification : Civ. 1e 27 mai 1959, JCP 1959, II, 11187, note P. ESMEIN ; D. 1959, p.524, note R. SAVATIER ; M.-F. SOINNE-BARRAT, «L'assistance bénévole portée à autrui», Thèse Lille 1970, p.621.

(4) R. BESSERVE, Thèse précitée, p.74 et s.

(5) Pour la critique : J. CHAMPEAUX, Thèse Strasbourg, p.133 et s.

(6) «La pratique du factoring (affacturage) par les sociétés spécialisées», Petites Affiches, n°11, 25 janvier 1982, p.13 ; A. CROSIO, «L'affacturage (ou factoring)», Petites Affiches, n°33, 18 mars 1983, p.20.

(7) Pour la critique : H. EL HADDAWI, «Le contrat de commande d'objet d'art», Thèse Poitiers 1959, p.129.

(8) V. en ce sens : Tb. civ. Toulouse 21 décembre 1911, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1912-1920, v° Enseignement, n°123 ; Caen 29 juin 1931, Gaz. Pal. 1931-2- p.562.
Contra : Tb. civ. Lille 21 juin 1950, JCP 1951, II, 6439, note J. CARBONNIER. Comme le montre avec force l'éminent annotateur, l'autorité de l'éducateur résulte d'un pouvoir propre inhérent à sa fonction et à l'existence d'un groupe d'élèves et non l'exercice de autorité parentale au nom et pour le compte des parents (v. en ce sens Tb. civ. Toulouse 21 décembre 1911, précité), prestation qui demeurerait en tout état de cause l'accessoire de l'enseignement proprement dit.

L'évolution a été longue pour admettre que des membres de professions libérales comme l'architecte, l'avocat ou le notaire peuvent accomplir certains actes à titre de

---

(9) V. en ce sens, pour la doctrine : MAZEAUD, T.3 Vol. 1, 6e édit., n°8 et n°49-2. J. STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», Colloque de Deauville, Rev. jurispr. com. 1982, n° spécial février, p.76 et s., spéc. p.78 ; Y. POULLET, «L'abstraction de la garantie bancaire automatique», Thèse Louvain-la-Neuve 1981-1982, note 124, p. 88. En jurisprudence : Paris 21 mai 1957, Gaz. Pal. 1957-2- p.100.

Contra : Ph. SIMLER, «Cautionnement et garantie autonomes», 2e édit, n°12 ; F. STEINMETZ, note D. 1975, p.551 ; Ch. MOULY, «Les recours anticipés de la caution contre sa caution», JCP 1980, I, 2985, note 4 ; J. TERRAY, «Le cautionnement : une institution en danger», JCP éd. N 1988, I, p.221, n°11. En jurisprudence : Paris 14 mars 1962, D. 1962, p.710 (promesse de caution).

La qualification de mandat est en principe inadaptée : analysée comme un mandataire, la caution devrait s'engager au nom et pour le compte du débiteur, ce qui en toute logique devrait aboutir... à réengager une nouvelle fois le débiteur principal, ce qui n'est certainement pas le but visé ! De plus, comme le remarque un auteur, il s'agirait d'un mandat sans engagement du mandant (Ch. MOULY, chr. précitée). En réalité, toute idée de représentation du débiteur par la caution est à écarter (en ce sens : F. STEINMETZ, note précitée ; Ch. MOULY, chr. précitée ; Ph. SIMLER, op. cit., loc. cit.) et la fourniture d'une sûreté autre que réelle est un service que la caution ne peut assumer qu'à titre personnel.

L'unanimité disparaît lorsqu'il s'agit de proposer une explication positive. Trois situations semblent pouvoir être distinguées.

- La caution ne peut être présente lors de la signature du contrat principal : c'est elle qui donne mandat au débiteur principal de l'engager auprès du créancier. A partir du moment où l'exigence de la mention manuscrite est considérée comme une formalité de protection de la caution, il est normal d'en imposer le respect au moment où la caution donne son consentement, donc dès la conclusion du mandat (v. en ce sens : P. REMY, obs. RTD civ. 1991, p.139 sous Civ. 1e 31 mai 1988, JCP 1989, II, 21181, note crit. Ph. SIMLER).

- Les parties ont entendu conclure un véritable avant-contrat, ce qui suppose que les conditions précises de l'opération soient déjà connues. Il peut s'agir alors d'une véritable promesse de cautionnement (en ce sens : F. STEINMETZ, note précitée ; contra : Ph. SIMLER, op. cit., loc. cit.), complétée par une stipulation pour autrui lorsque le créancier dispose d'un droit personnel de lever l'option ou se limitant à une obligation au profit d'un tiers lorsque le seul débiteur peut en exiger l'exécution.

- La «promesse de caution» est plus lointaine : les conditions de l'opération, voire la nature de la dette cautionnée ne sont pas encore connues, comme c'est le cas lorsque l'engagement s'inscrit dans une ouverture de crédit. L'accord conclu entre la caution et le débiteur est alors un contrat définitif (Ph. SIMLER, op. cit., loc. cit.) et l'obligation de la future caution s'apparente aux obligations de conclure des détaillants dans les contrats de bière, lorsque ceux-ci doivent s'approvisionner auprès d'un grossiste indiqué par le créancier de la clause d'exclusivité (cf. infra n°184).

Une analyse identique se rencontre pour le «mandat» d'entiercement : certaines décisions considèrent que le tiers détenteur qui reçoit des marchandises gagées intervient dans le cadre d'une mission de mandataire (Civ. 1e 24 novembre 1976, Bull. civ., I, n°368, p.290 ; Paris 3e ch B 7 décembre 1984, Juris-Data n°27508). La solution est fort discutable aussi, car la mission du tiers s'apparent à celle d'un séquestre, qui est une variété de dépositaire. V. d'ailleurs refusant la qualification de mandataire à un séquestre : Civ. 3e 18 janvier 1989, JCP 1989, IV, p.99.

(10) Adde : - *dépôt* : Tb. com. Lyon 30 janvier 1923, Rec. mens. des sommaires 1924, n°1181, p.275 (tenancier d'un bureau où des colis sont déposés pour des commissionnaires qualifié de «dépositaire» qui doit justifier de l'accomplissement de son «mandat». Comp. pour une solution inverse (dépôt et non commission de transport) dans une hypothèse voisine : Paris 2 mars 1971, Bull. transp. 1971, p.138.

- *bail* : Civ. 3e 20 juin 1989, BRDA 1990, n°1, p.13 (la mise à disposition par une société de locaux (loués à un tiers) à ses filiales est considérée comme un contrat de représentation commerciale et non comme une sous-location, qualification pour le moins curieuse, mais le texte consulté de l'arrêt (sommaire) ne permet pas de s'avancer davantage).

mandataire mais que cette qualification ne rend pas compte de leur activité habituelle qui relève normalement du contrat d'entreprise[1].

Il est inutile de développer davantage ces délimitations ponctuelles et nombre de conflits de qualification apparus aux frontières de contrats nommés se retrouveront dans des développements ultérieurs. Toutefois, dans l'utilisation du critère de la nature de l'obligation, le contrat d'entreprise occupe une place particulière qui appelle certaines observations. Après avoir examiné le procédé original qui préside à sa diversification, il conviendra de préciser ses rapports avec les contrats innommés ainsi qu'avec un contrat nommé, le contrat de travail.

168.- - Tout d'abord, le contrat d'entreprise se définit comme la convention par laquelle un entrepreneur s'engage, moyennant rémunération, à exécuter un travail pour une autre personne, de façon indépendante et sans représentation[2]. Comme le soulignent à juste titre certains auteurs, une définition si générale quant à la prestation visée, *un travail*, aboutit à faire du contrat d'entreprise «un genre»[3] susceptible de multiples sous-distinctions. Les contrats de vente ou de louage de chose connaissent eux aussi une certaine ramification[4], mais le contrat d'entreprise ne se contente pas des procédés employés par ces deux qualifications.

En effet, la spécialisation de la vente et du bail s'opère en fonction de l'objet de la prestation - nature du droit transmis[5], nature de la chose vendue ou louée - ou de la cause - cause médiate du locataire correspondant à l'usage envisagé de la chose louée[6]. Ces critères sont également utilisés en matière de louage d'ouvrage. Pour ne citer que l'exemple le plus connu, la nature immobilière du bien construit déclenche un régime légal impératif tout à fait spécifique. La récente loi du 19 décembre 1990, qui institue une réglementation protectrice pour les contrats de construction de maison individuelle avec plan, lesquels relevaient autrefois du louage d'ouvrage traditionnel, pousse encore plus loin ce recours à la notion d'objet de la prestation : la qualification ne peut concerner que la construction d'une maison individuelle contenant un maximum de deux logements[7]. De même, la présence de certaines causes particulières

---

(1)V. par exemple sur cette question : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°700 et n°711.

(2)F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°696.

(3)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°700. V. aussi implicitement dans le même sens : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°696 («il recouvre des *espèces* très diverses»).

(4)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°34.

(5)Cf. infra n°839 et s.

(6)Cf. supra n°75 et infra n°746 et s.

(7)C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Champ d'application de la loi», Rev. drt. imm. 1991, p.143 et s., n°11.

permet d'isoler quelques prestations de services originales. La solution est acquise pour le contrat médical, où elle est à l'origine de l'apparition d'une qualification généralement considérée comme autonome[1]. Elle explique aussi le particularisme des conventions de révélation de succession[2] : sauf pour les formalités juridiques que le généalogiste peut accomplir à titre accessoire pour le compte de l'héritier en vertu d'un mandat, l'activité de ce contractant relève principalement du louage d'ouvrage, mais le but médiat particulier de son client, la révélation d'un secret, a permis à la jurisprudence d'asseoir un régime original concernant la rémunération du généalogiste[3].

En revanche, les obligations caractéristiques des qualifications de vente et de bail sont suffisamment précises pour qu'une modification de la nature de ces prestations corresponde à une disqualification véritable, plus qu'à une catégorisation[4]. Dans le contrat d'entreprise, la spécialisation ou la scissiparité, caractéristiques de l'évolution contemporaine des contrats spéciaux[5], peuvent donc adopter un procédé technique original : c'est la nature de l'obligation qui sert de critère pour le détachement de la qualification-mère de certains types spécifiques de travaux[6]. La nature particulière du travail accompli par le prestataire, donc la nature de l'objet de son obligation, permet de consacrer une qualification nouvelle se séparant du contrat d'entreprise. La situation qui en résulte est originale car, d'une certaine manière, l'affirmation selon laquelle un tel contrat constitue une variété de contrat d'entreprise demeure exacte, même si les conséquences sur le plan du régime juridique sont variables(7). L'exemple le plus ancien et le plus caractéristique de ce procédé est bien entendu celui du contrat de transport. Cette qualification n'est séparée du contrat d'entreprise que par la nature de la prestation du voiturier, objet de son obligation. Le voiturier n'accomplit pas

---

Le critère n'est pas celui de la qualité des parties (C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. précité, n°8 et s.).

(1)Cf. infra n°248 et s.

(2)Sur cette convention, cf. infra n°747.

(3)A titre prospectif, le contrat de sponsor pourrait peut être relever de cette catégorie.

(4)L'affirmation n'est qu'une tendance (cf. les nouvelles variétés de transferts de droits, infra n°843 et s. et 861 et s.).

(5)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°34, qui soulignent les tendances inverses, n°35 et n°37.

(6)Pour un auteur, «la sur-spécialisation des contrats [...] arrache aux qualifications classiques leur substance» : Ph. REMY, «La jurisprudence des contrats spéciaux», L'évolution contemporaine des contrats, PUF 1986, p.110.
Adde M. GENDRE-DEVOIVRE, «Collaboration et assistance entre parties au contrat», Thèse Clermont-Ferrand I 1981, n°550, p.750 et n°559, p.763.

(7)S'il n'y a pas rupture totale sur le plan du critère, les différences du point de vue du régime juridique sont des plus aléatoires. Ainsi, le transport a désormais un régime parfaitement accusé alors que l'enseignement à distance peut apparaître comme l'affinement d'une base connue.

n'importe quel travail, il promet un déplacement[1]. Le droit positif fournit bien d'autres exemples de ce genre de détachement comme la consécration du contrat d'édition, généralement considéré avant la loi de 1957 comme une variété de contrat d'entreprise[2] ou le contrat d'enseignement à distance(3). Dans cette dernière hypothèse, la prise en compte des modalités d'accomplissement de l'obligation est poussée fort loin puisque la qualification dépend de l'absence physique d'un maître[4]. La loi du 19 décembre 1990 déjà évoquée suscite une remarque identique puisqu'outre les critères précédemment indiqués[5], elle exige que les travaux soient d'une certaine importance : le contrat doit avoir au moins pour objet «l'exécution des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air»[6]. Une conclusion similaire peut même être appliquée au contrat de transport dont le régime diffère souvent profondément en fonction des modalités de l'exécution de l'obligation du transporteur tenant au lieu d'exécution du déplacement (terrestre, aérien, fluvial ou maritime) et au moyen de transport (route, rail ou pipe-line pour un transport terrestre).

169.– - La généralité de la prestation caractéristique du contrat d'entreprise confère par ailleurs à cette qualification un caractère «accueillant»[7]. Historiquement, il n'en a pas toujours été ainsi et, initialement, les auteurs avaient une conception beaucoup plus étroite du louage d'ouvrage, au profit notamment du mandat[8]. Avec l'admission des travaux intellectuels au sein du contrat d'entreprise, cette qualification a rapidement accédé au rôle de «bonne à tout faire»[9]. Comme de plus, son régime est des plus réduits, l'entreprise est devenue une qualification par défaut dans laquelle tout le monde s'engouffre, notamment les praticiens qui y trouvent la vertu cardinale : la

---

(1)Pour des hypothèses limites : - les petits déplacements (cf. infra n°194).
- le pilotage dans un port (cf. infra n°223).
- un contrat de ramassage de lait : Tb. civ. Saint-Jean d'Angély 4 février 1937, S. 1937-2-p.166 (contrat d'entreprise - application de l'article 1794 du Code civil).

(2)Mais la loi de 1957 a consacré une conception originale de ce contrat qui l'éloigne de la qualification d'entreprise (cf. infra n°849 et s.).

(3)Loi du 12 juillet 1971. V. : J.-P. LEHNISCH, «L'enseignement à distance», Que sais-je ? n°1893, 3e édit ; V. TORDJMAN, «La protection du consommateur en matière d'enseignement à distance», Mémoire DEA de Droit privé Nancy 1987-1988.

(4)V. V. TORDJMAN, Mémoire précité, p.13-14 ; article 1 alinéa 2 de la loi du 12 juillet 1971, qui admet la possibilité d'une présence occasionnelle.

(5)Ce texte prend également en compte la présence d'une obligation accessoire : la fourniture du plan par l'entrepreneur.

(6)C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. précité, n°17 et s.

(7)Cf. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°696.

(8)Sur cette évolution : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°114 et s. et les exemples cités supra n°167.

(9)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°700.

supplétivité. La liste est donc longue des contrats qui se voient attribuer une telle nature[1].

Cependant, derrière les «besoins de la pratique», se dissimulent parfois les intérêts des professionnels : or, il faut être deux pour conclure un contrat et le régime d'une qualification doit réaliser un compromis entre les différents intérêts en présence. Ce «cannibalisme» suscite donc des réserves. Pour réduire cette propension, il convient de développer la technique des qualifications en général et les outils d'analyse des contrats innommés en particulier. Chaque fois que la chose a paru possible, les développements qui suivent ont tenté de maintenir à la qualification d'entreprise la place qui doit être la sienne. En particulier, cette qualification ne doit pas constituer un obstacle à la reconnaissance de contrats complexes, que ceux-ci soient mixtes par assemblage d'obligations gardant leur nature propre, comme en matière de contrat informatique ou de contrat de construction d'ensemble industriel[2], ou par imbrication étroite de prestations, comme dans le contrat d'hôtellerie[3]. De même, les textes récents en matière de contrat d'agence de voyages autorisent désormais l'adoption d'une qualification originale[4]. Le cantonnement de la qualification d'entreprise dans des limites strictes peut d'ailleurs s'appuyer sur textes dont le contenu est plus administratif que civiliste. Comme le souligne à juste titre un auteur, certaines sources de droit, longtemps considérées comme de second ordre, ont désormais un rôle non négligeable : «la force de l'usage et de la coutume, le développement des règlements et statuts professionnels en droit des affaires constituent autant de facteurs propices à la maturation des contrats nés de la pratique»[5]. Cette évolution encourage un «phénomène de promotion spontanée de l'innommé»[6] qui se manifeste par le détachement ou la spécialisation du régime de certains contrats. Il semble souhaitable de consacrer une telle tendance dans le domaine des prestations de services dès lors

---

(1)Pour des inventaires, v. par exemple : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°696 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°700-701, n°34 et s.
Adde : - les contrats d'assistance technique industrielle (Ph. LE TOURNEAU, «L'assistance technique industrielle», JCP éd. E 1989, II, 15375, p.22 et s.) ; en jurisprudence : Civ. 1e 8 janvier 1985, Bull. civ., I, n°12, p.12 (obligation de résultat).
- E.-M. BEY, «Du contrat de «facilities management» », Gaz. Pal. 1991-1- p.19 (contrat portant sur l'exécution de travaux informatiques ; sorte de sous-traitance d'exécution en matière informatique).
- pour les contrats de management : Lyon 23 décembre 1969, Gaz. Pal. 1970-2- p.162 ; RTD civ. 1970, obs. Y. LOUSSOUARN (la décision n'évoque pas la qualification mais l'annotateur estime que le moule le plus aisé est celui du louage d'ouvrage).

(2)Cf. infra n°1370.

(3)Cf. infra n°1531 et s.

(4)Cf. infra n°657 et s.

(5)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°195.

(6)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°195.

que les travaux possèdent une autonomie conceptuelle suffisante. Il ne s'agit nullement de confondre les réglementations administratives, notamment les règles d'organisation professionnelle, avec le régime civiliste du contrat, mais de tirer de l'existence de ces réglementations une incitation à la consécration d'une qualification sui generis chaque fois que cette solution semble la plus adaptée.

170.- L'instauration de telles qualifications innommées peut paraître d'un mince intérêt et peut même sembler néfaste, en accroissant l'insécurité du régime juridique. Ce serait oublier cependant que la jurisprudence admet depuis toujours, pour régir les contrats innommés, des transpositions par analogie raisonnées de dispositions de contrats nommés voisins et qu'elle a parfois réussi à construire un régime spécifique spécialement adapté à une situation originale. A cet égard, le maintien d'une qualification nommée de contrat d'entreprise constitue un obstacle au développement de tels régimes et c'est son éviction qui ouvre la voie à l'élaboration d'un régime original. La première tendance sera illustrée par les contrats de transmission d'un progiciel[1]. La seconde peut l'être par le contrat d'enseignement.

Le doyen Carbonnier a clairement montré que la spécificité de cette prestation invite à la recherche de règles spécifiques, plus adaptées que celles du droit commun qui ne sauraient nullement constituer une panacée[2]. La jurisprudence s'est engagée sur cette voie mais avec une audace inégale. Les tribunaux ont consacré un régime original de résiliation pour juste motif, applicable même lorsque le contrat est à durée déterminée, régime qui tire son origine de l'existence d'un groupe de contrats[3] : la présence d'un «individu inassimilable» représente un danger pour le groupe qui impose de le «rejeter rapidement»[4].

La Cour de cassation reste en revanche en retrait dans le contrôle de la durée des contrats : elle a refusé d'admettre la résiliation d'un contrat d'une durée de six ans en considérant, sous l'imparable visa de l'article 1134 du Code civil, que la stipulation d'une durée déterminée faisait de cet accord un contrat unique à prestations successives[5]. La loi de 1971 est également restée muette sur ce point et de toute manière, son champ d'application est limité aux contrats d'enseignement à distance.

---

(1)Cf. infra n°885 et s.

(2)V. note sous Tb. civ. Lille 21 juin 1950, et Civ. 2e 5 juillet 1950, JCP 1951, II, 6439 ; contra dans le sens d'un contrat d'entreprise : V. V. TORDJMAN, Mémoire précité, p.9.

(3)Le faisceau des contrats conclus entre un établissement scolaire privé et ses élèves constitue techniquement un ensemble contractuel (cf. infra n°983 et s.). La situation est à l'évidence différente pour les contrats de leçons particulières.

(4)J. CARBONNIER, note précitée.

(5)Civ. 1e 28 avril 1971, D. 1971, p.608, note G. C.-M. Pour la première instance : TI Paris 3 octobre1968, Gaz. Pal. 1968-2- p.346, note J.-P. DOUCET.

Or, le maintien de contrats d'enseignement d'une telle durée s'avère parfaitement choquant. Contrairement, par exemple, à de simples ventes d'ouvrages[1], l'activité d'enseignement ne se limite pas à une pure cession de connaissances : elle a pour objectif l'acquisition de celles-ci par l'élève. La «délivrance» de ce savoir n'est qu'un aspect du contrat ; la réception (et le contrôle de celle-ci) sont aussi importants, sinon plus. Il reste alors à préciser les moyens techniques permettant de prendre en compte cette spécificité. Différents concepts semblent pouvoir être utilisés. Tous possèdent un point de départ commun : cette convention, qui n'est pas aléatoire, est à long terme d'une exécution incertaine, car il est impossible de préjuger des capacités de l'élève à pouvoir passer avec succès les différentes étapes de son cursus. La stipulation d'une durée trop longue débouche alors sur deux hypothèses qui prêtent toutes deux à la critique. Si l'élève incapable suit pourtant un cursus complet, l'établissement méconnaît son obligation fondamentale d'accroître le niveau de son élève qui ne progresse que de façon purement apparente. De telles modalités d'exécution d'un contrat d'enseignement sont contraires à l'ordre public, car une formation doit, sous peine perdre de tout son sens, correspondre à une réalité et non une apparence. Si l'élève ne pouvant progresser reste tenu durant plusieurs années de suivre, en les payant, les mêmes cours, divers fondements peuvent être envisagés. Il est possible de soutenir que l'établissement exécute de mauvaise foi son contrat. S'il est admis que la cause joue un rôle en cours d'exécution dans les contrats successifs[2], le paiement des droits n'a plus de cause, puisque l'élève paye plusieurs fois les mêmes cours sans espoir de passer au stade supérieur. Le doyen Carbonnier évoque la possibilité d'une résiliation sans faute en cas de «vice propre» de l'élève que son incapacité rend inapte à suivre les cours. En définitive, c'est une autre solution qui semble la plus conforme à la nature du contrat d'enseignement. La possibilité d'une assimilation du savoir par l'élève procède de l'essence de la prestation caractéristique de ce contrat. Elle en est donc un élément de validité qui doit perdurer tout au long de l'exécution de l'accord. Sa disparition doit entraîner une disparition sans rétroactivité du contrat, autrement dit une caducité. Une telle solution règle la question des élèves inaptes à dépasser un certain stade, en leur ouvrant une porte de sortie, quelles que soient les stipulations des contractants. Elle n'offre aucune solution immédiate pour les contractants qui abandonnent prématurément les cours, pour d'autres raisons, ce qui était le cas dans l'espèce soumise à la Cour de cassation. Une solution radicale consisterait à annuler, ou tout au moins à réduire, les clauses d'une durée excessive (en pratique supérieures

---

(1)V. V. TORDJMAN, Mémoire précité, p.13-14.
(2)V. Ch. LARROUMET, note D. 1975, p.305 et s., spéc. p.307-308.

à trois ans) en «synthétisant» les conséquences néfastes des deux hypothèses envisagées plus haut, sur le fondement de l'ordre public. En tout état de cause, le contrat d'enseignement marque ainsi sa distance vis à vis du contrat d'entreprise en raison de la nature originale de son obligation, même si celle-ci peut apparaître au départ comme une variété de prestation de service.

171.– - Ce rôle joué par la nature de l'obligation dans la diversification des contrats de prestation de services et dans l'appréhension de certains contrat innommés conduit naturellement à s'interroger sur le critère permettant de distinguer le contrat d'entreprise du contrat de travail[1]. Bien que les conséquences pratiques d'une telle discussion soient importantes, il semble difficile, pour plusieurs raisons, d'y consacrer des développements très détaillés. L'obstacle majeur ne réside plus dans la contestation de l'existence même d'un contrat de travail, car les auteurs contemporains se plaisent à souligner, avec des nuances, que les propositions doctrinales favorables à la constatation d'une relation de travail de pur fait ou à la consécration d'une situation exclusivement statutaire se sont heurtées à une incontestable vitalité du phénomène contractuel[2]. Bien que le contenu du rapport de travail soit largement déterminé par le

---

(1)Sur cette discussion, v. notamment : - *Traités et manuels* : G.H. CAMERLYNCK, «Le contrat de travail», T.1, 2e édit. 1982, mise à jour en 1988 avec la collaboration de M.A. MOREAU-BOURLES, n°43 et s., n°46 et s. ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, «Droit du travail», 1990, n°165 et s. ; G. COUTURIER, «Droit du travail 1/ Les relations individuelles du travail», PUF Droit fondamental, n°43 et s. ; J.-Cl. JAVILLIER, «Droit du travail», 2e édit., LGDJ, n°68 et s. ; du même auteur : «Manuel de Droit du travail», LGDJ 1990, n°17 et s. ; J. RIVERO et J. SAVATIER, «Droit du travail», Themis, p.72 et s. ; Lamy Social 1991, n°110 et s.

- *Articles* : G. LYON-CAEN, «Défense et illustration du contrat de travail», Archiv. phil. dr. 1968, T. XIII, p.59 et s. ; H. GROUTEL, «Le critère du contrat de travail», Etudes CAMERLYNCK, p.49 et s. ; A. JEAMMAUD, «Les polyvalences du contrat de travail», Mélanges LYON-CAEN, p.299 et s. ; A. LYON-CAEN, «Actualité du contrat de travail», Dr. soc. 1988, p.540 et s.

- *Ouvrages spéciaux* : Th. AUBERT-MONPEYSSEN, «Subordination juridique et relation de travail», Thèse Toulouse 1985, CNRS 1988, préface M. DESPAX.

(2)Cf. par exemple : G. LYON-CAEN, art. précité, Archiv. phil. dr. 1968, p.67 et s. (en faveur d'une réévaluation) ; «Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi», Dr. soc. 1988, p.548 et s., spéc. n°3.4, p.553 (développement d'un nouveau salariat et expansion du contenu obligatoire du contrat) ; J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.73 ; G. COUTURIER, op. cit., n°43 ; A. JEAMMAUD, art. précité, p.303-304 ; M. DESPAX, préface précitée.

Adde A. JEAMMAUD, art. précité, p.299-301 (l'auteur soutient une conception mixte assez séduisante : le contrat de travail, contrat à part entière, est aussi un acte-condition qui déclenche certaines conséquences attachées à la présence du salarié dans une collectivité : l'entreprise) ; A. LYON-CAEN, chr. précitée, p.541-543.

La méthode de qualification employée par les tribunaux remet-elle en cause l'analyse contractuelle ? Il est fréquent de considérer que la qualification du contrat découle de seules circonstances objectives : les parties ne sont pas à même d'écarter le statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement du travail (Ass. plén. 4 mars 1983, précité ; pour la doctrine : G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°43, n°49 et n°46 de la mise à jour ; J.-Cl. JAVILLIER, Manuel précité, n°18 ; G. COUTURIER, op. cit., n°46 ; Lamy Social, n°110). La portée de cette jurisprudence est cependant contestée, à juste titre semble-t-il (A. JEAMMAUD, art. précité,

loi et la convention collective[1], le contrat de travail reste la source principale de l'accession à la qualité de salarié[2] - une présence de fait dans une entreprise ne peut suffire pour produire un tel effet - même s'il n'est plus possible d'affirmer qu'il en constitue la source exclusive[3] en raison des extensions légales traditionnelles consacrées par le législateur[4] et de la diversification récente des techniques contractuelles relatives au travail salarié[5]. La relativité de la notion de salarié en fonction de la règle en cause, selon qu'elle concerne le droit du travail ou celui de la sécurité sociale, ne semble pas constituer non plus un argument décisif car les auteurs les plus autorisés en la matière affirment qu'en dépit des textes[6], la Cour de cassation

---

p.304-305) : tout d'abord, les juges peuvent traditionnellement ne pas s'estimer liés par la dénomination employée par les parties (cf. supra n°10) ; ensuite, une recherche de la volonté réelle des parties peut ne pas se satisfaire des apparences puisque le régime en jeu est d'ordre public (v. A. JEAMMAUD, op. cit., loc. cit. ; G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°65) et il semble normal de déduire l'existence d'un contrat de travail de la présence d'une subordination effective : plus qu'une qualification grâce à des éléments purement objectifs, il s'agit alors de considérer que ce que les parties ont vraiment voulu est ce qu'elles ont fait. Demeurent cependant des motivations parfois excessives (cf. supra n°80 (note)) et une interrogation : les juges en prenant en compte les conditions effectives du travail ne prennent-ils pas en compte des éléments postérieurs à la formation du contrat ? Le contrat de travail dérogerait ici aux principes classiques (cf. supra n°80 ; v. G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°166 ; A. JEAMMAUD, art. précité, p.313) mais la spécificité de la prestation en cause peut justifier l'assouplissement. D'ailleurs, cette solution se rapproche également d'une règle plus classique, selon laquelle il est possible de prendre en compte l'exécution du contrat pour déterminer la volonté des parties au jour de sa conclusion (cf. supra n°80) : il n'est pas déraisonnable de penser, pour éviter les fraudes, qu'une subordination vécue en cours de contrat était voulue au départ. Seules lees hypothèses rares de mutation des conditions d'exécution seront ainsi maltraitées, au détriment de la recherche classique d'une volonté de nover.

(1)V. G. LYON-CAEN, art. précité, Archiv. phil. dr. 1968, p.63 ; A. JEAMMAUD, art. précité, p.303 et p.305-306.

(2)Cf. en ce sens : G.H. CAMERLYNCK, op. cit., p.57 ; G. LYON-CAEN, art. précité, Archiv. phil. dr. 1968, p.64 et 69 ; G. COUTURIER, op. cit., n°44 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.71.

(3)Contra : A. JEAMMAUD, art. précité, p.303.

(4)Les techniques diffèrent : présomption simple de salariat (cf. supra n°83) ou adoption forcée de conditions précises érigées en règles de fond (v. par exemple le statut de V.R.P. ; cf. supra n°83 (note) et n°84 (note)). Pour certains auteurs, lorsque ces conditions sont remplies, le lien de subordination existe réellement (v. par exemple : P. PIGASSOU, «L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la Sécurité sociale», Dr. soc. 1982, p.578 et s., spéc. p.583). La solution n'emporte pas la conviction car si tel était le cas, la qualification de contrat de travail devrait prévaloir dans les domaines voisins de ces textes, en raison du caractère contingent de certaines conditions (ou de leur réunion). Or, tel n'est pas le cas et cette analyse est d'ailleurs formellement rejetée par la jurisprudence pour le statut des V.R.P., qui s'applique nonobstant l'existence d'un lien de subordination dès lors que les conditions légales sont remplies.

(5)C'est un des phénomènes souligné le plus récemment par la doctrine : G. LYON-CAEN, «Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi», art. précité, p.549-550 ; A. JEAMMAUD, art. précité, p.309 ; A. LYON-CAEN, chr. précitée, n°2, p.541 (l'auteur distingue la diversification des formes de mise au travail, hors contrat de travail - stages d'initiation à la vie professionnelle (SIUVP), stages en entreprise, travaux d'utilité collective (TUC) - et la diversification des contrats de travail - durée déterminée, temps partiel, intermittent, etc.).

(6)V. notamment l'article L. 311-2 du Code de la Sécurité sociale : «Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires

a progressivement unifié les critères concernant ces deux secteurs[1]. L'obstacle majeur est en définitive constitué par la très grande abondance de la jurisprudence dont l'examen aurait encore alourdi ces développements, d'autant plus qu'en cette matière plus qu'ailleurs les motivations ne sont pas forcément en accord avec les solutions effectivement adoptées[2] et que derrière une affirmation indiscutée, un critère peut masquer des sens variables. Seule une analyse très fine de ce contentieux est donc à même de rendre compte des tendances de la matière. De plus, dans une large mesure, la jurisprudence rendue dans ce secteur procède à une énumération fastidieuse d'indices[3] qui ne révèle que ponctuellement et de façon parcellaire le critère utilisé sur lequel l'attention doit en définitive se concentrer.

172.– Le contrat d'entreprise et le contrat de travail portent tous les deux sur une prestation de travail. Le critère traditionnellement reconnu pour les distinguer est tiré

---

d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariée ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, *la nature* ou la validité de leur contrat». Comme pour d'autres textes (cf. infra n°1624 pour le crédit-bail), l'interprétation de cette formule est incertaine. Dans une vision restrictive, elle correspond à un simple rappel par le législateur de la règle qui veut que les magistrats ne soient pas liés par la dénomination employée par les parties (rappr. P. PIGASSOU, chr. précitée, n°16, p.590). Dans une analyse extensive, cela revient au contraire à détacher la qualité d'assuré social de la présence d'un contrat de travail, conclusion que la doctrine contemporaine semble rejeter (cf. note suivante).

(1) V. par exemple : J.-J. DUPEYROUX, «Droit de la sécurité sociale», 11e édit., n°144 et s., spéc. n°145, texte et note 2 p.338 (comp. pourtant avec le passage p.334 où les solutions retenues en matière d'affiliation semblent difficilement compatibles avec les solutions du droit du travail) ; G. COUTURIER, op. cit., n°47 ; H. GROUTEL, art. précité, n°4 ; P. PIGASSOU, «L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la Sécurité sociale», Dr. soc. 1982, p.578 et s. ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°170.
Comp. plus nuancé : M. DESPAX, «L'évolution du rapport de subordination», Dr. soc. 1982, p.11 ; G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°50, texte et note 29 et plus ferme, mise à jour, n°47.
Contra : J.-Cl. JAVILLIER, Manuel précité, n°18.
Il est indéniable que le critère récent de l'intégration dans un service organisé a d'abord été dégagé en matière de sécurité sociale (J.-J. DUPEYROUX, op. cit., n°145, p.335 ; Y. SAINT-JOURS, note D. 1983, p.242, spéc. p.244) avant d'être retenu en droit du travail (cf. infra n°174). Néanmoins, il convient aussi de remarquer que le texte général de la sécurité sociale englobe à la fois le critère jurisprudentiel classique du droit du travail et ses extensions législatives (par exemple pour les V.R.P. où un texte spécial en droit du travail (art. L.751-1) autorise à se dispenser de la présence d'un lien de subordination alors que la même solution retenue en définitive par la Cour de cassation en matière d'affiliation est fondée sur le texte général (P. PIGASSOU, chr. précitée, p.582) ; adde sur l'évolution des liens entre les deux secteurs et les deux critères : H. GROUTEL, art. précité ; P. PIGASSOU, chr. précitée, I : l'auteur souligne par exemple que le texte relatif à la sécurité sociale couvrait au départ certaines situations qui n'entraient pas dans le domaine du contrat de travail, mais qui ont été ultérieurement analysées comme contenant un lien de subordination).

(2) V. en ce sens : P. PIGASSOU, chr. précitée, p.579 et 585 ; H. GROUTEL, art. précité, n°13.

(3) Sur lesquels : G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°48 et s. ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°168, pour le principe et n°169 et s., pour l'exposé ; G. COUTURIER, op. cit., n°44 et n°46 ; J.-Cl. JAVILLIER, Traité précité, n°73 et s. ; J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.75 ; H. GROUTEL, art. précité, n°18.

de l'existence d'un lien de subordination[1]. Si la formulation est restée en apparence stable[2], sa signification réelle a évolué. L'opposition longtemps discutée entre une subordination juridique et une subordination économique est désormais tranchée en défaveur de la seconde, tant en droit du travail[3], qu'en droit de la sécurité sociale[4]. La notion de dépendance économique est en effet trop incertaine pour constituer un critère précis[5]. Nombreux sont les contrats où il est possible de déceler une telle infériorité[6], ce qui pourrait permettre une extension démesurée de la qualification de contrat de travail. Cependant, même en conservant une notion «juridique» à la subordination, la jurisprudence a considérablement élargi son contenu[7]. Il semble intéressant de rappeler rapidement cette évolution, sans perdre de vue qu'à travers celle-ci, c'est surtout la nature technique du critère qu'il importe de préciser[8].

173.- Dans la conception traditionnelle, la dépendance du salarié est liée aux conditions d'exécution du travail. Le maître de l'ouvrage peut exercer un contrôle sur l'entrepreneur indépendant, mais ce contrôle est limité et le prestataire reste libre des modalités de l'exécution de l'ouvrage[9]. Au contraire, dans l'exécution même de la tâche qui lui a été confiée, le salarié est soumis aux directives de son employeur. Ainsi décrit, le lien de subordination constitue une modalité de l'objet de l'obligation[10] : le travail s'exécute de façon indépendante et non subordonnée. Le lien de subordination démontre donc une différence de nature de l'obligation et de la prestation qui en

---

(1)V., outre une jurisprudence constante, l'unanimité de la doctrine : G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°45 et n°60 ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°166 et n°168 ; G. COUTURIER, op. cit., n°44 ; J.-Cl. JAVILLIER, Traité précité, n°68 et n°72 et s. ; Manuel précité, n°17 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.74 ; Lamy Social 1991, n°111 ; H. GROUTEL, art. précité, n°1.

(2)V. quand même : P. PIGASSOU, chr. précitée, p.585 ; H. GROUTEL, art. précité, n°18.

(3)V. par exemple : F. TERRE, Thèse précitée, n°333 et s. ; G. COUTURIER, op. cit., n°44-45 ; J.-Cl. JAVILLIER, ; G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°50 et la nuance n°51 (utilisation à titre d'indice) ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°170 ; H. GROUTEL, art. précité, n°22.

(4)V. J.-J. DUPEYROUX, op. cit., n°145, p.332-333 et la nuance p.336 ; P. PIGASSOU, chr. précitée, n°9, p.585.

(5)V. J.-J. DUPEYROUX, op. cit., n°145, p.333, même si elle peut constituer parfois un indice.

(6)Un auteur a d'ailleurs pu soutenir une thèse sur les contrats de dépendance autres que le louage de services : G. VIRASSAMY, «Les contrats de dépendance», Thèse LGDJ, 1986. V. en ce sens : G. COUTURIER, op. cit., n°45.

(7)V. J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.75 ; G. COUTURIER, op. cit., n°46 ; H. GROUTEL, art. précité, n°7 et s.

(8)Cette question est en général délaissée par les auteurs.

(9)V. J.-Cl. JAVILLIER, Manuel précité, n°19 (le maître de l'ouvrage donne des ordres sur les objectifs alors que l'employeur en donne sur les moyens) ; H. GROUTEL, art. précité, n°9 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.78 ; J.-J. DUPEYROUX, op. cit., n°145, p.333 note 5 ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°170.

(10)V. J.-J. DUPEYROUX, op. cit., n°145, p.333 (critère originel : «droit de direction ou de contrôle sur la façon dont ce travail est accompli, sur les modalités de son exécution»).

constitue l'objet. Selon un auteur, pourtant, le lien de subordination est au contraire un élément de qualification de nature causale[1]. La référence à la cause ne peut se concevoir que d'une cause objective de l'employeur créancier de la prestation de travail, qui s'engage pour bénéficier de la subordination qui fait partie intégrante de l'obligation du salarié cocontractant. Une telle cause objective et immédiate, simple contemplation de l'obligation du salarié, ne saurait constituer un critère satisfaisant : conformément aux principes exposés plus haut[2], il est préférable de retenir le critère immédiat, l'objet de l'obligation, plutôt que son reflet causal[3].

En poussant davantage l'analyse, la prestation du salarié semble également plus globale que celle de l'entrepreneur. Contrairement au contrat d'entreprise, le contrat de travail est un contrat successif[4]. Le travail demandé à un entrepreneur doit être déterminé et un engagement des parties sur une durée plus longue s'apparente le plus souvent à un contrat-cadre. Au contraire, c'est l'indétermination du travail accompli par le salarié qui intéresse l'employeur. En définitive, alors que le contrat d'entreprise continue à s'attacher à une prestation précise, le contrat de travail porte sur une activité. Ceci explique certaines propositions doctrinales décrivant l'obligation du salarié comme étant celle d'occuper un poste[5] et permet de mieux rendre compte tant du caractère évolutif qui peut la caractériser[6], que de certaines méthodes jurisprudentielles de qualification[7]. Dans cette conception, la différence de nature des prestations spécifiques du contrat de travail et du contrat d'entreprise s'accusent. Il n'en demeure pas moins qu'une telle analyse ne peut être érigée en condition sine qua non du louage de services car cette qualification reste exacte en présence d'un travail ponctuel et déterminé dès lors qu'il est accompli de façon subordonnée.

174.– L'évolution récente de la jurisprudence consacre une nouvelle conception du lien de subordination. La qualité de salarié est reconnue au travailleur que son

---

(1)F. TERRE, Thèse précitée, n°332-333.

(2)Cf. supra n°71.

(3)V. en ce sens semble-t-il, implicitement : G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°46 (la situation de dépendance est l'«objet même» du contrat) ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°168.

(4)Rappr. cep. : Paris 19 novembre 1982, Rev. jurispr. com. 1984, p.53.

(5)V. A. LYON-CAEN, chr. précitée, p.540 ; rappr. H. GROUTEL, art. précité, n°18.

(6)V. G. LYON-CAEN, chr. précitée, Dr. soc. 1988, p.553.

(7)Notamment de celle qui consiste à qualifier en tenant compte d'éléments postérieurs à la formation du contrat (cf. supra n°171 (note)), alors que ce procédé n'est pas normalement admis (cf. supra n°80).

contrat insère dans un «service organisé»[1]. Cette définition nouvelle réalise un sensible élargissement de la notion de contrat de travail. Elle permet notamment d'adopter sans difficulté cette qualification lorsque l'activité du salarié ne peut s'exercer qu'avec un minimum incompressible de liberté pour des raisons tenant à la nature de l'activité (médecin, expert comptable...)[2] ou à ses modalités d'exécution. Une telle évolution appelle deux remarques. En premier lieu, il est impossible ici encore d'ériger cette conception en critère exclusif du contrat de travail, car la présence d'un service organisé, pour tout dire d'une entreprise, n'est nullement systématique comme le montre l'exemple des gens de maison[3]. Ensuite, l'analyse de la nature technique du critère s'avère plus délicate. La subordination ne concerne que l'organisation générale de l'activité et non cette activité en soi. Elle est en quelque sorte repoussée à la périphérie d'une prestation de travail qui s'exécute en elle-même de façon très voisine d'un contrat d'entreprise ou, comme l'indique un auteur, elle ne concerne plus que des obligations accessoires[4]. Une partie de la doctrine conclut donc à une relativité de la notion de subordination dont le contenu dépend de la nature du travail promis[5].

Ces différentes constatations amènent à reconsidérer la nature du critère de qualification du contrat de travail. Il est désormais vain de vouloir prétendre réduire cette qualification à la présence d'une obligation de nature uniforme dans toutes les hypothèses. Qu'y a-t-il de commun entre un ouvrier, une femme de ménage, un médecin de dispensaire et un interprète, sans même parler des extensions légales comme les V.R.P. ou les gérants de stations-services[6]. Le contrat de travail est un des premiers contrats à avoir eu recours au procédé qui consiste à attacher une

---

(1) Ass. plén. 27 février 1981, Bull. Ass. plén., n°1 (médecin et psychologue) ; 4 mars 1983, D. 1983, p.381, concl. CABANNES (enseignant) ; 15 février 1985, D. 1985, p.249, concl. CABANNES. Adde Soc. 14 janvier 1982, D. 1983, p.242, 2e espèce, note Y. SAINT-JOURS.
Pour la doctrine : G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°60, n°55 et mise à jour n°60 ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°177 ; G. COUTURIER, op. cit., n°46 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.75 ; H. GROUTEL, art. précité, n°1, n°18, n°26 et s.

(2) Rappr. sur l'indifférence actuelle de la nature de la profession : J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.75 ; G. COUTURIER, op. cit., n°45.
La loi de 1977 consacrait une seule exception, la profession d'avocat (G. COUTURIER, op. cit., n°45). La réforme récente de la profession d'avocat a supprimé ce particularisme (art. 6 de la loi du 90-1259 du 31 décembre 1990).

(3) V. en ce sens : A. JEAMMAUD, chr. précitée, p.302.
Ce qui exclut aussi la référence à l'insertion dans un groupe de contrats (cf. infra n°1000 note).

(4) G. COUTURIER, op. cit., n°45, p.90 (au lieu de concerner «l'exécution même du travail»).

(5) V. G.H. CAMERLYNCK, op. cit., n°47 ; J.-Cl. JAVILLIER, op. cit., n°73 ; G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, op. cit., n°168.

(6) Le cas des travailleurs à domicile est un peu différent car l'extension des règles du contrat de travail n'y est que partielle et semble viser directement le régime sans toucher à la qualification (J. RIVERO et J. SAVATIER, op. cit., p.79).

qualification à plusieurs structures d'obligations de natures différentes[1]. La solution a d'abord été législative ainsi que le montre le cas des V.R.P. pour lesquels la loi admet expressément que le contrat a pour *objet* une représentation. Elle est désormais étendue par la jurisprudence, grâce à l'adoption d'une conception extensive de la subordination. En effet, c'est cette subordination qui constitue le point commun de ces structures. Dans certains cas qui correspondent aux hypothèses traditionnelles, elle constitue une véritable modalité d'exécution de la prestation de travail : c'est alors très exactement la nature de l'obligation souscrite qui sépare le contrat d'entreprise du contrat de travail. Dans d'autres hypothèses qui sont venues plus récemment s'ajouter aux précédentes, la subordination n'est qu'un aspect éventuellement accessoire des obligations du salarié concernant davantage l'organisation de son activité que l'exécution de son travail. Pour cette seconde situation, la nature de l'obligation n'est pas totalement neutre et il faut qu'il s'agisse d'une prestation de travail (un contrat de représentation, en dehors des conditions précises imposées pour le statut des V.R.P., ne peut être qualifié de contrat de travail par la seule intégration dans un service organisé). Son importance a décru cependant dès lors que la qualification peut dépendre d'éléments autres que l'élément central.

III - NATURE DE L'OBLIGATION ET CONTRAT INNOMME

175.- Les sources de l'apparition de qualifications innommées sont d'origine diverses[2]. Dans certains cas, une convention sui generis est la seule façon de rendre compte d'une opération économique nouvelle[3] ; dans d'autres, l'innommé n'est qu'une application du procédé de qualification-moyen ou une tentative de fuite devant une réglementation impérative jugée trop contraignante[4]. Seule la première hypothèse mérite d'être évoquée ici car la qualification innommée est alors non seulement conforme à la réalité mais, surtout, elle suppose la présence d'une structure de qualification originale, qui la sépare des structures nommées environnantes par une différence technique dont la nature doit être précisée.

---

(1)Cf. infra n°645.

(2)Sur ce problème, v. plus généralement : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°19 et s.

(3)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°188.

(4)Pour une autre présentation : Ph. REMY, «La jurisprudence des contrats spéciaux», précité, p.103 et s., spéc. p.106 (du point de vue de la classification utilisée par la RTD civ. : la nécessité de rendre compte d'opérations contractuelles nouvelles voisine avec des choix plus incertains comme l'indifférence de la qualification ou le fait qu'une question soit commune à plusieurs contrats).

La naissance d'une qualification innommée peut avoir sa source dans le particularisme de l'agencement de ses éléments[1] : tel est le cas, tout particulièrement, lorsqu'une combinaison originale d'obligations fait apparaître une qualification mixte[2]. Dans ces situations, la nature de l'obligation n'est a priori pas altérée, ce qui dispense de les examiner ici. L'apparition de nouveaux objets de droits est également une des grandes hypothèses de création d'innommé[3]. Or, l'objet de la prestation n'exerce pas une influence directe sur la qualification du contrat, mais une influence médiate au travers du nombre ou de la nature des obligations créées ou modifiées. Il serait donc possible d'examiner ici ces hypothèses. Toutefois, l'influence de l'objet de la prestation sur la qualification d'une convention déborde le problème du contrat innommé et elle possède des caractères spécifiques qui justifient un examen global auquel il sera procédé plus loin[4]. Une conclusion identique peut être appliquée aux contrats mixtes par fusion. Dans ces conventions, l'imbrication étroite de deux ou plusieurs obligations connues fait apparaître une prestation synthétique nouvelle, comme dans le cas du bail à nourriture. L'innommé est donc ici encore attaché à la nature originale d'une obligation mais, le procédé ne prenant tout son relief que lorsqu'il est comparé à la technique plus traditionnelle des contrats mixtes, son étude est prématurée[5].

Néanmoins, l'existence de contrats innommés du fait de l'apparition d'une obligation d'une nature originale dépasse ces hypothèses, comme le montrent, entre autres exemples(6), le cas des mises à disposition d'appareil automatique ou celui du contrat d'approvisionnement exclusif.

176.– Dans la première hypothèse, le propriétaire d'une machine automatique, telle qu'un juke-box ou un distributeur de boissons, conclut un contrat avec un établissement commercial ou administratif, en contact avec une clientèle potentielle, pour obtenir l'autorisation d'installer l'appareil dans ses locaux. Le propriétaire prend à sa charge l'entretien de la machine, alors que l'établissement fait en général son

---

(1)D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°188.

(2)Cf. infra Deuxième partie Titre 2.

(3)Cf. PLANIOL, chr. précitée, p.484 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°188.

(4)Cf. infra n°751 et s.

(5)Cf. infra n°1516 et s.

(6)V. aussi : - un transfert de jouissance non privative est un contrat sui generis proche du bail (cf. infra n°781 et s. pour les véritables conventions d'occupation précaires ; rappr. Versailles 22 septembre 1983, Gaz. Pal. 1985-2- somm. p.247, pour l'autorisation de s'entraîner sur un circuit (en l'espèce de karting) qui n'est en général pas effectuée à titre privatif ; il peut en aller autrement, par exemple, pour une écurie de formule 1 qui réserve un jour ou deux une piste afin d'effectuer des essais : le contrat peut alors s'apparenter à une location du circuit, sous réserve de prendre éventuellement en compte des prestations accessoires de sécurité).

affaire de l'alimentation en eau ou en électricité. Quant à la rémunération de l'établissement, elle est le plus souvent assise sur un pourcentage des recettes. Au terme de ce que le doyen Cornu appelle avec humour un «jeu de massacre»[1], les rares décisions ayant examiné la qualification de ces conventions aboutissent à la conclusion qu'il ne peut s'agir que de contrats sui generis[2]. La solution est approuvée par la doctrine[3], mais il faut bien reconnaître qu'elle est acquise en quelque sorte par défaut, après élimination de toutes les qualifications nommées voisines. Elle semble néanmoins fondée, car l'obligation caractéristique de telles conventions possède une nature indéniablement originale.

177.– Pour déterminer la structure de qualification de ces contrats, il convient de partir de ses points sûrs avant de tenter d'en éclairer les zones d'ombre. En premier lieu, il ne fait aucun doute que le contrat est onéreux et que l'obligation principale du propriétaire de l'appareil réside dans le versement de la somme d'argent correspondant au pourcentage de la recette convenu[4]. La qualification de bail du distributeur ou du juke-box est donc inadéquate, puisque en l'occurrence le soi-disant locataire ne verserait aucun loyer[5]. Il semble également acquis, sauf cas particulier[6], que l'établissement réceptionnaire devient débiteur de corps certain, tenu de conserver et de restituer l'appareil. C'est en tout cas ce que décide le plus souvent la jurisprudence sur le fondement des textes généraux[7]. Toutefois, ces obligations ne constituent pas la cause de l'engagement du propriétaire de l'appareil, ce qui exclut une qualification de dépôt[8]. La structure du contrat évoque donc plutôt les prestations de conservation et de restitution accessoires de contractants tenus par ailleurs à une obligation principale d'une autre nature : entrepreneurs à façon, transporteur, mandataire, etc[9]. De même, les obligations de fourniture d'eau ou d'électricité de l'établissement réceptionnaire, celles du propriétaire de remise ou d'entretien de l'appareil sont également des

---

(1)G. CORNU, obs. RTD civ. 1976, p.160.

(2)Cf. : Colmar 18 décembre 1973, D. 1974, somm., p.121 ; Dijon 28 juin 1974, D. 1975, p.564, note G. VIGNERON ; RTD civ. 1976, p.160, obs. G. CORNU ; Nancy 2e ch. 19 février 1990, Renaux / Petitdemenge, inédit. Rappr. Com. 12 mai 1980, Bull. civ., IV, n°190 (qualification non discutée).

(3)V. outre les commentaires précités : N. DECOOPMAN, «La notion de mise à disposition», RTD civ. 1981, p.300 et s., spéc. n°41 et s.

(4)Rappr. les observations anonymes sous Colmar 18 décembre 1973, précité : le propriétaire de l'appareil l'est aussi de la recette contenue dans celui-ci, dont il a seul la clef.

(5)V. tenant ce raisonnement : Colmar 18 décembre 1973, précité ; Dijon 28 juin 1974, précité.

(6)Un contrat consulté semblait pouvoir être assimilé purement et simplement à un bail d'emplacement.

(7)V. Dijon 28 juin 1974, précité, obs. approb. G. CORNU ; Nancy 2e ch. 19 février 1990, précité.

(8)La jurisprudence et la doctrine citées sont unanimes.

(9)Contra : G. VIGNERON, note précitée.

obligations accessoires de l'obligation principale de l'établissement[1]. Arrivé à ce stade, la structure de qualification présente un tissu causal rayonnant directement (cause-contrepartie) ou indirectement (cause accessoire) autour d'une prestation caractéristique à la charge de l'établissement dont la nature demeure mystérieuse.

178.– Une première explication pourrait y voir une mise à disposition d'emplacement[2]. Même si elle s'avère adaptée à certaines situations marginales, la solution semble cependant assez réductrice de l'originalité de l'obligation de l'établissement. En réalité, la nature du contrat et de la prestation de l'établissement ne peuvent se comprendre sans envisager le faisceau de conventions que l'installation de l'appareil va permettre d'établir avec les clients. Il est essentiel de noter que ces contrats de vente, pour les distributeurs automatiques de boissons, de bail, pour les juke-box, voire d'entreprise pour les appareils automatiques de photos à développement rapide («photomaton»), sont conclus directement entre le propriétaire de l'appareil et le consommateur. La présence de la machine constitue une offre permanente de contracter qui rencontre une acceptation lorsqu'un client introduit dans l'appareil la somme requise. L'établissement réceptionnaire n'est pas le mandataire du propriétaire. En autorisant l'installation du juke-box ou du distributeur dans ses locaux, il permet seulement aux offres de contracter de ce dernier de parvenir à destination de personnes susceptibles de les accepter. L'obligation rappelle le courtage mais sa nature essentiellement matérielle conduit à rejeter cette qualification. Pour raisonner sur l'hypothèse du juke-box, la situation évoque assez paradoxalement une sous-location... sans locataire principal. Ces quelques constatations amènent à proposer une solution qui peut paraître audacieuse : la prestation de l'établissement s'apparente à une mise à disposition pour le compte d'autrui, sorte de représentation appliquée à un acte matériel. L'établissement doit permettre une jouissance(3) dont les tiers seront les bénéficiaires directs. Cette obligation possède une nature originale. Elle se décompose en diverses prestations à la charge de l'établissement[4] : fourniture

---

(1)Par destination pour les premières (cf. infra n°371 et s.), par opposition pour les secondes (cf. infra n°390 et s.).

(2)V. G. CORNU, obs. RTD civ. 1976, p.160, qui semble n'adhérer à cette qualification qu'avec réserve.

(3)A titre principal pour les juke-box, puisque le contrat conclu avec le client est une location. Pour les distributeurs de boissons, l'utilisation de l'appareil est un accessoire de la vente : la mise à disposition de l'appareil permet la conclusion de la vente et l'exécution de la délivrance. L'insertion de la pièce concluant le contrat, il faut considérer que la mise à disposition est une prestation accessoire incluse dans la vente qu'elle ne précède pas. La situation est donc différente des chariots de supermarché, sauf à distinguer la mise à disposition pour la conclusion du contrat (contrat antérieur de prêt intéressé : cf. infra n°553 et s.) de celle pour la délivrance (obligation accessoire incluse dans la vente).

(4)La liste peut varier selon les contrats.

d'un emplacement pour l'appareil, alimentation en eau et en électricité, recharge éventuelle de l'appareil, information du propriétaire en cas d'incident de fonctionnement, aide à la clientèle pour préciser le fonctionnement de la machine ou pour faciliter son utilisation, par exemple en fournissant de la monnaie, etc. Toutes ces interventions sont de nature matérielle mais elles tendent à réaliser une mise à disposition directe de l'appareil auprès des clients potentiels. Même si les litiges rencontrés jusqu'à présent portent principalement sur les obligations accessoires de conservation et de restitution, l'obligation de l'établissement constitue la prestation caractéristique de ce contrat simple et il est donc logique que sa nature originale entraîne une qualification innommée[1].

179.– La seconde illustration est fournie par le contrat d'approvisionnement exclusif[2]. Cette convention est innommée pour deux raisons. La première tient à sa

---

(1) L'analyse est peut-être transposable à certains contrats de *dépôt-vente* conclus entre des consommateurs et des commerçants, par lesquels ces derniers acceptent de recevoir dans leur établissement un objet dont le propriétaire propose directement la vente à un tiers. Contrairement aux contrats de commercialisation conclus entre professionnels qui relèvent soit du mandat, soit de la vente à condition (cf. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°91), le commerçant n'est ici mandataire que pour l'encaissement et son rôle peut dès lors ressembler à une simple mise à disposition des tiers pour que ceux-ci prennent connaissance de l'offre du consommateur. Comp. en jurisprudence : Bordeaux 6 octobre 1988, Juris-Data n°48297 (selon l'abstract : «convention ayant pour objet la conservation de l'objet en vue de sa revente» ; refus d'appliquer l'article 408 du Code pénal) ; Civ. 1e 4 octobre 1989, D. 1989, IR, p.262 (à propos d'un dépôt-vente de fourrures ; qualification de dépôt).

(2) Sur le contrat d'approvisionnement exclusif, parmi une littérature des plus abondantes :
- *Ouvrages généraux* : MAZEAUD, T.3 Vol.2, n°876, p.151 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES op. cit., n°210 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°148, n°151 et n°929 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°387 et s. ; J. GHESTIN, «Le contrat», n°526 ; Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 541 ; Lamy Droit économique, 1992, n°5601 et s.
- *Thèses* : G. DURRY, «Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant», Thèse Paris 1957, n°68 et s. ; A. SEUBE, «Le contrat de fourniture», Thèse Montpellier 1970 ; P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon 1973, n°81 et s. ; G. PASTRE, «Les financements inter-entreprises», Thèse Paris I 1975, p.190-191 et p.208-211 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°244 et n°250 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°413 et s. (contrat-cadre) et n°665 et s. (clause d'exclusivité ; A. LASSOUED, «Les contrats préparatoires», Thèse Strasbourg 1987, n°135 et s.
- *Articles* : P. DIDIER, «A propos du contrat de concession : La station service», D. 1966, p.55 ; R. RODIERE et Cl. CHAMPAUD, «A propos des "pompistes de marque" : Les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur», JCP 1966, I, 1988 ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, «A propos des contrats d'assistance et de fourniture», D. 1973, p.197 ; J. GHESTIN, «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative», D. 1973, p.293 ; J.-M. MOUSSERON, «La durée dans la formation des contrats», Mélanges JAUFFRET, p.506 et s., spéc. p.515-516 ; F. GORE, «La détermination du prix dans les contrats dits «marchés de bière» », Gaz. Pal. 1979-1- p.84 ; J.-P. FALLEUR, «L'assimilation à la vente», Gaz. Pal. 1979-2- p.650 ; A. SEUBE, «La précarité des clauses d'exclusivité», Gaz. Pal. 1979-2- p.656 ; D. DE MARTEL, «L'indétermination du prix», Gaz. Pal. 1979-2- p.653 ; B. MERCADAL, «La détermination du prix dans les contrats», Dr. prat. com. int. 1979, p.443 ; D. FERRIER, «Le prix dans les contrats de bière», Cah. drt. ent. 1979, n°4, p.10 et s. ; A. DE MARTEL, «L'article 1129 du Code civil et l'annulation des contrats de bière pour indétermination de leur prix», JCP éd. CI 1980, II, 13316, p.321 ; P. PIGASSOU, «La distribution intégrée», RTD com. 1980, p.473 ;

structure mixte par opposition : l'accord s'organise autour de deux obligations caractéristiques assumées par des débiteurs différents, l'assistance promise par le fournisseur et l'engagement d'approvisionnement exclusif du fourni. La seconde provient de la nature originale de l'obligation de l'approvisionné. Seul ce dernier aspect est ici en cause[1]. Une qualification globale de contrat de vente est désormais unanimement exclue tant en doctrine[2] qu'en jurisprudence[(3)]. Le contrat

---

J. BELOT, «La détermination judiciaire du prix dans les contrats», Rev. rech. jur. 1982, 2, p.349 et s. ; J.-J. BARBIERI, «La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusifs», Rev. jur. com. 1983, p.329 et s. et 1984, p.1 et s. ; J. SCHMIDT, «Le prix du contrat de fourniture», D. 1985, p.176 et s. ; L. LEVENEUR, «Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix : le reflux et ses limites», Contr. conc. distr. mai 1991, p.1 et s. ; D. TALLON, «Le surprenant réveil de l'obligation de donner», D. 1992, p.67 ; D. FERRIER, «La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif», D. 1991, p.237 ; D. LEGEAIS, «La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu», JCP éd. E 1992, I, 135.

(1)Cf. infra n°1297 et s. pour le premier aspect.

(2)V. notamment : G. DURRY, Thèse précitée, n°72 et s., spéc. n°77 et s. ; P. DIDIER, chr. précitée, p.57 ; R. RODIERE et Cl. CHAMPAUD, chr. précitée, n°5 ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.199 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES op. cit., n°210 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°148 et tous les auteurs ultérieurs cités infra ou supra qui considèrent la solution comme acquise, sauf à réserver parfois l'existence de véritables ventes à livrer (cf. infra n°183 (note)).

(3)La solution a d'abord été admise par plusieurs décisions, plus ou moins nettes : Com. 9 juillet 1963, Bull. civ., III, n°368, p.311 ; Com. 27 janvier 1971, JCP 1971, II, 16736 (référence au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond) ; adde Paris 26 janvier 1966, JCP 1966, II, 14588.

Puis la Cour de cassation a visé l'article 1591 (et parfois 1592) du Code civil (Com. 27 avril 1971 et Com. 5 novembre 1971, D. 1972, p.353, note J. GHESTIN ; JCP 1972, II, 16975, note J. BORE ; Com. 13 mars 1972, JCP 1972, II, 17196, note J. BORE ; Com. 12 février 1974, JCP 1975, II, 17915, note J. BORE ; D. 1974, p.414, note J. GHESTIN ; Com. 21 juin 1977, Bull. civ., IV, n°178, p.153 ; Com. 30 juin 1978, Bull. civ., IV, n°38, p.30).

Devant les critiques, la Cour, par trois arrêts de 1978, a abandonné ces dispositions, au profit de l'article 1129 du code civil, pour fonder l'annulation des contrats pour indétermination du prix (Com. 11 octobre 1978, D. 1979, p.136, note R. HOUIN ; JCP 1979, II, 19034, note Y. LOUSSOUARN ; Rev. jur. com. 1979, p.373, note. Ph. LE TOURNEAU ; RTD com. 1979, p.311, obs. J. HEMARD ; Com. 11 décembre 1978, Bull. civ., IV, n°303, p.249).

L'abandon de la référence à l'article 1591 au profit de l'article 1129 consacre l'inadéquation de la qualification de vente, laquelle n'était d'ailleurs pas discutable lorsque le brasseur se contente de désigner le futur cocontractant du fourni (v. par exemple : Com. 14 janvier 1980, JCP 1981, II, 19585, note B. GROSS).

La jurisprudence a été étendue à d'autres contrats comportant une relation d'exclusivité : la concession (Com. 11 juin 1981, Bull. civ., IV, n°268, p.212 ; Com. 5 octobre 1982, Bull. civ., IV, n°298, p.255 ; Com. 15 mars 1988, Bull. civ., I, n°83, p.54) ; la franchise (Com. 24 juin 1986, D. 1988, somm. p.22 ; Com. 12 janvier 1988, D. 1988, IR, p.27 ; Com. 12 décembre 1989, JCP éd. E 1990, ADG, 19518, p.59 ; Com. 5 novembre 1991, D. 1991, p.274 ; Com. 19 novembre 1991, D. 1991, IR, p.287).

Cette extension de l'exclusion de la vente a pris récemment un tour plus radical pour des contrats de distribution assortis d'une exclusivité à la charge du seul fournisseur, puisque la Cour de cassation a décidé à leur propos, de façon critiquable (cf. infra n°189) que même l'article 1129 du Code civil ne leur était pas applicable (Com. 9 novembre 1987, D. 1989, p.35, note Ph. MALAURIE ; JCP 1989, II, 21186, note G. VIRASSAMY ; Com. 22 janvier 1991, D. 1991,

d'approvisionnement exclusif est un contrat-cadre qui doit être distingué des contrats d'application conclus à sa suite, qu'il est censé préparer, et la Cour de cassation tire des conséquences concrètes de cette dissociation(1). Dès lors, la nature de l'obligation de l'approvisionné peut-elle être réduite à une prestation connue ? Trois schémas traditionnels peuvent être évoqués : l'accord de principe obligeant à négocier ; le pacte de préférence portant restriction au droit de conclure des contrats librement avec des tiers ; la promesse d'achat.

180.- L'obligation de l'approvisionné ne peut être réduite à une obligation de négocier telle qu'elle se rencontre dans un accord de principe[2]. Une telle analyse ne correspond à aucune des deux formes traditionnelles de contrats d'approvisionnement exclusif qu'il est d'usage en doctrine de distinguer[3]. Si le contrat se contente d'interdire à l'approvisionné de s'adresser à un tiers en le laissant libre de contracter, même une simple obligation de négocier paraît trop forte puisque le fourni peut n'engager aucune négociation et ne jamais conclure un contrat d'application, sans engager sa responsabilité. A l'inverse, si l'accord comporte l'obligation de contracter, ce qui est notamment le cas lorsque la convention stipule une quantité minimale d'approvisionnement, l'obligation de négocier n'est pas assez forte, car l'approvisionné ne doit pas seulement engager les négociations et les mener de bonne foi, il doit les mener à bien et cette obligation est une obligation de résultat.

---

p.175 ; JCP éd. E 1991, II, 137, p.85, concl. JEOL ; JCP éd. E 1991, II, 201, p.229, note L. LEVENEUR).

(1)La jurisprudence a admis à diverses reprises cette distinction entre le contrat-cadre et les contrats d'application, implicitement, en écartant la référence à l'article 1591 du Code civil (cf. supra note précédente), explicitement, en décidant que la conclusion des contrats d'application (et l'acceptation des prix qu'elle suppose) ne vaut pas confirmation du contrat-cadre (Com, 30 novembre 1983, Bull. civ., IV, n°333, p.288 ; Gaz. Pal. 1984-2-p.675, note J. CALVO) et que réciproquement la nullité du contrat-cadre n'entraîne pas celle des contrats d'application valablement conclus (Com, 4 février 1986, Bull. civ., IV, n°1, p.1 ; Com, 12 février 1991, II, 21754, note Ph. DELEBECQUE).
Adde : Com, 15 mars 1988, Bull. civ., I, n°83, p.54 (pour un refus d'application de la Convention de La Haye).
Pour la doctrine, v. en ce sens : J. GHESTIN, note D. 1972, p.358 ; R. HOUIN, note précitée ; Ph. LE TOURNEAU, note précitée ; F. GORE, chr. précitée, p.84 ; B. GROSS, note JCP 1981, II, 19585 ; Ph. LE TOURNEAU, ouvrage précité, n°201 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°250.

(2)La référence à cette qualification est rare (soutenant cette analyse : M. GENINET, Thèse précitée, n°432), mais pas inexistante (P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°82, p.116-117 ; J. SCHMIDT, chr. précitée, n°12).

(3)V. faisant cette distinction : G. DURRY, Thèse précitée, n°83 et s. ; M. GENINET, Thèse précitée, n°418, n°423 et s. et n°668 et s. ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.198 ; J.-M. MOUSSERON, art. précité, p.515 ; J. SCHMIDT, chr. précitée, n°4 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°82 ; G. PASTRE, Thèse précitée, p.190 ; A. LASSOUED, Thèse précitée, n°137.

181.- La référence à un pacte de préférence semble plus adaptée, tout au moins pour les contrats qui n'emportent pas obligation de conclure. En dépit des apparences, cette analyse est celle de M. Durry, puisque cet auteur estime que le pacte de préférence utilise un mécanisme techniquement similaire aux clauses d'exclusivité[1]. Dans cette conception, l'approvisionné a pour obligation principale de ne pas acheter à un tiers les produits définis au contrat[2]. Il doit respecter cette obligation de ne pas faire[3] mais reste libre de conclure des contrats d'application avec le fournisseur : seule une contrainte de fait[4], le fonctionnement de son fonds de commerce, peut l'amener à passer d'une prestation négative à la conclusion positive d'accords d'application avec le fournisseur. Pour M. Durry, cette obligation est secondaire[5] et l'auteur soutient à propos du pacte de préférence que la combinaison de ces deux prestations forme une obligation facultative[6].

Cette qualification, reprise par certains auteurs[7], semble dans une première approche convaincante lorsque le contrat ne stipule qu'une clause d'exclusivité et qu'il ne comporte pas pour l'approvisionné l'obligation de contracter. Elle explique notamment que le détaillant puisse cesser son activité en respectant ses engagements, ce que la Cour de cassation a effectivement admis[8]. La situation peut se rencontrer et être économiquement concevable quand le contrat ne concerne qu'une activité accessoire de l'approvisionné dont il peut se passer[9]. L'hypothèse semble néanmoins marginale. A partir du moment où l'exclusivité de l'approvisionnement est compensée par une assistance financière ou matérielle accordée par le fournisseur, il est illusoire

---

(1)G. DURRY, Thèse précitée, n°162 et s., spéc. n°167, p.261 («le pacte se révèle d'un mécanisme qui l'apparente à la clause d'exclusivité»), n°168, p.262 («techniques identiques, sans doute utilisées dans des finalités différentes»), n°169, p.264 («différence de fait»), n°170, p.265 («il n'est pas de distinction catégorique entre clause d'exclusivité et pacte de préférence quant à leur nature juridique»), en dépit de l'affirmation initiale (n°90), dont l'importance est peut être surestimée par un auteur (M. GENINET, Thèse précitée, n°669).

(2)G. DURRY, Thèse précitée, n°90.

(3)G. DURRY, Thèse précitée, n°90, p.149.

(4)G. DURRY, Thèse précitée, n°91-92.

(5)G. DURRY, Thèse précitée, n°90, p.149.

(6)G. DURRY, Thèse précitée, n°165, p.258.

(7)M. GENINET, Thèse précitée, n°669-671 (selon cet auteur (n°671), il s'agit soit d'un pacte de préférence offrant une option de vente, soit d'un pacte de préférence précédant, en cas d'exécution du pacte de préférence par le débiteur de l'exclusivité, un pacte d'option de tout mettre en œuvre pour parvenir à la perfection du contrat principal de vente, sans être tenu d'atteindre ce résultat) ; J. SCHMIDT, chr. précitée, n°15 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°250, note 4 (nuancée : «évoque l'idée» ; de plus, l'auteur n'évoque pas le problème spécifique des quotas (comp. note 5)) ; W.Y. KARAM, «Le contrat de franchisage commercial à travers les réseaux de franchise», Thèse Lyon 1982, p.148 (nuancé : «s'approchent»).

(8)Com. 2 février 1971, Bull. civ., IV, n°32, p.34 ; P. VOIRIN, note DP 1931-1- p.41.

(9)G. DURRY, Thèse précitée, n°92, p.152.

de penser que celui-ci puisse se contenter d'une simple absence d'activité de son cocontractant[1]. L'exécution du contrat d'approvisionnement doit générer un flux contractuel entre les parties, lequel est seul à même de permettre au fournisseur de rentabiliser son investissement. C'est cette dernière hypothèse qu'il convient d'approfondir.

182.- La problème majeur de qualification posé par les contrats d'approvisionnement exclusif est sans conteste celui de la détermination de la nature juridique de l'engagement du fourni lorsque celui-ci s'engage sur une longue durée à conclure des contrats avec le fournisseur. Cet engagement est souvent matérialisé par l'insertion d'une clause de quota par laquelle l'approvisionné s'engage à conclure un volume minimal de commandes. Une telle stipulation est une condition suffisante, mais pas nécessaire à l'existence d'une l'obligation de conclure. Notamment, la combinaison d'une clause d'exclusivité et d'une stipulation obligeant le fourni à utiliser le matériel mis à sa disposition par le fournisseur ou à exploiter son fonds de commerce, génère également une telle obligation[2].

Dans cette hypothèse, il est clair que la référence au pacte de préférence ne convient plus. Ainsi qu'il a déjà été vu[3], dans cette qualification, l'obligation de préférer prend successivement deux formes différentes : ne pas vendre à un tiers avant d'avoir pris la décision de contracter et faire une offre au bénéficiaire de la préférence après cette décision. Le souscripteur du pacte reste libre de contracter ou pas, sa décision étant considérée comme un élément extérieur à la convention. Dans un contrat d'approvisionnement exclusif avec obligation de contracter, une telle analyse est radicalement impossible car la décision de conclure devient l'objet même du contrat. La contrainte de fait cède ici sa place à une contrainte de droit[4]. L'exécution du contrat doit faire apparaître un courant d'affaires minimal, un flux contractuel[5]. La conclusion

---

(1)J. GHESTIN, note D. 1972, p.358 ; J. BORE, note JCP 1972, II, 17196, I, A, a, 1° ; note précitée JCP 1975, II, 17915, I, C, a.

(2)V. en ce sens : J.-M. MOUSSERON, art. précité, p.516 ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.198 ; A. LASSOUED, Thèse précitée, n°137,p.135. Comp. J.-P. FALLEUR, chr. précitée, p.650.
L'analyse est parfaitement conforme aux courants jurisprudentiels qui existent en matière de promesse unilatérale de vente (cf. supra n°108) ou de location-vente (cf. infra n°1572 et s.), lorsqu'il s'agit de déterminer si le bénéficiaire de la promesse ou l'acheteur-preneur ont gardé leur liberté d'acheter ou pas.

(3)Cf. supra n°144.

(4)G. DURRY, Thèse précitée, n°92.

(5)Sur cette référence à la notion de flux ou de courant, v. par exemple : J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.200 ; W.Y. KARAM, Thèse précitée, p. 152 (courant forcé de commandes).
Pour la jurisprudence, v. par exemple : Rouen 11 janvier 1972, D. 1972, p.585, note J. GHESTIN («courant de ventes et d'achats»).

de contrats d'application n'est pas une simple faculté, mais une véritable obligation de contracter.

183.– Face à l'inadaptation du pacte de préférence, de nombreux auteurs estiment que la situation correspond soit à une promesse d'achat, soit à une promesse synallagmatique ne valant pas en l'occurrence vente[1]. Outre qu'elle ne correspond pas à la jurisprudence qui, par l'éviction de toute référence à l'article 1591 du Code civil, a clairement montré qu'elle abandonnait tant la qualification de vente que celle de promesse de d'achat ou vente[2], cette analyse n'emporte pas la conviction.[3]

D'une part, elle omet que la chose n'est pas déterminée avec précision[4] : les types exacts de bière, d'essence (super ou ordinaire) ou d'huile[5] ne sont pas indiqués et l'échelonnement des livraisons est fixé par le fourni. Pour prendre un exemple récent qui illustre parfaitement cette constatation, il n'est pas sérieux de soutenir qu'un contrat d'approvisionnement exclusif de carburants, conclu il y a plusieurs années, constitue une promesse d'achat, même pour des marchandises n'existant pas lors de la conclusion du contrat, comme de l'essence sans plomb. La diversification permanente des produits industriels ou/et leur évolution technique incessante rendent obsolète la comparaison parfois évoquée avec la promesse de fournir l'avoine nécessaire pour

---

(1) V. par exemple : P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°82-83 ; J. BORE, note précitée JCP 1975, II, 17915, I, C, a. ; G. DURRY, Thèse précitée, n°92 et s. (promesse d'aliénation, combinant une promesse de vente subordonnée à une promesse d'achat, sans que l'ensemble produise une promesse synallagmatique) ; M. GENINET, Thèse précitée, n°430 et n°673-674 (promesse unilatérale ou «promesse synallagmatique d'organiser la perfection de chaque contrat d'application», p.726).

(2) Cf. supra n°179 (note).

(3) V. en ce sens : P.DIDIER, chr. précitée, p.57 ; J. GHESTIN, note D. 1972, p.358 ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.199 ; B. GROSS, note JCP 1981, II, 19585 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°250 texte et, moins clair, note 5 ; R. HOUIN, note précitée.

(4) G. DURRY, Thèse précitée, n°78 ; J.-P. FALLEUR, chr. précitée, p.650 ; R. HOUIN, note précitée, p.137 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°666, n°673 et n°419.
Pour la jurisprudence : rappr. Com. 27 janvier 1971, précité ; Paris 26 janvier 1966, précité.
Contra : J. BORE, note précitée JCP 1975, II, 17915, I, C, a.
Cet argument pose un problème classique en matière d'apparition de contrat innommé (cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°255 et s.) : l'indétermination est-elle le signe qu'il ne s'agit pas d'une promesse unilatérale (en ce sens : Com. 27 janvier 1971, précité (implicitement) ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.198-199) ou un tel raisonnement renverse-t-il à tort l'ordre logique du raisonnement où la qualification précède le régime (en ce sens ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°82, p.118 ; G. DURRY, Thèse précitée, n°88) ?

(5) La liste des produits doit par ailleurs être suffisamment déterminée : Com. 7 novembre 1983, Bull. civ., IV, n°292, p.255 (nullité du contrat qui oblige un commerçant à acheter tous les produits figurant sur une liste modifiable à la seule volonté du fournisseur) ; adde Com. 11 juin 1981, Bull. civ., IV, n°268, p.212.

nourrir un cheval, qui peut effectivement constituer une promesse unilatérale de vente[1].

D'autre part, il résulte de cette indétermination de la chose que le fournisseur ne bénéficie d'aucun droit d'option comparable à celui dont dispose le bénéficiaire d'une promesse de vente[2]. Dans l'hypothèse générale[3], le fourni n'a pas donné son consentement à un ou plusieurs contrats définis avec précision, mais il s'est engagé à conclure un certain flux avec le fournisseur selon un échéancier souple. L'obligation de conclure est donc insusceptible d'exécution forcée et le fournisseur ne peut contraindre l'approvisionné à acheter le quota prévu[4]. Seule une action en résiliation s'avère possible[5].

Enfin, maintenir un lien avec la vente ou sa promesse, en se rabattant sur l'obligation du fournisseur érigée en promesse unilatérale de vente[6] ne s'avère pas plus satisfaisant, même s'il est plus logique, tant qu'à consacrer une option, de l'accorder à l'approvisionné[7]. En effet, l'indétermination de l'objet frappe identiquement la promesse unilatérale de vente. Il est impossible de parler d'une obligation de maintenir une offre de vente[8] alors qu'un élément essentiel de celle-ci fait défaut. Cette analyse débouche de surcroît sur une impasse lorsque le contrat prévoit pour le fournisseur une faculté de substitution ou désignation d'un tiers. Or, la jurisprudence, à juste titre, ne traite pas différemment ces deux hypothèses puisque, si certaines obligations du fournisseur en sont modifiées, l'obligation de contracter du fourni reste identique[9].

184.– Faute de trouver un cadre parfaitement adapté, force est donc de considérer que l'obligation d'approvisionnement est une prestation originale. Il s'agit

---

(1)V.déjà en ce sens : G. DURRY, Thèse précitée, n°78.

(2)V. P. VOIRIN, note DP 1931-1- p.41. Comp. M. GENINET, Thèse précitée, n°430 et n°673, qui distingue les deux hypothèses.

(3)Une commande ferme est toujours concevable. Les auteurs réservent souvent l'hypothèse (J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.198 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°429) et les tribunaux la rencontrent parfois (Paris 25 septembre 1986, BRDA 1986, n°21, p.13).

(4)V. en ce sens : M. GENINET, Thèse précitée, n°430 ; P. DIDIER, chr. précitée, p.57.

(5)Com. 9 novembre 1987, précité.

(6)V. pourtant se référant à l'obligation de vendre du fournisseur : P. VOIRIN, note DP 1931-1-p.41 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°82, p.116 ; J. BORE, note précitée JCP 1975, II, 17915, I, C, a ; J. SCHMIDT, chr. précitée, n°7.

(7)V. en ce sens : J. SCHMIDT, chr. précitée, n°7 ; comp. M. GENINET, Thèse précitée, n°673.

(8)V. dans le sens d'une obligation de maintenir l'offre : Y. LOUSSOUARN, note JCP 1979, II, 19034, II, A.

(9)Rappr. pour d'autres prestations au bénéfice de tiers, infra n°191 (note).

d'une obligation de faire[1], intermédiaire entre l'obligation de négocier de l'accord de principe et le consentement déjà acquis de la promesse unilatérale.

En effet, l'obligation de contracter est plus forte que l'obligation de l'accord de principe puisque la conclusion des contrats d'application est un résultat que le fourni promet d'atteindre. La nature d'obligation de résultat[2] de la prestation de l'approvisionné ne fait aucun doute lorsque le contrat prévoit une clause de quota ou de minima. Il convient, cependant, de ne pas surestimer l'importance de ces clauses. L'obligation de contracter peut exister sans elles et dans ces hypothèses la création d'un flux de contrats d'application demeure un résultat promis par le fourni. La présence ou l'absence d'une clause de quota ou de minima reste sans influence sur la nature de l'obligation, qui reste de résultat ; elle ne constitue qu'un instrument de mesure de l'importance du flux à créer[3]. A défaut d'indication d'un montant précis, c'est l'activité du fonds qui déterminera l'intensité du flux, ce qui donne toute son importance dans cette hypothèse à la présence d'une clause d'exclusivité interdisant au fourni de s'approvisionner auprès d'un tiers.

L'obligation de conclure du fourni se sépare aussi des obligations du promettant dans le cadre d'un promesse unilatérale. Le fourni ne donne pas son consentement à un contrat futur dont tous les éléments essentiels sont déjà connus, mais à la réalisation d'un flux contractuel plus vague. Même si certains aspects des contrats le composant sont déjà connus (genre des produits ; modalités de livraison ; conditions générales de vente), ces précisions ne suffisent pas à créer un droit d'option au profit du fournisseur.

185.– La reconnaissance de l'originalité de la nature de l'obligation de contracter du fourni amène à réexaminer sa position vis à vis des autres prestations contenues dans la convention. La question se pose aussi bien par rapport aux obligations du fourni qu'au regard de celles du fournisseur.

Tout d'abord, l'obligation de contracter se rencontre sans aucun doute dans tous les contrats-cadres qui obligent à créer à un courant d'affaires. Mais une obligation de contracter avec l'indication d'un minimum peut parfaitement exister sans clause d'exclusivité[4]. Le lien entre ces deux prestations positive et négative n'est nullement obligatoire. La Cour de cassation a d'ailleurs rencontré ce genre d'hypothèses dans

---

(1)V. en ce sens en doctrine : R. HOUIN, note précitée, p.137 ; Y. LOUSSOUARN, note JCP 1979, II, 19034 ; F. GORE, chr. précitée, p.84 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES op. cit., n°210.
Pour la jurisprudence : Com. 9 novembre 1987, précité ; Com. 22 janvier 1991, précité.

(2)M. GENINET, Thèse précitée, n°432.

(3)V. P. DIDIER, chr. précitée, p.57 («mesure conventionnelle des diligences du pompiste»).

(4)Rappr. M. GENINET, Thèse précitée, n°415, n°666.

des contrats de distribution où l'exclusivité concernait le fournisseur, mais où le fourni devait respecter un quota[1]. De manière contestable[2], la Cour n'a pas appliqué à ces contrats le régime de détermination du prix des contrats d'approvisionnement exclusif, ce qui revient à régir différemment l'obligation de contracter selon son environnement, alors que l'influence de ce dernier est loin d'être acquise[3].

Ensuite, lorsqu'un minimum est prévu, l'obligation du fourni suffit à garantir un flux contractuel d'une certaine intensité. A défaut de minimum, seule une clause d'exclusivité peut aboutir à ce que l'exploitation du fonds de commerce génère la conclusion d'un nombre suffisant de contrats d'application. Il n'est donc pas possible d'adopter la thèse de M. Durry qui maintient l'unité de tous les contrats d'exclusivité autour de l'obligation de ne pas contracter[4]. La présence d'une clause d'exclusivité n'est pas nécessaire à l'existence d'une obligation de contracter et lorsque le contrat stipule les deux, il est clair que cette obligation de ne pas faire ne peut plus être considérée que comme une prestation accessoire de l'obligation de contracter[5].

186.- La contrepartie qui constitue la cause de l'obligation du fourni est constituée par l'obligation d'assistance pesant sur le fournisseur. Les autres prestations de ce contractant doivent se voir accorder une position d'obligation structurellement secondaire. Ainsi, les dispositions visant à une standardisation des commandes ont un caractère accessoire. Le contrat d'approvisionnement exclusif peut contenir un accord partiel[6] sur les conditions générales de vente, les modalités de livraison, etc. Ces modalités de passation des accords d'application ne constituent qu'une obligation accessoire par destination de celle d'établir un flux contractuel qu'elle est censée faciliter[7].

Une solution identique doit être adoptée au regard de l'obligation du fournisseur de contribuer à la formation des contrats-cadres. La question est ici délicate. Deux analyses sont concevables. Il est possible en premier lieu de considérer que cette obligation de répondre favorablement aux offres du fourni n'est pas une obligation

---

(1) Com. 9 novembre 1987, D. 1989, p.35, note Ph. MALAURIE ; JCP 1989, II, 21186, note G. VIRASSAMY ; Com. 22 janvier 1991, D. 1991, p.175 ; JCP éd. E 1991, II, 137, p.85, concl. JEOL ; JCP éd. E 1991, II, 201, p.229, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 1991, p.322, obs. J. MESTRE.

(2) V. en ce sens : L. LEVENEUR, chr. précitée, p.2.

(3) Cf. infra n°189-190.

(4) G. DURRY, Thèse précitée, n°93-94.

(5) V. en ce sens : J. BORE, note précitée, JCP 1972, II, 17196, I, A, a, 1°.

(6) Qualification proposée par J. SCHMIDT, chr. précitée, n°11. Cet accord ne porte pas sur les éléments essentiels.

(7) Contra : M. GENINET, Thèse précitée, n°666-n°668, qui analyse séparément les contrat d'assistance, des contrats d'exclusivité et des contrats-cadres.

contractuelle mais relève seulement de la législation du refus de vente qui s'impose à tout commerçant tel que le fournisseur[1]. Les assouplissements légaux sont en l'occurrence inapplicables puisque l'offre du fourni ne peut être anormale ou faite de mauvaise foi : elle obéit aux normes du fournisseur, respecte ses conditions générales et, de plus, à hauteur des quotas, ses quantités ne sauraient être considérées comme excessives. Dans une seconde analyse, il est possible d'imposer au fournisseur une obligation de conclure un peu similaire à celle de l'approvisionné, ce qu'un auteur appelle une obligation de participer à la perfection du contrat définitif[2]. Il n'en reste pas moins que les deux obligations de conclure ne sont pas identiques. Celle du fournisseur ne joue que lorsque le fourni a passé commande et elle ne vise que les prix. Elles ne sont pas non plus sur le même plan[3] : l'obligation du fourni a pour cause les avantages concédés par le fournisseur et non son obligation de participer à la perfection des contrats d'application, alors que l'obligation du fournisseur possède une cause conforme à celle de toute obligation accessoire par destination, puisqu'elle tend à faciliter la création du flux contractuel que le fourni s'engage principalement à créer. La situation n'est donc comparable ni à une promesse synallagmatique de contrat précis (puisque tous les éléments essentiels des contrats d'application ne sont pas connus), ni à une promesse synallagmatique de participer à la perfection des contrats d'application[4] (puisque les deux obligations de contracter ne sont pas symétriques).

187.– Cette obligation d'une nature originale est la source d'une qualification innommée dont il convient de préciser le régime. La question de l'indétermination du prix est la plus épineuse et elle a suscité une doctrine et une jurisprudence considérables.

Si le contrat d'approvisionnement est une promesse de vente, il est soumis à l'article 1591 du Code civil et le recours à l'article 1129 est en définitive inutile[5]. S'il s'agit en revanche d'un contrat sui generis, il n'est pas concerné par le texte spécial du Code concernant la vente mais l'article 1129 demeure applicable. Comme l'indiquent à juste titre certains auteurs, il faut alors regarder si le prix des ventes futures est l'objet du contrat-cadre[6]. Selon M. Seube, dont la formule techniquement parfaite doit être

---

(1)Cf. art. 8 et 36 de l'Ordonnance du 1 décembre 1986.

(2)V. M. GENINET, Thèse précitée, n°426, n°430-431 et n°673.

(3)Comp. en sens inverse, semble-t-il : M. GENINET, Thèse précitée, n°432.

(4)V. M. GENINET, Thèse précitée, n°431.

(5)V. en ce sens : A. DE MARTEL, chr. précitée, n°7.

(6)A. DE MARTEL, chr. précitée, n°7 ; R. HOUIN, note précitée, p.137 ; Ph. LE TOURNEAU, note Rev. jur. com. 1979, p.379 ; B. MERCADAL, chr. précitée, p.445 ; J. SCHMIDT, chr. précitée, n°4 ; D. FERRIER, chr. précitée, p.12.

approuvée, «l'objet du contrat-cadre, autrement dit, l'objet de l'obligation principale du contrat-cadre est de conclure des accord ultérieurs ; ce sont donc des contrats d'application qui constituent la chose objet des prestations et non le prix»[1]. L'obligation de conclure a pour objet de la prestation les contrats d'application, en l'occurrence des contrats de vente. Il est donc exact de considérer que le paiement du prix n'est pas l'objet de l'obligation du fourni[2], ce qui conduit certains auteurs à écarter toute idée de contrôle des modalités de fixation des prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif[3].

A cette alternative réductrice, il est possible de préférer une troisième combinaison qui est d'ailleurs la seule à rendre compte de la jurisprudence traditionnelle[4] : le contrat n'est pas une promesse unilatérale d'achat mais les modalités de fixation des prix des contrats futurs doivent respecter certaines règles[5]. Cette solution ne résulte pas d'une transposition abusive de l'article 1591 du Code civil à une qualification voisine, procédé d'analogie qui, soit dit en passant, a toujours été admis pour les contrats innommés[6], mais au contraire de la recherche d'un régime adapté à cette obligation. Pour ce faire, deux obstacles doivent être successivement surmontés, concernant d'une part le sens exact du recours à l'article 1129 du Code civil, d'autre part la justification de l'encadrement des modalités de fixation des prix des contrats d'application dès le contrat-cadre.

---

(1)A. SEUBE, Thèse précitée, p.296.
Rappr. : - Rouen 11 janvier 1972, précité (contrat ayant «pour *but* de créer un courant de ventes et d'achats»).
- la formule souvent employée par la Cour de cassation : «Vu l'article 1129 du Code civil ; Attendu qu'en vertu de ce texte, il faut, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée» (Com. 17 novembre 1980, Bull. civ., IV, n°378 ; Com. 27 avril 1981, Bull. civ., IV, n°189 et n°188, p.150 ; Com. 25 janvier 1982, Bull. civ., IV, n°26, p.19 ; Com. 13 décembre 1982, Bull. civ., IV, n°414, p.346 ; Com. 11 janvier 1984, Bull. civ., IV, n°17, p.14 ; Com. 9 mai 1985, Bull. civ., IV, n°146, p.125).

(2)V. notamment : Y. LOUSSOUARN, note JCP 1979, II, 19034, II, B ; B. GROSS, note JCP 1981, II, 19585.
Contra : B. MERCADAL, chr. précitée, p.446.

(3)V. par exemple : P. DIDIER, chr. précitée, p.57 ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, chr. précitée, p.199 ; R. HOUIN, note précitée, p.137 ; Ph. LE TOURNEAU, note Rev. jur. com. 1979, p.380 ; F. GORE, chr. précitée, p.85 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°422.

(4)Cf. supra n°179 (note) toutes les décisions citées utilisant le fondement de l'article 1129 du Code civil en maintenant un régime dur (et toutes celles qui les ont suivies...). V. aussi : Rouen 11 janvier 1972, précité (éviction de la qualification de vente mais application de l'article 1591 du Code civil).

(5)V. en ce sens : B. GROSS, note JCP 1981, II, 19585 ; Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°27 et n°32 ; P. DE FONTBRESSIN, «De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats», RTD civ. 1986, p.655. et s., spéc. p.677.

(6)Rappr. Rouen 11 janvier 1972, précité (éviction de la qualification de vente mais application de l'article 1591 du Code civil en raison du but poursuivi).

188.– La signification profonde du recours à l'article 1129 du Code civil doit être explicitée. Derrière cette disposition générale, la Cour de cassation s'est arrogée le pouvoir de soumettre tous les contrats à un régime adapté de détermination du prix. Il est par conséquent étonnant de constater que la Cour, dans certaines décisions récentes, estime que les contrats qui ne portent que sur des obligations de faire ne sont pas soumis à l'article 1129 du Code civil[1]. L'instauration d'un régime sévère pour les contrats d'approvisionnement exclusif sur le fondement de l'article 1129 résulte d'une interprétation originale de ce texte dont le contenu (objet pas seulement monétaire) et la place (dispositions générales relatives à l'objet) ne sauraient avoir pour conséquence d'écarter du champ d'application de cette disposition certains contrats[2]. L'article 1129 dans son interprétation nouvelle ne peut avoir qu'un contenu variable[3] en fonction de la nature du contrat et même, au sein d'une convention, selon l'obligation en cause[4]. Ce faisant, la Cour est sans doute allée bien au delà du contenu initial de cette disposition, mais cette avancée est justifiée par la multiplication des types de contrats, nommés ou innommés, et par la diversité des situations économiques qu'ils recouvrent.

189.– Dès lors que ce premier obstacle est surmonté, et qu'il est admis que l'article 1129 du Code civil autorise la jurisprudence à dégager un régime adapté à chaque qualification, il convient de déterminer la solution convenant le mieux à la nature propre des contrats d'approvisionnement exclusif. L'obligation de contracter pesant sur le fourni est intermédiaire entre l'obligation de négocier qui, vu son objet, peut se dispenser de toute référence quelconque à un prix et le consentement déjà donné au futur contrat, tel qu'il se rencontre dans les promesses unilatérales ou synallagmatiques, qui ne peut exister que si les exigences de l'article 1591 du Code civil sont respectées. Est-ce à dire que le régime de détermination du prix des contrats d'application ne doit en aucun cas être précisé dès le contrat cadre ? Plusieurs raisons incitent à penser le contraire.

---

(1) V. notamment : Com. 9 novembre 1987, précité ; Com. 22 janvier 1991, précité ; Com. 29 janvier 1991, JCP éd. E 1991, 200, p.227, note L. LEVENEUR ; Com. 2 juillet 1991, D. 1991, p.501, note P. MALAURIE.

(2) V. en ce sens : G. VIRASSAMY, note JCP 1989, II, 21186.
Contra : Ph. MALAURIE, note D. 1989, p.35. L'argument est que l'activité humaine, contrairement à la valeur des choses, n'a pas un prix qui peut être connu à l'avance. Sa portée est cependant loin d'être absolue, car l'obligation de faire n'est pas systématiquement attachée à une telle activité (v. l'exemple du bail : L. LEVENEUR, note JCP 1991, II, 21751).

(3) V. en ce sens : F. GORE, chr. précitée, p.84 ; A. DE MARTEL, chr. précitée, n°19.

(4) Par exemple, l'obligation caractéristique du contrat d'entreprise ne sera pas traitée de la même manière que sa rémunération.

Tout d'abord, comme le soulignent plusieurs auteurs[1], il est irréaliste d'ignorer le lien qui unit les contrats d'application au contrat-cadre. L'existence de ce lien est d'ailleurs confirmée par la technique juridique. En effet, si le prix n'est pas l'objet de l'obligation de l'approvisionné, il est faux d'en déduire que le prix ne fait nullement partie de l'objet du contrat d'approvisionnement. Simplement, l'insertion du prix dans cet objet se fait à un degré plus éloigné, par le moyen indirect de l'objet de la prestation, puisque le prix est un élément des contrats de vente d'application. Ensuite, et surtout, il est contestable de rechercher le fondement de la sévérité à l'égard du fournisseur exclusif dans la seule nature de l'obligation de donner ou dans la recherche de l'objet de l'obligation du fourni[2]. Le raisonnement est marqué du même sceau que l'alternative réductrice évoquée précédemment où la référence à la vente reste le passage obligé et elle méconnaît l'esprit de l'article 1129 du Code civil dans sa nouvelle interprétation, qui invite à rechercher une solution adaptée aux données économiques de chaque type contractuel. Or, la nécessité de prendre immédiatement en compte la fixation des prix dans le contrat-cadre, loin d'être une pure application de l'article 1591 du Code civil, provient de la combinaison de deux aspects des contrats exclusifs : l'obligation de conclure[3] et la durée importante de ces accords. Leur effet combiné induit un lien de dépendance[4] et risque de soumettre une partie à l'arbitraire de l'autre[5] : tenu d'aboutir à une conclusion minimale d'un certain nombre de conventions, l'approvisionné ne négocie plus en position égale avec son fournisseur. La nature des contrats d'application devient dès lors un élément de décision qu'il convient de reléguer au second plan. C'est d'ailleurs ainsi que la Cour de cassation a raisonné à plusieurs reprises en appliquant l'article 1129 du Code civil à des conventions d'exclusivité dont les contrats d'application n'avaient pas pour objet des obligations de donner, mais des locations ou des prestations de services[6]. Ces

---

(1)V. J. GHESTIN, note D. 1972, p.358 ; B. MERCADAL, art. précité, p.445 ; B. GROSS, note JCP 1981, II, 19585 ; J.-J. BARBIERI, chr. précitée, p.334 et s. ; P. DE FONTBRESSIN, chr. précitée, p.678 (groupe de contrats) ; G. PASTRE, Thèse précitée, p.191 note 1 ; Ph. LE TOURNEAU, ouvrage précité, n°201.

(2)V. pourtant : Com. 9 novembre 1987, et 22 janvier 1991, précités.

(3)Si le contrat ne comporte pas une obligation de conclure, explicite ou implicite, les prix peuvent être «librement débattus et acceptés par les parties» (Com. 9 juillet 1963, précité).

(4)G. VIRASSAMY, note précitée, n°7-9 ; «Les contrats de dépendance», Thèse LGDJ 1986 ; A. LASSOUED, Thèse précitée, n°139 ;

(5)V. par exemple : J. BORE, note précitée JCP 1975, II, 17915, I, C, a. ; F. GORE, art. précité, p.85 ; B. GROSS, note JCP 1981, II, 19585 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°387.
Le rapprochement avec l'article 1174 du Code civil est donc tentant (rappr. : J. GHESTIN, «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative», D. 1973, p.294), mais il ne fait pas l'unanimité (J.-J. BARBIERI, chr. précitée, p.337 et s., qui estime que la condition est potestative en faveur du créancier).

décisions illustrent de manière saisissante la relative autonomie du régime du contrat-cadre vis-à-vis des contrats d'application puisque dans ces espèces, le contrat-cadre possède un régime plus sévère que celui engendré par la qualification des contrats d'application.

La jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation s'éloigne de ces conclusions. D'une part, la Cour semble écarter l'application de l'article 1129 lorsque les contrats d'application ne sont pas des ventes[1], alors que la concurrence est moins vive et que les tendances inflationnistes ont toujours été plus marquées dans le secteur des services. D'autre part, elle consacre également l'éviction de ce texte dans les contrats où l'exclusivité pèse sur le fournisseur, quand bien même l'approvisionné serait tenu d'une obligation de contracter assortie d'une clause de minima[2]. A priori, le risque de déséquilibre semble pourtant identique à celui pouvant affecter les contrats d'approvisionnement exclusif. Certes, le distributeur n'a plus le choix de son partenaire s'il veut vendre dans la zone couverte par l'exclusivité. Par ailleurs, la durée de ces conventions semble plus courte et la commercialisation des produits paraît souvent ne constituer qu'une partie de l'activité du fourni. Ces constatations donnent un relief particulier à une incidente de la Cour de cassation qui, dans deux espèces récentes, remarque que la convention ne s'opposait pas à ce que les prix de vente soient librement négociés[3]. Cette précision, ainsi que certains travaux doctrinaux[4], laissent entrevoir la possibilité d'un changement radical de perspective.

190.– En effet, l'article 1129 du Code civil concerne la formation du contrat. Par la précision que la convention ne doit pas s'opposer à une libre négociation des prix, la Cour de cassation persiste dans son attitude de vouloir apprécier dès le contrat-cadre l'équilibre devant présider aux relations des parties pendant plusieurs années. Cette position n'est-elle pas irréaliste ? Plutôt que de regarder, a priori, si le contrat-cadre

---

(6)V. par exemple : Com. 1 décembre 1981, Bull. civ., IV, n°423, p.337 (entretien de matériel téléphonique ; indétermination des fournitures et des plus-values d'entretien) ; Com. 9 juin 1987, D. 1990, somm., p.323, obs. J. HUET ; Com. 5 juillet 1988, D. 1990, somm., p.323, obs. J. HUET ; Com. 2 juillet 1991, JCP éd. E 1991, 10064, p.362. Adde Amiens 21 décembre 1976, Gaz. Pal. 1977-1-p.219 (transport).

(1)V. Com. 29 janvier 1991, JCP éd. E 1991, 200, p.227, note L. LEVENEUR.

(2)V. Com. 9 novembre 1987, et 22 janvier 1991, précités.

(3)V. Com. 22 janvier 1991, précité ; Com. 16 juillet 1991, JCP éd. E 1991, 235, p.327, note L. LEVENEUR.

(4)V. en effet : J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°388, p.444 in fine (où la question est soulevée) ; n°389, p.446 et n°390, p.448 (le rapprochement de ces deux passages laisse à penser qu'il n'est pas simple d'apprécier de façon «concrète» la potentialité d'arbitraire (p.446) sans tenir compte de l'exécution effective du contrat (p.448)).

ne va pas à l'encontre des intérêts du détaillant, ne serait-il pas plus logique de vérifier qu'au fil du temps, il n'a pas effectivement produit cet effet ?

Moins manichéenne, une telle attitude serait peut-être aussi plus efficace. La sévérité de la Cour de cassation est en effet plus artificielle qu'il n'y paraît. En apparence, la Cour de cassation ne reconnaît valables que fort peu de clauses[1]. La jurisprudence de 1971-1978 a réalisé simultanément un changement d'analyse des contrats d'approvisionnement exclusif et une modification de la liste des clauses licites[2]. Depuis lors, la Cour de cassation a validé certaines stipulations, notamment les clauses autorisant le fourni à contester le prix d'une livraison en saisissant un tiers déterminé qui désignera un expert dont les conclusions s'imposeront aux parties[3]. Les fournisseurs ont saisi cette opportunité et les brasseurs, notamment, ont adossé à une clause à dire d'expert à leur clause tarif fournisseur ou cours du marché. Leurs conventions sont désormais licites au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation mais cette conformité n'est que pure apparence car la possibilité de recours n'est jamais utilisée[4].

Une analyse plus exacte de l'objet des contrats d'approvisionnement exclusif invite à reconsidérer cette question en insérant les modalités de fixation des prix du contrat-cadre non plus dans ses conditions de formation (ou en tout cas plus seulement[5]) mais dans les conditions de son exécution[6]. La modification peut emprunter la voie du droit de la concurrence[7] ou celle plus civiliste de l'exécution de bonne foi (art. 1134 du Code civil). Obligé de conclure, le fourni offre d'acheter certains produits pour des quantités, des variétés qui lui conviennent à des dates correspondant au fonctionnement de son fonds. En réponse, le fournisseur doit participer à la perfection du contrat d'application en fixant ses prix au fur et à mesure du déroulement du contrat-cadre. S'il profite de sa position de force pour augmenter excessivement ses

---

(1)Pour un assouplissement : Com. 20 janvier 1987, BRDA 1987, n°4, p.22.

(2)V. notamment admettant la licéité des clauses tarifs fournisseur : Req. 5 février 1934, Gaz. Pal. 1934-2- p.331. Rappr. R. HOUIN, note précitée, D. 1979, p.137-138.

(3)V. par exemple : Com. 25 mai 1981, Bull. civ., IV, n°246, p.193.

(4)Aucune décision n'a jamais été publiée sur ce sujet et un important fournisseur de bière, gérant vingt-cinq-mille contrats, n'a jamais connu ce genre de recours.

(5)En imposant la présence de certaines règles de fixation des prix dans le contrat-cadre, la Cour de cassation a permis l'invalidation des accords ne prévoyant aucune clause de détermination du prix, solution qui n'est pas forcément mauvaise. Mais, une clause tarif-fournisseur pour l'ensemble des clients devrait être licite.

(6)V. par exemple : J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°388 in fine et n°389, p.446 (importance accordée aux circonstance concrètes).
Rappr. déjà : Y. LOUSSOUARN, note JCP 1979, II, 19034, II, A ; F. GORE, chr. précitée, p.85.

(7)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES op. cit., n°210 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°148.

prix, il n'exécute pas de bonne foi son obligation[1]. Une telle analyse présente plusieurs avantages. D'une part, la tâche de l'expert qui sera de toute façon nommé est facilitée par rapport à la contestation d'une seule livraison : il s'agira ici de comparer l'évolution des prix du fournisseur sur plusieurs années avec ceux du marché. La sanction de la constatation de la violation de ses obligations par le fournisseur, une résiliation du contrat-cadre, est également favorable car elle évite les difficultés de l'annulation rétroactive. Enfin, en combinant ces deux aspects, comme la contestation ne porte pas sur une seule livraison et que sa sanction n'est pas la révision du prix d'une seule livraison, les actions des approvisionnés devraient être plus fréquentes. L'autonomie du contrat-cadre par rapport aux contrats d'application et la nature originale de l'obligation de contracter du fourni sortiraient en tout cas renforcées de cette nouvelle évolution.

Qu'elles concernent des contrats nommés ou innommés, ces diverses influences de la nature d'une obligation sur sa qualification concernent des situations spécifiques nettement délimitées. Il convient à présent de rechercher s'il existe certaines dénaturations dont le champ d'application serait plus vaste.

---

(1) Rappr. déjà : M. GENINET, Thèse précitée, n°671 ; la solution proposée pour le pacte de préférence, supra n°145.

SECTION 2

EXAMEN DE QUELQUES MODIFICATIONS GENERIQUES DE LA NATURE D'UNE OBLIGATION

191.- Les comparaisons ponctuelles d'obligations, d'après leur nature, ne fournissent pas toujours d'enseignements généraux sur la technique des qualifications : le plus souvent, tout est affaire d'espèces. Il est facile de constater, par exemple, qu'une prestation de transport diffère d'un transfert de propriété, et que le droit positif s'appuie sur cette différence pour créer deux qualifications nommées, dont la consécration est économiquement opportune. Au delà, il paraît difficile d'en tirer un quelconque principe d'application plus générale.

Au contraire, lorsqu'un trait commun à plusieurs obligations peut être découvert, ou lorsqu'une modification de nature semblable peut être appliquée à plusieurs obligations, la recherche de règles d'une portée générale est envisageable. Sans nullement prétendre être exhaustif[1], l'expérience peut être tentée dans plusieurs cas.

---

[1] V. par exemple : - *la maximalisation.* A la «miniaturisation», décrite dans le paragraphe I, peut répondre la «maximalisation» (macro-obligation) (rappr. G. CORNU, «L'évolution du droit des contrats en France», Rev. int. dr. comp. 1979, p.447 et s., spéc. n°5 in fine). Les effets de cette dernière semblent cependant moins nets. La vente et le transport gardent leur qualification, même si la chose vendue a une très grande valeur ou si le déplacement est très long. Il en est de même pour le contrat d'entreprise, qui peut concerner indifféremment une cabane ou une tour de cinquante étages. Une nuance s'impose néanmoins, car l'augmentation de la taille de l'édifice s'accompagne parfois d'une multiplication de prestations qui peut générer l'apparition d'un contrat mixte. C'est pour le bail, surtout, que la maximalisation est intéressante : la très longue durée d'une location est un des indices principaux du bail emphytéotique (cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°145).

- *l'influence de la stipulation pour autrui.* Un contrat nommé traditionnel peut inclure une stipulation pour autrui. Celle-ci peut concerner une obligation accessoire ou une obligation de payer un prix (somme d'argent à verser à un tiers). Elle peut aussi porter sur une prestation caractéristique (vente d'un véhicule dont un tiers bénéficiaire va devenir propriétaire ; parents qui déclenchent des secours pour sauver un proche (P. SARRAZ-BOURNET, «Les aspects juridiques du sauvetage en montagne», JCP 1969, I, 2238, n°22) ; hôpital stipulant pour le malade auprès d'un centre de transfusion sanguine (cf. infra n°880 dernière note)).

La nature d'une obligation est parfois modifiée lorsqu'elle est «miniaturisée» (I), lorsqu'elle se transforme d'une obligation de résultat en obligation de moyens, et inversement (II) ou lorsque son environnement causal est altéré (III).

I - INFLUENCE DE LA «MINIATURISATION» D'UNE PRESTATION SUR LA NATURE D'UNE OBLIGATION

192.– L'autonomie de la volonté autorise les contractants à conclure des conventions dans certaines situations marginales, qui se situent à la frontière des qualifications nommées correspondantes. Tel est le cas lorsque ceux-ci réduisent considérablement l'importance quantitative de l'exécution d'une obligation. La prestation caractéristique d'un contrat nommé n'est plus stipulée qu'à dose infinitésimale. L'obligation est «miniaturisée», ramenée à une échelle réduite. Pour

---

D'une manière générale, il semble possible de poser en principe que l'insertion d'une stipulation pour autrui demeure sans influence sur la qualification du contrat conclu entre le promettant et le stipulant (v. d'ailleurs les hypothèses évoquées plus haut qui restent, selon les cas, une vente, un contrat d'assistance ou un contrat translatif sur une partie du corps proche d'une vente ; adde les contrats d'assurance de chose qui conservent leur nature même si elles sont souscrites «pour le compte de qui il appartiendra»). Plusieurs arguments soutiennent cette solution. En premier lieu, tant que la stipulation n'a pas été acceptée, elle est révocable : dans cette hypothèse, le contrat ne disparaît pas et c'est le stipulant qui devient le bénéficiaire de la prestation de son cocontractant. Ensuite, la stipulation pour autrui se caractérise principalement par un développement de l'effet obligatoire du contrat au delà du cercle des contractants mais, d'une part, le stipulant n'est pas complètement étranger au rapport de droit créé avec le bénéficiaire puisqu'il peut en exiger l'exécution, d'autre part, la nature et le régime du droit dont bénéficie le tiers dépendent de la qualification du contrat principal. Enfin, le contrat créateur du droit du bénéficiaire conserve ses caractères (pour le caractère synallagmatique onéreux, cf. infra n°530 (note)). Bien sûr, comme toujours, il n'y a pas de principe sans exception et il est possible d'attacher une qualification originale à une situation donnée qu'à la condition expresse qu'elle contienne une stipulation. L'assurance-vie semble correspondre à une telle hypothèse.
En revanche, les relations du stipulant et du bénéficiaires sont plus complexes et il est possible, notamment, que l'opération réalise une donation indirecte, comme dans le cas de l'achat pour autrui. Ensuite, elle peut altérer leurs relations. Tout dépend de la stipulation. Pour la fourniture de matériaux à un entrepreneur, le recours à la stipulation ne remettrait pas en cause le fait que les matériaux étaient acquis par l'entrepreneur puis cédés au maître de l'ouvrage. Pour le sang, on a en revanche l'impression que celui-ci serait directement cédé par le centre de transfusion au receveur sans passer par l'hôpital, ce qui élimine toute action sur le fondement de la vente contre l'hôpital.
Dans certaines hypothèses, il semble concevable que l'obligation tout en étant «dirigée» vers un tiers, ne crée pas de droit personnel direct au profit de celui-ci, seul le créancier cocontractant pouvant exiger le respect de cette obligation. Tel est le cas dans les contrats d'approvisionnement exclusif où l'obligation de conclure du fourni peut s'exécuter avec le fournisseur ou avec un dépositaire indiqué par lui : seul le fournisseur peut invoquer la violation de cette clause et le dépositaire n'est pas bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Il est symptomatique de constater qu'à juste titre, la jurisprudence traite identiquement ces deux variétés d'une même obligation (cf. supra n°n°179 (note) et n°183). L'analyse semble transposable à certaines promesses de caution (cf. supra n°167). Adde peut-être : Amiens 11 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953-1- p.243 (promesse de porte-fort du départ de l'occupant et engagement de l'accueillir s'il ne trouve pas de logement ; la stipulation pour autrui n'est pas certaine).

employer une terminologie économique, il ne s'agit plus que d'une «micro-obligation».

«En stricte logique, l'importance de l'acte ne devrait avoir aucun retentissement sur sa qualification»[1]. Mais cette position de principe est en réalité trop rigide[2]. En consacrant un contrat nommé, le législateur vise à réglementer une opération économique donnée, en lui conférant un régime adapté, susceptible de résoudre les difficultés pratiques et les conflits d'intérêts que peut poser son exécution. La miniaturisation d'une prestation peut, d'une part, ne pas correspondre aux hypothèses de fait connues et statistiquement majoritaires que le législateur entend régir et, d'autre part, rendre inopportun le régime prévu par celui-ci, les deux choses étant bien entendu intimement liées.

Selon la proposition fameuse du Doyen Carbonnier, certains contrats sont «trop modestes pour pénétrer le droit» et il est plus réaliste «de dépouiller a priori le geste de toute juridicité»[3]. Une telle solution conduit à passer d'un extrême dans l'autre. Le droit positif est dans une position intermédiaire. Sans nier l'existence juridique de ces contrats, il admet cependant que la miniaturisation peut parfois dénaturer une obligation et, par contrecoup, disqualifier une convention, si la prestation réduite en constitue l'obligation caractéristique. Le phénomène n'est pas systématique[4], et les magistrats conservent en l'espèce un pouvoir déterminant, mais il affecte plusieurs prestations : transfert de propriété, déplacement, transfert de jouissance.

193.- Le transfert de propriété à titre onéreux d'un bien de très faible valeur demeure une vente, même si le contenu de l'accord est des plus réduits : délivrance immédiate, éviction impossible en fait, garantie des vices souvent illusoire. En revanche, pour les transferts à titre gratuit, il est couramment admis que les dons minimes, comme des pourboires[5], ne constituent pas des donations[6]. L'intérêt

---

(1)FLOUR et SOULEAU, «Les libéralités», 1982, n°33. Ces auteurs nuancent d'ailleurs immédiatement ce «raisonnement géométrique». V. aussi I. NAJJAR, Rép. précité, n°52.

(2)V. plus nuancé et posant bien le problème : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°145. Selon cet auteur (qui raisonne sur les contrat à exécution successive), l'allongement de la durée ou son amenuisement n'affectent la qualification que s'il en résulte une «perturbation de la nature des obligations».

(3)J. CARBONNIER, Journées R. SAVATIER, «Introduction», p.38, reprenant l'idée déjà soutenue dans «Flexible droit», 6e édit., p.290. Pour cet auteur, il ne s'agit pas de «micro-juridique», mais au contraire de macro-juridique : le droit ne peut saisir ces opérations qu'«en masse». Rappr. p.64 : «Vers le degré zéro du droit - De minimis...». Comp. du même auteur, peut-être plus nuancé : «De peu, de tout et de rien», Mélanges R. RODIERE, p.47 et s., spéc. p.49.
Adde supra n°94.

(4)Rappr. J. CARBONNIER, art. précité, Mélanges R. RODIERE, p.47 (les effets que le droit fait produire à la notion du peu «sont loin d'être uniformes»).

(5)Sur les pourboires : FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°33 texte et note 34 pour les références citées ; R. SAVATIER, Rép. civ., v° Donation, n°28 ; A. ROUAST, «La prestation gratuite de

principal de cette disqualification ne concerne pas tant le formalisme, que le régime spécifique du don manuel permet déjà d'évincer, que l'exclusion des règles du rapport et, pour le pourboire, l'application des règles du droit du travail et des lois sociales[1]. Une tendance semblable se retrouve pour les présents d'usage[2]. Pour entrer dans cette catégorie désormais bien établie en jurisprudence, un transfert gratuit doit remplir deux conditions : il doit intervenir lors de circonstances où il est d'usage d'offrir un cadeau (naissance, anniversaire, mariage) et il doit porter sur un bien d'une valeur modique. Certes, la modicité n'est pas ici le critère unique et la notion est appréciée de façon relative, puisqu'elle dépend des facultés et du niveau social des parties, mais elle n'en constitue pas moins un élément d'appréciation indispensable. Or, les conséquences de la qualification de présent d'usage sont importantes. Ces contrats gratuits[3] échappent en effet à la totalité du régime des donations[4], tant pour les règles de forme que pour les règles de fond : absence de rapport[5] ou de réduction[6], absence de révocabilité pour ingratitude ou survenance d'enfants[7], exclusion de la règle de la révocabilité des donations entre époux. Même dans ce cas, la dénaturation demeure plus une tendance, qu'une règle absolue, comme l'illustrent les hypothèses de dons, même peu importants, effectués à des associations caritatives et qui ouvrent droit à déduction fiscale.

---

travail», Etudes CAPITANT, n°10, p.700 et les références note 1 ; M. BELLAMY, «Le contrat d'hôtellerie», Thèse Lyon 1960, p.157-158 ; I. NAJJAR, Rép. civ., v° Donation, n°94.
Comme pour les présents d'usage (cf. infra), l'éviction (ou le cantonnement) de la qualification de donation est parfois fondée sur d'autres arguments comme le caractère onéreux de l'acte, lorsque le pourboire est «obligatoire» (cf. par exemple : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Successions Libéralités», n°358 ; R. SAVATIER, op. cit., loc. cit.).

(6)Cf. en ce sens : FLOUR et SOULEAU, op. cit., loc. cit.

(1)Cf. en ce sens : FLOUR et SOULEAU, op. cit., loc. cit.

(2)Sur les présents d'usage : FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°34 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°361 ; R. SAVATIER, op. cit., n°51 et s. ; MARTY et RAYNAUD, «Les successions Les libéralités», n°326-327 ; F. TERRE et Y. LEQUETTE, «Les successions Les libéralités», n°255 ; I. NAJJAR, Rép. précité, n°76 et s. et n°93. Dans le sens d'une prise en compte de la modicité de l'appauvrissement : J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.207.

(3)La question est en réalité discutée et les auteurs ont recours à des explication et des solutions diverses (sur cette discussion : MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°327). V. dans le sens de libéralités échappant au régime des donations : F. TERRE et Y. LEQUETTE, op. cit., n°255 ; MAZEAUD et CHABAS, T.4 Vol. 2, n°1546 ; R. SAVATIER, op. cit., n°51 (libéralité «échappant au droit commun des donations»). Contra, pour un contrat onéreux : A. BRETON, D. 1984, p.82, note sous Civ. 1e 23 mars 1982. Pour une obligation naturelle : J. CARBONNIER, «Le statut des bijoux dans le droit matrimonial», Defrénois 1950, 26885 et 26890, p.309.

(4)MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°327 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°55-56 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°361.

(5)Article 852 du Code civil. Adde F. TERRE et Y. LEQUETTE, op. cit., n°246 et n°892.

(6)F. TERRE et Y. LEQUETTE, op. cit., n°246 et n°999.

(7)MAZEAUD et CHABAS, T.4 Vol. 2, n°1546.

194.– De la même manière, la réduction d'une obligation de déplacement à un trajet extrêmement court remet en cause la qualification de transport[1]. Cette dénaturation est illustrée par une hypothèse incontestable : les contrats de manutention. Stricto sensu, charger ou décharger un colis revient à le déplacer du moyen de transport jusqu'au sol ou un à un bâtiment proche, et inversement. Or, personne ne conteste que ces conventions constituent des contrats d'entreprise[2]. Il est facile de rapprocher de cette solution une décision ancienne de la Cour de Paris, refusant de qualifier de contrat de transport le déménagement d'une œuvre d'art du rez-de-chaussée d'un immeuble à son premier étage[3]. Pareille disqualification demeure cependant fort rare[(4)]. La Cour de cassation n'a pas hésité à la refuser, en présence d'un «déplacement limité»[5] et un arrêt a considéré comme un véritable contrat de transport la convention conclue dans une gare avec un porteur de bagages[6]. Il semble

---

(1)Contra : R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.134 : «en réalité, toutes les fois que, pour effectuer un déplacement, si minime soit-il, une personne utilise, moyennant rémunération, un engin destiné à cet effet, en se confiant à l'exploitant, il y a bien contrat de transport». L'auteur prend pour exemple un transport en bus limité à un seul arrêt, sur une distance de 200 mètres, qui constitue cependant un transport, et il étend la solution aux ascenseurs (p.133 et s.).

(2)V. pour des contrats incluant pourtant un déplacement : Paris 4 janvier 1977, Bull. transp. 1977, p.50 (déchargement et mise en place) ; Paris 1 décembre 1980, Bull. transp. 1981, p.156 (déchargement et emménagement) ; Paris 15 novembre 1988, Bull. transp. 1989, p.194 (pour faciliter le déchargement déjà commencé, le préposé du loueur du véhicule opère un déplacement de quelques mètres. L'objet qui n'est plus arrimé tombe sur le sol. La Cour intègre ce petit déplacement dans l'opération de déchargement ; elle en déduit qu'il a été effectué en qualité de préposé du locataire et ne se rattache pas aux opérations de conduite pour lesquelles les fautes du chauffeur engagent normalement la responsabilité du loueur. V. les observations critiques du commentateur qui nie l'importance de la longueur du déplacement).

(3)Paris 19 mars 1934, S. 1934-2- p.213.

(4)V. également : - *le déséchouement des épaves.* La convention se rapproche d'un déplacement très court lorsque l'épave peut naviguer (sinon les réparations à effectuer donnent au contrat une coloration d'entreprise encore plus marquée). Le contrat peut alors être rapproché d'un contrat de remorquage ou, s'il existe un danger, d'un contrat d'assistance maritime. Ces assimilations ne sont pas admises par la doctrine et la jurisprudence. Le déséchouement n'est pas, semble-t-il, une convention d'assistance (la doctrine est divisée : R. RODIERE, «Traité général de droit maritime - Evénements de mer», n°149 et s., spéc. n°151, p.171, contrat de sauvetage ; contra : N. REUTER, «La notion d'assistance en mer», Litec 1975, n°160 et s., qui retient la qualification d'assistance si le bâtiment est en état de naviguer, s'il est échoué sur un rivage maritime (n°116) et s'il est en situation de danger), ni un contrat de remorquage (Tb. com. Paris 2 avril 1980, Juris-Data n°163 ; Paris 7e ch 16 décembre 1980, Juris-Data n°814, rendu semble-t-il dans la même affaire), mais une variété d'entreprise (rappr. pour un renflouement : Rouen 2 avril 1980, Gaz. Pal. 1981-1- somm. p.28).
- *les déplacements très courts que pourrait imposer une opération d'assistance* (M.-F. SOINNE-BARRAT, «L'assistance bénévole portée à autrui», Thèse Lille 1970, p.630-631). L'auteur écarte, à juste titre, la qualification de transport. Il semble difficile de qualifier de transport de personne le déplacement d'un blessé de quelques mètres pour le sortir d'une zone dangereuse.

(5)Com. 10 juin 1969, Bull. civ., IV, n°220, p.210 ; RTD com. 1969, p.1079, obs. J. HEMARD.

(6)Paris 24 juillet 1951, RTD com. 1952, p.148, obs. J. HEMARD. L'arrêt vise le cas du porteur qui suit un trajet différent du voyageur. S'il l'accompagne, l'absence d'une véritable remise de la chose,

par conséquent difficile d'approuver la qualification de «contrat d'entreprise tacite» retenue par une décision, dans l'hypothèse où des agents de la S.N.C.F., livrant un wagon jusqu'à un embranchement de particulier, ont dépassé le point de livraison convenu et amené celui-ci plus avant à l'intérieur de l'usine[1].

195.– S'agissant enfin d'un transfert de jouissance, le principe est que «la brièveté n'est pas incompatible avec la notion de bail»[2]. Néanmoins, la règle n'est, semble-t-il, pas absolue, même si ses exceptions sont difficiles à délimiter.

La première hypothèse à faire difficulté est constituée par les locations saisonnières[3]. Ces locations sont conclues pour une courte durée, toujours inférieure à une année, qui peut aller d'une semaine, par exemple pour des vacances de sport d'hiver, à quelques mois pour une villégiature dans le midi de la France pendant l'hiver[4]. Les commerçants suivant les clients, ces contrats peuvent aussi bien concerner des locaux à usage d'habitation, que des locaux commerciaux. La réduction de la durée de l'occupation, par rapport à un bail traditionnel, entraîne un premier effet : l'éviction des statuts impératifs régissant les baux immobiliers(5). La solution est d'origine légale pour les baux d'habitation : article 10-10° de la loi du 1 septembre 1948, article 2 de la loi du 22 juin 1982, article 1 de la loi du 23 décembre 1986 et article 2 de la loi du 6 juillet 1989. Pour les baux commerciaux, elle a d'abord été d'origine jurisprudentielle[6], avant d'être consacrée par le législateur, dans des termes

---

due à la présence d'une surveillance partagée, peut faire douter de la qualification de transport. Adde dans le même sens : Paris 24 novembre 1949, D. 1951, p.314, note R. ROGER (implicitement).

(1)Paris 18 décembre 1969, Bull. transp. 1970, p.34 ; rappr. aussi les déménagements d'usine sur une courte distance, infra n°423 et n°812 et s.

(2)J. AZEMA, «La durée des contrats successifs», LGDJ 1969, n°131, p.103 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°135, note 1, p.150 ; Ch. ATIAS, obs. Rev. drt. immob. 1979, p.112.

(3)A. BENABENT et C. LUCAS DE CEYSSAC, «La nature juridique des locations saisonnières» D.1977, p.241 ; A. LE LIEVRE, «Les locations meublées saisonnières», JCP éd. N 1978, I, p.205 ; G. GUERIN, «Deux cas discutés d'application éventuelle du statut des baux commerciaux», JCP éd. N 1983, Prat., p.561 ; M. PEISSE, «La location saisonnière», Administrer mai 1986, p.10 ; J.-C. BERTHAULT, «Les locations commerciales saisonnières», Rev. Loy. 1988, p.200 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, «Le déclin de la propriété commerciale dans la société post-industrielle», Thèse Aix 1975, p.164 et s. ; J. LAFOND, «Baux d'habitation : le secteur libre», Administrer janvier 1991, p.7 et s., spéc. n°9 et n°15.

(4)Civ. 3e 22 juillet 1987, Loyers et coprop. Octobre 1987, n°349, p.10 ; Rev. dr. imm. 1988, p.146, obs. J. DERRUPPE et G. BRIERE DE L'ISLE, rejetant le pourvoi contre Aix-en-Provence 10 janvier 1986, D. 1986, IR, p.433, obs. C. GIVERDON. L'arrêt d'appel évoque aussi les locations à des étudiants (dans le même sens, avec des nuances J. LAFOND, chr. précitée, n°15). Il est permis de se demander si la convention d'occupation précaire ne convient pas mieux.

(5)A l'exception notable des baux ruraux, qui s'est vu encore renforcée par la soumission au statut du fermage des cessions exclusives de fruits entraînant une occupation répétée, même si elle est discontinue, du terrain qui les produit.

(6)Tb. civ. Thonon-les-bains 11 avril 1947, Gaz. Pal. 1947-2- p.100 ; Tb.civ.Pont l'évêque 27 novembre 1947, JCP 1948, IV, p.159 ; Com. 15 mars 1949, JCP 1949, II, 4893 ; Montpellier

ambigus lors de la réforme du décret de 1953, par la loi du 12 mai 1965[1]. L'éviction demeure d'une portée délicate à apprécier en ce domaine, puisque la jurisprudence, à la suite de la Cour de cassation, opère une distinction très subtile, et en tout cas difficile à mettre en œuvre, entre les locations saisonnières qui échappent au décret de 1953 et les locations à l'année avec exploitation saisonnière qui y demeurent soumises[2].

Il reste alors à déterminer si les locations saisonnières correspondent à des baux de droit commun, ou si elles possèdent une nature différente. L'assimilation à un louage de choses semble indiscutée en matière commerciale[3]. Certains auteurs proposent en revanche de l'écarter pour les baux d'habitation, où le plus souvent les logements sont

---

29 septembre 1954, Gaz. Pal. 1954-2- p.368. Ces décisions s'appuient sur l'absence de jouissance continue ou consécutive d'une durée de deux ou quatre ans exigée par la loi du 30 juin 1926. La solution est encore valable sous l'empire du décret de 1953, dont l'article 4 exige aussi une exploitation ayant duré un certain temps (comp. Civ 3e 16 avril 1973, Bull. civ., III, n°288, p.208).

(1) Art. 3-2 du décret de 1953, Sur les problèmes posés par l'interprétation de texte : J.V., obs. Rev. Loy. 1980, p.100 ; G. GUERIN, chr. précitée, p.561.

(2) V. C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.166 et s. Aucun problème ne se pose quand l'occupation est véritablement saisonnière et lorsque le preneur ne jouit en aucune façon des lieux en dehors de la saison, mais cette hypothèse semble fort rare en matière commerciale (v. quand même Civ. 3e 3 janvier 1978, Bull. civ., III, n°1, p.1, où le matériel et les marchandises sont laissés (en faible quantité) sans l'accord du bailleur). Le plus souvent, le preneur continue à entreposer du matériel ou des marchandises dans le local pour la saison suivante. Les tribunaux utilisent alors divers indices pour établir que la location était conclue pour l'année : absence de restitution des clefs, montant du loyer, décompte des charges pour l'année, souscription des contrats d'assurance, d'eau et d'électricité à l'année, etc. (cf : G. GUERIN, chr. précitée, p.562 ; J.C. BERTHAULT, chr. précitée). L'impression d'ensemble qui se dégage est cependant celle d'une grande incertitude. De plus, la cour de cassation semble avoir évolué : après une première période de sévérité (1962-1973), elle paraît admettre plus facilement l'éviction du décret de 1953.
V. en jurisprudence : Tb. civ. Thonon 11 avril 1947, précité (éviction-simple dépôt) ; Tb. civ. Pont-l'évêque 27 novembre 1947, précité (éviction-simple tolérance) ; Com. 15 mars 1949, précité (éviction) ; Montpellier 29 septembre 1954, précité (éviction-simple tolérance ne correspondant pas à la jouissance exigée par la loi) ; Com.17 octobre 1962, JCP 1963, II, 13075, obs. B. B. (application du statut) ; Civ. 3e 1 mars 1972, Bull. civ., III, n°288, p.208 (application) ; Civ 3e 28 janvier 1975, Rev. Loy. 1975, p.245 (éviction simple tolérance) ; Civ 3e 13 novembre 1979, Rev. Loy. 1980, p. 100, obs. J.V. (éviction-simple tolérance) ; Montpellier 17 février 1981, Rev. Loy. 1981, p.487 (application-maintien d'un stock relativement important) ; Civ 3e 5 mars 1986, Rev. Loy. 1986, p.188 (construction sur le terrain d'un chalet fixe-cassation de l'arrêt qui a refusé d'appliquer le statut, sans répondre aux conclusions visant cette circonstance) ; Civ 3e 22 mai 1986, Bull. civ., III, n°74 p.58 (éviction-simple tolérance) ; Civ 3e 10 novembre 1987, Rev. Loy. 1988, p.222 (application-maintien de l'installation dépassant la simple tolérance) ; Civ. 3e 7 novembre 1990, JCP éd. E 1991, I, 83, p.421, obs. J. MONEGER (éviction).
Rappr. TGI Paris 13 décembre 1979, D. 1980, p.503, note C. BRIERE DE L'ISLE (pour une hypothèse intéressante où le principal est saisonnier (l'enseignement) et l'accessoire permanent (les services administratifs). La décision paraît plus sûrement fondée sur la convention d'occupation précaire, que sur la location saisonnière.
Sur le fond, la jurisprudence n'est guère prolixe sur l'analyse juridique de cette «tolérance». Faut il y voir un dépôt accessoire ou un prêt accessoire, seule la jouissance saisonnière étant rémunérée ? Ne s'agirait-il pas alors, d'un prêt «intéressé» ? (cf infra n°553 et s.) Ou encore le transfert d'une jouissance conventionnellement limitée ?

(3) V. C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.165.

meublés[1]. Cette position est loin de faire l'unanimité en doctrine[2] et elle est de toute manière formellement repoussée par la jurisprudence[3]. La location saisonnière contient tous les éléments d'un bail : un transfert de jouissance et une rémunération de celui-ci. La jouissance y est privative et la formule vague de l'article 1709 du Code civil, «un certain temps»[4], est suffisamment souple pour couvrir une large gamme temporelle, à l'exclusion des durées nulles ou perpétuelles. D'autre part, l'inadaptation du régime du bail aux locations saisonnières meublées n'est pas appréciée unanimement, d'autant que la nature supplétive des règles du Code civil autorise certains aménagements. Ainsi, l'entretien ne disparaît pas totalement[5], il est réduit au nettoyage courant. Les réparations locatives sont aussi réduites à leur plus simple expression, mais il s'agit là d'une dérogation implicite des parties, fondée sur un faisceau d'indices : courte durée du bail, date du séjour (période de loisirs), coût élevé des locations saisonnières par rapport à un bail classique renforçant sa nature «clefs en mains». De plus, le maintien de l'article 1732 du Code civil ou celui des articles relatifs aux obligations du bailleur (délivrance, entretien, réparation, garantie des vices et des troubles de jouissance) reste opportun. Le seul véritable problème concerne l'article 1733, dont l'application risque d'avoir de graves conséquences si le preneur n'est pas assuré et qui reporte de toute manière le coût de cette assurance sur le locataire, ce qui semble inéquitable[6]. Pour sortir de ce dilemme, il est possible de remarquer le caractère supplétif de l'article 1733, mais il semble difficile d'écarter ce texte en l'absence de toute stipulation particulière[7]. Une autre solution consisterait à imposer au bailleur une obligation de

---

(1)A. BENABENT et C.LUCAS DE CEYSSAC, chr. précitée. Rappr. aussi, plutôt sensible au particularisme de ces accords : P. LAGARDE, «Les locations de vacances dans les Conventions européennes de Droit international privé», Etudes offertes à P. BELLET, p.281 et s., spéc. n°5 et n°32 ; adde n°31 sur la flexibilité de la Convention de Rome, qui permet un rattachement du contrat prenant en compte l'activité de l'intermédiaire ayant permis la conclusion de la location.

(2)Cf. Ch. ATIAS, obs. Rev. dr. imm. 1979, p.112 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°145 ; A. LE LIEVRE, chr. précitée, n°24 et s ; M. PEISSE, chr. précitée.

(3)Soc. 13 mars 1958, Bull. civ., IV, n°376, p.273 (prohibition des sous-locations dans le cadre de la loi de 1948 jouant «quelle que soit la durée de la jouissance», la convention «fût-elle une sous-location saisonnière») ; Rennes 3 avril 1968, Gaz. Pal. 1968-2- p.131 (sous-location irrégulière dans le cadre d'un bail rural, du fait de la conclusion de contrats de camping) ; Chambéry 17 juin 1975, D. 1977, p.498 et sur pourvoir (rejet), Civ 3e 2 juin 1977, D.1977, p.694 ; Rev. drt. immob.1979, p.112, obs. Ch. ATIAS (application de l'article 1733 du code civil) ; TGI Mâcon 29 septembre 1976, D. 1977, p.499 (réglementation professionnelle de la gestion immobilière pour les agences de voyages qui proposent des locations saisonnières) ; Montpellier 8 mars 1984, Juris-Data n°413 (application de l'article 1733).

(4)Un célèbre sketch de Fernand RAYNAUD a démontré la contenu variable de cette formule...

(5)Contra : A. BENABENT et C. LUCAS DE CEYSSAC, chr.précitée, p. 242.

(6)En ce sens : A. BENABENT et C. LUCAS DE CEYSSAC, chr. précitée, p.241 ; contra : A. LE LIEVRE, chr. précitée, n°27 (semble-t-il).

(7)Rappr. la clause interdisant au bailleur de recourir contre le locataire, mais pas contre son assureur, stipulée dans l'affaire soumise à la Cour de Montpellier le 8 mars 1984 (précité).

renseignement sur la souscription d'une assurance. Cette obligation pourrait être consacrée par la jurisprudence, notamment pour les loueurs professionnels, sur le fondement d'une constatation simple : contrat clefs en mains, la location saisonnière est d'un coût élevé qui peut faire présumer l'inclusion d'une assurance. Ce ne serait plus au preneur de se renseigner, mais au bailleur de prévenir son client de l'absence d'assurance. Certes, la violation de cette obligation ne change rien à la responsabilité du locataire, mais la faute du bailleur lui a fait perdre une chance de s'assurer, ce qui pourrait autoriser un partage de responsabilité.

196.- La discontinuité (faible) qui s'attache aux locations saisonnières ne produit donc qu'un effet limité : ces conventions ne sont pas soumises aux régimes impératifs des baux immobiliers, mais demeurent des louages de choses de droit commun. Cette dernière solution peut-elle être remise en cause, lorsque la discontinuité augmente, jusqu'à faire apparaître la jouissance comme intermittente, c'est à dire limitée à quelques jours par semaines, voire quelques heures par jour ? Certaines décisions semblent inciter à une telle analyse : elles retiennent, en effet, l'intermittence de la jouissance comme un élément justifiant une qualification de convention d'occupation précaire[1]. Cette solution n'emporte pourtant pas la conviction, pour plusieurs raisons. En premier lieu, l'intermittence n'est nullement incompatible avec une qualification de bail en général[2], et même de bail commercial soumis au décret de 1953, comme d'autres espèces ont eu l'occasion de l'affirmer[3]. Ensuite, ainsi qu'il sera vu[4], les conventions d'occupation précaire ne sont pas de véritables contrats innommés, mais

---

(1) Tb. civ. Seine 16 décembre 1947, Gaz. Pal. 1948-1- somm.p.39 ; Civ. 3e 16 avril 1953, Bull. civ., III, n°122, p.87 ; Civ. 3e 14 novembre 1973, AJPI 1974, p.993, note J. V.
Rappr. : Civ 3e 26 novembre 1970, Bull. civ., III, n° 636, p.462 (halles de marché) ; et pour la mise à disposition de salles communales, pour des séances de cinéma : Tb. Béthune 20 janvier 1959, Ann. Loy. 1960, p.737 ; Pau 30 avril 1965, JCP 1965, IV, p.127 ; Com. 5 mai 1966, Bull. civ., III, n°229, p.203 (le premier arrêt admet la nature de contrat de droit public, alors que le second insiste sur les clauses contraignantes imposées par la commune concédante) ; Paris 14 mars 1990, D. 1990, IR, p.84 (contrat d'occupation précaire pour un festival cinématographique).
V. également : Paris 28 novembre 1989, D. 1989, IR, p.319 ; JCP éd. N 1991, Prat., p.4, obs. J. MONEGER (mise à disposition de murs de façon intermittente par une galerie de peintures ; qualification de bail commercial évincée au profit d'une «convention de mise à disposition») ; sur pourvoi (rejet), Civ. 3e 20 novembre 1991, D. 1992, IR, p.283 ; Defrénois 1992, p.380, obs. G. VERMELLE.
V. en doctrine : C. ROY-LOUSTAUNAU, «Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux», RTD com 1987, p.345. Rappr. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°145.

(2) V. déjà : A. WAHL, note S. 1905-2- p.57 et s.

(3) Com. 22 novembre 1966, Bull. civ., III, n°446, p.394 ; Com.18 octobre 1967, Bull. civ., III, n°331, p.316 ; adde, pour ses motifs : Montpellier 17 février 1981, Rev. Loy. 1981, p.487.
V. en ce sens en doctrine : R. BERAUD, «L'exploitation théâtrale ou cinématographique dans les salles de spectacles municipales», Ann. Loy. 1957, p.522.

(4) Cf. infra n°701 et s.

des baux dont la particularité essentielle est d'échapper, à certaines conditions, aux régimes impératifs des locations immobilières. L'intermittence de la jouissance produit, par conséquent, des effets comparables à ceux résultant du caractère saisonnier de la jouissance. Certes, les deux notions ne se recoupent pas, puisque l'intermittence peut affecter un bail portant sur une ou plusieurs années complètes. De ce point de vue, l'intermittence de la jouissance pourrait apparaître comme plus énergique que le caractère saisonnier. Mais, là encore, la conclusion n'est guère assurée car, en pratique, l'intermittence n'entraîne jamais à elle seule la qualification d'occupation précaire[1] : elle est toujours complétée par d'autres considérations[2]. En définitive, pour se distinguer véritablement du caractère saisonnier (dans ses effets), l'intermittence de la jouissance devrait entraîner non une précarité dans la durée, signe des fausses conventions d'occupation précaire, mais une précarité du droit de jouissance concédé. Contrairement à ce que laisse penser une décision[3], une telle solution est difficile à accepter[4]. L'intermittence dans la jouissance ne fait apparaître qu'un droit précaire que si elle est confortée par d'autres éléments, qui aboutissent à remettre en cause l'existence d'une jouissance privative : nature de l'objet loué, par exemple une porte cochère dont l'utilisation est normalement commune, ou altération de sa destination normale, par exemple une pièce à usage d'habitation employée comme succursale temporaire d'une banque les jours de foire[5].

197.– Conclure de façon tranchée semble difficile. Il est incontestable que, dans certaines hypothèses, la «miniaturisation» d'une obligation entraîne sa dénaturation. Mais, globalement, un tel phénomène ne joue pas systématiquement : il constitue plus une tendance qu'un principe intangible. Aucune solution uniforme ne peut être imposée et il convient de prendre en compte, tant les particularités des situations de fait, que la plus ou moins grande souplesse des régimes légaux des qualifications concernées. Les exemples qui précèdent montrent que des régimes typés, tels que celui de la donation (orienté vers le patrimoine du donateur) ou celui du transport (du

---

(1)Sinon les statuts impératifs pourraient être écartés systématiquement par la stipulation de baux à la journée, renouvelables tacitement.

(2)Motifs objectifs de précarité, voire, exceptionnellement obtention d'avantages importants en contrepartie de l'absence de bénéfice du statut des baux commerciaux (Civ 3e 26 novembre 1970, précité)

(3)Civ. 3e 14 novembre 1973, précité.

(4)Cf. J. AZEMA, Thèse précitée, n°131, p.103 : «nul n'a jamais contesté que la location d'une chambre à la journée par exemple constituait un bail». Adde dans le même sens

(5)Civ. 3e 14 novembre 1973, précité. Ce qui explique, en revanche, que la location d'une chambre à usage...de chambre reste un bail (cf note précédente). La précarité du droit résulte en définitive de la manière dont s'insère la jouissance intermittente dans l'utilisation naturelle du bien.

fait de l'existence de règles d'ordre public) cèdent plus facilement qu'un régime souple, largement supplétif, comme celui du bail de droit commun.

II - L'INFLUENCE DE LA DISTINCTION DES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DE RESULTAT SUR LA NATURE DE L'OBLIGATION

198.- Proposée par Demogue, la distinction des obligations de moyens et de résultat est devenue une constante du droit des obligations contractuelles[1]. Cette classification, qui est «une des rares innovations importantes apportées par notre siècle dans le droit des obligations»[2], est à l'origine d'une doctrine abondante[3] et d'une jurisprudence pléthorique. Pourtant, l'influence de cette distinction sur la technique des qualifications est assez peu étudiée[4]. Cette désaffection provient pour une bonne part de ce que la distinction affecte très souvent, soit des obligations accessoires, de sécurité notamment, qui ne peuvent intervenir dans la qualification du contrat qui les accueille[5], soit des obligations principales de contrats innommés, pour lesquels, en l'absence de dispositions légales précisant les régimes de responsabilité de chaque contractant, c'est de la nature d'obligation de moyens ou de résultat, que dépend l'issue du litige. Au-delà de cette première explication, la faiblesse des discussions concernant cette question ne découle-t-elle pas, tout simplement, de la neutralité de la distinction à l'égard de l'opération de qualification ? C'est ce qu'il convient ici de vérifier.

---

(1)L'application de cette distinction est discutée en matière délictuelle (v. dans un sens favorable, J. FROSSART, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», Thèse LGDJ 1965, n°60 et s., p.35 et s. ; contra : Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Civ., art. 1136 à 1145, Fasc. 2, n°60).

(2)Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°1.

(3)V. entre autres, : Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, et l'abondante bibliographie citée ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1990, n°816 et s. ; MAZEAUD par CHABAS, op. cit., 8e édit., n°21 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°534 et s ; Ch. LARROUMET, op. cit., 2e édit., n°609 et s. ; STARCK, 3e édit., op. cit., n°967 et s. ; WEILL et TERRE, op. cit., n°396 et s. ; G. VINEY, «La responsabilité Conditions», 1982, n°533 et s. ; FLOUR et AUBERT, op. cit., 1991, n°43 et s.

(4)V. cependant, Ph. DELEBECQUE, «Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix 1981, n°107, p.134, note 2 ; J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 110, n°84 et s. et Fasc. 111, n°30 et s. ; P.-J. DURAND, «Des conventions d'irresponsabilité», Thèse Paris 1931, n°54 et s., p.152 et s. ; RODIERE, Rép. civ. (précédente édition), v° Responsabilité contractuelle, n°146 ; G. LEGIER, Rép. civ., v° Responsabilité contractuelle, n°239 et s., spéc. n°242.

(5)Cf. infra, à propos des contrats de remonte-pente et de remorquage, n°221.

199.– Le problème peut être délimité sans difficultés. Une qualification nommée est organisée autour d'une obligation caractéristique de résultat. Si les contractants transforment cette dernière en obligation de moyens, la nature du contrat conclu est-elle altérée ? L'action de la volonté des parties est-elle cantonnée à l'obligation ou peut-elle se répercuter sur l'ensemble de la convention ?(1).

Plusieurs raisons permettent de penser, qu'a priori, une telle transformation reste sans influence sur la qualification (1°). Le droit positif, la jurisprudence notamment, confirment globalement cette conclusion, mais il existe quelques exceptions, dont le fondement et la portée méritent d'être discutées (2°).

A) Exposé de la solution de principe

200.– Deux arguments principaux accréditent l'idée selon laquelle le passage d'une obligation déterminée à une obligation de diligence demeure sans effet sur la nature d'une convention.

201.– 1) La première raison tient à l'effet même de cette transformation : celle-ci n'emporte pas dénaturation de l'obligation, sauf rare exception(2). La différence qui sépare, par exemple, l'engagement de réparer un objet (résultat) et la promesse de faire ce qui est en son pouvoir pour le réparer (moyens), n'est pas une différence de nature, mais de degré dans l'intensité de l'intervention du débiteur[3]. Cette constatation rejoint les conclusions de la doctrine récente[4]. Les oppositions de ces deux catégories d'obligations, après avoir été accusées par les auteurs classiques, sont désormais abordées avec davantage de nuances. Ainsi, il est acquis que «toute obligation de moyens vise à l'obtention d'un résultat»[5]. La diligence promise n'est pas une fin en

---

(1)L'hypothèse inverse - transformation d'une obligation de moyens en obligation de résultat - est tout aussi concevable, mais elle suscite moins de difficultés : cf. infra n°203.

(2)Cf. infra 2°, pour la promesse de porte-fort.
La solution vaut bien entendu, a fortiori, pour la simple transformation d'une obligation de moyens avec présomption de faute, en obligation de moyens pour faute prouvée (et inversement) : dans cette hypothèse, seule la charge de la preuve est affectée.
Il convient d'ailleurs de préciser qu'une responsabilité fondée sur une présomption de faute (ex : art. 1732 du Code civil ; pour le mandat : Civ. 1e 18 janvier 1989, D. 1989, p.302, note Ch. LARROUMET) relève de l'obligation de moyens. (cf. en ce sens : Ch. LARROUMET, note précitée et ouvrage précité, n°620 ; contra : Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°48). Il est en effet impossible d'admettre que le débiteur a promis dans ce cas un résultat, puisqu'il pourra, même s'il ne l'a pas atteint, être exonéré en démontrant qu'il n'a pas commis de faute.

(3)Rappr. Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°5.

(4)V. par ex. : Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°35-36 et n°12 ; STARCK, 3e édit., op. cit., n°975 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°823.

(5)Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°35.

soi, et même si le succès de l'intervention du débiteur est affecté d'un certain aléa, c'est bien celui-ci qui demeure l'objectif des parties. A l'inverse, «toute obligation de résultat suppose la mise en œuvre de moyens»[1]. Pour atteindre le résultat promis, le débiteur va devoir accomplir des actes matériels ou développer une activité intellectuelle d'une nature comparable à ceux que devrait effectuer un contractant seulement tenu d'une obligation de moyens. La nature de ces actes ou de cette activité, les conditions de leur exécution concrète dépendent moins du type d'obligation souscrit, que de la prestation en cause : accomplir un travail, déplacer une chose, transférer la jouissance d'un bien, etc.. Qu'elle soit de moyens ou de résultat, une obligation manifeste son unité, par la similitude de ses conditions d'exécution.

202.- Les auteurs contemporains démontrent, par ailleurs, que la dichotomie classique est approximative et qu'une obligation peut passer par plusieurs stades, selon une «gradation nuancée»[2]. Une obligation de moyens peut être allégée, lorsque la responsabilité de son débiteur ne peut être engagée que pour faute lourde. Elle peut au contraire être alourdie, lorsque une faute très légère est suffisante ou que la faute du débiteur est présumée[3]. Une obligation de résultat peut également être renforcée, lorsque son débiteur s'engage à supporter les cas fortuits[4]. Une analyse plus approfondie de certains contrats, permet aussi de démontrer qu'une obligation revêt parfois une nature complexe, mêlant résultat et moyens[5]. Dans un contrat de gestion de portefeuille, l'engagement du banquier, qui n'est en principe que de diligence, est une obligation de résultat lorsque l'opération relève de la pure technique[6]. De même, l'obligation du mandataire est une simple obligation de moyens quand il a mal exécuté sa mission, mais elle se renforce par une présomption de faute, lorsque le mandat n'a pas été exécuté[7]. Et le transporteur de personnes, tenu d'une obligation de résultat, doit prévenir les passagers de leur arrivée à destination : obligation de moyens lorsque ceux-ci sont éveillés et que le train n'est pas à son terminus, elle se mue en obligation de résultat pour des voyages en couchette ou en wagon-lit. Il n'est pas nécessaire de

---

(1)Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°36 ; adde A. PENNEAU, «Règles de l'art et normes techniques», Thèse LGDJ 1989, n°72, p.55.

(2)Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°48 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°396 ; G. VINEY, op. cit., n°531 et s. ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°535.

(3)Sur ce positionnement de la présomption de faute, cf. supra n° 201, 1e note.

(4)Mais peut-être s'agit-il alors de garantie ?

(5)Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°49 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°823 ; G. VINEY, op. cit., n°535, ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°535 ; rappr. J. FROSSART, Thèse précitée, n°72 et s., p.41 et s.

(6)Civ. 1e 22 mars 1977, Bull. civ., I, n°143, p.110.

(7)Civ. 1e 18 janvier 1989, précité.

multiplier les illustrations. Il suffit de constater, que devant tant de nuances et d'interpénétrations, l'idée même d'une frontière tranchée entre deux degrés de l'intervention du débiteur, dont dépendrait une disqualification de la convention, perd de sa consistance.

L'existence d'une gradation progressive des diligences attendues du débiteur, est un signe supplémentaire de l'unité de nature des obligations de résultat et de moyens, se rattachant à une même prestation.

203.– Cette conclusion est encore renforcée par une autre constatation. Si la dénaturation pouvant résulter de la transformation d'une obligation de résultat en obligation de moyens prête à discussion, la mutation inverse ne suscite guère d'hésitation. Le passage d'une obligation de moyens à une obligation de résultat est considéré comme un renforcement conventionnel de la situation du créancier, une élimination -ou une réduction- par les parties de l'incertitude affectant la réussite de l'exécution du contrat, mais cette altération demeure sans conséquence sur la nature de la convention. A titre d'exemple, la stipulation d'un ducroire dans un contrat de commission, ne disqualifie pas l'accord[1]. Ou encore, un contrat d'auto-école reste un contrat d'enseignement, si le prestataire s'engage à fournir, sans rémunération supplémentaire, les leçons nécessaires à l'obtention du permis, au-delà du forfait convenu[2].

Pourquoi, dès lors, en irait-il autrement lorsque la modification affecte une obligation de résultat ? Aucun argument ne semble justifier une quelconque différence de traitement entre ces deux hypothèses, à partie du moment où l'allégement des obligations du débiteur n'est pas illicite[3]. Certes, il est possible d'invoquer par analogie, le cas des contrats de services gratuits. Une doctrine importante estime que les diligences exigées d'un contractant non rémunéré sont moindres que celles d'un débiteur rétribué, a fortiori s'il s'agit d'un professionnel[4]. A la transformation de l'obligation déterminée en obligation de diligence, correspond le passage d'une convention nommée (entreprise ou transport, par exemple) à une qualification sui generis. Mais cette analogie est trompeuse. En effet, la modification de l'obligation n'est pas la cause de la disqualification, elle n'en est au contraire qu'une conséquence. Le contrat change de nature, parce qu'un de ses caractères généraux, tel qu'il est imposé par la cause de son obligation caractéristique, a disparu : une cause gratuite ou

---

(1)Cf. Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°48, qui y ajoute d'autres exemples : courtage, agence de publicité.

(2)Civ. 1e 13 janvier 1987, JCP 1988, II, 20860, note G. GOUBEAUX.

(3)Cf. Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. précité, Fasc. 111, n°31 ; G. VINEY, op. cit., n°545.

(4)Cf. infra n°625.

intéressée a pris la place d'une cause synallagmatique onéreuse[1]. En revanche, à l'intérieur d'une même structure causale, en particulier dans le cadre d'un engagement rémunéré, le passage d'une obligation de moyens à une obligation de résultat ne suffit pas à disqualifier la convention.

204.– 2) Cette solution est justifiée par une seconde raison, tirée de l'examen des conséquences d'une telle modification sur le régime du contrat. Le passage d'une obligation de résultat à une obligation de moyens a pour seul effet de perturber le régime de la responsabilité du débiteur[2]. Le créancier n'a plus à prouver une faute de ce dernier, il lui suffit d'établir que le résultat promis n'a pas été atteint[3]. Le débiteur ne peut dès lors s'exonérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère l'ayant empêché d'accomplir sa tâche, ou tout au moins, tenter d'atténuer sa responsabilité en établissant que le créancier victime a commis une faute. Cette modification est certainement d'une grande importance pratique, mais il faut souligner que le régime d'une qualification contractuelle ne se limite pas à la réglementation de la responsabilité des contractants, en cas d'inexécution de leur prestation. La transformation d'une obligation de résultat en obligation de moyens, ou la mutation inverse, n'emporte donc qu'une modification partielle du régime du contrat, dont les autres dispositions doivent par conséquent continuer à s'appliquer.

Ainsi, dans un contrat médical, le médecin n'est normalement tenu que d'une obligation de diligence, pour la prestation de soins proprement dite. Il s'engage à intervenir conformément aux règles de l'art et aux données scientifiques acquises, mais ne promet pas la guérison. Les progrès de la médecine conduisent à se demander, si pour les actes médicaux courants, où l'aléa a quasiment disparu, il n'est pas temps, désormais, d'imposer au praticien une obligation de résultat[4]. Que se passerait-il, si cette évolution était consacrée par la jurisprudence ? La responsabilité du médecin serait engagée plus facilement, mais il n'y aurait aucune raison d'altérer davantage le régime de ce contrat. En premier lieu, la convention garderait sa nature consensuelle. Ensuite, toutes les dispositions relatives à la tarification des honoraires médicaux (montant, prescription) demeureraient applicables. Le contenu de l'obligation de renseignement pesant sur le praticien, afin d'obtenir un consentement

---

(1)Sur ces notions, cf. infra n°526 et s.

(2)Cf. d'ailleurs : Com. 7 février 1949, D. 1949, p.377, note F. DERRIDA ; JCP 1949, II, 4959, note RODIERE ; RTD com. 1949, p.524, obs. J. HEMARD.

(3)Ou le simple fait de ne pas atteindre le résultat est une faute (cf. en ce sens : Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°59, citant MARTY et RAYNAUD, op. cit. n°534).

(4)Ce n'est toujours pas la position de la Cour de cassation : Civ. 1e 28 juin 1989, D. 1989, IR, p.218.

éclairé du malade, resterait identique. Enfin, et surtout, la spécificité du contrat médical, à savoir la nécessité d'un but thérapeutique intégré à la cause de l'obligation de soins, continuerait d'exister.

La mesure de l'influence d'une transformation d'une obligation de résultat en obligation de moyens ou d'une mutation inverse, apparaît dès lors clairement : le contrat n'est pas disqualifié puisque son obligation caractéristique conserve sa nature ; le régime du contrat demeure globalement applicable, à l'exception des règles relatives à la responsabilité du débiteur de l'obligation modifiée, qui sera selon les cas, allégée ou alourdie.

205.– Cette conclusion mérite d'être rapprochée de certaines recherches doctrinales récentes, sur l'allégement conventionnel des obligations normalement assumées par un contractant dans une situation donnée[1]. Cet allégement peut consister dans la disparition d'obligations accessoires[2], mais il peut concerner aussi le contenu même d'une obligation caractéristique. C'est à cette dernière hypothèse qu'il convient de s'attacher plus particulièrement, en opérant au préalable une distinction entre les clauses qui délimitent les obligations du débiteur et les clauses d'irresponsabilité qui modifient «les conséquences d'un fait qui représente sans contestation l'inexécution d'une obligation assumée par le débiteur»[3].

206.– Les clauses de non-responsabilité sont sans effet sur la qualification[4]. L'affirmation se vérifie que la clause soit valable, nulle ou réputée non écrite.

Une clause exonératoire licite, par laquelle un débiteur écarte sa responsabilité en cas de dommage provenant d'une mauvaise exécution de son obligation, ne détruit pas pour autant l'existence même de cette obligation : le débiteur reste tenu d'exécuter de bonne foi la prestation qu'il a promise[5]. Il est d'ailleurs possible de l'y contraindre, en recourant à l'exécution forcée et l'obligation réapparaît dans toute sa rigueur, lorsque le débiteur commet une faute lourde ou intentionnelle : ce comportement le prive du bénéfice de la clause de non-responsabilité qu'il avait insérée dans la convention. Cette

---

(1)Ph. DELEBECQUE, «Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix 1981 ; J.-Cl. précité, Fasc. 110 et 111 ; Ph. JESTAZ, «L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale», Mélanges RAYNAUD, p.273 et s. Adde : RODIERE, Rép. civ., v° Responsabilité contractuelle, n°114 et s. ; P.-J. DURAND, Thèse précitée.

(2)Sur la suppression d'obligations accessoires, cf. infra n°231 et s.

(3)Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. précité, Fasc. 110, n°11.

(4)Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°276, p.312. Sauf à jouer sur l'interprétation même de l'accord, en estimant que si une partie s'est exonérée de toute responsabilité vis-à-vis de l'exécution d'une obligation, c'est qu'en réalité elle ne souhaitait pas assumer celle-ci (Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. précité, Fasc. 110, n°18).

(5)Ph. JESTAZ, art. précité, p.274 ; adde Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. précité, Fasc. 110, n°42 et s. (pour les intérêts de la distinction).

disparition montre bien la neutralité de ce genre de stipulations, sur la nature de l'obligation qu'elles affectent.

Cette neutralité se retrouve aussi lorsque la clause est illicite. La solution semble même encore plus évidente : soit la clause disparaît seule et l'obligation se maintient, identique à une prestation du même type, qui aurait été dépourvue dès sa création d'une clause de non-responsabilité ; soit la disparition de la clause entraîne celle de l'obligation, et il n'y a plus rien à qualifier. Cette seconde branche du raisonnement doit cependant être complétée. Il convient de ne pas omettre, qu'en général, l'appréciation de la validité de la clause exonératoire a nécessité au préalable une prise de position sur la nature de l'obligation concernée[1]. Avant, par exemple, de déclarer nulle une stipulation de non-responsabilité sur le fondement de la loi Rabier, encore faut-il s'assurer que cette clause porte bien sur une obligation de transport et non sur une simple prestation de services, relevant du contrat d'entreprise. La nature de l'obligation est, ici encore, appréciée indépendamment de la clause de non-responsabilité qui peut s'y rapporter.

207.– La solution est parfois différente pour les clauses d'allégement des obligations. Ces stipulations ont en effet des conséquences variables. Leur validité et leur neutralité est remise en cause lorsque ces dispositions portent atteinte à «l'obligation fondamentale» du contrat[2].

Dans certaines hypothèses, la clause d'allégement est nulle, si elle aboutit à priver le créancier de toute action en exécution à l'encontre du débiteur. La solution est ancienne. Dès 1863, la Cour de cassation a décidé, en présence d'un bail qui stipulait que le locataire s'interdisait toute action quelconque contre le bailleur pour quelque cause que ce soit, qu'un «contrat ne peut légitimement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter»[3].

Dans d'autres hypothèses, au contraire, la clause d'allégement est valable mais elle entraîne une disqualification de la convention[4]. M. Delebecque, parmi divers

---

(1)Rappr. pour la qualification des contrats nuls : n°85.

(2)Sur cette notion, cf. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée n°132 et s., p.163 et s. ; Ph. JESTAZ, art. op. cit. ; rappr. RODIERE, Rép. précité, n°147 à 150 ; P.-J. DURAND, Thèse précitée, n°85 et s., p.217 et s.

(3)Req. 19 janvier 1863, DP 1863-1-p.248. Cette solution se justifie de deux manières. L'émission d'un consentement ne peut être contradictoire, il est impossible de se présenter comme transporteur tout en refusant de s'obliger à effectuer un déplacement (cf. RODIERE, Rép. précité, n°150 ; Ph. JESTAZ, art. précité, p.296) et «cette contradiction est interdite par la technique de la nullité pour défaut de cause» : la somme d'argent promise par l'expéditeur serait, en l'occurrence, dépourvue de cause (RODIERE, ibid).

(4)Cf. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°251 et s., p.248 et s.

exemples, cite le cas du contrat de stationnement[1]. D'après cet auteur «on peut voir dans le contenu normal du «contrat de garage» une obligation de garde». Cependant, les exploitants de parcs de stationnement insèrent souvent dans la convention qu'ils concluent avec leurs clients, des clauses par lesquelles ils marquent leur volonté d'exclure toute obligation de ce genre. Ils refusent «ainsi d'assumer les obligations d'un dépositaire, qu'on est tenté de prime abord de [leur] faire supporter. La clause contredit certes, l'obligation fondamentale du contrat, mais elle n'est pas nulle pour autant. La combinaison reste valable, mais elle aboutit à disqualifier le contrat. Il n'y a plus de contrat de dépôt, il y a simplement contrat de bail»(2).

208.– Par rapport à ces deux situations extrêmes, clause de non-responsabilité et clause d'allégement portant atteinte à une obligation fondamentale, comment se place la transformation conventionnelle d'une obligation de résultat en obligation de moyens ? Elle occupe en définitive, une position intermédiaire[3]. Cette stipulation n'est pas une clause de non-responsabilité ; elle appartient bien à la catégorie des clauses d'allégement[4]. Mais elle ne porte pas atteinte à une obligation fondamentale.

---

(1)Thèse précitée, n°255, p.287-288.

(2)Cette présentation appelle des réserves. Elle se justifie lorsque les parties ont qualifié leur convention, tout en la vidant de son contenu normal, au point de la transformer en un contrat distinct. Les magistrats, qui ne sont pas liés par les dénominations adoptées par les contractants, rétabliront la nature véritable du contrat conclu. Elle est également appropriée lorsque les parties sont liées par une convention d'une nature donnée et qu'elles l'altèrent ponctuellement (cf. l'exemple cité par M. DELEBECQUE du factor, qui refusant l'approbation d'une créance douteuse, n'effectue son recouvrement qu'à titre de mandataire (n°267, p.302)). En dehors de ces deux hypothèses, il est discutable de parler d'une «disqualification». Celle-ci suppose l'existence d'un contrat de référence que les parties modifient. Or, lorsque les contractants n'ont pas précisé la nature de leur convention, le travail du juge consiste seulement à interpréter l'accord des parties et à découvrir la qualification légale qui lui convient. Ainsi dans l'exemple du contrat de stationnement étudié, les contractants n'ont pas conclu un contrat de dépôt et n'y ont pas fait allusion. La référence à cette qualification est purement intellectuelle : c'est le contrat «normalement» conclu dans une telle situation de fait (cf. Thèse précitée, n°2, 4 et 5). L'interprète, dans sa recherche de la qualification, essaie donc cette première possibilité, qui semble a priori la plus vraisemblable. Il compare la structure de qualification du dépôt aux obligations du contrat conclu. Devant l'échec de la comparaison, il se rabat alors sur une autre qualification. La «disqualification» est en l'occurrence purement abstraite, elle n'est qu'une étape dans le raisonnement du juge (dont il pourrait se dispenser) et n'a pas de correspondance avec les volontés réellement émises par les contractants (v. plutôt en ce sens semble-t-il : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°260, note 3, p.301).

(3)Cette position intermédiaire est clairement admise par P.-J. DURAND (Thèse précitée, n°35 et s., p.105 et s.). Parmi «les conventions ayant pour but de déterminer les conditions d'existence de la responsabilité», cet auteur oppose les conventions «modifiant les règles légales d'exonération du débiteur», à celles «déterminant l'étendue des obligations du débiteur». Il classe ces dernières en quatre catégories : «disparition de la qualité à laquelle la loi attache l'obligation de réparation», «clause substituant à une obligation de résultat une autre obligation de même genre moins lourde pour le débiteur», «clause substituant à une obligation de résultat une obligation de moyens», «destruction radicale d'une obligation contractuelle».

(4)Cf. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°107, p.134, note 2 ; J.-Cl. précité, Fasc. 111, n°31 ; P.-J. DURAND, Thèse précitée, n°54, p.152.

La clause est valable puisqu'elle ne prive pas le créancier de toute action contre le débiteur[1] et elle ne dénature pas l'obligation qu'elle concerne, puisqu'elle ne la vide pas de son contenu, mais qu'elle en diminue seulement l'intensité[2].

Il reste alors à déterminer, si cette neutralité de principe, est susceptible d'atténuations. L'examen du droit positif semble le confirmer.

B) Les atténuations jurisprudentielles du principe

209.– D'une manière générale, la solution de principe qui vient d'être exposée est amplement confirmée par de nombreux exemples du droit positif. Ainsi, «la qualification du contrat d'entreprise ne suffit pas à déterminer le régime de la responsabilité» de l'entrepreneur : «un contrat d'entreprise fait naître tantôt une obligation de moyens, tantôt une obligation de résultat, selon l'objet de l'obligation qu'il impose à l'entrepreneur»[3]. La doctrine majoritaire s'accorde pour considérer que le prestataire est en principe tenu d'une obligation déterminée, lorsqu'il accomplit un travail portant sur une chose corporelle[4] : constructeur de bâtiment[5], garagiste[6], imprimeur[7], teinturier[8]. Mais l'entrepreneur s'engage seulement à une obligation de

---

(1)Comp. les hésitations de Ph. DELEBECQUE (références citées note précédente) et de Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°48.

(2)M. DELEBECQUE n'évoque pas directement cette question, mais différents passages laissent à penser que sa position est assez voisine (cf. J.-Cl. précité, Fasc. 111, n°33, 35 et 36 ; Thèse précitée, n°260, p.292, «la disqualification du contrat... suppose que la convention porte sur l'obligation fondamentale en sa totalité, ce qui n'est pas le cas lorsque cette convention vise seulement à délimiter pareille obligation» et n°273 et s., p.308 et s. où l'auteur évoque les hypothèses dans lesquelles l'altération de l'obligation fondamentale n'est «pas assez marquée et n'atteint pas la structure même du contrat», qui garde sa qualification). Le seul exemple cité en sens inverse, est la promesse de porte-fort, qui constitue justement une exception (cf. infra n°212 et s.).

(3)Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°741. Adde, dans le même sens : MAZEAUD, T.3, Vol. 2, n°1347 et s. ; B. BOUBLI, Rép. civ., v° Contrat d'entreprise, n°53 et s. et n°62 et s. ; A. BENABENT, J.-Cl. Civ., art. 1787, n°128 et s. et n°220 et s. ; A. PENNEAU, Thèse précitée, n°66 et s., p.52 et s.

(4)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°741 ; B. BOUBLI, Rép. précité, n°63 ; A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°128.

(5)Contra, curieusement : A. BOITUZAT, «Le régime juridique de secteur protégé de la promotion immobilière privée», Thèse Paris I 1978, n°113, p.183 et s.

(6)Cf. Civ. 1e 15 novembre 1988, Bull. civ., I, n°317, p.215 ; Bull. transp. 1989, p.498 et p. 487, chr. F. CHABAS, «La responsabilité du réparateur de véhicule» ; Versailles 15 avril 1988, D. 1988, IR, p.152 ; Civ. 1e 18 juillet 1988, D. 1988, IR, p.232 ; Paris 11 janvier 1989, D. 1989, IR, p.58. Comp. pour une convention de débouchage de canalisation, Civ. 3e 24 juin 1987, Bull. civ., III, n°133, p.78 (qui reproche à la Cour de ne pas avoir recherché si l'entrepreneur s'était engagé à une obligation de résultat) ; B. QUIGNARD, «Les contrats de maintenance : aspects juridiques et pratiques», Gaz. Pal. 1991-1-p.31.

(7)Versailles 28 octobre 1987, D. 1987, IR, p.253.

(8)Paris 10 avril 1987, D. 1987, IR, p.132. La possibilité d'une exonération pour absence de faute, qui donnerait à la prestation la nature d'une obligation de moyens renforcée, reste toutefois très discutée (cf. les auteurs précités)

moyens, lorsque son activité ne se rapporte pas à des choses corporelles : renseignements commerciaux, conseils en organisation d'entreprise, professions libérales, entraînement d'une équipe sportive. De même, l'article 1928 du Code civil, en posant expressément la nature variable de la responsabilité du dépositaire, permet de faire peser sur ce dernier une obligation de résultat, sans que le contrat n'en soit disqualifié[1]. Enfin, et la liste n'est pas limitative, la stipulation d'un ducroire reste sans influence sur la nature du contrat de commission ou de mandat[2].

Il ne fait par ailleurs aucun doute, que d'autres transformations d'obligations de moyens en obligations de résultat ne modifieraient pas la qualification du contrat qu'elles concernent : à l'exemple déjà évoqué du contrat médical, il est possible d'ajouter l'hypothèse du mandat : la soumission du mandataire à une obligation déterminée, notamment à raison de sa qualité de professionnel, n'altérerait pas la nature de cette convention[3].

210.- Dans tous ces cas, en définitive, la qualification du contrat n'est pas en cause et la discussion porte en réalité directement sur le caractère de l'obligation principale. Celui-ci est déterminé d'après le type de prestation stipulée, d'après les conditions matérielles de son exécution et en fonction de la qualité des contractants ou de l'équilibre présidant à leurs relations. Tout dépend en fait de l'incertitude affectant la réussite de l'exécution du contrat. Cette incertitude s'avère éminemment variable dans le temps : l'évolution des techniques, l'augmentation de la compétence professionnelle du débiteur ou le souci de protéger le créancier peuvent entraîner une modification de l'intensité des diligences attendues d'un contractant.

Les tribunaux trouvent en ce domaine un terrain propice au développement de véritables politiques jurisprudentielles. S'agissant par exemple du contrat de remonte-pente, la Cour de cassation, après avoir initialement admis que cette convention était un contrat sui generis et que l'exploitant était tenu d'une simple obligation de moyens,

---

(1)Rappr. Rennes 11 juillet 1973, Drt. marit. fr. 1974, p.211 ; RTD civ. 1974, p.616, obs. G. DURRY ; Aix 1e ch. 6 juin 1979, n°349, inédit cité par Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°213, p.250, note 2. Adde : Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. précité, Fasc. 111, n°30 ; Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°48.

(2)M. PETEL, «Les obligations du mandataire», Bibl. dr. ent., T. 20, 1988, n°275 et s., p.177 et s.

(3)Cf. en ce sens, D. RAMBURE-BARATHON, «Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe», Thèse Paris I, 1981, n°146, p.218 ; Ch. LARROUMET, note précitée ; M. PETEL, Thèse précitée, n°161 et s., p.105 et s. Pour M. LARROUMET, la jurisprudence n'est, dans certains cas, plus très loin de cette analyse et pour M. PETEL, certains arrêts ont d'ores et déjà consacré cette solution (Civ. 31 mai 1978, D. 1979, p.48, note FOULON-PIGANIOL ; Paris 27 avril 1981, Gaz. Pal. 1981-2-somm. p.189 ; adde Aix 2e ch 16 mars 1979, Bull. Aix 1979/2, n°120 ; TI Lille 2 juillet 1986, Rev. Loy. 1986, p.431 (explicite)).
Comp. beaucoup plus réticent à admettre une obligation de résultat dans un mandat : A. BOITUZAT, Thèse précitée, n°8, p.13, n°106, p.173 et n°109, p.180.

est revenue sur sa position et a décidé, sans modifier la qualification du contrat, de faire peser sur le prestataire une obligation déterminée[1] : impressionnée en 1949 par le rôle actif du skieur dans l'emploi d'un matériel nouveau, elle a, semble-t-il, reconsidéré son analyse vingt ans plus tard, influencée par le perfectionnement des dispositifs de sécurité et par l'accoutumance des skieurs à l'utilisation d'un matériel devenu courant.

Le législateur ne procède pas différemment et l'évolution de la responsabilité du transporteur aérien en est une bonne illustration. Les risques inhérents à la navigation aérienne ont conduit à l'allégement de l'obligation de résultat qui pèse traditionnellement sur le transporteur. La convention de Varsovie, conclue en 1929, stipule dans son article 20, que «le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre». Ce cas d'exonération, qui vient s'ajouter à la force majeure et à la faute de la victime, correspond à la notion anglo-saxonne de «due-diligence» et s'apparente à une présomption de faute, qui constitue une obligation de moyens renforcée[2]. Cependant, l'évolution considérable de la technique aéronautique et l'amélioration substantielle des conditions de sécurité des vols rendent cette solution quelque peu archaïque : plus les accidents sont rares, plus il semble anormal que le transporteur n'en subisse pas les conséquences. Ainsi, lorsque le protocole de Guatemala-city, adopté en 1973, sera entré en vigueur, le transporteur sera tenu d'une obligation de résultat quant à la sécurité des personnes transportées et ceci, bien évidemment, sans qu'à aucun moment la qualification de transport ne soit remise en cause[3].

211.– Une dernière difficulté mérite cependant d'être soulignée. La solution de principe est acquise : la transformation d'une obligation de résultat en obligation de moyens ou la mutation inverse est sans effet sur la qualification, mais cette règle est-elle susceptible d'atténuations ?

L'examen de la jurisprudence laisse à penser que de telles exceptions sont envisageables. Chacune des deux justifications apportées pour fonder la thèse de la neutralité, est en effet susceptible d'être relativisée.

En premier lieu, il est impossible d'éliminer de façon purement théorique l'éventualité d'une hypothèse pratique où le passage d'une obligation de moyens à une

---

(1)Cf. infra n°518.

(2)Cf. RODIERE, op. cit., n°665 et s. ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édit., n°2781 et n°2788 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°620.

(3)Le décès du passager, quand l'avion s'écrase, réalise simultanément l'inexécution de l'obligation principale de déplacement et de l'obligation accessoire de sécurité.

obligation de résultat réaliserait un véritable changement de nature de l'obligation (a). Ensuite, à supposer que l'obligation conserve sa nature, le maintien de la qualification entraîne, en quelque sorte, une «ablation» partielle du régime de la convention, puisque les règles régissant la responsabilité du débiteur de l'obligation caractéristique vont être atténuées ou alourdies. Ce découpage peut s'avérer impossible si l'ensemble du régime est inspiré par le caractère de l'obligation centrale (moyens au résultat) ou si sa cohérence est renforcée par la présence de dispositions impératives (b).

1) La dénaturation exceptionnelle d'une obligation

212.– La promesse de porte-fort constitue un bon exemple de disqualification d'une convention, du fait de la transformation d'une obligation principale de résultat en obligation de moyens. Aux termes de l'article 1120 du Code civil, «on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement». Pour la doctrine, cette disposition consacre à la charge du promettant une obligation de résultat[1] : celui-ci ne s'engage pas seulement à faire tout son possible pour que le tiers donne son consentement au contrat envisagé[2], il promet que ce tiers le donnera. La responsabilité du promettant est donc engagée, si le tiers se refuse à ratifier la convention, et ce, même dans l'hypothèse où le promettant a fait toutes diligences. Inversement, la promesse est exécutée et le promettant délié si le tiers donne spontanément son accord, sans que le promettant ait eu à effectuer une quelconque intervention. La promesse de porte-fort s'oppose ainsi à la promesse de bons offices, pour laquelle le promettant n'est tenu que d'une obligation de moyens : faire tout ce qui est en son pouvoir pour obtenir l'accord du tiers.

Cette distinction doctrinale vient récemment d'obtenir l'approbation de la Cour de cassation. Pour les hauts-magistrats, «celui qui se porte fort pour un tiers promet le fait de celui-ci et s'engage à le procurer ; ... la Cour d'appel après avoir reproduit les termes de l'acte..., relève que C. ne s'est obligé qu'à aider par tous ses moyens à

---

(1)A. RIEG, Rép. civ., v° Porte-fort, n°17 ; M. STORCK, J.-Cl. Civ., art. 1120, n°37 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°682 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°277 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°826 note 171 ; Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. précité, Fasc. 111, Typologie des clauses d'allégement des obligations, n°32 ; J.-L. AUBERT, obs. citées infra ; J. BOULANGER, «La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui», Thèse Caen 1933, n°11, p.26 ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en Droit privé», Thèse Paris II 1985, n°678 et s., p.733 ; M. VERICEL, «Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ?», D. 1988, p.123 et note 2.

(2)C'est l'hypothèse la plus fréquente ; mais la promesse de porte-fort peut également concerner un fait purement matériel ou une simple abstention (cf. la lettre même de l'article 1120 ; A. RIEG, Rép. précité, n°2 ; J. BOULANGER, Thèse précitée, n°3, p.7).

légaliser l'acte de vente, et en déduit à bon droit et sans dénaturation que, n'ayant pas promis de procurer le consentement de dame D., il ne s'est pas porté fort pour celle-ci ; ... ayant exactement retenu que C n'avait contracté qu'une obligation de moyens, les juges du second degré» peuvent refuser d'engager sa responsabilité, dès lors qu'aucune faute n'est établie à son encontre[1].

213.– Cette solution prétorienne et doctrinale semble a priori critiquable : la transformation d'une obligation de résultat en obligation de moyens a pour conséquence de modifier le régime de responsabilité du promettant en diminuant ses diligences et en faisant porter la charge de la preuve sur le créancier. Pour atteindre cet effet, il ne semble pas qu'une disqualification de la convention s'impose.

Deux arguments incitent cependant à une certaine prudence. En premier lieu, la différence qui sépare l'obligation caractéristique de la promesse de porte-fort, de celle de la promesse de bons offices, est peut-être davantage une différence de nature que de degrés. Comme le souligne à juste titre un auteur, «on n'a pas assez remarqué qu'il n'était pas au pouvoir du porte-fort de parvenir au but recherché par le stipulant»[2]. L'activité du porte-fort est radicalement insuffisante pour réaliser une exécution parfaite du contrat : seule une intervention du tiers peut atteindre cet objectif. C'est une singulière obligation de résultat que celle qui ne peut pas être exécutée par son débiteur seul ![3]. De ce point de vue, l'engagement du porte-fort s'oppose nettement à celui du contractant qui a limité son intervention à une simple mission de bons offices : ce dernier est en quelque sorte maître de son destin, et la mauvaise exécution du contrat ne peut résulter que de son fait personnel[4].

---

(1) Civ. 3e 7 mars 1978, Bull. civ., III, n°108, p.84 ; obs. approbatives J.-L. AUBERT au Defrénois, 1979, p.370 ; Paris 25e ch. 30 septembre 1982, Juris-Data n°24681.

(2) J. BOULANGER, Thèse précitée, n°12, p.27.

(3) J. BOULANGER, Thèse précitée, loc. cit. «Singulière obligation de faire..., que celle qui ne peut être exécutée par celui qui l'assume». A tel point qu'il est même permis de se demander si l'obligation pesant sur le porte-fort est bien une obligation de résultat. M. BOULANGER semble en douter, puisqu'il constate que le porte-fort, en l'absence de ratification, «n'a pas commis de faute contractuelle car, pratiquement, il a assumé une obligation impossible» (n°13, p.28). Pour éviter d'alléger la responsabilité du porte-fort (n°13, p.30), cet auteur propose «de ne pas situer l'engagement du porte-fort dans le cadre des obligations de faire», mais de recourir à la notion de risque et de promesse d'indemnité : «le représentant déclare au cocontractant : je ne suis nullement habilité pour agir. Cette absence de pouvoirs fait naître un indéniable risque, puisque, jusqu'à la ratification, vous allez être engagé dans le rapport contractuel que nous avons formé par ailleurs. Mais ce risque, je le couvre. Je m'engage à vous indemniser de tout le dommage que pourra vous causer le refus du tiers» (n°14, p.31). Le porte-fort est un «assureur de risque», il contracte une «promesse d'indemnisation». Cette opinion isolée, qu'il serait également possible de rattacher à une notion d'obligation de garantie, au sens large, renforce, quelle que soit ses mérites, l'idée que c'est bien une différence de nature qui sépare l'obligation du porte-fort de celle contenue dans une promesse de bons offices.

(4) La bonne exécution peut, indirectement, résulter de l'accord du tiers.

La seconde remarque vient confirmer la constatation de cette opposition de nature : il semble en effet que la transformation de l'obligation de résultat du porte-fort en obligation de moyens perturbe le régime de cette convention au delà de la simple responsabilité du porte-fort. Une jurisprudence constante décide que dans l'hypothèse où le tiers ratifie le contrat projeté par le porte-fort et le stipulant, cette convention est réputée rétroactivement conclue au jour de la promesse de porte-fort. Cette solution ne bénéficie pas d'un fondement juridique assuré[1], mais il suffit ici de constater que cette rétroactivité est concevable dans le cadre d'une promesse de porte-fort, mais qu'elle paraît incompatible avec l'économie de la promesse de bons offices. En s'engageant d'ores et déjà sur le consentement du tiers, le porte-fort peut faire immédiatement apparaître un contrat éventuel, dont la perfection ne sera acquise qu'après la ratification du tiers[2]. Dans la promesse de bons offices, au contraire, le promettant n'a nullement stipulé sur l'engagement du tiers : il est impossible d'admettre que, dès cette promesse, une telle convention, même éventuelle, existe. Il faut en conclure, que le consentement du tiers, obtenu dans le cadre d'une promesse de bons offices, ne forme la convention avec le stipulant qu'à la date où il est émis.

Il convient dès lors de reformuler le principe général gouvernant cette matière. Dans la plupart des cas, la transformation d'une obligation de résultat en obligation de moyens, n'affecte pas la nature même de celle-ci ; elle ne modifie que les règles de responsabilité sanctionnant la mauvaise exécution du débiteur. Exceptionnellement, cette modification peut entraîner une véritable dénaturation de l'obligation, tout est alors affaire d'espèces(3) ; mais cette mutation entraîne une disqualification de la

---

(1)Cf. A. RIEG, Rép. précité, n°22 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°278.

(2)A. RIEG, Rép. précité, n°6 et s.

(3)Adde, pour une autre illustration : *la lettre de confort ou d'intention*. La promesse de payer une somme d'argent contenue dans un cautionnement, est une obligation de résultat. Toutes les obligations de sommes d'argent présentent ce caractère et il semble impossible d'admettre l'existence d'une obligation de moyens dans ce genre d'hypothèses. Par conséquent, lorsque une société assure un prêteur «qu'elle fera tous ses efforts, pour que sa filiale soit en mesure de satisfaire à ses obligations, mais sans s'engager à se substituer à celle-ci en cas de défaillance» (Paris 10 mars 1989, D. 1989, p.436 ; adde, pour d'autres exemples d'obligations de moyens : D. 1989, somm. p.294, obs. M. VASSEUR ; TGI Créteil 22 février 1989, Rev. Banque 1991, p.328, obs. crit. J.-L. RIVES-LANGE ; Com. 19 mars 1991, D. 1991, IR, p.163 ; Paris 13 juin 1991, Rev. jurispr. com. 1991, p.356, note J.-L. VALLENS (décision discutable) ; Com. 16 juillet 1991, D. 1991, IR, p.213), le passage de l'obligation de résultat, seule concevable dans un cautionnement, à une obligation de moyens équivaut à un changement de nature de cette obligation, qui entraîne une disqualification de la convention (v. admettant que l'obligation de résultat est indispensable à un cautionnement : I. NAJJAR, «L'autonomie de la lettre de confort», D. 1989, p.217).
L'analyse demeure cependant délicate, car nombre d'auteurs considèrent, qu'une lettre de confort peut avoir la nature d'une obligation de résultat, sans être un cautionnement (J. TERRAY, «La lettre de confort», Banque 1980, p.329 et s., spéc. p.335-336 ; M. DE VITA, «La jurisprudence en matière de lettres d'intentions», Gaz. Pal. 1987-2-doct. p.667 ; obs. J.-L. RIVES LANGE, précitées ; J.-L. VALLENS, note précitée). La solution semble admise par une partie de la jurisprudence (Paris

convention dont les conséquences sur le régime dépassent la seule responsabilité du débiteur de l'obligation caractéristique[1].

2) L'impossibilité exceptionnelle d'un aménagement partiel du régime d'une qualification

214.- L'éventualité de cette seconde atténuation est mise en évidence par le contrat de transport et les qualifications qui s'en rapprochent. Le voiturier est tenu de déplacer la chose remise ou le passager jusqu'à la destination convenue. Cette prestation est une obligation de résultat[2]. Il s'engage de surcroît, soit à conserver et restituer en bon état la marchandise déplacée, soit à assurer la sécurité du voyageur transporté, ces deux obligations accessoires ayant elles aussi la nature d'obligations déterminées. Dans tous les cas, le transporteur ne peut réussir à s'exonérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère, d'une faute de la victime ou s'agissant des marchandises, d'un vice propre.

Ces obligations sont quelque peu atténuées en matière de transport maritime[3] ou aérien[4], sans que la nature du contrat ne soit remise en cause. La solution légale est ici pleinement conforme au principe de neutralité affirmé précédemment.

La jurisprudence s'écarte en revanche de cette règle dans une hypothèse voisine : celle des contrats de remorquage (pour les choses) et de remonte-pente (pour les

---

31 mai 1989 (2 espèces), D. 1989, somm. p.327, obs. M. VASSEUR ; Paris 10 décembre 1991, D. 1992, IR, p.80).

Comp. historiquement, la «plévine simple» de l'ancien droit, où la caution s'engage seulement à user de toute son influence (qui peut être grande, s'il s'agit du seigneur) pour que le débiteur principal paie sa dette : A.-C. KOUACOU, «La portée du caractère accessoire du cautionnement», Thèse Nice 1985, p.19-20.

Rappr. Le bail à construction (Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°272, p.307). Dans cette convention, le bailleur doit accorder un droit réel au locataire. Il s'agit là d'une variété d'obligation de donner. Ces obligations sont toujours de résultat. La stipulation d'un simple droit personnel est incompatible avec cette qualification. L'obligation du bailleur est alors d'une nature distincte : il s'agit d'une obligation de faire, ces obligations sont d'une nature variable, mais en l'occurrence il s'agit aussi d'une obligation de résultat. La diminution de l'intensité des prérogatives du locataire, correspondant à un allégement des prestations du bailleur s'accompagne d'un changement de nature de l'obligation de ce dernier, sans changement du caractère de celle-ci (obligation de résultat). Cf. infra n°842.

(1) La rétroactivité de la ratification ne concerne pas uniquement le régime de la responsabilité du porte-fort, même s'il peut l'affecter (v. par exemple, en cas de décès du tiers, où la responsabilité, certainement exclue dans la promesse de bons offices, pourrait ne pas l'être dans la promesse de porte-fort (cf. A. RIEG, Rép. précité, n°39 et s.)).

(2) Cf. RODIERE, op. cit., n°494 ; Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°27 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., 5e édit., n°128.

(3) Art. 27 loi du 18 juin 1966 ; RODIERE, «Traité de droit maritime», op. cit., n°612 et s. ; RODIERE et DU PONTAVICE, «Droit maritime», 11e édit., n°364.

(4) Cf. supra n°210.

personnes)[1]. Dans ce cas, en effet, la nécessité d'un allégement de la responsabilité du transporteur se traduit par une disqualification de la convention qu'il convient d'essayer de justifier.

215.- 1) L'utilisation de la technique de la traction -voire du poussage- pour déplacer des objets est ancienne. Le hâlage en matière fluviale en constitue une des premières illustrations : une péniche y était tirée par des hommes, des animaux ou des engins à moteur circulant sur un chemin longeant le canal. C'est d'ailleurs dans le domaine fluvial que la Cour de cassation a eu l'occasion de poser les règles gouvernant cette matière. Après avoir longtemps évité de se prononcer[2], la Cour a fini par prendre parti, dans un arrêt dont les conclusions n'ont, en fait, jamais été remises en cause[3]. Aux termes de cette décision, «le contrat de transport auquel les articles 1782 et suivants du Code civil étendent, pour la conservation et la garde de l'objet confié les règles du dépôt et du séquestre, implique la remise au voiturier, par terre ou par eau, d'une chose inerte, statique, restant passivement sous la dépendance de celui-ci, et susceptible d'être conduite à destination, sans que, du fait de la chose elle-même, il ait à surmonter des difficultés inhérentes à son dynamisme et nécessitant des opérations ou manœuvres techniques» ; «... il résulte des qualités et motifs de l'arrêt attaqué... que le bateau-citerne R., déporté par le vent et par le flot, et ayant une tendance naturelle à échapper à la direction de remorquage, s'il n'avait pas de moyen de propulsion propre, avait du moins un gouvernail, mû par son équipage, qui régissait ses mouvements et lui donnait une certaine autonomie» ; «en l'état de ces constatations souveraines [...], si c'est à tort que l'arrêt attaqué, faute d'avoir constaté l'existence d'un lien de subordination, a estimé dans ses motifs, que le contrat litigieux était un contrat de louage de services, c'est au contraire à bon droit que, dans son dispositif, il a décidé que ce contrat n'était pas un contrat de transport, et que la nullité de la clause restrictive de responsabilité, édictée par l'article 103 du Code de commerce contre le seul voiturier, n'était pas encourue».

Cette décision impose de distinguer, pour qualifier le contrat, selon le rôle actif ou passif de la chose transportée. Lorsque celle-ci participe à l'exécution du déplacement,

---

(1) Juris-Data (question posée) : remorquage ou poussage ETP définition ou qualification ou distinction ou transport.

(2) Req. 25 février 1874, DP 1876-1-p.33 ; Civ. 27 janvier 1880, DP 1880-1-p.401 ; Civ. 2 juin 1886, DP 1886-1-p.460 ; Civ. 25 mai 1891, DP 1892-1-p.300.

(3) Soc. 12 mars 1942, DC 1943, p.35, note ROGER. Le doyen RODIERE a qualifié l'arrêt de «mauvais» ! Mais sa critique porte surtout sur la dernière phrase de l'arrêt qui peut faire croire, à tort, que les clauses limitatives ne sont pas valables en matière de transport, alors que la loi Rabier n'invalide que les clauses exonératoires (RODIERE, chr. Bull. transp. 1971, p.471 ; «Droit des transports», 1977, n°236, p.278, note 1 : «radicalement faux»).

le contrat n'est pas un transport (la Cour ne précise d'ailleurs pas la nature juridique de la convention dans cette éventualité)[1]. Le principe de cette distinction, a été accueilli par la jurisprudence postérieure, qui l'applique dans de très nombreuses hypothèses en matière terrestre, fluviale, maritime, aérienne et même dans le cadre du transport de personnes[2].

216.– Dans le domaine des transports terrestres , les tribunaux ont été amenés à se prononcer, tant à propos du rail que de la route[3]. En matière ferroviaire, la conclusion d'un contrat de remorquage se rencontre pour les wagons de particulier[4]. La S.N.C.F. accepte de faire circuler sur son réseau, dans le cadre d'un contrat innommé d'immatriculation, des wagons ne lui appartenant pas. Les contrats conclus ultérieurement pour le déplacement de ces wagons, vides ou chargés de marchandises, vers une destination déterminée, sont des contrats de transport. La Cour de cassation l'a admis à diverses reprises, qu'il s'agisse de la convention conclue avec

---

(1)La qualification va donc dépendre des circonstances de fait, relatives à la plus ou moins grande autonomie du remorqué. Cette variabilité ne doit pas choquer, et il est normal qu'une convention tienne compte de la réalité pratique, dont elle ne constitue qu'une traduction juridique. Une distinction similaire se rencontre d'ailleurs dans les droits étrangers (cf. M. SCHOLCH, Dr. marit. fr. 1977, p.52 (pour la R.F.A.) ; G. AUCHTER, Dr. marit. fr. 1978, p.306 (pour la R.D.A.)).

(2)Pour la doctrine : - *généralités* : L. MAZEAUD, «Le contrat de remorquage», Ann. dr. com. 1928, p.5 et s. ; Lamy transport 1992, T.1, n°7-8 ; JOSSERAND, «Les transports», n°778 bis, p.797 ; ESCARRA et RAULT, T.2, n°824, p.181 ; A. BRUN, «L'autonomie du contrat de transport», Ann. dr. sciences sociales 1935, p.49 et s., spéc. p.68 et s. ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°21 et s.

- *en matière terrestre* : G. DAVERAT, «La responsabilité civile et pénale du garagiste», Thèse Paris I 1981, n°490 et s., p.497 et s. ; E. DELOR, «Le remorquage automobile et la responsabilité des accidents entre remorqueur et remorqué», Rép. Commaille 1955-1-p.69 ; RODIERE, «Droit des transports», 2e édit., n°237, p.278 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°97, p.124. Adde : O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°204 et s. (sur le problème spécifique des voyageurs restés dans le véhicule remorqué).

- *en matière fluviale :* F. TERRE, «Le remorquage fluvial», Etudes de droit fluvial, 1957, p.276 et s. ; RODIERE, «Nature juridique du contrat de poussage», Bull. transp. 1971, p.474 ; P. BOULOY, «Le poussage fluvial», Cah. dr. ent. 1976/1, p.9 et s. ; RODIERE, op. cit., n°238 ; M. BOITARD, «L'évolution du contrat de transport», JCP 1952, I, 993, n°5.

- *en matière maritime* : J.-Y. BESSON, «Le remorquage en droit maritime», Thèse Rennes 1960 ; RODIERE, «Traité général de droit maritime, Affrètement et transports», T.3, n°1131 et s., p.355 et s. ; RODIERE et DU PONTAVICE, «Droit maritime», 11e édit., n°415 et s. ; L. DOR et J. VILLENEAU, «Le remorquage en droit maritime», LGDJ 1959 ; C. LEGENDRE, «Le contrat de remorquage maritime», Dr. marit. fr. 1958, p.3 et s. ; M. REMOND-GOUILLOUD, «Droit maritime», Pédone 1988, n°151 et s., p.85 et s.

(3)Adde : Civ. 1e 21 juin 1988, JCP 1988, II, 22125, note P. JOURDAIN ; JCP éd. E 1988, II, 15294, note Ph. DELEBECQUE ; D. 1989, p. 5 note Ch. LARROUMET (qualification de «convention d'assistance portuaire» du contrat par lequel le tracteur d'un aéroport tire l'avion d'une compagnie aérienne, avant l'envol ou après l'atterrissage).

(4)Sur les wagons de particuliers, cf. RODIERE, op. cit., 2e édit., n°47 et s., p.55 et s., spéc. n°57, 59 et 62 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., 5e édit., n°188 et s. ; Lamy Transports, T.2, 1992, n°5201 et s., spéc. n°5223, 5267 et 5282.

l'expéditeur-propriétaire du wagon[1] ou de celle passée avec un expéditeur, simple locataire du wagon[2]. Antérieures à l'arrêt de 1942, ces décisions en respectent implicitement les principes : le wagon remorqué est dépourvu de moyens de propulsion et de direction et il circule de surcroît entre deux rails qui limitent ses mouvements. Il s'agit, par conséquent, d'une exemple flagrant de «passivité» dans l'accomplissement de l'opération de déplacement, qui justifie l'adoption d'une qualification de transport.

217.– Les solutions sont en revanche plus nuancées en matière routière, car le rôle de la chose remorquée y est variable.

Par analogie avec la solution adoptée pour les wagons, le remorquage d'une semi-remorque par un chauffeur routier propriétaire du seul engin tracteur doit être qualifié de contrat de transport : la semi-remorque ne possède pas de motorisation, ni de direction autonomes et elle forme, par sa fixation étroite , un ensemble unique avec le tracteur. Cette solution est celle de la majorité de la jurisprudence, qu'elle soit explicite[3] ou admise implicitement dans des affaires où la qualification n'était pas discutée[4]. Seule doit être réservée l'hypothèse d'une location du tracteur avec chauffeur[5].

La situation est beaucoup moins tranchée et les juridictions sont plus hésitantes lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique de la convention par laquelle un garagiste s'engage à remorquer jusqu'à son établissement une automobile en panne, qu'il ne peut réparer sur place[6]. Le contrat est sans aucun doute un transport si c'est

---

(1) V. par ex. : Civ. 29 octobre 1912, DP 1913-1-p.517 ; Civ. 27 mai 1918, DP 1926-1-p.204 ; adde les nombreuses décisions postérieures citées par RODIERE, op. cit., n°57, note 3 et 4 ; Com. 22 janvier 1973, Bull. transp. 1973, p.109.

(2) V. par ex. : Civ. 29 octobre 1912, S. 1913-1-p.271, 1e espèce ; DP 1913-1-p.517, 1e et 3e espèces.

(3) Montpellier 19 janvier 1982, D. 1984, IR, p.216 et sur pourvoi (rejet), Com. 8 juin 1983 (ibid) ; Paris 17 mars 1982, Bull. transp. 1982, p.395 ; Versailles 4 novembre 1987, Juris-Data n°46159 ; Com. 21 juin 1988, Bull. transp. 1988, p.455. Adde, les décisions inédites citées in Lamy Transport, T.1., 1992, n°7.

(4) Com. 17 décembre 1980, Bull. transp. 1981, p.155 ; Paris 20 octobre 1981, Bull. transp. 1982, p.38 ; Com. 18 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.607. Adde Com. 9 avril 1970, Bull. transp. 1970, p.190 (refus d'une qualification de société).

(5) Paris 26 avril 1960, D. 1960, p.565, note R. R. ; Bull. transp. 1960, p.202 ; Douai 16 septembre 1982, Bull. transp. 1983, p.282 (décision très ambiguë, qui ne qualifie par le contrat ; pour le commentateur au bulletin des transports, la Cour applique implicitement les règles de la location ; adde, dans le même sens, Lamy Transport, T.1, 1992, n°8).

(6) Cette situation suscite une autre difficulté : le déplacement n'est-il pas la première obligation du garagiste, pris en qualité de réparateur ? Cette prestation serait alors une obligation accessoire intégrée dans un contrat d'entreprise. Tout dépend, en fait, de la volonté des parties. Si, dès le début du remorquage, il est certain que le garagiste peut effectuer la réparation dans son établissement et que le client lui a d'ores et déjà demandé de le faire, cette qualification paraît justifiée (v. cependant

un préposé du garagiste qui s'installe au volant du véhicule remorqué. Mais cette hypothèse est peu fréquente, et en général, c'est le propriétaire de l'automobile, qui participe directement à l'exécution de la manœuvre. Le rôle actif de la chose transportée est ici aisément perceptible : le véhicule garde sa direction propre et son dispositif de freinage. Leur utilisation intempestive, par un conducteur profane qui – d'une certaine manière, heureusement – n'est pas familier de ce genre d'opérations, peut conduire à divers incidents, faisant échec à la réussite du remorquage : rupture du câble de liaison, sortie de route, etc... Nombre de décisions anciennes, intervenues à l'occasion d'un dommage causé à un tiers par le véhicule remorqué, limitent leur intervention à l'application des règles de la responsabilité délictuelle, en se contentant de préciser qui, du garagiste ou de son client, est le gardien du véhicule en panne[1]. Cette recherche s'effectue selon des critères assez voisins de ceux employés par la qualification du contrat, mais il paraît, difficile, cependant, d'en tirer des conclusions incontestables. S'agissant des décisions qui ont véritablement examiné la nature des relations contractuelles unissant le garagiste au propriétaire de l'automobile remorqué, les solutions sont assez variées. Quelques espèces retiennent la qualification de transport[2], mais la majorité de la jurisprudence semble plutôt en sens contraire[3]. Parmi ces dernières, les qualifications retenues sont assez diverses : louage d'ouvrage[4],

---

Paris 30 janvier 1960, précité, transport suivi d'un louage). Mais si la panne est inconnue ou si le remorquage est effectué à destination d'un autre garage (concessionnaire de la marque, par exemple), le contrat conclu se limite à un déplacement.

(1) Riom 21 octobre 1926, Gaz. Pal. 1927-1-p.159 ; Paris 3 janvier 1933, Gaz. Pal. 1933-1-p.477 ; Poitiers 26 mars 1935, S. 1935-2-p.220 ; Tb. com. Reims 27 janvier 1939, S. 1939-2-p.104 (l'application des règles délictuelles est en l'espèce contestable) ; Tb. civ. Bayonne 20 mars 1945, S. 1945-2-p.65, note F. BERNARDIN ; Colmar 7 février 1951, D. 1951, somm. p.72 ; Civ. 2e 20 mai 1953, Bull. civ., II, n°173, p.104 ; Civ. 2e 12 octobre 1955, Bull. civ., II, n°434, p.269 ; Tb. paix Saint-Denis 15 mars 1957, Gaz. Pal. 1957-1-p.385 ; Civ. 2e 15 mai 1961, Bull. civ., II, n°358, p.260 (entre les parties...) ; TI Sceaux 14 février 1962, Gaz. Pal. 1962-2-p.107 ; Civ 1e 9 avril 1975, Bull. transp. 1975, p.395.
Adde : Com. 14 janvier 1987, Bull. transp. 1987, p.146 (le conducteur resté au volant du véhicule remorqué est un conducteur au sens de la loi Badinter).

(2) Rennes 7 novembre 1933, S. 1935-2-p.220 (qui parle déjà de rôle passif et qui aurait maintenu une obligation de résultat si le contrat avait été un louage d'ouvrage...) ; Paris 30 janvier 1960, D. 1960, somm. p.61 ; Rouen 26 mai 1977, Bull. transp. 1980, p.134 et 126 ; Versailles 12 janvier 1989, D. 1989, IR, p.72 (implicitement, le transport n'étant rejeté que parce que la Cour estime que le voiturier n'est pas un professionnel). Rappr. Soc. 21 janvier 1987, Bull. transp. 1987, p.183 (application de la convention collective du transport aux entreprises de remorquage de véhicules en panne).

(3) Cf. refusant la qualification de transport : Tb. civ. Château-Thierry 30 juillet 1925, Gaz. Pal. 1925-2-p.684 ; Tb. civ. Sens 26 février 1931, DP 1931-2-p.38, note LALOU ; Tb. com. du Mans 6 septembre 1938, Gaz. Pal. 1938-2-p.818 ; Paris 22 novembre 1938, Gaz. Pal. 1939-1-p.180 ; Orléans 12 avril 1943, Gaz. Pal. 1943-1-p.279 ; S. 1943-2-p.63.

(4) Tb. civ. Sens 26 février 1931, précité ; Tb. com. du Mans 6 septembre 1938, précité ; Orléans 12 avril 1943, précité.

louage de services[1], location avec chauffeur[2]. Et certaines juridictions hésitent même entre deux qualifications (!)[3].

218.– En matière fluviale et maritime, la jurisprudence antérieure à l'arrêt de 1942 a, semble-t-il, évolué. Après avoir été plutôt favorable à la qualification de transport[4], les tribunaux ont assez rapidement écarté cette qualification au profit du louage d'ouvrage[5] ou du louage de services[6].

A la suite de la prise de position de la Cour de cassation, les solutions du secteur maritime, et du secteur fluvial divergent quelque peu. En matière fluviale, le principe de la distinction selon le rôle actif ou passif du remorqué garde son empire. Mais les conditions matérielles de ce genre de remorquages conduisent souvent à l'admission d'une qualification de transport[7]. Les tribunaux en décident notamment ainsi lorsque le déplacement s'effectue par poussage. La Cour de cassation l'a expressément admis, dans un arrêt de 1973, qui, conformément à la décision de 1942, insiste sur le rôle passif du bateau poussé, rigidement lié au bateau pousseur, qui conserve la maîtrise de l'opération[8].

En matière maritime, en revanche, la qualification de transport est devenue l'exception, réservée au remorquage de barges dépourvues de tout mode de propulsion et de direction propres[9]. Les praticiens ont d'ailleurs accentué ce particularisme, en essayant systématiquement de conférer conventionnellement au remorqué la maîtrise de l'opération, afin d'écarter toute responsabilité du navire

---

(1) Tb. civ. Château-Thierry 30 juillet 1925, précité (?) ; Paris 22 novembre 1938, précité.

(2) Paris 26 avril 1960, précité (l'arrêt concerne la traction d'une semi-remorque, dont le tracteur précédent était en panne) ; adde Tb. civ. Château-Thierry 30 juillet 1925, précité (motifs in fine).

(3) Tb. civ. Périgueux 22 novembre 1923, Gaz. Pal. 1924-1- v° Louage d'ouvrage, n°25 et 26 (louage ou transport ?) ; Paris 22 novembre 1938 (louage de services ou d'ouvrage ?). Adde, non qualifié : Bordeaux 29 juin 1978, Gaz. Pal. 1979-1-somm. p.68.

(4) Paris 21 février 1873 sous Req. 25 février 1874, précité ; Pau 12 mars 1878, sous Civ. 27 janvier 1880, précité ; Tb. sup. Papeete 29 décembre 1887, sous Civ. 25 mai 1891, précité.

(5) Paris 16 avril 1886, DP 1887-2-p.54 ; Poitiers 24 décembre 1888, S. 1889-2-p.161, note LE COURTOIS (qualification non précisée) ; Paris 26 novembre 1892, DP 1893-2-p.142 (qualification non précisée, mais la référence au rôle actif du remorqué est clairement admise) ; Rouen 16 juillet 1913, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1912-1920, v° Navigation, n°33 ; Tb. com. du Havre 7 février 1917, S. 1920-1-p.340 ; Rouen 6 janvier 1937, S. 1937-2-p.230.

(6) Tb. com. de la Seine 2 octobre 1924, Gaz. Pal. 1925-1-p.32.

(7) Paris 16 janvier 1950, Gaz. Pal. 1950-1-p.166 (refus du transport, mais qualification non précisée).

(8) Com. 23 janvier 1973, Bull. transp. 1973, p.366 rejetant le pourvoi fermé contre Douai 4 décembre 1970, Bull. transp. 1971, p.482 ; Tb. com. Paris 9 mai 1981, Bull. transp. 1981, p.435 (la décision est contestable pour une autre raison : le déplacement semblait en l'espèce gratuit. Cf. infra n°937).

(9) Tb. com. Saint-Nazaire 7 mai 1952, JCP 1953, IV, p.3.

remorqueur[1]. Mais le législateur est intervenu pour réglementer le remorquage maritime : cette convention est désormais, en matière maritime un contrat nommé. Les articles 26 à 30 de la loi du 3 janvier 1969 opèrent une distinction entre le remorquage portuaire et le remorquage en haute-mer, et ils fixent dans chacun de ces cas un système légal, auquel les parties peuvent déroger par convention expresse[2]. Aux termes de l'article 26 de ce texte, «les opérations de remorquage portuaire s'effectuent sous la direction du capitaine du navire remorqué. Les dommages de tous ordres survenus au cours des opérations de remorquage sont à la charge du navire remorqué, à moins qu'il n'établisse la faute du remorqueur». Au contraire, selon l'article 28, «les opérations de remorquage en haute-mer s'effectuent sous la direction du capitaine du remorqueur. Les dommages de tous ordres survenus au cours des opérations sont à la charge du remorqueur, à moins qu'il n'établisse la faute du navire remorqué». Les articles 27 et 29 autorisent les parties dans chacune de ces hypothèses, à renverser le système légal et à adopter conventionnellement, pour le régime du remorquage portuaire le régime légal du remorquage en haute-mer et inversement[3]. Enfin, l'article 30 de la loi édicte, une prescription abrégée de deux ans pour les actions nées à l'occasion d'opérations de remorquage. La question de la nature juridique du remorquage maritime, n'est donc plus une difficulté cruciale, même s'il peut être intéressant d'essayer de préciser de quelle convention cette qualification nouvelle se rapproche le plus.

219.– La position de la Cour de cassation en matière aérienne, est beaucoup plus délicate à déterminer. Dans ce domaine, l'hypothèse du remorquage se rencontre pour la traction de planeurs de leur décollage jusqu'au point de largage en altitude. A priori, le déplacement du planeur présente ici, comme ailleurs, un certain aléa, du fait du rôle actif occupé par son pilote. Une mauvaise manœuvre de celui-ci, notamment au décollage peut, non seulement faire échouer le remorquage mais provoquer un

---

(1) Tb. com. Rouen 1 décembre 1961, Rev. jurispr. com. 1962, p.52 ; Poitiers 15 février 1961, sous Com. 21 juillet 1964, Bull. civ., III, n°391 (les juges du fond retiennent le louage de services). Sur la justification économique de ce renversement, cf. M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE, note JCP 1964, II, 13784, sous Com. 12 février 1964.

(2) Sur ce texte : RODIERE, «Traité général de Droit maritime», T.3, n°1131 et s. ; en collaboration avec E. DU PONTAVICE, «Droit maritime», op. cit., n°418 et s. ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°96 et s., p.123 et s. ; A. CHAO, Rép. com., v° Remorquage.

(3) La possibilité pour les parties de s'écarter du texte de la loi en stipulant notamment que le remorqué sera responsable, même en cas de faute du remorqueur, est discutée (cf. Ph. DELEBECQUE, note JCP éd. E 1985, II, 14430, p.134, sous Com. 21 juin 1983 et Thèse précitée, n°96, p.124 ; RODIERE et DU PONTAVICE, op. cit., n°418, qui estiment que les solutions posées par la loi de 1969 sont supplétives de la volonté des parties).

accident à l'avion tracteur[1]. La seule décision rendue par la Cour de cassation dans ce genre d'affaire est pourtant loin de confirmer cette analyse[2]. Un fabricant de planeurs voulant montrer son nouveau modèle aux membres d'un aéro-club, effectue un vol de démonstration, un moniteur se chargeant de tracter le planeur au décollage avec un avion du club. Peu après, le moteur émet des ratés, et le pilote de l'avion est contraint de lâcher le planeur à une altitude trop faible : celui-ci s'écrase après avoir endommagé une ligne EDF. Condamné délictuellement à indemniser ce dernier dommage, le fabricant se retourne contractuellement contre l'aéro-club. La Cour d'appel fait droit à cette demande. Comme le remarque ultérieurement l'avocat général[3], une faute de négligence n'est nullement exclue en l'espèce, puisque de fines particules ont été retrouvées dans la cuve du carburateur. C'est pourtant une autre voie qu'emprunte la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi : «la Cour d'appel a justement retenu que le responsable d'une opération de remorquage d'un planeur [contracte] l'obligation de fournir un appareil susceptible de conduire le planeur à l'altitude convenue à l'avance». Pareille motivation s'avère fort ambiguë. En premier lieu, la qualification du contrat n'est pas précisée. L'obligation de «fourniture» pourrait faire penser à la location avec chauffeur, mais cette solution est difficile à concevoir : il est évident que la maîtrise de l'opération n'appartient pas au pilote du planeur. C'est donc davantage vers un contrat de déplacement qu'il convient de se tourner, ainsi que l'indique la fin de l'attendu : «conduire... à l'altitude convenue»[4]. En recourant à une obligation de résultat, la Cour semble adopter une qualification implicite de transport. Le remorquage aérien bénéficierait donc d'un régime plus favorable au remorqué, le rôle actif de ce dernier n'étant peut être déterminant que lors de la période de décollage[5]. Rien n'est moins sûr pourtant, car la formule utilisée par la Cour rappelle fortement la solution retenue par la jurisprudence en matière de remonte-pente : tenu d'une obligation de moyens si son engin fonctionne correctement, le remorqueur serait tenu d'une obligation de résultat quant à fourniture d'un matériel au fonctionnement correct.

---

(1) Civ. 1e 21 décembre 1976, Bull. civ., I, n°422, p.329 (fausse manœuvre d'un stagiaire lors de son premier vol, décès du pilote de l'avion).

(2) Civ. 1e 14 mars 1978, Bull. civ., I, n°106, p.86.

(3) P. GULPHE, «Sur la responsabilité civile en matière de remorquage de planeurs», Mélanges RODIERE, p.393 et s.

(4) Cf. P. GULPHE, op. cit., loc. cit.

(5) Faudrait-il réserver l'obligation de moyens à cette période, à l'instar des transports de personnes, pour les périodes d'embarquement et de débarquement ? (remonte-pente et transport de personnes avant le revirement de 1989).

220.– Ce rapprochement du contrat de remorquage et du contrat de remonte-pente ne doit pas surprendre : plusieurs auteurs ont depuis longtemps souligné les similitudes unissant ces deux hypothèses[1]. Le contrat de remonte-pente est une variété de remorquage, appliqué aux personnes : à l'instar d'un bateau ou d'un navire remorqué qui participe à la manœuvre, le skieur joue un rôle actif dans l'accomplissement du déplacement. Ses skis restent constamment en contact avec le sol[(2)] ; il doit veiller à son équilibre, garder ses spatules dans les traces, ne pas lâcher la perche, surveiller les particularités du terrain, etc... La Cour de Grenoble, première juridiction saisie de cette difficulté, a considéré en 1941, que cette convention n'était pas un «véritable transport» mais un contrat innommé[3]. Elle a toutefois maintenu à la charge de l'exploitant une obligation de sécurité-résultat, ce qui lui a valu d'encourir la censure de la Cour de cassation[4]. Cet arrêt est postérieur, de quelques années, à la décision de 1942, rendue en matière de remorquage fluvial. Il en reprend les principes et son chapeau possède une structure grammaticale tout à fait comparable : «le contrat de transport, qui oblige le transporteur à conduire le transporté sain et sauf, à destination, suppose que celui-ci s'en est remis entièrement à celui-là pour la maîtrise

---

(1)Cf. H. DESBOIS, note DC 1943, p.143, sous Grenoble 11 mars 1941 ; F. TERRE, art. précité, n°29, p.276.

(2)Le contrat de remonte-pente étudié présuppose cette condition. La traction est opérée par l'intermédiaire de perches, de pioches ou d'archets (Chambéry 7 novembre 1960, JCP 1961, II, 11942). Cette convention doit être distinguée des contrats de téléphériques ou de télécabines, où le skieur déchausse et prend place dans un véhicule, et des contrats de télésiège, ou sans déchausser, le skieur s'asseyait sur un siège qui lui fait perdre contact avec le sol (cf. en faveur de cette distinction : W. RABINOVITCH, «Les sports de montagne et le droit», Litec 1980, n°116 et s., p.77 et s. ; M. M., note JCP 1988, II, 21082, sous Civ. 1e 17 février 1987). Dans ces deux contrats, le skieur joue pendant le trajet un rôle passif. La qualification de transport n'est pas contestable (Grenoble 10 juin 1970, Gaz. Pal. 1970-2-p.291, note W. R. ; comp. TGI Chambéry 20 mai 1965, JCP 1965, II, 14328, note W. RABINOVITCH, «contrat de transport sui generis»). L'exploitant est dans les deux cas tenu d'une obligation de résultat quant au déplacement. La solution est identique pour l'obligation de sécurité pendant le trajet (Civ. 1e 17 février 1987, précité ; Civ. 1e 11 mars 1986, Bull. civ. 1986, I, n°65, p.62 ; RTD civ. 1986, p.767, obs. J. HUET ; Aix 30 mai 1990, Juris-Data n°46917 (télésiège)). Les contrats de télécabines et de télésièges ne semblent se distinguer que pour les opérations d'embarquement : l'obligation de sécurité résultat de l'exploitant d'un télésiège ne commence qu'à la fin de l'embarquement, alors qu'elle débute dès le commencement de celui-ci dans un contrat de télécabine (comme pour un transport ferroviaire avant le revirement de 1989). Les solutions sont symétriques à la descente. Il en résulte que dans le contrat de télésiège, toutes la période d'embarquement ou de débarquement est couverte par une obligation de sécurité-moyens, alors que celle-ci est de résultat dans un contrat de télécabine. Il n'y a plus, d'ailleurs, dans ce contrat, d'obligation de sécurité moyens, puisqu'avant que le skieur ait posé un pied dans le véhicule et après qu'il en soit descendu, c'est désormais une responsabilité délictuelle qui s'applique (cf. W. RABINOVITCH, op. cit. ; J. HUET, obs. précitées).

(3)Grenoble 11 mars 1941, précité.

(4)Com. 7 février 1949, JCP 1949, II, 4959, note RODIERE ; D. 1949, p.377, note F. DERRIDA ; RTD com. 1949, p.524, obs. J. HEMARD.

et l'exécution de l'entreprise, sans intervention personnelle et active de sa part concourant à la réalisation matérielle du transport». La participation active du skieur ayant en l'espèce été démontrée, la Cour estime que les juges du fond ont violé les articles 1784 et 1147 du Code civil en étendant «les règles strictes et spéciales du contrat de transport comportant la responsabilité du voiturier conservant la direction exclusive des opérations de transport» à ce contrat sui generis.

221.– La Cour a maintenu sa position en 1963[1], mais a fini par l'abandonner cinq ans plus tard[2] : l'exploitant d'un remonte-pente encourt «une obligation déterminée de sécurité». Cette décision appelle cependant plusieurs remarques. En premier lieu, et la jurisprudence ultérieure l'a confirmé[3], ce revirement est resté sans conséquence sur la qualification de la convention qui demeure un contrat innomé ; cette solution est d'ailleurs logique, puisqu'en se contentant de viser l'obligation de sécurité, la Cour de cassation n'a fait que préciser les caractères d'une obligation accessoire de l'exploitant. Or, une prestation secondaire n'influe pas sur la nature du contrat qui l'accueille[4]. Le skieur maladroit qui chute sans se blesser, doit prouver la faute de l'exploitant et un nouvel essai donnera lieu à la conclusion d'un nouveau contrat rémunéré distinctement : le premier voyage manqué ne sera pas remboursé. Ensuite, cette décision ne paraît pas remettre en cause la distinction posée en 1942 et 1949 : selon l'avis autorisé du conseiller rapporteur, annotateur au Dalloz, le rôle du skieur est considéré par la Cour comme «très médiocrement actif»[5]. Enfin, il n'est pas certain que cet arrêt ait fixé la jurisprudence. En réalité, les juges du fond ont toujours adopté, et ce, même avant ce revirement, un système intermédiaire, fondé sur l'origine du dommage : si le préjudice provient d'un fonctionnement défectueux du matériel, c'est bien une obligation de résultat qui pèse sur l'exploitant ; en revanche, si ce dispositif a fonctionné correctement, il appartient à la victime de prouver la faute de l'exploitant[6].

---

(1) Civ. 1e 8 octobre 1963, JCP 1963, II, 13429.

(2) Civ. 1e 8 octobre 1968, D. 1969, p.157, note J. MAZEAUD ; Gaz. Pal. 1968-2-p.361, note W. RABINOVITCH ; JCP 1969, II, 15745, note W.R. ; RTD civ. 1969, p.345, obs. G. DURRY.

(3) Cf. infra n°519 et s.

(4) Cf. infra n°499 et s., n°517-518.

(5) Rappr. P. CHOGNON, «Les remontées mécaniques des stations de sport d'hiver», Thèse Clermont-Ferrand 1971, p.139, qui révèle qu'une évolution s'est produite depuis 1955 et que la majorité des accidents est désormais due à des erreurs d'exploitation.

(6) Cf. P. CHOGNON, Thèse précitée, p.226 et 245 et s., qui estime que l'obligation de sécurité dans le contrat de remonte-pente est hybride, ni véritable obligation de moyens, ni véritable obligation de résultat. Sur cette jurisprudence, cf. infra n°521.

222.- La Cour de cassation a eu la possibilité de faire une nouvelle application de cette distinction à l'occasion d'une affaire, dont le pittoresque a assuré la notoriété. Une touriste désirant visiter le cirque de Gavarnie, avait entamé son excursion au dos d'une ânesse, conduite par son propriétaire dont c'était la profession. La bête ayant fait un écart, la cliente s'était blessée en tombant. La Cour approuve les juges du fond d'avoir engagé la responsabilité de l'ânier sur le fondement d'un contrat de transport, en relevant que ceux-ci avaient constaté que les circonstances de l'espèce excluaient «toute participation active de la victime comme tout aléa dans l'exécution du contrat»[1]. Cette décision est restée isolée[2]. La Cour de cassation a notamment admis, dans l'hypothèse voisine d'une promenade à cheval organisée pour voir le lac Pavin, que le prestataire était un loueur de chevaux, permettant la pratique du sport équestre[3]. L'éviction de la qualification de transport est désormais acquise pour les promenades à cheval, accompagnées d'un moniteur. La Cour oppose les cavaliers «aptes à se tenir sur leur monture» qui s'adressent à des loueurs de chevaux, aux touristes «ignorant tout de l'équitation» qui concluent un contrat de divertissement avec un «entrepreneur de promenade»[4]. Cette seconde solution est assez difficile à justifier, car deux explications peuvent être avancées.

Dans les deux cas, louage de choses ou entreprise, pratique d'un sport ou divertissement, la Cour n'impose pas d'obligation de sécurité-résultat, mais une obligation de moyens plus ou moins renforcée. Il est possible d'y voir une reconnaissance implicite du rôle actif minimal de tout cavalier. La différence des situations de fait avec l'affaire de Gavarnie est évidente : l'âne est une bête paisible, conduite par son maître qui marche à pied à ses côtés, alors que le moniteur

---

(1) Civ. 1e 25 avril 1967, JCP 1967, II, 15156, note crit. RODIERE qui nie le rôle passif de la cliente qui n'est pas, et ne doit pas être, «un sac de pommes de terre» ; RTD civ. 1967, p.837, obs. G. DURRY. V. aussi les critiques de R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.121 et s.

(2) Rappr. TGI Paris 12 décembre 1967, JCP 1968, II, 15619, note RODIERE (excursion à dos de chameau - qualification non discutée).

(3) Civ. 1e 16 mars 1970, D. 1970, p.421, note RODIERE. Les juges du fond avaient pourtant appliqué strictement la solution de l'arrêt de 1967 (cf. TGI Clermont-Ferrand 26 décembre 1967, Gaz. Pal. 1968-1-p.246 ; RTD civ. 1968, p.555, obs. G. DURRY).

(4) Civ. 1e 27 mars 1985, Bull. civ., I, n°111, p.102 (arrêt de principe)
Dans le même sens : Civ. 1e 11 mars 1986, Bull. civ., I, n°64, p.61 ; RTD civ. 1986, p.609, note Ph. REMY ; D. 1987, somm. p.467, obs. E. WAGNER ; RTD civ. 1986, p.768, obs. J. HUET ; Civ. 3e 3 mai 1988, Bull. civ., I, n°126, p.87 ; Pau 7 janvier 1988, D. 1989, somm. p.408, obs. E. WAGNER.
Adde, avant l'arrêt de 1985 : Civ. 1e 9 janvier 1968, JCP 1968, II, 15405 ; 17 février 1982, Bull. civ., I, n°82, p.71 ; 10 mai 1983, D. 1984, IR, p.186, obs. E. WAGNER (manège).

d'équitation ne tient pas les chevaux par la bride et que ceux-ci sont, par nature, susceptibles de réaction imprévisible[1].

A cette analyse, qui respecte les principes posés en 1942 et 1949, il est possible d'en opposer une autre. En constatant l'ignorance des clients relativement au sport équestre, la Cour de cassation semble considérer que le rôle de ceux-ci est peu actif. L'activité se déroulant de surcroît selon un «itinéraire imposé par les «préposés» qui les accompagnent», les éléments essentiels du transport paraissent réunis. En réalité, si cette qualification est écartée, c'est pour d'autres raisons. L'obligation de déplacement ne constitue plus dans ce genre d'opération qu'un élément d'une prestation plus générale de divertissement. La dextérité du cavalier n'est plus alors qu'un indice permettant de distinguer ces deux hypothèses.

223.– 2) Il n'est certainement pas possible de résoudre ce conflit de qualifications en adoptant une solution simple et tranchée. Mis à part quelques auteurs anciens[2], la doctrine est unanime pour admettre que le contrat de remorquage recouvre en réalité plusieurs conventions de natures distinctes[3]. Pour essayer d'y voir plus clair, il convient de distinguer successivement plusieurs difficultés.

Une équivoque doit, en premier lieu, être dissipée : il paraît inexact de considérer que la fourniture d'une force motrice est une obligation d'une nature différente de l'obligation de déplacement assumée par un transporteur[4].

L'expression force motrice peut faire penser à la force de travail. Et il est vrai que nombre de décisions se réfèrent au louage des services[5]. Les conditions d'emploi de

---

(1)En ce sens : Paris 10 décembre 1935, Gaz. Pal. 1936-1-p.268 ; Civ. 1e 6 juin 1961, D. 1961, p.772. Contra : G. DURRY, obs. RTD civ. 1968, p.555.

(2)GUILLOUARD, «Traité du louage», T.2., n°737 (jamais un transport) ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, 3e édit., n°3433, p.823 (toujours un transport).

(3)L. MAZEAUD, art. précité ; F. TERRE, art. précité ; H. LALOU, note DP 1931-2-p.38 ; JOSSERAND, op. cit. ; ESCARRA et RAULT, op. cit. ; F. BERNARDIN, note précitée ; E. DELOR, chr. précitée ; G. DAVERAT, Thèse précitée, n°497, p.501 ; MAZEAUD, «Traité de la responsabilité civile», T.3, Vol. 2, n°2538, p.41 et s. ; RODIERE, «Droit des transports», 2e édit., n°236, p.277 ; RODIERE et DU PONTAVICE, op. cit., n°418 ; M. REMOND-GOUILLOUD, op. cit., n°155 ; J.-Y. BESSON, op. cit., p.100 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.149.

(4)V. pourtant en ce sens : - les décisions des juges du fond, citées infra n°223, 11e note.
- en doctrine : H. DESBOIS, note précitée, DC 1943, p.143 ; B. BOULOY, art. précité ; L. MAZEAUD, art. précité, p.17.

(5)V. par exemple :- *en matière de remorquage routier* : Tb. civ. Château-Thierry 30 juillet 1925, précité ; Paris 22 novembre 1938, précité.
- *en matière maritime ou fluviale* : Tb. com. de la Seine 2 octobre 1924, précité ; Tb. civ. de Sens 2 février 1955, cité par E. DELOR, chr. précitée.
Adde : RODIERE et du PONTAVICE, op. cit., n°416.
Contra : J.-Y. BESSON , Thèse précitée, p.120 et s. ; RODIERE, «Droit maritime», n°1145, p.375.

cette terminologie sont souvent douteuses et la lecture de ces espèces laisse parfois l'impression que les magistrats visaient en réalité le louage d'ouvrage. Cette analyse a été fermement condamnée par la Cour de cassation en 1942 : l'adoption de la qualification de contrat de travail suppose la mise en évidence d'un lien de subordination qui ne se rencontre pas dans le contrat de remorquage, sauf hypothèse particulière[1], ou à titre de prestation accessoire à une location du remorqueur[2].

Si l'exclusion du contrat de travail ne suscite guère d'hésitations, celle du louage d'ouvrage semble a priori plus délicate[3]. Une solution identique s'impose cependant. L'autonomie de la convention de fourniture de force motrice n'est qu'une pure apparence, rendue possible par une terminologie ambiguë. La critique ne porte pas sur le contenu du contrat de remorquage -le remorqueur fournit bien une force motrice-, mais sur la conception du transport qu'elle présuppose. Car le transporteur fournit également une force motrice ! Du point de vue des sciences physiques, pour déplacer un corps, il est indispensable d'exercer sur lui une force déterminée. Les contractants qui ne fournissent pas celle-ci ne peuvent être qualifiés de transporteurs : pilote qui dirige un navire dans un port[4], navire qui se contente d'en escorter un autre[5] fournisseur de bicyclettes qui ne se déplaceront que si le cycliste... veut bien appuyer sur les pédales ![6].

---

(1) Cour imp. d'Orléans 2 décembre 1857, S. 1858-2-p.591 (marinier fournissant les hommes et les agrès nécessaires pour passer des péniches d'un canal à un autre).

(2) Cf. infra n°225 et n°226 (note).

(3) La convention est supposée remplir par ailleurs les caractéristiques d'un transport (caractère synallagmatique onéreux et qualité de professionnel du prestataire). (cf. RODIERE, chr. Bull. transp. 1971, p.475 ; Versailles 12 janvier 1989, D. 1989, IR, p.72 qui refuse, à tort, de considérer un garagiste comme un professionnel du remorquage).

(4) L'exclusion de la qualification de transport est unanimement admise. Positivement, les auteurs retiennent celle de contrat d'entreprise car, si le pilote ne «démonte» pas le commandant, il n'est pas considéré en général comme son subordonné : Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Com., Fasc. 1180, Pilotage, n°96 ; R. RODIERE, «Traité général de droit maritime Introduction Armement», 1976, n°448, note 2 ; adde B. GONTIER, «Le pilotage maritime», Thèse Paris 1965 (cet auteur écarte implicitement le transport (v. la référence à plusieurs reprises à une responsabilité fondée sur une simple obligation de moyens : p.176, p. 244 et p.246) mais reste flou sur la qualification retenue : la référence au «louage de services» (p.21) semble correspondre plutôt à un contrat d'entreprise (v. en effet p.244 (responsabilité pas seulement retenue pour faute lourde) et p.242, pour l'affirmation que le pilote assure la direction de la manœuvre)) ; G. DE FOS COLETTE, «Profession : pilote», Bull. transp. 1990, p.733.
Contra : Rouen 29 avril 1966, Dr. marit. fr. 1966, p.426, note P. EMO (en faveur d'une qualification sui generis).

(5) Tb. com. Brest 14 janvier 1976, Juris-Data n°257 ; Dr. marit. fr. 1976, p.556.

(6) Rappr. Civ. 1e 27 janvier 1982, Bull. civ., I, n°52, p.44 (la décision n'est pas fondée sur cet argument, mais sur le fait que le cycliste a le contrôle et la conduite de son moyen de locomotion).

Ce qui distingue ces deux hypothèses n'est donc pas la fourniture de force motrice(1), mais la manière dont cette force est exercée. Dans certains cas, la personne ou la chose transportée est déplacée à l'intérieur d'un véhicule. Dans d'autres situations, la force est exercée directement sur le client ou sur la marchandise, par le biais d'une liaison avec un véhicule ou un moyen de traction qui leur est extérieur[2]. Or, il est acquis, tant en doctrine[3], qu'en jurisprudence, que la qualification de transport ne dépend pas de cette modalité[4]. Il s'agit là d'une vieille querelle, depuis longtemps réglée : un contrat de transport peut s'accomplir par portage ou par tirage, par remorquage ou par poussage, peu importe. Il en résulte que le remorquage d'un wagon de particulier, d'une barge sans équipage, d'une semi-remorque ou d'une voiture liée par une barre rigide au véhicule qui la dépanne[5], est assurément un contrat de transport.

En s'engageant à remorquer un objet ou une personne dépourvus de mode de propulsion propre, le remorqueur, comme un transporteur, s'engage à les déplacer d'un point à un autre.

224.– Il serait pourtant inexact de considérer que la fourniture d'une force motrice ne peut jamais constituer une convention distincte du transport. Si la fourniture abstraite de cette force, indépendamment de l'engin qui la crée, paraît artificielle, il est en revanche possible de concevoir une mise à disposition du remorqué, d'un véhicule ou d'un matériel apte à créer cette force motrice. Il ne s'agit plus, dans ce cas, d'un louage d'ouvrage, mais d'une location avec conducteur(6). Le

---

(1)La Cour de cassation n'a d'ailleurs jamais adopté cette notion. Pour les juges du fond, cf. en faveur de cette fourniture : Paris 26 novembre 1892, op. cit. ; Tb. com. du Havre 7 février 1917, précité ; Tb. com. de la Seine 2 octobre 1924, précité ; Tb. civ. Château-Thierry 30 juillet 1925, précité.
Contra : Tb. civ. Périgueux 22 novembre 1923, précité.

(2)Rappr. l'hypothèse atypique du transport par pipe-line où la force est exercée directement sur le fluide, mais à l'intérieur d'un tuyau fixe, cf. : A. NOUVEN, «Le régime juridique du transport des hydrocarbures et fluides par canalisations», Thèse Paris 1970, p.135 («transporteur public»), 159 et 169 et s. (pour cet auteur, l'assimilation au transport semble aller de soi, v. spéc. p.171) ; M.-A. POULAIN-SAIDLITZ, «Les aspects juridiques du recours à l'énergie solaire dans le cadre international et national», Thèse 3e cycle Lille 1983, p.141-142 (sol. implicite aussi) ; G. MORIN, «Les groupes de contrats dans les projets GNL», Thèse Dijon 1980, n°7-8, n°50 (même remarque)). Adde dans le même sens, art. 44 de la loi 82-1153 du 30 décembre 1982, JCP 1983, III, 53613.

(3)Cf. L. MAZEAUD, art. précité, p.13 ; RODIERE, critiquant GUILLOUARD, op. cit., n°236 ; F. TERRE, art. précité ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, op. cit.

(4)Sauf en matière de remorquage maritime depuis la loi du 3 janvier 1969.

(5)Même solution si le remorquage s'effectue par levage d'un train de roulement (G. DAVERAT, Thèse précitée, n°488, p.496).

(6)La fourniture de force motrice n'est pas non plus, à l'évidence, une vente, comme la vente d'énergie électrique. La force motrice n'est pas consommable directement et nécessite la manœuvre de l'engin

critère présidant à la distinction de ces deux qualifications ne présente en l'occurrence aucune spécificité : le fournisseur du moyen de déplacement n'est un voiturier que s'il conserve la maîtrise de l'opération[1].

Cette situation est parfois évoquée en doctrine[2] et en jurisprudence, directement ou pas[3]. La Cour de Paris, en particulier, a estimé que la mise à disposition d'un tracteur avec chauffeur, pour tirer une semi-remorque dont le tracteur habituel était en panne, constituait «un contrat de louage de matériel et de services»[4]. La solution est justifiée : le propriétaire de la remorque, nécessairement monté dans la cabine à côté du chauffeur, avait gardé la direction des opérations : il indiquait notamment, les destinataires au fur et mesure, au chauffeur qui devait s'exécuter, puisqu'il était devenu «temporairement [son] préposé».

225.– S'il n'y a donc aucun obstacle à analyser le contrat de remorquage comme une location avec conducteur, dès lors que le remorqué possède la maîtrise de l'opération, il reste cependant à déterminer les hypothèses qui relèvent de cette qualification. En particulier, l'exécution concrète du contrat doit correspondre effectivement à cette répartition des rôles entre le remorqueur et le remorqué.

Une prépondérance accordé au remorqué est parfois difficile à soutenir. Ainsi, dans le contrat de remonte-pente, c'est l'exploitant qui garde la maîtrise de l'opération. Le skieur, malgré le fonctionnement en continu du dispositif, n'a pas la jouissance privative du matériel. L'exploitant garde la possibilité, et même le devoir, d'arrêter le fonctionnement du remonte-pente en cas d'incident : météorologie défavorable, chute d'un skieur, problème technique. De même, le remorqueur garde une maîtrise minimale sur l'accomplissement du déplacement, maîtrise incompatible avec la location, lorsque le remorqué, n'a en fait, plus guère de moyens d'intervenir sur le

---

tracteur. La situation se rapproche plutôt de la fourniture d'un groupe électrogène, qui est une location.

(1)Cf. note RODIERE, sous Paris 26 avril 1960, D. 1960, p.565 ; rappr. Poitiers 5 février 1986, Bull. transp. 1987, p.361.
Adde : ESCARRA et RAULT, op. cit., pour la qualification du contrat de taxi.

(2)JOSSERAND, op. cit., p.799 ; F. TERRE, art. précité, n°24, p.269 ; RODIERE, op. cit., n°237 ; RODIERE et MERCADAL, 5e édit., op. cit., n°131 ; P. BOULOY, op. cit., p.11 (qui évoque cette analyse pour l'écarter en matière fluviale).
Adde, ambigu, RODIERE, chr. précitée, Bull. transp. 1971, p.475, n°3 qui évoque en cas de direction de l'opération par le remorqué la possibilité d'un «contrat de louage de force motrice» ou de «prestation de traction» ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°95, p.122 qui décrit, sans la qualifier, une convention qui ressemble à s'y méprendre à un bail du remorqueur avec son équipage.
Contra : J.-Y. BESSON, Thèse précitée, p.94.

(3)Rappr. l'expression ambiguë de «mise à disposition» qui figure dans certains arrêts relatifs au contrat de remonte-pente : Aix 9 novembre 1955, JCP 1955, II, 8972 ; Civ. 1e 8 octobre 1963, JCP 1963, II, 13429.

(4)Paris 26 avril 1960, précité ; comp. Douai 16 septembre 1982, Bull. transp. 1983, p.282.

déroulement de l'opération, lorsqu'elle a commencé. Tel est le cas de l'automobiliste qui a pris place au volant de sa voiture prise en remorque par un garagiste ou du pilote de planeur. La situation est en général identique en matière fluviale, notamment lorsqu'un remorqueur unique tracte plusieurs péniches : les patrons de chaque bateau, pris séparément, ou tous ensemble, ne commandent pas la manœuvre. De plus, le remorqueur fluvial doit déterminer l'itinéraire suivi par le convoi, en évitant les obstacles ou les difficultés se trouvant sur un parcours, dont il est censé connaître toutes les caractéristiques[1]. Le remorquage fluvial s'oppose en cela au remorquage maritime portuaire, pour lequel le navire remorqué fait souvent appel à un pilote spécialisé qui connaît parfaitement la zone où va évoluer le navire.

226.– La location paraît en revanche bien adaptée dans d'autres hypothèses. Elle explique les solutions rendues en matière de promenade à cheval : la promenade commencée, le moniteur peut certes veiller au respect d'une certaine allure ou au choix de l'itinéraire, mais c'est le cavalier qui reste maître – ou qui essaie – de sa monture, lorsqu'elle s'emballe. De ce point de vue, l'expérience du cavalier ne change pas grand chose à l'impuissance du moniteur. Une qualification homogène de location, pour les contrats de promenade à cheval, semble donc possible, même si la Cour de cassation en décide autrement. Pour la Cour, l'organisation complète d'un divertissement prime apparemment la circonstance que le loisir nécessite la jouissance d'une chose appartenant à l'organisateur[2].

Cette qualification semble correspondre également à l'économie des conventions conclues en matière maritime avant la loi de 1969. Les sociétés de remorquage inséraient généralement une clause dans leurs contrats-types, donnant au remorqué la direction des opérations et les exonérant en plus de toute responsabilité[3]. La clause citée par M. Mazeaud, est à cet égard très révélatrice[4] : «la société de remorquage, en louant des remorqueurs entend uniquement fournir aux risques et périls du navire remorqué, sous la conduite du capitaine de ce dernier, naviguant sous son entière responsabilité ainsi que celle de ses armateurs, la traction, c'est-à-dire la force motrice.

---

(1)Cf. F. TERRE, art. précité, n°31 et 37 et s.

(2)Cf. infra n°272 (note). Rappr. Civ. 1e 27 janvier 1982, Bull. civ., I, n°52, p.44 : «l'existence d'un contrat de transport, générateur d'une obligation de résultat mise à la charge du transporteur, implique que le contrôle et la conduite du moyen de locomotion fourni pour parcourir un itinéraire, ne soient pas abandonnés, comme c'était le cas en l'espèce (fourniture de bicyclettes) à la personne qui parcourt cet itinéraire». La Cour ne précise pas la qualification retenue.

(3)Ce qui est un autre problème.

(4)Chr. précitée, p.23. Comp. avec la clause citée par RODIERE en matière fluviale : «La compagnie fournit seulement la traction, c'est-à-dire qu'elle vend seulement la force motrice aux mariniers qui entrent dans les trains où ils naviguent à leurs risques et périls et conduisent leur bateaux sous leur responsabilité».

Son capitaine, pilote et équipage appartenant aux remorqueurs seront donc considérés comme étant entièrement sous la direction du navire remorqué, la société de remorquage ne répondant en aucun cas de leurs actes». Une fois écartée, la discussion sur l'interprétation de l'expression force motrice, le schéma contractuel souscrit correspond parfaitement à une location du remorqueur, dont les membres de l'équipage deviennent les préposés temporaires du capitaine du remorqué. Il est par conséquent assez étonnant de voir certains auteurs préconiser l'adoption du louage d'ouvrage, lorsque le remorqué est maître de l'opération[1]. Cette solution est encore plus curieuse lorsque, comme pour M. Mazeaud, il est déduit de cette qualification d'entreprise, une responsabilité présumée du remorqué pour les dommages subis par le remorqueur[2] : il n'est guère fréquent que le client d'un locateur d'ouvrage soit responsable des dommages que celui-ci peut subir en exécutant la convention ! Il est en revanche beaucoup plus logique que le locataire réponde des détériorations subies par le bien loué[3]. La stipulation précitée ne comporte, par rapport au régime de la location mobilière que deux modifications : l'obligation du locataire est conventionnellement transformée d'une obligation de moyens renforcée (présomption de faute ; art. 1732 du Code civil) en obligation de résultat, ce qui ne peut suffire à disqualifier le contrat... et la convention exonère la société de remorquage de toute responsabilité pour l'exécution défectueuse du louage de services des membres de l'équipage, stipulation dont la licéité se heurte, de toute manière, aux limites de la faute lourde ou dolosive.

Il convient d'ajouter que les dispositions de la loi du 3 janvier 1969, relatives au remorquage portuaire se rapprochent également de cette analyse. En consacrant une qualification nouvelle, le législateur permet de faire échapper le remorquage aux contrats d'affrêtement ou de location coque-nue, assimilation qui aurait pu sinon s'avérer problématique[4].

---

(1)L. MAZEAUD, art. précité, p.17 et s., p.23.

(2)Chr. précitée, p.19.

(3)Il convient d'ajouter que lorsque le capitaine et l'équipage du navire remorqueur sont passés sous les ordres du remorqué, celui-ci est considéré comme leur employeur et non comme un tiers responsable : en cas d'accident du travail, les membres de l'équipage du remorqueur ne peuvent donc agir contre le remorqué (cf. RODIERE et DU PONTAVICE, op. cit., n°418). Une telle solution est incompatible avec la qualification de louage d'ouvrage : le locataire est indépendant et ne peut être l'employé de son client.

(4)V. pourtant, RODIERE, «Traité général de droit maritime, Affrètements et transports», T. III, n°1146, p.379, à propos de la qualification d'affrètement : «je la crois encore trop peu familière à nos esprits pour qu'elle ait grande chance d'être accueillie, encore que personnellement, je la trouverais parfaitement adéquate à certaines situations».

227.– La qualification du contrat de remorquage comprend donc au moins deux catégories extrêmes : location de l'engin remorqueur avec son équipage ou son conducteur, lorsque le remorqué à la maîtrise de l'opération et contrat de transport lorsque le remorqueur dirige la manœuvre d'un objet passif, ou que le personnel du remorqueur assure la conduite du véhicule remorqué.

Une difficulté subsiste dans l'hypothèse intermédiaire où la maîtrise de l'opération est en quelque sorte partagée[1]. Elle pèse principalement sur le remorqueur, ce qui exclut toute référence à la location, mais le remorqué doit participer activement à la manœuvre, sous peine d'échec[2]. Diverses hypothèses sont concernées : remorquage fluvial de péniches munies de gouvernail et conduites par leur propriétaire, automobile en panne, remorquage maritime effectué sous la direction du remorqueur.

228.– Ce genre de convention appartient, bien à la famille des contrats de déplacement : le remorqueur s'engage à conduire la chose ou la personne remorquée jusqu'à une destination préalablement fixée. La seule différence avec le contrat de transport concerne l'intensité de l'obligation du remorqueur : alors que le voiturier est tenu d'une obligation de résultat, le remorqueur est simplement astreint à une obligation de diligence[3].

Cette transformation est facile à justifier. Dans un contrat de transport, la marchandise ou la personne déplacée ne participent pas à l'exécution du déplacement. En cas d'échec de ce déplacement, il est normal de présumer que la responsabilité en incombe au transporteur. Cette solution n'est plus adaptée lorsque le voyageur ou l'objet transportés, participent activement à l'exécution même du transport(4). La réussite de l'opération ne peut résulter que d'une collaboration entre les cocontractants ; corrélativement, son insuccès ne peut être attribué a priori à l'un ou

---

(1)L. MAZEAUD, art. précité, p.20 et s. ; rappr. F. TERRE, art. précité, n°24, p.270.

(2)Le Doyen RODIERE a vigoureusement défendu l'idée que le rôle actif du transporté n'enlève pas au transporteur la maîtrise de l'opération (cf., pour le remonte-pente, traité, op. cit., n°632, p.725 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°335).

(3)Cf. en ce sens : Rouen 20 juin 1985, Dr. marit. fr. 1986, p.630 ; Juris-Data n°863 ; Orléans 12 avril 1943, précité ; E. DELOR, art. précité ; J.-Y. BESSON, Thèse précitée p.188. Comp. Rennes 7 novembre 1933, précité, (qui aurait admis une obligation de résultat, même dans l'hypothèse du louage d'ouvrage...) ; adde, aussi, les réserves de G. DAVERAT, Thèse précitée, n°498, p.502.

(4)Le rôle actif du skieur dans l'exécution du déplacement même n'est absolument pas comparable au comportement turbulent que peut adopter le passager d'un train. La plupart des auteurs ont tout de suite senti la différence, à l'exception du doyen RODIERE, qui a obstinément maintenu cette objection (notes JCP 1949, II, 4959 et 1967, II, 15156 ; RODIERE et DU PONTAVICE, op. cit., n°418 ; dans le même sens : R. ROGER, note DC 1943, p.35 ; contra : F. DERRIDA, note D. 1949, p.377 ; J. HEMARD, obs. RTD com. 1949, p.524 ; F. TERRE, art. précité, n°29 ; R. PLICHON, Thèse précitée, p.107 et p.113-114 (très net)).

l'autre d'entre eux. Toute idée de présomption semble alors exclue[1] et seule une faute prouvée est à même d'engager la responsabilité de chaque participant[2]. Ainsi, l'échec de l'exécution d'un contrat de remonte-pente peut provenir d'un fonctionnement défectueux du matériel, d'une erreur du préposé ou, plus fréquemment d'une maladresse du skieur qui maîtrise mal son équilibre ou qui ne sait pas maintenir ses skis dans les traces. De même, l'accident d'une voiture prise en remorque peut trouver son origine dans une vitesse excessive de la dépanneuse, dans une rupture de l'attache ou dans une manœuvre désordonnée du conducteur resté au volant.

229.– La jurisprudence, depuis longtemps consciente de cette situation, justifie souvent cette analyse spécifique par les obligations accessoires du transporteur. Prenant en charge une chose passive, le transporteur en devient dépositaire : il doit veiller à sa conservation et en assurer la restitution en bon état. Au contraire, le remorqueur (ou l'exploitant d'un remonte-pente) n'assumerait aucune obligation de ce genre et il appartiendrait au skieur ou bateau remorqué, par l'intermédiaire de son équipage, de veiller sur eux[3]. Cette analyse est discutable. Le remorqueur reste tenu d'une obligation de conservation, même si celle-ci est de moyens[4]. Disqualifier le contrat en fonction d'une simple obligation accessoire est contraire, de surcroît aux principes généraux des qualifications[5]. Une lecture attentive des deux arrêts de principe rendus par la Cour de cassation en 1942 et 1949 montre bien, qu'en réalité, l'obligation principale de déplacement est aussi en cause[6]. L'article 103 fixe un régime de responsabilité unique pour l'obligation de déplacement du transporteur et pour ses obligations de conservation et de restitution : elles ont toutes le caractère d'obligations de résultat. Quand la personne ou la marchandise transportées jouent un rôle actif dans l'exécution du déplacement, toutes ces prestations deviennent simultanément des obligations de moyens. L'échec du remorquage ne peut être présumé imputable au remorqueur, que celui-ci concerne l'obligation de déplacement (pas d'arrivée à destination), l'obligation de conservation (avarie à l'arrivée) ou les deux (destruction en cours de route). C'est donc bien l'obligation principale du remorqueur qui est atteinte, et il est normal que la qualification du contrat soit en jeu.

---

(1)Cf. en ce sens : H. LALOU, note précitée DP 1931-2-p.38 ; L. MAZEAUD, art. précité, p.20.

(2)Sous la réserve éventuelle du fonctionnement défectueux du matériel, cf. infra n°521.

(3)Cf. en ce sens : Paris 16 avril 1886 ; Poitiers 24 décembre 1888 ; Paris 26 novembre 1892 ; Tb. com. de la Seine 2 octobre 1924 ; Tb. civ. de Château-Thierry 30 juillet 1925, précités.

(4)Mais peut-être pas d'une obligation de restitution, s'il n'y a pas de transfert de garde. Cette obligation n'existe d'ailleurs pas non plus dans le transport de personne.

(5)Cf. infra n°499 et s.

(6)Cf. infra n°517.

230.– Le problème est dès lors clairement posé. Dans certains contrats de remorquage, le remorqueur est tenu d'une obligation de déplacement-moyens. Cette prestation n'est pas une fourniture de «force motrice», d'une nature différente de celle assumée par un voiturier[1] : seule l'intensité de l'engagement est altérée. Cette transformation modifie le régime de responsabilité classique du transporteur : le remorqueur n'est pas présumé responsable sauf preuve d'un cas d'exonération précis, il appartient au remorqué de prouver qu'il a commis une faute[2].

Il reste alors à déterminer si le régime du contrat de transport peut tolérer cette adaptation partielle. Le raisonnement doit prendre en compte la totalité du régime de cette qualification, et non se limiter aux seules règles relatives à la responsabilité du voiturier[3].

La réponse à cette interrogation est évidente pour les contrats de transport terrestre de personnes. Ces conventions n'ont pas de régime légal original et elles se contentent de combiner des règles de droit commun, avec des créations prétoriennes, telle que l'obligation de sécurité. Une modification des règles régissant la responsabilité du transporteur est parfaitement à même de s'insérer dans cet ensemble. Quant à l'obligation de sécurité, les magistrats qui l'ont consacrée, sont libres d'en fixer directement la mesure, en s'adaptant le mieux possible aux circonstances de fait. Une disqualification ne présente en l'occurrence aucun intérêt. L'affirmation peut être généralisée. Lorsqu'un contrat ne comporte aucun régime légal spécifique[4], ce qui est le cas de la plupart des conventions innommées et, exceptionnellement, de quelques

---

(1)Cf. supra n°223-224.

(2)Le doyen RODIERE a souvent soutenu que les solutions relatives à la responsabilité du remorqueur ou du remorqué étaient indifférentes à la qualification du contrat, stade intermédiaire du raisonnement dont on pouvait se dispenser (v. par ex. : note JCP 1967, II, 15156). Obligation de résultat et obligation de moyens aboutissent aux mêmes conséquences si la faute du remorqueur ou celle du remorqué est établie (cf. en ce sens : RODIERE, Traité précité, n°236, p.276 ; F. TERRE, art. précité, n°29 et obs. anonymes sous Rennes 7 novembre 1933, précité). Dans trois situations, en revanche, une obligation de résultat entraîne la responsabilité du remorqueur, alors qu'une obligation de moyens, en l'absence de preuve d'une faute, ne saurait produire cette conséquence : dommage d'origine inconnue, dommage dû à un vice du matériel employé par le remorqueur sans que celui-ci ait commis de faute dans son choix ou son entretien (câble qui se rompt, moteur qui tombe en panne), dommage dû au fait non fautif de la victime (erreur non fautive du skieur, tendance naturelle d'un bateau à dériver : si le remorqueur est averti, ce fait n'est ni un cas de force majeure, ni une faute de la victime - quid du vice, propre ?-). La nature du contrat n'est donc pas aussi dépourvue d'influence sur le régime de la responsabilité, que le doyen RODIERE l'a soutenu (cf. entre autres, Traité précité, n°236, p.276 ; RODIERE et DE PONTAVICE, op. cit., n°416).

(3)Très peu d'auteurs examinent le problème sous cet angle. Cf. cependant : RODIERE, op. cit., n°237, p.278 ; P. BOULOY, Thèse précitée ; F. TERRE, art. précité, n°40, p.286 ; MAZEAUD, «Traité de la responsabilité», op. cit., p.42.

(4)Cette expression recouvre le régime global du contrat et le régime coloré de ses obligations. Sur ces notions, cf. infra n°1060 et s.

contrats nommés[1], le corps de règles qui gouverne cette qualification s'avère naturellement sécable : les dispositions relatives à la responsabilité d'un contractant peuvent être modifiées sans remettre en cause l'ensemble du régime du contrat. Il en résulte que toutes ces conventions possèdent une qualification identique, quelle que soit la nature d'obligation de moyens ou de résultat de leur prestation caractéristique[2]. La qualification de transport ne paraît donc pas inappropriée pour rendre compte des relations nouées entre un skieur et l'exploitant d'un remonte-pente, même si les obligations de ce dernier ne sont analysées que comme des obligations de prudence et de diligence[3].

231.- L'éventualité d'un obstacle à l'aménagement du régime de la responsabilité du transporteur, ne se conçoit qu'en présence d'une qualification qui possède une réglementation originale, cohérente ou impérative. Cette situation ne se rencontre que pour le transport des marchandises(4).

L'obstacle peut venir, en premier lieu, d'une fixation impérative du régime de la responsabilité du transporteur. Ce caractère d'ordre public est apparu en 1905, avec la loi Rabier, qui a ajouté à l'article 103 du Code de commerce, après l'exposé des règles rendant le voiturier garant de la perte et des avaries, un troisième alinéa aux termes duquel «toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque est nulle».

---

(1)Il est difficile de soutenir que le transport de personne est un contrat innommé... Inversement, le contrat médical, innommé, a un régime spécifique.

(2)Sauf dénaturation véritable de l'obligation, cf. supra n°212-213.

(3)Le doyen RODIERE défendait cette solution («Droit des transports», 1977, n°632, p.725 et chr. Bull. transp. 1971, p.475, n°4 (pour le remonte-pente) ; chr. Bull. transp. 1971, p.474 et Traité, op. cit., n°236 (pour le remorquage)) ; dans le même sens, P. CHOGNON, Thèse précitée, p.233-236 et p.262 ; Ph. LE TOURNEAU, ouvrage précité, n°837 ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°26-27. Adde, pour le ski nautique, confus : H. LAMBOT, «Les problèmes juridiques posés par la pratique du ski nautique et alpin», Thèse Aix 1966, p.267 et s.
Contra, pour le remonte-pente : R. PLICHON, Thèse précitée, p.107 et p.118 et s. (sui generis).
Adde : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, p.93-94, qui parle en l'espèce d'une «fragile» reconnaissance du cadre innommé. Une solution identique pourrait s'appliquer aux contrats de promenade à cheval, si le débat n'était pas perturbé, par d'autres éléments (cf. infra n°222 et n°272).

(4)Dans un cas, cependant, la discussion n'a pas d'intérêt : le remorquage d'une voiture, dans le cadre d'un contrat de réparation. L'obligation de déplacement est accessoire : elle subit donc le régime global du contrat d'accueil, à savoir le contrat d'entreprise. Elle perd par conséquent, tant le régime global de sa qualification de référence (transport, ex. : l'article 108 du Code de commerce), que son régime coloré. En définitive, tout ce qui pourrait opposer le transport au louage d'ouvrage est de toute manière éliminé. Le régime de la responsabilité du garagiste remorqueur, demeure donc le seul problème juridique qu'il convient de régler. Seul le régime des clauses limitatives ou exonératoires (art. 103 du Code de commerce) pourrait soulever quelque hésitation, si ces dispositions sont placées dans le régime naturel de l'obligation de déplacement (Rappr. Paris 22 novembre 1938, précité).

Pour la doctrine majoritaire, cette disposition n'est pas un obstacle à la reconnaissance à la charge du transporteur de simples obligations de moyens, qui ne modifient par la qualification du contrat[1]. La solution, facilement acquise en matière aérienne ou maritime où la loi Rabier est inapplicable, est justifiée ailleurs par le recours à la distinction déjà évoquée des clauses de non responsabilité et des clauses d'allégement des obligations. En précisant qu'il se refuse à assumer telle ou telle obligation, le voiturier ne contrevient pas à la loi Rabier : il se contente de délimiter la portée de son engagement. L'illustration évoquée le plus fréquemment est celle du chargement ou du déchargement, dont le transporteur est à même d'éviter l'exécution[2]. Mais l'analyse peut être transposée à l'obligation accessoire de conservation et à celle de déplacement.

232.– L'allégement de l'obligation de conservation pesant normalement sur un voiturier est compréhensible lorsque la chose transportée joue un rôle actif dans l'accomplissement de l'opération : l'automobiliste ou le batelier restés aux commandes de leur voiture ou de leur péniche, doivent veiller sur leur bien, en accomplissant toutes les manœuvres propres à éviter la survenance d'un dommage. S'ils ne le font pas, il est difficile de reprocher quoi que ce soit au transporteur. Une situation comparable se rencontre pour le transport des animaux vivants, lorsque ceux-ci sont convoyés : en particulier, le chemin de fer n'est pas tenu de les nourrir ou de les abreuver[3]. Cet allégement ne peut devenir illicite que s'il porte atteinte à une obligation «essentielle»[4] ou «fondamentale»[5] du transporteur. Mais, à partir du moment où la chose transportée joue un rôle actif, l'obligation accessoire de conservation pesant sur le voiturier ne peut être considérée comme telle[6]. L'analyse s'impose d'autant plus, qu'en l'occurrence, cette prestation ne disparaît pas, mais se transforme seulement en obligation de moyens.

---

(1)Cf. en ce sens : RODIERE, chr. précitée, Bull. transp. 1971, p.475 ; P. CHAUVEAU, «La croisière maritime», JCP 1959, I, 1498, V ; F. TERRE, art. précité, n°29, p.276 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°97, p.125 et note JCP éd. E 1985, II, 14430, p.134.
Contra : J. MERIMEE, Rép. com., v° Contrat de transport, n°299 ; R. PLICHON, Thèse précitée, p.129 et s.

(2)RODIERE, op. cit., n°593 ; Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. précité, Fasc. 111, n°61 ; Thèse précitée, n°75 et s., p.98 et s. et n°52 et s., p.67 et s.

(3)RODIERE, op. cit., n°422 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°80, p.103. En matière internationale (C.I.M.), la présomption de responsabilité est même levée a priori lorsque la perte ou l'avarie peut être attribuée à l'absence d'escorte.

(4)RODIERE, op. cit., n°593 ; Rép. précité, n°147 à 149.

(5)Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°177 et s., p. 212 et s. ; J.-Cl. précité, Fasc. 110, n°107.

(6)Contra : J. MERIMEE, Rép. précité, n°299.

La solution est plus délicate à admettre pour l'obligation principale de déplacement, qui est assurément une prestation fondamentale du transporteur[1]. Elle ne semble pas, pour autant, impossible, et certains auteurs paraissent l'accepter[2], avec des nuances parfois[3]. Deux considérations sont à même de la justifier : l'analyse juridique est alors en accord avec la situation de fait, découlant du rôle actif de la chose transportée et l'obligation de déplacement, ne disparaît pas radicalement, ce qui serait sans conteste impossible, elle n'est qu'atténuée en obligation de prudence et de diligence. Le maintien de la qualification de transport présente d'ailleurs l'avantage de continuer à imposer l'application de dispositions spécifiques, comme l'article 105 ou 106 du Code de commerce, dont certains auteurs jugent l'emploi toujours opportun(4). Ainsi, le doyen Rodière estime-t-il que le jeu de l'article 105 est encore plus justifié, quand le propriétaire du véhicule remorqué est présent dans celui-ci, que lorsque c'est un préposé du garagiste qui le remplace, hypothèse dans laquelle la qualification de transport n'est pas discutée[5].

233.– Ces positions doctrinales ont clairement été refusées par la jurisprudence, pour deux raisons essentielles. Le premier argument trouve son origine dans l'évolution historique de l'appréciation prétorienne des clauses exonératoires de responsabilité. Dans son dernier état, la jurisprudence antérieure à la loi Rabier considérait que ces stipulations étaient valables, mais qu'elles avaient pour seul effet d'opérer un renversement de la charge de la preuve : il appartenait à l'expéditeur ou au

---

(1)RODIERE, Rép. précité, n°147 et 149.

(2)F. TERRE, art. précité, n°29, p.276 ; adde, semble-t-il, dans le même sens, Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°97, p.125.

(3)Cf. en particulier RODIERE et DU PONTAVICE, op. cit., n°419-1, à propos du transport des plates-formes de forage pétrolier.

(4)M. TERRE (art. précité, n°30 et s., p.277 et s.) a proposé une explication fort ingénieuse pour justifier cet allégement de l'obligation du transporteur, malgré le maintien de la qualification de transport. Pour cet auteur, lorsque le remorqué joue un rôle actif, l'opération combine simultanément deux conventions : un contrat de transport et un contrat de louage d'ouvrage, par lequel le batelier et son personnel s'obligent à contribuer à la bonne marche du convoi. La mauvaise exécution par le remorqueur de ses obligations de direction du convoi (mauvaise orientation de la traîne) ou de traction (panne du remorqueur) entraîne le jeu de la présomption de l'article 103. Mais le remorqué peut également voir son responsabilité engagée, s'il commet une faute dans l'exécution du louage d'ouvrage qu'il a conclu. L'analyse est séduisante, même si certaines objections peuvent lui être adressées. En premier lieu, la dissection de l'opération en deux contrats n'est pas souhaitable ; l'obligation qui pèse sur le remorqué est une prestation accessoire nécessaire au déplacement et intégrée, à ce titre, dans le transport (cf. infra n°1041 et s.). Ensuite, et M. TERRE est le premier à le constater, cette solution n'est pas celle de la jurisprudence. En particulier, le système proposé par cet auteur conduit à mettre, à la charge du remorqueur les dommages dont l'origine est inconnue, solution incompatible avec l'obligation prétorienne de moyens. Cette théorie pourrait en revanche s'avérer fort bien adaptée aux solutions admises par les tribunaux en matière de remonte-pente (cf. infra n°521).

(5)RODIERE, op. cit., n°237, p.278 ; adde aussi : F. TERRE, art. précité, n°40, p.286, pour les fins de non-recevoir.

destinataire d'établir la faute du transporteur[1]. C'est ce système qu'a voulu condamner la loi Rabier. Or, la transformation des obligations du voiturier en obligations de moyens aboutit justement à reporter sur l'ayant-droit la preuve d'une faute du transporteur. Il est dès lors compréhensible, que les magistrats hésitent à consacrer la validité de telles stipulations, dans le cadre du contrat de transport. Certes, il est facile d'objecter que la licéité de ces clauses ne peut s'appuyer que sur une situation de fait particulière, dans laquelle la chose transportée a un rôle actif. Cette situation reste soumise à l'appréciation des juges et la clause demeure irrémédiablement nulle lorsque le transport concerne un objet inerte.

Mais, et c'est le second argument, lorsque les tribunaux prennent en compte cette situation de fait et ce rôle actif de la marchandise transportée, ils estiment que l'article 103 alinéa 3 est inadapté. Conformément aux opinions des praticiens et de certains auteurs[2], ils considèrent ce texte comme un carcan[3] : les clauses exonératoires doivent redevenir licites lorsque le succès du déplacement devient aléatoire et les clauses limitatives s'avèrent insuffisantes[4].

234.- L'obstacle à un aménagement partiel du régime du contrat de transport peut également provenir du régime global de cette convention, par exemple de l'opportunité de prescriptions abrégées. Là encore, la doctrine ne paraît pas convaincue de l'efficience de cet argument. M. Terré, par exemple, considère que l'article 108 du Code de commerce conserve sa justification en matière de remorquage fluvial[5]. La position de la jurisprudence n'est pourtant pas dénuée de tout fondement. Certes, l'article 108[(6)] peut s'expliquer par les considérations matérielles d'exécution du déplacement et par un souci d'ordre, conduisant à empêcher les procès concernant des faits trop anciens, pour lesquels la déperdition des preuves serait avérée. Mais il n'est pas sûr que cette disposition ne soit pas aussi, d'une certaine manière, une contrepartie de la lourde responsabilité qui pèse sur le voiturier. Tenu d'une obligation de résultat, c'est sur ce dernier qui pèse la charge de la preuve de son exonération. L'impossibilité d'apporter un quelconque moyen de preuve, du fait de l'écoulement du temps, joue à son encontre et impose le raccourcissement de la prescription habituelle.

---

(1)RODIERE, op. cit., n°594, p.679 ; J. MERIMEE, Rép. précité., n°294.

(2)MAZEAUD, «Traité de la responsabilité civile», op. cit., n°2538, p.42 ; P. BOULOY, art. précité, p.10.

(3)L'erreur commise par la Cour de cassation en 1942 est à cet égard très symbolique.

(4)Contra : RODIERE, chr. précitée, Bull. transp. 1971, p.475 ; F. TERRE, art. précité, n°49, p.295.

(5)Art. précité, n°40, p.286.

(6)Et la remarque vaut aussi pour l'article 105, qui ne fait pas partie stricto sensu du régime global du transport.

Si le transporteur ne peut voir sa responsabilité engagée que pour une faute prouvée, cette disposition favorable perd en opportunité : un souci d'équilibre peut conduire les magistrats à compenser l'allégement de l'obligation du transporteur, par une disparition des règles qui le favorisent habituellement.

En conclusion, la neutralité de principe de la transformation d'une obligation déterminée en obligation de moyens, doit recevoir une seconde atténuation : le régime du contrat en cause ne doit pas avoir été spécialement adapté à une obligation de résultat. Une obligation de déplacement-moyens n'est pas d'une nature distincte de la prestation de résultat assumée par le transporteur d'un objet inerte, mais, selon la jurisprudence, le régime de la qualification légale de transport est trop spécifique pour pouvoir s'y adapter parfaitement, ce qui justifie une disqualification de l'accord en louage d'ouvrage.

III - L'INFLUENCE DE LA CAUSE SUR LA NATURE D'UNE OBLIGATION

235.- Au sein de la technique des qualifications, la répartition des rôles entre l'objet et la cause n'est pas rigide. Si l'objet détermine surtout la nature des éléments structurels, les obligations, et si la cause assure la liaison de celles-ci et leur hiérarchisation, il est fréquent qu'un de ces concepts déborde le cadre de sa fonction courante. Ainsi, pour déterminer la nature d'une obligation, il est parfois nécessaire de recourir à la cause de son débiteur ou à celle de son créancier. Il convient cependant de préciser davantage, car la cause joue dans ces hypothèses deux rôles bien différents. Dans certains cas, indépendamment de l'hypothèse déjà évoquée d'une cause subjective frauduleuse[1], elle n'est qu'un indice permettant de découvrir la nature véritable de l'obligation voulue par les parties, et, par voie de conséquence, celle du contrat conclu (A). Dans d'autres, beaucoup plus intéressants sur le plan théorique, la cause donne une coloration particulière à une prestation : elle devient alors un véritable élément de définition de la nature d'une obligation (B)[2].

---

(1)Cf. supra n°73.

(2)Qui peut aussi servir d'instrument d'identification...

A) La cause, instrument d'identification de la nature d'une obligation[1]

236.– Dans certaines hypothèses – contrat verbal, contrat écrit incomplet ou ambigu – la situation apparente créée par l'accord ne permet pas de déterminer la nature de la convention. La prestation, dont l'existence est constatée, peut correspondre à plusieurs obligations différentes, s'insérant dans des structures contractuelles distinctes. La promesse de payer une somme d'argent, par exemple, est en elle-même fort ambiguë : prêt (ou promesse de prêt réel), dépôt (ou promesse de dépôt réel), cautionnement, apport en société, reconnaissance de dette... De même, la remise d'une chose[2] peut relever de diverses qualifications : dépôt, prêts, gage, donation. La certitude de l'existence d'une obligation de restitution n'élimine que la donation, laissant le doute planer sur la nature réelle de l'accord conclu. Les magistrats doivent dès lors procéder à une recherche de l'intention véritable des parties, laquelle passe nécessairement par une interrogation sur les motifs qui les ont poussées à contracter. En cristallisant la finalité des consentements, la cause aide à préciser le contenu de l'accord : une prestation insuffisamment significative en elle-même, lorsqu'elle est envisagée isolément, va prendre tout son sens si elle est «orientée» par les diverses représentations causales des contractants, comme une pièce de puzzle, neutre par sa forme, est positionnée grâce à son motif. La supériorité de la cause sur l'objet, dans cette opération, tient à sa nature même de représentation psychologique : la cause établit un lien entre la psychologie des parties, leur environnement et le contrat. Or, si la cause objective, instrument de qualification, n'envisage que quelques représentations minimales des contractants, elle ne s'insère pas moins dans la totalité des représentations de chaque partie, selon une gradation continue, des mobiles immédiats à ceux les plus lointains[3]. Rejeté en tant qu'élément structurel, un mobile

---

(1)La cause peut aussi constituer un instrument d'identification de l'existence d'une obligation, en particulier pour établir la présence d'une rémunération. L'hésitation entre un prêt et un louage ou entre un dépôt gratuit et un dépôt onéreux sera tranchée en examinant la cause de celui qui transmet la jouissance ou celle de celui qui promet la garde (cf. infra n°241). La présomption d'onérosité de chaque intervention d'un professionnel est de ce point de vue une présomption de cause : ce genre de contractants s'engage normalement contre rémunération, puisqu'il s'agit de son gagne-pain (cf. supra n°82). Dans toutes ces hypothèses, la nature de l'obligation caractéristique n'est pas en jeu : il est sûr qu'il s'agit d'un transfert de jouissance ou d'ine obligation de garde. Les développements qui suivent concernent au contraire des situations où la nature de la prestation caractéristique est incertaine, même si, parfois, les différentes solutions envisageables possèdent des structures séparées aussi par la présence d'une obligation supplémentaire (exemple : obligation de restitution présente dans le prêt et absente dans la donation).

(2)Ou d'une somme d'argent. Sur la «multivalence» de la tradition : J.-F. MONTREDON, «La désolennisation des libéralités», LGDJ 1989, n°72, p.53.

(3)Sur cette idée de continuité, cf. supra n°76.

subjectif peut en revanche constituer un indice probatoire sérieux de la nature exacte d'une cause objective, qui déterminera par contrecoup la nature de l'obligation ambiguë et celle du contrat qui l'englobe[1].

237.– La jurisprudence utilise cette technique dans de nombreuses hypothèses. Un arrêt ancien en fournit une bonne illustration[2]. Les ouvreuses de loges du Grand-Théâtre Parisien devaient, pour être nommées, verser une somme d'argent au directeur de cet établissement, «pour garantie de leur gestion». Les fonds ayant été détournés, l'application de l'article 408 du Code pénal rendait nécessaire la qualification du contrat. La qualification de dépôt retenue par les juges du fond n'est pas adoptée par la Cour de cassation, qui lui préfère celle de nantissement, pour sauver l'arrêt attaqué de la censure. Les motifs de la décision sont révélateurs du rôle joué par la cause dans la détermination de la nature de l'obligation effectivement souscrite. Selon la Cour, «il n'y a dépôt proprement dit qu'autant que la garde de la chose remise est la fin principale du contrat ; [...] c'est cette fin qui fait le caractère essentiel du contrat de dépôt et le distingue des autres contrats réels ; [...] si la tradition a eu lieu pour une autre fin, ce n'est plus un contrat de dépôt, mais un contrat d'une autre espèce». Cette dernière solution s'impose en l'espèce puisqu'il «est reconnu par l'arrêt que la garde des fonds remis au directeur n'a pas été la fin principale de la convention». Comme il est constaté, «au contraire, que cette convention a eu pour fin principale de garantir le directeur contre les effets éventuels de la gestion des ouvreuses», se trouvent, en l'espèce rassemblés, «tous les caractères essentiels du contrat de nantissement défini par l'article 2071 [du Code civil] : une chose qui en fait l'objet, la remise de cette chose ou créancier et la détention de cette chose par celui-ci, pour sûreté de la dette, but principal de ce genre de contrat».

238.– Derrière la solution d'espèce, la Cour de cassation laisse clairement apparaître une directive générale, susceptible d'être étendue à d'autres conflits de qualifications. Et effectivement, si la finalité de la tradition, garde ou sûreté, permet dans les cas litigieux de distinguer le dépôt du nantissement[3], d'autres applications

---

(1) V. pour un raisonnement identique, dans la hiérarchisation de deux obligations d'une même partie, infra n°364.

(2) Crim. 20 novembre 1866, DP 1867-1-p.43.

(3) Outre l'arrêt évoqué, v. en jurisprudence : Crim. 9 juillet 1953, D. 1953, p.556.
Contra : Req. 10 décembre 1850, DP 1854-1-p.399 (à propos d'un dépôt de garantie : il semble raisonnable de penser que l'arrêt de 1866 a brisé cette jurisprudence) ; Crim. 3 décembre 1818, Jurispr. générale Dalloz, T.2, 1845, v° Abus de confiance, n°112 (brisé lui aussi par un arrêt postérieur : Crim. 26 juillet 1844, même référence).

peuvent être indiquées. Ainsi, lorsqu'une chose est remise, non pour être conservée et restituée, mais pour qu'il en soit fait usage, le contrat est un commodat ou un prêt de consommation et non un dépôt[1]. De même, c'est la raison justifiant la tradition qui, en cas de doute, permet d'opposer le prêt au nantissement[2]. Ces trois conventions, dépôt, gage et prêt peuvent d'ailleurs être distinguées de la donation selon des principes identiques. L'affirmation peut surprendre, car les structures de ces qualifications sont séparées par des différences rédhibitoires : les droits conférés au créancier gagiste, au dépositaire où à l'emprunteur sont purement temporaires, au contraire de la donation où le dessaisissement est, sauf exceptions très particulières[3], définitif, cette divergence s'incarnant structurellement dans la présence ou l'absence d'une obligation de restitution[4]. En pratique, les situations de fait sont souvent beaucoup plus confuses : en présence d'un accord verbal, la remise d'une chose, en elle-même, renseigne peu sur la nature du contrat conclu[5]. Les magistrats ne peuvent résoudre la difficulté que par une appréciation des circonstances d'espèce, dans leur

---

Pour la doctrine : RODIERE, Rép. civ., v° Dépôt, n°38 ; R. DE QUENAUDON, J.-Cl. Civil, art. 1915 à 1920, n°209 à 215 ; BAUDRY-LACANTINERIE, T.23, n°1014 ; AUBRY et RAU, T.VI, § 401, n°138, note 1 ; PLANIOL, T.11, n°1171.

Sur le «dépôt» de garantie, cf. R. DE QUENAUDON, J.-Cl. précité, n°210-213 ; infra n°1143.

(1) Crim. 3 juin 1964, DP 1865-1-p.465 (remise du double d'un acte pour le communiquer à une administration) ; Crim. 21 avril 1866, DP 1866-1-p.141 (remise de montres en or pour les montrer à un tiers) et dans la même affaire : Crim. 8 novembre 1866, DP 1867-1-p.359 ; Tb. com. Seine 11 juin 1981, DP 1883-3-p.54 (remise de clichés à un éditeur pour des tirages) ; Req. 2 décembre 1890, S. 1891-1-p.273, note WAHL (prêt d'argent choisi au détriment d'un dépôt irrégulier) ; Civ. 29 octobre 1894 (3e espèce), DP 1895-1-p.25 ; Crim. 11 juin 1960, Bull. crim. n°314, p.638 (remise de lingots pour qu'ils servent de garantie d'une ouverture de crédit ; adde les références citées sous cet arrêt).

Rappr. : Civ. 22 février 1897, DP 1901-1-p.75 (avec une hésitation supplémentaire sur l'objet de la prestation : prêt d'un entrepôt ou garde des marchandises ; cf. F. GRUA, J.-Cl. Civil, art. 1875 à 1879, n°95-95) ; Paris 19 mai 1944, Gaz. Pal. 1944-2-p.90 (remise d'un cheval en 1940 lors de l'exode ; qualification discutable de dépôt, par interprétation en faveur du débiteur).

Contra, critiquable : Crim. 18 juin 1835, S. 1835-1-p.852 (remise de voiles pour les montrer à un tiers qualifiée de dépôt, pour bénéficier de l'article 408 du Code pénal, inapplicable à l'époque au prêt à usage) ; Crim. 27 novembre 1909, D. 1910-1-p.481, note A. LEGRIS (prêt en vue de choisir des tapis qualifié de dépôt d'intérêt commun) ; Tb. civ. Saint-Gaudens 25 novembre 1929, Gaz. Pal. 1933-2-p.678 (bijou donné en dépôt à une épouse ; contre cette solution, cf. les arrêts cités infra n°239 (note).

En doctrine : RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2856 ; PLANIOL, T.11, n°1127 ; AUBRY et RAU, T.VI, § 461, n°138 ; F. GRUA, J.-Cl. Civil précité, n°88 et s. ; R. DE QUENAUDON, J.-Cl. Civil, art. 1915 à 1920, n°186 et s. ; S. BETANT-ROBET, Rép. civ., v° Prêt, n°33 ; RODIERE, Rép. civ., v° Dépôt, n°30 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°866 ; MAZEAUD, op. cit., n°1438 et n°1506 ; BEUDANT, T.12, n°271.

(2) La discussion semble ici fort théorique, car la jurisprudence semble n'avoir jamais rencontré ce conflit, que peut d'auteurs abordent : S. BETANT-ROBET, Rép. civ. précité, n°36 ; adde J.-Cl. Civil, art. 1875 à 1879, édit. 1974, n°97.

(3) Mais dont le régime est justement propre aux donations : révocation pour des causes précises, révocabilité des donations entre époux...

(4) Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°910-4°.

(5) V. cep. Req. 22 novembre 1932, S. 1933-1-p.60 (absence certaine de transfert de propriété).

ensemble. La recherche des volontés aboutit souvent à préciser la cause objective de l'un ou l'autre des contractants, ce qui permet ensuite de déduire le reste de la structure de qualification.

239.- La distinction du prêt et de la donation suscite notamment ce genre d'hésitations[1] ; comme dans l'hypothèse bien connue des «bijoux de famille» remis à une épouse (ou à une future épouse) par son mari ou ses beaux-parents[2]. Du fait de leur grande valeur, tant vénale que sentimentale, ces bijoux doivent rester dans la famille. Ils devraient donc être restitués en cas de divorce de l'épouse ou de décès. Si les bijoux proviennent des beaux-parents, la force obligatoire de la donation s'oppose à une telle solution[3]. L'analyse est plus complexe pour les donations entre époux qui sont normalement révocables. La règle est cependant écartée pour les présents d'usage, c'est-à-dire pour les cadeaux faits conformément à un usage (anniversaire, par exemple), dès lors que leur valeur n'est pas excessive eu égard «aux facultés respectives des époux[4]. Dans les deux cas, la référence au commodat est donc un moyen commode d'empêcher que les bijoux de famille ne sortent définitivement de celle-ci. Conformément à la proposition du Doyen Carbonnier, qui invoquait des précédents anciens négligés[5], la Cour de cassation en 1961[6], puis, plus nettement encore en 1983[7], a reconnu la pertinence d'une telle qualification. Les magistrats doivent donc opter pour le don manuel[8] ou le commodat, en présence d'une prestation, la remise de bijoux, dont la nature n'est pas d'emblée acquise[9]. Pour trancher la difficulté, ils recourent à des présomptions de fait tirées des circonstances

---

(1)Sur cette distinction en doctrine, cf. : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., loc. cit. ; F. GRUA, J.-Cl. précité, n°105 et s.

(2)Sur les «bijoux de famille» : J. CARBONNIER, «Le statut des bijoux dans le droit matrimonial», Defrénois 1950, art. 26885 et art. 26890, spéc. p.317 et s. ; J.-F. BARBIERI, «Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », JCP 1984, I, 3156, n°15 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., loc. cit. ; «Les successions-Les libéralités», 1989, n°361 ; F. TERRE et Y. LEQUETTE, «Les successions-Les libéralités», 1988, n°255, p.250 ; MARTY et RAYNAUD, «Les successions-Les libéralités», n°326 ; F. GRUA, op. cit., loc. cit. ; D. MARTIN, obs. D. 1984, IR, p.275, sous Civ. 1e 22 février 1983, Gaz. Pal. 1983-2-pan p.305, obs. M. GRIMALDI ; J.-F. BARBIERI, note citée infra.

(3)Dans l'affaire La Rochefoucauld, la Cour a approuvé la décomposition d'une tradition directe beaux-parents/épouse en deux contrats : don manuel beaux-parents/mari et prêt à usage mari/épouse (Civ. 1e 20 juin 1961, D. 1961, p.641, note R. SAVATIER ; JCP 1961, II, 12352, note A. PONSARD).

(4)MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°326. Cf. supra n°193.

(5)Art. précité, p.317.

(6)Civ. 1e 20 juin 1961, précité.

(7)Civ. 1e 23 mars 1983, JCP 1984, II, 20202, note J.-F. BARBIERI ; D. 1984, p.81, note A. BRETON.

(8)Quoique la qualification de libéralité pour les présents d'usage soit discutée, cf. supra n°193.

(9)Sur le problème de preuve, notamment l'inapplicabilité de l'article 2230 du Code civil et l'impossibilité morale de constituer une preuve écrite, cf. J. CARBONNIER, art. précité, p.318.

de chaque espèce : nature de l'événement ayant motivé la remise du bijou, examen de la valeur, de la fonction et de l'origine de celui-ci[1]. A chaque fois, la perspective est la même : tenter de découvrir l'existence ou l'absence d'une intention libérale, autrement dit identifier l'éventuelle cause objective du donateur dans une libéralité.

240.- L'ambivalence qui peut s'attacher à la tradition matérielle d'une chose, se rencontre aussi pour les promesses de payer une somme d'argent. Un tel engagement, en cas de doute, sera identifié par la cause du promettant : cautionnement s'il s'agit de garantir la dette d'autrui[2] ; dépôt consensuel (ou promesse de dépôt réel) si la somme est versée pour être conservée ; prêt consensuel (ou promesse de crédit) si la remise a pour but de permettre une utilisation des fonds par celui qui les reçoit ; reconnaissance de dette si le promettant s'acquitte d'un engagement antérieur. De même, ainsi que l'a clairement montré M. Terre[3], après quelques hésitations, c'est la présence d'un affectio societatis qui permet, parfois, de distinguer l'apport en société de divers contrats, notamment du contrat de prêt[4]. Or, l'affectio societis constitue un élément spécifique de la cause d'un associé : c'est donc encore une fois le contenu d'une représentation causale d'un contractant qui éclaire la nature de l'obligation souscrite.

241.- Cette méthode jurisprudentielle n'encourt aucune critique dans son principe, mais sa formulation est peut-être perfectible, notamment lorsqu'il est fait appel à une notion de finalité de la tradition[5] ou de cause de la remise, qui pourrait résider soit dans son usage[6], soit dans sa garde. Cette présentation est discutable, car elle méconnaît la spécificité du prêt : dans cette qualification, la représentation causale originale, correspondant à l'usage de la chose, est celle du créancier de la remise (emprunteur), alors que dans le dépôt, le gage, la donation, voire l'apport en société, c'est celle du tradens qui est recherchée (garde, sûreté, intention libérale ou affectio

---

(1) J. CARBONNIER, art. précité, p.318-319 ; adde pour la prise en compte de la religion coranique : Versailles 19 décembre 1988, Juris-Data n°46784.

(2) En réalité, ces sûretés se sont diversifiées et le cautionnement se sépare de la garantie à première demande par son objet (cf. infra n°997-998). Dans le doute, il est en général présumé qu'il s'agit d'un cautionnement.

(3) Thèse précitée, n°294 et s., p.271 et s. ; H. BLAISE, Rép. soc., v° Apports, n°180 et s. ; J. HAMEL, «L'affectio societatis», RTD civ. 1925, p.761 et s., spéc. p.777 et s.

(4) Req. 8 janvier 1872, DP 1872-1-p.194 ; Req. 20 décembre 1893, DP 1894-1-p.224 ; Tb. civ. Vervins 31 juillet 1902, DP 1903-2-p.425 ; Req. 3 mars 1903, DP 1904-1-p.257, note THALLER ; Req. 10 juillet 1905, DP 1906-1-p.191 ; Req. 2 mars 1926, DH 1926, p.177 ; Com. 15 mars 1971, Bull. civ., IV, n°80, p.72 ; Paris 21 février 1986, D. 1986, p.548, note J. HONORAT, II et les références citées.

(5) L'arrêt du 29 novembre 1866 (précité) évoque simultanément «la fin principale du contrat» (sur la critique de la cause du contrat, cf. supra n°41 et s.) et la finalité de la tradition.

(6) Cf. Crim. 3 juin 1964, précité.

societatis)[1]. La prétendue «finalité de la tradition», rapportée à l'obligation de remise de la chose, recouvre donc, selon les cas, la recherche de la cause du créancier ou de celle du débiteur[2]. Cette dualité est parfois réintroduite sous une autre forme : il est rappelé, occasionnellement, que le prêt est conclu dans l'intérêt de l'emprunteur alors que le dépôt profite au déposant[3]. Il est permis de préférer à cette présentation, celle d'un auteur moderne : «le déposant remet la chose au dépositaire pour qu'il en assure la garde et la conservation ; l'emprunteur la reçoit pour s'en servir. Il en résulte que le dépôt est fait dans l'intérêt de celui qui remet la chose alors que le prêt à usage est fait dans l'intérêt de celui qui la reçoit»[4].

L'origine de ces imprécisions provient sans doute de la catégorie des contrats réels, à laquelle appartiennent, selon l'analyse classique[5], le dépôt, le gage et le prêt. Dans cette théorie, la cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur réside dans la remise de la chose par le prêteur : l'identifier à la jouissance de la chose, introduit une idée de continuité difficilement compatible avec l'instantanéité de la tradition[6]. De plus, parler de cause stricto sensu pour un déposant, un prêteur ou le constituant d'un gage semble impossible puisque ces contractants ne sont pas débiteurs d'une «obligation» de remise. Ainsi s'explique la référence générale et imprécise de la Cour de cassation à une prétendue «fin principale du contrat». Dans une analyse consensuelle, tout devient simple. Le prêteur doit transférer la jouissance et c'est la considération de cette obligation qui constitue la cause de l'emprunteur. Une cause du déposant, du prêteur ou du constituant d'un gage détachée de toute obligation principale est de surcroît parfaitement concevable[7]. A la limite, la référence à la finalité de la tradition pourrait même être conservée, mais dans une acception bien différente de celle initialement retenue par la Cour de cassation. Il s'agirait alors de déterminer la cause de l'obligation de remise. Cette obligation, structurellement accessoire, est affectée au service d'une autre obligation, à l'exécution de laquelle elle est nécessaire. La prestation de rattachement est celle du cocontractant dans le dépôt : la remise est indispensable à la garde[8]. Elle est constituée par une autre obligation du débiteur de la

---

(1)Une spécificité identique se retrouve pour les obligations de payer une somme d'argent : la cause de l'emprunteur s'oppose à celle du déposant, de la cuation, du donateur ou de l'associé.

(2)Cf. pour une erreur inverse, retenant systématiquement la cause de l'accipiens : S. BETANT-ROBET, Rép. précité, n°215.

(3)PLANIOL, op. cit., loc. cit. ; RIPERT et BOULANGER, op. cit. ; BAUDRY-LACANTINERIE, T.23, n°1012 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°910-4° ; Tb. com. Seine 11 juin 1881, précité.

(4)F. GRUA, J.-Cl. précité, n°90.

(5)Pour la critique, cf. infra n°306 et s.

(6)Cf. infra n°315.

(7)Cf. supra n°72 et infra n°366.

(8)Sur les obligations accessoires opposées, cf. infra n°390 et s.

remise dans le gage ou le prêt : transfert de jouissance pour le commodat et constitution du droit réel dans le nantissement. Dans cette conception, l'unité est retrouvée et c'est toujours la cause du débiteur de l'obligation de remise qui sert de critère[1].

242.- Insister davantage en multipliant les exemples paraît inutile. Le rôle de la cause en ce domaine est acquis. Sa portée théorique est, en revanche, limitée. En effet, cette cause objective qui permet d'identifier la nature de l'obligation voulue par les parties, n'est pas, en général, structurellement originale. Il s'agit de la cause objective normale, conforme à la structure d'un contrat donné : intention libérale (donateur) ou serviable (prêteur, dépositaire), considération de l'exécution d'une obligation (garde pour le déposant, transfert de jouissance pour l'emprunteur, constitution du gage pour le créancier gagiste, transfert du droit pour le donataire, etc.). Complexe d'obligations, utilisant l'objet et la cause, la structure d'un contrat peut être abordée indifféremment par l'un ou l'autre de ces concepts, selon la nature des éléments concrets dont l'existence est certaine. La cause ne se limite pourtant pas à cette fonction d'indice de la nature d'une obligation : elle participe parfois, véritablement, à la détermination de cette nature, en tant qu'élément constitutif..

B) La cause, élément constitutif de la nature d'une obligation

243.- Selon la présentation traditionnelle de la cause objective, il semble curieux, voire impossible, que cette notion puisse influencer la nature d'une obligation. La solution s'impose à l'évidence pour les contrats gratuits et les contrats réels où la cause objective ne se rattache pas directement à une obligation puisqu'elle correspond, selon les cas, à une intention libérale ou serviable, ou à la tradition préalable d'une chose. Les contrats synallagmatiques semblent apparemment fournir un terrain plus favorable. La cause de l'obligation principale d'un contractant y est constituée par la considération de l'exécution de l'obligation principale de l'autre partie et, même si les deux éléments ne sont pas exactement identiques ou redondants, cause et objet s'avèrent liés : l'objet de l'obligation d'une partie alimente la cause de l'autre. Pourtant, au sein de cette relation, c'est l'objet qui semble jouer le rôle principal. La cause n'est qu'une représentation de l'objet dont elle ne peut que confirmer la nature, sans l'altérer.

---

(1)En comparant un prêt et un dépôt gratuit, il est facile de s'apercevoir que dans un cas c'est le remettant qui rend un service à son cocontractant, alors que dans l'autre, c'est le conservateur. La cause gratuite (intention serviable) ne se trouve donc pas du même côté.

244.– L'analyse du contrat comme une structure d'obligations, où l'objet et la cause assument des fonctions complémentaires, permet de dépasser cette vision classique. Celle-ci présente l'inconvénient de privilégier les relations pouvant exister entre une obligation et la cause de son créancier, au détriment de celles pouvant se nouer entre une obligation et la cause de son débiteur. Pour mieux comprendre cette limitation, il suffit d'imaginer une convention conclue entre Primus et Secundus, contrat synallagmatique dans lequel chaque contractant s'engage à exécuter une obligation principale, respectivement A pour Primus et B pour Secundus. La cause de l'obligation A de Primus réside dans la considération de l'exécution de l'obligation B de Secundus. Dans cette présentation traditionnelle, la liaison qui s'effectue unit l'obligation B et la cause de son créancier, Primus. De même, une relation symétrique se crée entre l'obligation A et la cause de son créancier, Secundus. Ce chassé-croisé de représentations causales fait oublier une donnée fondamentale : le régime d'une obligation dépend très souvent de la présence d'un couple particulier formé par cette obligation et la cause de son débiteur. Autrement dit, pour reprendre l'exemple précédent, le régime de l'obligation A, ne résulte pas seulement de la nature de la prestation A qui en constitue l'objet, mais aussi du type de cause de son débiteur, en l'occurrence Primus.

245.– Cette affirmation n'est pas purement théorique. Elle est illustrée par des hypothèses pratiques tellement courantes et importantes, qu'il est permis de se demander pourquoi le lien unissant une obligation à la cause de son débiteur n'est pas plus fréquemment souligné[1]. Rien de plus banal, par exemple, qu'une vente et une donation. Ces deux qualifications sont construites autour d'une même prestation caractéristique : un transfert de propriété[2]. Néanmoins, le régime de celle-ci diffère profondément d'une qualification à une autre. L'origine de cette divergence ne fait aucun doute : l'obligation de donner est exécutée à titre onéreux dans la vente et à titre gratuit dans la donation. Il convient de préciser davantage. Puisque le régime du transfert varie selon la structure du contrat qui l'accueille, quel est précisément l'élément technique se rapportant à l'obligation de donner, qui oppose la donation à la vente ? Est-ce la cause du créancier de ce transfert ? Certainement pas, car les causes d'un acheteur et d'un donataire sont identiques : ils accordent tous deux leur

---

(1)V. cep. Ch. BRUNEAU, «La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature», Thèse Paris II 1984, n°52 et s. (où l'auteur indique que le but poursuivi peut infléchir le caractère abstrait d'une obligation de payer et le caractère concret d'une obligation en nature ; dans le second cas, schématiquement, l'objet est en nature et le but monétaire, n°86).

(2)Pour une approche moins approximative, cf. infra n°576.

consentement en perspective de l'exécution du transfert promis[1]. En réalité, c'est la cause du débiteur du transfert qui varie dans chaque qualification : alors que le donateur s'engage dans une intention libérale, le vendeur se lie pour obtenir le paiement du prix convenu avec l'acheteur. L'esprit général de ce principe est facile à comprendre : il convient d'être plus exigeant, notamment dans le domaine de la responsabilité, vis-à-vis d'un contractant qui conclut le contrat à titre onéreux, que pour un contractant animé par un pur souci de bienfaisance. Il s'agit là d'une directive ancienne d'application générale qui concerne d'autres contrats comme le prêt, le dépôt ou le mandat[2]. Formulée d'une manière plus conforme aux impératifs contemporains, elle correspond à l'idée que plus un service est d'un prix élevé, plus le client est en droit d'exiger qu'il soit de qualité[3]. En tout état de cause, le mécanisme technique permettant d'intégrer cette préoccupation dans l'ordre juridique reste le même : le régime d'une obligation est attaché à un couple formé par cette prestation et la cause de son débiteur et il se durcit en fonction de l'onérosité croissante de cette dernière.

246.– Cette première illustration de l'existence d'un lien entre la nature d'une obligation et la cause de son débiteur, en l'espèce la finalité onéreuse, gratuite ou intéressée poursuivie par ce contractant, est indiscutable. Sa portée est néanmoins limitée, car la liaison ainsi constatée est générique et se rencontre dans un grand nombre d'hypothèses : transfert de propriété, déplacement, prestation de service, transfert de jouissance[4]... En définitive, l'obligation n'est pas dénaturée en profondeur et ce sont trois variantes d'une même obligation qui apparaissent, plutôt que trois obligations radicalement distinctes.

L'onérosité de la cause du débiteur d'une obligation n'est d'ailleurs pas le seul exemple de ce genre d'influence générale et l'introduction d'un aléa dans certains contrats normalement commutatifs relève d'une analyse identique. L'altération est ici encore plus faible, puisque la qualification n'est pas atteinte : une vente à charge de rente viagère ou une vente aux risques et périls de l'acheteur restent des ventes et seul le régime de ces contrats subit quelques modifications[5]. D'ailleurs, l'aléa n'affecte que

---

(1)Cf. supra n°366.

(2)Cf. infra n°625.

(3)L'évolution contemporaine conduit à affiner cette vision en consacrant une cause intermédiaire intéressée (cf. infra n°550 et s.).

(4)Même dans une conception consensuelle du contrat de prêt, l'obligation de mise à disposition du prêteur est d'une intensité plus faible que celle du bailleur.

(5)Par exemple, pour la vente avec rente viagère, la rescision pour lésion est normalement impossible (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°998 et le recul du principe). Dans une vente aux risques et périls, l'utilité de la chose est affectée d'un aléa, ce qui exclut toute garantie des vices cachés, même si le vendeur est un professionnel (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°419) et peut également concerner la garantie d'éviction (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit.,

les contrats synallagmatiques où il introduit une incertitude dans l'équilibre des prestations. Il constitue par conséquent une sous-division de la cause onéreuse et il est normal que l'analyse de son influence rejoigne les conclusions précédentes.

Il est permis de se demander si, au delà de ces hypothèses, il n'est pas possible de découvrir des causes plus spécifiques, dont l'imbrication avec une prestation donnée produirait une obligation d'une nature véritablement nouvelle ou, à tout le moins, séparée de la prestation d'origine par des différences plus nettes que celles séparant les simples déclinaisons onéreuse, intéressée ou gratuite d'une même obligation.

247.– La réponse à cette interrogation doit être affirmative. Parmi les différents exemples qu'il soit possible de citer(1), celui du contrat médical est d'une particulière netteté. Une protection maximale de l'intégrité du corps humain conduit à considérer que tous les contrats conclus à son sujet sont nuls en raison de la nature de l'objet de la prestation. Dans cette analyse, le corps humain est hors du commerce au sens le plus strict. Cette conception est depuis longtemps dépassée et de nombreux auteurs soulignent que l'évolution a été amorcée techniquement par une modification du fondement de la nullité[2] : c'est désormais la cause de l'acte qui importe, ce qui suppose une appréciation globale de la partie du corps concernée, de la nature de la prestation et des conséquences de celles-ci[3]. L'indiscutable licéité de l'intervention du médecin se fonde par conséquent sur la cause thérapeutique de l'acte médical.

---

n°364). Mais, la clause doit être expresse ou la caractéristique visée précise : une clause vague et générale ne peut exonérer le vendeur, car la stipulation des risques et périls a des répercussions sur le prix que l'acheteur doit pouvoir connaître et discuter.

(1)V. par exemple : - *pour les contrats nommés* : l'assistance maritime (infra n°899 et s.), l'apport en société, où l'affectio societatis est consubstantiel de la nature juridique de l'apport.
- *pour les contrats innommés* : la question peut se poser pour le sponsoring. Ne faudrait-il pas considérer que la mise à disposition d'un bien, dans un but de promotion, à un sportif (qu'il s'agisse d'un transfert de propriété ou de jouissance) est une prestation originale ? (rappr. infra n°570-572, pour les influences minimales qu'il convient de consacrer).
La distinction n'est pas facile à effectuer entre les prestations qui prennent une nature originale lorsqu'elles sont effectuées dans un but particulier et celles qui viennent «s'enchâsser» dans une structure de qualification, sans que leur nature soit modifiée par la cause particulière imposée par la structure (rappr. infra n°990 et s., pour les hésitations en matière de sûreté). Ainsi, conservent semble-t-il leur nature, malgré la présence d'une cause particulière : la prestation de service d'un sous-traitant (cf. infra n°979 et s.) ; les dations ou obligations de faire pouvant constituer la contrepartie totale ou partielle d'un contractant dans une transaction (cf. supra n°645) ; les prestations de services et de déplacement d'un organisateur de croisière ; toutes les mises à disposition d'immeubles, dont la finalité est une condition d'application des statuts d'ordre public des baux d'immeubles. De même, si la présence d'un mobile objectif de précarité est parfois considéré comme un élément caractéristique de la convention d'occupation précaire, cette cause n'est pas en elle-même génératrice d'une obligation de nature nouvelle et l'autonomie de cette qualification ne se comprend que vis à vis de l'intervention impérative du législateur dans le domaine des baux immobiliers (cf. infra n°700).

(2)Cf. infra n°870 (note).

(3)Sur tous ces points, cf. infra n°870 et s.

Cependant, cette cause thérapeutique ne se contente pas de justifier la validité du contrat : elle constitue également un critère de qualification(1).

248.- La détermination de la nature du contrat médical est un problème classique[2]. Tous les auteurs écartent désormais sans hésitation la qualification de mandat, puisque le médecin n'accomplit pas à titre principal des actes juridiques pour le compte de son client[3], ou celle de contrat de travail, le médecin ne pouvant jamais être considéré comme étant en état de subordination vis à vis de son client[4]. Le recours au contrat d'entreprise s'avère plus approprié car le médecin accomplit un travail en toute indépendance et contre rémunération[5]. Pourtant, la majorité de la doctrine

---

(1)L'influence de la cause thérapeutique dans le domaine de la validité du contrat a sans doute masqué son rôle en matière de qualification. De sa présence ou de son absence dépendait la nullité du contrat et il pouvait sembler inutile de comparer des contrats avec et sans cause thérapeutique. Cette position est sans aucun doute critiquable car la comparaison reste utile entre les contrats valables sur le corps humain et les autres variétés de prestations de services.

(2)V. par exemple : R. SAVATIER, J. SAVATIER, J.-M. AUBY et H. PEQUIGNOT, «Traité de droit médical», 1956, n°238 ; J. PENNEAU, «La responsabilité médicale», Sirey 1977, n°21 ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, «Traité de droit médical», T.2, 1982, p.16 et s. ; G. MEMETEAU, «Le droit médical», Jurisprudence française, Litec, 1985, n°430 et s. ; A. SALIVAS, «De la situation des médecins à l'égard de leurs malades», Thèse Toulouse 1873, p.52 et s. ; F. FERRES, «Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins», Thèse Strasbourg 1934 ; L.-M. NORDMANN, «Le contrat d'opération chirurgicale», Thèse Paris 1939 ; J. SAVATIER, «Etude juridique de la profession libérale», Thèse Poitiers 1946, p.207 et s. ; R. BESSERVE, «Le contrat médical», Thèse Paris 1956, p.74 et s. ; L. KORNPROBST, «Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises», p.148 et s. (mais l'auteur est opposé à l'analyse contractuelle) ; M. HARICHAUX, «La rémunération du médecin», Economica 1979, n°29 et s.
Pour le Droit romain : E. HU, «Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin», Thèse Paris 1880, p.76-77.

(3)V. en ce sens : A. SALIVAS, Thèse précitée, p.53 ; F. FERRES, Thèse précitée, p.197 et s. ; L.-M. NORDMANN, Thèse précitée, n°87 et s. ; A. BRETON, note S. 1939-1- p.217, spéc. p.220 ; J. SAVATIER, Thèse précitée, p.207-211 ; R. SAVATIER et autres, op. cit., loc. cit. ; R. BESSERVE, Thèse précitée, p.74 et s. ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.17 ; L. KORNPROBST, op. cit., p.149-150 ; M. HARICHAUX, op. cit., n°30.
Rappr. déjà pour des utilisations abusives de cette qualification supra n°167.
En revanche, un mandat, intégré à titre accessoire dans le contrat médical, ou conféré par la loi (v. pour la loi du 3 janvier 1968 : L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.17 ; G. MEMETEAU, op. cit., n°432), ne semble pas exclu .

(4)V. notamment : A. BRETON, note S. 1939-1- p.217, spéc. p.220 ; J. SAVATIER, Thèse précitée, p.213 ; R. SAVATIER et autres, op. cit., loc. cit. ; R. BESSERVE, Thèse précitée, p.88-91 ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.16 ; L. KORNPROBST, op. cit., p.151 ; M. HARICHAUX, op. cit., n°32.
Ce qui n'exclut pas une situation de salarié avec un tiers (clinique, entreprise, etc. ; cf. J. SAVATIER, Thèse précitée, p.76 et s., p.211-212 ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.16 ; M. HARICHAUX, op. cit., n°208 et s.). Rappr. pour deux conséquences de ce particularisme : - Civ. 1e 4 juin 1991, D. 1991, IR, p.179, qui répute le contrat médical conclu entre le patient et la fondation gérant le centre de soins dont dépend le praticien - le développement de contrats de collaboration.

(5)V. en faveur du contrat d'entreprise : BAUDRY-LACANTINERIE, «Des contrats aléatoires Du mandat Du cautionnement», T.24, n°377-379 ; A. BRETON, note S. 1939-1- p.217, spéc. p.221 ; L. JOSSERAND, «Cours de droit civil français», T.2, n°1287 ; R. BESSERVE, Thèse précitée, p.82-87 et p.91-94 ; BEUDANT, T. XII, n°176 ; PLANIOL et RIPERT, T.XI, n°777 ;

spécialisée repousse cette solution au profit d'une qualification sui generis[1], suivie en cela par quelques décisions[2]. Un examen plus attentif montre néanmoins que les arguments invoqués pour écarter le louage d'ouvrage sont d'une extrême faiblesse. Les prétendues incompatibilités ne sont en réalité nullement rédhibitoires[3] et les particularismes que ces auteurs prêtent au contrat d'entreprise sont soit inexacts (qualité de commerçant de tout locateur[4], travail de nature matérielle[5], responsabilité fondée sur une obligation déterminée[6]), soit secondaires quant à la qualification (possibilité de substituer un sous-traitant[7], intuitus personae et fin du contrat à cause de mort du client[8], faculté de résiliation unilatérale avec indemnité[9], etc.[10]). De plus, cette éviction de la qualification de louage d'ouvrage oublie la caractéristique fondamentale du contrat d'entreprise dont la définition très générale autorise le détachement de multiples variétés plus spécifiques[11]. En définitive, que le contrat médical soit une variété d'entreprise ne saurait faire de doute. L'essentiel n'est pas là

COLIN et CAPITANT, T.2, n°1085 ; RIPERT et BOULANGER, T.3, n°2138 ; MAZEAUD et DE JUGLART, T.3 Vol.2, n°1332 ; M. HARICHAUX, op. cit., n°32-33 et les auteurs cités note 47. Adde F. FERRES, Thèse précitée, p.200 et s. (assez confus, mais semble-t-il favorable à cette qualification).

(1)V. en ce sens : A. SALIVAS, Thèse précitée, p.53 ; L.-M. NORDMANN, Thèse précitée, n°102 et s. ; J. SAVATIER, Thèse précitée, p.213-216 ; R. SAVATIER et autres, op. cit., loc. cit. et les références note 10 p.215 ; J. PENNEAU, op. cit., n°21 ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.18 ; G. MEMETEAU, op. cit., n°431-432 ; L. KORNPROBST, op. cit., p.152-157.

(2)V. notamment Civ. 21 août 1839, S. 1839-1-p.663 (exclusion de l'article 1780 du code civil, ce qui n'est d'ailleurs pas à l'abri de la discussion ; rappr. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, note 1, p.328) ; Civ. 13 juillet 1937, S. 1939-1-p.217, note A. BRETON (pour un problème assez secondaire de compétence territoriale, qui a d'ailleurs disparu depuis la nouvelle rédaction de l'article 46 du nouveau Code de procédure civile : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°338, p.380, note 3) . Adde les références citées par J. PENNEAU, op. cit., n°21 note 4 ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.18, note 21.

(3)M. HARICHAUX, op. cit., n°33.

(4)V. R. SAVATIER et autres, op. cit., loc. cit.

(5)V. J. SAVATIER, Thèse précitée, p.214 ; G. MEMETEAU, op. cit., n°432.

(6)V. R. SAVATIER et autres, op. cit., loc. cit. ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.17 ; G. MEMETEAU, op. cit., n°432.

(7)V. J. SAVATIER, Thèse précitée, p.214 ; R. SAVATIER et autres, op. cit., loc. cit. ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.17 ; G. MEMETEAU, op. cit., n°432.

(8)V. J. SAVATIER, Thèse précitée, p.214 ; R. SAVATIER et autres, op. cit., loc. cit. ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.17 ; G. MEMETEAU, op. cit., n°432.
Pareil argument est absurde car la solution découle naturellement de la nature du travail accompli : une intervention thérapeutique sur le corps humain n'est plus possible quand la personne est décédée : l'objet devient impossible et la convention caduque.

(9)V. J. SAVATIER, Thèse précitée, p.214. Contra : A. BRETON, note S. 1939-1- p.217, spéc. p.221.

(10)Adde : - impossibilité pour le médecin de résilier (L. KORNPROBST, op. cit., p.152).
- réduction des honoraires possibles pour un médecin, pas pour un entrepreneur (L. KORNPROBST, op. cit., p.152).

(11)Cf. supra n°169.

et il importe surtout d'isoler le critère technique permettant au contrat médical d'opérer cette séparation.

249.- A l'origine, deux critères jouent de manière combinée : l'objet de la prestation (le corps humain) et la cause thérapeutique de l'intervention du praticien[1]. Bien entendu, les deux critères sont liés. La nature de la prestation et l'objet sur lequel elle porte, en un mot le fait qu'il s'agisse d'un travail sur le corps humain[2], imposent une cause particulière : la poursuite d'un but curatif. Dans un contrat de soins médicaux[3], ce but spécifique pénètre profondément l'obligation du praticien, au point de faire de cette cause objective un élément de sa nature même C'est ce particularisme qui permet d'opposer l'obligation du médecin à celle d'un entrepreneur traditionnel et qui explique aussi, qu'en l'espèce, la spécialisation de cette variété d'entreprise puisse produire des effets supérieurs à la traditionnelle catégorisation de ce secteur[4].

L'évolution récente a vu le but curatif s'élargir, pour ne pas dire disparaître ou devenir artificiel, dans certaines hypothèses, concernant notamment la chirurgie esthétique. Deux phénomènes intéressants sont alors à noter. D'une part, un souci de protection du client conduit à maintenir la qualification et le régime du contrat médical. Ceci signifie, d'autre part, que le contrat médical a désormais recours à une technique de qualification moderne, où la nature d'un contrat est attachée à plusieurs structures d'obligations différentes, un objet de la prestation spécifique constituant leur point commun[5].

250.- Qu'elle soit générique ou spécifique, qu'elle concerne une cause médiate ou immédiate, d'équivalence ou d'affectation, la possibilité d'un lien entre la nature d'une obligation et la cause de son débiteur est acquise. Il n'en demeure pas moins que la mise en évidence de ces hypothèses est loin d'être toujours simple. Les

---

(1)La cause essentielle, en l'occurrence, est celle du médecin dont la présence est nécessaire, sous peine d'illicéité de son intervention. Il s'agit donc bien de la cause du débiteur de l'obligation concernée. La présence d'une cause thérapeutique chez le patient est plus discutable (cf. infra n°875 (note)).

(2)Et non un simple déplacement (transport) ou une simple surveillance (crèche ou garderie ; cf. infra n°795 (note), n°799 et n°871 (note)). Comp. avec les auteurs qui s'attachent également à la notion d'acte médical : L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.14.

(3)L'imbrication est moins profonde dans les contrats de garde (dépôt de sperme ; cf. infra n°772 et s.) ou dans les contrats «translatifs» de substances ou d'organes d'origine humaine (cf. infra n°875 et s.). D'ailleurs, si le contexte est thérapeutique, la prestation n'a le plus souvent qu'un effet thérapeutique indirect ou différé (v. notamment le don du sang et les «ventes» de sang, ainsi que le dépôt de sperme dont on ne sait même pas s'il servira). La finalité thérapeutique est en revanche indéniable dans la transfusion conclue avec le receveur, mais celle-ci est toujours incluse dans un contrat médical.

(4)Cf. supra n°168.

(5)Cf. infra n°641 et s.

difficultés de mise en application du principe peuvent être illustrées par deux exemples, qui amènent à des conclusions opposées : les transferts de propriété finalisés (1) et les déplacements finalisés (2).

1) Les transferts de propriété finalisés

251.- Depuis plusieurs années, l'évolution du droit de propriété est à l'origine d'un important débat doctrinal, qui concerne notamment l'admission d'une propriété détachée de certains de ses attributs et exercée à des fins spécifiques, par exemple de sûreté, en contradiction avec l'analyse traditionnelle qui ne conçoit ce droit que comme une prérogative absolue, pleine et entière[1]. La publication récente d'un avant-projet[2], et même d'un projet de loi[3], relatif à la fiducie rend plus actuel encore le problème des transferts de propriété finalisés, c'est à dire effectués en vue d'un objectif particulier. Dans une approche très générale, la fiducie peut être définie comme «l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire»[4]. En adoptant une définition aussi globale, l'attention se porte principalement sur la physionomie du droit de propriété du fiduciaire et, à un moindre titre, sur l'obligation éventuellement originale qui permet d'arriver à cette situation. Cette perspective semble être celle de l'avant-projet qui

---

(1)Sur ce débat : MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, «Les sûretés La publicité foncière», 1987, n°536-538 ; J. STOUFFLET, «L'usage de la propriété à des fins de garantie», «Les sûretés», Colloque de Bruxelles, 20-21 octobre 1983, Feduci, p.319 et s.

(2)Cet avant-projet (daté du 13 février 1990 et remanié par une seconde version du 14 novembre 1990) suscite une doctrine abondante. V. par exemple : Revue de droit bancaire mai-juin 1990 ; Présentation J. DE GUILLENCHMIDT (p.105) ; Interventions : A. PEZARD (p.108), J. CHARLIN (p.111), A. DE FOUCAUD (p.114), A. CERLES (p.117) ; Synthèse Cl. WITZ (p.120) ; Ch. LARROUMET, «La fiducie inspirée du trust», D. 1990, p.119 ; J. DE GUILLENCHMIDT, «La France sans la fiducie ? », Rev. jur com. 1991, p.49 et s. ; M. GRIMALDI, «La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre», Defrénois 1991, 35094, p.961 et s. ; M. CANTIN-CUMYN, «L'avant projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique», D. 1992, p.117.

(3)Doc. Ass. nat. n°2583.

(4)Cette définition est empruntée à l'ouvrage de référence en la matière : Cl. WITZ, «La fiducie en droit privé français», Economica 1981, n°16. Adde du même auteur, intervention au Colloque de Deauville, «La fiducie, sûreté en droit français», n° spécial Rev. jur. com. février 1982, p.67 et s.
V. aussi : - *traités et manuels* : MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, «Les sûretés La publicité foncière», 1987, n°539 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les sûretés», 1990, n°753 ; Ph. THERY, «Sûretés et publicité foncière», PUF, n°326.
- *articles et chroniques* : D. PERINNE et M. GALIMARD, «Le transfert fiduciaire (la fiducia cum creditore)», Journ. not. av. 1985, art. 58398, p.1337 ; J. CHARLIN, «La fiducie», JCP éd. N 1986, I, p.165 ; J. DERRUPPE, «De la fiducie au crédit-bail», Mélanges ELLUL, p.449 ; J.-P. LE GALL, «Premières réflexions sur les dispositions fiscales de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie», JCP éd. E 1991, I, 40, p.149 et s.
- *thèses et ouvrages spéciaux* : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°128.

propose d'édicter dans le cadre d'un article 2062 nouveau du Code civil que «la fiducie est un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé, au profit de bénéficiaires ou du constituant lui-même»[1]. Une telle approche est concevable et elle peut permettre de rendre compte d'un régime commun de la fiducie dans toutes les hypothèses concernées. Du strict point de vue de la technique des qualifications, cette définition encourt cependant de graves critiques. Elle englobe en effet plusieurs contrats dont les structures de qualification sont séparées par des différences fondamentales. Elle aboutit ainsi à obscurcir l'originalité technique des transferts de propriété finalisés et conduit à douter que l'avant-projet régisse véritablement un contrat. Ce sont ces différentes idées qu'il convient d'approfondir.

252.– Il est désormais classique d'opposer la fiducie-sûreté à la fiducie-gestion[2]. La fiducie-sûreté se définit comme «le contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer en principe le bien lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer»[3]. Cette convention n'est pas réductible à un schéma classique. Elle ne peut être ramenée à une constitution de gage puisque c'est la propriété qui est transmise et non un simple droit réel accessoire. La fiducie-sûreté ne peut davantage être assimilée à une vente conclue sous la condition résolutoire du remboursement de la dette principale. Une différence rédhibitoire sépare les deux qualifications : alors que la vente possède une structure synallagmatique onéreuse, la fiducie est un contrat unilatéral et le fiduciant ne s'engage nullement à payer un prix[4]. Certains textes confirment pleinement cette particularité. Notamment, l'article 1-1 de la loi du 2

---

(1)Le projet reprend une définition identique, sous réserve d'une modification purement formelle : «...bénéficiaires. Le constituant peut être bénéficiaire».
Auparavant, certains textes étaient intervenus ponctuellement : - l'ordonnance n°67-838 du 28 septembre 1967, sur la mobilisation des crédits (Cl. WITZ, art. précité, p.71 ; Ph. THERY, op. cit., n°326 ; MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°542 ; J. STOUFFLET, art. précité, n°39).
- la loi du 4 janvier 1978 sur la garantie des avances consenties par la Caisse nationale des marchés de l'état (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°753 note 16).
- la loi Dailly (M. VASSEUR, «L'application de la loi Dailly», D. 1982, p.273 et s., spéc. n°4 et s. ; J. STOUFFLET, art. précité, n°39-40 ; Cl. WITZ, art. précité, p.71 et s. ; MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°542 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°753 note 16 ; Ph. THERY, op. cit., n°326).

(2)M. WITZ isole un troisième type, la fiducie-libéralité, qu'il est impossible d'exposer ici pour conserver à ces développements une dimension raisonnable. La fiducie-libéralité, en se heurtant au droit des libéralités, pose en effet des problèmes plus nombreux que les deux autres.

(3)Cl. WITZ, art. précité, p.67, texte et note 7 sur l'explication de la réserve (en principe»).

(4)V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°753 ; Ph. THERY, op. cit., p.348 ; MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°539 ; J. STOUFFLET, art. précité, n°45 ; J. DE GUILLENCHMIDT, chr. précitée, n°1.1.2.c.

janvier 1981, dite loi Dailly, après sa modification par une loi du 24 juin 1984, dispose que «même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée». En dépit de ce caractère unilatéral, la fiducie-sûreté n'est pas non plus une donation[1]. Le transfert de propriété n'est pas effectué dans un esprit de libéralité mais dans le but précis de fournir une garantie au créancier[2]. Comme pour toute sûreté, la finalité du constituant correspond à une cause représentative d'un rapport d'affectation, caractéristique du lien qui unit l'accessoire au principal[3].

Par sa structure de qualification unilatérale onéreuse, la fiducie-sûreté s'oppose donc nettement à la fiducie-gestion. Dans celle-ci, le fiduciaire est chargé de gérer, au sens le plus large du terme, tout ou partie des biens dont le fiduciant lui a transmis la propriété. A l'issue d'une certaine période, les biens sont retransférés soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire. L'institution rappelle le trust anglo-saxon et ses applications sont innombrables[4]. Dans l'hypothèse courante, la fiducie-gestion est un contrat synallagmatique onéreux et le fiduciant rémunère le fiduciaire, qui est le plus souvent un professionnel. La structure de qualification de ce type de fiducie n'a donc plus rien à voir avec la fiducie-sûreté. Elle comprend au minimum deux obligations principales qui sont, respectivement, l'obligation de gestion du fiduciaire et l'obligation de payer la rémunération du fiduciant. Quant à l'obligation caractéristique qui constitue l'objet du contrat, il s'agit de celle du fiduciaire : à l'instar des conventions de portages d'actions(5), la fiducie-gestion est un contrat où le fiduciaire

---

(1)V. en ce sens : J. DE GUILLENCHMIDT, chr. précitée, n°1.1.2.c.

(2)V. Cl. WITZ, art. précité, p.67-68 ; Ph. THERY, op. cit., n°326 (le transfert «n'a d'autre finalité que la garantie du créancier») ; D. SCHMIDT, art. cité infra, p.41 ; J. DERRUPPE, art. précité, p.450 et 457 («la fiducia cum creditore aura vraiment ressuscité le jour où l'on admettra qu'un transfert de propriété peut trouver une cause suffisante dans la garantie d'une créance») ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°128.

(3)Sur l'existence d'un rapport d'accessoire : Cl. WITZ, art. précité, p.67.
Il est donc ambigu de considérer que le transfert est effectué en «contrepartie d'une créance» (v. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°753 ; adde D. SCHMIDT, art. cité infra, p.38, à propos de la distinction de la convention de portage et de la vente («le critère de distinction réside dans la contrepartie du transfert : un prix ou un service» ; or, si le prix est bien la contrepartie du transfert dans la vente, le service correspond ici à une cause d'affectation) et plus loin pour la distinction entre le portage et les transferts à fin de garantie («le critère de distinction réside également dans la contrepartie : la garantie ou un service» ; ici, la cause est bien d'affectation dans les deux cas et c'est la référence à la contrepartie qui est discutable)).
Pour la critique : Cl. WITZ, art. précité, p.68 ; MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°539.

(4)V. par exemple : les applications évoquées dans le numéro spécial de la Revue de droit bancaire précité ; adde : J. DE GUILLENCHMIDT, chr. précitée, n°2.2. ; M. GRIMALDI, chr. précitée, n°35 et s.

(5)Sur les *conventions de portage de titres*, v. par exemple : D. SCHMIDT, «Les opérations de portage de titres de société», «Les opérations fiduciaires», Colloque de Luxembourg, 20-21 septembre 1984, LGDJ-Feduci 1985, p. 29 et s. ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°143 ;

rend un service au constituant. Pour aller au delà, il convient de distinguer selon que le retransfert s'effectue au profit d'un tiers bénéficiaire ou du constituant. Lorsque le retransfert s'effectue au profit d'un tiers, il est possible de considérer que cette dation est justement le service que le fiduciant attend et qu'elle constitue l'obligation principale du fiduciaire(1), ou tout au moins l'une d'entre elles, si la gestion

---

Lamy sociétés commerciales 1991, n°1138 ; D. DE TCHAGUINE-SEGURET et H. FRANCOIS-MARSAL, «Portage : la clarification nécessaire», Gaz. Pal. 1989-1-p.244 et s.
La jurisprudence commence à reconnaître la validité et l'originalité de cette convention, malgré les obstacles tenant aux risques de fraude (prêt usuraire ; pacte commissoire ; clause léonine : Civ. 1e 7 avril 1987, JCP éd. E 1988, II, 15133, note M. GERMAIN), mais la qualification positive de ces contrats reste vague : Paris 9 juin 1983, D. 1984, IR, p.81, obs. M. VASSEUR ; Tb. com. Lille 28 octobre 1986, Rev. sociétés 1987, p.600, note Cl. WITZ ; Rev. dr. bancaire et bourse 1987, p.55, obs. M. JEANTIN et A. VIANDIER ; Paris 20 novembre 1987, Rev. Banque 1988, suppl. n°486, p.63 ; Tb. com. Nantes 1 juillet 1988, Rev. jurispr. com. 1990, p.207, note Ch. GOYET ; D. 1991, somm. p.37, obs. M. VASSEUR.
M. SCHMIDT montre clairement que «le portage est un service que fournit le porteur sur demande du donneur d'ordre» (art. précité, p.31 ; adde Cl. WITZ, note précitée, p.605 ; Ch. GOYET, note précitée, p.211-213) et certaines décisions commencent à relever expressément l'importance de ce service (Tb. com. Lille 28 octobre 1986, précité ; Tb. com. Nantes 1 juillet 1988, précité). Les services rendus par l'établissement financier sont variés : service de discrétion quand l'établissement doit prendre une participation dans une entreprise en dissimulant son donneur d'ordre (p.31-33 ; la discrétion n'est cependant qu'un aspect de la prise de participation objet de l'obligation du porteur ; rappr. déjà pour le refus de réduire le contrat de coffre-fort à son élement de discrétion : A. WAHL, note S. 1905-2-p.57) ; facilités de cession de titres ou d'introduction en bourse par leur acquisition temporaire (p.34-p.35) ; arbitrage d'une société dont les parts sont détenues à parts égales par des associés en désaccord (p.36) ; création de structures de financement (p.37).
Les rapports entre la fiducie et les conventions de portage ne sont pas simples à définir. Le portage de titres évoque la fiducie-gestion par le «greffage» d'un service sur un double transfert de propriété. De même, le porteur des titres n'est qu'un propriétaire temporaire et son droit de propriété est limité par les sujétions que lui impose le donneur d'ordre dans un but déterminé. Certaines opérations de portage, lorsque les titres sont la propriété initiale du donneur d'ordre, sont parfaitement assimilables à une fiducie-gestion (M. GRIMALDI, chr. précitée, n°35). L'analyse semble plus difficile lorsque le porteur acquiert les titres d'un tiers. Si une telle situation ne rentre pas dans le cadre de l'avant-projet (v. en ce sens : M. GRIMALDI, chr. précitée, n°32 ; Cl. WITZ, synthèse précitée, p.121), certains auteurs l'assimilent à une fiducie-gestion (Cl. WITZ, note précitée, p.608 ; Ch. GOYET, note précitée, p.214). Cette position peut se recommander d'une conception large de la fiducie, mais il ne faudrait pas, cependant, qu'elle masque le fait qu'outre le service, pour ainsi dire traditionnel, de gestion temporaire des titres, le porteur rend un service d'acquisition des titres : globalement, l'opération aboutit à faire entrer dans le patrimoine du donneur d'ordre des titres qui n'y figuraient pas (il est donc impossible de se contenter d'un analyse séparée des prestations, en voyant dans l'acquisition une obligation accessoire nécessaire à la gestion des titres, suivie à l'issue d'un transfert obligation accessoire par «production»). Il s'agit là d'une prestation, qui n'est pas assimilable à un mandat (cf. Cl. WITZ, note précitée, p.607), et dont la spécificité pose problème (v. déjà les difficultés rencontrées pour le crédit-bail infra n°1628). Notamment, l'aspect financement devient ici non négligeable, ce qui peut poser certains problèmes de validité (usure et article 2078 du Code civil) et suscite une interrogation quant aux obligations du porteur relatives à l'efficacité des titres cédés (cf. Cl. WITZ, note précitée, p.609 ; l'auteur élimine à juste titre la garantie des vices cachés de la vente, mais cette éviction épuise-t-elle le problème ? Est-il inconcevable et anormal d'exiger de l'établissement certaines diligences à propos d'une acquisition qui est l'une des finalités principales du donneur d'ordre ?).

(1)Une analyse semblable est sans doute applicable à la fiducie-libéralité. Il convient de souligner que l'originalité de cette obligation (ou du couple conservation du droit-transfert) est encore mal appréhendée. Le régime de cette prestation, dont il n'est pas certain qu'elle s'identifie purement et simplement à une stipulation pour autrui (cf. infra n°191 (note)), est certainement encore largement à construire. Des difficultés semblables se rencontrent d'ailleurs pour l'obligation

temporaire des biens avant ce transfert est également analysée comme une prestation principale[1]. L'obligation de donner initiale constitue quant à elle une obligation accessoire par destination de la prestation du fiduciaire, à l'exécution de laquelle elle est indispensable[2]. Lorsqu'en revanche le retransfert s'effectue au profit du constituant, et bien que l'analyse puisse paraître a priori surprenante, les deux dations constituent structurellement deux obligations accessoires. Les parties considérant comme conventionnellement nécessaire à l'accomplissement de l'obligation du fiduciaire que celui-ci soit propriétaire de tout ou partie des droits du constituant, ce dernier s'oblige à les transférer, ce qui constitue une illustration parfaite de la catégorie des obligations accessoires par destination[3]. Ce caractère accessoire est d'ailleurs confirmé par un raisonnement analogique. La propriété du fiduciant n'entre dans le patrimoine que temporairement[4] et le contrat ne fait en quelque sorte que se greffer sur une relation dynamique composée de deux transferts de propriété. Or, dans les contrats temporaires traditionnels comme le bail, le prêt, le dépôt ou encore le transport, les obligations exprimant techniquement ce flux, à savoir l'obligation de remise et de restitution, sont également des obligations accessoires(5).

253.– Il est dès lors facile de comprendre les réserves que suscite le texte de l'avant-projet dont la définition générale est censée regrouper tous les types de fiducie[6]. En premier lieu, cette définition est inapplicable à la fiducie-sûreté où le

---

symétrique d'achat qu'il est possible de rencontrer dans les conventions de portage d'actions (cf. note précédente).

(1)Il serait possible de considérer en effet que cette gestion intérimaire est une obligation accessoire indispensable à l'exécution du retransfert. En réalité, les deux analyses doivent coexister. Lorsque la fiducie-gestion consiste à gérer temporairement une entreprise afin de faciliter sa transmission, les deux obligations du fiduciaire paraissent également importantes et la remarque vaudrait sans doute aussi pour certaines fiducies-libéralités. Il est en revanche possible d'envisager que des services du fiduciaire ne visent qu'à préparer un transfert à bref délai (réunion de fonds pour une collecte).

(2)Sur les notions d'obligation accessoire par destination et par opposition, cf. infra n°371 et s. et n°390 et s.

(3)Cf. infra n°371 et s.

(4)V. soulignant ce caractère temporaire : J. DE GUILLENCHMIDT, chr. précitée, p.49 et 56.

(5)Cf. infra n°409-410. Ces deux variétés de fiducie sont d'ailleurs séparées par les modalités de ce rapport d'accessoire à principal. Le caractère unilatéral de la fiducie-sûreté implique que le rapport d'accessoire joue entre deux contrats ou entre un contrat et un rapport de droit principal. Comme le précisent à juste titre certains auteurs, même constatés dans un instrumentum unique, le crédit et la sûreté procèdent d'un negotium distinct (MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°538 ; Cl. WITZ, art. précité, p.67 et 68). La dissociation est d'ailleurs classique pour les garanties, même conclues entre deux parties seulement comme le gage ou l'hypothèque. Dans la fiducie-gestion, au contraire, le rapport d'accessoire à principal subsiste, puisque le transfert de propriété n'est effectué que dans une finalité précise, mais il joue entre les diverses obligations à l'intérieur d'un même contrat.

(6)Le doute n'est plus permis depuis la seconde version de l'avant-projet qui insère un article 2063 bis disposant que «lorsque la fiducie est conclue à des fins de garantie, le contrat doit prévoir les modalités de réalisation des biens transférés». Comp. Cl. WITZ, synthèse précitée, p.121 (sur la rédaction initiale que l'auteur juge surtout axée sur la fiducie-gestion).

fiduciaire n'agit pas «dans un but déterminé au profit du bénéficiaire». Comme tout bénéficiaire de sûreté[1], le fiduciaire n'accomplit aucune mission[2], n'exécute aucune obligation principale qui soit la contrepartie du transfert du droit et en aucun cas l'obligation de restitution qui pèse sur lui en cas d'issue heureuse du rapport de droit principal ne peut occuper cette position, comme cela a toujours été admis pour le contrat de gage. Ensuite, l'alignement de la fiducie-sûreté et de la fiducie-gestion masque l'emploi de techniques de qualification inhabituelles, même si d'autres contrats y ont également recours[3]. D'une part, lorsqu'il s'effectue au profit du constituant, le transfert fiduciaire, qui constitue indiscutablement un critère de qualification de la fiducie-gestion, correspond à deux dations structurellement accessoires. S'il est techniquement possible de tenir compte de prestations secondaires d'une convention pour en identifier la nature[4], la situation est suffisamment rare pour être notée[5]. D'autre part, le texte de l'avant-projet utilise une seconde technique de qualification assez novatrice qui consiste à attacher une même qualification à plusieurs structures d'obligations. En l'occurrence, la palette est d'ailleurs fort ouverte puisqu'elle regroupe un contrat unilatéral onéreux (fiducie-sûreté), un contrat synallagmatique onéreux (fiducie-gestion) sans omettre que cette dernière peut aussi relever de la catégorie des contrats complexes[6]. En définitive, il est donc permis de se demander si l'affirmation liminaire du texte selon laquelle la «fiducie est un contrat» n'est pas quelque peu abusive[7], notamment au regard du contenu de la réforme dont l'objectif est surtout d'instaurer une réglementation protectrice de la propriété ainsi transférée[8]. La formule constitue peut être une traduction malheureuse de l'idée selon laquelle le texte entend régir tout transfert fiduciaire inséré dans un contrat, peu

---

(1)Pour une analyse plus fine, à propos du cautionnement, v. cep. infra n°997 et s.

(2)V. en ce sens : M. GRIMALDI, chr. précitée, n°34 (cette position justifiée contredit cependant l'affirmation précédente de l'auteur selon laquelle la fiducie se caractériserait par une «dualité d'objet», n°31).
Comp. plutôt en sens inverse : J. DE GUILLENCHMIDT, chr. précitée, n°2.2.2. c.

(3)Cf. infra n°510 et s., pour la prise en compte d'obligations accessoires et infra n°641 et s., pour la prise en compte d'une multiplicité de structures d'obligations.

(4)Cf. infra n°510 et s.

(5)Autour d'une obligation de gestion d'un patrimoine ou d'un ensemble de droits, se greffent plusieurs variantes selon que le gestionnaire reçoit la propriété des éléments d'actifs, leur détention (gestion de titres ou de sommes d'argent) ou qu'il se comporte comme un pur mandataire (comp. J.-P. LE GALL, chr. précitée, n°15, qui rattache l'élément gestion de la fiducie au mandat ou à la gestion d'affaires).

(6)Contrat mixte par addition, pour être précis, où le fiduciaire s'engage à deux obligations principales : gérer les biens pendant la période transitoire et les transférer au bénéficiaire à l'issue (sur ces contrats, cf. infra n°1308 et s.).

(7)Contra : J. DE GUILLENCHMIDT, chr. précitée, p.49 et p.53.

(8)Rappr. J. DE GUILLENCHMIDT, chr. précitée, n°1.2., qui affirme à propos de l'institution d'une masse de biens séparée : «nous sommes au cœur de la fiducie».

important en définitive sa structure de qualification. Autrement dit, l'avant-projet vise surtout à réglementer les conséquences d'une prestation particulière indépendamment de la qualification, technique ici encore peu répandue[1]. Il n'en demeure pas moins que l'origine de la spécificité de ce transfert par rapport à une obligation de donner traditionnelle reste à préciser.

254.- Les développements qui précèdent montrent bien que l'originalité de la fiducie provient non de la cause de son créancier, mais de celle de son débiteur, le fiduciant. L'affirmation se vérifie pour la fiducie-sûreté où le fiduciaire, comme un vendeur ou un donataire, s'engage en considération du transfert de propriété dont il va profiter : une telle cause est conforme à celle de tout bénéficiaire de sûreté qui conclut le contrat en considération de la prestation de son cocontractant. Elle est encore plus flagrante dans la fiducie-gestion où la cause du fiduciaire est constituée non par l'obligation de donner du constituant, mais par la rémunération qu'il escompte recevoir.

Cette relation entre la cause du débiteur et la nature de l'obligation mérite d'être approfondie dans le cadre de la fiducie-sûreté puisque c'est dans cette hypothèse que le transfert fiduciaire joue le rôle d'obligation caractéristique. Certains auteurs semblent analyser de manière assez classique le transfert de propriété lui-même, en attachant une importance essentielle à l'obligation de restitution[2]. Cette perspective n'emporte pas la conviction. L'obligation de restitution est une prestation neutre qui se retrouve dans de nombreux contrats. Pour prendre l'exemple du bail mobilier, cette convention ne peut se concevoir sans une obligation de restitution. Pourtant, l'originalité de cette qualification dépend avant tout de la prestation caractéristique du bailleur, le transfert de jouissance. C'est cette obligation qui identifie le contrat, même si sa traduction technique suppose également la présence d'autres obligations comme la délivrance et la restitution. Pour la fiducie-sûreté, la situation est identique. La finalité originale du transfert de propriété, effectué dans un but de garantie, engendre

---

(1) Cf. infra n°1129 et s.
Rappr. M. GRIMALDI, chr. précitée, n°28 (l'auteur estime que la fiducie, à la différence des contrats spéciaux et des sûretés réelles, ne correspond pas à une opération économique déterminée mais à un mécanisme abstrait).

(2) V. par exemple : MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°539 («l'engagement de retransfert paraît donc être un élément essentiel de la fiducie») ; J. DERRUPPE, art. précité, p.451 («l'originalité de l'aliénation fiduciaire n'est pas le transfert de propriété mais le pacte de fiducie») ; M. GRIMALDI, chr. précitée, n°57.
Cette conception est applicable aussi dans une moindre mesure à la fiducie-gestion lorsque le retransfert est effectué au profit du constituant. En revanche, qualifier d'essentielle la transmission à un bénéficiaire-tiers (v. en ce sens : M. GRIMALDI, chr. précitée, n°57) est logique puisqu'il s'agit bien de l'obligation caractéristique dans ce genre de fiducie-gestion.

une obligation de restitution, mais l'élément caractéristique de la qualification demeure l'obligation du fiduciant[1].

255.– Dès lors, il convient de recentrer la discussion. Sans remettre en cause l'importance de l'obligation du fiduciant, il est possible de considérer que l'obligation de donner est d'une nature invariable et que c'est la qualification globale du contrat qui est attachée à un couple de deux critères composé par la présence d'une dation (neutre) et d'une cause spécifique de son débiteur. Dans une telle conception, la cause n'influence plus véritablement la nature du transfert de propriété et ce dernier n'est pas l'objet de plusieurs obligations de nature différente selon que le contrat est une vente, une donation ou une fiducie. Derrière cette discussion se dissimule en fait un problème théorique plus général relatif à l'articulation des deux aspects d'une structure de qualification, laquelle constitue à la fois un ensemble d'éléments (obligations) et un ensemble de liens (cause). La relation entre une obligation et la cause de son débiteur peut être vue comme la juxtaposition de deux approches distinctes (conception unitaire de l'obligation de donner) mais il est possible de considérer également qu'à ce point de rencontre, la cause s'associe à l'objet pour créer une obligation de nature originale. Trancher un tel débat de façon définitive et absolue s'avère délicat. Il semble possible, néanmoins, d'y contribuer en formulant deux remarques.

En premier lieu, quelle que soit la position adoptée, il paraît acquis que le droit positif tient compte, pour déterminer la nature d'une convention, des liens pouvant unir une obligation à la cause de son débiteur. Or, une telle conclusion renouvelle considérablement la présentation traditionnelle des relations unissant la cause et l'objet, jusqu'alors enfermée dans l'opposition stérile entre les doctrines causaliste et anti-causaliste. Déterminer si la cause s'unit à l'objet dans la définition de la nature d'une obligation ou si ces deux éléments jouent conjointement mais séparément en tant que critère d'une qualification globale du contrat ne relève que d'un raffinement théorique entre deux conceptions voisines.

Ensuite, s'il faut choisir, la thèse de la neutralité de l'obligation de donner ne semble pas la plus convaincante[2]. Certes, cette doctrine peut invoquer l'existence d'un régime minimal commun à toute dation, par exemple le principe de l'instantanéité du transfert des corps certains, mais il est facile d'opposer à celui-ci les innombrables différences qui affectent le régime d'un transfert de propriété selon qu'il est inclus

---

(1)V. en ce sens : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°128, p.140 («cette garantie est véritablement érigée en objet du contrat»).

(2)Rappr. plutôt en ce sens, indépendamment de discussion sur la fiducie : J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.35 et s., spéc. p.41 et p.52.

dans une vente, une donation, un contrat de fiducie ou un prêt de consommation. A quoi bon, par conséquent, maintenir une identité de nature de l'obligation de donner si le régime qui en découle est profondément distinct ? Il convient d'ailleurs de souligner que ce problème n'est pas spécifique aux transferts de propriété et qu'il se rencontre aussi pour les prestations de services ou pour les transferts de jouissance, à partir du moment où la nature du réelle du commodat est abandonnée. Or, dans ces hypothèses, il semble admis, sans difficulté, que les obligations du prêteur et du bailleur ou que celles de l'entrepreneur et du prestataire de service gratuit puissent être différentes. En réalité, une conception unitaire de l'obligation de donner ne se conçoit qu'en s'attachant au seul transfert, en réduisant cette prestation à la translation de droit qu'elle réalise, sans prendre en compte les obligations accessoires (délivrance ou garantie) qui peuvent en découler. Dans une telle conception, c'est alors le droit transféré qui recèle l'originalité de la nature de l'obligation. Une situation de ce genre se rencontre pour les sûretés réelles traditionnelles où le caractère accessoire est inscrit dans le droit réel lui-même. Elle pourrait l'être dans la fiducie si le législateur inscrivait cette finalité de garantie dans la propriété transférée, mais il semble excessif de considérer que l'avant-projet réalise un tel effet[1]. La création d'une masse séparée dans le patrimoine du fiduciaire qui constitue l'un des éléments majeurs du texte n'affecte pas directement le contenu du droit de propriété transmis lequel n'est pas défini erga omnes, comme peut l'être un droit de gage ou d'hypothèque, mais demeure sous l'emprise des volontés contractuelles : le projet d'article 2063 précise en effet que le contrat «définit l'étendue des pouvoirs d'administration ou de disposition conférés au fiduciaire».

256.– Il faut donc convenir en définitive que la cause particulière du fiduciant qui affecte la transmission de la propriété produit une obligation de nature originale, inassimilable à un transfert classique[2]. La situation est doublement originale.

Tout d'abord, une finalité de garantie est une cause générique, qui se retrouve chez tous les constituants de sûretés. En général, cette cause ne suffit pas à identifier la convention et son influence sur l'obligation du constituant est souvent atténuée, pour diverses raisons[3]. Pour les sûretés réelles, l'accessoire est attaché à la nature même du

---

(1)V. plutôt en ce sens semble-t-il : Cl. WITZ, synthèse précitée, p.121 ; Ch. LARROUMET, chr. précitée, n°3-n°5. Comp. M. GRIMALDI, chr. précitée, n°33, qui distingue la propriété fiduciaire de la propriété ordinaire.

(2)Comp. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°128, p.140. L'auteur axe toute l'originalité du contrat sur l'objet, mais le rôle de la cause resurgit dans les termes employés : «alors que le transfert de la propriété constitue une *finalité* en soi dans le schéma de la vente...» (c'est nous qui soulignons).

(3)Cf. infra n°989 et s.

droit transmis. Pour les garanties personnelles, cette cause constitue un soubassement commun sur lequel se greffent différentes variantes : alors que le cautionnement intègre le rapport d'accessoire dans l'objet même de l'obligation de la caution, cette conséquence est écartée pour les garanties autonomes[1]. La fiducie-sûreté consacre donc une hypothèse exceptionnelle où une prestation en elle-même banale, un transfert de propriété, prend une couleur spécifique en raison de sa cause, la finalité de garantie que lui imprime son débiteur(2). Cette analyse, dont il est permis de penser qu'elle pourrait également concerner les obligations de faire[3], peut théoriquement s'appliquer malgré l'absence de dispositions législatives particulières[4]. Pourtant, outre le problème capital de la neutralité fiscale, divers obstacles d'ordre civil se dressent sur sa voie. Pour la fiducie-sûreté, l'article 2078 du Code civil prohibant le pacte commissoire crée un phénomène classique de trou noir : toutes les conventions de structures voisines de celle d'un gage assorti de cette stipulation sont, dans le doute, absorbées par cette disposition impérative[5]. La doctrine la plus autorisée conteste ces solutions approximatives[6], mais le fait est là. S'agissant de la fiducie-gestion, la gestion d'un patrimoine par sa transmission pose d'autres problèmes. Sans intervention législative, les biens entrent dans le patrimoine du fiduciaire sans autre protection que la confiance que lui accorde le fiduciant, ce qui est insuffisant. Il est donc facile de comprendre qu'une réglementation légale de la fiducie est une condition essentielle de son développement pratique.

---

(1)Cf. infra n°997 et s.

(2)Comp. avec une décision rendue dans une espèce très particulière : Soc. 20 février 1963, Bull. civ., IV, n°177, p.143. L'arrêt entérine l'éviction de la qualification de métayage dans l'hypothèse de parcelles mises à disposition d'un créancier du propriétaire de celles-ci, pour que grâce au partage des fruits celui-ci se rembourse.

(3)Comme il est possible d'en rencontrer dans certaines garanties de bonne fin. Contra : Ph. SIMLER, «Cautionnement et garanties autonomes», 2e édit., n°37 et n°42 (qui semble admettre implicitement qu'une telle opération relèverait de la promesse de porte-fort).
Rappr. aussi : M.-D. DICKSON et P. ARABYAN, «Le perfonmance bond», Rev. Banque 1987, p.936.

(4)C'est la thèse de M. WITZ, que l'auteur appuie sur l'examen de législations étrangères, notamment allemande, où la fiducie s'est développée sans textes. Adde Cl. WITZ, synthèse précitée, p.121 (où l'auteur maintient sa position en estimant que le caractère restrictif du projet devrait laisser une place pour une fiducie innommée).

(5)Sur ce phénomène de trou noir, cf. infra n°683.
Pour la fiducie : MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, op. cit., n°540-541 ; J. DERRUPPE, art. précité, p.453 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, note 2, p.140 et note 1, p.328 (l'article 2078 viserait un résultat, non un moyen, ce qui expliquerait son vaste champ d'application).
Adde aussi pour l'usure : Ph. THERY, op. cit., n°326.

(6)V. Cl. WITZ, art. précité, p.73-74.

257.- Ensuite, la seconde originalité concerne la typologie des différentes variantes de l'obligation de donner. Le critère principal de distinction de ces prestations réside dans la trilogie classique des causes onéreuses, gratuites ou intéressées, assorties de quelques sous-distinctions[1]. Le transfert fiduciaire renouvelle un peu la matière en prenant en compte une cause qui, même si elle se rattache aux causes intéressées[2], est d'une nature plus spécifique. Il serait pourtant excessif d'en conclure que la fiducie fait ici figure de précurseur car, en y réfléchissant bien, il est possible de lui trouver un illustre ancêtre : le prêt de consommation. Comme toujours, la nature réelle traditionnellement conférée à cette qualification a longtemps masqué cette originalité. Dans une vision consensuelle, il faut en effet convenir que le prêt de consommation est un bien curieux contrat : opposant deux obligations de donner similaires, il n'est pourtant pas un échange et s'il constitue un contrat gratuit, il ne constitue pas une donation malgré la nature translative de ses deux prestations ! Pour dégager le particularisme de cette convention, il convient d'avancer progressivement, mais à chaque étape, c'est la cause des contractants qui joue un rôle majeur.

L'éviction de l'échange ne pose guère de problèmes. L'obligation de donner de l'emprunteur ne constitue pas la cause de l'engagement du prêteur ; quoique réciproques, les deux transferts de propriété ne sont pas symétriques. L'obligation de donner de l'emprunteur est une obligation structurellement accessoire car ce dernier ne rémunère pas la jouissance dont il bénéficie[3]. Alors que l'échange s'épuise dans la satisfaction immédiate des prestations, le cœur du prêt de consommation se situe dans le décalage entre l'exécution de celles-ci[4], mais cette réalité n'est pas d'un accès aisé puisqu'elle s'incarne moins dans une obligation apparente de transfert de jouissance, telle qu'elle peut se rencontrer dans un bail ou un commodat consensuel, que dans le droit de jouissance conféré à l'emprunteur.

Cette cause du prêteur qui relève assurément de la catégorie des causes gratuites ne justifie pas pour autant une qualification de donation. Repoussée au rang de prestation accessoire, l'obligation de restitution évoque la donation avec charge, mais une telle solution est rigoureusement impossible puisque la charge est équivalente à la

---

(1)Pour la cause onéreuse, en fonction de l'existence d'un aléa ou pas (cf. supra n°246) et en fonction de la nature passée ou future de l'avantage qui constitue la cause du débiteur de la dation dans les contrats translatifs unilatéraux (cf. infra n°576 et s.).

(2)Cf. infra n°550 et s.

(3)L'analyse est encore plus simple pour le prêt à intérêt car la rémunération devient l'obligation principale de l'emprunteur et elle repousse (structurellement) au second plan l'obligation de restitution.
Un raisonnement analogue est par ailleurs applicable à la distinction du dépôt irrégulier et de l'échange : le déposant s'engage en considération de l'obligation de conservation du dépositaire.

(4)Un tel décalage ne se conçoit que pour la restitution de choses identiques (cf. infra n°804 et n°837).

donation[1]. Ne s'engageant que pour un transfert suivi d'un retransfert, le prêteur est animé d'une intention de rendre service qui ne s'identifie pas à l'intention libérale d'un donateur.

En définitive, le plus étonnant réside dans le fait que, malgré la nature de cette obligation caractéristique, une obligation de donner, le contrat soit un prêt, variété gratuite du bail... Le Code civil en tire d'ailleurs des conséquences directes en soumettant le prêt de consommation à certaines règles du commodat[2]. Or, même dans une analyse consensuelle, il semble difficile de considérer que l'obligation principale du prêteur est un transfert de jouissance assorti d'une obligation accessoire de transfert de propriété qui en serait le moyen technique. Il faut bien admettre que l'obligation du prêteur est une obligation de donner d'une nature originale et pour justifier ce particularisme, c'est bien à la cause de ce contractant qu'il faut recourir : la nature profonde de cette prestation, permettre la jouissance d'une chose, n'apparaît que par la combinaison d'une dation et d'une cause spécifique, l'intention de rendre service[3]. La situation est particulièrement originale et subtile puisqu'une sous-distinction au sein des causes gratuites engendre une dénaturation plus spécifique changeant l'obligation de famille juridique.

258.– En dépit de toutes ces difficultés, la recherche d'un lien entre la nature d'une obligation de donner et la cause de son débiteur aboutit donc à une conclusion positive. Malgré les apparences, une telle issue est beaucoup plus discutable pour les obligations de déplacement effectuées dans une finalité particulière. Il convient d'aborder maintenant ce problème qui permet de découvrir un contentieux abondant et plutôt pittoresque.

2) Les déplacements finalisés.

259.– Pour étudier l'influence d'une cause spécifique sur la nature d'une obligation, le contrat de transport s'avère, comme souvent, riche d'enseignements. l'obligation caractéristique de cette qualification est constituée par une prestation de déplacement et c'est la représentation de l'accomplissement de celle-ci qui sert de cause immédiate au cocontractant du voiturier. Or, surtout dans les contrats de transport de personne, il n'est pas rare que le déplacement ne soit pas une fin en soi ;

---

(1)Cf. infra n°589.

(2)V. notamment l'article 1898 du Code civil et le renvoi à l'article 1891 pour la responsabilité du prêteur.

(3)Il convient d'ajouter que la cause de l'emprunteur qui recherche lui aussi un transfert de jouissance et non un transfert définitif conforte cette analyse.

le voyageur ou, éventuellement, l'expéditeur, poursuit un but supplémentaire d'une autre nature : divertissement (visite guidée ou baptême de l'air), publicité («homme-sandwich» ou vol publicitaire), enseignement (auto-école ou leçon de pilotage), etc.[1] La matière est intéressante, car la jurisprudence y est fournie et les tribunaux ont eu l'occasion d'aborder de nombreuses hypothèses pratiques. Il convient d'exposer au préalable les solutions auxquelles ils ont abouti (a), avant d'en apprécier la valeur (b).

a) Les solutions jurisprudentielles[(2)]

260.– *En matière terrestre.* Trois décisions, rendues dans des circonstances assez dissemblables, permettent d'illustrer la qualification des déplacements à finalité touristique. La Cour de Grenoble, tout d'abord, a considéré que la traversée d'un lac en barque, dans le cadre de la visite d'une grotte, constituait bien un contrat de transport[3]. Elle a confirmé ainsi une décision du Tribunal civil de Bourgoin, laquelle était motivée de manière encore plus précise : à l'exploitant qui contestait cette qualification au motif que «le parcours effectué n'avait d'autre raison que l'attrait d'un plaisir», le Tribunal répondait que «pour déterminer la nature du contrat, il n'y [avait] pas lieu de s'attacher au résultat obtenu par le fait du déplacement»[4]. Plus récemment, dans une affaire célèbre, la Cour de cassation a admis que la visite du cirque de Gavarnie à dos d'âne, guidé par le propriétaire de l'animal, était également un contrat de transport[5]. La décision est cependant moins nette, car la finalité divertissante de la promenade n'est pas discutée, la Cour examinant surtout le rôle actif ou passif de la touriste. Cette préoccupation ne semble pas, néanmoins, avoir totalement été exclue, puisque les motifs de l'arrêt relèvent, à la suite des juges du fond, que la victime «ne se livrait pas, lors de l'accident, à la pratique d'un sport». Enfin, en 1984, la première Chambre civile a estimé que «l'existence d'un contrat de transport, ..., ne [résultait]

---

(1)La liste n'est pas limitative : train fantôme, vol d'essai, vol pour prise de vues aériennes ou épandage.

(2)La perspective adoptée est volontairement large : certaines hypothèses n'utilisent pas exclusivement un critère distinctif fondé sur une cause finale médiate. Il peut en résulter une certaine impression de confusion dans la jurisprudence, mais cette approche permet de bien isoler les cas véritables où seule une représentation lointaine de la personne déplacée est susceptible de disqualifier le transport. Ce choix est d'ailleurs conforme aux présentations doctrinales habituelles et à certains rapprochements effectués par les tribunaux.

(3)Grenoble 15 mars 1921, DP 1922-2-p.25, note ROUAST ; sur cette décision : A. BRUN, «L'autonomie du contrat de transport», Ann. dr. sciences sociales 1935, p.64-65.

(4)Comp. Grenoble 11 mars 1941, DC 1943, p.143, note H. DESBOIS : «l'utilisation du remonte-pente, si elle se distingue des sports d'hiver à la pratique desquels elle n'est pas indispensable, a cependant pour objet essentiel d'en faciliter l'exercice, ce qui conduit à lui refuser tout caractère propre de jeu ou d'attraction et que si l'on ne peut en déduire qu'elle constitue un véritable transport, on doit admettre qu'elle donne naissance à un contrat innommé».

(5)Civ. 1e 25 avril 1967, JCP 1967, II, 15156, note RODIERE ; RTD civ. 1967, p.637, obs. G. DURRY.

pas des circonstances de la cause», à savoir un déplacement dans un petit train roulant à vitesse très réduite offert gratuitement à des enfants lors d'une journée «portes ouvertes» organisée par une école militaire[1]. L'exclusion de la qualification de transport n'est pas expliquée par la Cour et les commentateurs de l'arrêt ont à ce sujet des opinions divergentes. Pour M. Huet, «on peut admettre qu'en l'occurrence l'agrément de l'attraction l'emportait sur la commodité du transport». Pour M. Chabas, au contraire, deux autres considérations suffisent pour exclure le transport : la gratuité et l'absence de caractère professionnel du voiturier. S'il est discutable de refuser cette dernière qualité à une école militaire qui procède fréquemment à des transports de personnes dans ses cars, il est en revanche certain que l'absence de rémunération est incompatible avec une qualification de transport. Cette dernière décision s'avère donc peu probante et la tendance de la jurisprudence[2] et de la doctrine[3] semble plutôt de ne pas tenir compte du rôle divertissant du déplacement, dans les contrats de visite d'un site ou d'une ville.

261.- La solution paraît être inverse pour certains contrats de manège forain. Certains seulement, car toutes les attractions de ce genre ne comportent pas de déplacement. Diverses hypothèses peuvent donc être écartées d'emblée : stand de tir[4], simulation de rodéo sur un taureau artificiel[5]. Dans d'autres situations, il existe bien un déplacement, mais celui-ci ne peut correspondre aux critères de qualification du contrat de transport. Tel est le cas, en premier lieu, des toboggans : pour qu'il y ait transport, il importe que le voiturier fournisse la force motrice ; or l'exploitant de ce genre de jeux se contente d'utiliser la gravitation[6]. L'exclusion de la qualification de transport s'impose aussi pour les autos-tamponneuses[7]. Le client joue alors plus

---

(1) Civ. 1e 15 mai 1984, Bull. civ., I, n°163, p.139 ; RTD civ. 1985, p.389, obs. J. HUET, Gaz. Pal. 1984-2-pan. p.303, obs. F. CHABAS.

(2) Rappr. en effet (à titre d'exemple) toutes les décisions qui retiennent la qualification de transport pour les déplacements en car organisés par des agences de voyages (infra n°658 (note)).

(3) Cf. en ce sens : RODIERE, note D. 1970, p.421, sous Civ. 1e 16 mars 1970 ; «Droit des transports», op. cit., n°632-B et s. ; P. CHAUVEAU, note D. 1965, p.521, sous Bordeaux 15 février 1965 ; E. DU PONTAVICE, obs. RTD com. 1965, p.948 et la nuance RTD com. 1969, p.1114.

(4) Amiens 20 mars 1935, Gaz. Pal. 1935-2-Tables, v° Resp. civ., n°166.

(5) Civ. 1e 9 janvier 1957, D. 1958, p.245, note R. SAVATIER.

(6) Pour des hypothèses de toboggans en jurisprudence : Paris 5 juillet 1924, Gaz. pal. 1924-2-p.711 ; Grenoble 27 février 1928, DH 1928, p.342 (luge dévalant un pan incliné) ; Toulouse 23 octobre 1934, DP 1935-2-p.49, note L. MAZEAUD ; Civ. 1e 28 octobre 1991, D. 1991, IR, p.267 (obligation de résultat... pendant la descente, ce qui évoque le transport).
Rappr. aussi le cas des simples balançoires, dont le mouvement provient du client : Chambéry 20 décembre 1948, JCP 1949, IV, p.107 ; Rouen 12 décembre 1961, Gaz. Pal. 1962-1-p.157.

(7) Les autos-tamponneuses ont donné lieu à un contentieux abondant : Lyon 2 novembre 1935, Gaz. Pal. 1936-1-p.83 ; Paris 17 novembre 1936, Gaz. Pal. 1937-1-p.151 ; Nîmes 10 juillet 1939,

qu'un rôle actif : c'est lui qui dirige la manœuvre en conduisant le véhicule[1]. Il ne peut s'agir, par conséquent, que d'un louage de choses ou d'un contrat d'entreprise[2] et la même solution est applicable à certains contrats de karting[3]. En revanche, certaines attractions apparaissent très proches du transport : trottoirs roulants[4], train fantôme, grand huit[5] ou montagnes russes et, avec peut-être plus d'hésitation, des manèges[6] ou des balançoires[7], le mouvement ayant alors un caractère circulaire.

Bien entendu, les tribunaux ont été amenés à examiner la qualification de ces contrats, à la suite d'accidents corporels subis par les clients. La difficulté essentielle était de déterminer la nature de l'obligation de sécurité pesant sur le tenancier. De ce point de vue, le contrat de transport, avec son obligation jurisprudentielle de sécurité-résultat paraissait une référence incontournable, face à laquelle il convenait de prendre position. C'était, sans aucun doute, commettre une double erreur : l'obligation de sécurité est une obligation accessoire, sans influence sur la qualification de transport[8], et elle n'est pas liée indéfectiblement à la qualification de transport : il est facile de concevoir des transports avec obligation de sécurité-moyen[9] et des contrats d'une toute autre nature, avec une obligation déterminée. L'intensité de l'obligation de sécurité se mesure en fait, directement, à d'autres indices : aléa, rôle actif de la victime, etc. La jurisprudence récente a fini par le comprendre, qui ne fait plus allusion

---

DH 1939, p.462 ; Tb. civ. Rouen 3 novembre 1953, JCP 1954, II, 8143, note R. R. ; Civ. 1e 6 janvier 1959, D. 1959, p.106 ; RTD civ. 1959, p.316, obs. H. et L. MAZEAUD ; Civ. 1e 30 octobre 1968, D. 1969, p.650, note G. C.-M. ; Civ. 1e 28 avril 1969, D. 1969, p.650, note G. C.-M. ; JCP 1970, II, 19166, note A. RABUT ; RTD civ. 1970, p.186, obs. G. DURRY ; Civ. 1e 12 janvier 1970, D. 1970, somm. p.55 ; Civ. 1e 2 novembre 1972, D. 1972, p.713, note G. C.-M. ; RTD civ. 1973, p.362, obs. G. DURRY ; Civ. 1e 12 février 1975, D. 1975, p.512, note Ph. LE TOURNEAU ; Civ. 1e 17 juin 1975, JCP 1975, IV, p.259.

(1)Cf. note Ph. LE TOURNEAU, précitée.

(2)Cf. infra, n°272.

(3)Sur les locations de karts : Aix 27 juin 1963, Gaz. Pal. 1963-2-p.262 ; Bordeaux 13 octobre 1966, D. 1967, p.763.
Certains contrats seulement, car ces engins peuvent donner lieu à des contrats de participation à une épreuve sportive (Civ. 1e 13 novembre 1984, Gaz. Pal. 1985-1-pan. p.140) ou à des contrats d'utilisation d'un circuit lorsque le pilote est propriétaire de son matériel (Versailles 22 septembre 1983, Gaz. Pal. 1985-2-somm. p.247 ; sorte de mise à disposition non privative).

(4)Rouen 17 mai 1924, DP 1927-2-p.25, note LALOU ; Tb. civ. Grenoble 23 avril 1931, Gaz. Pal. 1931-2-p.157 ; Orléans 1 mars 1932, S. 1932-2-p.160.

(5)Grenoble 17 avril 1944, Gaz. Pal. 1944-2-p.26.

(6)Nancy 26 juin 1925, DP 1927-2-p.25, note LALOU ; Besançon 4 janvier 1939, DH 1939, p.202 («pousse-pousse» : sièges suspendus par des chaînes) ; Req. 13 mai 1947, JCP 1948, II, 4032, note RODIERE (chenille) ; Civ. 1e 4 mars 1957, D. 1958, p.245, note R. SAVATIER («roue joyeuse») ; Civ. 1e 13 novembre 1974, JCP 1976, II, 18344, note RODIERE.

(7)Paris 22 février 1926, DP 1927-2-p.25, note LALOU ; Tb. com. Saint-Etienne 1 mars 1928, DH 1928, p.363 et sur appel, Lyon 7 décembre 1928, DP 1929-2-p.17, note L. JOSSERAND. Rappr. Civ. 1e 1 juillet 1964, Gaz. Pal. 1964-2-p.316 (nacelles avec «mouvements verticaux»).

(8)Cf. supra n°230 et infra n°517 et s.

(9)Cf. supra n°229 et s.

à la nature du contrat[1]. Quelques décisions anciennes ont cependant abordé la difficulté. Il est intéressant de constater qu'aucune n'a qualifié de contrat de transport, la convention d'attraction foraine, solution que la doctrine semble approuver[2]. L'exclusion est d'autant plus convaincante, qu'elle est réalisée aussi bien par les tribunaux qui en déduisent l'exclusion d'une obligation de sécurité-résultat[3], que par ceux qui, malgré cela, et par analogie avec le transport, conservent cette nature à l'obligation de sécurité du tenancier[4].

262.– *En matière aérienne*[5]. L'absence de réglementation légale du contrat de transport terrestre de personne rend quelque peu théorique la détermination de la qualification des conventions de visite guidée ou d'attraction foraine. Cette situation ne se retrouve plus en matière aérienne, où les règles applicables s'avèrent fort complexes. La convention de Varsovie ne concerne initialement que les vols internationaux effectués à titre onéreux ou même, à titre gratuit, si le transporteur est un professionnel[6]. Cependant, les règles de responsabilité prévues par ce texte ont, depuis la loi du 2 mars 1957, vocation à régir également le droit interne[7]. Cette transposition est à l'origine de difficultés. Le domaine d'application des textes conventionnels est plus large en droit interne, qu'en matière internationale : il est

---

(1)V. par exemple : Req. 13 mai 1947 ; Civ. 1e 4 mars 1957 ; Civ. 1e 6 janvier 1959; Civ. 1e 25 mai 1964 ; Civ. 1e 30 octobre 1968 ; Civ. 1e 28 avril 1969 ; Civ. 1e 12 janvier 1970 ; Civ. 1e 2 novembre 1972 ; Civ. 1e 13 novembre 1974 ; Civ. 1e 12 février 1975, précités.

(2)Ph. LE TOURNEAU, «La responsabilité civile», 1982, n°839 : «cette qualification, d'instinct, paraît erronée ; il n'y a pas véritable déplacement, celui-ci n'a lieu que «pour rire» ; F. DERRIDA, note D. 1949, p.378 ; H. LALOU, note précitée ; L. JOSSERAND, note précitée ; RODIERE, Traité précité, n°632 ; note JCP 1948, II, 4032.
Comp. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°83-84, p.93-94 ; R. SAVATIER, note précitée, p.247.

(3)Tb. com. Saint-Etienne 1 mars 1928, précité (confus) ; Tb. civ. Rouen 3 novembre 1953, précité.

(4)Nancy 26 juin 1925, précité (obligation d'assurer «la sécurité absolue», même si en l'espèce, il y avait de surcroît une faute) ; Grenoble 27 février 1928, précité ; Lyon 7 décembre 1928, précité ; Tb. civ. Grenoble 23 avril 1931, précité (ambigu : «présomption») ; Orléans 1 mars 1932, précité ; Toulouse 23 octobre 1934, précité ; Lyon 2 novembre 1935, précité ; Besançon 4 janvier 1939,précité ; Grenoble 17 avril 1944, précité.
Rappr. Tb. civ. d'Aix 15 novembre 1957, D. 1958, somm. p.67 ; notes G. C.-M. précitées, où l'auteur souligne la symétrie des solutions entre le transport et le jeu, sans contester la différence de nature des contrats.

(5)G. CAS et J. BORRICAND, «Aéro-club et transport», Rev. gén. air 1964, p.343 ; M. DE JUGLART, «Le pilote d'aéro club : quelles responsabilités ? », JCP 1983, I, 3096 ; M. GODFROID, «Les transports à titre onéreux et gratuits dans la convention de Varsorvie et en droit belge», Rev. fr. dr. aérien 1987, p.22 et s., spéc. n°6, p.27 ; M. GUINCHARD, «Aspects juridiques et réglementaires de l'utilisation des dirigeables», Rev. fr. dr. aérien 1979, spéc. p.415-416.

(6)RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°124 ; RODIERE, op. cit., n°263 ; L. CARTOU, «Droit aérien», Themis 1963, p.321 ; A. CHAO, note JCP 1975, II, 18005.

(7)RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°120 ; RODIERE, op. cit., n°259 ; L. CARTOU, op. cit., p.318 et p.337 et s.

désormais admis que ces dispositions peuvent s'appliquer à tous les transports gratuits ou onéreux, effectués par des professionnels ou des non-professionnels, dans le cadre d'un contrat ou bénévolement[1]. En revanche, la jurisprudence n'a pas suivi la thèse du Doyen Chauveau, qui préconisait d'appliquer ces règles à toute obligation de déplacement aérien, quelle que soit la qualification du contrat qui l'accueille[2]. Pour bénéficier des dispositions de la convention ou de la loi de 1957, le contrat doit avoir la nature d'un contrat de transport[3]. Lorsque le déplacement est effectué dans un but particulier, la qualification semble pouvoir se discuter : une jurisprudence abondante et une doctrine passionnée en témoignent.

263.- Selon certains auteurs, la jurisprudence est divisée[4]. Dans une approche globale, l'appréciation paraît exacte. Elle est en réalité discutable car, ramenées aux différents cas de figure, les solutions des tribunaux sont extrêmement homogènes. En premier lieu la jurisprudence considère, semble-t-il unanimement, que les baptêmes de l'air ou vols d'initiation, organisés gratuitement ou à titre onéreux, isolément ou dans le cadre de journées «portes ouvertes» d'un aéro-club, constituent des transports aériens soumis à la loi du 2 mars 1957[5]. Une conclusion identique est appliquée aux

---

(1)Cf. supra n°100 et infra n°634 et s. ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°124 ; RODIERE, op. cit., n°263, n°637-E et n°695 ; L. CARTOU, op. cit., p.338 et s. ; A. CHAO, note précitée ; P. CHAUVEAU, note D. 1965, p.523 et s. ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édit., n°2784.
Ces règles concernent : la responsabilité du transporteur (RODIERE, op. cit., n°665), la limitation de la réparation, la déchéance de deux ans et les règles de compétence (RODIERE, op. cit., n°695 ; E. DU PONTAVICE, obs. RTD com. 1968, p.456). Pour les transports internes gratuits, la loi du 2 mars 1957 allège cependant la responsabilité du transporteur, puisque la victime doit établir sa faute ou celle de ses préposés (L. CARTOU, op. cit., p.338-339).

(2)P. CHAUVEAU, note D. 1965, p.521 ; E. GEORGIADES, note Rev. fr. dr. aérien 1970, p.197 ; concl. SIMON, Rev. fr. dr. aérien 1976, p.495 et s. D'une certaine manière, cette proposition aboutit à rapprocher le transport aérien de passagers du transport terrestre de personnes : les règles de responsabilité redeviennent indépendantes de la qualification.

(3)La Convention de Varsovie suppose un transport contractuel (v. en ce sens : V. GRELLIERE, «La responsabilité du transporteur aérien international», Thèse Toulouse 1973, p.25 et s.). En couvrant tous les déplacements gratuits ou intéressés, la loi de 1957 concerne, selon une partie de la jurisprudence et de la doctrine, des situations extra-contractuelles (cf. supra n°100). La thèse contractuelle semble pourtant plus convaincante. C'est elle qui servira de base aux développements qui vont suivre. Le postulat, ne doit pas surprendre, puisqu'une recherche causale est a priori plus adaptée à une situation contractuelle. La jurisprudence paraît toutefois ne pas s'imposer cette limite : la nature de l'opération est pour elle un critère à part entière de la loi de 1957. Cette unité d'approche autorise ainsi un raisonnement global et les décisions citées par la suite incluront celles qui concernent des transports gratuits que la juridiction aura considéré comme non contractuels.

(4)E. GEORGIADES, note Rev. fr. dr. aérien 1970, p.323 ; 1973, p.421 et 1978, p.101.

(5)Affaire de l'aréo-club de Chelles : Tb. correc. Meaux 21 février 1964, Rev. gén. air 1964, p.148, note J. BORRICAND ; RTD com. 1964, p.870, obs. E. DU PONTAVICE ; confirmé par Paris 8 juillet 1965, Rev. gén. air 1965, p.455, note E. DU PONTAVICE, pourvoi rejeté par Crim 17 mai 1966, Rev. fr. dr. aérien, p.446, obs. E. G. ; au civil : Tb. civ. Meaux 21 avril 1966, Rev. fr. dr. aérien 1966, p.346 (l'influence du caractère divertissant du vol est expressément examinée par le Tribunal, qui, en définitive, la repousse).

vols de promenade[1], solution justifiée, puisque la différence entre ces deux types de vols est des plus ténues : normalement, le baptême de l'air doit constituer le premier vol du passager concerné, circonstance dont il est facile de comprendre qu'elle n'a pas pas vocation à servir de critère sérieux de qualification.

264.- En revanche, la jurisprudence refuse, non moins fermement, de qualifier de contrat de transport les conventions par lesquelles un moniteur emmène un élève prendre une leçon de pilotage[2] ; la solution n'est d'ailleurs pas réservée au transport aérien et elle vaut également pour les autos-écoles[3]. De même, les Tribunaux estiment

---

Lyon 19 décembre 1955, Rev. fr. dr. aérien 1956, p.74 ; Civ. 2e 31 mars 1965, Rev. fr. dr. aérien 1965, p.221 ; Civ. 2e 18 juillet 1967, D. 1968, p.297, note P. CHAUVEAU ; Rev. fr. dr. aérien 1967, p.443 ; RTD com. 1967, p.1154, obs. E. DU PONTAVICE (implicite) ; Paris 17 février 1971, Rev. fr. dr. aérien 1971, p.165 ; Rouen 20 novembre 1973, Gaz. Pal. 1974-1-p.143 ; Riom 21 novembre 1974, JCP 1975, II, 18005, note A. CHAO ; Rev. fr. dr. aérien 1975, p.202, note P. CHAUVEAU ; Grenoble 30 avril 1981, Rev. fr. dr. aérien 1981, p.338 (implicite) ; TGI Angers 15 mars 1982, Rev. fr. dr. aérien 1982, p.229 ; RTD com. 1982, p.483, obs. E. DU PONTAVICE et sur appel, Angers 18 avril 1984, Rev. fr. dr. aérien 1984, p.168 ; TGI Carpentras 5 mai 1987, Rev. fr. dr. Aérien 1988, p.72 ; TGI Argentan 25 février 1988, Rev. fr. dr. Aérien 1988, p.69. Dans le même sens en Belgique : Tb. Mons 2 septembre 1988, inédit cité par M. GODFROID, Rev. fr. dr. aérien 1991, p.212.
Adde en doctrine : G. PALLARUELO, «Les aéroclubs en droit français», Thèse Toulouse 1961, p.106 et p.148 (contrat de transport s'il y a rémunération, même faible) ; V. GRELLIERE, «La responsabilité du transporteur aérien international», Thèse Toulouse 1973, p.32 (transport) ; J.-P. TOSI, «Responsabilité aérienne», n° 595 (transport).

(1) Dijon 21 décembre 1967, Rev. fr. dr. aérien 1968, p.82 (sol. implicite) ; TGI Paris 21 juin 1969, Rev. fr. dr. aérien 1969, p.420 (influence du divertissement expressément invoquée et repoussée) ; TGI Quimper 23 décembre 1969, Rev. fr. dr. aérien 1970, p.211 ; Lyon 2 juillet 1970, Rev. fr. dr. aérien 1970, p.319, note E. GEORGIADES et sur pourvoi. Civ. 1e 15 mai 1973, Rev. fr. dr. aérien 1973, p.419, note E. GEORGIADES (la Cour laisse au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de l'existence, en l'espèce, d'un vol d'enseignement ou d'un vol promenade ; cette seconde solution étant choisie, elle approuve -«à bon droit»- la qualification de transport aérien et l'application de la loi du 2 mars 1957 qui en résulte) ; sur renvoi, toujours dans la même affaire : Grenoble 13 mai 1975, Rev. fr. dr. Aérien 1975, p.304 (qui constate que l'application de la loi de 1957 ne peut plus être discutée) ; Aix 29 septembre 1970, Rev. gén. air 1970, p.285, obs. E. DU PONTAVICE ; TGI Grenoble 2 février 1971, Rev. fr. dr. aérien 1971, p.191 ; Civ. 1e 2 mars 1971, Bull. civ., I, n°65, p.54 (sol. implicite de la Cour d'appel) ; Dijon 11 juin 1974, Rev. fr. dr. aérien, p.68 ; Crim. 17 mai 1976, Bull. crim., n°162 ; D. 1976, IR, p.181 ; Caen 7 décembre 1976, Rev. fr. dr. aérien 1978, p.344 ; TGI Lille 3 octobre 1985, Rev. fr. dr. aérien, p.495 (ballon) confirmé en appel par Douai 31 octobre 1986, Rev. fr. dr. aérien 1986, p.541 ; TGI Nice 26 mai 1989, Rev. fr. dr. aérien 1990, p.269. Adde en doctrine : V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.32 (transport) ; J.P. TOSI, op. cit., n°597 et s. (transport).
Rappr. : TGI Caen 24 janvier 1961, D. 1961, p.779, note R. SAINT-ALARY (vol de promenade ?) ; TGI Bonneville 24 janvier 1970, Rev. fr. dr. aérien 1970, p.452 (vol d'hélicoptère-nature de vol promenade non indiquée) ; Aix 13 mai 1987, Gaz. Pal. 1987-2-somm. p.387 (s'agissant des ayants droit des passagers, l'exigence de la preuve d'une faute du pilote semble être une référence implicite à la loi de 1957).

(2) Pour des références complètes, cf. infra n°352 (note).

(3) V. en effet, refusant la qualité de commerçant aux exploitants d'une auto-école, en leur déniant la nature d'une entreprise de transports, au motif que c'est l'enseignement qui constitue le but recherché par les parties (première espèce), voire l'objet unique du contrat (seconde espèce).

que les vols techniques, effectués en présence d'un ingénieur ou d'un mécanicien, afin de vérifier le bon fonctionnement de l'appareil, ne sont pas non plus des transports aérien soumis à la loi du 2 mars 1957[1]. Enfin, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir exclu l'existence d'un contrat, en présence d'un vol effectué, «non pas pour acheminer les passagers d'un point à un autre, mais pour démontrer les qualités de l'appareils» à des acheteurs potentiels[2]. La Cour maintient ainsi un arrêt très contestable, qui avait fait application de l'article 1384 alinéa 1. Cette décision doit être utilisée avec une extrême prudence : le moyen repose en effet sur un défaut de réponse à conclusions, à la formulation excessivement subtile[3], et son rejet ne fournit aucune indication nette[4].

b) Appréciation(5)

265.– Le rapprochement de ces diverses solutions semble indiquer que la jurisprudence est animée de tendances contradictoires : une finalité particulière, le

---

Tb. com. Roanne 24 mars 1954, D. 1954, p.531 ; Tb. paix de Lons-le-Saunier 30 avril 1955, D. 1955, p.412. Rappr. Tb. civ. Bourganeuf 18 décembre 1931, DP 1933-2-p.134, note H. LALOU (qui exclue, à juste titre la qualification de transport en raison du rôle actif de l'élève).
V. en ce sens en doctrine : R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.180-181 ; M. VERON, «La leçon de conduite et la responsabilité civile qui en découle», in «L'automobile en droit privé», LGDJ 1965, p.249 et s., spéc. n°21, p.275.

(1) Garoua 26 février 1965, Rev. fr. dr. aérien 1965, p.358, note E. GEORGIADES (la solution posée par la Cour est discutable en fait, car les passagers victimes ne participaient pas au vol à des fins techniques : il s'agissait, pour eux, d'un vol de promenade) ; Paris 19 décembre 1967, Rev. fr. dr. Aérien 1968, p.72 ; D. 1968, p.324 ; RTD com. 1968, p.457, obs. E. DU PONTAVICE (l'arrêt admet la solution en principe, tout en estmant qu'en l'espèce la nature du vol n'est pas prouvée) ; Civ. 1e 20 janvier 1970, JCP 1972, II, 17179, note M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE ; Rev. fr. dr. aérien 1970, p.195, note E. GEORGIADES (arrêt de principe) ; Rouen 20 novembre 1973, précité (motifs) ; Riom 21 novembre 1974, précité (motif) ; TGI Lille 3 octobre 1985, précité (motif). V. aussi Civ. 1e 28 octobre 1974, Bull. civ., I, n°286, p.245.
Dans le même sens, en doctrine : V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.35 ; J.-P. TOSI, op. cit., n°584.

(2) Civ. 1e 25 mai 1977, Bull. civ., I, n°253, p.199, Rev. fr. dr. aérien 1978, p.99, note E. GEORGIADES. Adde dans le même affaire : Civ. 1e 25 mai 1977, Bull. civ., I, n°252, p.198.

(3) Le moyen raisonne notamment sur la cause comparée du créancier et du débiteur du déplacement.

(4) Sur le problème de la participation à une compétition sportive aérienne : J.P. TOSI, op. cit., n°586-592. Il n'y aurait pas transport en cas de vol de concert par plusieurs adhérents d'un club, ni en cas de contrat conclu avec un équipier lors d'une épreuve purement sportive ; il pourrait y avoir transport pour un passager à l'occasion d'une épreuve à la fois touristique et sportive. L'auteur propose ainsi d'utiliser un double critère, tiré de la nature de l'épreuve et du degré de participation du passager.
Pour une hypothèse de vol publicitaire : Amiens 12 avril 1959, Rev. gén. air 1964, p.249 (qualification non précisée).

(5) L'appréciation des solutions jurisprudentielles en matière aérienne s'inscrit dans le cadre général adopté par les tribunaux : la qualification du contrat est une condition préalable au jeu de la loi de 1957. En opportunité, compte-tenu du souci d'unification du législateur et de la spécificité des vols aériens, la théorie du doyen CHAUVEAU qui privilégie une réglementation de la prestation de déplacement, indépendamment de son contexte, est sans doute préférable (v. en ce sens : E. GEORGIADES, notes précitées).

divertissement, est négligée dans les baptêmes de l'air, les vols de promenade ou les visites guidées, mais elle paraît jouer un rôle dans les contrats d'attraction foraine. De même, la finalité éducative ou technique de certains déplacements aériens peut suffire à exclure une qualification de contrat de transport. Un examen plus approfondi laisse à penser que ces divergences sont plus apparentes que réelles : à elle seule, la finalité du déplacement pour la personne transportée, n'est pas suffisante pour exclure l'existence d'un contrat de transport et, en réalité, dans les hypothèses où cette qualification est écartée par les tribunaux, il est toujours possible de relever d'autres considérations.

266.– Pour justifier l'absence d'influence de la finalité du déplacement, un argument est fréquemment invoqué : un tel objectif n'est qu'un mobile propre à chaque personne transportée, éminemment variable, qui ne peut pas, par conséquent, constituer un critère de qualification[1]. Aussi, peu importe la raison qui motive le passager d'un train : voyage d'affaires, problèmes familiaux, vacances, la convention conclue avec la S.N.C.F. reste un transport[2]. La portée d'un tel raisonnement, indiscutable dans son principe, demeure cependant mesurée. Il convient, en effet, de ne pas confondre le caractère médiat d'une représentation causale et son caractère objectif. Si la finalité particulière d'un déplacement constitue le plus souvent(3) un but médiat de la personne transportée, un tel mobile est fréquemment objectif : il correspond alors à une représentation causale supplémentaire mais certaine, du passager, dès lors que celui-ci se trouve placé dans une situation de fait particulière. Même pour un classique transport ferroviaire, il serait possible de discuter, notamment pour les voyages de groupes : un départ d'enfants pour les classes de neige possède incontestablement une finalité de loisirs, alors qu'un groupe de congressistes voyage à des fins professionnelles. Au-delà de ces hypothèses marginales, toutes les situations évoquées précédemment correspondent à des cas où la présence et la nature du but médiat de la personne transportée ne font aucun doute : le divertissement est un

---

(1)E. GEORGIADES, communication Rev. fr. dr. aérien 1971, p.221, spéc. p.222 («vouloir colorer... par le but poursuivi ... c'est tomber dans l'arbitraire pur ...») ; note Rev. fr. dr. aérien 1970, p.195 ; RODIERE, op. cit., n°632 ; H. DESBOIS, note DC 1943, p.143, I, a).

(2)Même un transport, en apparence purement touristique, peut s'avérer ambivalent : dans le sud de l'Ile d'Oléron, à Saint-Trojan, un petit train relie la ville à la plage, en passant par la forêt. Le trajet lui-même est divertissant et il permet de voir la forêt de manière privilégiée. Mais ce train constitue aussi le moyen d'accès le plus commode à une plage qui n'est pas directement desservie par une route. Les mobiles d'un passager peuvent donc être variables : balade, déplacement ou... les deux simultanément. Adde l'hypothèse du petit train dans la journée «portes ouvertes» de l'école militaire, Civ. 1e 15 mai 1984, précité (double mobile aussi : se déplacer plus vite et sans fatigue ou profiter de la vue).

(3)Il y a des exceptions, les leçons de pilotage notamment, où l'enseignement est la cause immédiate de l'engagement de l'élève : il s'agit, d'ailleurs, d'un indice très fort d'exclusion de la qualification de transport (cf. infra n°268).

mobile intégré dans la cause objective des contrats de manège forain, de baptême de l'air ou de vol de promenade. C'est, paradoxalement, l'absence de recherche d'un tel divertissement qui constituerait un mobile subjectif du client ou du passager, qu'il serait possible d'ignorer (exemple d'une personne sujette au vertige, qui monte dans un manège pour gagner un pari).

267.- Si la finalité particulière du déplacement peut difficilement dénaturer à elle seule l'obligation du «transporteur», cela tient à une particularité rarement soulignée : il s'agit en l'occurrence d'une représentation causale du créancier du déplacement et non, comme dans les hypothèses évoquées précédemment[1] d'une représentation de son débiteur[2]. Or, la cause du créancier constitue essentiellement la représentation d'une obligation de son vis-à-vis. Elle peut permettre de hiérarchiser plusieurs obligations, dont la nature est déjà déterminée[3] ; il lui est plus difficile de déterminer cette nature. En décider autrement défavoriserait le débiteur : c'est la «vision» de son obligation par le créancier qui s'imposerait à sa volonté. Or, il paraît logique de considérer que c'est le débiteur qui fixe les limites de son engagement[4]. En d'autres termes, le contenu de l'obligation du débiteur, tel qu'il résulte de son objet, «résiste» à l'influence subjective de la cause du créancier de cette prestation[5]. Pour entraîner une dénaturation, une représentation causale doit s'accompagner d'autres modifications ou présenter une force toute particulière[6]. Tel n'est certainement pas le cas pour les nombreux exemples soumis aux tribunaux : visite à dos d'âne, en barque, en petit train, baptêmes de l'air, vols de promenade[7]. D'une part, le mobile de divertissement ne change rien aux modalités d'exécution du déplacement(8). D'autre part, le mobile du créancier, dans ces hypothèses, bien loin de s'éloigner du transport, y ramène ! Comme le soulignent plusieurs auteurs[9] et une juridiction[10], à propos des baptêmes de

---

(1)Cf. supra n°243 et s.

(2)Quand c'est la cause dudébiteur du déplacement qui est prise en compte, les conséquences en sont fort différentes : cf. infra n°268.

(3)Cf. infra n°358 et s.

(4)Hiérarchiser les obligations qu'il a accepté d'assumer est un tout autre problème, cf. infra n°360.

(5)Rappr. F. TERRE, Thèse précitée, n°64 et s., p.66 et s. : «la résistance des éléments matériels».

(6)Ceci ne pourra se rencontrer que dans des hypothèses, où la cause du créancier s'appuie sur une situation de faits spécifiques, gage d'objectivation de sa représentation.

(7)Rappr. Civ. 1e 16 décembre 1986, Bull. civ., I, n°301, p.287.

(8)Une analyse identique s'applique à un contrat de descente de la Seine en bateau-mouche (sans restauration, auquel cas il y aurait contrat mixte) ou à une visite de Paris en car : peu importe alors la présence éventuelle de commentaires. En revanche, une visite touristique de plusieurs sites (exemple : Châteaux de la Loire), séparée par des déplacements, relève d'un contrat mixte (comp. E. DU PONTAVICE, RTD com. 1969, p.1114, qui estime que le transport peut même être accessoire).

(9)M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE, RTD com. 1965, p.947 ; note JCP 1972, II, 17179 ; M. DE JUGLART, obs. RTD com. 1966, p.455 ; G. CAS et J. BORRICAND, chr. précitée, p.351 à 354.

l'air, le but du contrat est «précisément le déplacement». Le divertissement recherché l'est nécessairement à travers... le déplacement. Le motif du créancier est curieusement encore plus dépendant du déplacement, que celui du passager habituel d'un transporteur, dont les motivations se situent tout à fait en dehors du contrat : conclure une affaire, voir un ami, etc. Toutes ces conventions réalisent des déplacements pour le plaisir du déplacement : ce serait un comble de leur refuser la qualification de transport !

268.– Pour entraîner la disqualification de la convention, la cause médiate de l'expéditeur ou de la personne transportée ne suffit pas. Un élément supplémentaire ou un autre critère doit intervenir, comme le montrent les hypothèses jurisprudentielles d'éviction du transport.

L'analyse des leçons de pilotage constitue une première illustration de cette affirmation[1]. Dans cette convention, ce sont en réalité deux obligations qui pèsent sur le moniteur : enseigner et déplacer[2]. La qualification de l'accord dépend de la nature de la prestation principale. Ici, comme ailleurs[3], le choix de cette obligation principale correspond à la cause du créancier des deux prestations : qu'a-t-il avant tout recherché en concluant le contrat. En l'espèce, cette application du critère subjectif de l'accessoire conduit à s'interroger sur les motivations de l'élève. Or, celles-ci sont claires : c'est l'enseignement qui constitue la cause essentielle de son engagement[4]. Le déplacement n'est donc, dans une leçon de pilotage, qu'une obligation accessoire par destination, nécessaire à l'accomplissement de la prestation principale d'enseignement : le moniteur déplace le pilote «pour» le former. Le transport est donc exécuté dans un but spécifique, mais cette finalité originale n'est pas le seul critère ;

Contra : P. CHAUVEAU, «La croisière maritime», JCP 1959, I, 1498, IV : «voyage exceptionnel organisé pour répondre à un désir de plaisance».

(10)Riom 21 novembre 1974, précité ; rappr. Grenoble 22 juillet 1933, Gaz. Pal. 1933-2-p.822 qui affirme que l'organisation de baptêmes de l'air n'est pas un spectacle aérien, faute d'exhibition sensationnelle, de virtuosité, d'acrobatie ou de compétion ; le vol y est réduit à sa plus simple expression (ce qui montre sa proximité avec le transport).

(1)Cf. infra n°352.

(2)La référence à une obligation de déplacement est nécessaire pour les leçons de pilotage, où, notamment au début, le moniteur effectué personnellement certaines manœuvres (décollage-attérissage). Elle paraît inadaptée dans les leçons d'auto-école où, en l'absence de véritable double commande, et sauf hypothèse rare de reprise du volant par le moniteur, c'est l'élève qui conduit le véhicule d'un bout à l'autre de la leçon (v. d'ailleurs : Tb. civ. Bourganeuf 18 décembre 1931, DP 1933-2-p.134, note H. LALOU, qui se fonde sur le rôle de l'élève pour écarter la qualification de contrat de transport). L'obligation accessoire de la prestation d'enseignement est donc plutôt une mise à disposition sui generis (l'absence de jouissance privative empêchant son assimilation à un bail) ; v. en ce sens : Tb. com. Roanne 24 mars 1954, précité ; contra, à propos d'un contrat d'école de voile : J. ARMENGAUD, «Responsabilité civile et navigation de plaisance», Thèse Paris II 1976, p.256 («les élèves sont juridiquement dans le cas des transportés»).

(3)Cf. infra n°358 et s.

(4)V. en ce sens, très net : V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.34 et p.39.

au contraire, elle ne fait que renforcer un rapport d'accessoire, déjà établi par la cause immédiate de l'élève[1].

De la même manière, ce n'est pas la finalité technique de vérification de l'appareil qui justifie à elle seule l'éviction de la qualification de transport, mais la nature même des obligations souscrites et la structure globale de l'accord. En ce domaine, le problème est le plus souvent mal posé : plutôt que de privilégier a priori le déplacement, mieux vaut apprécier la convention dans son ensemble. Si le technicien ou le vérificateur pilote lui-même l'avion, il n'y a plus d'obligation de déplacement, puisqu'il dispose de la maîtrise de l'opération : le propriétaire de l'avion souscrit seulement une obligation accessoire de mise à disposition de l'appareil, prestation nécessaire à l'exécution du contrôle[2]. Si, au contraire, la vérification est faite par un ingénieur ou un mécanicien qui monte aux côtés du pilote[3], il existe une obligation de déplacement, mais celle-ci n'est qu'une prestation secondaire du propriétaire de l'appareil. Globalement, comme dans l'hypothèse précédente, le contrat a la nature d'un louage d'ouvrage (vérification rémunérée) ou d'une prestation de service gratuit (vérification sans contrepartie)[4]. Dans les deux cas, le déplacement du vérificateur est une obligation accessoire du propriétaire de l'appareil, destinée à permettre l'accomplissement de la prestation de contrôle[5].

269.– En matière aérienne, il est facile de multiplier les exemples : à chaque fois que la qualification de transport est écartée, la finalité assignée au déplacement par le cocontractant du transporteur n'est pas l'unique critère de décision. Ainsi, pour les vols photographiques, de deux choses l'une. Ou le «transporteur» effectue lui-même ou automatiquement les clichés, et il n'y a pas transport des appareils, mais louage d'ouvrage. Ou le photographe prend place à bord, et la convention ressemble alors à une location de l'appareil avec son pilote[6] ou à un contrat d'affrêtement[7] : comme dans une location de camion avec chauffeur, le pilote conserve la maîtrise technique de

---

(1)Sur ce raisonnement, cf. infra n°352.

(2)Il s'agit d'une obligation accessoire par destination «opposée», cf. infra n°390 et s.

(3)Cf. Paris 19 décembre 1967, précité.

(4)Cf. M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE, note précitée, JCP 1972, II, 17179.

(5)Une analyse similaire est applicable au contrat conclu avec un équipier pour qu'il participe à une compétition aérienne (rappr. G. CAS et J. BORRICAND, chr. précitée, p.355).

(6)Cf. en ce sens : Paris 19 décembre 1975, Rev. fr. dr. aérien 1976, p.490, concl. SIMON, note E. GEORGIADES.

(7)Sur ce contrat : J.-P. TOSI, «L'affrêtement aérien», Bull. dr. mar. et aérien 1977, n°51 et s. ; article L.323-1 alinéa 2 du Code de l'aviation civile : «l'affrêtement d'un aéronef est l'opération par laquelle un frêteur met à la disposition d'un affrêteur un aéronef avec équipage».

son appareil, mais c'est son client qui déterminera les endroits à survoler[1], le nombre de passages, etc. De même, dans les contrats des vols publicitaires, il y a plus qu'un simple déplacement «finalisé» : il s'agit d'un véritable contrat de publicité, dont l'originalité provient seulement du support (mobile) utilisé[2]. Une seule situation prête à discussion : le vol de démonstration. L'arrêt rendu par Cour de cassation dans cette hypothèse n'a pas abordé la qualification de ce genre d'accord, puisqu'à la suite de la Cour d'appel, il a exclu l'existence même d'un contrat[3]. Le problème demeure et sa solution devrait, semble-t-il s'écarter de la ligne adoptée en 1977. En effet, dans une analyse non contractuelle, il est concevable que la nature objective du vol soit déterminée par la finalité du pilote : conclure la vente. Dans une vision contractuelle, cette représentation causale du débiteur de l'obligation de déplacement a pour effet principal de déterminer la structure de qualification de l'accord : il s'agit d'un contrat unilatéral onéreux (structure intéressée[4]), comme toutes les promesses unilatérales et tous les contrats d'essais conclus en vue d'obtenir le consentement définitif à une convention synallagmatique onéreuse[5]. Cette cause ne dénature cependant pas la prestation du pilote. Or, du côté du passager, il en est de même : si un contrat d'essai est conclu, c'est pour examiner comment se déroule le déplacement. Il paraît difficile d'imaginer une cause objective plus conforme à celle d'un contrat de transport et moins dépendante du déplacement ! Contrairement à la solution adoptée par la Cour de cassation, en 1977, pour les raisons très particulières déjà évoquées, il faut conclure que le vol de démonstration est un contrat de transport intéressé soumis à la loi du 2 mars 1957(6).

---

(1)Sous réserve du respect de la réglementation, bien évidemment. Sur cette répartition, cf. Paris 19 décembre 1975, précité, p.510.

(2)Même solution pour un «homme-sandwich».

(3)Civ. 1e 25 mai 1977, précité.

(4)Cf. infra n°550 et s. rappr. (rendu en matière délictuelle) : Paris 4 mars 1959, JCP 1960, II, 11511, note M. DE JUGLART, pour apprécier le caractère intéressé du transport, «il convient uniquement de considérer le point de vue auquel se plaçait le transporteur». Contra : Com. 13 février 1956, Bull. civ., III, n°63, p.54 (très critiquable dans la motivation, qui s'attache au passage, mais la situation de fait soumise à l'arrêt relève souvent du transport intéressé : propriétaire d'une marchandise déplacée, transportée gratuitement par le transporteur).

(5)Cf. infra n°529.

(6)Il est possible d'hésiter sur la qualification des contrats d'épandage d'insecticides par avion ou par hélicoptère : louage d'ouvrage ou transport, voire affrêtement. La qualification de transport peut surprendre : curieux transport que celui où le pilote doit perdre sa marchandise ! Certes, il serait possible de soutenir que le lieu de destination est... à répartir sur l'ensemble du champ à traiter. Mais l'analyse n'est-elle pas artificielle ? L'essentiel ne tient-il pas au traitement des plantes ? Or, cette prestation pourrait se réaliser au sol. Le moyen utilisé n'est qu'un procédé technique facilitant l'exécution de la pulvérisation. A l'extrême limite, un accessoire par destination de celle-ci. En tout cas, il ne s'agit plus véritablement d'un problème de qualification lié à une «finalisation» d'un déplacement.

270.– L'analyse des contrats d'attraction foraine est beaucoup plus délicate[1]. L'éviction du transport au profit du jeu se réalise par le biais d'un faisceau d'indices, davantage que par un changement spectaculaire de structure du contrat. C'est la nature de l'obligation du forain qui focalise l'attention. Instinctivement[2], la prestation de celui-ci n'est pas totalement assimilable à celle d'un transporteur. Le divertissement est plus qu'un simple mobile du client, il pénètre le contenu même de l'obligation du forain, qui en est modifiée. Quelques exemples permettant de sentir la nécessité de ce changement. Les transporteurs aérien ou ferroviaire organisent parfois, au cours du déplacement, des distractions, telles que la projection d'un film. La S.N.C.F. met à la disposition des jeunes enfants, dans certains trains, des espaces de jeu spécialement aménagés. Il est facile de voir, dans ces hypothèses, que le divertissement n'est qu'un service supplémentaire et accessoire offert par le transporteur. Au contraire, dans un «train fantôme» ou dans un «grand huit», le jeu fait partie intégrante du service fourni : dans le premier cas, l'obligation du forain porte davantage sur les incidents et apparitions qui doivent émailler le voyage, que sur le déplacement ; dans le second, sa prestation consiste surtout à procurer des sensations[3].

271.– Pour expliquer juridiquement cette disqualification, certains auteurs ont fait allusion aux «éléments métaphysiques» du transport : distinction du point de départ et du point de livraison, délais d'exécution[4]. Cette explication n'est pourtant guère convaincante : la première condition n'est pas un critère du contrat de transport[5] ; la seconde n'est qu'une modalité d'exécution très secondaire. En réalité, l'éviction du transport s'appuie sur plusieurs indices convergents, qui seraient insuffisants pris isolément, mais qui réunis ensemble peuvent produire cet effet. Un de ces indices a déjà été rencontré : la «miniaturisation» d'une prestation[6]. La réduction d'une prestation à des exécutions concrètes d'importance minime est un

---

(1)Cf. l'embarras du doyen RODIERE lui-même : Traité précité, n°632-D.

(2)Cf. Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité, n°839.

(3)Cf. L. JOSSERAND, note DP 1929-2-p.18 : «du moment que le déplacement n'a pas constitué l'objectif essentiel des parties, il faut exclure le concept du transport ; or, il est évident que les clients d'un manège forain se proposent, non d'effectuer un déplacement, mais de prendre part à un jeu mouvementé» ; A. BRUN, «L'autonomie du contrat de transport», Ann. dr. sciences sociales 1935, p.49 et s., spéc. p.63 (le transport n'est qu'un moyen d'atteindre le but véritable des parties : le jeu).

(4)Cf. H. LALOU, note DP 1927-2-p.25-26, citant JOSSERAND («Les transports», n°275).

(5)Cf. E. DU PONTAVICE, obs. RTD com. 1967, p.1154 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°334 ; V. GRELLIERE, note Rev. fr. dr. aérien 1979, p.320 ; R. PLICHON, Thèse précitée, p.183 ; P. GULPHE, «Sur la responsabilité civile en matière de remorquage de planeur», Mélanges RODIERE, p.393 et s. ; v. déjà L. JOSSERAND, note précitée. Civ. 1e 15 mai 1973 et Crim. 15 mai 1976, précités.

(6)Cf. supra n°192 et s.

facteur possible de dénaturation d'une obligation. Dans le contrat de ménage forain, le déplacement est réduit à sa plus simple expression : quelques mètres pour les manèges circulaires et les balançoires, quelques dizaines pour les autres. Les tribunaux qui ont tenté, autrefois, de déterminer la qualification d'un tel contrat, ont souvent invoqué cet argument, en relevant que le contrat ne vise pas à réaliser «un déplacement d'un lieu à un autre», mais plutôt à produire un mouvement «dans une enceinte délimitée et restreinte»[1]. «Fragilisé» par sa faible importance matérielle, le déplacement devient vulnérable : la convergence des divers indices (déplacement court, en circuit fermé, dans une enceinte déterminée dans un but immédiat et principal de loisir) assure l'apparition d'une prestation nouvelle de «jeu», variété de louage d'ouvrage[2].

272.– Les attractions foraines donnent d'ailleurs une autre illustration de ce genre de situations, où la cause du créancier, jointe à la modification de certaines modalités d'exécution de la prestation, entraînent une dénaturation de la convention. En toute logique, les contrats de karting ou d'autos-tamponneuses devraient constituer des contrats de bail mobilier : pendant une durée déterminée, le forain met à la disposition de son client un de ses véhicules, pour que celui-ci s'en serve conformément à sa destination. Quelques juridictions en ont décidé ainsi[3], mais en réalité, dans l'opinion générale, il s'agit plutôt d'une variété de louage d'ouvrage[4]. Divers éléments concordants y incitent : le mobile de divertissement du client, la très courte durée de la mise à disposition, l'absence d'indépendance véritable dans la jouissance. Les conditions d'exécution de la prétendue location sont d'ailleurs particulières. La comparaison est intéressante avec les locations de voiture : le contrat conclu et la chose délivrée, le preneur s'en va pour circuler dans un environnement extérieur à l'activité de l'exploitant, et sur lequel celui-ci n'a aucune prise. Au contraire, le kart ou l'auto-tamponneuse «louées» ne peuvent être utilisées que sur le

---

(1)Les expressions sont empruntées à Nancy 26 juin 1925, précité. Cf. dans le même sens, avec des formulations différentes : Grenoble 27 février 1928, précité ; («nature spéciale») ; Tb. civ. Grenoble 23 avril 1931, précité (contrat innommé) ; Toulouse 23 octobre 1934, précité (contrat innommé) ; Lyon 2 novembre 1935, précité (contrat innommé) ; Besançon 4 janvier 1939, précité, (contrat innommé) ; Grenoble 17 avril 1944, précité, (contrat innommé) ; Tb. civ. Rouen 3 novembre 1953, précité (contrat innommé).

(2)Cf. dans le sens d'une qualification de «jeu» : RODIERE, op. cit., n°632 ; Nancy 26 juin 1925 ; Grenoble 27 février 1928 ; Toulouse 23 octobre 1934 ; Lyon 2 novembre 1935 ; Grenoble 17 avril 1944 ; Tb. civ. Rouen 3 novembre 1953, précités.

(3)Paris 17 novembre 1936, Gaz. Pal. 1937-1-p.151 (autos-tamponneuses) ; Rouen 12 décembre 1961, Gaz. Pal. 1962-1-p.157 (balançoires).

(4)Cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°84, p.94 ; RODIERE, note JCP 1948, II, 4032, B.2, in fine ; Nancy 26 juin 1925, précité. Adde R. PLICHON, Thèse précitée, p.182 et s. (convention composite avec rôle actif du client, et économiquement inutile ou superflue).

circuit ou la piste prévu à cet effet et les obligations de l'exploitant, quant à la sécurité notamment, concernent aussi cet environnement. Il est facile de comprendre, dès lors, la référence ou louage d'ouvrage, le client s'insérant dans une «entreprise de jeu»[1].

Conclusion du chapitre

273.– A de multiples points de vue, la nature de l'obligation joue un rôle essentiel dans le processus de qualification. Critère souvent déterminant pour distinguer entre eux les différents contrats réglementés, elle permet aussi aux magistrats de consacrer des qualifications innommées correspondant à des opérations économiques originales. L'importance des conséquences pratiques de l'identification d'une obligation expose la matière à des tendances contradictoires. Les risques de dénaturation sont nombreux et d'origines diverses : contractants qui parent leur accord d'une spécificité artificielle, magistrats qui accusent des différences mineures lorsqu'ils ont recours à une qualification-moyen ou qui négligent à l'inverse des particularismes affirmés par crainte des fraudes ou par souci de retrouver des cadres légaux éprouvés. Il ne s'agit d'ailleurs ici que de constater ces phénomènes et non de porter sur eux un quelconque jugement de valeur. Les juristes savent bien que derrière la nature de l'obligation, c'est souvent l'esprit même d'une qualification qui est en jeu et qu'en fixer les contours avec précision nécessite toujours d'élargir le débat au régime en cause et aux conditions concrètes d'exécution de l'accord, ce qui complique d'autant la discussion.

Sur le plan purement technique, la nature d'une obligation est un procédé difficile à synthétiser. Même si certains principes communs peuvent être dégagés, les particularismes de chaque prestation et l'irrégularité des interventions législatives rendent une exception toujours possible. De ces conclusions très relatives émergent quand même quelques enseignements. Il se confirme tout d'abord que le concept d'objet occupe une place importante dans la qualification : la création du rapport obligatoire ne renseigne pas sur la nature de l'obligation et c'est la prestation qui remplit cet office, or la prestation n'est rien d'autre que l'objet de l'obligation.

---

(1) Les promenades à cheval relèvent d'une analyse voisine. Sauf dans l'hypothèse théorique du cheval tenu par la bride, l'équitation nécessite un rôle actif difficilement compatible avec un rôle purement passif du cavalier (cf. supra n°222 et n°226). Il s'agit plutôt d'une mise à disposition d'un cheval, mais le mobile du cavalier peut varier : pratique d'un sport pour un cavalier déjà formé, simple promenade de divertissement pour le débutant ou monsieur «tout le monde». La location ne concerne que la première catégorie ; pour les autres, selon un raisonnement identique à celui tenu pour les karts, il s'agit d'une variété de louage d'ouvrage. L'intensité de l'obligation de sécurité et l'éventuelle référence à une acceptation des risques semble d'ailleurs dépendre du mobile du client.

Cependant, il convient de noter qu'ici comme ailleurs l'objet ne joue pas isolément et que les liens avec la cause, tant du débiteur que du créancier, se manifestent avec constance.

Pourtant, bien que ces deux chapitres aient permis d'établir l'importance des obligations, aussi bien dans leur existence que dans leur nature, il reste à vérifier que le critère qu'elles constituent concerne tous les contrats. Quelques institutions solidement établies du droit positif invitent à se poser la question.

CHAPITRE 3

LES ALTERATIONS TRADITIONNELLES

274.– Les développements qui précèdent ont permis de mettre en valeur le rôle essentiel joué par les obligations dans l'opération de qualification, qu'il s'agisse de leur existence ou de leur nature. Ainsi, un auto-stoppeur ne peut se prévaloir d'un quelconque contrat de transport, dès lors que l'automobiliste complaisant qui le prend en charge n'est pas tenu d'une obligation de déplacement[1]. De même, c'est de l'existence ou de l'absence d'engagement du bénéficiaire, que dépend la qualification juridique d'une promesse, qui sera, selon les cas, synallagmatique ou unilatérale[2]. Enfin, et toujours à simple titre d'exemple, c'est la nature de l'obligation caractéristique qui permet de distinguer le bail du dépôt, dans l'hypothèse des contrats de parking, selon que le prestataire a entendu concéder la jouissance d'un emplacement ou garder un véhicule[3].

Cette importance ne saurait surprendre. Elle est de l'essence même du phénomène contractuel : toute convention opère, au sens littéral du terme, la «traduction» d'une opération économique, sous la forme juridique d'un ensemble structuré d'obligations.

Malgré tout, ce schéma n'est pas universel et il est perturbé par deux techniques traditionnelles du droit français : la notion de contrat réel et celle de transfert immédiat de la propriété des corps certains.

275.– Conformément à une vieille solution romaine, certains contrats comportant le transfert de la détention d'une chose, n'érigent pas la remise de celle-ci en obligation. Tel est le cas, selon l'opinion classique, du dépôt, du gage, du prêt et du don manuel. L'absence d'obligation s'explique aisément : dans cette conception, c'est la remise de la chose qui forme le contrat lui-même. La notion d'obligation supposant

---

(1)Cf. supra n°97.
(2)Cf. supra n°103 et s.
(3)Cf. supra n°162 et s.

l'éventualité d'une contrainte à l'exécution, il est impossible d'y recourir dans ce cas, puisque cela aboutirait à ce que la contrainte précède la formation du contrat, solution absurde en l'absence de toute autre convention préparatoire, telle qu'une promesse de contrat réel.

En d'autres termes, un élément de l'opération économique globale, la remise de la chose, n'apparaît pas dans la structure juridique qui la constate. La remise n'est pas une des obligations de la convention, elle n'est même pas un effet découlant de l'échange des consentements. Bien au contraire, elle se rapprocherait de l'expression même de ce consentement, tout au moins pour le remettant. Dans cette hypothèse, c'est en quelque sorte l'exécution qui constitue la formation[1]...

276.– La situation est rigoureusement inverse pour le transfert de propriété des corps certains, où il est possible d'affirmer au contraire, que c'est la formation de la convention qui vaut exécution immédiate de l'obligation de donner. La solution gouverne le Droit français depuis le Code civil. Le transfert d'un droit réel, ou sa constitution[2], dès lors qu'ils ne concernent pas une chose de genre, s'effectuent «solo consensu», par le seul jeu de l'échange des consentements et au moment de celui-ci. Selon la formule de l'article 1583, «la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé».

A la différence de l'hypothèse précédente des contrats réels, l'un des éléments de l'opération économique, le transfert de propriété, est bien un effet du contrat, il figure dans sa traduction juridique. Mais il n'y apparaît que sous la forme d'un effet automatique et immédiat, ce qui ne correspond plus stricto sensu, au concept d'obligation. Pour que celle-ci existe, le créancier doit être en mesure d'exiger du débiteur, son cocontractant, un service, une prestation : «dans l'intervalle, aussi court soit-il, entre le moment où l'obligation est née et celui où elle est exécutée, une dette existe»[3]. Rien de tel en l'occurrence et nul besoin de recourir à l'idée de contrainte, puisque le transfert s'opère d'emblée et que «l'obligation» est exécutée en même temps que formée.

---

(1)Contra, semble-t-il : D. LEFEBVRE, «L'entraide agricole», JCP 1964, I, 1846, note 13, qui qualifie de contrats se formant «re», par la remise de la chose, les contrats synallagmatiques dans lesquels les obligations disparaissent à leur naissance, par l'échange immédiat des prestations.

(2)Cf. Civ. 3e 8 mai 1974, D. 1975, p.305, note crit. Ch. LARROUMET ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.56 et s.

(3)Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., art. 1136 à 1145, fasc. 1, n°15.

277.- Ces deux[1] perturbations méritent un examen plus approfondi. Il convient d'essayer de déterminer si l'idée d'un principe général et absolu, aux termes duquel un contrat serait qualifié par les obligations qu'il contient doit, à cause d'elles, être abandonné ou si, au contraire, ce sont ces deux particularismes qui doivent être remis en cause. Un traitement distinct de ces deux cas n'est d'ailleurs pas à écarter, car il apparaît dès maintenant que ces deux perturbations sont d'inégale intensité. La théorie des contrats réels, en faisant disparaître de la structure contractuelle une de ses obligations potentielles, réalise une altération considérable : un critère de qualification peut être rejeté à l'extérieur de l'accord des volontés (Section 1). En rendant automatique le transfert de propriété des corps certains, la technique du transfert immédiat exerce une influence bien moindre : ce transfert reste un effet du contrat, mais il n'a pas la nature d'une obligation (Section 2). Disparition ou dénaturation[2] d'un des éléments de la structure de qualification, tels sont les termes de l'option.

---

(1)Rappr. également les perturbations apportées par les réglementations d'ordre public, où des éléments secondaires sont érigés en véritables critères de qualification, infra n°523 et s. et l'émergence récente du droit potestatif d'option, infra, n°338 et s.

(2)Ch. ATIAS, «Le transfert conventionnel de la propriété immobilière», Thèse Poitiers 1974, n°47, p.67, «opposition de nature» et n°49, p.72, pour qui le transfert automatique engendre au contraire une «déformation profonde».

SECTION 1

LA DISPARITION D'UN ELEMENT DE LA STRUCTURE : LES CONTRATS REELS

278.– Selon la thèse classique, héritée du droit romain, le droit positif français comporte toujours quelques hypothèses de contrats réels[1]. Pour ces conventions,

---

(1)Sur la notion de contrat réel en doctrine, cf. :

- *Ouvrages généraux* : AUBRY et RAU, 6e édit. par ESMEIN, T. IV, § 340, note 6 ; BAUDRY-LACANTINERIE, «Les obligations», 3e édit., T.1, n°23 et s. ; A. BENABENT, «Les obligations», 1991, n°98 et s. ; L. BOYER, Rép. civ., v° Contrats et obligations, n°38 à 40 ; Y. BUFFELAN-LANORE, «Droit civil», 2e année, 1991, n°54 ; J. CARBONNIER, «Les obligations», T.4, 1991, § 91 et § 93 ; «Flexible Droit» 6e édit., p.283 et p.290 ; COLIN et CAPITANT, T. II, 1953, n°29-30 ; FLOUR et AUBERT, «Les obligations», Vol. 1, 1991, n°90 et n°303 ; J. GHESTIN, «Le contrat», n°337 et s ; P. GUIHO, «Les obligations», T.1, «Les sources», 1991, n°28 ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., T.3, n°223 et n° 519 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°327 ; MAZEAUD et CHABAS, 8e édit., n°79 et s. ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», T.1, 1988, n°62 ; J.-P. MARTY, J.-Cl. Civ., art. 1101-1108, n°45 et s. ; PLANIOL et RIPERT, T.6, n°119 et s. ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°68, p.27 ; STARCK par ROLAND et BOYER, 3e édit., n°131 et n°173 et s. ; VIGIE, T.2, n°1111, p.506 ; WEILL et TERRE, 4e édit., n°42 et n°125 et s.
- *Ouvrages spéciaux* : PLENISLA, «Analyse critique des contrats réels», Thèse Paris, 1910 ; LEDUC, «Des avant-contrats», Paris, 1909, p.175 et s. ; J. MAURY, «Essai sur la notion d'équivalence», Thèse Toulouse, 1920, T.1, p.119 ; CAPITANT, «La cause», n°22 et s. ; R. HOUIN, «La distinction des contrats synallagmatiques et onéreux», Thèse Paris, 1937, p.225 et s. ; D. GRILLET-PONTON, «Essai sur le contrat innommé», Thèse Lyon, 1982, n°238 et s. ; J. HAUSER, «Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique», Thèse LGDG, 1971, p.114 à 117 ; P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon, 1973, n°186 et s., p.260 et s. ; A. TUNC, «Le contrat de garde», n°74 et s., p. 167 et s. ; J. AMIEL-DONAT, «Essai sur le rôle du consentement dans la formation des contrats», Thèse Perpignan, 1981, 1e partie, Titre 1, n°1 et s., p. 7 et s. ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en Droit privé», Thèse Paris II 1985, spéc. n°121 et s.
- *Articles* : COMBESCURE , «Existe-t-il des contrats réels en droit français ? », Rev. crit. lég. jurispr. 1903, p.477 ; GUYOT, «Une nouvelle conception de la théorie des contrats réels» (à propos de la thèse PLENISLA), Rev. gén. dr. jurispr. 1911, p.152 ; R. FABRE, «Le prêt à usage en matière commerciale», RTD com. 1977, p.193 et s. spéc n°4 à 7, p.196-197, ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, «Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? La valeur des promesses de contrat réel en droit positif», RTD civ. 1985, p.1 et s. ; J.-M. MOUSSERON, «La durée dans la formation des contrats», Etudes JAUFFRET, p. 522-523 ; R. SABATIER, «L'avant-contrat», 62e Congrès des notaires de France, 1964, p.115 et s.
- *Juris-Data* : question posée avec l'ancien logiciel : contrat réel SFP contrat de travail. Peu de documents pertinents (7). La réponse reste bruyante, vue la banalité du mot réel. Pour enlever, ce bruit il est possible de rajouter : ETP (dépôt ou prêt ou gage). Avec le risque cependant, de perdre

l'échange des consentements ne peut suffire à la formation du contrat. Celle-ci n'est acquise qu'au moment où l'un des contractants remet la chose «objet du contrat»(1)à l'autre partie.

Quatre conventions sont initialement concernées par cette théorie : le dépôt, le gage, le commodat (ou prêt à usage) et le mutuum (ou prêt de consommation)(2). A ces contrats unilatéraux, dits de restitution, la jurisprudence a ajouté le don manuel. Cette solution permet ainsi de faire échapper les donations mobilières aux formes solennelles exigées par le Code civil (article 931 du Code civil) : la tradition réelle remplace la formalité légale.

279.– Une dernière hypothèse demeure plus discutée : celle du transport de marchandises. La doctrine «généraliste» est, à cet égard, très confuse. Certains auteurs omettent d'envisager cette convention. D'autres la qualifient de contrat réel[3]. D'autres encore, plus prudents, se contentent d'indiquer que la question est controversée[4]. Certains, enfin, attribuent au transport une nature consensuelle[5], rejoignant ainsi l'opinion des spécialistes les plus éminents en cette matière[6]. Cette

---

un document qui appliquerait la notion à une autre convention. Le nouveau logiciel simplifie l'interrogation et améliore son efficacité. Il suffit de poser la question suivante : contrat-réel (12 documents au 10 mars 1990).

(1)Il serait plus exact de parler d'objet de la prestation de l'obligation caractéristique, mais, justement, le caractère réel du contrat perturbe la détermination des obligations caractéristiques, cf. infra III.

(2)Les auteurs anciens rajoutaient parfois le *contrat de rente* (cf. rappelant cette solution : R. HOUIN, Thèse précitée., p.225 et 231), mais la nature consensuelle de cette convention n'est plus discutée (J. MAURY, Thèse précitée, note 131, p.132).
La solution est plus incertaine pour *l'antichrèse*. La jurisprudence n'a jamais décidé expressément que l'antichrèse, contrairement au gage, était un contrat réel (cf. Ch. MOULY, J.-Cl. Civ., art. 2085, n°11 ; MARTY et RAYNAUD par JESTAZ, «Les sûretés», 2e édit., n°110). Certains auteurs estiment pourtant que ce contrat est réel (P. ROBINO, Rép. civ., n°8 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, «Les sûretés La publicité foncière», n°206 note 1 ; MAZEAUD et CHABAS par RANOUIL, T.3, Vol.1, 6e édit., n°96).
Adde : - pour les *prestations de services* : D. LEFEBVRE, «L'entraide agricole», JCP 1964, I, 1846.
- pour les *«contrats par échange de biens»*, J. CARBONNIER, Journées R. SAVATIER, p.29 et s., spéc. p.38, qui préfère cependant dépouiller le geste de toute juridicité.

(3)P. GUIHO, op. cit., loc. cit. ; MAZEAUD, op. cit., n°80 ; THALLER, «Traité élémentaire de droit commercial», 8e édit. n°1166, p.740.

(4)A. BENABENT, op. cit., n°98 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., note 1, p.56 ; J. GHESTIN, op. cit., n°339, p.263 et la note 90 ; L. BOYER, Rép. précité ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 2e édit., n°327.

(5)PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°121, p.134 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°522 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°127, p.135 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°188, p.261 et s. dont la discussion est bien argumentée.

(6)JOSSERAND, «Les transports», n°78 et s., p.83 et s. ; RODIERE, «Droit des transports», 1977, n°273 et s., p.322 et s. et 1e édit. n°408 à 410 ; J. MERIMEE, Rép. com., v° Contrat de transport, 1973, n°17 et s. ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°35-37 ; ESCARRA et RAULT, T.2, n°828, p.184 ; F. TERRE, «Le remorquage fluvial», Etudes de Droit fluvial, 1957, n°36, p.281 ; A. BRUN, «L'autonomie du contrat de transport», Ann. dr. sciences sociales 1935, p.49 et s. spéc. p.54. Rappr. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°8, p.11 (pour le droit

solution doit être approuvée : le contrat de transport de marchandises n'est pas un contrat réel. Les deux arguments qui soutiennent la thèse contraire ne sont pas fondés. Selon le premier, le transport est un contrat réel parce qu'il contient un dépôt qui possède cette nature[1]. Ce raisonnement est doublement critiquable. Tout d'abord, il est parfaitement illogique d'imposer au principal - le transport - la nature de l'accessoire - le «dépôt» -. Ensuite, et surtout, le transport ne renferme pas de contrat de dépôt : il prévoit à la charge du voiturier une obligation accessoire de conservation de la chose transportée, ce qui est tout différent[2]. Le second argument est tiré de la rédaction de l'article 103 du Code de commerce. La lourde responsabilité prévue par ce texte ne débute en effet qu'à compter de la prise en charge. La constatation est exacte, mais la conséquence qui en est déduite ne s'impose pas : la doctrine contemporaine dénonce unanimement cette confusion entre la naissance du contrat et celle de la présomption de responsabilité[3]. Bien au contraire, trois raisons majeures conduisent à reconnaître au contrat de transport une nature consensuelle. Le droit positif, tout d'abord, demeure en principe consensualiste : les exceptions que constituent les contrats réels doivent donc être interprétées strictement[4]. Ensuite,

---

romain) ; P. BRUNAT, «L'apport des contrats types au droit français des transports», Bull. transp. 1989, p.231 et s., spéc. n°4, p.232 (implicitement) ; G. MEAUX, «Le dépôt commercial de marchandises», Thèse Lille 1957, p.325 ; R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.16 ; O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°78 et s. et n°300 et s. (pour l'étude des modalités de formation) ; P. CHOGNON, «Les remontées mécaniques des stations de sport d'hiver», Thèse Clermont-Ferrand 1971, p.238 ; J.-M. GOIRAN, «Le contrat de transport et la garde des choses inanimées en cours de transport», Thèse Paris 1966, p.38 ; Ch. TSOLAKIS, «La délimitation de la période couverte par l'obligation de sécurité du transporteur», Thèse Paris 1972, p.25 et s. (marchandise interne), p.90 et p.115 et s. (pour le transport de personnes), p.147 et s. ; M. TILCHE, «Notion de livraison», Bull. transp. 1992, p.145, spéc. encart p. 146 (pour la réaffirmation du principe et une interrogation sur l'opportunité d'une réification des contrats consensuels).

Dans le même sens, en matière aérienne : P. CHAUVEAU, «Droit aérien», 1951, n°222 (l'auteur admet qu'en pratique, le contrat se forme le plus souvent lors de l'acceptation de la marchandise ; v. aussi n°453) ; D. LUREAU, «La responsabilité du transporteur aérien», LGDJ 1961, n°53 (marchandises) et n°54 (personnes) ; J.-Ph. DANEY, «L'application de la Convention de Varsovie en droit français», Thèse Paris II 1975, n°22 et s., spéc. n°27 (marchandises) et n°28 (personnes ; argument : l'article 3 al. 2).

Adde : les auteurs anciens cités note 1 au DP 1926-1-p.204 ; L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°18 et s. ; l'article 11 du décret du 1 mars 1990, portant contrat type du transport d'objets indivisibles, Bull. transp. 1990, p.247 et s.

(1)J. GHESTIN, op. cit., loc. cit. ; comp. cep. n°340, pour les opérations complexes ; MAZEAUD, op. cit. loc. cit. Contra : P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, loc. cit.

(2)Cette question est étudiée plus longuement dans le premier titre de la seconde partie.

(3)V. pour un retour de l'argument en matière de transport de personnes, Ph. MALAURIE, note D. 1991, p.3, sous Civ. 1e 7 mars 1989 (l'auteur, après avoir examiné cette solution, semble l'abandonner).

(4)Cf. en ce sens : WEILL et TERRE, op. cit., n°127, p.135 ; R. RODIERE (implicitement) note JCP 1955, II, 8620 sous Cass. 22 février 1955 ; Ch. TSOLAKIS, Thèse précitée, p.90 et p.115 et s. ; R. PLICHON, Thèse précitée, p.16 ; O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°78 et

l'espèce doit être de la même nature que le genre. Or, le contrat de transport est une variété de contrat d'entreprise dont la nature consensuelle n'a jamais été discutée[1]. Le même raisonnement peut d'ailleurs être transposé au sein des contrats de déplacement : le transport de personnes n'a jamais été considéré comme un contrat réel[2]. Enfin, l'absence d'obligation de remise de la marchandise à transporter, ne correspond pas, en pratique, à l'économie de la convention et l'existence d'une éventuelle promesse de délivrance est parfaitement artificielle. La situation du transporteur n'a rien à voir avec celle du dépositaire à titre gratuit. Le voiturier est un professionnel du déplacement. Cette activité est son gagne-pain. Si l'expéditeur tire un bénéfice du contrat, par le déplacement des marchandises qu'il en attend, le transporteur en escompte une rémunération : pour lui, la remise est une obligation de l'expéditeur qui fait partie intégrante du transport.

280.- C'est incontestablement en ce sens que se prononce la jurisprudence en matière de transport routier. Elle en déduit que dès l'échange des consentements, le contrat est formé. En conséquence, le voiturier doit venir prendre en charge les colis[3] et, réciproquement, l'expéditeur est tenu d'indemniser le voiturier du voyage inutile que celui-ci a effectué pour venir réceptionner une marchandise qu'en définitive il n'a pas reçue[4]. La discussion n'est pas seulement théorique, car dans l'hypothèse consensuelle, ces actions en responsabilité sont soumises à la courte prescription d'un an, propre au contrat de transport et qui ne serait pas transposable à une promesse de contrat réel[5]. Cette nature consensuelle est encore confirmée par l'existence et le régime de l'obligation de chargement. Si le transport était un contrat réel, sa formation n'interviendrait qu'à l'issue du chargement. Or la jurisprudence intègre l'exécution de

---

s. ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, loc. cit. ; RODIERE, «Voyageurs, veillez sur vous !», D. 1971, p.48 ; J.-M. GOIRAN, Thèse précitée, p.38.

(1) V. Ch. TSOLAKIS, Thèse précitée, p.26 ; O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°79.

(2) Cf. en ce sens : RIPERT et BOULANGER, T.2, n°68, p.27 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, loc. cit. Rappr. Ph. MALAURIE, note précitée.
En jurisprudence : Paris 26 mars 1987, Bull. transp. 1987, p.285. Rappr. Civ. 2e 22 décembre 1960, Gaz. Pal. 1961-1-p.302 (affirmant très nettement la nature consensuelle du contrat de remonte-pente) ; Civ. 1e 30 octobre 1968, D. 1969, p.750 (même solution pour un contrat d'autos-tamponneuses) ; Civ. 1e 12 janvier 1970, D. 1970, somm. p.55 (beaucoup moins net - autos-tamponneuses) ; Paris 26 septembre 1990, Bull. transp. 1991, p.78 (accident en cours d'embarquement dans un avion soumis à la Convention de Varsovie).
Contra quand même : Tb. com. Paris 10 septembre 1940, Gaz. Pal. 1940-2-p.99.

(3) Besançon 23 juin 1982, Bull. tranp. 1982, p.394 ; Tb. com. Toulouse 24 juin 1981, Bull. tranp. 1981, p.412 ; Com. 24 octobre 1989, BRDA 1989, n°22, p.22.

(4) Tb. com. Bordeaux 4 février 1980, Bull. tranp. 1980, p.251 ; Montpellier 3 novembre 1983, Bull. tranp. 1985, p.103.

(5) De la même manière, le régime des clauses limitatives ou exonératoires de garantie serait, selon les cas, celui du droit commun ou celui des textes spécifiques au transport.

cette obligation dans le contrat et tous les incidents relatifs au chargement sont soumis à la prescription de l'article 108 du Code de commerce, même s'ils sont intervenus avant la fin de son accomplissement total, donc avant la prise en charge.

281.– En réalité, la seule hésitation qui subsiste encore concerne le transport ferroviaire. A l'instar de quelques juridictions du fond[1], la Cour de cassation a semblé admettre autrefois, le caractère réel de cette convention : «attendu que ce contrat exige tout à la fois l'accord des volontés des parties et la remise des colis au voiturier»[2]. Cette confusion trouve son origine dans la rédaction, de certains textes propres aux chemins de fer. Ainsi, l'article 11-1 de la CIM (ancien article 8), précise que «le contrat est conclu dès que le chemin de fer expéditeur a accepté au transport la marchandise accompagnée de la lettre de voiture. L'acceptation est constatée par l'apposition sur la lettre de voiture du timbre de la gare expéditrice... portant la date de l'acceptation» et l'article 11-2 précise que cette formalité «doit avoir lieu immédiatement après la remise au transport de la totalité de la marchandise faisant l'objet de la lettre de voiture»[3]. Cette réglementation, cependant, ne transforme pas le contrat de transport, en contrat réel. Tout d'abord, le texte se contente de poser deux conditions (remise et écrit postérieur). Selon Rodière, si l'une d'elles n'est pas remplie, le contrat existe mais n'est pas soumis à la C.I.M.[4]. Ensuite, et surtout, le mécanisme de formation du contrat qui est mis en place ne correspond pas à celui du contrat réel[5]. La remise de la marchandise par l'expéditeur ne suffit pas à créer le contrat : celui-ci n'est formé que par l'acceptation de la marchandise par le chemin de

---

(1)En ce sens : Lyon 9 février 1889, DP 1890-2-p.69, note SARRUT ; Caen 7 juin 1905, DP 1908-2-p.364 ; Besançon 29 juillet 1913, DP 1917-2-p.92 ; Paris 18 mars 1924, DH 1924-2-p.125.
Contra : Rouen 29 juin 1971, Bull. transp. 1971, p.376 ; 13 juillet 1971, D. 1971, somm. p.195.
Ambigus (plutôt consensuel) : Agen 28 avril 1959, Bull. transp. 1960, p.87 ; Paris 6 janvier 1975, Bull. transp. 1975, p.82 ; Tb. com. Dunkerque 9 octobre 1978, Bull. transp. 1978, p.532.

(2)Civ. 27 mai 1918, DP 1926-1-p.204. Rappr. Crim. 4 mai 1912, DP 1913-1-p.501 (qui semble admettre le caractère réel, mais le néglige dans un but répressif).
Comp. : Civ. 1 juillet 1914, DP 1916-1-p.158 «seul l'expéditeur, ou un mandataire en son nom, peut former une demande de fourniture de wagons, opération préliminaire de l'exécution du contrat de transport qui doit intervenir» ; Civ. 6 janvier 1904, DP 1904-1-p.40 (défaut de réponse à conclusion). En revanche, la Cour de cassation n'a pas été saisie du problème dans l'arrêt de la Chambre commerciale du 26 avril 1955 (Bull. civ., III n°138, p.113), qui ne peut dès lors être invoqué au soutien de cette position (rappr. aussi Com. 27 février 1973, Bull. civ., IV n°106, p.90 ; Bull. transp. 1973, p.241).

(3)Comp. pour le droit interne : art. 11 et 13 CGATM (avant 1980) et art. 9-1 CGVTM (à partir du 1 octobre 1984) dont les termes sont beaucoup moins favorables à l'analyse réelle que ceux de la version antérieure.

(4)Cf. RODIERE, «Droit des transports», 1977, n°411.

(5)Contra : Ch. TSOLAKIS, Thèse précitée, p.35 et s.

fer[1]. Par rapport au schéma traditionnel des promesses de contrat réel, la situation est inversée : ce n'est pas le consentement de celui qui remet la chose qui fait défaut, c'est celui du contractant qui la reçoit. La technique utilisée se rapproche plutôt des ventes avec lettres de confirmation[2] : le transporteur ferroviaire, en état d'offre permanente à l'égard du public, recule son engagement jusqu'à sa propre acceptation définitive et c'est plutôt l'expéditeur qui apparaît comme l'émetteur d'une offre.

282.– Ce sont donc cinq contrats, et non six, qui sont traditionnellement présentés comme étant des contrats réels. Cette analyse classique est depuis longtemps critiquée en doctrine (I). Malgré la vigueur de cette contestation, la jurisprudence continue à marquer son attachement à cette catégorie, et curieusement, certains auteurs semblent l'en approuver, découvrant désormais quelques mérites à la vieille théorie romaine (II). Par un curieux retournement, c'est la critique de la notion de contrat réel qui pourrait même passer pour archaïque ! Au risque de s'inscrire à contre-courant des tendances doctrinales récentes, il convient pourtant de réaffirmer avec force les défauts de cette catégorie. L'étude de la structure des qualifications contractuelles apporte une nouvelle pierre à l'édifice de la doctrine consensualiste : le caractère réel d'un contrat modifie de manière parfaitement artificielle la composition de ses obligations et introduit dans le tissu des qualifications une hétérogénéité, qui ne procède d'aucune nécessité impérieuse (III).

I - LES CRITIQUES CLASSIQUES DE LA NOTION DE CONTRAT REEL

283.– Depuis Vigié[3] qui, ici encore, fait figure de précurseur, la quasi-unanimité de la doctrine critique la survivance en Droit français de la notion de contrat réel[4]. Cette contestation s'ordonne autour de deux séries d'arguments.

---

(1)Cf. très net Rouen 13 juillet 1971, op. cit., et sur pourvoi (rejet), Com. 27 février 1973, précité.

(2)B. GROSS, «La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation», Etudes R. ROBLOT, p.433 et s.

(3)VIGIE, T.2, n°1111, p.506. Avant lui, le maintien de la catégorie des contrats ne faisait aucun doute (cf. à ce sujet PLENISLA, Thèse précitée).

(4)Cf. tous les auteurs cités supra, sauf P. GUIHO, WEILL et TERRE, J. GHESTIN et, beaucoup plus nuancé, J. CARBONNIER, op. cit., § 91 ; comp. plus net «Flexible droit», op. cit., p.220 ; JULLIOT DE LA MORANDIERE, «Travaux de la commission de réforme du Code civil», 1947-1948, p.282.

A) Les arguments soutenant la thèse classique sont inexacts

284.– Pour défendre l'existence de la catégorie des contrats réels, les auteurs classiques invoquent la nature des choses et certains textes du Code civil.

285.– 1/ L'argument rationnel, qui tend à présenter la nature réelle comme étant de l'essence de certains contrats, est bien connu : «l'obligation essentielle incombant à l'emprunteur, au dépositaire, au créancier gagiste, celle de conserver et restituer la chose, ne peut prendre naissance et, par conséquent, le contrat ne peut être formé, tant que la chose n'a pas été livrée»[1]. Cette affirmation est doublement critiquable. Il est tout d'abord impossible de soutenir que le dépôt et le prêt sont réels par nature, en admettant par ailleurs que le bail et l'entreprise mobilière ne le sont pas. Pour toutes ces conventions, le problème de la réalité se pose en des termes identiques et la solution retenue doit donc être la même. Il n'est pas possible d'invoquer le caractère onéreux du bail et de l'entreprise pour écarter cette uniformité, puisque le dépôt et le prêt (prêt à intérêt) peuvent l'être également[2]. L'argument, par conséquent, prouve trop. Ensuite, et surtout, le raisonnement suivi est inexact. Il est parfaitement concevable qu'une convention soit formée, sans que toutes ses obligations soient immédiatement exigibles. Tel est le cas, justement, du bail, de l'entreprise ou du transport. De même, personne n'a jamais prétendu qu'une vente à crédit ou avec réserve de propriété n'était pas formée parce que le paiement du prix où l'accomplissement du transfert de propriété étaient reculés dans le temps. Il convient de ne pas confondre la formation et l'exécution du contrat. L'échange des consentements peut suffire à créer un dépôt, un prêt ou un gage. Aucun argument rationnel ne s'y oppose. Bien entendu, dans cette hypothèse, l'emprunteur, le dépositaire ou le créancier gagiste ne seront tenus de restituer la chose qu'autant qu'ils l'auront reçue.

286.– Les auteurs consensualistes qui tentent de justifier cette impossibilité d'exiger la restitution de la chose avant sa remise, ont recours à des explications souvent bien compliquées. Quelques uns estiment qu'en l'absence de remise,

---

(1)PLANIOL-RIPERT, op. cit., n°119. Rappr. M. GENINET, Thèse précitée, n°127, n°586 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°140, p.155.

(2)Contra : M. GENINET, Thèse précitée, n°586-588. Pour cet auteur, le locataire peut très bien être débiteur d'un loyer et créancier de la jouissance, sans jamais demander la remise de la chose, donc sans jamais devenir débiteur de l'obligation de restitution. Comme l'indique l'auteur, l'hypothèse est extravagante ! De plus, supposer que les contrats de prêt et de dépôt créent une obligation principale de restitution (n°587-588) présuppose l'absence d'obligation de mettre à disposition dans le prêt, ce qu'il convient justement de démontrer.

l'obligation de restitution est nulle[1]. La solution est critiquable car la validité d'une obligation s'apprécie au jour de la formation du contrat : à ce moment, la remise est possible, ce qui suffit à rendre valable l'obligation de restitution. Il n'en serait autrement que si la chose à remettre avait péri avant l'échange des consentements(2). Certains auteurs préfèrent voir dans la remise de la chose une condition suspensive de l'obligation de restitution[3]. L'analyse est ici encore discutable, car la remise, dès lors que le contrat n'est pas réel, est une obligation, donc un événement que les parties ont considéré comme certain[4]. D'autres, enfin, préfèrent recourir à la notion d'interdépendance des obligations, caractéristique des contrats synallagmatiques, et au jeu de l'exception d'inexécution : tant que le prêteur, le déposant ou le débiteur n'exécutent pas leur obligation de remise, leur vis-à-vis n'est pas tenu d'accomplir sa prestation de restitution[5]. Là encore, l'explication paraît effectuer un détour inutile. L'exception d'inexécution concerne des obligations devant être accomplies simultanément. Or, tel n'est pas le cas dans les contrats de restitution. L'obligation de restituer dans ces conventions est affectée d'un double terme suspensif[6]. Le premier terme est constitué par la remise de la chose : tant que la tradition n'est pas effectuée, la restitution ne peut être exigée. Pourtant se contenter de cette première analyse est tout à fait insuffisant : à quoi servirait-il de remettre une chose, à titre de dépôt, de prêt ou de gage s'il fallait la restituer immédiatement ! L'obligation de restitution est donc affectée d'un second terme suspensif qui correspond au délai conventionnel prévu par les parties, ou à défaut, à une durée raisonnable, contrôlée par les tribunaux (cf. pour le prêt les articles 1888 et 1889 du Code civil)(7). Il est donc parfaitement possible de concevoir une obligation de restitution, insérée dans un contrat consensuel, existant avant même la remise de la chose, mais dont l'exécution ne peut être exigée qu'après

---

(1)STARCK, op. cit., n°176.

(2)Cette analyse curieuse revient en définitive à placer la date d'appréciation de la validité de l'obligation de restitution au jour de la remise effective de la chose : n'est ce pas, par là-même, réaligner la formation du contrat sur la tradition matérielle de la chose ?

(3)LEDUC, Thèse précitée, p.187 ; S. BETANT-ROBERT, Rép. civ., v° Prêt, n°2 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°82 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., loc. cit, ; A. TUNC, Thèse précitée, p.173.

(4)PLESNILA, Thèse précitée, p.122 et s. ; GUYOT, art. précité qui préfèrent y voir une obligation éventuelle ; J. MAURY, Thèse précitée, p.126.

(5)FLOUR et AUBERT, op. cit., n°303.

(6)Ignorer l'importance de la notion de terme dans l'agencement des structures d'obligations relève d'une méconnaissance de la technique des qualifications contractuelles. L'obligation «existe» donc avant même la remise, mais son exécution est impossible. Comp. A. TUNC, Thèse précitée, p.173 qui associe la condition (remise de la chose) et le terme (extinctif pour déterminer la date de la restitution). Contra : MARTY et RAYNAUD, op. cit., p.56 ; JULLIOT de la MORANDIERE, «Trav. com. de réforme du Code civil», 1947-48, p.282.

(7)L'obligation de conservation est elle effectuée d'un terme suspensif, la remise de la chose, et d'un terme résolutoire, l'exécution de la restitution.

la tradition de celle-ci. Il est donc inexact d'affirmer que les contrats dits de restitution sont réels par essence ou par nature[1] et il est piquant de constater que la seule convention réelle par essence, le don manuel, ne contient pas l'obligation de restitution ![2].

Cette première critique amène tout naturellement au second argument proposé au soutien de la thèse classique. En effet, si les contrats de restitution peuvent, en théorie, être indifféremment réels ou consensuels, l'option entre les deux systèmes ne peut résulter que d'un choix effectué par le législateur.

287.- 2/ Devant l'échec du seul argument théorique pouvant fonder la catégorie des contrats réels, les partisans de la thèse classique se rabattent sur un raisonnement moins ambitieux. Selon eux, le Code civil a conservé la tradition romaine des contrats in re. Cette solution résulte en premier lieu des travaux préparatoires qui indiquent nettement que la volonté des rédacteurs du Code était en ce sens. Et cette intention est confirmée par plusieurs textes du Code, à savoir les articles 1875 et 1892 pour le prêt, 1919 pour le dépôt[3], 2071 et 2076 pour le gage.

Cette interprétation du Code civil est loin d'être convaincante. Il importe au préalable de remarquer que le Code consacre des développements spécifiques aux classifications des contrats et que ceux-ci ne mentionnent pas l'existence des contrats réels. Cette omission n'est pas, à elle seule, un argument décisif, il est facile d'en convenir. Ainsi, les contrats solennels, dont l'existence n'est guère niable, ne figurent pas non plus dans l'énumération des articles 1102 et suivants. Cependant, grâce à l'absence de toute disposition formelle, l'interprète retrouve une large part de liberté[4]. La conservation de la catégorie des contrats réels ne s'impose que si les textes spéciaux évoqués plus haut y obligent formellement.

---

(1)Les auteurs qui défendent une conception restrictive des contrats de restitution réels par nature, divergent sur les conventions visées !
- *pour le dépôt* : CAPITANT, ouv. précité, n°25, p.63 ; J. MAURY, Thèse précitée, p.136 ; COLIN et CAPITANT, op. cit., n°30 ; contra : R. HOUIN, Thèse précitée, p.229.
- *pour le gage* : RIPERT et BOULANGER, op. cit., n°68 ; A. TUNC, Thèse précitée, n°76, p.174 ;
rappr. M.-N. JOBARD-BACHELIER, chr. précitée, qui, de manière pragmatique, retient le mutuum, le gage et le don manuel ; v. aussi sur le droit comparé Ch. LARROUMET, op. cit., n°519, note 477.

(2)Cf. infra B. 1.

(3)Monsieur LARROUMET y ajoute les articles 1947 et 1948 relatifs aux obligations du déposant et qui ne mentionnent pas l'obligation de remise (op. cit., n°521, note 485).

(4)PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°121, p.134 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°127.

Or, ces textes ne sont nullement décisifs ; la démonstration en est déjà ancienne[1]. L'article 2076 concerne l'opposabilité du gage aux tiers et non la formation du contrat[2]. Quant aux articles 1875, 1892 et 2071, leur rédaction est fort équivoque. Définir le gage ou le prêt comme des contrats par lesquels une partie «livre» ou «remet» une chose à l'autre contractant peut indifféremment être considéré comme un indice du caractère réel de ces contrats ou comme une description purement objective de ce qui se passe lors de l'exécution de ces conventions(3). La pierre d'angle de toute la théorie classique est en réalité constituée par l'article 1919 du Code civil, qui dispose que le dépôt «n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée». Il paraît cependant discutable de tirer des conclusions définitives de cette seule disposition, alors surtout que l'article 1921 énonce non moins nettement que «le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit».

Devant cette absence de prise de position formelle du Code civil sur l'existence des contrats réels, tant dans ses dispositions générales que spéciales, la recherche du droit positif doit s'orienter différemment. Plutôt que de se référer à la volonté surannée d'un législateur bicentenaire, telle qu'elle s'est exprimée lors des seuls travaux préparatoires, il convient de privilégier la cohérence logique du système juridique français[4], en suivant les lignes de force de ses grandes inspirations. Cette recherche s'avère défavorable au maintien de la catégorie des contrats réels.

B) Le maintien de la théorie classique est un archaïsme dans un système consensuel

288.– L'adoption d'un système consensualiste retire simultanément à la théorie des contrats réels son fondement et une grande part de son intérêt.

289.– 1/ Un des principes majeurs posés par le Code civil est sans conteste celui du consensualisme : les contrats se forment par le seul échange des consentements et aucune forme particulière n'est en principe nécessaire à leur efficacité.

Invoquer la tradition historique pour maintenir l'existence des contrats réels est donc contestable, puisque le Code civil a consacré un principe général la contredisant.

---

(1)COMBESCURE, op. cit. ; J. MAURY, Thèse précitée, p.137 ; Ph. REMY, RTD civ. 1982, p.427 ; adde : DURANTON, T.10, n°81.

(2)STARCK, op. cit., n°178 ; comp. RIPERT et BOULANGER, op. cit., n°68.

(3)Ces textes importent peut être plus par ce qu'ils ne disent pas : ils n'évoquent jamais l'existence d'une obligation de délivrance, contrairement aux contrats consensuels (ex. : bail). Ce vide, toutefois, laisse ici encore toute liberté à l'interprète.

(4)Cf. en ce sens : Ch. LARROUMET, op. cit., n°522 ; rappr. WEILL et TERRE, op. cit., n°127.

Si le maintien de quelques exceptions reste possible, celles-ci doivent être expresses et ne peuvent résulter du seul hommage rendu à cette théorie par les rédacteurs du Code lors des travaux préparatoires.

Cette solution s'impose d'autant plus, lorsque l'héritage romain est examiné, non dans une attitude respectueuse et figée, mais dans une perspective dynamique[1]. Initialement, tous les contrats romains étaient solennels. Le contrat réel a constitué un premier pas vers le consensualisme : la forme solennelle y était remplacée par une tradition matérielle de la chose «objet du contrat». A partir du moment où le système juridique a poursuivi son évolution jusqu'au consensualisme, l'étape intermédiaire que constitue le contrat réel, n'apparaît plus que comme un système transitoire et désormais dépassé. Le Code civil, en achevant la transformation commencée en droit romain, n'a plus besoin d'un processus de formation des contrats qui fait figure d'archaïsme, dans un environnement consensualiste. Toutefois, cette nécessité technique peut exceptionnellement réapparaître, dans sa fonction première de remplacement d'une forme solennelle. Ceci explique parfaitement la jurisprudence relative au don manuel. En matière de donations mobilières, la tradition est l'équivalent de l'acte authentique. Le caractère réel attribué au contrat joue ici le même rôle qu'en droit romain et son utilité spécifique permet d'affirmer que le don manuel est la seule hypothèse de droit positif de contrat réel[2], qui devra être maintenue même si le dépôt, le gage et le prêt sont analysés comme des contrats consensuels.

290.– 2/ Cette modification générale du contexte environnant les contrats réels affaiblit fortement l'intérêt de cette notion. En droit romain, en effet, les promesses de contrats réels n'avaient aucune force obligatoire. Dans un système consensuel, au contraire, il est possible de conclure des promesses de dépôt, de gage ou de prêt (ouverture de crédit) dont l'inexécution est sanctionnable, sinon par une exécution forcée, du moins par des dommages-intérêts. L'alternative du tout ou rien, en disparaissant, réduit considérablement l'importance du caractère réel d'une

---

(1)PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°121, p.133 ; STARCK, op. cit., n°176.
Adde : «L'avant contrat», 62e Congrès des notaires de France, 1964, p.115.
V. toutefois : PLESNILA, Thèse précitée, p.13 et s. pour qui l'obligation de restitution a été créée afin de sanctionner l'inexécution volontaire de restituer une chose dont le transfert avait déjà été accompli. L'explication classique n'est pas écartée pour autant, cf. p.380.

(2)R. HOUIN, Thèse précitée, p.230 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°327 ; STARCK, op. cit., n°179 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., p.57 ; J. CARBONNIER, op. cit., § 93 ; LEDUC, Thèse précitée, p.177. Comp. les réserves de : F. TERRE et Y. LEQUETTE, «Les successions», 1988, n°490 ; J.-F. MONTREDON, «La désolennisation des libéralités», Thèse LGDJ 1989, n°31 et s.

convention[1]. Seul le don manuel, se singularise encore une fois. La tradition y remplace une forme solennelle. Or, en principe[2], les promesses de contrats solennels sont nulles, si elles ne respectent pas la forme exigée de la convention définitive : c'est justement ce qu'a admis la Cour de cassation pour le don manuel[3], confirmant une fois de plus la fidélité de cette qualification à l'esprit romain de la théorie des contrats réels.

291.- L'existence des promesses de contrats réels est d'une légalité incontestable. Sa consécration en jurisprudence ne fait pas de doute. Trois critiques au moins peuvent pourtant lui être adressées(4).

292.- Tout d'abord, la succession d'une promesse et d'un contrat réel est artificielle. Elle scinde en deux conventions une opération qui dans l'esprit des parties est unique et n'est pas fondamentalement modifiée par la remise de la chose[5]. La législation récente protégeant la consommateur dans le domaine du crédit illustre bien l'idée selon laquelle la tradition n'est pas l'événement majeur de l'opération contractuelle : le consentement de l'emprunteur et la conclusion du contrat principal que le crédit doit financer sont autrement importants.

293.- Ensuite, et malgré les efforts doctrinaux(6), le contenu de cette promesse de contrat réel reste fort ambigu et il n'est pas certain que la greffe d'un avant-contrat

---

(1)Cf. la démonstration de J. AMIEL-DONAT, Thèse précitée, n°66 et s., p.38 et s. et n°40 et s., p.26 et s. sur le jeu de la pollicitation dans les contrats réels. Selon cet auteur, l'existence d'une remise ne se substitue pas au consentement, elle s'y ajoute. Lorsque cette coexistence devient conflictuelle, en raison du principe d'autonomie de la volonté, «c'est l'élément réel qui est toujours sacrifié» (n°65, p.37).

(2)Tout dépend de la finalité de la formalité exigée.

(3)Req. 23 juin 1947, D. 1947, p.463, S. 1947-1-p.152, note BARBRY. Cf. MAZEAUD, op. cit., n°83 ; PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°121, p.135 ; G. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°242, p.280. Adde les signes d'évolution : M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. op. cit., n°17 et s.

(4)Adde également la critique de P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, p.266 : à en croire certains auteurs classiques, les contrats réels sont toujours précédés d'une promesse. Si c'est le cas, c'est la preuve qu'ils sont en réalité... consensuels !

(5)STARCK, op. cit., n°176 ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°193, p.169 ; LEDUC, Thèse précitée, p.188 ; J. MAURY, Thèse précitée, p.123. Adde sur le lien entre la promesse et le contrat définitif, quant à la résolution : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°121-3e ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.233.
Contra : M. GENINET, Thèse précitée, n°128. Cet auteur aboutit à la conclusion d'un maintien nécessaire de la catégorie des contrats réels et de l'autonomie de leurs promesses, mais il ne remet jamais en cause les postulats de base des contrats réels (n°125 in fine, n°127), et notamment, ne rapproche pas le régime du prêt de celui du bail.

(6)A. VERDIER, «Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits», n°134 et s., p.114 et s. ; «L'avant-contrat», 62e Congrès des notaires de France 1964, T.1, p.112 et s. ; P. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, n°190 et s., p.264 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée n n°238 et s. ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. op. cit. La méthodologie employée par cet auteur appelle certaines réserves. Délaissant a priori la discussion théorique sur la

consensuel sur une convention réelle soit techniquement anodine. La création de ces promesses répond à un objectif précis : faire apparaître une obligation de remise de la chose, dont l'existence est impossible dans un contrat que seule une tradition rend parfait[1]. Une hésitation surgit alors : il est en effet permis de se demander si le débiteur de la remise est seul engagé. Mais, en réalité, quelle que soit la nature unilatérale ou synallagmatique reconnue à la promesse, la solution n'est guère satisfaisante et soulève certaines objections.

294.- Selon l'analyse classique, la promesse de contrat réel est unilatérale[2]. Le promettant s'oblige, dans un avant-contrat consensuel à remettre au bénéficiaire, la chose objet du contrat définitif. Celui-ci est alors rendu parfait par cette tradition. Le bénéficiaire jusqu'à ce moment n'est tenu à rien. Ce sont donc, en définitive, deux contrats unilatéraux, en sens inverse, qui se succèdent, l'un consensuel, l'autre réel. Cette absence d'obligation à la charge du bénéficiaire de la promesse de remise est conforme à la doctrine traditionnelle relative aux contrats réels. Selon les auteurs classiques en effet, le maintien de cette catégorie tient à la nature des choses : l'obligation de restitution ne peut précéder la remise. Si l'impossibilité vaut pour le contrat définitif auquel elle impose une nature réelle, elle doit s'appliquer aussi à la

---

persistance de la notion de contrat réel (n°2), l'auteur tente de cerner le régime des promesses de contrat réel en droit positif, du point de vue de leur validité et de leur efficacité. Sa conclusion est nuancée : inutile dans le commodat et le dépôt, la promesse de contrat réel garde son autonomie dans les conventions pour lesquelles la remise vaut dation (prêt de consommation, gage et même peut être don manuel (n°17 et s.)). L'auteur ne peut s'empêcher toutefois de tirer les conséquences de cette constatation quant à l'opportunité de maintenir la catégorie en droit français (n°81). Or la recherche effectuée, pour intéressante qu'elle soit, est à cet égard, tout à fait inefficace : elle est en effet réalisée à partir de l'étude de la jurisprudence, qui maintient le principe des contrats réels ; il n'est donc pas étonnant que la promesse puisse y garder un intérêt ! Autrement dit, si l'étude avait conclu que, même en admettant l'existence de contrats réels, les promesses de contrats réels arrivent (en droit positif) à des résultats identiques aux contrats consensuels, elle aurait montré l'inutilité de la catégorie et la nécessité de sa suppression. Ayant seulement constaté que tel n'est pas toujours le cas, cette étude prouve uniquement que la nature réelle peut conserver un intérêt, contrairement à ce qu'ont pu croire à tort, quelques auteurs (n°5). Mais cette conclusion, indiscutable (cf. infra n°296) ne préjuge en rien de la solution à adopter sur le maintien de la catégorie, qui ne peut trouver des arguments qu'en dehors de ce débat. Ces réserves s'imposent d'autant plus, que le régime parallèle que pourrait avoir un contrat consensuel n'est en fait pas étudié et que les postulats adoptés en matière d'exécution forcée sont contestables (cf. infra n°295).

(1) Obliger le tradens à une remise paraît être le but essentiel des promesses de contrat réel. Il est donc étonnant, que Madame JOBARD-BACHELIER préfère étudier la promesse de réception du dépositaire, plutôt que celle de la remise du déposant (art. précité, n°60). Toutefois, il est exact que des promesses unilatérales liant le seul accipiens sont possibles (promesse de dépôt, d'emprunt ou d'acceptation d'un gage) et même utiles, dans l'optique de la théorie des contrats réels (en l'absence de tradition, le contrat réel et donc l'obligation de l'accepiens, n'existe pas encore). Les auteurs classiques ne peuvent l'admettre, puisqu'alors, l'obligation de conserver et restituer précède la tradition ! Adde A. TUNC, op. cit., n°75.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, T.1, n°23 ; LAURENT, T.26, § 454 ; LEDUC, Thèse précitée, p.178, note 1 ; «L'avant-contrat», Congrès des notaires précité, p.113 ; MAZEAUD, op. cit., n°83 ; contra : R. HOUIN, Thèse précitée p.233.

promesse qui peut le préparer ! L'obligation de rendre l'objet remis ne peut donc exister que dans le cadre du contrat définitif.

Cette nature unilatérale reconnue à la promesse consensuelle de contrat réel, suscite des réserves. Elle ne paraît pas, en premier lieu, conforme à la volonté généralement exprimée par les parties dans ce genre de situations : les engagements de l'emprunteur, du dépositaire ou du créancier gagiste sont rarement considérés comme purement éventuels : ils sont réputés acquis. La promesse a surtout pour but de lier l'autre contractant et elle n'a pas pour finalité de conférer une option au créancier de la remise. Cette vérité d'évidence n'est jamais soulignée chez les auteurs, même consensualistes, car ceux-ci exposent toujours, pour des raisons historiques et pédagogiques, le problème à l'envers. Après avoir décrit la théorie traditionnelle du contrat réel, ils ajoutent que ce système, même s'il est de droit positif, est atténué par la présence de promesses consensuelles. Ce faisant, ils postulent l'existence du contrat réel avant celle de l'avant-contrat : l'engagement du dépositaire de l'emprunteur ou du créancier gagiste, ne fait pas de doute et il s'agit seulement de contraindre le déposant, le prêteur ou le débiteur à remettre leur bien. En pratique, toutefois, lorsque ces conventions sont effectivement conclues, les opérations se déroulent différemment. Une promesse unilatérale n'oblige que le remettant et le bénéficiaire est libre ou non de lever l'option : la remise de la chose ne suffit pas dès lors, à former le contrat définitif puisqu'il manque un consentement, celui du bénéficiaire !

295.- Cette situation, qui n'est certainement pas celle voulue par les auteurs classiques et par les parties, incite les auteurs modernes à analyser la promesse de contrat réel comme une convention consensuelle synallagmatique[1]. Cette solution est plus conforme à la finalité de cet avant-contrat : le bénéficiaire de la remise est d'ores et déjà engagé[2] et la promesse va permettre d'obliger le cocontractant à remettre la chose objet du contrat définitif. Là encore, pourtant, l'analyse n'est pas entièrement convaincante.

Il convient en premier lieu de relever un paradoxe : les contrats réels sont fréquemment unilatéraux (prêt, dépôt non salarié), et ils vont être préparés par des

---

(1)Cf. en ce sens : M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité, spéc. n°30 ; J. GHESTIN, op. cit., n°340 ; A. VERDIER, Thèse précitée, p. 115 et s. qui admettent les deux analyses.
Adde : J. AMIEL-DONAT, Thèse précitée, n°83, p.45 ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.233 et les références citées, p.234 note 37 qui réserve toutefois le cas du dépôt gratuit ; CAPITANT, op. cit. note 1, p.59 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°521.

(2)Cette solution suppose donc l'abandon de la justification tirée de la nature des choses, puisque le bénéficiaire de la remise va être tenu avant celle-ci. Ce sont donc les auteurs récents qui défendent la nature synallagmatique de cette promesse, leur adhésion au contrat réel se marquant avant tout par un respect des textes.

conventions synallagmatiques ! La situation est curieuse. Elle provient du fait que la remise n'est une obligation que dans la promesse : elle est supposée exécutée dans le contrat définitif. La distinction est toutefois bien artificielle et l'examen de la cause dans les contrats réels le confirmera[1].

Il est ensuite permis de se demander si la notion de contrat réel garde encore son utilité, à partir au moment où la promesse contient les mêmes obligations que le contrat consensuel ! Par exemple, une promesse synallagmatique de prêt, par laquelle le prêteur s'engage à remettre la chose à l'emprunteur pour que celui-ci s'en serve et qu'il la restitue, possède une structure d'obligations identique à celle d'un contrat consensuel de prêt. Le maintien de la notion n'a en définitive pour conséquence que de compliquer inutilement l'analyse juridique. De la nécessité d'une tradition, il est en effet possible de déduire que la promesse synallagmatique consensuelle ne vaut pas le contrat réel lui-même. Au contrat définitif, il manque une condition : la remise de la chose Selon un auteur, cette remise n'est pas une simple formalité, mais elle exprime le consentement du remettant au contrat réel, consentement qui ne peut que se traduire que par l'accomplissement de cette tradition[2]. Cette affirmation conduit cet auteur à considérer, que celui qui s'est engagé à remettre la chose, un prêteur par exemple, a en fait souscrit l'obligation de donner son consentement au contrat définitif[3] et que, peut être, en s'abstenant de remettre immédiatement la chose, il a même, de fait, réservé son consentement définitif[4].

Il est aisé dès lors de constater combien l'exigence d'une tradition pour parfaire le contrat est source de complications. Les affirmations doctrinales évoquées ci-dessus paraissent être contradictoires, inexactes et inutiles. Contradictoires, parce qu'il n'est pas possible de s'obliger à donner un consentement tout en le réservant. Inexacte, parce que la notion même d'obligation de donner son consentement est contestable. Elle est concevable, lorsque les éléments du contrats ne sont pas encore suffisamment déterminés : tel est le cas, pour les contrats d'applications souscrits en exécution des conventions d'approvisionnement exclusif[5]. Le détaillant devra acheter, par exemple, du carburant mais le type d'essence, la quantité et le prix ne sont pas fixés. Cette obligation de donner un consentement est plus discutable dans le cadre d'une promesse où tous les éléments sont connus avec précision. Sauf à vouloir s'enferrer dans une casuistique inextricable, trois situations sont envisageables. Le consentement

---

(1)Cf. infra III, n°310 et s. et n°314.

(2)M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité, n°24 et n°49-50 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°127.

(3)Op. cit., n°31 et la note 86 ; n°47 in fine.

(4)Op. cit., n°32.

(5)Cf. supra n°182 et s.

est définitivement donné : c'est le but normal d'une promesse. Le consentement n'est pas donné : la promesse est alors unilatérale ; il n'y a donc pas d'obligation de remettre la chose et pas de véritable promesse de contrat réel. Le consentement est donné, mais suppose une tradition qui doit nécessairement être effectuée et que le juge, comme pour la réitération des promesses synallagmatiques de vente, pourra réaliser[1]. Mais toute ces subtilités sont en réalité inutiles. L'objet de l'étude de Madame Jobard-Bachelier est de vérifier si les promesses de contrat réel valent «effectivement le contrat réel lui-même, en ce sens que le bénéficiaire pourrait toujours obtenir en justice l'exécution forcée de celles-ci, c'est-à-dire la remise de la chose»[2]. Or la question de l'exécution forcée de la remise de la chose, paraît être indépendante de la nature réelle ou consensuelle de ces contrats[3]. Le bail est consensuel et la jurisprudence admet une délivrance forcée du bien loué. Au contraire, il est inconcevable de contraindre l'expéditeur à remettre la marchandise qu'il a promise au transporteur : si le voyage n'est plus nécessaire, il serait aberrant de déplacer quand même la marchandise ! Le transport, pourtant, est également un contrat consensuel et la solution vaudrait aussi pour le contrat d'entreprise. Inversement, même dans l'analyse réelle, il est parfois nécessaire de pouvoir imposer une exécution forcée : tel est le cas en matière de promesse de prêt souscrite par un banquier[4]. Ce dernier ne peut se dégager qu'en apportant la preuve des réserves légitimes que lui inspire son client. Cette exécution forcée ne semble pas, non plus, être liée à la nature de l'obligation de remise, obligation de faire ou de donner[5]. Portant souvent sur une somme d'argent, l'obligation de faire sera susceptible d'exécution forcée. Inversement, l'obligation de donner dans le gage et le prêt de consommation n'est peut-être pas totalement assimilable à celle figurant dans la vente. Celle concernant le gage est constitutive d'un droit réel accessoire et surtout, celle figurant dans le prêt n'est faite qu'à charge de restituer, dans le but de procurer l'usage de la chose, circonstance qui autorise, semble-t-il plus de souplesse. La possibilité d'une exécution forcée semble donc dépendre davantage d'une combinaison de différents critères : caractère personnel de la remise (ex : dépôt d'un animal familier), caractère professionnel du débiteur de la tradition (ex : professionnel du prêt), nature de l'obligation (donner ou faire) pour les

---

(1)En faveur de l'exécution forcée (au moins pour la remise de la chose) : J. AMIEL-DONAT, Thèse précitée, n°92, p.49 ; adde, plus nuancé pour la promesse de recevoir (ibid, n°93, p.50).

(2)Art. précité, n°80.

(3)Cf. R. HOUIN, Thèse précitée, p.229.

(4)Cf.en ce sens le vigoureux et convaincant plaidoyer de Ph. REMY, RTD civ. 1982, p.427 et s. ; adde : Ch. LARROUMET, op. cit., n°521.

(5)En ce sens : Ph. REMY, obs. précitées ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°521 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité, n°31 et n°4.

choses non monétaires, politique jurisprudentielle de la Cour de cassation quant aux avant-contrats (dans l'hypothèse où la catégorie des contrats réels est maintenue).

La suppression de la catégorie des contrats réels aurait le mérite de clarifier cette situation. Elle ne retirerait pas aux parties la possibilité de conclure des promesses de prêt, de dépôt ou de gage. Simplement, les promesses synallagmatiques se confondraient avec le contrat définitif et les promesses unilatérales retrouveraient leur signification normale. Elles pourraient obliger soit à la remise de la chose, l'emprunteur, le dépositaire ou le créancier gagiste réservant leur engagement[1], soit au contraire à l'emprunt, à la garde ou au gage.

296.– La troisième et dernière critique adressée aux promesses consensuelles de contrat réel est paradoxalement... l'inverse de la précédente. Si l'intérêt de cette catégorie a diminué du fait de l'existence de ces avants contrats, il n'a pas totalement disparu, en ce sens que, contrairement à ce que pensent certains auteurs[2], le régime juridique du contrat consensuel n'est pas identique à celui de la succession promesse consensuelle/contrat réel. La différence n'est pas décisive en matière d'exécution forcée, ainsi qu'il vient d'être vu, mais d'autres hypothèses subsistent[3] : charge des risques dans le prêt de consommation[4] ; application de l'article 408 du Code pénal en cas de promesse de gage, exigence du double écartée en cas de promesse unilatérale, date d'appréciation de la capacité des parties, etc. Globalement comparables, les effets découlant des deux analyses juridiques possibles sont donc pourtant quelquefois différents. Ces anomalies, rares et dispersées, sont du fait de ces caractères, regrettables, surtout lorsque le régime des contrats réels et de leurs promesses, est rapproché de celui des contrats consensuels voisins (bail, transport, entreprise, etc.).

---

(1)L'ouverture de crédit, en particulier, est une promesse unilatérale : seul le banquier est engagé. Cf. Civ. 12 novembre 1946, DP 1947-1-p.109. Sur la nature de l'ouverture de crédit, cf. infra n°1530.

(2)Cf. en ce sens : FLOUR et AUBERT, op. cit., n°303 ; A. BENABENT, op. cit., n°99.
Contra : MARTY et RAYNAUD, op. cit., p.57 ; COMBESCURE, art. précité ; LEDUC, Thèse précitée, p.193 et s.

(3)Cf. celles déjà indiquées plus haut, dans l'hypothèse où le transport est analysé comme un contrat réel : prescription de l'article 108 et limitation de responsabilité inapplicables à la promesse.

(4)Cf. M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité ; PLANIOL-RIPERT, op. cit, note 3, p.133.

II - LES LIMITES DE LA CRITIQUE CLASSIQUE DES CONTRATS REELS

297.- Malgré le nombre et la convergence des critiques adressées à la théorie des contrats réels, celle-ci continue à être appliquée par la jurisprudence (A) et cette persévérance a fini par trouver un soutien en doctrine (B).

A) La survivance de la notion en jurisprudence

298.- Alors que confrontés aux contrats solennels, les tribunaux adoptent une attitude plutôt antiformaliste[1], ils maintiennent curieusement leur attachement à la théorie des contrats réels, sans que cette inclination ne doive être surestimée. Outre la jurisprudence traditionnelle, et justifiée théoriquement, relative au don manuel, quelques décisions rappellent épisodiquement cette tendance, mais elles ne le font pas toujours dans des espèces décisives. Il est en particulier fréquent de découvrir des hypothèses où la nature réelle ou consensuelle du contrat était en réalité dépourvue d'influence sur la solution du litige. Un tri soigneux s'impose donc.

299.- En matière de prêt de consommation, plusieurs arrêts de la Cour de cassation affirment le caractère réel de la convention : le prêt d'argent en l'occurrence, n'est définitivement formé qu'après la remise des fonds entre les mains de l'emprunteur ou du mandataire de ce dernier. Mais parmi les décisions régulièrement citées, plusieurs ont été rendues dans des cas d'espèces où la tradition avait eu lieu : la nature du contrat était donc sans influence[2]. La réalité du contrat de prêt a toutefois été clairement posée à deux reprises. En 1981, tout d'abord, pour refuser à l'emprunteur la possibilité de contraindre le prêteur à délivrer la somme promise et ne lui accorder que des dommages et intérêts[3]. En 1984, ensuite, pour affirmer le caractère unilatéral

---

(1) FLOUR et AUBERT, op. cit., n°302.

(2) Req. 21 août 1862, DP 1862-1-p.438 ; Req. 15 mars 1886, DP 1887-1-p.28 ; Civ. 5 décembre 1906, DP 1908-1-p.545 ; Civ. 1e 8 novembre 1960, Bull. civ., I, n°480, p.393 ; Civ. 1e 12 juillet 1977, Bull. civ., I, n°330, p.260 ;
Cf. en ce sens : M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité, n°29.

(3) Civ. 1e 20 juillet 1981, Bull. civ., I, n°267, p.220 ; Gaz. Pal. 1982-1-pan p.93, obs. J. DUPICHOT ; Defrénois 1982, 32915, n°45, p.1085, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1982, p.427, obs. crit. Ph. REMY ; M. GENINET, Thèse précitée, n°595-596 (favorable à l'arrêt).
La solution est d'autant plus nette, qu'en l'espèce, une tradition partielle d'un quart de la somme avait été effectuée, le reste étant remis entre les mains du notaire, considéré ici comme un mandataire du prêteur.

du contrat de prêt[1]. Les arrêts sont donc récents et il est curieux de constater qu'ils interviennent après la mise en vigueur de la législation récente sur le crédit à la consommation, qui semble avoir admis la nature consensuelle du prêt d'argent. Il convient d'ajouter, que la solution retenue en 1981, risque, si elle lui était appliquée, de perturber l'autre grand secteur d'application pratique de ces contrats, l'ouverture de crédit[2], et que la nature unilatérale du prêt, même réel, est discutable[3]. En sens inverse de cette jurisprudence classique, il convient cependant de signaler que les tribunaux ne respectent pas la nature réelle du prêt lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 46 alinéa 2 du Code de procédure civile[4].

300.– La jurisprudence relative au gage est beaucoup plus partagée. En laissant de côté les décisions qui ne traitent que de l'opposibilité du gage aux tiers et dont la portée est par conséquent douteuse[5], force est de constater que la Cour de cassation a plusieurs fois affirmé la réalité du nantissement pour en tirer des conséquences entre les parties[6]. Mais il faut bien admettre aussi qu'elle n'a pas hésité à consacrer certaines entorses à la règles, quand cela a paru nécessaire. La Cour a ainsi décidé qu'était valable un nantissement consenti en même temps que la dette était contractée, alors même que la tradition avait été effectuée après la cessation des paiements[7]. Le motif est intéressant : «la remise ultérieure du titre de la créance n'[est] que l'exécution du contrat dont elle [est] la condition». L'affirmation est formellement incompatible avec la théorie des contrats réels, pour laquelle l'obligation de remise, si elle existe, n'est

---

(1) Civ. 1e 28 mars 1984, JCP 1984, IV, p.179. Rappr. Civ. 1e 19 avril 1988, Bull. civ., I, n°110, p.75 (caractère synallagmatique reconnu à ce qui semble plutôt être une... promesse de prêt).
Adde dans le même sens, admettant la nature réelle du prêt d'argent : Paris 15e ch. sect. B 22 avril 1982, Juris-Data n°28854 ; Paris 15e ch. sect. B 6 mai 1983, Juris-Data n°23171 ; Paris 15e ch. sect. B 25 avril 1986, Juris-Data n°22029 ; Limoges 1e ch. 9 novembre 1987, Juris-Data n°45523 ; Paris 15e ch. B 19 mai 1989, Juris-Data n°26409.

(2) Cf. les remarques de Ph. REMY, obs. précitées.

(3) Cf. infra n°314-315.

(4) Plusieurs juridictions interprètent ce texte comme pouvant autoriser une action devant le tribunal du lieu de versement des fonds prêtés (Paris 8e ch. A 13 juillet 1983, Juris-Data n°26372 (lieu d'exécution de la prestation) ; Rennes 12 octobre 1983, Juris-Data n°42882 (lieu de livraison effective) ; Bourges 5 novembre 1986, Juris-Data n°45850 ; Nancy 26 juin 1990, Juris-Data n°46870 (l'article 46 «inclut tout contrat quelle qu'en soit la nature et donc le contrat de prêt, lequel a pour objet la remise d'une chose ou d'une somme d'argent à l'emprunteur, remise assimilable à la livraison d'une chose») ; contra : TGI Blois 8 juin 1989, Juris-Data n°51525). La compétence est donc attachée à un versement qui, dans la conception réelle, n'est stricto sensu ni une obligation, ni une prestation de l'accord contractuel (question posée : 46 NCPC ETP prêt).

(5) Com. 12 novembre 1958, 1e espèce, Bull. civ., III, n°387, p.327.

(6) Civ. 18 mai 1898, DP 1900-1-p.481, note SARRUT ; S. 1898-1-p.433, note LYON-CAEN ; Civ. 21 mars 1938, DH 1938, p.257 ; Com. 12 novembre 1958, 2e espèce, Bull. civ., III, n°388, p.328.

(7) Civ. 20 janvier 1886, DP 1886-1-p.406.

pas contenue dans le contrat définitif mais dans une promesse préalable. Cette dernière affirmation emporte une autre conséquence. L'obligation de remise figure dans une promesse qui n'est pas le gage lui-même. L'article 400 alinéa 5 du Code pénal ne lui est donc pas applicable. Aux termes de ce texte, sera puni des peines de l'article 401 «tout débiteur, emprunteur au tiers donneur de gage qui aura détruit , détourné ou tenté de détruire ou de détourner les objets par lui donnés à titre de gages». Le seul contrat visé par le texte n'existant pas avant la tradition, le détournement dans le cadre de la promesse, avant toute dépossession n'est pas sanctionnée. La Chambre criminelle en a pourtant décidé autrement, et a réprimé la vente d'une automobile gagée, par son propriétaire, malgré l'absence de tradition[1]. L'originalité de la solution peut toutefois être attribuée, à bon compte, à l'autonomie du droit pénal, mais l'explication est loin de convaincre tous les auteurs[2].

La jurisprudence est enfin inexistante ou presque[3], en matière de commodat ou de dépôt. Diverses explications peuvent être avancée pour justifier cette rareté. En premier lieu, ces conventions sont relativement peu fréquentes lorsqu'elles sont gratuites. Ensuite, la promesse de remise, en matière de dépôt pèse sur le déposant, en faveur duquel la tradition est effectuée : les promesses en sont donc peu courantes[4]. Il faut toutefois remarquer que ces contrats sont devenus extrêmement nombreux et importants en pratique, sous une forme onéreuse, et même professionnelle[5] : contrat de garage, de prêt intéressé, de garde-meubles, etc. L'absence complète de discussion sur la nature réelle de ces contrats, n'est-il pas un indice que leur nature consensuelle n'est plus discutée par les contractants ? Enfin, une dernière explication, juridique

---

(1)Crim. 25 novembre 1927, S. 1929-1-p.153 note crit. J.-A. ROUX. Adde dans le même sens : Crim. 2 février 1935, Gaz. Pal. 1935-1-p.368. La décisions a été rendue avant la création d'un gage automobile sans dépossession, ce qui fait tout son intérêt. La Cour de cassation applique la même solution aux gages sans dépossession, ce qui est moins gênant et moins significatif, puisqu'il est possible de considérer qu'il y a eu une dépossession au moins fictive.

(2)Cf. J.-A ROUX, note précitée ; J.-L. GOUTAL, «L'autonomie du droit pénal», Rev. sc. crim 1980, p.928.

(3)V. cep. : Rouen 1e ch. 29 juin 1988, Juris-Data n°45245 (prêt à usage d'un immeuble - tradition par... la remise des clefs !) et pour une promesse de commodat (Colmar 8 mai 1845, S. 1847-2-p.117 ; DP 1846-2-p.219, qui admet l'exécution forcée !).

(4)Un contentieux à leur égard est de surcroît assez improbable : il est difficile d'imaginer que le bénéficiaire d'une promesse de commodat ou de mutuum gratuit ou celui d'une remise à titre de dépôt, agisse en justice contre le promettant en exécution forcée (impossible) ou en dommages intérêts. L'obstacle est essentiellement psychologique et non juridique. La gratuité n'empêche ni la naissance d'une obligation à la charge du promettant, ni la possibilité d'un préjudice pour le bénéficiaire, moral (ex.: une personne seule qui pensait garder un animal pendant l'été à titre de dépôt) ou matériel (ex : les frais engagés par la personne qui doit recevoir la chose à déposer et rendus inutiles par l'absence de tradition, comme une niche pour chien !).

(5)Cf. en ce sens : J.-M. MOUSSERON, chr. précitée ; R. FABRE, chr. précitée, loc. cit. ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité, n°53 et s. ; rappr. R. TORTAT, «L'occupation en droit français», Thèse Bordeaux 1955, p.251 (l'auteur qui analyse la convention d'occupation précaire comme un prêt à usage onéreux retient une nature consensuelle).

celle-là, permet de justifier cette rareté du contentieux. Le dépôt et le commodat sont fréquemment insérés dans des contrats d'une nature différente, complexes ou pas. Par cette intégration, ils perdent leur indépendance et se transforment en obligation accessoire de jouissance ou de conservation. Or, l'étude du régime de ces obligations accessoires permettra de montrer que ces prestations perdent certains caractères qu'elles possèdent dans leur contrat d'origine, à savoir le dépôt et le gage, pour subir ceux du contrat qui les accueille. Tel est justement le cas du caractère réel, qui s'efface devant le caractère consensuel de la convention d'accueil[1].

301.– L'attitude de la doctrine face à cette jurisprudence est assez surprenante. La plupart des auteurs qui critiquent la notion de contrat réel et qui affirment avec force la fausseté d'une catégorie de conventions réelles «par la nature des choses», admettent cependant qu'elle est de droit positif. Ils invoquent à cet effet les textes du Code civil[2] qui sont pourtant bien loin d'être décisifs ainsi qu'il a été vu[3] et... la jurisprudence[4]. Cette position est curieuse. Les reproches formulés à l'encontre de la catégorie des contrats réels ne se limitent pas à son existence théorique ; ils s'adressent aussi, et même surtout, à son maintien en droit positif et à son application en jurisprudence. L'affirmation du consensualisme a pour objectif immédiat le renversement des solutions jurisprudentielles, dont le caractère critiquable doit être fermement dénoncé ; le produit de l'activité des tribunaux n'est pas en l'occurrence un donné incontournable.

B) La renaissance d'un courant doctrinal favorable aux contrats réels

302.– A l'essoufflement des partisans de la critique de la notion de contrat réel, correspond désormais une tentative de réhabilitation de cette théorie. Ce retournement de tendance, apparaît déjà dans les travaux de réforme du Code civil[5]. Lors de la séance consacrée à l'examen du projet d'article supprimant les contrats réels, une

---

(1)Cf. infra n°1162 (note).

(2)FLOUR et AUBERT, op. cit., n°303 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°519 et n°521 ; PLANIOL et RIPERT, op. cit , n°121, p.134 ; MAZEAUD, op. cit., n°80 ; «L'avant contrat», Congrès des notaires précité, p.116 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., p.57 ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.226 ; J. MAURY, Thèse précitée, p.137, qui pense toutefois qu'il est possible de s'en dégager ; CAPITANT, op. cit. note 2, p.61. Rappr. J. HAUSER, Thèse précitée, p.117. Contra : VIGIE, op. cit., loc. cit.

(3)Cf. supra n°287.

(4)FLOUR et AUBERT, op. cit., loc. cit. ; MAZEAUD, op. cit., loc. cit.; Ch. LARROUMET, op. cit., loc. cit.
Adde : J. GHESTIN, op. cit., loc. cit., dans le même sens, mais qui soutient la notion.

(5)«Trav. commission de réforme du Code civil», 1947-1948, p.279 et s.

opposition se fait jour entre les auteurs purement consensualistes (Mazeaud, Houin) et le président (Julliot de la Morandière), resté attaché à cette catégorie. Ayant vainement épuisé tous les arguments traditionnels invoqués à l'appui de cette notion, le président de séance finit par déclarer : «je considère votre théorie anti-réaliste comme démodée. Elle date de 1900, de l'époque de l'individualisme... Votre théorie retarde de cinquante ans...». En définitive, le texte n'est pas adopté, en raison d'un partage des voix, le président... s'abstenant ! Il ne suffit pas, cependant, d'affirmer qu'une théorie est archaïque, pour qu'elle le soit. La doctrine ultérieure a donc tenté de préciser les justifications nouvelles de la catégorie des contrats réels[1].

303.– La première justification est d'ordre général et son point de départ est assez convaincant. Brandir en principe immuable le consensualisme pour s'opposer aux contrats réels, est désormais quelque peu artificiel, car cette règle a vu son importance décliner fortement. La doctrine contemporaine constate unanimement qu'à l'évolution historique classique des contrats solennels – réels – consensuels, il convient aujourd'hui d'ajouter une quatrième période, marquée par le renouveau du formalisme[2].

Cette considération globale est toutefois insuffisante à ressusciter, à elle seule, la théorie des contrats réels. Le déclin du consualisme n'est en effet pas justifié par des motifs identiques à ceux ayant entraîné la naissance des contrats réels[3]. Le renouveau du formalisme n'emprunte pas, non plus, forcément les mêmes voies. Il est à cet égard très remarquable de constater que la législation protectrice du consommateur en matière de crédit mobilier et immobilier a abandonné implicitement la nature réelle du

---

(1)Cf. J. CARBONNIER, «Flexible de droit», op. cit., loc. cit. ; J. GHESTIN, «Le contrat», op. cit., n°342 ; J. HAUSER, Thèse précitée, p.117 ; G. ROUHETTE, «Droit de la consommation et théorie générale du contrat», Etude RODIERE, p.247, spéc. p.264 et s. ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, op. cit. ; R. TENDLER, «Le don manuel : une institution anachronique ?», D. 1989, p.247 ; Ch. GOYET, «Le louage et la proprité à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire», Thèse LGDJ 1983, n°90 et s., p.51 et s., qui qualifie le crédit-bail de «contrat réel indirect» ; M. GENINET, Thèse précitée, n°121 et s. ; E. LABORIE, «La responsabilité civile du dépositaire professionnel», Thèse Paris I 1982, n°3-4 et n°155 et s. ; R. CAUMEAU, «L'opération de dépôt à titre principal», Mémoire DES Montpellier 1972, p.4, p.19, p.63 ; C. BAUJAULT, «Le contrat de prêt à titre accessoire», Mémoire DES Montpellier 1973, p.16 et s., p.46 et s. (position particulièrement discutable puisque le transfert de jouissance est inséré à titre accessoire dans un contrat consensuel ; il est vrai que l'auteur procède souvent, à tort, à une décomposition de l'opération en deux contrats). Comp. MAZEAUD, op. cit. n°85.
V. aussi : J. HUET, «Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle», Thèse Paris II 1978, n°155 (qui estime que les conventions de services gratuits ne se forment définitivement qu'avec leur exécution). Cette position est en réalité originale et inassimilable à la plupart des précédentes, car elle résulte d'une conception objective du contrat, qui déduit l'existence d'un contrat du simple accomplissement des prestations (n°157 et s., n°165 et s.).

(2)Cf. en particulier : FLOUR et AUBERT, op. cit., loc. cit. ; J. GHESTIN, op. cit., loc. cit. ; J. CARBONNIER, «Les obligations», op. cit., § 93.

(3)Cf. en ce sens : Ch. LARROUMET, op. cit., n°223.

contrat de prêt[1], en même temps qu'elle instaurait un formalisme contraignant dans l'émission des consentements de l'emprunteur et du prêteur.

304.– Pour assurer la pérennité de la catégorie des contrats réels, il est, en conséquence, indispensable d'expliquer en quoi la technique même de ces contrats est adaptée à l'évolution récente marquant le renouveau du formalisme. Il convient autrement dit de rechercher l'intérêt actuel d'une érection en condition de formation du contrat, de la tradition de la chose qui en est l'objet. Selon M. Ghestin, «la catégorie des contrats réels traduit les limites de la volonté et l'importance des éléments matériels»[2]. «Elle exprime une conception moins intellectuelle, plus concrète et par là plus vraie, des relations contractuelles». L'impossibilité de restitution de la chose avant sa remise «résulte d'une évidence matérielle à laquelle la volonté des parties ne peut rien changer».

Ensuite, la technique de la tradition-condition de formation du contrat présente certains avantages. Elle attire utilement l'attention, en particulier du constituant d'un gage ou d'un donateur, sur l'importance de son acte[3]. La nécessité d'une remise de la chose protège également les tiers : la dépossession prévient ces derniers de l'existence du contrat[4]. Elle constitue, en cela, une mesure de publicité simple, rapide et efficace. Ces qualités correspondent assez aux soucis contemporains de protection des parties les plus faibles et de sécurité juridique vis-à-vis des tiers.

305.– Il n'est pas sûr, pourtant, que ces arguments soient suffisants pour maintenir la catégorie des contrats réels. Différentes critiques peuvent en effet leur être adressées.

Tout d'abord, l'importance de ces prétendus avantages ne doit pas être surestimé. Il faut remarquer, d'ailleurs, que l'auteur qui en a dressé la liste la plus complète est fort ancien et... anti-réaliste(5). En entrant davantage dans le détail, la prétendue importance de l'acte est très inégale selon les contrats réels. Le dépouillement peut effectivement être préjudiciable dans le don manuel. Ce risque est évité normalement

---

(1)Cf. en ce sens : MARTY et RAYNAUD, op. cit., p.57 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°127 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité et les références citées, n°34 et s.

(2)J. GHESTIN, op. cit., n°342, obs. précitées ; adde dans le même sens : G. ROUHETTE, art. précité ; J. CARBONNIER, «Flexible droit», op. cit.
Contra : J.-L. AUBERT, obs. précitées, sous Civ. 1e 20 juillet 1981.

(3)MAZEAUD, op. cit., n°85 ; J. GHESTIN, op. cit., n°342,.

(4)MAZEAUD, op. cit, loc. cit.

(5)Cf. COMBESCURE, art. précité, p.479 : précision et certitude dans la formation du contrat, attention des parties attirée sur l'importance de l'acte, sécurité par la publicité et la sauvegarde des droits des tiers ; adde Ch. GOYET, Thèse précitée, n°101, p.55, altération de «la force obligatoire de l'offre d'une précarité radicale».

par une forme solennelle. La tradition pallie cette absence de solennité, le caractère réel du contrat doit être maintenu. Le gage est également potentiellement dangereux pour le débiteur, mais moins cependant qu'une antichrèse, pour laquelle la forme notariée n'est pas exigée et qui n'est pas un contrat réel. En revanche, la remise à titre de prêt ou de dépôt n'est pas plus aléatoire qu'en matière de bail ou d'entreprise[1]. Il convient de noter que l'opération la plus propice aux abus, le prêt d'argent, est réglementée par d'autres moyens (usure) et que la protection légale d'une des parties concerne... l'emprunteur et non le prêteur. La réglementation récente du crédit à la consommation montre parfaitement que le souci de protection des parties les plus faibles s'accommode bien (mieux ?) de techniques formalistes autres que la réalité. La protection des tiers relève de la même analyse. La dépossession est un élément de publicité dont il est possible de tirer des conséquences, en rendant la situation créée par le contrat inopposable jusqu'à l'exécution de la tradition. Mais ceci n'est pas incompatible avec le caractère consensuel du contrat : formé dans les relations entre les parties, le contrat ou le droit qui en découle n'est pas opposable aux tiers.

Ensuite, même si la technique du contrat réel est à même de fournir des solutions adaptées au renouveau récent du formalisme et aux motifs qui le fondent, il est critiquable, pour ne pas dire illogique, que les auteurs qui défendent une conception «revivifiée» de la notion ne s'en servent que pour maintenir la liste archaïque des contrats romains réels[2]. Autrement dit, si la catégorie n'est pas morte, la modification de ses fondements, suppose nécessairement une révision des contrats qui en font partie. L'étude de Madame Jobard-Bachelier est de ce point de vue, méritoire ; c'est semble-t-il la seule qui tire les conséquences de ce changement. Pour cet auteur, doivent rester réels le don manuel, le gage et le prêt de consommation. Peuvent devenir consensuels dès maintenant le dépôt et le commodat. La solution retenue paraît incontestable pour le don manuel. Elle semble critiquable pour le prêt de consommation : d'une part, les loi de 1978 et 1979 assurent une protection suffisante dans l'hypothèse pratique essentielle ; d'autre part la séparation des régimes entre le mutuum et le commodat n'est pas convaincante. L'existence d'une obligation de donner, contenue dans ce contrat, ne doit pas être surestimée car le but du contrat reste l'usage et non le transfert de propriété. Le débat peut en revanche être considéré comme ouvert pour le gage où deux arguments incitent à conserver la réalité : l'importance de l'acte et la publicité vis-à-vis des tiers[3].

---

(1)Cf. J.-L. AUBERT, obs. précitées, Defrénois 1982, p.1086.

(2)Cf. en ce sens J.-L. AUBERT, obs. précitées, Defrénois 1982, p.1087.

(3)Rappr. dans le même sens, le fait que l'autre grande sûreté réelle, l'hypothèque, doit être passée devant notaire. En sens inverse, la généralisation des gages sans dépossession peut être un

Cette «relecture» de la liste traditionnelle doit toutefois s'opérer dans un esprit restrictif, et favorable au consensualisme, système qui reste la règle en droit positif, même si c'est à titre de plus en plus supplétif. L'étude de la technique des qualifications contractuelles démontre nettement que la «réalité», dans la conception actuelle du droit positif, est une source importante de perturbation inutiles. Au risque de paraître à contre-courant de la doctrine contemporaine, il convient de réaffirmer que l'abandon de la catégorie des contrats réels ou, au minimum, la limitation drastique de sa portée restent une nécessité.

III - Critique de la structure de qualification des contrats réels

306.- Les développements qui précèdent ont déjà fait apparaître à deux reprises, l'idée que la notion de contrats réels et la technique des qualifications sont des problèmes liés : lors de l'étude de l'obligation de restitution tout d'abord (I, A, 1), lors de celle du contenu des promesses ensuite (I, B, 2). Il faut aller plus loin. La technique des qualifications contractuelles retenue par le Code civil est difficilement compatible avec la catégorie des contrats réels. Cette inadaptation est un argument en faveur de la disparition de cette notion, argument d'autant plus intéressant qu'il n'est pas affecté par l'évolution plus ou moins formaliste du droit positif.

L'influence directe de la nature réelle d'un contrat sur la structure de sa qualification est aisément décelable. En effet, en érigeant la tradition de la chose, en condition de formation du contrat, la théorie de la réalité fait disparaître l'obligation de remise de cette chose, qui existerait si le contrat était consensuel[1]. En d'autres termes, par rapport à la structure d'obligations d'une convention consensuelle, la structure d'un contrat réel est incomplète, il lui manque une obligation : le propriétaire de la chose n'est plus tenu de la remettre à son cocontractant. Avant la remise, le contrat n'existe pas encore. Après la remise, la détention de la chose a déjà été transférée, sans que l'obligation de délivrance ait pu apparaître. Cette différence initiale peut en entraîner d'autres. Elle peut transformer un contrat synallagmatique en contrat unilatéral et altérer l'analyse de la cause des obligations assumées par les parties. Il n'est pas

---

argument en faveur d'un retour au consensualisme. Contra : M.-N. JOBARD-BACHELIER, art. précité, n°43 et s.

(1)PLESNILA, Thèse précitée, p.96 et s. ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°520. Comp. : R. HOUIN, Thèse précitée, p.239, in fine, qui affirme que, même synallagmatiques en théorie, ces contrats seraient unilatéraux en pratique.

étonnant, à cet égard, de constater que les trois grands auteurs de l'entre-deux guerres ayant travaillé sur la cause sont tous trois anti-réalistes[1].

307.– Ces altérations seraient peut-être tolérables si tous les contrats emportant remise d'une chose possédaient une nature réelle. Or, tel n'est pas le cas. La liste de ces conventions, en droit positif, telle qu'elle est habituellement dressée en doctrine est parfaitement arbitraire. De manière archaïque, elle reprend la liste romaine des contrats réels. Il en résulte que des conventions voisines comportent des structures d'obligations fort différentes. Ainsi, l'entreprise et le transport sont consensuels, alors que le dépôt ne l'est pas[2]. De même, le commodat est réel, alors que le louage ne l'est pas. Bien plus, le prêt de consommation, qui peut être gratuit ou onéreux, est réel alors qu'il est aux choses consomptibles ce que le commodat (réel) et le louage (consensuel) sont aux choses non-consomptibles. Ces altérations de structures sont illogiques. Lorsque deux conventions sont voisines, leurs différences de structure sont limitées et elles se contentent toujours d'affecter une ou deux caractéristiques. La vente et la donation, par exemple, sont uniquement séparées par la gratuité de l'opération. Le droit français possède un système cohérent de qualification des contrats d'après la nature des obligations composant chaque type de conventions. Ce système a vocation à s'appliquer à tous les contrats, nommés ou innommés, consensuels ou solennels, au régime supplétif ou impératif. Il est homogène. La théorie de la réalité a pour effet de créer un groupe de conventions isolé, qui s'écarte de ces règles. Le système devient hétérogène, ce qui n'est pas souhaitable. Pour tous les contrats emportant remise d'une chose, la nature retenue doit être la même : réelle ou consensuelle. La seconde option doit l'emporter, pour trois raisons : la réalité n'est de l'essence d'aucun contrat (sauf le don manuel), elle ne résulte pas expressément des textes et le principe général est celui du consensualisme.

Pour étudier plus précisément les perturbations apportées par la théorie des contrats réels au système des qualifications contractuelles, il convient d'opérer une distinction selon que l'obligation de remise pèse sur le créancier de l'obligation caractéristique (dépôt) (A) ou sur son débiteur (prêts-gage) (B)[3].

---

(1)CAPITANT, MAURY et HOUIN. La position de HOUIN est plus radicale, car contrairement aux deux autres, il exclut aussi le dépôt gratuit des contrats réels. Sur les critiques adressées à la réalité, vis-à-vis de la cause, cf. MAURY, Thèse précitée, p.124-125.

(2)Or, la garde est une variété de travail, et l'entreprise et le transport contiennent une obligation accessoire de conservation.

(3)Cette distinction recoupe celle opérée par d'autres auteurs (CAPITANT, HOUIN). Elle diffère en revanche de cette adoptée par Madame JOBARD-BACHELIER (remise valant dation : prêt de consommation, don manuel, gage ; remise valant transfert de détention : dépôt, commodat).

A) Le créancier de l'obligation caractéristique du contrat est tenu de remettre la chose : le dépôt.

308.- L'obligation caractéristique (ou objet caractéristique du contrat) est celle qui manifeste la spécificité économique d'une convention. Dans le contrat de dépôt, l'obligation caractéristique est constituée par la garde de la chose remise. C'est la perspective de son exécution qui a justifié le rapprochement des parties et la conclusion de l'accord. Si le dépôt est analysé comme un contrat consensuel, il faut considérer que le déposant s'est lui-même engagé à remettre la chose à conserver au dépositaire[1]. Cette prestation n'est qu'une obligation accessoire du déposant. La solution est évidente lorsque le dépôt est salarié : le remettant doit principalement verser la rémunération prévue. La tradition est certes matériellement indispensable à l'exécution de la convention, mais elle n'a pour but que de rendre possible l'accomplissement de la garde de la chose. La remise de la chose est donc une obligation accessoire «opposée»[2]. La même solution vaut également lorsque le dépôt est gratuit. Même si l'obligation de remise est la seule pesant sur le déposant, elle demeure, du point de vue de la qualification une obligation accessoire. Obligation de remise et obligation de conservation ne sont pas, en effet, en rapport d'équivalence. La tradition a pour but de permettre la garde, mais la cause de celle-ci n'est pas la remise : le dépositaire a simplement eu l'intention de rendre un service gratuit.

La structure de la qualification contractuelle d'un dépôt consensuel étant précisée, il convient maintenant de la comparer avec celle du même contrat, envisagé comme une convention réelle. La comparaison peut être effectuée d'un double point de vue : par rapport aux obligations ou par rapport à leur cause.

309.- S'agissant des obligations, l'influence du caractère réel est connue : l'obligation de remise de la chose à conserver disparaît. La différence est toutefois d'une portée limitée, puisque l'obligation supprimée est une prestation accessoire. Les obligations principales qui assurent la qualification de la convention, à savoir la garde pour le dépositaire et le prix pour le déposant si le contrat est onéreux, ne sont pas altérées. Même réel, le dépôt conserve une structure très similaire de celle des conventions voisines. La comparaison du dépôt et de l'entreprise illustre parfaitement

---

(1)Contra : PLESNILA, op. cit., p.119-120 qui voit dans la remise un droit du dépositaire.

(2)Sur cette notion, cf. infra n°390 et s. L'analyse est la même pour l'obligation de remise pesant sur l'expéditeur dans le contrat de transport : ce dernier doit avant tout s'acquitter du prix du transport. La tradition est une de ses prestations accessoires, indispensables cependant pour l'exécution du déplacement.

cette proximité. Les deux qualifications sont «a priori» peu éloignées l'une de l'autre : la conservation d'une chose est une forme particulière de travail et il convient de remarquer que la garde des immeubles est un louage d'ouvrage[1].

Dans les deux contrats, la structure de qualification s'articule autour d'une obligation caractéristique qui est une prestation de service : travail dans l'entreprise et garde dans le dépôt. Réciproquement, les cocontractants, maître de l'ouvrage et déposant, sont tenus de verser une somme d'argent, rémunérant la prestation accomplie. Jusque-là, la symétrie est parfaite. Les divergences n'apparaissent qu'au degré inférieur des obligations accessoires des parties. Le maître de l'ouvrage doit remettre la chose à réparer ou à transformer, alors que le déposant n'est pas débiteur de cette prestation. Les différences s'arrêtent-là[(2)] et les deux conventions, en particulier restent synallagmatiques.

Si les deux contrats sont gratuits – dépôt gratuit et contrat innommé de prestations de service gratuit – la divergence s'accuse quelque peu. La symétrie affectant les obligations des prestataires reste inchangée. Mais, alors que le maître de l'ouvrage doit opérer la tradition de la chose, le déposant n'est, initialement[3], tenu à rien. Le contrat est ici unilatéral alors que l'entreprise gratuite est synallagmatique[4]. Du point de vue des obligations, il est donc possible de conclure que la structure de qualification du dépôt n'est pas modifiée par son éventuel caractère réel, mais que la structure totale du contrat est altérée par la disparition d'une de ses obligations secondaires.

310.– Bien évidemment, cette comparaison des structures de qualification ne peut s'abstraire d'une analyse causale des engagements et des obligations de chaque partie. Il est certain, que même dans l'hypothèse où le contrat de dépôt est réel, la remise de la chose doit figurer d'une manière ou d'une autre dans le champ contractuel. Pour mesurer l'influence de la réalité sur le jeu de la théorie de la cause, il convient de distinguer le dépôt onéreux du dépôt gratuit.

Dans un dépôt onéreux, les obligations principales du déposant et du dépositaire se servent mutuellement de cause. C'est la perspective de la garde de sa chose qui amène le déposant à accepter d'être tenu de verser une certaine somme d'argent et réciproquement, c'est l'espoir de percevoir cette somme qui conduit le dépositaire à prendre en charge la conservation de la chose. La nature consensuelle ou réelle du contrat n'y change rien ; son influence ne se fait sentir que sur la cause des prestations

---

(1)Cf. infra n°800 (note).

(2)L'obligation de conservation et de restitution est principale dans le dépôt et accessoire dans l'entreprise, mais cette différence est la marque même de la différence de nature des deux contrats !

(3)Cf. article 1947 du Code civil.

(4)Pas du point de vue de la qualification, cependant cf. infra n°530 et s.

accessoires. L'obligation de remise a pour but de rendre possible l'exécution de l'obligation de conservation par le dépositaire. La disparition de cette obligation dans le contrat réel rend inutile une quelconque recherche causale... S'agissant de l'obligation de restitution l'analyse s'avère plus délicate. L'existence de cette prestation est liée d'une manière ou d'une autre à la remise de la chose. La difficulté qui surgit est celle de savoir si ce lien correspond à une cause finale ou une cause efficiente. Ce débat n'a pas à être traité ici, et il se pose de toute manière dans des termes identiques que le contrat soit réel ou pas[1]. Une seule précision d'importance, s'impose. Si, comme l'affirme en général la doctrine, la cause de l'obligation de restitution est constituée par la remise de la chose, une différence sépare le dépôt réel du dépôt consensuel. Dans le premier, c'est la remise elle-même qui sert de représentation causale, alors que dans le second, c'est l'obligation de remise qui assume cette fonction[2]. Différence de nature radicale quant aux obligations, cette différence est somme toute minime, rapportée à la cause. Cette atténuation des conséquence de la réalité est à porter au crédit de la théorie de la cause, dont une des qualités principales, apparaît : la plasticité. Etant une représentation psychologique, la cause peut sans difficulté, et sans changer profondément de caractère, viser indifféremment les diverses manifestations d'un phénomène identique : obligation de remise découlant du contrat ou simple fait de la remise, précédé ou non d'une promesse de tradition.

311.- Dans le dépôt gratuit, les conséquences de la réalité sur la cause sont plus importantes, mais il faut reconnaître que les conceptions doctrinales de la cause dans les contrats réels ont plutôt pour effet d'augmenter les divergences, que de les diminuer.

Si le contrat est consensuel, le déposant est obligé de remettre la chose au dépositaire. Comme auparavant, cette obligation a pour but de permettre l'accomplissement de l'obligation de conservation. Dans une analyse classique, au contraire, le déposant, dans un contrat réel, n'est tenu à rien et la question de la cause est, à son égard, déplacée. La différence entre les deux conceptions du dépôt paraît ici maximale, mais cette impression, en réalité, est inexacte. Il a déjà été démontré que la cause était une notion absolument générale, pouvant s'appliquer au consentement de tout contractant même si celui-ci n'assume aucune obligation[3]. Autrement dit, tout

---

(1)Cf. infra n°402 et s. En ce sens : J. MAURY, Thèse précitée, p.124.

(2)Cf. sur cette différence : J. MAURY, Thèse précitée, p.120 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°265 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°455 ; STARCK, op. cit., n°669.

(3)Cf. supra n°45-47 (et toutes les références en index).

engagement conventionnel a une cause, même si celle-ci ne s'identifie pas toujours à la cause d'une obligation. Ainsi, en concluant un dépôt réel, par la remise de la chose, le déposant émet un consentement qui a pour cause la garde de la chose remise, c'est-à-dire la perspective de l'exécution de l'obligation du dépositaire[1]. Inversement, il est plutôt approximatif d'assimiler, dans un dépôt consensuel, la cause du déposant à celle de l'obligation de remise. Certes, cette prestation est la seule qui pèse sur le déposant ; du point de vue de la structure de cette qualification contractuelle, cette obligation est pourtant accessoire. En effet, elle n'est pas la compensation de l'obligation de garde et n'en constitue pas la cause. Par conséquent, même dans le contrat consensuel, la cause de l'engagement du déposant ne se réduit pas à celle de l'obligation de remise. Le déposant conclut le dépôt pour obtenir la garde de sa chose (cause de l'engagement) et il s'oblige à la remettre pour rendre possible l'accomplissement de cette prestation (cause de l'obligation), ce qui n'est pas exactement une finalité identique. Les prétendues différences entre le contrat réel et le contrat consensuel, sont donc plus faibles que ne l'impliquent les théories doctrinales de la cause.

Une conclusion similaire s'applique à l'étude de la cause de l'engagement du dépositaire. Tenu principalement d'une obligation de garde, la cause de cette prestation est aussi celle de l'engagement. Beaucoup d'auteurs, lorsqu'ils examinent la cause dans les contrats réels, affirment que celle-ci, dans ces conventions, est constituée par la remise de la chose[2]. La solution pourrait d'ailleurs être transposée aussi au contrat consensuel : l'obligation unique du déposant (remettre la chose) servirait de cause aux obligations réciproques du dépositaire[3]. Aucune de ces solutions n'est exacte. Dans un dépôt gratuit, qu'il soit réel ou consensuel, le dépositaire ne s'engage pas pour obtenir la remise de la chose : il s'oblige uniquement pour rendre un service gratuit au déposant[4]. Cette prestation ne reçoit aucune contrepartie, et la remise ou l'obligation de remise n'en sont pas la compensation, mais l'acte préalable. Quant à la cause de l'obligation, son analyse est la même que précédemment.

L'influence de la réalité sur la cause, dès lors que les conceptions doctrinales erronées de cette théorie sont abandonnées, n'est donc pas beaucoup plus forte que

---

(1)Pour identifier, en cas de doute, un dépôt, la jurisprudence évoque l'idée d'une fin principale du contrat ou d'une finalité de la tradition, cf. supra n°236 et s.

(2)Cf. en ce sens : J. MAURY, Thèse précitée, p.136 ; J. CARBONNIER, op. cit., § 91 ; CAPITANT, ouv. précité, n°22, p.56 et n°23, p.58 ; Ph. MALAURIE et AYNES, «Les obligations», n°502 ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», n°173, p.157 ; MAZEAUD et CHABAS, n°265.

(3)Cf. en ce sens, pour le prêt : MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°265, p.254 ; STARCK, «Les obligations», n°669.

(4)Cf. en sens : R. HOUIN, Thèse précitée, p.236.

celle concernant les obligations. Comme pour celles-ci, la différence majeure réside dans la disparition de l'obligation de remise, ce qui supprime toute recherche causale. A cette altération commune, s'ajoute toutefois une seconde particularité. La cause, par nature, peut continuer à comporter la représentation de la remise de la chose, même si celle-ci n'est plus une obligation. Dépôt réel et consensuel restent donc proches. Il n'est pas possible d'en dire autant pour le prêt et le gage.

B) Le débiteur de l'obligation caractéristique du contrat est tenu de remettre la chose : le prêt et le gage

312.– L'obligation caractéristique du contrat de bail, symbolique de l'originalité de cette qualification, est celle, assumée par le bailleur, de procurer temporairement la jouissance d'une chose au preneur. Le locataire, quant à lui, est tenu de verser le loyer convenu, prestation neutre, mais nécessaire dans un contrat synallagmatique onéreux. Le bail est, de manière indiscutée, un contrat consensuel. Le bailleur est donc obligé, aux termes de l'article 1719-1° du Code civil «de délivrer au preneur la chose louée». La jurisprudence admet d'ailleurs que cette obligation est suceptible d'exécution forcée[1]. La structure de la qualification contractuelle de bail est donc très simple : il s'agit d'un transfert de jouissance onéreux, rémunéré par un prix en argent ou éventuellement en nature.

La structure d'un commodat consensuel est fort proche de celle du bail. La solution n'est pas surprenante, puisque le prêt est un transfert de jouissance gratuit. Le prêteur est donc tenu, comme un bailleur, de procurer à l'emprunteur l'usage d'une chose, qu'il doit à cet effet, lui délivrer. L'emprunteur peut se servir de la chose remise, mais il n'est pas obligé de verser une rémunération au prêteur pour cette jouissance. Comme tout détenteur contractuel, il est simplement tenu de conserver la chose et de la restituer au prêteur au terme convenu, mais ce ne sont là que des obligations secondaires. Les structures causales des deux conventions sont partiellement communes. La cause de l'engagement du locataire et celle de l'emprunteur sont identiques : obtenir la jouissance de la chose. L'analyse concernant les obligations de conservation et de restitution est également similaire. La gratuité du prêt introduit cependant une différence irréductible. Alors que le bailleur s'engage dans la perspective d'obtenir l'exécution de l'obligation du locataire, c'est-à-dire le versement du loyer, le prêteur au contraire, s'oblige sans contrepartie directe et dans le seul but de rendre service. Cette gratuité, outre cette divergence des causes, entraîne une

---

(1) Soc. 20 juin 1963, Bull. civ., IV, n°531.

différence de régime dans le transfert de jouissance : les diligences du prêteur ne sont pas appréciées avec la même sévérité que celles du bailleur[1].

313.- Cette analyse cohérente, au sein de laquelle les différences de structure correspondent avec précision aux différences de nature du bail et du prêt, est totalement bouleversée lorsque le prêt est rangé dans la catégorie des contrats réels. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner le commodat tel qu'il est généralement présenté en doctrine. L'adoption de la théorie de la réalité a, bien entendu, pour première conséquence de faire disparaître l'obligation de remise de la chose pesant normalement sur l'emprunteur. Les auteurs en déduisent donc que l'emprunteur n'est tenu d'aucune obligation, ce qui fait du prêt à usage un contrat unilatéral (initialement en tout cas)[2]. L'obligation caractéristique du bail, le transfert de jouissance, disparaît. En définitive, les seules prestations qui demeurent sont celles de conservation et de restitution de la chose, qui sont à la charge de l'emprunteur. Dans l'opinion générale, la cause de ces obligations est à rechercher dans la remise effectuée par le prêteur[3]. Ici, comme pour le dépôt, la plasticité de la cause joue pleinement. Elle permet d'atteindre la tradition sous n'importe quelle forme, fait ou obligation, et rend ainsi possible la réintroduction dans le champ contractuel de l'usage de la chose.

314.- Les divergences considérables qui séparent le bail du contrat réel de prêt - et qui, soit dit en passant, surprendraient certainement les non-juristes, s'ils en avaient connaissance - condamnent le maintien de la théorie de la réalité, en droit positif. De multiples critiques peuvent en effet lui être adressées.

- En premier lieu, cette théorie a pour effet d'escamoter la véritable obligation caractéristique de la convention : la concession de la jouissance d'une chose. Le critère principal de qualification disparaît. Inversement, l'obligation de conservation et surtout celle de restitution se voient conférer une importance tout à fait usurpée. Que le prêt soit gratuit ou qu'il constitue un prêt à intérêt, ces deux prestations demeurent des obligations accessoires, en ce sens que leur exécution n'est jamais la cause de

---

(1)Comp. par exemple, pour la garantie des vices, l'article 1891 pour le prêt et l'article 1721 pour le bail.

(2)Des obligations peuvent apparaître à la charge du prêteur en cours d'exécution : le contrat est donc, selon la doctrine, un contrat synallagmatique imparfait.

(3)A l'occasion de l'étude des contrats réels : J. CARBONNIER, op. cit., § 91 ; CAPITANT, ouv. op. cit., n°22, p.56.
- de celle de la cause : MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°265 ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», n°455 ; Ph. MALAURIE et AYNES, «Les obligations», n°502 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°256 ; J. GHESTIN, «Le contrat», n°679.
- de celle du prêt : MAZEAUD, T.3, Vol.2, n°1434-1435 et 1453 et s. ; Ph. MALAURIE et AYNES, «Les contrats spéciaux», n°905 et s. et n°926 et s.

l'engagement du prêteur : celui-ci conclut le prêt, selon les cas, pour percevoir l'intérêt ou dans le simple but de rendre un service gratuit. Cette subsidiarité est justifiée de surcroît, par la neutralité de ces obligations, qui se retrouvent dans de nombreuses conventions et qui s'avèrent, par conséquent, inaptes à caractériser un contrat.

- La théorie de la réalité confère, ensuite, au contrat de prêt des caractères parfaitement artificiels. Il semble déjà fort peu rationnel que la simple disparition d'un prix, du bail au prêt, entraîne un changement de nature de la convention[1]. Cette modification est même encore plus incompréhensible pour le prêt à intérêt. En effet, le mutuum onéreux est l'équivalent du louage pour les biens consomptibles[2]. Alors que le bail est consensuel et synallagmatique, le prêt à intérêt est réel et unilatéral ! Il convient, ensuite de remarquer que le commodat, dans sa conception réelle, est un bien curieux contrat gratuit, puisque le seul débiteur d'obligation est celui qui bénéfice d'un service d'ami ! En réalité, le caractère synallagmatique, correspond mieux à ces contrats, surtout pour le prêt à intérêt. Il est de plus à même d'expliquer la possibilité de demander la résolution judiciaire du mutuum et du prêt d'argent[3], que les auteurs classiques tentent de fonder sur des obligations parfaitement secondaires du prêteur (par exemple celle d'avertir l'emprunteur des vices affectant la chose...)[4]. L'éviction du caractère unilatéral permet également de se passer, en l'espèce, de la laborieuse théorie des contrats synallagmatiques imparfaits[5] et de fournir à l'obligation accessoire de garantie des vices cachés pesant sur le prêteur une obligation principale à laquelle elle puisse se rattacher[6]. Personne n'a jamais prétendu que la garantie des vices dans le contrat de vente n'existe pas dès la conclusion du contrat de vente, sous prétexte que la présence d'un vice n'est qu'éventuelle. Dès la conclusion du prêt, le prêteur est tenu d'une obligation de garantie. Dans la conception réelle du commodat, cette obligation est la seule du prêteur : les auteurs réalistes ont dès lors beaucoup de mal à trouver une prestation de rattachement et à admettre que cette obligation unique n'est... qu'accessoire[7].

---

(1)Cf. en ce sens J. MAURY, Thèse précitée, p.124-125.

(2)Cf. infra n°802 et s.

(3)Cf. en ce sens : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°121-3e et note 3, p.135.
Rappr. pour le jeu de l'article 1174 : G. GOUBEAUX, note JCP 1974, II, 17786, sous Paris 15 mars 1974. Pour justifier l'unité de régime entre les contrats réels et les contrats consensuels synallagmatiques, l'auteur évoque une notion plus globale «d'opérations synallagmatiques».

(4)MAZEAUD, T.3, Vol. 2, n°1481, p.920.

(5)Cf. infra n°497 et s. ; comp. A. TUNC, op. cit., n°75, p.168-169.

(6)Cf. infra n°389.

(7)Alors qu'une situation est parfaitement envisageable : tel est le cas justement de l'obligation de restitution pesant sur l'emprunteur dans un commodat consensuel !

- Enfin l'analyse causale classique des contrats réels est critiquable[1]. Il est de règle générale en matière de qualification contractuelle, que lorsqu'une convention onéreuse devient gratuite, seule la cause du contractant qui était créancier du prix change : considération de l'exécution d'une obligation de somme d'argent, elle devient pure intention de rendre service[2]. La cause de l'autre partie, créancier de l'obligation caractéristique reste inchangée : la prestation désirée figure dans les deux cas au contrat, qu'elle ait ou non une contrepartie. La cause de l'emprunteur et du locataire est donc la même : obtenir la jouissance d'une chose. Transformer celle de l'emprunteur en simple considération de la remise de la chose est inexact et, ce qui est plus grave, n'est pas conforme à la volonté des parties ; c'est faire bon compte d'un élément essentiel et commun aux deux conventions, la durée, sans laquelle l'usage de la chose ne veut rien dire[3]. Cette réduction de la cause des obligations de l'emprunteur à la simple perspective de la tradition a d'ailleurs des conséquences curieuses, lorsque le contrat réel est précédé d'une promesse synallagmatique[4]. L'engagement d'ores et déjà définitif de l'emprunteur dans l'avant-contrat a pour cause l'obligation corrélative du prêteur de remettre la chose. Contenue dans le contrat réel, le même engagement est alors causé par la remise de la chose... La décomposition semble artificielle comme le remarque M. Fieschi-Vivet, «la cause de l'obligation du contrat réel à la charge de l'une des parties [est] l'obligation de la promesse à la charge de l'autre partie. Autant dire qu'il y a contrat unique». La constatation est d'autant plus importante que tous les auteurs se plaisent à souligner le caractère extrêmement fréquent des avant-contrats en cette matière.

315.- Cette altération du jeu normal de la cause dans les contrats réels suscite une interrogation : il est permis de se demander si cette déformation n'est pas un artifice destiné à dissimuler une faiblesse plus grave de l'analyse classique de ce genre de conventions. Il est en effet très contestable d'assimiler la remise de la chose au transfert de sa jouissance. La comparaison avec le bail est ici fort instructive. Globalement, le bailleur s'engage à concéder temporairement l'usage d'une chose au preneur. L'article 1719 du Code civil décompose concrètement ce transfert de jouissance en plusieurs obligations : délivrance, entretien, jouissance paisible. L'objet

---

(1)Cf. en ce sens : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°120, p.132 ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.235.

(2)Rappr. J. CHAMPEAUX, «Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français», Thèse Strasbourg 1931, p.134 (qui exprime clairement l'idée qu'une obligation peut avoir une nature propre qui prime son caractère gratuit ou onéreux).

(3)Cf. J. MAURY, Thèse précitée, p.123 et 129 ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.236.

(4)L'objection est proposée par M. FIESCHI-VIVET, Thèse précitée, p.268, qui ne semble pas toutefois distinguer très nettement remise et obligation de remise.

du contrat ne se réduit pas à une tradition : celle-ci n'est qu'un préalable à l'élément essentiel : l'utilisation de la chose[1]. Affirmer par conséquent qu'après avoir remis la chose, le prêteur n'est tenu à rien est donc très approximatif. Toullier[2], tout en admettant le caractère réel du prêt, lui reconnaissait cependant une nature synallagmatique parce que le prêteur restait tenu durant tout le contrat de ne pas réclamer le remboursement de la chose prêtée avant le terme fixé pour la restitution et cette obligation lui paraissait être une prestation principale et immédiate. Cette analyse n'a pas convaincu la majorité de la doctrine, qui lui a opposé des arguments très fantaisistes[3] : le prêteur n'a pas d'obligation car l'emprunteur n'a pas d'action ou il ne dispose que d'une action extra-contractuelle ; ce n'est pas une obligation, mais un manque de droit ; c'est une obligation purement négative. Cette dernière critique, formulée par des auteurs plus récents[4], est parfaitement infondée. Même s'il est vrai que la gratuité du prêt diminue considérablement le contenu de l'obligation de jouissance du prêteur par rapport à celle du bailleur (pas d'entretien, garantie quasi-inexistante) et donc, même si cette prestation se réduit à une obligation de ne pas faire[5] – obligation négative de ne pas reprendre –, il n'en reste pas moins que cette obligation existe et qu'elle est à même de donner au contrat un caractère synallagmatique. Personne n'oserait soutenir qu'une obligation de non-concurrence, stipulée à titre principal et avec contrepartie, n'est pas une convention synallagmatique, sous prétexte qu'il s'agit d'une obligation «négative». La même remarque s'applique aux contrats de concession qui stipulent une double clause d'exclusivité.

316.– L'inexactitude d'analyse de la structure des contrats réels de prêt ne se limite donc pas à la cause de l'engagement de l'emprunteur mais s'étend aussi aux obligations du prêteur. Et une semblable erreur pourrait être découverte pour le contrat de gage[6].

---

(1)Cf. infra n°382.

(2)TOULLIER, T. VI, n°19, p.19 et s., spéc. p.21 ; LAROMBIERE, I, art. 1102, n°2 ; adde R. HOUIN, Thèse précitée, p.171 et 237 ; PLESNILA, Thèse précitée, p.99.

(3)Cf. à ce sujet les auteurs cités par R. HOUIN, Thèse précitée, p.238.

(4)MAZEAUD, T.3, Vol. 2, n°1435.

(5)Ce qui n'emporte pas la conviction.

(6)Faire de la remise de la chose donnée en gage, la cause de l'engagement du créancier gagiste, ne correspond pas à la réalité. Pour ce contractant, la conclusion de la convention a pour but l'obtention d'une sûreté, en l'occurrence un droit réel, dont la remise n'est qu'une conséquence. Dans un contrat consensuel de gage, l'obligation principale du débiteur n'est pas de remettre la chose, mais de constituer le droit réel. Certes, cette constitution risque souvent, quand la chose est un corps certain, de ne pas être une obligation (cf. section suivante). Mais ceci résulte de la conception française du transfert solo consensu et n'a rien à voir avec la théorie de la réalité : sans un contrat réel de gage, la tradition opère simultanément création du droit réel accessoire et

317.– Dès lors, une remarque s'impose. En effet, et la constatation avait déjà été faite à propos du contenu de la catégorie des contrats réels[1], il se confirme que la conception doctrinale et jurisprudentielle de la réalité est archaïque : non seulement parce que la théorie elle-même est ancienne, mais aussi parce que la manière de l'appliquer reprend de vieux schémas traditionnels totalement dépassés. Même les auteurs qui retrouvent des mérites à cette catégorie, adoptent simultanément une liste de conventions inspirée du droit romain et une analyse de la structure de ces qualifications qui date du dix-neuvième siècle, alors qu'aucune de ces attitudes n'est inéluctable. Il est permis de se demander si ces déformations sont totalement anodines et si elles n'ont pas pour effet de maintenir à la réalité une importance que l'environnement consensuel lui a en fait retiré. Car, en définitive, de deux choses l'une. Si la conception actuelle –contestable – des contrats réels est maintenue, cette catégorie est critiquable pour les perturbations injustifiées qu'elle introduit dans les structures des qualifications de ces conventions, lesquelles s'éloignent sans raison de contrats voisins. Si, au contraire, cette analyse est abandonnée(2), les différences deviennent minimes. Le mutuum et le commodat deviennent des contrats synallagmatiques gratuits et le prêt à intérêt retrouve sa vraie nature de convention synallagmatique onéreuse. Du point de vue de l'analyse causale, les situations de l'emprunteur et du locataire sont alors similaires. C'est alors la proximité même des contrats réels et consensuels qui condamne le maintien de la théorie de la réalité. Celle-ci n'a plus pour seul effet que... de perturber une structure consensuelle (promesse synallagmatique incluse) par l'introduction d'une obligation de réitération solennelle du consentement par une forme spécifique : la tradition. Il paraît préférable de réserver cette conséquence aux hypothèses conventionnelles ou légales, soigneusement délimitées et justifiées, et consistant plutôt à réglementer l'émission du consentement en fonction des nécessités, qu'à en figer uniformément la manifestation.

318.– A s'en tenir aux conclusions d'une étude menée sur la structure des qualifications contractuelles des contrats réels, la suppression de cette catégorie en

---

délivrance de la chose. Faire du second événement, au détriment du premier, la cause de l'engagement du créancier gagiste est une erreur.

(1)Cf. supra n°305.

(2)C'est-à-dire, si :

- l'existence d'une obligation de maintien en jouissance à la charge du prêteur et celle d'une constitution de droit réel à la charge du débiteur sont admises ;
- les causes du dépositaire, de l'emprunteur et du créancier gagiste ne sont pas confondues avec la remise de la chose ;
- les causes du prêteur, du déposant et du débiteur gagiste ne sont plus assimilées à l'obligation de restitution.

droit positif apparaît fortement souhaitable. A défaut, une révision de certaines analyses traditionnelles est indispensable. Dans les deux cas, cependant, une seule convention réelle échappe à la critique, le don manuel. La nature de ces contrat est en effet doublement justifiée. Elle correspond à la fonction historique de la réalité : remplacer une forme solennelle par une simple tradition[1]. Elle obéit à la logique de cette transformation : la promesse de don manuel, comme en droit romain est inefficace. La réalité est donc en l'espèce justifiée et productrice d'effets juridiques originaux. Il est possible d'ajouter, que la disparition d'une obligation de remise pose ici moins de problème qu'ailleurs. La remise n'est en effet que l'exécution de l'obligation de délivrance, laquelle n'est qu'une prestation accessoire du donateur découlant du transfert de propriété. La situation est donc, semblable à celle du dépôt réel et la perte d'une prestation secondaire reste sans influence sur la qualification. Un nouveau problème surgit cependant. Le don manuel porte nécessairement sur un corps certain, la tradition emportant individualisation. Or, l'existence d'une obligation de donner est généralement repoussée en pareille hypothèse. Il convient d'examiner maintenant cette seconde perturbation des principes classiques de qualification.

---

(1)La notion même de tradition est devenue plus complexe en cas de don manuel par chèque (J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°102 et s., spéc. n°147 et s.). Selon la Cour de cassation, et par application d'une règle traditionnelle des donations, le don manuel doit emporter dépouillement actuel et irrévocable du donateur. Tel n'est pas le cas lorsque le chèque n'est pas provisionné (Civ. 1e 20 novembre 1985, Bull. civ., I, n°314, p.278, RTD civ. 1987, p.137 ; Defrénois 1986, p.409). Dans ce dernier cas, toutefois, une régularisation avant le décès est possible. Quelle est dans cette hypothèse la date de formation du contrat : celle du titre ou celle du provisionnement ? Quelle est la formalité qui dispense de la solennité : le chèque ou son provisionnement ? Rappr. R. TENDLER, «Le don manuel : une institution anachronique ?», D. 1989, p.245 et s., spéc. p.247.

SECTION 2

LA DENATURATION D'UN DES ELEMENTS DE LA STRUCTURE : L'OBLIGATION DE DONNER

319.- Selon la conception du Code civil, telle qu'elle résulte de divers textes[1], il ne peut exister, en droit positif, d'obligation de donner un corps certain. Le transfert de propriété s'opère automatiquement et instantanément au moment de l'échange des consentements. L'obligation n'a pas le temps d'apparaître : elle est exécutée à l'instant même où elle est formée. Cette analyse est adoptée par une doctrine quasi unanime[2] et

---

(1)- Article 1138, qui pose le principe dans des termes ambigus (sur cette ambiguïté, cf. PLANIOL et RIPERT, T.3, n°620 ; BEUDANT, T. 11, n°18 ; MAZEAUD, T.3, Vol. 2, n°899 ; MARTY et RAYNAUD, «Les biens», n°52 ; Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., art. 1136-1145, Fasc. 1, n°15 ; M. ALTER, «L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels», Thèse LGDJ 1972, n°5, note 37 ; Ch. ATIAS-LETREMY, «Le transfert conventionnel de la propriété immobilière», Thèse Poitiers, 1974, n°26, p.41-42 qui évoque les relations de l'article 1138 avec l'article 1583 et souligne que leur ambiguïté est volontaire, les rédacteurs du Code n'ayant pas voulu trancher tout de suite entre les positions divergentes suscitées par une loi du 11 brumaire an VII, qui adoptait un système dualiste. ; adde F. GORE, «Le montant du transfert de propriété dans les ventes à livrer», RTD civ. 1947, n°4, p.162).

- Article 1583 (cf., plus réservé, M. ALTER, Thèse précitée, loc. cit.).
- Article 1603, qui indique que le vendeur «a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend», omettant par la même l'obligation de donner, qui devrait primer les deux autres, si elle existait.
- Article 938 (donation).
- Article 1703 (échange).

(2)AUBRY et RAU, T. 5, § 349 ; BEUDANT, T.11, n°17 et s., p.12 et s. ; CARBONNIER, «Droit civil», T.3, n°38, p.161 ; T. 4, 1991, § 9 ; COLIN et CAPITANT, T.1, n°1971 et s., p.1087 et s. et T.2, n°822 et s., p.547 et s., n°888, p.595 ; Y. DESDEVISES, J.-Cl. Civ., art. 1583, n°77 et s. ; FLOUR et AUBERT, «L'acte juridique», 1991, n°41 ; Ph. MALAURIE, Rép. civ., v° Vente (généralités), n°2 et s. et n°36 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°401 ; MARTY et RAYNAUD, «Les biens», n°52 et s. ; «Les obligations», T.1, n°2, p.1 ; MAZEAUD et CHABAS, T.2., Vol. 1, n°19 ; T. 2, Vol. 2, 7eédit., 1989, n°1612 et s. ; T.3, Vol. 2, n°899 ; PLANIOL et RIPERT, T.3, n°618 et s., p.625 et s. et T.10, n°9, p.10 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2, n°2306, p.742, n°2440, p.777 et n°502 et s., p.185 et s. ; Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., art. 1136-1145, Fasc. 1, n°8 et s., spéc. n°15 ; STARCK, «Les obligations», 3e édit., n°954 et s. et n°1342 et s. ; WEILL et TERRE, «Les obligations», 4e édit., n°4, p.2 ; «Les biens», n°383 et s. ; M. ALTER, Thèse précitée, n°5 et s. ; N. CATALA,

sa teneur est parfaitement résumée par MM. Mazeaud : «La vente n'est pas seulement un contrat consensuel, un contrat qui se forme et lie les parties par le seul échange de leurs consentements ; elle produit automatiquement et immédiatement, par ce seul échange des consentements qui forme le contrat, et sans aucune formalité, le transfert de la propriété de la chose vendue. Ce transfert n'est donc pas une obligation qui pèse sur le vendeur ; le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété à l'acheteur, car, dès l'instant de la formation du contrat et par le seul effet de celui-ci, le vendeur a perdu la propriété, qui a été acquise par l'acheteur»[1].

320.– Selon cette théorie, en définitive, formation et exécution sont simultanées : l'échange des consentements et l'accomplissement du transfert s'exécutent en un trait de temps. L'admission de cette conception entraîne deux conséquences théoriques plus générales. Il en résulte, en premier lieu, une hétérogénéité des effets découlant de la création d'un contrat : l'accord peut, selon les cas, engendrer une ou plusieurs obligations susceptibles de contrainte, ou produire un effet immédiat et automatique. Cette dualité se répercute nécessairement sur la technique des qualifications : les critères de cette opération perdent eux aussi leur homogénéité. Fondés en général, sur l'existence et la nature des obligations créées par le contrat, ils peuvent parfois ne concerner qu'une simple prestation, en l'occurrence le transfert ou la constitution d'un droit réel.

Cette situation ne paraît pas souhaitable (II). Elle ne semble pas non plus inévitable. Sans vouloir remettre en cause une forteresse juridique bientôt bicentenaire, l'admission systématique d'une obligation de donner, fût-ce un instant de raison pour les corps certains, semble plus logique, que la théorie du transfert immédiat, dont le mécanisme n'est pas à l'abri de la critique[(2)](I).

«La nature juridique du paiement», LGDJ 1961, n°39, p.89 et n°51, p.109 ; D. TALLON in «La vente commerciale de marchandises» sous la direction de J. HAMEL, p.93 et s., spéc. p.96 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, chr. citée infra, p.747 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°180, p.216 ; P.-A. CREPEAU, «Le contenu obligationnel d'un contrat», Rev. barreau canadien 1965, LXIII, p.1 et s., spéc. note 5, p.2, où l'auteur précise qu'il ne traite pas du contenu «réel» du contrat ; D. TALLON, «Le surprenant réveil de l'obligation de donner», D. 1992, p.67, spéc. n°3. Pour les auteurs soutenant une thèse contraire ou plus nuancée, v. les auteurs cités infra n°324 (dernière note) et l'exposé de M. ATIAS, Thèse précitée, n°32 et s., p.49 et s. (qui s'oppose au principe du transfert solo consensu pour des raisons et dans un but différents).
La doctrine récente semble toutefois redonner à la notion d'obligation de donner une certaine vigueur : P. BLOCH, «L'obligation de transférer la propriété dans la vente», RTD civ. 1988, p.673 et s. ; Th. MARGELLOS, «La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété», Thèse LGDG 1989, n°33, p.42. V. aussi : F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit. n°200.

[(1)]Op. cit., n°899.

[(2)]L'objectif de cette section est donc fort mesuré et l'enjeu ne concerne en définitive qu'un «problème de technique juridique» (DE PAGE, T.4, n°17, p.38). Il s'agit d'étudier le mécanisme du transfert immédiat et non son opportunité. Le déclin actuel, souvent remarqué, de ce principe, est donc hors

I - CRITIQUE DE LA SIMULTANEITE FORMATION-TRANSFERT

321.- Selon l'opinion classique, la formation du contrat par l'échange des consentements et le transfert de propriété s'accomplissent simultanément. Cette analyse n'est pas totalement convaincante, comme permet de le montrer le rapprochement de cette situation avec celle des contrats réels. Il paraît plus exact de constater l'existence d'une succession de deux séquences – formation puis exécution – (A), qui ne sont pas toujours jointives (B).

A) L'affirmation d'une succession formation-transfert

322.- Dans un contrat réel, la remise de la chose vaut formation de la convention. Dans un contrat translatif de propriété portant sur un corps certain, l'échange des consentements vaut accomplissement immédiat du transfert. Présentées ainsi, ces hypothèses semblent proches l'une de l'autre, par la simultanéité qu'elles supposent toutes deux. L'adoption d'une perspective différente, plus adaptée à l'opération de qualification, permet au contraire d'en souligner les oppositions.

C'est la fonction première de toute convention qui doit présider à l'examen de cette question. Par essence, un accord de volontés a pour but de produire certains effets modifiant l'ordre juridique préexistant. De la naissance du contrat, résulte l'apparition d'un certain nombre de prestations que chaque partie va devoir accomplir, à une époque et selon des modalités convenues. Envisagées sous cet angle, les deux catégories des contrats réels et des contrats translatifs divergent profondément.

323.- Pour les contrats réels, la remise de la chose n'est pas un effet de la convention. Elle ne constitue, ni une obligation pesant sur le contractant chargé de l'accomplir (prêteur, déposant ou débiteur gagiste), ni une conséquence automatique de l'accord des volontés. Elle reste extérieure aux effets du contrat ou s'identifie seulement à l'expression du consentement d'une des parties.

---

du débat : clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières ; contrats préparatoires, formalités administratives et publicité foncière dans les ventes immobilières ; techniques contractuelles de location-vente ou location-accession. (cf. par ex. : C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière», Mélanges RAYNAUD, p.733 et s. ; Ch. ATIAS-LETREMY, Thèse précitée, introduction, p. VIII et s., p.685, qui conclut par quelques «positions» : «l'accord des volontés de l'aliénateur et de l'acquéreur ne peut accomplir le transfert de propriété d'une chose immobilière. La transmission de ce droit est une fiction sur laquelle se greffe la solution particulière du Code civil». Adde aussi, n°368, p.467.

Au contraire, le transfert de propriété, même lorsqu'il porte sur un corps certain, est à coup sûr un effet de la convention[1]. C'est même cette caractéristique qui différencie le droit français, depuis le Code civil, du droit romain : initialement extérieur au contrat, le transfert de propriété s'est progressivement intégré dans son objet[2]. C'est parce qu'il y a vente et accord des volontés, que s'accomplit le transfert de propriété de la chose convenue.

Cette différence d'analyse entraîne des conséquences opposées. En l'absence d'une remise de la chose, le contrat réel n'existe pas. A l'inverse, l'impossibilité du transfert de propriété (chose inexistante ou hors du commerce) a seulement pour effet d'entraîner la nullité du contrat, voire la seule responsabilité du vendeur (garantie d'éviction).

324.- Les deux catégories de conventions ne peuvent dès lors faire l'objet d'une analyse unitaire.

Celle des contrats réels peut revêtir un double aspect. Il est possible, tout d'abord, de considérer que la formation du contrat est un effet de la tradition de la chose : la simultanéité laisse alors la place à une succession de deux opérations : la remise de la chose, puis la naissance de la convention. Il est concevable, ensuite, d'admettre qu'une telle situation correspond au contraire à une véritable simultanéité, la remise s'identifiant à l'expression du consentement d'une des parties. L'impossibilité radicale de dissocier la tradition de la formation dans un contrat réel, conduit à penser que cette seconde interprétation est sans doute meilleure que la première[3].

S'agissant des contrats translatifs ou constitutifs de droit réel, seule l'analyse successive s'avère satisfaisante. Le transfert de propriété est un effet du contrat. La cause, au sens de causalité efficiente, de ce transfert est la naissance de la convention.

---

(1) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°899 ; Ph. MALAURIE, Rép. précité, n°36 ; M. ALTER, Thèse précitée, n°5, p.14 ; R. SAVATIER, «Théorie générale des obligations», n°139, p.185 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, chr. précitée, p.747 ; P. BLOCH, chr. précitée, n°1, n°11, n°14 ; Th. MARGELLOS, Thèse précitée, n°29, p.35 et n°76, p.101 ; M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé», Thèse Paris II 1985, n°34-35.
Rappr. l'article 711 du Code civil : «La propriété des biens s'acquiert et se transmet... par l'effet des obligations». Certains auteurs contestent ce dernier terme, auquel ils préfèrent celui de contrat (PLANIOL et RIPERT, T.3, n°618 ; comp. Ch. ATIAS, Thèse précitée, n°2, p.8 et 27, p.42).
Pour M. ATIAS, (Thèse précitée, n°3 et s. et 47 et s., p.67 et s.) «le transfert de propriété n'est pas un effet du contrat au même titre que l'effet obligatoire». «La volonté des parties n'est pas maîtresse du transfert, quant à sa portée : elle ne gouverne pas exactement son principe. Elle ne peut «en fixer le moment». L'auteur en déduit que le transfert n'est pas l'objet du contrat.
Adde, aussi : DE PAGE, op. cit, T.4, n°10, p.27 qui distingue les éléments constitutifs essentiels de la vente (transfert de propriété et prix) de ses effets (création d'obligations).

(2) F. GORE, chr. précitée, n°1, p.161 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°383-386 ; Ch. ATIAS, Thèse précitée, n°5 et s., p.13 et s.

(3) Cf. infra B.

Or, rationnellement, la cause précède nécessairement l'effet : la formation devance l'exécution. L'analyse doctrinale traditionnelle paraît donc confondre deux notions : la simultanéité et l'automatisme. Le transfert de propriété d'un corps certain est assurément un effet automatique de la formation du contrat, mais il n'en constitue pas un effet concomitant(1). Il lui est postérieur, ne serait-ce que d'un instant de raison, ainsi que l'ont souligné à juste titre quelques auteurs[2].

325.- D'un point de vue théorique, l'introduction de ce très léger décalage temporel emporte une conséquence fondamentale. Confondu avec la formation du contrat, le transfert de propriété ne peut constituer une obligation. Détaché de la

---

(1)Pour les choses de genre, en revanche, la simultanéité incontestable du transfert de propriété et de l'exécution de l'obligation de délivrance est une simple coïncidence et le premier n'est pas l'effet de la seconde (N. CATALA, Thèse précitée, n°39, p.90 ; M. ALTER, Thèse précitée, n°7, p.16 ; DE PAGE, T.4, n°25, p.50).

(2)Selon des modalités et avec une netteté variables. Ainsi, selon M. CARBONNIER (op. cit., T.4, § 9), les obligations de donner dans ce cas, ne peuvent exister «qu'en théorie et le temps d'un éclair, puisque selon l'article 1138, dès qu'elles sont nées, elles sont exécutées».
Le doyen SAVATIER semble au contraire opérer une distinction entre l'engagement et l'obligation : «même s'ils sont immédiatement translatifs, un engagement de transférer le bien y précède, au moins un instant de raison, le transfert. Si, au contraire, il n'est pas immédiatement translatif, le contrat peut créer initialement une obligation de donner...» (op. cit., loc. cit.).
Chez DE PAGE, le grand juriste belge, certains passages très clairs (spéc., op. cit., n°17, p.38 : «l'obligation de dare subsiste ; mais elle ne subsiste qu'un instant de raison. Son exécution est immédiate, instantanée») sont nuancés par d'autres, plus ambigus (v. not., n°13, p.33 «l'obligation de transférer la propriété est réalisée, exécutée, payée, par le seul fait du consentement des parties», «elle disparaît pratiquement comme obligation», «l'exécution de cette obligation spéciale est instantanée, automatique et c'est ce qui fait qu'elle disparaît en tant qu'obligation à exécuter»).
V. également BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, T. XII, 3e édit., n°329, p.380 et n°365, p.412 : «le transport de la propriété n'est qu'un effet médiat de la convention, en ce sens qu'il est seulement le résultat de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété, obligation que cette convention a engendrée» mais, plus loin «la vérité est qu'elle naît, mais qu'elle meurt aussitôt, parce qu'elle est réputée accomplie, exécutée, payée au moment même de sa naissance».
Adde, MARCADE, T. IV, 5e édit., n°486, p.393 : «La convention crée comme effet direct l'obligation de donner,... celle-ci engendre à son tour l'obligation de livrer, et... c'est cette dernière qui, par son exécution fictive, opère la transmission». Mais pour l'auteur, ce système, qui est celui des rédacteurs du Code, est inexact et l'obligation de donner un corps certain n'existe pas.
C'est en définitive M. OVERSTAKE, qui admet le plus nettement et de façon systématique l'existence d'une obligation de donner (p.42 et s.), l'automatisme du transfert pour les corps certains restant finalement un cas d'espèce, une particularité secondaire (p. 43) : «il n'y a pas lieu en général, de parler de l'obligation de donner contractée par le vendeur puisqu'elle s'éteint aussitôt qu'elle a pris naissance et qu'elle est nécessairement exécutée». «Mais il faut distinguer entre l'obligation de donner consistant à s'obliger à transférer, un droit et son mode d'exécution, ou automatique par l'effet du contrat, ou par un mode distinct, la tradition».
V. aussi TRIGEAUD, «Réserve de propriété et transfert de propriété», JCP éd. CI 1982, 13744, p.157 ; Ch. GOYET, Thèse citée infra n°328 ; comp. P. BLOCH, «L'obligation de transférer la propriété dans la vente», RTD civ. 1988, p.673 et s., spéc. n°84 et n°51 et s. qui soutient l'existence d'une obligation de donner, sans remettre en cause la simultanéité.
Rappr. F. COLLART-DUTILLEUL, Thèse précitée, n°115, qui «distingue trois étapes dans la vie d'un contrat : la formation, la production d'effets dont la création d'obligations et l'exécution de celles-ci». Cette présentation semble faire apparaître «l'instant de raison» objet de cette section, mais, en réalité, cet auteur écarte plus loin l'obligation de donner au profit d'un transfert automatique (n°122). De plus, il est douteux que la création d'obligations ne soit pas concomitante de la formation du contrat.

naissance de l'accord, ce transfert peut à nouveau s'inscrire dans le schéma traditionnel des obligations, composé d'une succession formation-exécution. Deux étapes peuvent alors être distinguées. Lors de la première, qui se situe au moment de l'échange des consentements, la convention se noue et simultanément l'obligation de donner apparaît. Dans une seconde étape, le transfert de propriété s'accomplit. Cette opération, lorsque la vente porte sur une chose individualisée suit immédiatement et automatiquement la première séquence, sans que les contractants aient à intervenir une nouvelle fois[1]. Le déroulement des deux phases n'est pas superposé, mais successif, même si les deux étapes sont temporellement jointives. Cette présentation semble préférable à l'analyse classique et elle permet de mieux comprendre les hypothèses où cette jonction disparaît.

B) La disjonction de la formation et du transfert

326.– Dans un contrat réel, rien ne peut s'intercaler entre la remise de la chose et la formation de l'accord. Un dépôt, par exemple, se forme lorsque le déposant remet la chose, réellement ou fictivement, entre les mains du dépositaire. Aucun accord de volonté des contractants ne peut dissocier ces deux événements, ce qui constitue un indice sérieux en faveur de l'admission d'une véritable simultanéité.

Rien de tel n'existe dans les contrats translatifs de propriété. Erigeant en principe ce qui n'était sous l'ancien droit qu'une stipulation conventionnelle (clause dite de «dessaisine - saisine»), le transfert immédiat de propriété n'a jamais été considéré comme un principe d'ordre public[2]. Il est donc unanimement admis que les parties peuvent faire apparaître une obligation de donner, en reculant conventionnellement la date du transfert de propriété (1°). Cette solution est de surcroît inévitable lorsque la convention ne porte plus sur un corps certain (2°). Dans les deux cas, l'éviction de toute idée d'une simultanéité de la formation du contrat et de l'accomplissement du transfert de propriété est un facteur certain de simplicité et de cohérence[3].

---

(1) Il convient de souligner que le principe du transfert immédiat est d'origine légale. Le législateur s'étant exprimé dans les termes ambigus (cf. les critiques sur la rédaction de l'article 1138, citées supra n°319, 1e note l'utilisation de la formule «dès qu'on est convenu» dans l'article 1583, qui peut être interprété comme signifiant aussi bien «au même moment», «qu'immédiatement après»), il n'est pas interdit à l'interprète de préciser les modalités techniques de ce transfert automatique, en ayant recours à des arguments plus généraux de logique juridique (comp. Ch. ATIAS-LETREMY, Thèse précitée n°28, p.44, sur l'imprécision supplémentaire du terme «parfait» et n°26, p.41-42, sur le caractère volontaire de ces ambiguïtés ; contra n°37, p.58. Selon cet auteur, l'idée que l'exécution résulte de la formation figure dans les textes).

(2) WEILL et TERRE, op. cit., n°387 ; F. GORE, chr. précitée, n°6, p.163.

(3) Adde pour des hypothèses légales de recul du transfert de propriété qui n'empêchent pas la formation de la vente : P. BAGNERES, «La situation juridique des associés dans les sociétés d'attribution», Thèse Toulouse 1973, p.166 (loi du 16 novembre 1940 : autorisation préfectorale en matière de vente d'immeuble ; loi du 8 août 1962 : aliénations de terres de culture dans certaines hypothèses).

1) Le recul conventionnel du moment du transfert de propriété

327.- En droit civil, il a toujours été admis que l'article 1138 pouvait céder devant la volonté contraire des parties. Les contractants peuvent décider de retarder le transfert de propriété d'un corps certain jusqu'à un événement futur, qu'ils sont libres de choisir. Il est fréquent, par exemple, que la règle posée par l'article 1589 du Code civil selon laquelle «la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix» soit paralysée jusqu'à la réitération de l'accord dans un acte authentique. Ce transfert de propriété peut également être affecté d'un terme suspensif constitué par la délivrance de la chose. Enfin, lorsque le paiement du prix n'est pas effectué au comptant, un souci de protection du vendeur conduit à retarder parallèlement la transmission de la propriété de la chose vendue jusqu'à la bonne exécution par l'acheteur de son obligation. La jurisprudence a longtemps privé cette stipulation de toute efficacité, en cas de faillite de l'acheteur, alors que c'est dans cette hypothèse que la clause présente un intérêt maximal. La protection des tiers s'étant fiés à la solvabilité apparente de l'acheteur empêchait le vendeur de se prévaloir de son droit de propriété et l'obligeait à subir le concours des autres créanciers. Même le recours à des techniques contractuelles différentes, telles que la location-vente, ne suffisait pas à renverser cette solution[1]. Seule l'intervention du législateur, par une loi du 12 mai 1980, a permis de briser cette jurisprudence. Par un curieux retournement vis-à-vis de la clause de dessaisine-saisine, c'est semble-t-il, la clause de réserve de propriété qui est appelée à devenir une clause de style, en matière commerciale tout au moins.

328.- L'analyse traditionnelle fondée sur un transfert instantané de la propriété donne de ce recul conventionnel une explication assez confuse. En l'appliquant à la lettre, le transfert est concomitant de la formation du contrat. Il est alors curieux de constater qu'il se situe au même moment que la naissance de la clause particulière des parties qui est censée l'écarter... Il semble paradoxal, qu'un même événement, l'échange des consentements, entraîne simultanément deux effets contraires : un transfert immédiat de la propriété et le rejet du principe de cette dation instantanée.

En adoptant l'analyse successive, la situation paraît beaucoup plus simple et plus logique[2]. La conclusion de l'accord fait naître les obligations stipulées par les parties,

---

(1)Cf. infra n°1572.

(2)Cf. Ch. GOYET, «Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire», Thèse Strasbourg, LGDJ 1983, n°375 et s., p.202 et s. Rappr. aussi F. COLLART-DUTILLEUL,

affectées de leurs modalités. Dès la rencontre des volontés, dans une vente, apparaissent simultanément à la charge du vendeur une obligation de donner et à la charge de l'acheteur une obligation de payer le prix. Dans notre hypothèse, à ce même moment, les parties conviennent de ne pas procéder immédiatement à l'exécution du transfert de propriété. Celui-ci, qui aurait du suivre immédiatement et automatiquement la naissance de l'obligation de donner, est repoussé à une date ultérieure. Ici encore, se retrouve une succession, qui paraît logique d'un point de vue causal, d'une décision et de son effet : l'obligation prend naissance assortie d'une modalité, un terme en l'occurrence[1], qui recule la date de son exécution.

2) Le recul «naturel» du moment du transfert de propriété

329.– Pour pouvoir s'appliquer, le principe traditionnel du transfert immédiat présuppose que la convention porte sur un corps certain. Un jurisprudence et une doctrine unanimes écartent la règle lorsque le transfert concerne une chose future ou une chose de genre. Dans la première hypothèse, l'éviction du transfert instantané est justifiée par l'inexistence de la chose lors de la conclusion du contrat[2]. Dans la seconde, la solution s'explique par l'hésitation qui affecte l'identité même de la chose dont la propriété est transférée : tant que celle-ci n'est pas individualisée par son mesurage, son pesage, son comptage, son emballage ou toute autre circonstance, il est impossible de préciser quel est le bien déterminé dont la propriété a changé de titulaire[3]. Jusqu'à cette individualisation, le vendeur n'est tenu que d'une obligation de donner[(4)]. Ce recul du moment du transfert de la propriété, dû à la nature de la chose vendue, appelle deux remarques, qui semblent confirmer la préférence accordée à l'analyse successive.

330.– Il convient de souligner en premier lieu, que la solution traditionnelle du transfert immédiat postule nécessairement de privilégier les corps certains au détriment des choses de genre. Il est permis de s'interroger sur le bien fondé d'une telle

---

Thèse précitée, n°122, qui semble concevoir plus facilement une modalité (terme ou condition) d'une obligation qu'une modalité d'un transfert automatique.

(1)Sur cette analyse, cf. infra n°1081 et s.

(2)N. CATALA, Thèse précitée, n°39, p.89.

(3)Cf. F. GORE, «Le transfert de propriété dans les ventes de chose de genre», D. 1954, p.175 : «indétermination relative de son objet».

(4)Certains auteurs contestent même l'idée que l'obligation de donner une chose de genre soit une véritable obligation : selon eux, lorsqu'elle existe, cette obligation s'exécute par l'accomplissement d'opérations d'individualisation qui constituent des obligations de faire (STARCK, op. cit., n°957 ; rappr. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, chr. précitée, RTD civ. 1985, n°47, p.40). L'affirmation est sans doute excessive, car la possibilité d'exécution forcée, qui est le trait essentiel de toute obligation, est en l'occurrence présente (comp. d'ailleurs STARCK, op. cit., n°1344).

présentation, qui semble reposer principalement sur la force de l'habitude. Pourquoi en effet poser en principe que la vente ne comporte pas d'obligation de donner, sauf si elle porte sur une chose de genre, plutôt que d'adopter une position inverse, selon laquelle la vente comporte cette obligation, sauf lorsqu'elle affecte un corps certain ?(1). Un auteur adopte résolument cette seconde position en matière commerciale[2]. Selon lui, «dans la vente commerciale, la règle est que le transfert a lieu non au moment de la conclusion du contrat, mais à l'époque où les parties ont voulu le placer», à savoir au moment de la livraison dans les ventes à livrer, ou au moment du paiement du prix dans les autres cas. Cette dernière affirmation est sans doute excessive ; il n'en demeure pas moins que, présenté comme une exception et non comme un principe, le transfert immédiat perd de son caractère intangible. Cette sorte de désacralisation le range au rang d'une règle purement technique, dont les modalités devraient ainsi pouvoir être discutées plus librement.

Il est paradoxal de constater qu'une analyse rigoureusement inverse aboutit à une conclusion identique. Il est possible, en effet, d'affirmer que le principe d'un transfert solo consensu est en réalité une règle générale, qui concerne aussi les choses de genre. Comme le remarque De Page, que la vente porte sur un corps certain ou sur une chose de genre, le transfert de propriété «reste de droit». Il est simplement tenu en suspens et se produit de lui-même dès que l'obstacle a disparu[3]. La nature de l'obstacle est éminemment variable et la tradition n'est nullement une condition du transfert de propriété, pour les choses autres que les corps certains : l'individualisation peut être réalisée avant la délivrance, ou encore, le transfert peut être reculé jusqu'au complet paiement du prix. Tout ceci invite à déterminer quels sont les apports essentiels du Code civil en cette matière. Ce qui semble primordial, en réalité, c'est qu'en premier lieu, le transfert est intégré dans l'objet du contrat, qu'ensuite il est soumis à l'influence de la volonté des parties et qu'enfin, il se produit automatiquement, dès qu'il est possible et que les parties l'ont voulu. Le point de savoir si, pour un corps certain, en l'absence de stipulation particulière des contractants, cet effet automatique

---

(1)Cf. d'ailleurs, le titre de la section précédant l'article 1136, qui s'intitule «de l'obligation de donner», alors que l'article 1138, dans l'opinion classique, supprime cette obligation pour les corps certains. N'est-il pas plus facile de concevoir la suppression exceptionnelle à un élément d'une structure de principe que l'adjonction exceptionnelle de cet élément sur une structure, qui, a priori, ne le comporte pas ? Rappr. infra, le don manuel, qui constitue une exception irréductible «par suppression».

(2)F. GORE, chr. précitée, RTD civ. 1947, n°31, p.173 texte et note 4. Comp. D. TALLON, op. cit., p.94-95 (plus réservé). Rappr. M. ALTER, Thèse précitée, n°7, p.15.

(3)T.4, op. cit., n°19, p.41, n°21, p.42, n°25, p.50 et 52.

se produit au moment de la formation du contrat ou un instant après, est un problème bien secondaire[1].

331.- L'analyse successive semble d'autant plus s'imposer, que la condition même de l'application du principe traditionnel du transfert immédiat, la nature de corps certain de la chose vendue, n'est pas toujours exempte de difficultés[2] et que, surtout, elle est sous l'emprise de la volonté des parties[3]. Il est impossible de parler, en général, d'un transfert immédiat sans vérifier que les contractants ont entendu considérer comme un corps certain la chose vendue. Ainsi, la vente d'une voiture automobile (supposée fabriquée), porte le plus souvent sur une chose de genre, mais elle peut devenir celle d'un corps certain, si l'acheteur désire acquérir, par exemple, le cent millième véhicule produit d'un modèle particulier[4]. De même, il est concevable d'acheter un maillot d'un champion de tennis (chose de genre) ou le maillot qu'il a porté lors d'une rencontre précise (corps certain). L'intérêt de telles discussions ne se cantonne pas à ces hypothèses pittoresques : un problème similaire se rencontre lorsqu'il convient de distinguer la vente de chose de genre de la vente en bloc[5]. Le moment du transfert de propriété et l'application du principe du transfert instantané dépendent de ce qu'ont voulu les parties à l'égard de la chose vendue. Aucune solution ne s'impose a priori et seul le contenu de l'accord est à même de fournir une réponse : il est possible de vendre un troupeau de vaches ou un certain nombre de vaches à compter ou à peser.

Cette influence de la volonté individuelle des contractants sur la nature du bien vendu fait apparaître une difficulté identique à celle rencontrée précédemment pour le recul conventionnel du moment du transfert de propriété : comment rationnellement le transfert immédiat peut-il s'accomplir en même temps que l'accord des parties sur la

---

(1)Cf. Ch. ATIAS, Thèse précitée n°35, p.55 : «Le moment du transfert est, toutefois, moins significatif que la puissance reconnue à la volonté qui en est l'instrument».
Si le transfert est automatique dès qu'il est possible et voulu, la date de son accomplissement est donc variable. Cette constatation est à rapprocher des affirmations de M. GORE, pour qui la volonté des parties est en ce domaine essentielle. Selon cet auteur, le transfert immédiat est en réalité une présomption de la volonté des parties (chr. précitée, RTD civ. 1947, n°16 et 31 ; chr. précitée, D. 1954, p.176). L'objet de cette section, est donc simplement d'essayer de montrer que parmi tous les moments possibles, aucun ne pose problème (notamment pas la simultanéité avec la délivrance, cf. supra n°325 (note)), sauf celui qui coïncide avec la formation du contrat.

(2)M. ALTER, Thèse précitée, n°7, p.15 ; D. TALLON, op. cit., p.97.

(3)P. JAUBERT, «Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité», RTD civ. 1945, p.75 ; J. AMIEL-DONAT, «Essai sur le rôle du consentement dans la formation des contrats», Thèse Perpignan 1981, n°22, p.18 (à propos du dépôt irrégulier).

(4)L'exemple est tiré de l'article de M. JAUBERT (op. cit., p.88).

(5)D. TALLON, op. cit., p.97. Ce type de difficultés peut se rencontrer dans le cadre de la distinction du commodat et du prêt de consommation, si ces contrats sont analysés comme des conventions consensuelles.

nature du bien, puisque le second commande l'application du premier ? Ici encore, une analyse successive semble plus simple : l'instant de raison qu'elle suppose avant l'exécution de l'obligation de donner, permet de faire précéder celle-ci par la définition contractuelle de l'objet vendu.

332.– En conclusion, il paraît plus précis et plus exact de considérer que tout contrat translatif de droit réel[1] comporte une obligation de donner qui prend naissance lors de la conclusion de la convention par l'échange des consentements. C'est à ce moment que se situe également l'apparition des stipulations contractuelles sur la nature de la chose transférée et sur le recul éventuel de l'exécution de la dation. Ensuite, mais ensuite seulement, cette obligation est réputée légalement s'exécuter automatiquement sans autre intervention des parties si toutes les conditions de mise en œuvre de cette règle sont remplies. Dans le cas contraire, l'exécution de l'obligation de donner s'effectue au moment et selon les modalités convenues par les parties. La vision traditionnelle d'une formation instantanée cède la place à une approche plus réaliste de ce moment de la vie contractuelle, qui apparaît de plus en plus comme une procédure de formation[2] du contrat(3).

II - AVANTAGES D'UNE SUCCESSION FORMATION-TRANSFERT

333.– Selon un auteur, «il paraît bien inutile, en vérité, de réintroduire ainsi de force une obligation de donner dénuée de toute consistance et de toute signification»[4]. Une telle affirmation ne saurait pourtant emporter la conviction. La reconnaissance de principe de l'existence systématique d'une obligation de donner présente trois

---

(1)La solution vaut également pour les contrats constitutifs de droit réel, sous la seule réserve de l'analyse spécifique de l'obligation de constitution (cf. à ce sujet, J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.35 et s. et p.56 et s. ; v. infra n°859 et s.).

(2)L'expression est empruntée à KELSEN. Cf. P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon II 1973, n°1, p.3 ; J. GHESTIN, «Le contrat», 2e édit., n°162 et s., p.168 et s., n°178-1 et s., p.188 et s. et n°198, p.218 ; F. JACQUOT, «Du contrat de vente au droit de la vente», Thèse Nancy 1988, n°253 et s. et p.408 et s.

(3)Un tel raisonnement comporte une forte analogie avec le fonctionnement d'un ordinateur. Même si aux yeux de l'utilisateur, la mise en marche d'un ordinateur semble instantanée, elle suppose en fait l'accomplissement par le microprocesseur d'un certain nombre de tâches, effectuées selon un ordre prédéfini (reconnaissance des périphériques, mémoires de masse, clavier, écran, etc.). L'exécution de ces «routines» «le temps d'un éclair», ne signifie pas pour autant qu'elles n'existent pas. La comparaison peut d'ailleurs être poussée plus loin, puisque l'utilisateur de l'ordinateur peut personnaliser la mise en route, en y ajoutant certaines séquences particulières, par le biais de programmes spécifiques (affichage de la date, du jour et de l'heure par exemple).

(4)Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, n°18.

avantages. Le premier est déjà connu : cette analyse semble plus rigoureuse du seul point de vue de la logique juridique et elle explique plus simplement les altérations du transfert immédiat que les parties peuvent stipuler. Le second avantage se rapporte à la technique des qualifications (A) et le troisième concerne la classification des contrats, plus spécialement la détermination de leur caractère synallagmatique ou unilatéral (B)[1]. Mais avant d'examiner successivement ces deux points, une remarque préalable s'impose. Il convient en effet de souligner que l'adoption de l'analyse successive ne comporte aucun inconvénient pratique. L'exécution de l'obligation de donner restant automatique, par l'effet de la loi, et s'effectuant juste après la formation du contrat, le régime de la convention n'est pas modifié ; en particulier, l'attribution des risques n'est pas perturbée, aucun événement ne pouvant s'intercaler entre la formation et l'exécution, sans que les parties ne l'aient souhaité. Dès lors, comment ne pas renverser l'affirmation initiale de M. Simler : pourquoi se priver d'une explication, qui, dénuée d'inconvénients pratiques, présente en revanche certains avantages, même si ceux-ci sont principalement, mais pas exclusivement, théoriques ?

A) L'homogénéité des critères de qualification

334.- Contrairement à la théorie des contrats réels, dont l'influence sur la technique des qualifications est la source d'importantes perturbations, le principe du transfert immédiat de la propriété des corps certains ne pose pas, en ce domaine, de problèmes insolubles. Le transfert demeurant un effet du contrat, il peut figurer dans la structure de qualification. L'analyse classique suppose seulement un aménagement de la nature des éléments composant cette structure : dans certains cas, le critère de qualification sera constitué par une obligation, dans d'autres il prendra la forme d'un effet automatique[2]. La structure de la vente combinerait, d'ailleurs, dans cette conception, les deux types de critères : transfert de propriété (effet immédiat) et paiement du prix (obligation)[(3)]. La théorie de la cause, qui assure la liaison des divers éléments composant la structure de qualification, peut en revanche absorber cette altération sans difficulté. Pour un acheteur, s'engager dans la perspective de l'exécution d'une obligation de donner ou de l'accomplissement immédiat d'une dation, c'est somme toute indifférent et dans les deux cas, c'est la transmission de

---

(1) V. aussi, pour la place de l'obligation de donner dans les contrats préparatoires, P. BLOCH, chr. précitée, n°16 et s.

(2) Cf. Ch. ATIAS, Thèse précitée, n°47, p.67.

(3) Il serait même possible d'atteindre, d'une autre façon, une certaine homogénéité, en attachant la qualification, non plus à l'obligation, mais à l'objet de l'obligation, à savoir la prestation. Un contrat serait qualifié d'après l'existence, la nature et la hiérarchisation de ses prestations, que celles-ci s'accomplissent automatiquement ou qu'elles obligent les contractants.

propriété de la chose convenue qui constitue, au travers de deux techniques différentes, le même but[1]. Là-encore, la notion de cause montre sa souplesse : par sa nature de représentation psychologique, elle permet d'atteindre des éléments extérieurs au contrat ou dont la nature est variable : obligation ou effet automatique[2].

335– L'adoption d'une analyse successive présente l'avantage de rendre inutile ces aménagements. L'opération de qualification est alors gouvernée par un principe général : tous les éléments constituant la structure de qualification d'un contrat ont la nature d'obligation[3]. Les critères de distinction de toutes les conventions sont alors homogènes, situation en définitive logique, puisque la qualification oblige à des rapprochements, à des comparaisons ou à des oppositions qui se conçoivent mieux entre des éléments de même nature.

Un seul contrat demeure irréductible : le don manuel. La raison de ce particularisme est simple, et elle ne provient pas, en réalité, d'une quelconque spécificité du transfert de propriété de cette convention, par rapport à celui inclus dans une donation, par exemple. Cette originalité provient de la nature réelle véritable du don manuel. Ainsi qu'il a déjà été indiqué[4], la réalité de ce contrat correspond, comme en droit romain, au remplacement d'une forme solennelle par une simple tradition. Il est dès lors impossible de placer la formation du contrat à un moment autre que celui de la remise de la chose et, dès cet instant, la propriété est transférée au donataire. Cette remise vaut donc également dation et ceci, quelle que soit la nature de la chose donnée, la remise opérant de surcroît individualisation de celle-ci.

Hormis ce cas isolé, cette exception qui confirme la règle, le principe est d'une portée générale. Il contribue de plus, à clarifier la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, sans avoir à modifier la définition traditionnelle de ces notions et c'est certainement là une de ses conséquences les plus importantes.

---

(1) La cause de l'acheteur est similaire dans une vente de corps certain et une vente de chose de genre. Il convient toutefois de remarquer que la règle du transfert immédiat aboutit quand même à une situation quelque peu paradoxale. Pour répondre aux objections des anti-causalistes, la cause a été définie comme la considération de l'exécution (cf. supra n°43 et s.). En l'occurrence, la représentation de l'exécution et cette exécution elle-même sont simultanées. Faut-il repousser la cause-représentation psychologique avant même la formation ? (rappr. le moment des diligences que l'acheteur doit accomplir pour découvrir les vices apparents : à la livraison pour les choses de genre et avant le transfert de propriété, donc avant même l'accord des volontés, pour un corps certain qu'il a pu voir avant la vente).

(2) Contra : Ch. ATIAS, Thèse précitée, n°53 et s., p.78 et s.

(3) Cf. P. BLOCH, chr. précitée, n°5 et n°85, qui montre la nature d'obligation essentielle et fondamentale de l'obligation de donner et son rôle structurant.

(4) Cf. section précédente ; rappr. Ch. ATIAS, Thèse précitée, n°7, p.15 qui indique que l'effet translatif de la vente en droit romain n'est apparu qu'après l'abandon des règles de la vente primitive où l'échange des prestations (délivrance et prix) se faisait en un trait de temps.

B) La clarification de la notion de contrat synallagmatique

336.– Un contrat est synallagmatique lorsque chaque contractant s'est obligé. L'appréciation de ce caractère peut porter sur la structure globale du contrat, c'est-à-dire sur l'ensemble des obligations créées par la convention ou seulement sur sa structure de qualification, à savoir ses obligations principales[1]. Dans cette dernière hypothèse, la combinaison d'une définition stricte du caractère synallagmatique d'une convention, fondée sur la réciprocité d'obligations et du principe du transfert immédiat de la propriété des corps certains, conduit à décider que la vente d'une chose individualisée est un contrat... unilatéral ! En effet, si l'acheteur est bien tenu d'une obligation de payer le prix, le vendeur n'est pas tenu d'une obligation de donner. Pour éviter cette solution aberrante, la plupart des auteurs s'attachent à l'obligation de délivrance pesant sur le vendeur, pour faire apparaître une réciprocité d'obligations entre ces deux contractants[2]. Bien qu'un tel raisonnement puisse se recommander du Code civil (art. 1603), il est assurément défectueux : structurellement, l'obligation de délivrance est une obligation accessoire du transfert de propriété[3]. Seul M. Ghestin, aborde cette difficulté de façon rigoureuse, en affirmant nettement que «le contrat reste synallagmatique lorsque l'une des obligations a pour contrepartie la création ou le transfert d'un droit»[4]. Cet auteur procède ainsi à une reformulation de la définition du caractère synallagmatique, pour y inclure indifféremment obligations et transferts automatiques de droit. La démarche est tout à fait comparable à celle déjà proposée précédemment pour la qualification. Et là-encore, l'adoption d'une analyse successive permet d'éviter toutes ces contorsions : l'admission générale d'une obligation de donner permet de conférer à la vente son véritable caractère de contrat synallagmatique sans modifier la définition de l'article 1102 du Code civil.

337.– Cette discussion peut paraître académique pour la vente où la présence d'obligations accessoires permet de pallier certaines imprécisions conceptuelles. Mais, comme toujours, ces imprécisions finissent tôt ou tard par faire sentir leurs conséquences dans une hypothèse pratique, initialement omise. C'est une de ces

---

(1) Cette dernière affirmation est quelque peu approximative. Pour plus de détails, impossibles à fournir dès à présent, cf. infra sous-titre 3.

(2) V. par ex. : A. BENABENT, «Les obligations», 1991, n°18 ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», n°64 ; J.-P. MARTY, J.-Cl. Civ., art. 1101-1108, n°50 et n°59.

(3) Cf. infra n°381 ; adde, en ce sens, Ch. ATIAS, Thèse précitée, n°54, p.80.

(4) «Le contrat», op. cit., n°16, p.11 et n°10, p.7 ; rappr. WEILL et TERRE, «Les obligations», n°34 ; R. SAVATIER, op. cit., n°130.

situations qui a été soumise à la troisième Chambre civile le 8 mai 1974[1]. En l'espèce, les parties avaient conclu un contrat par lequel l'une d'entre elles concédait à l'autre un bail «gratuit» de cinquante ans sur une parcelle en contrepartie de la constitution d'une servitude de passage «gratuite». Peu importe ici la qualification exacte de cette convention[2]. L'essentiel est de constater que, selon la Cour, «le contrat litigieux, tel qu'il a été analysé par les juges du fond, constitue un contrat synallagmatique à caractère instantané». La haute juridiction effectue donc l'élargissement de la définition du caractère synallagmatique évoqué précédemment et approuvé par M. Ghestin. Cette extension apparaît clairement à la lecture de la note de M. Larroumet, qui restant fidèle à la définition classique fondée sur la réciprocité d'obligation, refuse de considérer ce contrat autrement que comme une convention unilatérale. «S'il y a bien création d'une obligation personnelle à la charge du propriétaire du fonds dominant, il n'y a pas du tout création d'une semblable obligation à la charge du propriétaire du fonds servant. Il y a tout au plus création d'un droit réel ou constatation d'un droit réel»... «Dès lors qu'il n'y a pas création d'un double rapport d'obligation entre deux individus, il est impossible de considérer la convention qu'ils ont conclue comme étant un contrat synallagmatique». Une telle analyse est parfaitement conforme à la définition classique du caractère synallagmatique et à la règle traditionnelle du transfert immédiat. S'agissant de la constitution d'une servitude, le palliatif tiré de l'existence d'obligations accessoires personnelles à la charge du vendeur n'existe plus. Toutes les faiblesses de cette construction apparaissent alors. En particulier, cette solution conduit à refuser l'application de la résolution pour inexécution à cette convention et il est facile d'imaginer les inconvénients qui peuvent en résulter si c'est le propriétaire du fonds dominant qui cesse d'exécuter son obligation de payer le prix du droit réel ainsi constitué(3). Avec l'analyse successive, au contraire, l'existence systématique d'une obligation de donner permet de reconnaître à toutes les conventions translatives ou constitutives de droit réel la nature d'un contrat synallagmatique, dès lors que cette translation ou cette constitution est effectuée en contrepartie du paiement d'un prix ou d'une quelconque obligation. Et cette solution est possible sans que la définition de l'article 1102 ne soit modifiée.

---

(1)D. 1975, p.305, note Ch. LARROUMET ; J.GHESTIN, op. cit., n°16, p.11.

(2)Cf. infra n°1287 et s.

(3)A moins d'aménager les conditions d'application de la résolution judiciaire pour l'étendre aux contrats unilatéraux onéreux (cf. WEILL et TERRE, «Les obligations», n°483 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», n°739). La jurisprudence semble adopter cette position, qui recule ainsi, par un nouvel aménagement, l'analyse de certains contrats, tels le prêt à intérêt, qui est sans aucun doute un contrat synallagmatique onéreux et qui retarde la discussion au fond du point de savoir si l'inexécution d'une obligation accessoire peut entraîner la résolution d'un contrat.

338.- Il semble donc, pour conclure, que les éléments composant la structure d'une qualification contractuelle soient analysables de façon homogène ; ils possèdent tous la nature d'une obligation et les exceptions traditionnelles à ce postulat ne sont nullement incontournables.Il est toutefois permis de se demander si l'évolution doctrinale récente relative à la promesse unilatérale n'est pas à même de raviver cette difficulté, dans une perspective un peu différente.

Les définitions du contrat de promesse unilatérale sont à peu près aussi nombreuses que les auteurs ayant examiné la qualification de cette convention... Dans l'opinion classique, en raisonnant sur l'exemple de la vente, le promettant est tenu de deux obligations : il doit vendre au bénéficiaire si celui-ci manifeste la volonté d'acquérir le bien objet de la promesse et, durant le délai d'option, il doit s'abstenir de vendre à un tiers[1]. Qu'il soit analysé comme une obligation de conclure la vente ou comme le consentement d'ores et déjà donné à la vente, le premier engagement occupe une position principale et l'obligation de ne pas contracter avec un tiers est une prestation accessoire qui vient en renforcer l'efficacité[2]. Le bénéficiaire, quant à lui, n'est pas tenu d'acheter, et s'il s'oblige à verser une indemnité, cette dernière compense l'immobilisation du bien et ne constitue pas la contrepartie de l'obligation principale du promettant. L'analyse oblige à établir un rapport d'équivalence de second rang[3], mais elle garde sa cohérence.

Selon une seconde opinion, l'obligation principale du promettant est celle de maintenir une offre[4]. Une offre de vente vient, pour ainsi dire, s'enchâsser dans un contrat dont elle va épouser ainsi certains des caractères. Une telle conception renverse la hiérarchisation traditionnelle des engagements du promettant. L'offre de vente semble occuper une place secondaire à la limite du détachement du contrat de promesse. L'obligation de la maintenir constitue alors la prestation principale du promettant et l'indemnité d'immobilisation en est la contrepartie directe. Dans cette analyse, la promesse s'apparente à un véritable contrat synallagmatique onéreux. Une telle conception soulève plus de difficultés qu'elle n'en résout quant à la nature de

---

(1)V. en ce sens : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE , op. cit., n°59-60 (semble-t-il).

(2)Cf. infra n°371 et s. pour les obligations accessoires par destination. V. en faveur de cette position accessoire : P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon 1973, p.183 et p.192

(3)Cf. infra n° 411 (note).

(4)V en ce sens : J. SCHMIDT, «Conclusion et négociation des contrats», Dalloz 1982, p.486 ; F. BENAC SCHMIDT, «Le contrat de promesse unilatérale de vente», Thèse LGDJ 1983, n°19-20, n°36.

l'obligation du promettant[1], mais la structure qu'elle propose pour cette qualification annonce des théories plus récentes.

Pour celles-ci, la réduction d'une promesse unilatérale à une combinaison de plusieurs obligations, par exemple une obligation de donner ou une obligation de conclure le contrat futur assortie d'une obligation de ne pas vendre, est insuffisante[2]. La situation du bénéficiaire n'est pas seulement celle d'un créancier : sa créance ne pourrait consister qu'en un droit à former la vente or, de quoi le promettant serait-il débiteur puisqu'il a déjà donné son consentement à celle-ci[3] ? Cette faiblesse s'accuse notamment en cas de substitution de bénéficiaire : dire que le substituant devient créancier de l'obligation de ne pas vendre à un tiers et de celle de donner ou de conclure le contrat définitif ne rend pas compte de la totalité de la situation réelle. Cette présentation omet en effet la transmission au nouveau bénéficiaire d'un droit d'opter d'une nature originale et représentant une valeur propre[4]. La jurisprudence n'a pas expressément consacré ce droit potestatif d'option, mais son refus de voir dans la substitution une pure cession de créance soumise à l'article 1690[5], est une première indication en faveur d'une originalité de la situation créée par la promesse unilatérale.

---

(1) La référence à l'offre n'emporte pas la conviction car «l'offre» insérée dans un contrat de promesse n'a plus rien à voir avec une offre traditionnelle et les régimes applicables sont totalement différents. S'agissant des conditions, si la nécessaire précision de l'offre peut se retrouver dans la détermination de la promesse, il faut bien convenir que «l'offre» insérée dans une promesse ne saurait être dépourvue de fermeté en raison de l'article 1134 du Code civil et que l'existence d'une équivoque se règlerait non par une dénaturation en invitation à entrer en pourparlers, mais par une disqualification en un autre contrat (accord de principe par exemple) ou, tout simplement, par interprétation de l'accord (art. 1602 du Code civil notamment ; cf. infra n°1460 (note) pour l'application de ce texte aux promesses). Ensuite, le décès demeure sans influence sur «l'offre» insérée dans le contrat de promesse alors que la Cour de cassation est revenue à la caducité dans l'autre hypothèse. De même, le non respect de «l'offre» relève selon les cas d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle. Enfin, les exceptions traditionnelles accordant au silence valeur de consentement sont inapplicables à une «offre» insérée dans une promesse. Même si les parties sont en relations habituelles d'affaires ou si l'offre est faite dans le seul intérêt du bénéficiaire, le silence de ce dernier ne peut valoir acceptation, sauf clause contraire (autre différence), car pour lui, la promesse a pour fonction essentielle de lui octroyer une faculté d'opter qu'il puisse exercer librement.

(2) I. NAJJAR, «Option et substitution dans la promesse unilatérale de contrat», D. 1988, p.24 et p.135 ; L. BOYER, «Clause de substitution et promesse unilatérale de vente», JCP 1987, I, 3310 ; F. BENAC-SCHMIDT, «La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité», D. 1990, p.7 ; P. BLOCH, chr. précitée, n°16 et s.

(3) V. par exemple : F. COLLART DUTILLEUL, «Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble», Sirey 1988, n°253

(4) Cf. I. NAJJAR, op. cit.

(5) Civ. 3e 1 avril 1987, D. 1987, p.453, note L. AYNES ; Gaz. Pal. 1987-2 somm. annoté p.16, obs. A. PIEDELIEVRE ; Petites affiches 30 octobre 1987, p.13, note J. GHESTIN ; Civ. 3e 27 mai 1987, Bull. civ., III, n°111, p.65 ; Civ. 3e 27 avril 1988, D. 1989, p.65, note I. NAJJAR.
La Cour de cassation exclut aussi, par ces arrêts, l'application de l'article 1840-A du Code général des impôts, ce qui se comprend beaucoup moins bien (cf. F. BENAC-SCHMIDT, précité). La référence à la stipulation pour autrui préconisée par certains (cf. J. GHESTIN, note précitée)

339.- Il reste alors à mesurer l'apport de cette notion de droit potestatif d'option sur la technique des qualifications contractuelles. A première vue, cette influence reste faible, pour deux raisons. En premier lieu, parce que cette modification ne concerne que le côté «positif» du rapport d'obligation et non le côté «dette» du promettant. Or, selon un postulat traditionnel, le droit français privilégie cette seconde vision[1]. Si ce postulat était renversé, si la vente était qualifiée par la présence d'une double créance de prix et de propriété, alors, mais alors seulement, le concept de droit potestatif obligerait à aménager la technique de l'opération de qualification (comme l'incite à le faire le transfert immédiat). Ensuite, et cette seconde idée découle directement de la précédente, en conservant le postulat traditionnel, l'obligation principale pesant sur le promettant et qui singularise les promesses unilatérales, n'est pas modifiée par l'introduction de cette notion nouvelle de droit potestatif. En particulier, il n'est pas possible de distinguer des promesses qui feraient apparaître un simple droit de créance et des promesses qui engendreraient un droit potestatif : dans la nouvelle analyse, toutes les promesses unilatérales donnent naissance à un droit potestatif.

Une grande prudence reste de mise cependant. Il est peut-être excessif d'affirmer que le promettant n'est «pas débiteur d'une option»[2] car il est difficile sinon d'expliquer une décision qui a autorisé le bénéficiaire à ne pas verser l'indemnité convenue en raison de l'existence d'un vice caché qui l'empêchait en fait de lever l'option[3] et la solution pourrait peut-être étendue à l'hypothèse de destruction du bien promis pendant le délai d'option[4]. A partir du moment où la présence de cet élément supplémentaire, adjoint à la structure habituelle de la promesse unilatérale, est admise, il devient rapidement tentant d'en faire l'objet caractéristique du contrat : la promesse unilatérale, dans cette hypothèse, aurait pour objet l'octroi d'une option pendant un certain délai [5]. Pourtant, une telle présentation laisse une impression d'inachevé : puisque le contrat rend le bénéficiaire titulaire d'un droit nouveau, il faut bien essayer d'expliquer le mécanisme de son acquisition. La référence à l'objet évoque tout

---

supposerait que le droit d'opter du substituant soit né directement dans son patrimoine, ce qui reste un point fort discutable.

(1)Cf. supra n°90.

(2)F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE , op. cit., n°60

(3)Cf. infra n°1613 et s.

(4)Comp. M. GENINET, Thèse précitée, n°218, qui consacre une obligation de conservation de la chose promise.

(5)V. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°112 ; M. GENINET, Thèse précitée, n°155 («tout engagement conférant à son bénéficiaire un droit d'option») et n°464.
L'obligation de ne pas vendre constituerait une obligation accessoire opposée à ce droit (cf. infra n°411 (note)).

naturellement une obligation mais celle-ci n'est pas identifiée. En poussant plus loin le raisonnement, deux analyse sont concevables.

La première consiste à consacrer une nouvelle obligation originale, caractéristique des promesses unilatérales : l'obligation de créer et maintenir un droit potestatif d'option. La proposition peut sembler hérétique puisque le concept de droit potestatif a été construit en opposition au droit de créance qui constitue la face positive classique de toute obligation. Cependant, il convient de remarquer que ce concept déborde le cadre du droit des contrats et qu'un droit d'option peut provenir directement de la loi. Il suffit pour cela qu'une situation puisse être modifiée par la volonté unilatérale du titulaire de ce droit : par exemple, le décès d'une personne ouvre sa succession et engendre pour chaque héritier un droit d'option pour l'acceptation de celle-ci. Or, force est de constater que pour les promesses unilatérales, la situation «modifiable» ne préexiste pas à la conclusion de l'accord et que, même après cette création, elle peut disparaître si le promettant vend à un tiers. Dès lors, est-il si extraordinaire de considérer que l'obligation du promettant est celle de créer et maintenir un droit d'opter ? Pour exécuter une telle obligation, c'est à dire pour créer un droit d'option, le promettant devrait s'engager à vendre sans que le bénéficiaire ne s'engage à acheter et pour maintenir cette option, il devrait s'interdire de vendre à un tiers pendant le délai convenu. Il n'y aurait là qu'une décomposition technique courante en matière contractuelle[1].

Si cette analyse paraît excessive, il est possible de se rabattre sur une explication plus prudente qui consiste à admettre que la promesse entraîne seulement un «effet» créateur d'option[2]. La combinaison de l'obligation de conclure la vente du promettant et de l'absence d'engagement du bénéficiaire «crée» automatiquement la situation génératrice d'un droit d'option.

Ces analyses entraînent quelques conséquences notables. En premier lieu, il est possible de considérer que l'obligation de créer et de maintenir une option ou que l'effet créateur d'option constituent bien l'obligation ou la prestation caractéristique de la promesse unilatérale. Dans la première la technique traditionnelle des qualifications demeure inchangée : c'est toujours une obligation qui permet de qualifier le contrat. Dans la seconde, au contraire, c'est encore une fois un effet automatique, donc une prestation, qui sert de critère. A la limite, la situation est même encore plus difficile à contourner que l'effet translatif immédiat puisqu'en l'occurrence toutes les promesses

---

(1)Cf. infra n°315 et n°382.

(2)Une différence peut apparaître entre l'obligation de créer une option et l'effet créateur : la disparition de l'option après la conclusion du contrat réalise une inexécution de la première alors que pour le second il relève de la théorie des risques (res perit domino).

sont visées. Ensuite, ces analyses permettent de résoudre l'impasse dans laquelle les conceptions traditionnelles conduisent la promesse lors de l'analyse de l'indemnité d'immobilisation. Si la théorie du droit potestatif est ajoutée à une analyse traditionnelle de cette convention, il n'est pas équivalent de considérer que cette indemnité constitue la compensation de l'obligation de ne pas vendre et qu'elle est le prix de l'option. Cette dernière affirmation, qui semble sur le fond la plus exacte, oblige les juristes à revoir leurs habitudes : un prix est en général une obligation qui constitue la contrepartie d'une prestation de l'autre partie. Or, en l'espèce, le prix est rattaché à un droit de son débiteur et non à une obligation de l'autre contractant. A l'inverse, le renouvellement de l'analyse de la promesse, en redonnant une certaine consistance à l'aspect «dette» du droit potestatif d'option, rejoint des schémas traditionnels. Il oblige toutefois à modifier les caractères de la promesse avec indemnité d'immobilisation pour en faire un véritable contrat synallagmatique onéreux et non un contrat unilatéral onéreux[1] : l'indemnité d'immobilisation devient une obligation principale qui constitue la contrepartie de la création de l'option[2].

Conclusion du sous-titre 1

340.– Alors qu'initialement, le rôle de l'existence ou de la nature d'une obligation sur la qualification d'un contrat, pouvait apparaître comme aussi simple à décrire qu'inintéressant à étudier, un examen plus précis de cette question en démontre au contraire la richesse et la complexité. Sur le premier point, force est de constater que ces procédés techniques, en définitive très variés, sont au cœur de multiples conflits de qualification très concrets qui affectent l'existence ou la nature du contrat. Sur le second, le postulat de base selon lequel les contrats sont identifiés par l'existence ou l'absence de certaines obligations peut être conservé. A tout le moins, son universalité est encore moins incontestable lorsque le critère technique est attaché à la prestation objet de l'obligation et non à cette obligation elle-même. Dans cette seconde hypothèse, les contrats porteurs d'un effet automatique, que celui-ci soit translatif ou créateur d'option, perdent tout particularisme. Seuls demeurent inassimilables, quelle que soit l'analyse adoptée, les contrats réels. Si la doctrine contemporaine trouve encore quelque vertu à cette vieille théorie, sous l'angle des techniques de qualification, les contrats réels génèrent des structures d'obligations totalement artificielles, dont les conséquences se répercutent bien au delà de seules

(1)Cf. infra n°511.
(2)V. F. BENAC-SCHMIDT, Thèse précitée, n°69 s.

conditions de formation du contrat : disparition de l'obligation caractéristique du prêt, caractères artificiels, déformation de solutions traditionnelles (garantie des vices), etc. Ces répercussions se manifestent aussi dans la hiérarchisation des obligations. Premier pas vers une structuration plus globale de l'accord à partir de la totalité des obligation qu'il contient, c'est cette hiérarchisation qu'il convient d'étudier à présent.

SOUS-TITRE 2

LA HIERARCHISATION DES OBLIGATIONS D'UNE PARTIE

341.– L'identification de la nature des obligations ou des prestations contenues dans un contrat déterminé est un préalable indispensable à sa qualification. Si cette opération est nécessaire, elle n'est pas, cependant, suffisante. Elle n'aboutit, en définitive, qu'à permettre de dresser un inventaire de toutes les stipulations figurant dans la convention, complétées par les dispositions légales supplétives la concernant. Ce «contenu du contrat», pour reprendre l'expression de certains auteurs[1], constitue une masse indifférenciée, dont il est impossible de déduire directement la nature de la convention. Il est certes envisageable de procéder à une première distinction des diverses obligations d'après les parties qui en sont débitrices. Cette discrimination initiale est utile, mais elle avoue rapidement ses limites : il est extrêmement fréquent, pour ne pas dire systématique, qu'un contractant assume plusieurs prestations. Il faut donc aller plus loin et hiérarchiser les obligations d'une même partie, afin de faire apparaître celles qui sont principales et celles qui sont accessoires(2). Les premières influeront sur la qualification du contrat, les secondes, en principe, ne le pourront pas[3]. Cette hiérarchisation est parfois critiquée : elle serait simplificatrice[4] et ne

---

(1)V. par ex : H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux 1968, p.69 et s. L'auteur distingue le contenu strict du contrat (éléments essentiels, naturels et accidentels) selon le droit commun, et le contenu amplifié et obligatoire du contrat dans les régimes spéciaux des contrats, d'origine légale (règlements administratifs, conventions collectives, contrats-types) et jurisprudentielle.

(2)La détermination de l'objet caractéristique du contrat, c'est-à-dire de l'obligation qui en représente l'originalité économique, est un problème différent : il s'agit alors de hiérarchiser les obligations principales de tous les contractants. Cf. supra n°36 et s. ; cf. infra n°494 et s. et n°1226 et s. et 1308 et s.

(3)Cf. infra n°499 et s. ; B. GROSS, «La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats», Thèse LGDJ 1964, n°44, p.47 ; G. GOUBEAUX, «La règle de l'accessoire en droit privé», Thèse LGDJ 1969, n°137 et s., p.206 et s.

constituerait que l'application d'un adage, «accessorium sequitur principale», qui relève «d'une civilisation grossière et primitive»[1]. Ces objections ne sont pas fondées. Comme toute classification, la qualification suppose, par nature, une réduction de la diversité des situations de fait, par la recherche d'éléments essentiels, en nombre limité(2). Cette décantation est indispensable. Elle ne simplifie pas le contrat, elle l'organise, elle le structure. Les éléments négligés lors de la qualification ne sont pas pour autant supprimés et ils réapparaîtront lors de la fixation du régime juridique de la convention[3]. Mais du point de vue de la qualification, il est incontestable que toutes les obligations assurées par une partie ne se situent pas sur le même plan. Il paraît dès lors fondamental d'essayer de préciser les critères régissant cette hiérarchisation (chapitre 1), puis d'en vérifier l'efficacité pratique en étudiant quelques situations concrètes (chapitre 2).

Avant d'entamer ces développements, une remarque préliminaire s'impose. Il convient, en effet, de ne pas confondre deux conceptions de la notion d'accessoire et de principal[4]. La première, théorique, est celle correspondant à la structure d'obligations utilisée pour qualifier le contrat. Elle obéit à ses critères propres, orientés vers la recherche de la fonction assurée par le contrat et faisant pas conséquent appel à la cause. A cette conception, s'en oppose une autre, plus proche du sens populaire des termes d'accessoire et de principal(5) et qui concerne davantage l'exécution du

---

(4)T. HASSLER, «Les contrats de construction d'ensembles industriels», Thèse Strasbourg 1979, n°284, p.317 ; J.-F. ARTZ, «L'entreprise mobilière avec fourniture de matière», Thèse Montpellier 1972, n°228, p.249-250.

(1)BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE par RODIERE et PERCEROU, T.12, n°182, p.197. Cette affirmation péremptoire est à rapprocher de la position prise par le doyen RODIERE dans la querelle sur la qualification du contrat de déménagement...cf. infra n°419.

(2)Sauf à se tourner vers un système de classement isolant les particules élémentaires et les combinant ensuite à l'infini. Même, ici, pourtant, cette combinaison supposera nécessairement une hiérarchisation.

(3)Cf. infra seconde partie, titre 1.

(4)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°136, p.205.

(5)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°8 et s., p.19 et s. ; n°136, p.205.
Adde : - Ph. JESTAZ, «L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale», Mélanges RAYNAUD, p.278. Même si cet auteur attache en conclusion un rôle qualificatif à la notion qu'il dégage d'obligation fondamentale (p. 296), cette notion ne correspond pas en réalité à la conception stricte de l'accessoire et du principal utilisée pour qualifier une convention. En particulier, sont dénommées fondamentales des prestations incontestablement accessoires (par ex : fourniture de la carte grise d'un véhicule, note 12, p.281 ; obligation de délivrance du vendeur, p.282 ; obligation de renseignement, p.287). L'auteur finit d'ailleurs par l'admettre expressément (p. 293, adde p.279).
La conception défendue par M. DELEBECQUE (dont est d'ailleurs inspirée celle de M. JESTAZ) relative à l'obligation fondamentale appelle les mêmes remarques. Elle s'attache à la notion courante d'accessoire et ne s'identifie pas à la conception stricte de l'obligation principale, instrument de qualification («Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix 1981, n°135 et s., p.167 et s. (cf spéc. n°140 sur les éléments essentiels dans l'offre : le prix, élément qualificatif, n'est pas toujours exigé (contrat d'entreprise) ; n°153 et s. sur le droit international privé : certaines obligations privilégiées (livraison dans le transport ou délivrance

contrat[1]. Selon celle-ci, une obligation est accessoire ou secondaire, lorsqu'elle ne joue qu'un rôle réduit dans le déroulement pratique de l'accord et que, corrélativement son inexécution n'emporte pas de conséquences graves. Ces deux notions sont autonomes et aucune interférence entre elles ne doit se produire. En particulier, il est très fréquent que des prestations accessoires quant à la qualification, soient en pratique extrêmement importantes : clause d'exclusivité territoriale dans un contrat de franchise, obligation de délivrance ou de garantie dans une vente[2], clause d'indexation ou de monnaie de paiement[3]. Cette importance pratique n'est pas niable ; elle se marque souvent par la possibilité d'une action en résolution, mais elle ne peut suffire pour exercer une influence sur la structure de qualification.

---

dans la vente) ; n°203 (livraison dans le transport) ; n°226 et s. (mandat) ; adde pour l'admission implicite que la notion d'obligation fondamentale concerne surtout la validité des clauses d'allégement, n°165 et n°250 ; J.-Cl. contrats distribution, Fasc. 110, clause d'allégement des obligations, n°88 et s., cf. spéc. n°90 sur la résolution n°104, n°110 ; en ce sens P.-J. DURAND, «Des conventions d'irresponsabilité», Thèse Paris 1931, n°92, p.236).
- P.-A. CREPEAU, «Le contenu obligationnel d'un contrat», Rev. du Barreau canadien 1965, Vol. XLIII, p.1 et s., spéc. p.7 (qui distingue parmi les obligations accessoires, les clauses essentielles et naturelles) ; M. GENDRE-DEVOIVRE, «Collaboration et assistance entre les parties au contrat», Thèse Clermont I 1981, n°308.

(1)... mais pas exclusivement. Ainsi, une soulte dans un échange est une obligation accessoire, mais le contrat n'est pas formé tant que les parties ne se sont pas accordées sur son montant (Civ, 3e 27 novembre 1984, D. 1985, p.76 ; Civ. 3e 20 juin 1989, D. 1989, IR, p.202, Bull. civ., III, n°145). La soulte apparaît donc, dans la formation du contrat, comme un des éléments essentiels nécessaires à la perfection de l'accord (cf. à ce propos, J. GHESTIN, op. cit., n°224 et s., p.241 et s.).

(2)B. GROSS, Thèse précitée, n°45, p.48.

(3)Rappr. pour le transport, l'augmentation de la demande de prestations complémentaires : «Les opérations complémentaires parfois considérées comme accessoires deviennent dominantes», Bull. transp. 1989, p.557.

CHAPITRE 1

LES CRITERES DE HIERARCHISATION DES OBLIGATIONS D'UNE PARTIE

342.– La hiérarchisation des obligations concerne a priori chaque contractant isolément. Si toutes les parties sont tenues d'exécuter plusieurs prestations, la détermination des obligations principales nécessitera un examen séparé pour chacune d'entre elles. Cette discrimination apparaît ainsi comme détachée des caractères généraux de la convention : unilatérale ou synallagmatique, gratuite ou onéreuse. Lorsqu'un contractant s'engage, par exemple, à construire une chose en fournissant la matière, la prédominance du travail ou du transfert de propriété se pose en des termes identiques, que ces prestations soient effectuées sans contrepartie ou dans la perspective du versement d'une somme d'argent. L'examen approfondi des critères de hiérarchisation des obligations d'une même partie permet de démontrer que cette première approche est en réalité superficielle. Le choix de l'obligation principale d'une partie intéresse au plus haut point l'autre contractant et ces critères, par leur recours permanent à la théorie de la cause, finissent par tisser des liens étroits entre les prestations de toutes les parties. La masse indifférenciée des obligations contenues dans l'accord des volontés se transforme ainsi en une structure globale du contrat, assignant à chaque obligation une place déterminée. Cette structure est plus large que la structure de qualification proprement dite : si la seconde s'appuie sur la première, elle n'en retient que les éléments principaux[1].

Les cadres généraux de la recherche étant fixés, l'étude des critères de hiérarchisation des obligations principales et accessoires peut commencer. La démarche semble unitaire : choisir l'obligation principale ou sélectionner une prestation secondaire revient au même. Dès lors que nature d'une obligation a été

---

(1)Cf. infra sous-titre 3.

déterminée, celle de l'autre en résulte immédiatement. La situation est en fait légèrement différente. Si le résultat est unique, son obtention peut emprunter deux raisonnements distincts, qui se complètent et se renforcent mutuellement. Après avoir étudié la sélection des obligations principales (section 1), il est indispensable d'envisager la typologie des obligations accessoires (section 2).

SECTION 1

LA SELECTION DES OBLIGATIONS PRINCIPALES

343.– Un réflexe naturel conduit à rechercher dans le Code civil des indices d'un critère de sélection des obligations principales et accessoires. L'espoir est rapidement déçu, car le Code s'avère en cette matière d'une imprécision théorique redoutable. Ainsi, l'article 1603 affirme que le vendeur «a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend». Cette solution est inexacte car ces deux obligations sont accessoires. La conception française du transfert instantané de propriété dès l'échange des consentements a peut être pour effet de supprimer l'obligation de donner, mais la prestation principale attendue du vendeur et qui est essentielle dans la qualification de la vente reste le transfert de propriété[1]. L'élément de rattachement des obligations de délivrance et de garantie n'est peut être pas une obligation, mais le rang secondaire de ces obligations n'en est pas modifié. La situation n'est pas meilleure dans les textes relatifs au bail. L'article 1719, par exemple, met à la charge du bailleur une obligation de délivrance, d'entretien, de jouissance paisible et lui enjoint «d'assurer également la permanence et la qualité des plantations». Ces prestations sont placées sur le même plan, ce qui n'est guère conforme à la réalité. Un vice identique affecte l'article 1728 qui qualifie de principales, les deux obligations du preneur de payer le prix et d'user de la chose en bon père de famille[2], confondant par la même, importance pratique et importance structurale. Les contrats de restitution, par l'ambivalence des textes à l'égard de leur réalité, ne sont pas à même non plus de fournir des indications solides. Et il convient de rappeler enfin, que les problèmes relatifs à la qualification de l'entreprise avec

---

(1)Cf. supra n°319 et s.

(2)Les législations récentes sont, techniquement, encore plus déplorables (cf. par ex : Loi Quilliot, art. 18 et art. 19 et la liste impressionnante d'obligations principales qui pèsent sur les deux contractants ; Loi du 12 juillet 1984 définissant la location-accession, art. 28, qui énumère quatre obligations principales à la charge de l'accédant : l'obligation de s'assurer y figure, alors qu'il s'agit de l'exemple-type d'une obligation structurellement accessoire).

fourniture de matière, trouvent pour partie leur origine dans la rédaction défectueuse des articles 1787 et suivants du Code civil.

Doctrine et jurisprudence ont donc en cette matière un rôle primordial. Confrontées à différentes conventions, dont la qualification dépend d'une hiérarchisation des obligations d'une partie, elles ont progressivement tenté d'apporter des solutions, dégageant au fil des espèces certains critères de sélection. Ceux-ci peuvent globalement être regroupés en deux catégories, selon que l'appréciation portée sur les prestations multiples est quantitative (I) ou subjective (II).

I - LE CRITERE QUANTITATIF

344.- L'exposé de ce critère est relativement facile (A), mais l'inventaire des critiques qu'il suscite nécessite des développements plus importants (B).

A) Exposé

345.- Pour hiérarchiser les obligations assumées par une partie, une première méthode consiste à utiliser un critère quantitatif, encore appelé critère mathématique ou économique[1]. Il s'agit alors de procéder à une comparaison directe des éléments en cause, c'est-à-dire des obligations, ou plus précisément de leur contenu. Le critère mathématique appréhende ainsi l'objet de ces obligations (donner, exécuter un travail, un déplacement, concéder la jouissance d'une chose), mais aussi l'objet de leur prestation (la chose vendue, construite, transportée, louée). Pour effectuer cette comparaison, il est indispensable de définir une unité de mesure : il convient de choisir une caractéristique au moins, qui servira d'élément de référence. Le critère le plus connu et d'application la plus générale, est sans conteste le critère monétaire. L'importance respective de chaque obligation est évaluée à partir de son coût. Celui-ci est apprécié par le montant de la rémunération convenue par les contractants en contrepartie de l'exécution de cette obligation ou par l'estimation de valeur à laquelle ils ont procédé, souvent à des fins fiscales. Si le prix n'est pas ventilé, si le contrat est unilatéral ou gratuit, ou si aucune évaluation ne figure dans la convention, il est encore

---

(1)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée., n°13 et s., p.26 et s. ; n°137 et s., p.206 et s. ; n°329 et s., p.452 et s.

possible de recourir à une évaluation objective de ce coût[1]. Le critère monétaire n'est toutefois pas le seul critère quantitatif. D'autres indices, plus matériels, sont parfois utilisés. Certains ont une portée relativement large. Il est concevable, par exemple, de considérer comme principale l'obligation dont la durée d'exécution est la plus longue[2], ou celle qui présente les difficultés d'exécution les plus grandes, voire celle dont l'accomplissement suppose le maximum d'intervention personnelle du débiteur ou comporte les risques les plus considérables. D'autres critères ont un domaine d'application plus étroit et ils ne peuvent jouer qu'entre des prestations de même nature. Ainsi, deux transports peuvent être hiérarchisés par leur longueur ou deux transferts de propriétés non bâties par leur superficie.

346.- Tous ces critères présentent certains points communs qu'il convient de préciser. En premier lieu, ils sont tous orientés vers les obligations et leurs objets, donc plutôt vers leur débiteur. Ensuite, ils procèdent tous par appréciation directe du résultat de l'acte de volition des parties (les obligations) ou des objets matériels auxquels ils se rapporte (maison vendue, par exemple). Les critères quantitatifs n'obligent donc pas les magistrats à de subtiles recherches de l'intention des contractants. De plus, leur mécanisme de comparaison est de nature mathématique, ce qui limite encore d'éventuels aléas. Ces deux caractères sont souvent cités comme des qualités. Les critères quantitatifs apparaissent comme objectifs, dénués d'incertitude, au contraire d'indices psychologiques, qui nécessitent des investigations hasardeuses et qui risquent de soumettre la qualification à l'infinie variété des représentations causales, que les contractants sont susceptibles d'imaginer. Le critère quantitatif présente enfin la particularité d'être multiforme, ce qui peut dans certains cas s'avérer utile. Les relations unissant le critère monétaire aux critères matériels ne sont pas figées, ce qui rend ces indices complémentaires. Leur utilisation simultanée est concevable et la solution retenue sera renforcée si une solution unique est donnée par plusieurs critères. De surcroît, grâce à cette multiplicité, la défaillance occasionnelle d'un indice peut être palliée par un autre. Ces avantages ont convaincu une partie de la jurisprudence et, sans qu'il soit possible d'en dresser un inventaire exhaustif, il est

---

[1] Il serait aussi envisageable de comparer les bénéfices escomptés par le débiteur, dans l'exécution de chaque obligation. Cette hiérarchisation suppose cependant une investigation et il n'est pas certain, de toute manière, que le débiteur mesure avec exactitude, dans tous les cas, cette donnée.

[2] V. par ex : - pour hiérarchiser un dépôt et un transport : Paris 21 mai 1976, Bull. transp. 1976, p.284 ; Paris 21 mai 1985, Bull. transp. 1985, p.346 ; Paris 4 novembre 1985, Bull. transp. 1986, p.124 ; Paris 8 octobre 1986, Bull. transp. 1987, p.141.
- pour identifier une croisière maritime, en fonction de la durée des voyages en mer et à terre : note RODIERE, Bull. transp. 1975, p.157.

certains que de nombreuses décisions utilisent le critère mathématique pour hiérarchiser les obligations d'un contractant[1].

Pour apprécier la valeur d'une telle méthode, une distinction s'impose. Il est certainement un cas où l'emploi du critère quantitatif est justifié, c'est celui de l'accessoire «quantité négligeable»[2]. Si la disproportion de valeur entre deux prestations est énorme, il ne fait aucun doute que l'obligation de grande valeur est principale et que l'autre d'un montant minime, est accessoire. Dans cette hypothèse, un critère subjectif aboutit à une solution identique : il est inconcevable que les parties aient pu vouloir l'inverse, qui serait contraire au bon sens du contractant moyen. Les limites de cette situation sont cependant fort étroites et dès qu'elles sont dépassées, les prétendus avantages du critère mathématique sont débordés par les critiques dont il peut faire l'objet.

B) Appréciation critique

347.- La conception quantitative du rapport d'accessoire à principal encourt de nombreuses critiques, qui s'orientent dans trois directions principales : ce critère est difficile à mettre en œuvre, parfois contredit par le droit positif et peu conforme aux fondements du droit des contrats.

1) Difficultés de mise en œuvre

348.- La première objection, formulée par M. Goubeaux[3], concerne les conditions d'emploi du critère mathématique : pour avoir une quelconque signification, une comparaison quantitative doit s'appliquer à des éléments de nature identique[4]. La critique porte à plein dans le domaine des biens[5], mais ses effets sont

---

(1)Pour le déménagement, cf. infra n°414 et s. ; l'échange avec soulte, cf. infra n°438 et s. ; l'entreprise avec fourniture de matière, cf. infra n°452 et s. ; le bail à nourriture, cf. infra n°413 (note)
Adde : Paris 9 juillet 1968, Bull. transp. 1968, p.303 ; TGI Strasbourg 13 juin 1979, Bull. transp. 1979, p.546 (rendus tous deux à propos de contrats comportant un déplacement et un dédouanement) ; Paris 21 mai 1976, précité ; Paris 21 mai 1985, précité ; Paris 4 novembre 1985, précité ; Paris 8 octobre 1986, précité (hiérarchisation par la durée d'un transport et d'un dépôt). V. aussi Rouen 21 novembre 1991, JCP 1992, IV, 891, p.111 (coût des prestations).

(2)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°339, p.467, qui y voit un accessoire au sens strict ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, op. cit., T.12, n°182 ; J. CHAMPEAUX, «Essai sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit», Thèse Strasbourg 1931, p.257-258. V. par exemple, en jurisprudence : Civ. 1e 7 février 1989, Bull. civ., I, n°70, p.45. Comp. en procédure : J. CARBONNIER, «De minimis...», Mélanges VINCENT, 1981, p.29 et s.

(3)Thèse précitée, n°14, p.26 ; D. RAMBURE-BARATHON, «Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe», Thèse Paris I 1981, p.64-65 et les références citées.

(4)Des mathématiciens diraient : appartenant à une même classe d'équivalence.

atténués en matière contractuelle : les termes de la comparaison sont ici les mêmes, puisqu'il s'agit de hiérarchiser des obligations[1]. Il n'est cependant pas certain que cette objection ait perdu pour autant toute pertinence. Dans le moule unique «d'obligation»[2], se coulent des prestations de nature très différentes, dont la comparaison n'est pas toujours judicieuse. Ainsi, il paraît pour le moins difficile de classer selon leur durée ou leur difficulté d'exécution, l'accomplissement d'un travail (successif) et un transfert de propriété (instantané) ! De même, comment rapprocher la durée d'un dépôt et d'un transport, quand le premier se compte habituellement en jours voire en mois et le second en heures ? De ces quelques remarques se dégagent certaines indications. Pour être significatifs, les critères quantitatifs non monétaires doivent être utilisés dans des limites étroites : il ne suffit pas que l'élément principal et l'élément accessoire aient tous deux la nature d'une obligation, il faut de surcroît qu'ils soient deux obligations de même nature, portant sur des prestations identiques. Par exemple, deux dépôts peuvent être hiérarchisés par leur durée, deux transports par la longueur des déplacements[3]. Le critère quantitatif monétaire échappe, quant à lui, à ces restrictions et sous réserve de prestations de nature extra-patrimoniales[4], son champ d'application paraît illimité, la valeur pécuniaire est en effet un point commun à toutes les obligations, ce qui légitime leur comparaison sur ce point précis.

349.- Cette première critique, laisse apparaître, en filigrane, une seconde objection, qu'il est possible de formuler à l'adresse d'une notion quantitative de l'accessoire. Plutôt que de parler «du» critère mathématique, il est en effet plus exact de viser «les» critères mathématiques, monétaire et non monétaires. Cette diversité est embarrassante. L'utilisation conjointe de tous les critères disponibles, dans le cadre de la technique du faisceau d'indices, aboutit parfois à des impasses, chaque critère ne consacrant pas une solution identique. Pour éviter ces difficultés, l'utilisation d'un indice unique est donc souvent indispensable. Dès lors, le problème se déplace : «sur quel terrain faire la comparaison quantitative»[5], sachant que plusieurs critères sont quasiment toujours envisageables[6] ? Il conviendrait, à la limite, de rechercher un

---

(5)Thèse précitée, loc. cit. et les exemples donnés.

(1)Thèse précitée, n°137-138, p.207 et n°338, p.464.

(2)L'affirmation est d'ailleurs approximative, dans la conception classique de l'obligation de donner et des contrats réels.

(3)En toute hypothèse, ce genre de critères ne présente aucun intérêt pour la qualification puisque les prestations sont de même nature...

(4)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°14, p.27.

(5)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°14, p.27.

(6)V. par ex : Civ. 1e 5 janvier 1980, Bull. civ., I, n°12, p.9 : transport terrestre de vaches suivi d'un mandat de conclure le transport ferroviaire subséquent. Plusieurs indices sont utilisables :

critère de choix... entre les différents critères mathématiques utilisables, en s'inspirant par exemple, de la volonté des parties ou de la nature des prestations, voire en privilégiant les indices non monétaires, pour ne laisser au critère pécuniaire qu'un rôle supplétif[1]. Ces subtilités ruinent les avantages prétendus d'une conception quantitative du rapport d'accessoire : objectivité, certitude, indépendance à l'égard de la psychologie des parties. Si une investigations est nécessaire pour établir la volonté des contractants, il est préférable que celle-ci concerne directement la nature de l'obligation principale plutôt que le choix d'un critère quantitatif...

350.– En supposant même que les deux obstacles précédents aient été surmontés et qu'un critère déterminé, s'appliquant à deux prestations similaires, soit utilisable, toute difficulté n'est pas pour autant écartée. Différentes circonstances peuvent en effet paralyser l'emploi des critères mathématiques, spécialement celui du critère monétaire. Cet indice est tout d'abord inapplicable lorsque la prestation est de nature extra-patrimoniale ou qu'elle est affectée d'un aléa. Certes, il existe des tables de conversions pour les rentes viagères, mais l'évaluation est parfois beaucoup plus difficile, comme dans l'hypothèse d'un bail à nourriture. Ensuite, beaucoup plus prosaïquement, le critère monétaire peut se heurter à l'absence d'évaluation des prestations multiples (prix non ventilé). Cette résistance arrête parfois les magistrats[2]. S'ils passent outre et procèdent à une quantification objective des obligations, la volonté des parties risque fort d'être altérée. S'ils rejettent le critère, il peut en résulter que deux conventions identiques se verront reconnaître des qualification divergentes, selon que les parties ont ou non ventilé le prix, circonstance somme toute secondaire[3]. Aucune des deux attitudes n'est véritablement satisfaisante.

351.– Une dernière difficulté est invoquée en doctrine ; devenue classique, voire banale, c'est pourtant l'une des moins importantes. Selon certains auteurs, destiné à déclarer principale l'obligation de forte valeur et accessoire celle d'un montant inférieur, le critère mathématique se bloque lorsque les deux prestations sont quantitativement d'importance égale : aucune obligation n'apparaît plus dès lors, comme principale ou accessoire. Cette paralysie n'est en réalité dirimante que dans un système de qualifications simples. L'égalité de valeur n'est plus un obstacle, lorsqu'il est admis qu'elle consacre une convention mixte par addition[4]. La surévaluation de

---

monétaire, longueur du déplacement, temps consacré à l'exécution, risques encourus lors de l'exécution.

(1)Ou... le contraire ! Au minimum, une justification de l'indice choisi est nécessaire.

(2)Cf. pour le déménagement, infra, n°435.

(3)Cf. pour le déménagement, infra, n°435.

(4)Sur ces contrats, cf. infra n°1308 et s.

cette difficulté trouve par conséquent son origine, non dans la technique même du critère mathématique, mais dans l'hostilité de la doctrine à la notion de contrat complexe. Il convient d'ajouter qu'en pratique, de telles hypothèses sont extrêmement rares : la hiérarchisation par des critères matériels est certainement toujours possible et celle par le critère monétaire n'est tenue en échec que par une équivalence absolue des prestations. Ne serait-ce que d'un franc, une obligation peut dépasser l'autre, une égalité stricte est donc peu fréquente[1]. Si l'obstacle est ici encore surestimé, c'est parce que les auteurs estiment qu'il y a égalité dès que les valeurs sont relativement proches. Mais raisonner ainsi, c'est déjà assouplir le jeu et donc diminuer la portée des critères quantitatifs[2].

2) Rejet par le droit positif

352.– Il ne s'agit pas ici de prétendre que le critère mathématique n'est jamais employé, mais de constater plus modestement, comme M. Goubeaux l'affirme, «qu'en droit positif l'attraction se fait parfois à l'inverse de la direction indiquée par le critère quantitatif. En un certain nombre d'hypothèses, la conception mathématique de l'accessoire se révèle inexacte»[3]. Les exemples cités par cet auteur se rapportent au droit des régimes matrimoniaux et à l'accession immobilière. En matière contractuelle, les situations sont dans l'ensemble moins nettes[4]. Dans certains cas, cependant, le critère quantitatif est à coup sûr exclu, et la qualification retenue prend le contrepied de celle qui aurait résulté de son application. Deux exemples peuvent illustrer cette affirmation[5].

Le contrat de dentiste, tout d'abord est une variété de contrat médical. Or, cette qualification demeure, quelle que soit l'importance et le coût des prothèses ou matériaux fournis. Même si l'or d'une couronne ou la réalisation matérielle d'un bridge représentent les prestations les plus onéreuses, la convention n'en devient pas pour autant une vente ou un contrat d'entreprise de droit commun. Dans tous les cas, c'est l'obligation de soins qui demeure l'obligation principale. La situation est certes

---

Contra, curieusement : G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°345, p.471.

(1)Cf. quand même, Douai 14 mars 1882, cité infra à propos de l'échange avec soulte. Cette égalité parfaite est d'ailleurs rarement un hasard ; elle est souvent expressément choisie par les parties et constitue alors un fort indice de mixité.

(2)Thèse précitée, n°399, p.466-467 et n°340.

(3)Thèse précitée, n°14 in fine et n°15 et s., p.28 et s. ; n°143 et s., p.214 et s.

(4)Cf. infra, chapitre 2.

(5)Adde : la distinction du prêt d'argent gratuit et onéreux. Dans le prêt à intérêt, l'obligation principale, structurellement, de l'emprunteur est celle de payer les intérêts : elle constitue la rémunération de la jouissance, comme dans un bail. Quantitativement, pourtant, son montant est infiniment inférieur à la restitution du capital.

particulière, puisque le corps humain est ici en jeu ; mais ce facteur ne joue pas en l'occurrence de rôle déterminant. Le second exemple, dépourvu de cette spécificité, prévient d'ailleurs cette objection.

Il s'agit, en effet, des leçons de pilotage d'avion. L'élève doit verser le prix de sa leçon. En contrepartie, l'aéro-club est tenu de fournir un enseignant qui va dispenser ses connaissances et de mettre à disposition un avion, correctement entretenu et possédant le carburant nécessaire. L'exécution du contrat, aboutit forcément à l'accomplissement d'un déplacement. Certains auteurs considèrent donc que cette convention est un contrat de transport[1] et cette analyse est également celle qui résulte de l'application du critère mathématique : d'un strict point de vue financier, l'amortissement de l'achat de l'avion, le coût de sa maintenance et celui du carburant sont d'un montant bien supérieurs à la rémunération du formateur. Malgré cela, la jurisprudence qualifie ces accords de contrats innommés d'enseignement, variété de louage d'ouvrage et non de contrat de transport, contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine, qui se réfère en réalité à des hypothèses voisines (vols-promenades, baptêmes de l'air). Les tribunaux sont en l'espèce unanimes[2] :

---

(1) Cf. en ce sens : E. GEORGIADES, notes sous Lyon 2 juillet 1970, Rev. fr. dr. aérien 1970, p.319 et Civ. 1e 15 mai 1973, Rev. fr. dr. aérien 1973, p.419. L'auteur estime, à tort, que parce que le déplacement est indispensable, il constitue l'obligation principale ; or, beaucoup d'obligations accessoires sont indispensables (cf. infra, deuxième partie, titre 1) ; P. CHAUVEAU, notes sous Bordeaux 15 février 1965 et Civ. 4 juillet 1967, cités infra.
Contra : R. SAINT-ALARY, note D. 1956, p.637, II, A, 1°, sous Poitiers 30 novembre 1955 ; E. du PONTAVICE, obs. RTD com. 1965, p.947 ; obs. RTD com. 1969, p.291 ; Rép. com., v°, Transports aériens, n°170 ; A. CHAO, note sous Riom 21 novembre 1974, JCP 1975, II, 18005 ; G. CAS et J. BORRICAND, «Aéro-club et transport», Rev. gén. air 1964, p.348 ; V. GRELLIERE, «La responsabilité du transporteur aérien international», Thèse Toulouse 1973, p.33 et s. ; J.-P. TOSI, «Responsabilité aérienne», n°581 ; J.-Ph. DANEY, «L'application de la Convention de Varsovie en droit français», Thèse Paris II 1975, n°430 et s. ; O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux dans les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°199 et s.

(2) TGI d'Angoulême 5 avril 1963, RTD com. 1963, p.392 confirmé par Bordeaux 15 février 1965, D. 1965, p.521, note P. CHAUVEAU ; RTD com. 1965, p.657, obs. E. du PONTAVICE ; Rev. gén. air 1965, p.42, obs. M. DE JUGLART ; sur pourvoi (rejet) Civ. 1e 4 juillet 1967, JCP 1967, II, 15234, note P. CHAUVEAU ; RTD com. 1967, p.1153 ; Rev. fr. dr. aérien 1967, p.436, obs E. GEORGIADES ; Grenoble 1 avril 1968, Rev. fr. dr. aérien 1968, p.342 ; RTD com. 1969, p.291 ; JCP 1969, II, 15752, note M. de JUGLART et E. du PONTAVICE ; D.1970, p.503, note J.-P. BRUNET ; Orléans 29 novembre 1965, Rev. fr. dr. aérien 1966, p.103 ; RTD com. 1966, p.412, obs. E. DU PONTAVICE ; sur pourvoi (rejet) Civ. 1e 13 novembre 1968, Rev. fr. dr. aérien 1969, p.176 ; RTD com. 1969, p.1114, obs. E. DU PONTAVICE ; TGI Paris 4 juillet 1990, Rev. fr. dr. aérien 1990, p.457.
Il convient d'ajouter à ces décisions, d'autres arrêts qui prennent indirectement parti en faveur de cette qualification en retenant un contrat de transport dans l'espèce qui leur était soumise, mais après avoir indiqué qu'il en serait allé autrement si l'opération avait été une leçon de pilotage : Lyon 2 juillet 1970, précité ; Dijon 11 juin 1974, Rev. fr. dr. aérien 1975, p. 68 ; Riom 21 novembre 1974, JCP 1975, II, 18005, note A. CHAO ; Rev. fr. dr. aérien 1975, p.202, note P. CHAUVEAU.

l'obligation principale n'est pas de transporter l'élève d'un point à un autre, mais de lui apprendre à piloter, même si cet enseignement suppose un déplacement et si le moniteur prend seul les commandes au début et à la fin de la leçon, la simple observation de ses gestes lors de ces opérations ayant déjà des vertus pédagogiques.

353.– Au terme de ces deux premières séries de critiques, un bilan provisoire s'impose. Sans même remettre en question le principe des critères quantitatifs, force est de constater qu'ils sont de toute manière incapables de rendre compte de la totalité du droit positif. Leur utilisation est parfois impossible, du fait de la nature des prestations en cause ou des modalités particulières de l'accord des parties. En d'autres occasions, leur application est envisageable, mais elle ne correspond pas aux solutions jurisprudentielles. Critères quantitatifs et critère subjectifs coexistent donc nécessairement. Le seul problème qui reste alors à résoudre est celui... de leur hiérarchisation. Les objections formulées jusqu'à présent à l'encontre d'une conception mathématique de l'accessoire, permettent encore d'y voir un principe, tempéré par quelques exceptions[1]. Cette analyse ne peut être admise et un retournement complet est indispensable. La détermination du caractère principal d'une obligation doit s'opérer, avant tout, en fonction d'un critère subjectif, attaché à la recherche de l'intention véritable des parties et les critères mathématiques doivent être cantonnés à un rôle supplétif[2].

3) Incompatibilité avec les fondements du droit des contrats

354.– Plusieurs arguments conduisent à refuser d'ériger en principe les critères quantitatifs. Leur utilisation méconnaît en effet la nature profonde du contrat, à savoir celle d'un acte dont la finalité réside dans la satisfaction de certains besoins.

355.– Un contrat est, tout d'abord, un acte juridique ayant pour effet de créer des obligations. Pour hiérarchiser les prestations assumées par les parties, il convient donc de s'attacher prioritairement à ces obligations, à leur nature, à leur fonction, à leur agencement dans l'esprit des contractants. Les sélectionner selon leur valeur, le temps nécessaire à leur exécution, leurs caractéristiques d'exécution, revient en fait à raisonner sur l'objet de la prestation (valeur du bien vendu, longueur du kilométrage, fragilité de l'objet à déménager...) et non sur l'objet de l'obligation (transférer un

---

(1)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°140, p.210.
(2)Contra, semble-t-il : G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°344, p.470.

droit, déplacer, construire...). Les critères mathématiques apparaissent, de ce point de vue, comme des critères matériels et non juridiques : ils font prévaloir le fait sur le droit. Cette situation est illogique et elle entraîne des effets pervers. Ainsi, un contrat d'entreprise mobilière, tendant à la fabrication d'un objet unique, risque d'être une vente ou un louage d'ouvrage selon la valeur des matériaux employés, même si les obligations sont rigoureusement identiques, de même que les procédés de fabrication, leur durée ou leur difficulté[1].

356.– Cette soumission d'une opération juridique, la qualification, portant sur des concepts juridiques, les obligations, aux circonstances de fait est choquante. Elle semble omettre qu'un contrat n'est pas un pur fait matériel et que si la réalité y tient une part importance, elle ne le fait pas directement, mais au travers de la vision qu'en ont eue les contractants, en échangeant leurs consentements. C'est cette vision qui importe avant tout, parce qu'elle est caractéristique de la volonté des parties. Or, c'est la recherche de cette volonté qui constitue le principe fondamental gouvernant la qualification des contrats. Cette intention est méconnue lorsque les obligations sont mesurées objectivement et un exemple simple permet de l'illustrer. Primus décide d'acquérir un terrain, bordant une rivière, qui appartient à Secundus. La valeur «objective» de ce terrain est de 30 000 francs. Secundus accepte de s'en séparer, en contrepartie d'une autre parcelle, propriété de Primus, d'une valeur de 100 000 francs. Pour équilibrer l'accord, Secundus s'engage donc à verser à Primus, en plus de la cession de son terrain, une somme de 70 000 francs. Il s'agit alors de déterminer la nature de cette convention. Si l'obligation principale de Primus est celle de verser une somme d'argent, comme l'indique le critère mathématique, le contrat est une vente. Cette analyse, apparemment incontestable, reste en réalité extérieure à l'accord des volontés. Elle est celle des tiers, mais ne correspond pas forcément à l'intention des contractants. Il suffit pour s'en rendre compte, de préciser davantage les circonstances. Si Primus souhaite acheter ce terrain, c'est parce qu'il est propriétaire des deux autres parcelles qui l'encadrent au bord de la rivière. Pour lui, ce terrain n'a donc pas de prix ! Il constitue l'unique parcelle qui soit capable de transformer ses deux propriétés disjointes en un domaine unique : que pèse la considération du

---

(1) L'argument a été souligné par M. GHESTIN («Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance», RTD com. 1981, n°12, p.10). Cette objection renforce d'ailleurs encore, si il était besoin, l'idée déjà évoquée que les critères quantitatifs, ne sont utilisables que pour des prestations de même nature. L'exemple évoqué prouve que la règle s'applique aussi au critère monétaire.

paiement d'une soulte en regard de cet objectif ?[1] L'utilité que Primus souhaite retirer de cette convention ne s'identifie pas à une évaluation monétaire de la parcelle qu'il entend acquérir. La qualification de vente paraît donc inadéquate.

357.– Une objection surgit immédiatement. Si pour Primus, le contrat est un échange, tel n'est pas le cas pour Secundus. Celui-ci est débiteur d'un terrain et d'une soulte, dont les valeurs sont très différentes. La prestation qui lui «coûte» le plus, celle qui va avoir les conséquences les plus importantes dans son patrimoine, c'est le versement de la somme d'argent. En évaluant objectivement les obligations, les critères quantitatifs privilégient en définitive l'appréciation du débiteur, alors que le critère subjectif, dans une de ces acceptions en tout cas, donne la préférence au créancier. Le cœur de la discussion est désormais atteint : quelle analyse préférer ? Celle du débiteur des obligations multiples ou celle de leur créancier ?

La réponse à cette interrogation est fondamentale. Sa solution ne peut résulter d'arguments purement techniques et c'est la finalité même du contrat qui la fournit. La fonction première de toute convention est de permettre la satisfaction des besoins ou la réalisation des désirs des contractants qui l'ont conclue[2]. Or, qui mieux que le créancier des prestations multiples peut savoir si son engagement est motivé avant tout par telle ou telle prestation ? Respecter la volonté des parties, c'est s'attacher à cerner le désir de chaque contractant et dans un rapport d'obligations, le sujet désirant, c'est le créancier[3]. Ce rôle déterminant accordé au créancier des obligations multiples ne déséquilibre pas le contrat, et loin de dénaturer l'intention des parties, il ne fait au contraire que s'y conformer. Il convient en effet de garder à l'esprit que chaque contractant peut être simultanément créancier et débiteur. Par conséquent, si une partie n'a pas le pouvoir de hiérarchiser les obligations qu'elle assume, elle conserve celui de sélectionner, parmi les obligations de son cocontractant, celle qui lui paraît essentielle. Cette répartition des prérogatives est la plus logique et en même temps la plus favorable aux parties : chacune d'entre elles peut ainsi maîtriser les éléments qui ont

---

(1) Rappr. l'hypothèse de fait soumise à la Cour de cassation dans une espèce récente (Civ. 3e 1 mars 1989, Bull. civ., III, n°56, p.32). Le propriétaire d'une maison la vendait contre un prix en argent de 530 000 francs et un droit d'usage et d'habitation d'un appartement à Saint-Jean de Luz estimé à 200 000 francs. La Cour refuse de faire jouer le droit de préemption du locataire de la maison vendue, ce qui se conçoit mieux pour un échange, que pour un droit d'usage cédé à titre accessoire (une circonstance de fait très simple aurait peut être permis de déterminer le caractère principal de la vente du droit d'usage : le transfert de la résidence principale du vendeur dans l'appartement basque).

(2) V. en ce sens : G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°154, p.229 citant L. BOYER, Thèse précitée, p.181.

(3) Il est pourtant extrêmement fréquent de privilégier la vision du débiteur. V. par ex : D. RAMBURE-BARATHON, Thèse précitée, p.63.

justifié son engagement, c'est-à-dire déterminer avec précision ses besoins ou l'objet de son désir. Chaque contractant étant traité de manière identique, la convention réalise une équivalence de situations en fusionnant dans un même ensemble deux déséquilibres réciproques. Cette structure croisée ne doit pas surprendre, puisque c'est sur ce modèle que repose toute la théorie de la cause. Cette égalité de traitement permet, en définitive, d'affirmer que la volonté de privilégier le point de vue du créancier résulte de l'intention commune des parties. Le raisonnement inverse n'est pas possible, car il conduit à considérer que chaque contractant accepte de renoncer à ce qui est son intérêt : rester maître de la finalité profonde de son consentement(1).

Toutes ces raisons, amènent à rejeter les critères quantitatifs, en tant que système explicatif prééminent. Diverses circonstances peuvent justifier leur emploi, mais il ne saurait jamais s'agir que d'exceptions. Un renversement complet d'analyse s'impose, et il est nécessaire d'en préciser les modalités.

II - LE CRITERE SUBJECTIF : LA CAUSE DE L'ENGAGEMENT DU CREANCIER DES OBLIGATIONS MULTIPLES

358.- Le critère subjectif de sélection des obligations principales s'énonce très simplement : il faut rechercher la finalité de l'intervention du créancier des obligations multiples, autrement dit la cause de son engagement[2]. La cause de l'engagement du débiteur de ces prestations n'est pas, à cet égard, chargée de sens : ce contractant s'est engagé, non pour assumer ses obligations, mais en considération des obligations dont est débiteur le créancier des obligations multiples[3]. C'est le désir de ce créancier qu'il convient de mettre en évidence. Cette affirmation de principe a une portée absolument générale. Comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, auteurs et magistrats utilisent ce critère extrêmement fréquemment. C'est même la banalité de son emploi qui a fait perdre de vue son importance. Il est par exemple sous-jacent dans

---

(1)Dans certains cas, une intention commune des deux parties de choisir une prestation déterminée d'un contractant comme son obligation principale, peut apparaître (cf. Douai 14 mars 1882, cité infra dans l'étude de l'échange avec soulte). Cette situation n'est cependant pas fréquente. L'autonomie de la volonté l'autorise, mais il semble irréaliste de l'ériger en principe. L'antagonisme des intérêts, d'où résulte des sacrifices réciproques, paraît plus conforme à la nature du contrat. Une consécration démesurée de notions artificiellement unitaire n'est pas souhaitable (sur la cause du contrat, cf. supra n°41 et s.; sur la critique du souci, voire de l'obligation de collaboration entre les contractants, cf. J. CARBONNIER, T.4, 1991, § 113).

(2)La cause a déjà été utilisée dans la structure des qualifications. Cf. supra n°45-47, n°72.

(3)Le raisonnement portera en premier lieu sur les contrats synallagmatiques.

l'affirmation universelle selon laquelle, dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation d'une partie est constituée par la considération de l'exécution de l'obligation de l'autre contractant. Tous les auteurs savent bien qu'une convention ne se résume jamais à deux obligations : en réduisant la cause d'un contractant à une seule obligation, ils visent la prestation principale, et confirment par la même l'importance de la cause dans cette hiérarchisation. L'idée d'un tel critère n'est pas nouvelle et, pour se référer à un précédent illustre, Pothier l'utilise implicitement lorsqu'il affirme à propos du dépôt que «ce qui caractérise essentiellement ce contrat est la fin pour laquelle l'un des contractants confie une chose à l'autre. Il faut que ce soit pour la garder, afin que le déposant la trouve chez le dépositaire lorsqu'il en aura besoin. Mais si elle est donnée pour une autre fin, c'est une autre espèce de contrat»[1]. Si le contrat d'entreprise à façon n'est pas un dépôt, c'est parce que le maître de l'ouvrage s'est engagé avant tout dans la perspective d'obtenir l'exécution d'un travail. De même, c'est parce que l'acheteur vise principalement le transfert de propriété de la chose vendue, que les éventuels obligations de conservation, d'emballage ou de livraison à domicile sont des prestations secondaires[2]. Cette liste n'est pas limitative : il suffit de reprendre toutes les hypothèses de contrats comportant des obligations accessoires, pour se rendre compte qu'à chaque fois, la cause du créancier des obligations multiples explique parfaitement cette situation[3]. Il est assez paradoxal de constater, que ce qui fait la règles dans la très grande majorité des cas est souvent oublié dans les espèces litigieuses. La doctrine n'est pas la seule à employer implicitement le critère subjectif[4]. La jurisprudence y a également souvent recours.

---

(1)POTHIER, «Traité du contrat de dépôt», n°3, édit. BUGNET, T.5, p.123. Le caractère implicite de l'emploi du critère subjectif est cependant la source d'incertitudes ou d'imprécisions. POTHIER lui-même, semble hésiter lorsqu'il pose un peu plus loin (n°9) que la condition essentielle de ce contrat est «que la principale fin de la tradition soit uniquement que celui à qui la tradition est faite se charge de la garde de cette chose». La fin de la phrase semble dériver vers le débiteur des prestations multiples. Adde A. TUNC, note D. 1947, p.377 sous Lyon 30 juillet 1946 ; PLANIOL et RIPERT, T.11, n°1168 ; AUBRY et RAU, T.6, 6e édit., § 401, p.165.

(2)Il est par conséquent impossible de souscrire à la formule d'un arrêt récent : «la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue». Civ. 1e 12 juillet 1989, Bull. civ., I, n°293, p.194.

(3)En particulier, c'est toujours l'intention du donateur, et non celle du gratifié qui permet de déterminer si un contrat est ou non une donation avec charge (pour une bonne illustration ; J. CHAMPEAUX, «Etude sur la nature juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français», Thèse Strasbourg 1931, p.87-88, 3° ; adde : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Successions libéralités», n°353 ; pour la jurisprudence : Req. 14 avril 1863, DP 1863-1-p.402 : «il n'appartient qu'à la personne qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équivalent de ce qu'elle donne»).

(4)V. par ex : Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°494, à propos de l'erreur sur la cause et du vice du consentement : «c'est le but poursuivi par un contractant qui permet de déterminer ce qui est un élément substantiel» ; E. DU PONTAVICE, obs. précitées, RTD com. 1969, p.1114 et s. ; AUBRY et RAU, T.IV, § 341, p.416, note 2 ; COLIN et CAPITANT, T.2, 10e édit., n°28, p.21 ; R. BERAUD, «Du loyer en nature», Ann. Loyers 1962, p.203 et s., spéc.

Les décisions qui expriment explicitement leur attachement à la cause du créancier sont toutefois peu nombreuses[1]. Un arrêt mérite cependant d'être cité, car il expose avec une remarquable clarté, le raisonnement qu'il convient de suivre pour respecter le critère subjectif[2] : «sans doute un transport est l'action de porter d'un lieu à un autre, mais [...] cette conception du transport n'est pas complète si en même temps on ne tient pas compte de son but qui implique une idée de déplacement, car en effet si l'on se fait transporter d'un point à un autre, c'est pour se déplacer et parcourir au moyen d'un avion une certaine distance et [...] c'est le fait de se déplacer qui caractérise le transport ; [...] dans l'hypothèse d'une leçon de pilotage, il n'y a rien de tel car l'élève-pilote qui prend place pour sa leçon dans un avion n'y monte pas pour effectuer un parcours d'un point à un autre et même un circuit s'il revient au même point ; [...] il n'a pas en vue un déplacement mais seulement la leçon qu'il va recevoir et [...] sa présence dans l'avion avant et après le moment où il prendra lui-même les commandes est accessoire à la leçon qu'il va prendre et ne peut s'analyser en un transport».

359.- Cette motivation est extrêmement riche[3]. Elle indique nettement que la hiérarchisation des obligations d'enseignement et de déplacement est effectuée dans la perspective du but recherché par le créancier, en l'occurrence l'élève. Mais elle fait aussi pressentir la seconde face de la notion subjective de l'accessoire qui s'attache simultanément à découvrir la finalité de la prestation secondaire, en l'espèce, le déplacement. Les relations unissant ces deux aspects méritent quelques précisions. M.

---

p.212, n°29-1° ; M. GAREAU, «Domaine d'application de la loi sur le statut du fermage», Thèse Paris 1956, p.63 et s. (distinction d'un bail rural ou commercial par la destination principale) ; H. ABERKANE, note D. 1959, p.295. Rappr. M. ALTER, «L'obligation de délivrance dans les meubles corporels», Thèse LGDJ 1972, p.22 : «plus que partout ailleurs, le but poursuivi par le créancier de l'obligation occupe l'avant scène». V. aussi Ch. ATIAS, «Le droit civil», Que sais-je ?, n°2161, p.109-110, qui évoque une qualification par le «but principal», en se référant curieusement à une conception quantitative.

(1)V. par ex : Tb. com. Seine 11 juin 1881, DP 1883-3-p.54 ; Limoges 16 janvier 1939, DH 1939, p.205 : «il ne suffit pas, pour caractériser le dépôt, d'une obligation de garde chez celui qui reçoit la chose, mais [...] il faut aussi que cette obligation soit la cause principale de la remise de cette chose» ; Paris 29 octobre 1942, DC 1943, p.129 (raisonnement voisin) ; Bourges 29 juin 1954, Rev. gén. air 1954, p.289 (très net : cause du passager pour déterminer si le baptême de l'air est la contrepartie principale de la somme versée lors de l'adhésion à un aéro-club) ; Aix 19 février 1969, Bull. transp. 1969, p.150 (arrêt remarquablement motivé et qui fait apparaître le double but poursuivi par le créancier) ; Tb. com. Lyon 5 décembre 1973, Bull. transp. 1974, p.33 (transport) ; Civ. 3e 18 janvier 1977, Bull. civ., III, n°22, p.19 et 8 février 1978, Bull. civ., III, n°75, p.59 ; Defrénois 1978, p.1069, obs. J.-L. AUBERT (échange avec soulte) ; TGI Strasbourg 13 juin 1979, Bull. transp. 1979, p.546 (transport accessoire d'une commission en douane) ; Rouen 7 juillet 1972, Gaz. Pal. 1972-2-somm p.106 (entreprise-vente).

(2)Bordeaux 15 février 1965, D. 1965, p.521.

(3)Il est possible de reprocher simplement à la Cour d'avoir visé, in fine, la «présence» plutôt que le déplacement que celle-ci suppose.

Goubeaux défend nettement dans sa thèse une conception subjective de l'accessoire. Il rejette par conséquent le critère mathématique et le remplace par un critère subjectif, tiré de l'analyse de la nature des liens unissant l'accessoire au principal. En matière contractuelle, ce critère correspond à une recherche de la cause de l'accessoire et du principal[1]. La démarche est donc inverse à celle suivie ici. La hiérarchisation est opérée par cet auteur, à partir de la finalité des obligations multiples[2]. La référence à la cause du créancier de celles-ci n'apparaît en filigrane que dans certains passages[3]. Elle n'est pas exprimée explicitement et encore moins érigée en principe. L'adoption d'une telle position est, semble-t-il, explicable. Tout d'abord, cet auteur étudie l'accessoire alors que la qualification s'intéresse surtout aux éléments principaux. Ensuite, et surtout, M. Goubeaux dresse un tableau général de l'accessoire et le domaine d'application de son étude déborde largement celui des contrats. Il lui est par conséquent impossible de consacrer comme critère universel la cause du créancier des deux éléments, principal et accessoire, puisque dans certaines hypothèses, notamment en droit des biens, ce créancier n'existe pas. Une telle justification assigne au raisonnement des limites précises. Dès lors que la recherche est cantonnée au domaine des conventions, la présence nécessaire de deux parties rend envisageable le recours à la cause du créancier des obligations multiples et le respect de la fonction du contrat conduit à renverser la perspective adoptée par M. Goubeaux en privilégiant cet indice. La cause de l'obligation accessoire n'est nullement abandonnée et son utilité est parfois indéniable, mais sur le plan des principes, la cause du créancier parait être la règle générale et celles des obligations du débiteur n'en est souvent qu'une contre-épreuve[4]

360.- Identifier le critère de hiérarchisation d'obligations multiples à la cause de leur créancier demeure cependant insuffisant, si le contenu de cette notion et les modalités techniques de sa mise en œuvre ne sont pas définis. Quelques explications s'imposent et leur exposé est d'autant plus intéressant, qu'au fil de leur étude se dégagent certains tempéraments au pouvoir du créancier en faveur du débiteur, qui corrigent ce qu'aurait pu avoir d'excessif la prérogative qui lui est reconnue.

---

(1)Pour plus de détails, cf. infra, section 2.

(2)V. par ex : n°42, p.45 ; n°132, p.200 ; n°154, p.229-230 et note 77.

(3)V. par ex : n°135, p.204 sur la hiérarchisation des buts de chaque partie ; n°153 in fine et n°154 in limine sur l'entreprise avec fourniture de matière : «mais le fait que le propriétaire ait déjà une partie essentielle de la matière -le sol- permet de présumer qu'il a envisagé le contrat comme étant d'abord une fourniture de travail» ; n°157-158 sur la donation avec charge, spéc. n°158 in limine. L'exemple est ici particulier car l'affirmation s'identifie en réalité avec la recherche de la gratuité de la convention.

(4)Cf. infra, Section 2.

En premier lieu, comme toute cause structurale, cette cause du créancier est forcément objective, identique pour tous les contrats d'une même catégorie. Cette caractéristique n'est pas originale[1] et elle est d'autant plus facile à admettre, qu'en l'espèce, cette cause ne peut être que la considération d'une des obligations assumées par l'autre contractant. Ce dernier est donc protégé et il est d'une certaine manière, à l'abri des surprises : dans tous les cas, le choix du créancier ne peut se porter que sur une des prestations qu'il a accepté d'exécuter. C'est le débiteur qui fixe le cadre dans lequel s'exerce le pouvoir de son cocontractant. Ainsi, le gérant d'un parking n'a pas à redouter que la convention qu'il a conclue soit qualifié de dépôt, parce que le client s'est engagé afin que son véhicule soit gardé, si corrélativement il n'a pas accepté cette obligation de garde. En choisissant la nature des prestations multiples qu'il consent à exécuter, le débiteur détermine un nombre restreint de qualifications, parmi lesquelles le créancier fait son choix.

361.– Cette analyse amène à reconsidérer, ou en tout cas, à préciser la signification de l'affirmation classique selon laquelle, dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation d'un contractant est constituée par la perspective de l'exécution de celle assumée par son vis-à-vis. Ce postulat universellement admis intègre rarement dans sa rédaction la multiplicité d'obligations assumées par une partie, voire par les deux[2]. Quand ce facteur est pris en compte, une distinction s'impose. Il est certain, en effet, que du point de vue de l'équilibre de la convention, la totalité des obligations de chaque contractant contrebalance la totalité de celles de l'autre. Par exemple, dans un échange avec soulte, le copermutant qui transfère le bien unique, s'engage en considération d'un autre bien et d'une somme d'argent, simultanément. Ceci ne veut pas dire pour autant que ces deux prestations comptent autant pour lui[3] et c'est d'ailleurs parce que la dation lui importe davantage que le versement d'une somme d'argent, que le contrat est qualifié d'échange. Il convient par conséquent d'affirmer, que du point de vue de la qualification, des relations causales plus précises se nouent. Dans un contrat synallagmatique, la cause

---

(1)Cf. supra n°49-51.

(2)V. par exemple: FLOUR et AUBERT, 1991, n°259 ; Ch. LARROUMET, op. cit., 2e édit., n°453 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., 1991, n°263 ; MARTY et RAYNAUD, 2e édit., n°194 ; STARCK, op. cit., 3e édit., n°667 ; J. CARBONNIER, op. cit., 1991, § 59 ; Rappr. : H. BRICKS, «Les clauses abusives», Thèse LGDJ 1982, n°35, p.28.

(3)V. pourtant la formule curieuse de Civ. 1e 25 mai 1988, Bull. civ., I, n°149, p.102 : «la cause *des* obligations d'une partie [réside] lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre. A rapprocher de la proposition inverse de Civ. 1e 12 juillet 1989, Bull. civ., I, n°293, p.194 : «la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue».

de l'obligation principale d'une partie est donc constituée par la considération de l'obligation principale de l'autre contractant[1]. Le retournement de ce principe, est l'expression même du critère subjectif: est principale l'obligation qui constitue la cause de l'engagement de l'autre contractant, créancier des obligations multiples(2).

362.– Avec un tel système, cependant, la cause d'une obligation principale, dans un contrat synallagmatique devient alternative alors que cette notion était jusqu'à présent l'une des rares épargnées par les incertitudes de la théorie de la cause... Il faut par conséquent immédiatement préciser comment s'effectue ce choix. En pratique, le problème se pose de la manière suivante. Un contrat concret met à la charge d'une de ses parties deux obligations. Selon la nature de l'obligation principale, deux structures de qualification sont envisageables, au sein desquelles la cause du créancier des obligations multiples est différente. Il convient dès lors de déterminer quelle est la cause du créancier dans la convention conclue. En principe, toute investigation psychologique, autrement dit tout recours aux mobiles du créancier est exclu. La désignation de la prestation principale doit résulter d'un examen de la matière même de l'accord[3]. Il faut en quelque sorte, analyser objectivement... le critère subjectif[4]. La découverte du but poursuivi par ce contractant passe par une analyse globale des prestations multiples, de leur fonction propre(5). Très souvent, le choix est évident et

---

(1)Rappr. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°135, p.204 sur la hiérarchisation des buts.

(2)Le système peut-il tourner au cercle vicieux ? Il suffit d'envisager une convention au sein de laquelle chaque contractant est tenu de deux obligations (ex : Primus, A et B et Secundus, C et D). L'obligation principale de Primus (A ou B) est celle qui constitue la cause de l'obligation principale de Secundus. Le problème apparaît alors comme insoluble, car comment savoir quelle est la prestation principale de Secundus (C ou D) ? En affirmant que c'est celle qui constitue la cause de l'obligation principale de Primus ?
En réalité, ce blocage est artificiel et il est facile de sortir de ce dilemme. Ex ante, le raisonnement permettant de déterminer chaque obligation principale, porte sur la cause de l'engagement du créancier. Ex post, une fois que les obligations principales ont été choisies, cette cause de l'engagement devient celle de l'obligation principale. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'échange avec soulte, la cause de l'engagement du débiteur des deux prestations est certaine : c'est le transfert du bien unique promis par le créancier et cette cause ne peut varier. Quelle que soit l'obligation principale choisie (bien-échange ou prix-vente), la cause de celle-ci sera identique à la cause de l'engagement. Ce raisonnement joue d'ailleurs de manière similaire pour les contrats unilatéraux (cf. infra). Ceci explique la différence de rédaction entre la structure du contrat synallagmatique (obligation principale causée par l'autre obligation principale) et le critère subjectif (obligation principale qui constitue la cause de l'engagement).

(3)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°140, p.210-211.

(4)Il ne s'agit que d'appliquer la règle traditionnelle selon laquelle la qualification dépend de ce que les parties font (stipuler des obligations naturellement hiérarchisées) et non de ce qu'elles disent (cf. infra n°374).

(5)Les magistrats utilisent parfois la qualité du débiteur, notamment lorsque celui-ci est un professionnel. Ainsi lorsqu'un transporteur professionnel, qui n'est pas garde-meubles, assume en plus du déplacement un dépôt, il paraît logique de considérer que si le créancier de ces deux obligations s'est adressé à lui, c'est avant tout en raison de sa compétence spécifique : l'obligation

le créancier a par exemple souhaité avant tout une dation, un déplacement, la garde d'une chose, la conclusion d'un acte juridique. Les autres prestations sont alors accessoires. Et la recherche de leur cause permet de confirmer la solution acquise[1]. C'est à ce stade qu'apparaît l'importance du second aspect du critère subjectif. Le but économique du contrat conclu, sa fonction sont donc déterminants et à chaque opération courante va correspondre une structure d'obligations et par la même, un certain type de cause du créancier, identique dans tous les cas.

363.– Dans certaines hypothèses, pourtant, cette recherche ne peut suffire, en particulier lorsque les deux obligations peuvent indifféremment, dans le contrat effectivement conclu, être l'accessoire l'une de l'autre. Souvent, en effet, si l'une des prestations peut être secondaire par rapport à l'autre, l'inverse n'est pas vrai : le second aspect du critère subjectif permet d'aboutir à la solution. Quand, en revanche, le lien d'accessoire est complètement réversible, le rôle prééminent de la cause du créancier réapparaît. L'exemple précédemment décrit de l'échange d'un terrain bordant une rivière illustre bien cette situation. Chaque fois qu'une des deux obligations est constituée par le versement d'une somme d'argent, le rapport d'accessoire peut jouer dans les deux sens. A ce moment, mais à ce moment seulement, l'utilisation des mobiles du créancier devient possible(2). Cet emploi ne peut se faire que selon des modalités précises et restrictives : le mobile utilisé doit faire partie du champ contractuel et constituer un motif déterminant du créancier. Ainsi, le cédant du terrain bordant le cours d'eau doit savoir que les deux parcelles qui l'entourent appartiennent à son cocontractant, ce que les règles de la publicité foncière risquent de permettre d'établir facilement. Il appartient en tout état de cause au créancier de rapporter la preuve de cette connaissance.

364.– Cette utilisation des motifs d'un contractant n'est pas choquante et plusieurs objections doivent être réfutées. Tout d'abord, cette solution n'est pas une source d'incertitudes graves : de toute manière, le choix ne peut se porter que sur une des obligations assumées par un contractant. C'est la multiplicité de prestations qui

---

principale est donc celle qui rentre dans son activité habituelle, à savoir le déplacement. Si le créancier avait voulu privilégier le dépôt, il aurait contracté avec un garde-meubles (v. par ex : Com. 7 février 1955, Bull. civ., III, n°60, p.44 ; Paris 20 décembre 1976, Bull. transp. 1977, p.86).

(1)En utilisant les critères détaillés plus loin.

(2)Contra : G. GOUBEAUX, Thèse précitée, loc. cit.
Les mobiles ne sont pas, d'ailleurs, les seuls indices dont disposent les magistrats : la qualité du débiteur des prestations multiples peut jouer un rôle. Ainsi, il est normal de privilégier la prestation dont le débiteur est spécialiste (cf. supra n°362 (note) et les références). Cette méthode peut également être considérée comme un moyen «d'objectiver» le mobile.

crée l'incertitude et non le recours aux motifs, qui permet au contraire de la faire disparaître. Le débiteur, ensuite, demeure toujours à l'abri de surprises, puisque la qualification ne peut découler que d'un mobile qu'il a connu. Enfin, cet emploi de mobiles variables selon les contractants ne remet aucunement en question la nature objective de la cause figurant comme condition de la qualification dans la structure de celle-ci. Le motif est entré dans le champ contractuel des deux parties, mais pas dans la structure de qualification. Il ne sert qu'à déterminer la cause objective du créancier, mais ne constitue pas cette cause même. Pour prendre une image, si la cause objective du créancier est comparée à un aiguillage, qui peut prendre deux positions distinctes, désignant l'une ou l'autre des obligations multiples assumées par l'autre contractant, le motif est distinct de l'aiguillage, il se rapproche plutôt de la force qui l'a poussé dans un sens ou dans l'autre. La direction de l'impulsion est variable selon chaque contrat, mais cette disparité ne peut aboutir qu'à deux positions précises des rails, toujours les mêmes.

365.– D'une manière générale, c'est-à-dire quelle que soit la nature de la convention concernée, la cause du créancier est celle de son engagement[1]. Elle correspond à la raison qui l'a poussé à conclure le contrat. Cette règle est logique : le créancier des obligations multiples n'est jamais animé d'une intention libérale ou serviable. L'avantage qu'il espère figure dans la convention sous forme d'obligations à la charge de l'autre partie. Il parait dès lors normal de considérer que l'obligation principale de son cocontractant constitue l'élément déclenchant de son consentement tout entier. Ce principe étant posé, il est cependant intéressant d'étudier son adaptation aux différents types de conventions, en fonction de leurs caractères généraux.

Si le contrat est synallagmatique et que le créancier est lui même tenu d'exécuter certaines prestations, la cause de son engagement va s'identifier à celle de son obligation principale. Pour éviter un éventuel cercle vicieux, déjà évoqué[2], cette assimilation s'opère après hiérarchisation des obligations de chaque partie : en effet, si la cause de l'engagement du créancier est connue, la nature de son obligation principale est déterminée par la cause... de l'engagement du débiteur.

366.– La situation des contrats unilatéraux, qu'ils soient gratuits ou onéreux est beaucoup plus originale, en ce sens qu'elle ne présente... aucune spécificité ! La doctrine examine toujours la cause d'une obligation et jamais la cause d'un

---

(1)Sur cette notion, cf. supra n°45-47.
(2)Cf. supra n°361 dernière note.

consentement, détaché de toute obligation. Dans cette perspective, hiérarchiser les prestations assurées par un contractant par la cause de leur créancier est impossible lorsque ce créancier n'est pas lui-même débiteur d'une obligation, puisque, par hypothèse, il n'y a plus de cause. Cette position doctrinale est infondée. La critique majeure qu'il est possible de lui adresser est déjà connue : s'il est inconcevable de s'obliger sans raison, il n'est pas davantage admissible de conclure un contrat sans motif[1]. L'utilité d'une cause subjective du consentement permettant d'annuler une donation pour illicéité ou immoralité de la cause du donataire a déjà été évoquée[2]. La hiérarchisation des obligations, en démontrant l'intérêt d'une cause objective de l'engagement, ajoute une dernière pierre à l'édifice, et confirme que la cause de l'engagement, prise indépendamment de toute obligation est un concept nécessaire, faisant partie intégrante de la théorie de la cause[3].

Plus concrètement, la cause de l'engagement d'un acheteur ou d'un donataire, la raison qui les a poussés à conclure chacun leur convention, est exactement la même : dans les deux cas, ils se sont engagés pour obtenir l'exécution du transfert de propriété promis par leur vis-à-vis. Simplement, alors que la cause de l'engagement de l'acheteur va pouvoir s'identifier à celle de son obligation de paiement d'un prix, celle du donataire demeure autonome. Cette différence est, somme toute, secondaire et cette similitude de cause de l'engagement du créancier d'obligations multiples, selon que le contrat est synallagmatique ou unilatéral, doit se poursuivre pour la hiérarchisation de ces obligations. Il suffit de modifier quelque peu l'exemple précédent pour le comprendre, en comparant un échange avec soulte et une donation simultanée d'une chose et d'une somme d'argent. De même que c'est la cause de l'engagement du copermutant, créancier de la dation et de la soulte, qui va permettre de préciser laquelle de ces deux prestations est principale, c'est la cause de l'engagement du donataire qui accomplit cette opération dans le contrat gratuit.

367.- Un raisonnement identique est applicable aux contrats synallagmatiques gratuits comme la donation avec charges, où il est à même de concerner les deux contractants. S'agissant du donataire, les remarques précédentes restent valables. C'est la cause de son engagement qui permet de hiérarchiser les obligations multiples qu' a pu souscrire le donateur. Cette cause ne peut être assimilée à celle de l'obligation

---

(1)Cf. supra n°45 et s.

(2)Cf. supra n°46.

(3)Rappr. Ph. JESTAZ, art. précité, Mélanges RAYNAUD, p.295, qui écarte la justification de la notion d'obligation fondamentale, par l'emploi de la cause, parce que celle-ci ne jouerait pas dans les contrats unilatéraux.

accessoire du donataire que constitue la charge[1]. S'agissant du donateur, c'est encore la cause de ce créancier qui permet de déterminer si la charge est une obligation accessoire ou principale du donataire, autrement dit si elle constitue ou non la contrepartie du transfert de propriété, c'est-à-dire si l'acte est gratuit ou onéreux[2]. Le schéma est original : jusqu'à présent, la hiérarchisation supposait nécessairement la présence d'au moins deux obligations à la charge d'une même partie, l'une étant principale et l'autre accessoire. Ici, le donataire n'est tenu que d'une seule prestation, qui est qualifiée d'accessoire ! Et corrélativement, les deux causes possibles du créancier ne sont pas constituées par la considération d'une obligation. L'option oppose la perspective de la charge, qui est une obligation, à une éventuelle intention libérale du donateur, détachée de toute prestation. Une telle situation n'est nullement absurde. Elle n'est que la conséquence logique de l'application stricte des principes dégagés plus haut. Sa seule particularité, est d'intégrer un élément nouveau. L'obligation accessoire et l'obligation principale ne pèsent pas toujours sur les mêmes contractants. Les illustrations de cette règle sont très nombreuses[3]. Ainsi, dans un contrat de dépôt, consensuel et gratuit, l'obligation de remise de la chose pesant sur le déposant n'est pas une prestation principale : elle ne constitue pas la cause de l'engagement du dépositaire. Celui-ci n'a eu pour but que de rendre service. De même, dans un contrat consensuel de prêt à usage, les obligations de conservation et de restitution sont accessoires, bien que ce soient les seules assumées par l'emprunteur, puisque la jouissance de la chose est accordée sans contrepartie. Dans tous ces cas, la «place structurelle» qui pourrait être occupée par une obligation constituant le paiement de l'obligation caractéristique reste vide. Mais ce vide lui-même possède une fonction structurelle essentielle, puisqu'il s'oppose à ce que l'obligation accessoire accède au rang d'obligation principale. La «place» est occupée par du vide, mais elle est occupée[4]. L'obligation accessoire unique, quant à elle, se rattache à l'obligation principale de l'autre contractant selon des modalités variables, qui seront précisées plus loin[5].

---

(1)Sur cette question, cf. infra n°406. L'assimilation cause de l'engagement/cause de l'obligation n'est possible que si celle-ci est principale. La charge ne compense pas le transfert de propriété, elles est soit «produite» par lui, soit affectée à son service.

(2)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée n°155 et s., p.230 et s.

(3)Cf. infra, section 2, spéc. I , B.

(4)V. déjà pour une idée voisine : P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon II 1973, n°123, p.183 et n°130, p.192. L'auteur qualifie l'indemnité d'immobilisation dans la promesse unilatérale de «clause accessoire» et affirme corrélativement que «par une clause principale, le bénéficiaire a retenu son consentement au contrat définitif».

(5)(charge/donation ; remise/garde ; restitution/transfert de jouissance) ; cf. infra, section 2.

368.- Cette étude du critère subjectif de l'accessoire et du principal, tiré de la cause du créancier des obligations multiples, serait incomplète, si elle n'envisageait pas les limites d'un tel indice. Dans certains cas, en effet, le critère subjectif s'avère soit inefficace, soit inutilisable.

Il semble inefficace lorsqu'il ne parvient pas à hiérarchiser les obligations multiples souscrites par le débiteur. Cette inefficacité est plus apparente que réelle. Le critère subjectif est impuissant à sélectionner une seule obligation et par là-même une qualification simple. Ce faisant, il établit toutefois que le créancier s'est engagé en considération de deux obligations[1]. L'acquéreur d'une usine clefs en mains par exemple, peut avoir recherché autant la construction de l'usine que la vente des machines. Le critère subjectif consacre alors une qualification mixte par addition[2]. Cette situation est le produit de la volonté des parties. L'utilisation supplétive du critère mathématique ne se justifie donc pas et il n'est pas souhaitable d'imposer à la convention une structure simple qui n'est pas conforme à sa nature[3]. La véritable limite du critère subjectif est ailleurs.

369.- Cet indice ne perd en définitive toute sa force que lorsque la cause du créancier n'est plus déterminable. Dans cette hypothèse, le critère subjectif est paralysé. Une telle situation peut provenir de multiples origines. Elle apparaît en particulier quand le rapport d'accessoire unissant les obligations multiples est réversible et que les motifs sont trop nombreux ou inconnus ou qu'ils ne sont pas entrés dans le champ contractuel. Un retour au critère mathématique s'impose alors. Il peut se fonder sur la constatation que la valeur est parfois un indice de la volonté des parties[4] : à défaut d'indications contraires, il paraît normal de considérer qu'un contractant «moyen» s'est engagé, avant tout dans la perspective de l'exécution de l'obligation ayant la plus grande valeur. Cette utilisation du critère mathématique à titre supplétif est importante et elle permet de réfuter une objection qui pourrait être formulée à l'encontre d'un critère s'appuyant sur la cause du créancier des obligations multiples. En effet, la perspective adoptée par un tel indice peut sembler contraire à

---

(1)V. par ex : Aix 19 février 1969, Bull. transp. 1969, p.150, remarquablement motivé.

(2)Sur ces contrats, cf. infra n°1370.

(3)Cf. en ce sens : G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°359 et s., p.493 et s., spéc. n°359 et 362 ; T. HASSLER, Thèse précitée, p.317.

(4)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°140, p.210 ; n°339, p.466 ; sur la substitution du quantitatif ou qualitatif, cf. GENY, «Science et Technique», T.3, n°197 et s., p.59 et s. Adde pour une illustration : A. PELLET, «Le domaine d'application du statut des baux ruraux», Thèse Aix 1952, p.38 (pour déterminer la nature d'un bail portant à la fois sur un fonds agricole et des bâtiments à usage d'habitation).

l'article 1162 du Code civil, aux termes duquel ; «dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation». Le principe même de l'application de cette disposition en matière de qualification n'est pas contestable[1]. Ce sont ses modalités qui méritent d'être précisées. Lorsque la cause du créancier est déterminable, la condition préalable au jeu de l'article 1162, à savoir l'existence d'un doute, n'est pas remplie. la qualification peut alors être déduite de manière certaine de l'économie générale de la convention, des stipulations des parties et éventuellement de certains motifs du créancier. En revanche, lorsque cette cause est inconnue, la nature du contrat est douteuse, l'article 1162 reprend son empire et la préférence donnée au créancier ne se justifie plus. Le retour à l'application d'un critère mathématique réalise exactement ce glissement d'une perspective privilégiant le créancier à une orientation plus axée vers le débiteur. L'esprit de l'article 1162, selon lequel, dans le doute la convention s'interprète en faveur de celui qui assume les obligations, est ainsi respecté.

Il est rare, toutefois, d'être obligé d'en arriver là, et si le premier aspect du critère subjectif axé sur la cause du créancier ne donne pas de solution nette, il est fréquent que le second, s'attachant à la cause de l'obligation accessoire prenne efficacement le relais.

---

(1)V. par ex : Paris 19 mai 1944, Gaz. Pal. 1944-2-p.90 (obligation de restitution interprétée dans le sens le plus favorable pour son débiteur ; dépôt et non commodat).

SECTION 2

LA TYPOLOGIE DES OBLIGATIONS ACCESSOIRES

370.- La recherche d'un critère permettant d'identifier l'obligation principale d'une partie est orientée vers l'analyse de la cause du créancier des prestations multiples. L'établissement d'une typologie des obligations accessoires vise plutôt le débiteur et la cause de ces prestations. Il s'agit ici d'essayer de préciser la nature du lien qui unit une obligation accessoire à une obligation principale(1). La perspective rejoint alors totalement celle de M. Goubeaux[2].

Cet auteur indique clairement, dans le chapitre préliminaire tendant à définir la notion d'accessoire, que celle-ci n'est pas de nature mathématique : les termes d'accessoire et de principal ne suggèrent aucune idée d'infériorité quantitative de l'accessoire. «C'est dans la particularité de la liaison entre les deux termes du rapport, qu'il faut voir l'explication de cette hiérarchie»[3]. «Le principal apparaît comme le point ferme sur lequel se fixe l'accessoire»[4]. De manière générale, l'accessoire vient se joindre au principal, mais les modalités de cette jonction ne sont pas infinies. Derrière la variété des situations de fait, le rapport d'accessoire à principal se structure autour de quelques schémas précis. M. Goubeaux en distingue deux, apparemment antithétiques. L'accessoire peut tout d'abord être affecté au service du principal : c'est

---

(1)Cette typologie des obligations accessoires embrasse un domaine d'application extrêmement large. Elle s'applique indifféremment aux obligations naturelles ou accidentelles, supplétives ou d'ordre public, à celles qui correspondent au contenu strict du contrat ou qui découlent de son amplification légale ou jurisprudentielle (sur ces notions, cf. : L. JOSSERAND, «Tendances actuelles de la théorie des contrats», RTD civ. 1937, p. 1 et s., III ; H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux, 1968, p.71 et s.).
Adde : pour des exemples très nombreux d'obligations accessoires, précisant le régime de l'obligation principale : Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Contrats distribution, Fasc. 110 et 111.

(2)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°18 et s., p.33 et s. ; n°140, p.210.

(3)Thèse précitée, n°18, p.34-35.

(4)Thèse précitée, n°18, p.34-35.

l'accessoire par destination (I). Il peut, au contraire, être «produit» par le principal : c'est l'accessoire par «production»[1] (II).

I - Les obligations accessoires par destination

371.- La première catégorie d'accessoire décrite par M. Goubeaux est celle de l'accessoire par destination. Les éléments caractéristiques de cette notion doivent être brièvement rappelés, avant d'envisager son application en matière contractuelle[2].

Le premier type de lien pouvant unir l'accessoire au principal trouve son origine dans la destination de l'accessoire. Si l'accessoire vient se joindre au principal, c'est souvent parce que tel est son but : l'accessoire est affecté au service du principal. Ainsi, M. Goubeaux évoque l'exemple d'une galerie porte-bagages pour voiture de tourisme. Un tel accessoire doit, pour remplir son but, être joint à une automobile. En lui-même et pris isolément, il ne sert à rien. Adapté à l'automobile qui joue ici le rôle de principal, il en facilite l'utilisation. Cette conception de l'accessoire est illustrée, en matière juridique par des exemples incontestables et fort connus : accession mobilière (art. 567 du Code civil), sûretés accessoires des créances qu'elles garantissent (art. 2114 du Code civil) ou encore servitude (art. 637 du Code civil «charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage...»). Cette affectation réalise une liaison originale caractéristique du rapport d'accessoire à principal. Mais cette liaison comporte la particularité d'être unilatérale. La hiérarchie de l'accessoire et du principal a un sens. Ceci se marque de deux manières différentes. D'abord, c'est l'accessoire qui vient s'ajouter au principal pour le compléter ou l'agrémenter et non l'inverse. Le principal poursuit son propre but. Au contraire, la destination assignée à l'accessoire le conduit à se joindre au principal qu'il doit servir. L'accessoire ne peut remplir son but que s'il s'ajoute au principal. Ensuite, il convient de souligner que cette fonction ne correspond pas à une communauté de buts de l'accessoire et du principal. Ce dernier poursuit une certaine fin. C'est ce but qui est essentiel et qu'il importe d'atteindre. C'est pour faciliter la réalisation de cet objectif qu'un accessoire est adjoint au principal. L'ensemble formé par la réunion du principal et de l'accessoire vise alors

---

(1)Les guillemets sont de M. GOUBEAUX, qui s'en explique expressément, cf. n°22, p.41.

(2)Toutes les indications de ce paragraphe sont donc tirées de la thèse de M. GOUBEAUX, spéc. des n° 19-20, p.35 et s., n°148 et s., p.220 et s. ; adde aussi : a contrario n° 145, p.217 (obligation de sécurité) et n°157, p.235 (charge dans une donation) relatifs à l'accessoire par production.
Adde : R. HOUIN, Thèse précitée, p.169 et s.

le but qui était déjà celui du principal seul. L'accessoire a donc en définitive la même fin que le principal, mais il ne peut atteindre ce but qu'indirectement, au travers du principal dont le service est son but direct. Enfin, le lien unissant l'accessoire par destination au principal est d'une intensité variable. L'accessoire peut être utile au principal, faciliter son usage. Il peut également être nécessaire, ou, ce qui selon M. Goubeaux revient au même, indispensable au principal[1]. Une précision s'impose toutefois : l'accessoire ne doit être nécessaire qu'à l'usage du principal et non à son existence, auquel cas accessoire et principal fusionneraient pour ne faire plus qu'un.

En résumé[2], l'accessoire par destination a pour finalité immédiate d'agrémenter, de compléter le principal ou de faciliter voire même de permettre (accessoire nécessaire) sa réalisation. Il ne possède pas de but propre et envisagé isolément ne sert à rien.

372.- Tous les éléments de cette définition sont aisément transposables en matière contractuelle. Sera qualifiée d'obligation accessoire par destination, toute obligation affectée au service d'une autre, qui apparaîtra ainsi comme une obligation principale. Il convient alors de préciser la signification des expressions «réalisation du principal» ou «usage du principal» dans le domaine des conventions. L'équivalence est facile à déterminer : il s'agit en l'occurrence de l'exécution de l'obligation. En effet, «réaliser» une obligation, c'est l'exécuter. De plus, l'«usage» du principal est opposé à son «existence»[3] : or il est courant de distinguer l'existence (ou la formation) d'une obligation, de son exécution. La définition peut dès lors être affinée : une obligation accessoire par destination a pour finalité de faciliter, de compléter ou de permettre l'exécution de l'obligation à laquelle elle se rattache[4]. L'obligation principale a son but propre : elle tend à obtenir du cocontractant un sacrifice corrélatif (contrat onéreux) ou réalise l'intention libérale ou serviable de son débiteur (contrat gratuit). L'obligation accessoire, en se mettant au service de l'obligation principale va, indirectement, lui permettre de réaliser son objectif.

---

(1)Sur l'accessoire nécessaire, cf. n°30 et s., p.53 et s.

(2)Si tant est qu'il soit possible de résumer davantage des développements où chaque mot compte...

(3)Thèse précitée, p.56.

(4)Cf. R. HOUIN, Thèse précitée, p.169 : «obligations secondaires qui ont toutes pour but la réalisation de l'obligation principale» ; M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, p.19 : «certains contrats annexes sont accessoires dans la mesure où ils viennent faciliter le fonctionnement du contrat de base, d'autres sont complémentaires en ce qu'ils étendent le domaine des relations entre les parties». V. aussi, moins précis, mais dans un même esprit : J. GHESTIN, «Conformité et garanties dans la vente», n°147, p.139 : «chaque obligation, dépendant d'un même rapport synallagmatique, est affectée par la volonté des parties, la loi ou le juge à la réalisation satisfaisante de l'ensemble du rapport».

373.– Une première illustration s'impose, pour permettre de bien saisir cette définition. Il suffit d'envisager un loueur professionnel d'échafaudages. Les contrats conclus avec ses clients sont des louages de choses mobiliers : le loueur s'engage à concéder temporairement la jouissance d'un échafaudage. Ce transfert d'usage constitue son obligation principale, mais il peut également stipuler d'autres prestations secondaires, comme par exemple, celle d'installer l'échafaudage. Cette obligation répond parfaitement à la définition des obligations accessoires par destination. Son but direct est de permettre l'utilisation du bien loué. Une fois monté, l'échafaudage pourra être employé par le client. L'obligation principale de transfert de jouissance pourra être accomplie, ce qui justifiera le paiement de la rémunération convenue. Certes, cette prestation secondaire est facturée au locataire, mais la considération de cette facturation n'est pas le but direct de l'obligation de montage. Prise isolément, cette prestation ne sert à rien : il serait aberrant de monter l'échafaudage, puis de le démonter avant même que le client ait pu s'en servir ! Cet usage de la chose louée est la finalité première de la prestation accessoire et ce n'est qu'après s'être jointe au principal, que l'obligation accessoire va pouvoir participer à la réalisation du but de celui-ci : le paiement par le locataire du loyer stipulé.

374.– Au terme de ces premiers développements, la méthode qui doit être utilisée pour déterminer si une obligation est une obligation accessoire par destination, apparaît clairement : il convient de s'interroger sur la finalité de cette prestation, sur la raison de sa stipulation. Il s'agit, en d'autres termes, de répondre à la question bien connue : cur debetur ? L'accessoire par destination utilise par conséquent, dans le domaine contractuel, la technique de la cause[1]. M. Goubeaux l'admet d'ailleurs expressément à plusieurs reprises, même s'il ne le fait qu'avec prudence. Ainsi, après avoir affirmé à l'occasion de l'examen des contrats de bail liés à un contrat de travail, que «le contrat principal est la cause du contrat accessoire»[2], il estime, de manière plus générale, que «la caractéristique d'un rapport d'affectation est que le principal est cause de l'accessoire, tandis que l'accessoire n'est pas cause du principal»[3]. La notion de cause utilisée ici est objective, identique pour chaque contrat d'un même type. M. Goubeaux réfute, à juste titre, une recherche des mobiles qu'il estime impraticable : «il

---

(1)Ceci explique d'ailleurs la parfaite adaptation de l'accessoire par destination à la matière contractuelle. Il n'est pas possible d'en dire autant de l'accessoire par production, cf. infra II.

(2)Thèse précitée, n°42, p.75 ; n°46, p.80.

(3)Ibid, n°132, p.200. L'idée figure également dans d'autres passages, cf. par ex : n°154, p.229-230 et la note 77 in fine ; n°157-158, p.234-235 et n°168, p.245.

faut donc nécessairement se limiter à la matière même de l'accord»[1]. Cette contrainte est toutefois supportable : la cause de l'obligation accessoire ne peut être en l'espèce qu'une autre obligation stipulée dans la même convention. Et il convient de préciser, de surcroît, que très souvent, seules deux analyses sont possibles : en présence de deux prestations liées l'une à l'autre, si l'une est principale, l'autre est accessoire et inversement. En pratique nombreux sont les couples d'obligations qui ne fonctionnent que dans un sens. Ainsi, l'obligation d'emballer est au service de l'obligation de délivrance consécutive au transfert de propriété : le contractant emballe pour permettre la délivrance. L'inverse n'est guère concevable : il est difficile d'imaginer une vente accessoire d'une obligation d'emballage ou bien il s'agirait d'un contrat d'entreprise (fabrication d'un conditionnement) avec fourniture de matière. Il est clair que les deux hypothèses ne peuvent en aucun cas être confondues et qu'à chaque opération économique courante va correspondre une structure spécifique composée d'une obligation principale et d'une (ou plusieurs) obligation accessoire par destination. Le rapport d'accessoire par destination apparaît, de ce fait, échapper quelque peu à la volonté des parties. En définitive, chaque situation de fait relève d'une analyse unique, entre lesquelles il appartient aux contractants de choisir. La volonté des parties n'est pas bridée a posteriori, mais à sa source même, en ce sens que dans certaines situations, il n'est pas possible de vouloir un rapport d'accessoire différent de celui que la réalité impose, sous peine de tomber dans l'absurde. Si une partie s'engage à monter un échafaudage et à le louer, il est possible de dire que le montage permet l'usage, mais pas que l'usage permet, facilite au complète le montage ! Voilà une trace incontestable de ces fameux «éléments matériels» dont M. Ghestin a affirmé qu'ils étaient méconnus dans le cadre des contrats réels[2]. Il faut à cet égard remarquer, qu'en définitive, le critère mathématique monétaire, par la réduction qu'il opère de chaque obligation à sa valeur, s'avère plus souple ! Il peut s'abstraire des réalités et considérer comme principale une prestation qui n'est certainement qu'au service d'une autre. Toute intervention des parties n'est cependant pas exclue, loin s'en faut et il sera possible de montrer que certains couples de prestations sont parfaitement réversibles : une analyse approfondie de la volonté des contractants est alors indispensable.

375.- Par rapport à l'étude de M. Goubeaux, le champ d'application de l'examen de l'accessoire est ici beaucoup plus réduit : il se limite au domaine contractuel. Il n'en recouvre d'ailleurs même pas la totalité, puisque seuls les rapports

---

(1)Ibid, n°140, p.211; adde n°154, p.229.

(2)J. GHESTIN, «Le contrat», n°342, p.367 et cf. supra sur les contrats réels.

entre obligations sont concernés à l'exclusion de ceux affectant les contrats. Il est par conséquent possible d'affiner les distinctions posées par cet auteur, en raisonnant sur un nombre d'hypothèses plus important. Si les grandes orientations sont incontestables, quelques points méritent d'être précisés. En particulier, il convient de souligner l'extrême diversité des obligations «principales» au service desquelles se placent les obligations accessoires par destination. Tout d'abord, et c'est pour cela que le terme est placé entre guillemets, le rapport d'accessoire peut jouer à plusieurs niveaux et une obligation principale par rapport à une prestation, peut simultanément être l'accessoire d'une troisième[1]. Ensuite, si l'obligation principale et l'obligation accessoire sont souvent à la charge du même débiteur (A), tel n'est pas toujours le cas : une obligation accessoire peut être affectée au service d'une obligation assumée par l'autre partie (B).

A) Obligations principale et accessoire à la charge du même débiteur

376.– C'est l'hypothèse-reine. Le débiteur d'une obligation principale est également tenu d'une obligation accessoire qui a pour but de faciliter ou de permettre l'exécution de l'obligation principale. Cette situation peut se rencontrer dans des contrats très différents. L'analyse causale comporte cependant quelques constantes qu'il convient d'exposer immédiatement.

Il faut rappeler, tout d'abord, que l'obligation principale est celle qui constitue la cause de l'engagement de l'autre contractant. La cause de l'obligation principale elle-même, est variable et dépend de la nature gratuite ou onéreuse, synallagmatique ou unilatérale du contrat. La cause de l'obligation accessoire est en revanche toujours la même : le but immédiat de cette prestation est le service de l'obligation principale et son but médiat, accessible au travers de la jonction avec l'obligation principale, est la fin poursuivie par cette prestation principale. Cette analyse présente une particularité surprenante, par rapport aux applications généralement enseignées de la théorie de la cause. En effet, l'obligation accessoire a pour cause une obligation assumée par la même partie ! Comme les auteurs se contentent habituellement de raisonner sur les obligations principales, lorsque celles-ci ont pour cause objective une obligation, c'est forcément celle du cocontractant. Cette situation n'est pas inéluctable. Lorsque la cause voit son application généralisée à toutes les prestations contenues dans un

---

(1) C'est aussi pour cette raison que l'obligation sur laquelle vient se greffer la prestation accessoire, n'a pas été qualifiée de «principale» dans la définition adoptée plus haut. Une obligation accessoire se rattache parfois à une autre obligation accessoire.

contrat, les cadres traditionnels s'avèrent insuffisants. Une condamnation a priori d'une telle analyse causale reposant sur de simples habitudes serait regrettable. Elle irait de plus à l'encontre des faits. De l'obligation principale à l'obligation accessoire, l'interrogation reste la même : cur debetur ? Et c'est sous la contrainte des réalités matérielles qu'il devient nécessaire d'admettre que dans certains cas, une obligation trouve sa cause dans une autre prestation assumée par le même débiteur[1]. Mieux vaut l'admettre et en tirer profit pour rénover les schémas explicatifs traditionnels. Il se confirme, en particulier, que tout contrat possède une structure globale d'obligations, dont la cohérence est assurée par la cause de celles-ci. Si un contractant assume plusieurs obligations, chacune d'entre elles est causée d'un point de vue objectif[(2)]. Cette règle emporte un corollaire : dès lors que plusieurs causes se rattachent à un même contractant, il devient nécessaire d'isoler une cause de l'engagement, constituée par la raison première qui a poussé cette partie à contracter. Tout naturellement, la cause de l'engagement d'une partie débitrice de plusieurs obligations s'identifie avec celle de son obligation principale.

Après cette rapide présentation, il est maintenant possible d'entrer plus avant dans l'examen de la typologie des obligations accessoires par destination, en distinguant les contrats synallagmatiques onéreux (1°) des autres conventions (2°).

1) Les contrats synallagmatiques onéreux

a) Les obligations accessoires d'une obligation caractéristique

377.– Dans un contrat onéreux synallagmatique, chaque contractant s'engage afin que l'autre partie exécute une obligation déterminée. Il y a donc toujours, dans ce genre de conventions, au moins une obligation principale, à la charge de chacun des contractants et parmi celles-ci, figure au moins une prestation qui symbolise l'originalité économique de l'accord et qui correspond à l'obligation dite caractéristique. Le plus souvent, c'est à cette obligation que se rattachent les prestations accessoires par destination. Il convient en effet de remarquer que les opérations matérielles les plus courantes (transporter, construire...) ainsi que les actes juridiques les plus simples (vendre, louer...) se laissent rarement réduire juridiquement sous la forme d'une seule obligation : il est en général nécessaire

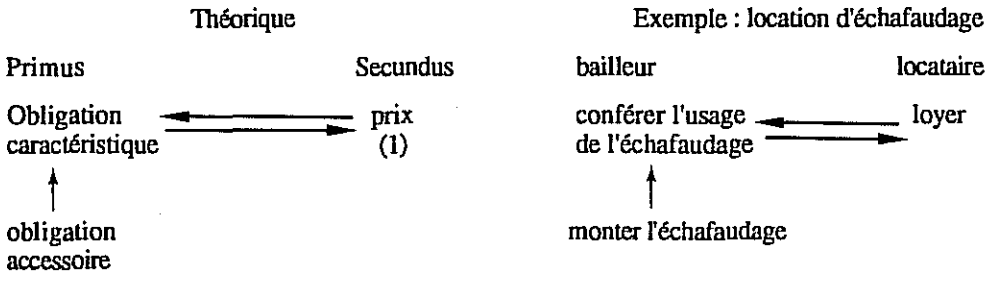
---

(1)V. en ce sens, en doctrine, ce passage irréprochable de L. BIHL, «Droit des hôtels, restaurant et camping», Litec, p.168 : «L'obligation de garde du propriétaire du camping trouve sa cause dans la location d'un emplacement dont elle n'est que l'accessoire indispensable».

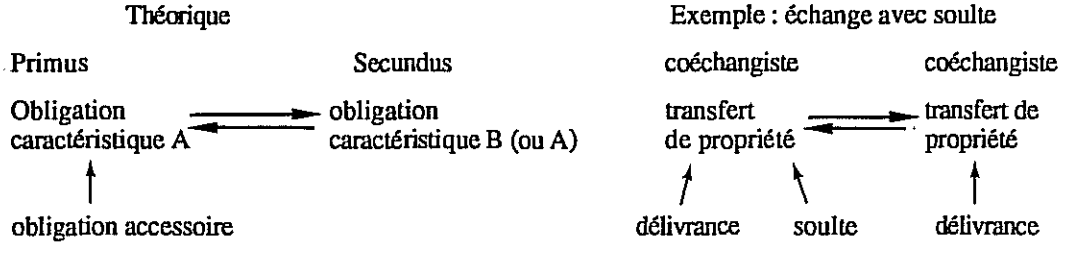
(2)Une illicéité ou une immoralité tirée des mobiles d'une obligation accessoire paraît difficilement concevable et la notion subjective de la cause semble limitée à la cause de l'engagement.

d'agencer plusieurs prestations pour en rendre compte en totalité. Selon le caractère simple ou mixte du contrat, trois schémas sont envisageables.

- Dans un contrat simple, une obligation caractéristique et une obligation de verser une somme d'argent (voire un prix en nature) se font face et se servent mutuellement de cause. C'est d'ailleurs la cause de l'obligation de payer le prix qui permet de distinguer l'obligation principale de celle qui n'est qu'accessoire. La structure d'obligations est alors la suivante :



- Dans un contrat mixte par opposition[2], deux obligations caractéristiques s'équilibrent. Tout ce qui peut être dit sur les obligations accessoires par destination, attachées au service d'une obligation caractéristique dans un contrat simple, est entièrement transposable à ces conventions. Il suffit seulement de préciser que ce sont alors deux prestations et non une seule qui sont concernées.

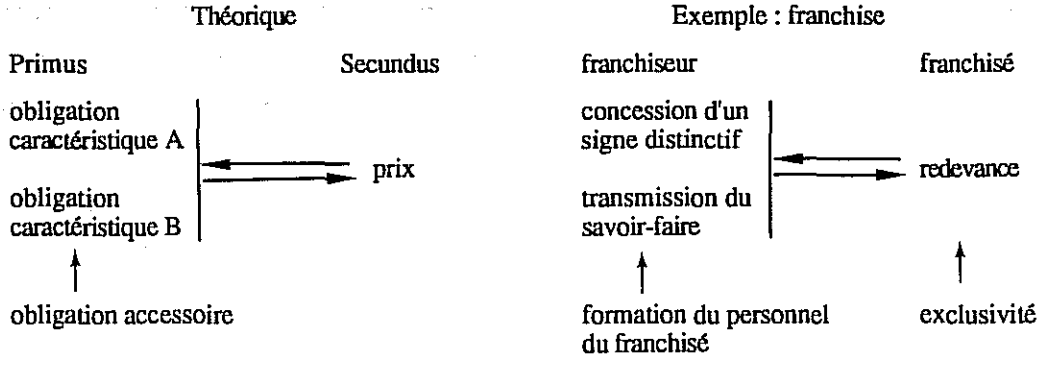


- Enfin, dans un contrat mixte par addition[3], c'est le même contractant qui assume plusieurs obligations caractéristiques. Dans cette hypothèse, la cause du versement du prix n'est pas parvenue à établir une hiérarchie entre les obligations de ce contractant. Entre certaines d'entre elles, tout du moins, car la présence de plusieurs obligations principales caractéristiques n'est pas incompatible avec celle de prestations accessoires par destination. Cette situation soulève toutefois, une difficulté nouvelle : il devient indispensable de préciser à quelle obligation principale se rattache l'obligation

---

(1) Les flèches symbolisent la cause de l'obligation ou à défaut du consentement.
(2) Cf. infra n°1226 et s.
(3) Cf. infra n°1308 et s.

accessoire[1]. Cette nécessité est d'ailleurs une règle générale et d'autres illustrations en seront fournies[2]. Les structures de ces accords peuvent être présentées comme suit :



378.- Le cadre général d'accueil des obligations accessoires par destination étant précisé, leur examen proprement dit peut commencer. Certaines obligations apparaissent comme accessoires par nature. Elles ne se rencontrent qu'affectées au service d'une autre prestation, quel que soit le contrat où elles se trouvent. L'obligation de garantie en constitue une première illustration[3]. Selon M. Gross, la garantie se définit comme une «obligation complexe, d'origine légale ou conventionnelle, qui, dans certains contrats à titre onéreux où le créancier peut craindre d'être trompé sur les droits que son contractant lui transmet sur la chose, ou sur l'utilité de celle-ci, vient se superposer à certaines obligations nées du contrat et assure le garanti du résultat pratique de l'exécution normale de la convention, tout en lui promettant une réparation très efficace du dommage causé au cas où ce résultat ne serait pas atteint définitivement»[4]. L'analyse effectuée par cet auteur, avant la thèse de M. Goubeaux, correspond parfaitement à la définition de l'accessoire par destination.

Concevant la garantie comme une obligation complexe rassemblant plusieurs obligations qui pourraient paraître hétérogènes, M. Gross affirme que celles-ci «retrouvent une certaine unité quand on envisage le but de l'institution : ce but étant d'obtenir la réalisation des résultats pratiques de la convention»[5]. «La garantie se superpose toujours à certaines obligations nées de la convention. Elle renforce la

---

(1)Cf. infra n°1428.

(2)Distinguer selon que l'obligation accessoire se rattache à une obligation du même contractant ou d'un autre est déjà une application de cette règle. Sur l'obligation accessoire d'une obligation accessoire, cf. infra n°1153 et s.

(3)Cf. B. GROSS, «La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats», Thèse LGDJ 1964 ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°71, p.121 et n°144, p.215.

(4)Thèse précitée, n°106, p.103.

(5)Thèse précitée, n°101, p.100.

portée de celles-ci»[1] en «donnant une plus grande efficacité aux obligations principales d'un contrat»[2]. Certes, cette obligation n'est pas indispensable à l'exécution de l'obligation principale ; il serait possible de s'en passer et les contractants peuvent parfois conventionnellement l'exclure. La garantie n'en est pas moins un complément utile de la prestation à laquelle elle se rattache, susceptible d'accroître la satisfaction des besoins du créancier de celle-ci[3].

Une idée similaire se retrouve pour la clause pénale. M. Goubeaux cite à cet effet l'excellente définition de Demolombe : «la clause pénale est une obligation secondaire et accessoire, qui implique nécessairement l'existence d'une obligation primitive et principale, à laquelle elle est subordonnée et dont elle a pour but seulement d'assurer l'exécution»[4]. Cette solution semble être également applicable aux clauses de dédit[5] et aux clauses d'essai[6].

379.– Toutes les obligations accessoires par destination ne le sont pas naturellement. De nombreuses prestations peuvent également occuper indifféremment la position d'obligation principale ou d'obligation accessoire, avec une inclination plus ou moins prononcée vers l'une ou l'autre.

Les obligations de renseignements ou de conseil, par exemple, existent à titre principal dans les contrats conclus par les professionnels du conseil (juridique, fiscal, etc.) ou dans les conventions de fourniture de renseignement par des établissements

---

(1)Thèse précitée, n°45, p.48.

(2)Thèse précitée, n°46, p.48.

(3)Sur les difficultés de rattachement de la garantie des vices dans un prêt réel, cf. supra n°314 et infra n°494.

(4)DEMOLOMBE, T.26, n°637 ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°132, p.199. Adde, dans le sens de ce caractère accessoire : Y. DAGORNE-LABBE, «Contribution à l'étude de la faculté de dédit», Thèse Paris II 1984, n°124, p.167.

(5)Cf. supra n°133. Adde en doctrine : MAZEAUD et DE JUGLART, T.3, Vol. 2, n°805, p.86-87 ; J.-L. AUBERT, note D. 1982, p.172, p.172 sous Paris 9 novembre 1981.
Cette stipulation permet à son bénéficiaire de décider unilatéralement l'anéantissement rétroactif de la convention. En général, les auteurs attachent la clause au contrat, plutôt qu'à une obligation. En tout état de cause, les dédits sont stipulés, selon les cas, au profit d'un seul des contractants ou des deux simultanément. Ceci laisse à penser que les clauses de dédit possèdent un rattachement minimal à un engagement précis. En permettant de supprimer la nécessité de la réalisation du principal, la clause de dédit lui est d'une certaine manière affectée (rappr. Y. DAGORNE-LABBE, Thèse précitée, n°124, p.167 et n°139, p.199 (pour la conséquence : la disparition de l'obligation principale entraîne celle du dédit)).

(6)L'hypothèse de la clause de dédit est en effet à rapprocher des clauses d'essai intégrées dans certaines conventions. La situation est alors symétrique, bien qu'inversée. La clause n'a pas pour but la disparition du contrat mais au contraire, sa formation (en ce sens : L. LORVELLEC, J.-Cl. Civ., art. 1588, édit. 1975, n°10). La structure est alors assez compliquée. L'obligation de réaliser l'essai pesant sur l'acheteur est un accessoire opposé du transfert de propriété (le versement d'une somme d'argent n'a pas a être «essayé»). Et le transfert de la détention de la chose est une obligation accessoire du vendeur, nécessaire à l'accomplissement de l'essai.

bancaires. Elles se rencontrent toutefois beaucoup plus fréquemment au rang de prestation secondaire, où elles occupent alors exactement la place d'une obligation accessoire par destination. Ainsi, lorsqu'un vendeur est tenu d'avertir son cocontractant des particularités de la chose vendue, cette obligation est accessoire à son obligation de délivrance. Elle en complète l'exécution. Elle permet de préciser les règles d'utilisation de cette chose, utilisation dont il est clair, que sauf cas particuliers, elle constitue une des conséquences normales du transfert de propriété («usus»).

380.– Dans beaucoup d'autres cas, à l'inverse, l'obligation est avant tout connue comme une prestation principale, mais elle peut être transformée en obligation accessoire par la volonté des parties, plus ou moins contrainte par la nature des choses. Les hypothèses sont ici quasiment illimitées[1].

Ainsi, l'exécution d'un travail, de manière indépendante constitue l'obligation caractéristique du contrat d'entreprise. Elle se retrouve cependant, très fréquemment affectée au service d'une autre prestation. L'exemple précédemment évoqué de l'échafaudage en est une première illustration. Tel est le cas, également, pour le voiturier, qui pour exécuter son obligation de déplacement est parfois tenu d'emballer la marchandise ou encore de la charger sur le moyen de transport. Le déchargement relève de la même analyse : si le transporteur a accepté d'accomplir cette opération, cette prestation rend possible la livraison, qui marque l'achèvement de l'obligation de déplacement[2]. Les vendeurs s'engagent eux-aussi souvent à des prestations de services accessoires : installation ou montage de l'objet vendu, pose d'une moquette, branchement ou réglage d'un appareil. Toutes ces obligations sont affectées au service de l'obligation de délivrance, qu'elles complètent : ce n'est plus une chose brute qui est transmise à l'acheteur, mais une chose prête à l'emploi.

L'obligation de déplacement, principale dans le transport, se prête également parfaitement à cette affectation à une autre obligation caractéristique. Pour pouvoir exécuter leur obligation de garde (dépôt), de mandat (dédouanement par exemple)[3], de

---

(1) Cf. infra n°1041 et s. sur les obligations accessoires nécessaires et les nombreuses décisions citées, auquel le lecteur pourra se reporter. La nature théorique des développements de ce passage rendrait quelque peu artificiel le renvoi à des décisions de jurisprudence qui n'envisagent que rarement la nature du lien d'accessoire unissant l'obligation secondaire à l'obligation principale. Leur citation se contenterait d'illustrer une situation de fait et non un raisonnement juridique.

(2) Sur le déménagement, cf. infra n°414 et s.
En affinant l'analyse, deux raisonnement sont envisageables. Il est possible de rattacher le déchargement au déplacement lui-même : celui-ci n'est achevé que lorsque la marchandise est à terre, celle-ci ne pouvant rester indéfiniment dans le moyen de transport qu'elle immobiliserait. Mais il est également concevable de le rattacher à l'obligation de restitution de la chose, arrivée à destination.

(3) Cf. infra n°1108 et s.

réparation (entreprise), il est courant que le garde-meubles, le commissionnaire en douane ou le réparateur s'engagent à venir prendre en charge au domicile de leur client la chose objet de leur prestation, puis à la transporter dans leur entrepôt ou atelier. La livraison à domicile à l'issue de l'exécution de l'obligation principale de ces contractants, est également un accessoire par destination, affecté à leur obligation de restitution dont elle précise les modalités. De même, pour assurer la délivrance de la chose vendue, le vendeur est fréquemment tenu de la livrer au domicile de l'acheteur[1].

Le contrat de bail n'échappe pas à ce mécanisme. En particulier, des obligations accessoires de jouissance sont intégrées dans des contrats de vente[2]. Par exemple, pour délivrer la chose vendue, le vendeur peut s'engager à remettre à l'acheteur un conditionnement spécial, que celui-ci devra ensuite restituer[3]. De même, les ventes d'herbes ou les ventes de matériaux à extraire, nécessitent l'utilisation du terrain supportant les fruits ou contenant le gisement[4]. La jouissance du terrain n'est pas, dans ce cas, envisagée pour elle-même. Elle n'a pour but que de permettre l'accomplissement des obligations du vendeur(5).

381.– L'obligation de délivrance du vendeur relève également des obligations accessoires par destination[6]. En transférant la propriété de la chose vendue, le vendeur transmet à l'acheteur un pouvoir juridique sur la chose, qui se divise classiquement en

---

(1)Cf. infra n°1069, 3e note.

(2)Ou d'une autre nature, cf. infra n°1069, 1e note.

(3)Sur la consigne, cf. infra n°1149 et s.

(4)Sur la vente de matériaux à extraire, cf. infra n°827 et s. et sur la vente d'herbes, cf. infra n°512 et s.

(5)Encore qu'il soit également concevable de rattacher la nécessaire utilisation du terrain à l'obligation de retirement de l'acheteur, mais il s'agirait alors d'une obligation affectée au service d'une prestation assumée par l'autre contractant, cf. infra B. Dans les contrats de vente d'herbes, notamment d'alpages, la convention prévoit parfois, à titre accessoire ; la jouissance d'une bergerie ou d'un abri pour le gardien du troupeau, voire la fourniture d'un local où celui-ci peut confectionner du fromage (v. par ex : Soc 5 juillet 1956, Bull. civ., IV, n°611, p.456 ; Soc. 5 janvier 1962, Bull. civ., IV, n°11, p.8). L'analyse de ce lien d'accessoire est assez délicat. Si l'accès au terrain semble plutôt l'accessoire indispensable de l'obligation de délivrance du vendeur, la jouissance de la bergerie paraît être une prestation accessoire opposée, rattachée à l'obligation de retirement de l'acheteur (elle la facilite, puisque cette obligation s'exécute par la présence du troupeau sur l'herbage, nécessitant ainsi la surveillance d'un gardien). En revanche, la jouissance d'un local pour faire du fromage relève plutôt de l'accessoire par «production».

(6)L'obligation de délivrance n'est pas la prestation principale du vendeur : (cf. Ch. ATIAS, Thèse précitée, n°54, p.80 ; J. GHESTIN, «Le contrat», n°16, p.11 et la critique de la présentation traditionnelle supra n°336 et s. ; contra Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°180, p.216) et c'est le transfert de propriété qui est la cause du consentement (et de l'obligation principale) de l'acheteur (cf. en ce sens : Ch. GOYET, «Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire», Thèse Strasbourg LGDJ 1983, n°373, p.202 ; contra : Civ. 1e 12 juillet 1989, Bull. civ., I, n°293, p.194 : «la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue» ; J. SAVATIER, «La vente de services», D. 1971, p.223 et s., n°18).

trois prérogatives : celles d'user de la chose, de jouir de ses fruits et d'en disposer. Ceci suppose (notamment l'usus) que l'acheteur se voie transmettre aussi un pouvoir de fait sur le bien vendu, sans quoi «l'opération manquerait en partie son effet»[1]. L'obligation de délivrance permet ainsi au principal d'atteindre son but[2].

382.- La situation dans le contrat de bail est beaucoup plus confuse et la théorie de l'accessoire par destination semble à même d'y remettre un peu d'ordre. Aux termes de l'article 1719 du Code civil, le bailleur est tenu d'exécuter quatre obligations : délivrer la chose louée, l'entretenir, en faire jouir paisiblement le preneur et assurer les plantations. L'article 1721 et les articles 1725 à 1727 ajoutent à cette liste une obligation de garantie. Certains auteurs adoptent une présentation quelque peu différente, en plaçant sur un pied d'égalité l'obligation de délivrance, l'obligation d'entretien, l'obligation de garantie, sous ses deux aspects, d'éviction (pour fait personnel de droit ou de fait et pour trouble de droit des tiers) et des vices cachés et une obligation de sécurité consacrée par la jurisprudence[3]. Une telle conception semble inexacte. Toutes ces obligations ne peuvent se voir reconnaître une importance équivalente dans la structure de qualification du contrat de bail. En particulier, l'obligation de garantie est accessoire par nature et il est aisément perceptible que l'obligation d'entretien ne peut constituer une obligation principale. La liste précitée contient donc nécessairement certaines obligations accessoires. Un problème surgit alors : à quelle obligation principale rattacher ces prestations ? Une première solution consiste à les affecter à l'obligation de délivrance : le bailleur doit mettre la chose louée à la disposition du locataire, ce serait là son obligation première, et c'est cette délivrance qui constituerait la cause de l'engagement du preneur[4]. Cette explication est d'ailleurs la seule qui soit compatible avec l'analyse réelle du commodat, qui voit dans cette convention un contrat unilatéral, le prêteur n'étant plus tenu à rien dès lors qu'il a remis la chose objet du prêt[5]. Cette analyse n'est pas convaincante et suscite plusieurs critiques. Elle semble omettre le caractère instantané de l'obligation de délivrance. Si

---

(1)M. ALTER, «L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels», Thèse LGDJ 1972, n°1, p.8 ; adde N. DECOOPMAN, «La notion de mise à disposition», RTD civ. 1981, p.300, n°5-6 et n°5, p.12 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.45.

(2Adde, pour une hypothèse où le lien d'affectation par destination au transfert de propriété est encore plus flagrant : Civ. 3e 8 février 1983, Bull. civ., III, n°37, p.30 (obligation pesant sur le vendeur de fixer nettement sur le terrain les limites des lots vendus).

(3)MAZEAUD et DE JUGLART, T.3, Vol. 2, n°1107 et s., ; BEUDANT et LEREBOURS et PIGEONNIERE, T.11, n°492, p.436 ; COLIN et CAPITANT, T.2, n°1016 et s., p.673 et s. ; J.-C. GROSLIERE, Rép. civ., v°, Bail, n°171-172. Sur cette prétendue obligation de sécurité, cf. infra n°1541.

(4)MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit., n°1108.

(5)Cf. supra n°314.

cette prestation justifie le transfert au locataire d'un pouvoir de fait sur la chose, elle n'explique pas, en revanche, le maintien de cette prérogative. La comparaison avec la vente n'est ici d'aucun secours. Dans cette convention, c'est le transfert de propriété qui implique la persistance d'un pouvoir de l'acheteur sur le bien vendu. Il faut donc admettre l'existence d'une obligation continue relative à la jouissance de la chose louée[1]. Il reste alors à en déterminer la nature. Par analogie avec la solution retenue pour le commodat par Toullier[2], il serait possible de considérer que le bailleur reste tenu durant tout le contrat de ne pas réclamer la restitution de l'objet loué. Une telle explication est artificielle[3]. Cette prestation n'est pas à même de servir de support satisfaisant aux obligations accessoires. L'obligation de garantie des vices, par exemple, ne facilite ni ne permet l'exécution d'une obligation de ne pas reprendre, elle se rattache à l'évidence à la jouissance même du bien loué. Il est en définitive impossible de ne pas consacrer l'existence d'une obligation principale et continue du bailleur de concéder la jouissance de la chose convenue. Deux conceptions de cette prestation sont envisageables. Pour certains auteurs, l'obligation essentielle du bailleur est d'assurer au preneur la jouissance paisible du bien loué, mais celle-ci «prend divers aspects»[4] ou «se décompose» en plusieurs obligations[5]. L'obligation de transférer la jouissance englobe alors toutes les prestations évoqués précédemment, qui n'en sont qu'un fractionnement technique. A la limite, le problème de l'accessoire ne se pose plus : ces obligations constituent l'obligation même de transmettre la jouissance. Cette analyse est concevable. Elle malmène pourtant quelque peu le caractère accessoire de l'obligation de garantie. Une autre solution paraît donc préférable. L'obligation principale du bailleur est celle de concéder la jouissance d'une chose, au locataire pour une certaine durée. Elle correspond à l'article 1719-3° du Code civil et reste distincte des obligations d'entretien et de garantie. Ces prestations

---

(1)Un commodat, même réel, ne peut donc être unilatéral, cf. supra n°314.

(2)TOULLIER, T.VI, n°19 et s., p. 19 et s., spéc. n°21.

(3)Cf. en ce sens : J.-P. LE GALL, «L'obligation de garantie dans le louage de choses», LGDJ 1962, n°29 et s. ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°313, p.353.

(4)PLANIOL et RIPERT, T.1O, n°495, p.634.

(5)RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2695-2696, p.851 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°185, p.221 : «l'obligation générale d'assurer la jouissance du preneur qui est l'obligation centrale du contrat de bail, peut être atténuée, en ce sens que l'une ou l'autre des obligations qui la compensent peut être écartée» ; Ch. VOLAIT, «La location-service...», Thèse Paris I, 1976, p.133.
Adde : AUBRY et RAU, T.V, § 366, p.208 «comprend les obligations spéciales» ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.169.
Pourrait relever de cette analyse l'accord de principe : plutôt que de constituer deux obligations distinctes d'un contrat mixte par addition, l'obligation de résultat d'entamer les négociations et l'obligation de moyens de les poursuivre de bonne foi sont les deux facettes d'une obligation plus générale de négocier.

n'en absorbent pas, en effet, le contenu. L'opinion inverse s'appuie sur une conception exagérément étendue de la garantie. Le raisonnement suivi par MM. Malaurie et Aynès est à cet égard pleinement convaincant[1]. Selon ces auteurs, «la jouissance du preneur peut être troublée par le fait du bailleur ou par celui d'un tiers. Bien qu'on l'utilise souvent dans le premier cas, l'expression «garantie de paisible jouissance» est alors inexacte ; il s'agit purement et simplement de l'exécution par le bailleur de son obligation principale : assurer au preneur la jouissance de la chose louée»[2]. Il n'y a dès lors plus aucune difficulté à admettre que les obligations d'entretien, de garantie des vices et de garantie d'éviction du fait des tiers sont des obligations accessoires par destination du transfert de jouissance de la chose, dont elles renforcent la portée. Quant à l'obligation de délivrance, deux analyses sont envisageables. Il est possible d'y voir aussi une prestation accessoire par destination, préalable indispensable à l'exécution du transfert de jouissance ou d'estimer, au contraire, qu'elle est englobée dans cette obligation, dont elle marque le commencement d'exécution.

383.- Cette liste des obligations accessoires par destination est certainement incomplète et bien d'autres hypothèses sont susceptibles de venir s'y ajouter. Deux précisions toutefois, méritent d'être apportées. Tout d'abord, les obligations principale et accessoire sont parfois de même nature. Tel est le cas lorsque le transporteur de personnes, s'engage simultanément à prendre en charge les bagages des voyageurs ou lorsqu'un vendeur, conformément à l'article 1615 du Code civil, livre les accessoires de la chose, par exemple, un emballage perdu. Ensuite, la qualité d'obligation accessoire par destination n'est pas réservée aux prestations matérielles, mais elle concerne également des opérations plus juridiques, telle que la représentation. La situation est courante pour les transporteurs chargés de faire assurer ou dédouaner la marchandise[3].

384.- Ce rapide inventaire fait clairement apparaître, qu'à chaque opération économique courante correspond une structure d'obligations principale et accessoire,

---

(1)Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°684 ; adde dans le même sens : Ph. JESTAZ, «L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale», Mélanges RAYNAUD, p.282 et p.295 ; comp. B. VIAL-PEDROLETTI, J.-Cl. Civ., art. 1708-1762, Fasc. 260, n°1 et 2.

(2)Ici encore, le parallèle avec la vente ne s'impose plus. La garantie du fait personnel est détachable du transfert de propriété. Elle ne constitue pas l'objet principal de l'intervention du vendeur. L'article 1719-3° du Code civil incite à cette interprétation : il vise en effet, d'une seule expression, la «jouissance paisible» et réserve la garantie aux troubles des tiers.

(3)Sur l'expédition contre remboursement, cf. infra n°406 et n°1106 et s.

le plus souvent unique. La volonté des contractants paraît alors singulièrement limitée. Ils peuvent choisir l'opération économique, au travers d'une obligation principale, mais ceci fait, l'organisation générale de la convention s'effectue pour ainsi dire d'elle-même. Dès qu'il y a vente, apparaissent, par exemple, une obligation accessoire de délivrance et une obligation accessoire de garantie. Certes, les parties peuvent faire disparaître certaines prestations secondaires, mais dès lors qu'elles les stipulent, le sens du rapport d'accessoire à principal est toujours le même. Cette situation est curieuse, puisque la notion d'accessoire retenue est subjective. Mais elle s'explique par la nature des choses, qui contraint les contractants à vouloir toujours les mêmes structures. Une conception purement quantitative de l'accessoire permettrait d'échapper à cette rigidité. Or, la volonté des parties pourrait conventionnellement adopter ce critère. Le problème, dès lors se décale : comment exprimer cette volonté sincère de s'en tenir à une conception mathématique de l'accessoire ?[1] La stipulation est théoriquement concevable, mais elle est en pratique difficile à mettre en œuvre et même, pour tout dire, rarement stipulée.

En définitive, pour qu'apparaisse une réelle hésitation sur la qualification, il est nécessaire de mettre en évidence un couple d'obligation dont chacune peut être l'accessoire de l'autre. Les exemples évoqués précédemment montrent que cette situation est assez fréquente : mandat-transport, entreprise-transport, entreprise-vente.... Cette condition n'est pas, néanmoins, suffisante. Il est impossible de confondre un transport avec obligation de chargement et la prise en charge à domicile d'un appareil ménager en panne. La réversibilité du rapport d'accessoire unissant les deux obligations doit donc exister pour une même opération économique. Dans cette hypothèse, seule une recherche plus approfondie de la volonté des parties permet de déterminer la nature de la prestation principale et par là-même la qualification du contrat. La distinction de l'échange avec soulte et de la vente illustre parfaitement ce cas de figure[2]. Il en est de même pour l'entreprise avec fourniture de matière, dont la nature oppose les auteurs et divise la jurisprudence depuis fort longtemps[3]. la qualification des ventes d'herbes est proche de ces deux discussions : cette convention peut constituer soit un bail entraînant pour le preneur l'acquisition des fruits, soit une vente avec jouissance du terrain pour permettre l'accomplissement de la récolte[4].

---

(1)... étant donné bien entendu que les dispositions d'ordre public apporteront toujours un frein à cette possibilité.

(2)Cf. infra n°438 et s.

(3)Cf. infra n°452 et s.

(4)Cf. infra n°512 et s.

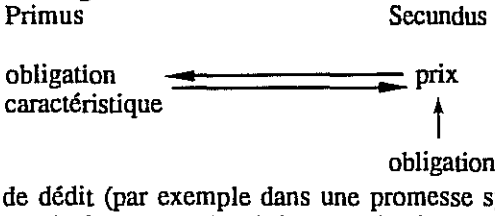
b) Les obligations accessoires d'une obligation neutre de paiement d'un prix

385.– Dans cette hypothèse, et conformément à la définition donnée plus haut, le débiteur d'une obligation de paiement d'un prix en argent (ou en nature) assume également une prestation accessoire destinée à faciliter, compléter ou permettre l'exécution de son obligation principale(1). A priori, une telle éventualité semble peu vraisemblable : le versement d'une somme d'argent paraît se suffire à lui-même et l'exécution de cette obligation est d'une simplicité propre à rendre inutile toute prestation supplémentaire. Cette première impression n'est pas fondée et quelques illustrations, rares il est vrai, de cette situation peuvent être avancées.

La clause pénale, tout d'abord, est d'application générale[2]. Elle peut certes renforcer l'exécution d'une obligation caractéristique mais rien n'empêche de l'affecter au service d'une obligation de somme d'argent. Il faut d'ailleurs rappeler que le contentieux le plus discuté relatif à cette stipulation, celui concernant le crédit-bail, et qui a d'ailleurs entraîné l'intervention du législateur, provenait des clauses pénales sanctionnant la résolution du contrat pour inexécution des obligations du crédit-preneur (paiement des redevances)(3). De même, l'article 1247 du Code civil paraît constituer un second exemple d'obligation accessoire par destination d'une obligation de somme d'argent[4]. Selon le dernier alinéa de ce texte, «le payement doit être fait au domicile du débiteur». Cette règle n'est pas d'ordre public et les parties peuvent

---

(1)La structure d'obligation est la suivante :



(2)La clause de dédit (par exemple dans une promesse synallagmatique de vente, à la charge de l'acheteur), est également applicable à une obligation de somme d'argent.

(3)Les sûretés classiques, notamment le cautionnement peuvent être rapprochés de cette hypothèse, bien que la relation d'accessoire joue ici entre deux conventions. L'analyse de la cause de la caution correspond parfaitement au schéma de l'accessoire par destination. La cause immédiate de l'engagement de la caution est le service des obligations principales du débiteur qu'il garantit, par exemple le remboursement du prêt consenti et le paiement des intérêts. La cause médiate du cautionnement est cependant la même que celle de l'engagement du débiteur, à savoir, l'octroi du prêt. L'accessoire se joint au principal, et les deux réunis poursuivent un but unique, qui est celui du principal seul. Sur la cause du cautionnement : Ph. DELEBECQUE, Rép. civ., v°, Cautionnement, n°81-82 ; Ph. SIMLER, «Cautionnement et garanties autonomes», 2e édit., n°126 et s. ; MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, «Les sûretés», 2e édit. n°583, p.383 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les sûretés», 1990, n°138 et s. ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°46, p.79. Cf. infra n°545 et s. (et les références de l'index).

(4)L'article a un domaine d'application plus vaste : il concerne les paiements en général.

décider que la dette sera portable, c'est-à-dire que le paiement aura lieu au domicile du créancier. Le débiteur du prix, est en cette hypothèse, tenu d'une obligation accessoire, qui vient compléter l'exécution de son obligation principale en en précisant les modalités.

386.– Une troisième catégorie d'obligations accessoires rentrant dans ce cas de figure, est constituée par ce qu'il est possible de désigner sous le terme d'obligations «complémentaires». L'idée est simple. Il arrive parfois que le prix en argent ne représente pas à lui tout seul l'équivalent de la contreprestation assumée par l'autre partie[1]. Les contractants l'ont complété par une obligation accessoire en nature : transfert de droit ou prestation de service. L'acheteur d'un terrain, par exemple, concède un droit de chasse sur celui-ci au vendeur[2] ou encore, l'acquéreur d'une maison moyennant rente viagère, s'engage à effectuer de surcroît certaines prestations personnelles (nourritures, obligation de soins)[3]. Dans ces hypothèses, les obligations secondaires en nature sont attachées au versement du prix. Leur but est de le compléter, pour parfaire l'équilibre du contrat, que le prix à lui seul ne peut réaliser. La situation est exactement semblable dans l'échange avec soulte, où un transfert de propriété, incapable d'établir seul une équivalence des prestations, est épaulé par une obligation de somme d'argent. Comme le constate M. Goubeaux, le but de ce versement est d'obtenir la propriété de l'immeuble du copermutant «mais ce but n'est qu'indirect. Il s'agit d'abord de compléter la valeur du terrain proposé en échange»[4]. Les deux exemples sont symétriques : dans l'échange avec soulte, l'obligation monétaire est affectée à une prestation caractéristique, alors qu'ici, c'est l'obligation en nature qui est au service de la prestation en espèces. Leur fondement est cependant commun : ajuster l'équilibre des obligations souscrites par les contractants(5).

Le lien unissant l'obligation accessoire au versement du prix est confirmé par une analyse économique de la convention. La prestation secondaire n'est qu'un

---

(1)Il est toutefois acquis que le prix est bien l'obligation principale, parce que la considération de son exécution constitue la cause de l'engagement du créancier des deux prestations.

(2)Civ. 10 janvier 1893, DP 1893-1-p.161, note PLANIOL ; S. 1893-1-p.185 note ESMEIN.

(3)Soc. 6 décembre 1956, Bull. civ., IV, n°897, p.675.

(4)Thèse précitée, n°148, p.221.

(5)La notion d'obligation accessoire complémentaire s'applique donc aussi aux obligations caractéristiques. Si le contrat est simple, la prestation complémentaire ne peut être qu'en nature : il ne servirait à rien d'obliger chaque contractant au versement réciproque de deux sommes d'argent ! Les prestations se compenseraient jusqu'à concurrence de l'obligation du plus faible montant. Si le contrat est mixte par opposition (ou éventuellement si le prix du contrat simple est en nature), la prestation complémentaire peut être monétaire : c'est le cas de l'échange avec soulte. Les restrictions formulées sur la notion même d'obligation complémentaire sont également applicables (cf. suite du paragraphe).

complément de prix. Si elle n'existait pas, celui-ci serait d'un montant plus élevé. Le rapport des deux obligations se rapproche de celui des vases communicants. Cette constatation est importante, car elle conduit à préciser la notion d'obligation accessoire complémentaire. Celle-ci, à la limite, peut concerner toutes les obligations accessoires. D'un point de vue économique, l'équilibre du contrat prend en compte le coût de la totalité des prestations, qu'elles soient secondaires ou principales. Sous cet angle, toute obligation accessoire constitue un complément de valeur de l'obligation principale à laquelle elle est affectée. La notion de prestation accessoire complémentaire devient dès lors démesurée et par conséquent informe. Il convient donc de préciser que cette catégorie est en quelque sorte supplétive, elle ne joue que par défaut et si une explication plus spécifique du rapport d'accessoire est mise en évidence, c'est elle qui doit être préférée. Un lien découlant de l'exécution matérielle de l'obligation principale l'emporte sur celui provenant d'une simple perfection de l'équilibre du contrat. La remarque s'applique en particulier aux obligations accessoires opposées[1] : si c'est l'expéditeur, par exemple, qui charge la marchandise à transporter, cette obligation se rattache au déplacement, pour l'exécution duquel elle est indispensable, même si par ailleurs, elle aboutit à diminuer le coût du transport.

387.– Ces trois illustrations permettent d'établir que la catégorie des obligations accessoires par destination affectées au service d'une prestation monétaire n'est pas vide. Il est aisé de percevoir, cependant, que les exemples étudiés sont parfaitement transposables à des prestations annexes attachés à des obligations caractéristiques. N'y aurait-il aucune hypothèse originale, ne concernant que les obligations de somme d'argent ? En réalité, tel n'est pas le cas ; un texte au moins, l'article 1752 du Code civil paraît combler cette lacune. Cette disposition énonce que «le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer». Cette rédaction est principalement orientée vers l'énoncé d'une sanction, mais le texte, par contrecoup, édicte en fait une obligation accessoire pesant sur le preneur et c'est généralement sous cette forme qu'est présenté en doctrine l'article 1752[2]. Cette obligation est affectée au service de celle de paiement des loyers. Elle en garantit l'exécution. Elle renforce par là-même la situation de son créancier, comme le font l'obligation de garantie, la clause pénale ou les sûretés classiques, qui sont toutes des prestations accessoires par destination.

---

(1)Sur cette notion, cf. infra B.

(2)Cf. par ex : MAZEAUD et DE JUGLART, T.3, Vol. 2, 5e édit., n°1123, p.450 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°687.

Il est possible d'objecter, toutefois, que l'obligation de garnir les lieux se rattache plutôt à la créance du bailleur qu'à la dette du locataire, puisqu'elle fournit au premier une assiette à son privilège[1]. En effet, selon l'article 2095 du Code civil, «le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres...». Ce raisonnement doit cependant être repoussé. Il convient au préalable de remarquer que l'article 2095 est relativement isolé et que de nombreuses dispositions du Code civil rattachent les sûretés aux obligations et non aux créances. Ainsi, l'article 2012 énonce que «le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable». De même, l'article 2071 définit le nantissement comme le contrat «par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette». Une solution identique est utilisée par l'article 2114 relatif à l'hypothèque («acquittement de l'obligation»). Et l'article 1752 lui-même, lorsqu'il évoque les sûretés de remplacement, les affecte à la dette du preneur. L'analyse est d'ailleurs applicable à la traditionnelle «caution» exigée du locataire et que les lois récentes ont limité à deux mois de loyers. Cette stipulation est en réalité un gage garantissant, à l'issue du contrat, l'exécution des obligations du preneur : arriéré de loyers ou de charges, détériorations du local loué... Ces premières constatations préfigurent l'énoncé de la critique majeure encourue par ce raisonnement : le rattachement de l'obligation de garnir le lieux à la créance du bailleur n'est pas inconcevable en soi, mais il doit être abandonné, par souci de cohérence. Créance et obligation constituent les deux aspects d'une même réalité, comme les deux faces d'une pièce de monnaie. Viser l'une ou l'autre est intrinséquement indifférent et la créance du bailleur est aussi la dette du preneur. Le choix entre les deux solutions est déterminé par des considérations étrangères au problème ponctuel de l'article 1752. Une classification, pour rester rigoureuse doit demeurer homogène et comparer des éléments équivalents. Or tous les rapports d'accessoires à principal envisagent des obligations ou des prestations (transfert de propriété), c'est-à-dire des rapports obligatoires sous l'angle du débiteur. Cette préférence pour la dette est traditionnelle en droit français[2]. L'obligation de

---

(1)Rappr. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°42, p.75 : «la sûreté se trouve donc nécessairement attachée à une créance donnée» ; adde toutefois, en sens inverse, n°46, p.79, sur le cautionnement : «il n'est qu'un accessoire affecté ou service de la dette du débiteur principal».
Adde pour une hésitation identique en matière de vente à la dégustation : à quoi rattacher l'obligation du promettant (puisqu'il s'agit d'une promesse unilatérale de vente, cf. supra n°146 et s.) d'organiser la dégustation ? Au droit d'option du bénéficiaire ou à une obligation de consentir une option (sur laquelle, cf. n°338 et s.) ?

(2)Cf. par ex : Ch. LARROUMET, «Les obligations», n°440 : «en effet, la cause est toujours envisagée du côté de la dette pour la justifier et non pas du côté de la créance». Comp. en sens inverse : Soc. 5 juillet 1956, Bull. civ., IV, n°611, p.456, qui rattache la jouissance d'une bergerie

garnir les lieux doit par conséquent être affectée de préférence à l'obligation du locataire de payer le prix du bail[1]. Son analyse reste ainsi comparable aux autres obligations accessoires par destination, en particulier à celle d'une éventuelle «caution», remplaçant l'exigence posée par l'article 1752.

2) Les autres conventions

388.- Les solutions qui viennent d'être exposées sont quelque peu différentes dans les contrats unilatéraux (gratuits ou onéreux) ou dans les conventions gratuites synallagmatiques.

L'altération ne concerne pas les obligations accessoires affectées à une prestation caractéristique. Le rapport d'accessoire n'est pas modifié par la cause de l'obligation principale : que celle-ci soit la considération de l'exécution d'une obligation de l'autre partie (synallagmatique onéreux), la rémunération d'un service passé ou l'obtention d'un service futur (unilatéral onéreux) ou encore une intention libérale ou serviable, la cause de l'obligation accessoire reste inchangée ; elle a toujours pour but de faciliter, compléter ou permettre l'exécution de la prestation principale. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'échafaudage, que le prestataire qui en cède la jouissance exige une rémunération ou qu'il le fasse gratuitement, il n'en demeure pas moins que le montage a pour finalité de permettre l'usage de l'échafaudage et qu'un rapport d'accessoire jouant en sens inverse est absurde. Toutes les hypothèses précédemment décrites sont donc parfaitement transposables. Il convient cependant de préciser, que la cause de l'engagement du créancier des deux prestations, principale et accessoire, est ici différente de celle existant dans les contrats synallagmatiques onéreux. Dans ces conventions, le créancier de l'obligation caractéristique et de l'obligation accessoire, est lui aussi tenu d'une obligation principale : il s'est engagé à verser un prix en argent ou en nature. La cause de cette obligation est également celle de son engagement. Dans les autres contrats, qu'ils soient unilatéraux ou synallagmatiques gratuits, le créancier des deux prestations n'est plus débiteur d'une obligation principale. La cause de son engagement est alors dégagée de celle d'une obligation, même si elle reste identique à celle du débiteur d'un prix : ce contractant conclut la convention parce qu'il souhaite l'exécution des obligations caractéristique et accessoire assumées par son vis-à-vis. Et

---

au «droit de pacage» de l'acheteur d'herbes, cf. dans le même sens, l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989.

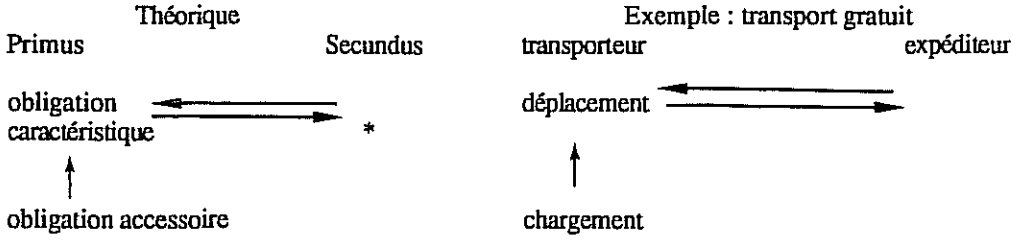
(1)En ce sens : MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit., loc. cit. Contra, semble-t-il : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., loc. cit. : l'article 1752 est étudié par ces auteurs dans un passage relatif aux obligations du preneur quant à la jouissance du bien, laquelle est avant tout une obligation du bailleur.

c'est cette cause de l'engagement qui permet de hiérarchiser les prestations du cocontractant(1).

389.- C'est d'ailleurs cette différence qui entraîne l'altération la plus profonde. L'accessoire ne se conçoit pas sans le principal sur lequel il s'appuie[2]. Une obligation secondaire ne peut, par conséquent, exister (ou en tout cas être qualifiée d'accessoire) que s'il existe une obligation principale. Toute les hypothèses d'obligation accessoire d'une prestation neutre deviennent dès lors sans objet. La solution est évidente. Dans un contrat unilatéral ou gratuit, le créancier de l'obligation caractéristique ne peut être tenu d'obligations accessoires, sauf si celles-ci se rattachent, par destination ou par production à une obligation de son cocontractant[3]. La règle ne comporte qu'une exception. Si le créancier de l'obligation caractéristique assume une de ces obligations accessoires opposées, une autre prestation peut lui être affectée : elle devient alors l'accessoire de l'accessoire. Un exemple s'impose ! Il suffit de supposer une donation avec charges. Le propriétaire d'une maison dans le nord de la France, vient d'en acheter une seconde dans le midi. Il fait donation de la première à l'un de ses enfants, à condition que celui-ci lui effectue son déménagement. Ce déplacement constitue une charge. Il s'agit d'une obligation du donataire, mais celle-ci est accessoire, car la considération de la charge ne constitue pas la contrepartie du transfert de propriété. Le déménagement comporte essentiellement une prestation de déplacement. Avant toutefois de pouvoir l'effectuer, il convient d'emballer puis de charger le mobilier. Le donataire assure aussi l'exécution de ces obligations accessoires, qui sont affectées au service de l'obligation de déplacement. En définitive, le donataire ne souscrit pas

---

(1)La structure d'obligations est donc la suivante :



*intention libérale ou serviable, rémunération d'une prestation passée ou espérance d'une prestation future.

(2)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°145, p.216.

(3)Cf. infra B et II.

d'obligation principale, mais une obligation accessoire à laquelle sont rattachées d'autres prestations, doublement accessoires[1].

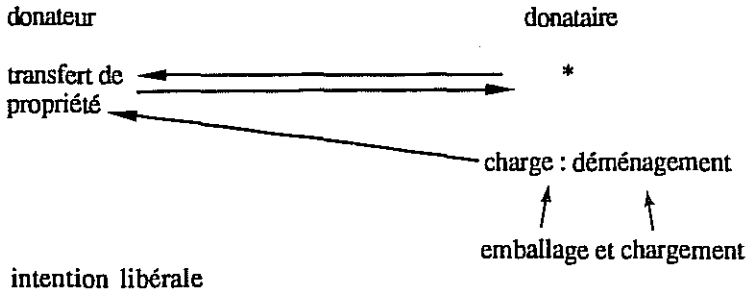
B) Obligations principale et accessoire à la charge de débiteurs différents

390.– Cette hypothèse est beaucoup plus originale que la précédente. Le débiteur de l'obligation accessoire n'est plus ici le même que celui de la prestation principale. En d'autres termes, un contractant s'oblige à faire quelque chose qui facilite, complète ou permet l'exécution d'une obligation de la partie adverse. Cette situation ne semble pas avoir été envisagée par M. Goubeaux[2]. L'examen des obligations accessoire et principale à la charge du même débiteur laissait pourtant en entrevoir la possibilité : dans de nombreux cas, les obligations secondaires évoquées précédemment sont en pratique assumées indifféremment par l'une ou l'autre des parties. Ainsi, le chargement ou l'emballage de la marchandise à transporter sont, selon les espèces, exécutés par le voiturier ou l'expéditeur. Du point de vue du rapport d'accessoire, le choix du débiteur est cependant dépourvu de toute influence : le chargement, par exemple, est de toute manière attaché au déplacement, à l'exécution duquel il est indispensable. Si c'est le transporteur qui charge, obligations accessoire et principale sont assurées par le même débiteur ; si le chargement est réalisé par l'expéditeur, il y au contraire deux obligés différents.

391.– Ce type de rapport d'accessoire à principal, en faisant apparaître les liens unissant l'exécution d'obligations souscrites par deux contractants, met à jour l'existence d'une coopération ou d'une collaboration entre les parties, plus ou moins nécessaire et approfondie selon les hypothèses. Cette constatation, sans être totalement surprenante, est néanmoins à rapprocher de quelques positions doctrinales récentes.

---

(1)La structure est la suivante :



* intention libérale

(2)Cet auteur rattache bien la charge contenue dans une donation au transfert de propriété assumé par le donateur, mais cette hypothèse relève selon lui de l'accessoire par «production» (n°157, p.235) solution qui n'est pas à l'abri de la critique (cf infra n°406).

Certains auteurs se plaisent à souligner l'évolution actuelle des principes régissant l'exécution des conventions[1]. L'exigence initiale de bonne foi contenue dans le dernier alinéa de l'article 1134 du Code civil, qui permet de sanctionner les déloyautés manifestes, sans pouvoir atteindre les comportements passifs, serait progressivement débordée par l'émergence d'un esprit de collaboration, d'un intérêt commun ou d'un affectio contractus, incitant chaque partie à une participation positive à l'œuvre commune résultant de la naissance de la convention. La tendance n'est certainement pas inexacte, même si sa portée est peut être surestimée[2]. Il est plus étonnant en revanche que les exemples cités à l'appui de ce mouvement soient tirés de la jurisprudence récente ou de contrats spéciaux apparus il y a peu, sans qu'il soit fait allusion à ces hypothèses très classiques et fort courantes d'obligations accessoires «opposées»[3]. Il convient donc d'examiner ces prestations, en distinguant encore une fois les contrats synallagmatiques onéreux (1°) des autres conventions (2°).

---

(1)J. MESTRE, «L'évolution du contrat en droit privé français» in «L'évolution contemporaine du droit des contrats», Journées René Savatier, p.51 et s. ; adde obs. à la RTD civ 1986, p.100 et s. ; Y. PICOD, «L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat», JCP 1988-I-3318 ; «Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat», Thèse LGDJ 1989, n°86 et s., p.103 et s. ; M. GENDRE-DEVOIVRE, «Collaboration et assistance entre parties au contrat», Thèse Clermont I 1981. L'étude de cet auteur concerne à la fois l'obligation de collaboration et d'assistance objet d'un contrat et celle intégrée. Dans cette dernière hypothèse, le caractère accessoire de ces prestations est clairement admis (n°7, n°142, n°152, n°263 et s., n°553 et s.). Lorsque l'obligation est accessoire opposée par destination dans un contrat unilatéral (cautionnement et obligation de renseignement), l'auteur hésite sur le caractère synallagmatique du contrat, confondant ainsi structure de qualification et structure globale (n°303 et s. et n°554). La perspective adoptée justifie sans doute l'analyse de l'auteur, qui se préoccupe plus d'exécution du contrat, que de qualification. Or, il n'a jamais été discuté que les problèmes d'exécution peuvent attacher de l'importance à des obligations structurellement accessoires (cf. supra n°341). Cette présentation hésitante est d'autant plus regrettable que l'auteur fournit une illustration parfaite d'obligation accessoire opposée par destination : le créancier doit renseigner la caution pour que celle-ci soit en mesure d'exercer les recours anticipés de l'article 2032 du Code civil.
Rappr. déjà R. HOUIN, Thèse précitée, p.172 et s.

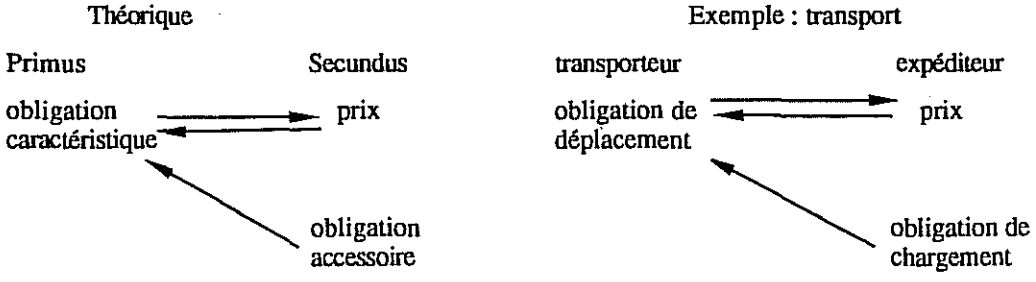
(2)V. M. GENDRE-DEVOIVRE, Thèse précitée, n°564, p.744.

(3)Cf. quand même Y. PICOD, op. cit. : «chaque partie devra également faciliter l'exécution de la prestation de l'autre chaque fois qu'elle pourra le faire utilement et sans atteinte à ses intérêts» ; n°12 in fine ; adde n°2 et surtout n°13-14 les exemples cités relevant de la catégorie des obligations accessoires «opposées» ; Thèse précitée, n°91, p.107.
L'obligation contractuelle de renseignements doit en revanche en être exclue : la rattacher à son bénéficiaire, c'est en réalité lier une obligation à une créance, solution qui a déjà été écartée, à propos de l'article 1752 (cf. supra).

1) Les contrats synallagmatiques onéreux

a) Les obligations accessoires «opposées» d'une obligation caractéristique

392.– Une obligation caractéristique est ici complétée par une obligation accessoire, incombant au débiteur du prix. La structure d'obligation correspondant à cette hypothèse est la suivante :



393.– Cette structure, et l'analyse causale qui la sous-tend, méritent quelques explications, car elles s'avèrent sensiblement différentes de celles déjà présentées. Lorsqu'un seul contractant est débiteur des deux obligations, caractéristique et accessoire par destination de celle-ci, la première a pour cause le versement du prix par l'autre partie, alors que l'obligation accessoire a pour finalité de faciliter, compléter ou permettre l'obligation caractéristique : chacune des deux prestations est donc causée par une obligation différente. Tel n'est plus le cas ici. L'obligation caractéristique, par exemple le déplacement dans le transport, constitue la cause à la fois du paiement du prix et de l'obligation de chargement assumées toutes les deux par l'expéditeur. Cette première particularité en appelle une autre. Le débiteur du prix est tenu de deux obligations qui ne sont pas unies par un rapport d'accessoire à principal : comment dès lors expliquer que ce soit justement ce prix qui soit considérée comme la prestation essentielle, alors que de surcroît, les deux obligations sont causées toutes les deux par l'obligation caractéristique ? N'y a-t-il pas ici, en réalité, un contrat mixte ?

394.– Une analyse causale plus approfondie permet d'affirmer qu'il n'en est rien et que ces difficultés sont parfaitement surmontables. Tout d'abord, s'il est exact, sous les réserves indiquées plus loin, que l'obligation de somme d'argent et l'obligation accessoire sont toutes les deux causées par l'obligation caractéristique, la réciproque n'est pas vraie : l'obligation caractéristique est elle causée par le prix seulement. Par exemple, si le fret et le chargement ont pour cause le déplacement, ce déplacement a avant tout pour cause la perspective du paiement du prix. Ceci confirme

le rôle prédominant de la cause du créancier de deux obligations, dans la hiérarchisation de celles-ci.

Ensuite, si le versement du prix et la prestation accessoire sont causées toutes les deux par l'obligation caractéristique, les finalités ne sont pas exactement identiques. Le prix ne complète pas l'obligation caractéristique, il n'est pas lié à son exécution, ni pour la permettre, ni pour la faciliter : il en constitue la contrepartie. Les deux obligations principales de chaque contractant sont en rapport d'équivalence. Au contraire l'obligation caractéristique et l'obligation secondaire sont dans une relation d'accessoire à principal. Pour reprendre l'exemple précédent, le chargement n'est pas la compensation du déplacement. Il n'a de sens que s'il est exécuté en prélude au déplacement. Au contraire, le paiement du fret se suffit à lui tout seul, il n'est pas «au service» de l'obligation caractéristique(1).

395.– Les exemples pratiques d'obligations accessoires «opposées», affectées à une obligation caractéristique sont fort nombreux et très variés. Certains correspondent à des obligations très courantes, d'autres sont le fruit de l'imagination de quelques contractants. L'illustration la plus remarquable, par le nombre de ses applications est sans conteste l'obligation de remise d'une chose, à titre temporaire. L'expéditeur doit remettre la marchandise à transporter au voiturier. Le maître de l'ouvrage doit délivrer son bien à l'entrepreneur à façon ou au réparateur. Le mandant est tenu de transférer au mandataire la chose qu'il désire vendre[2]. De même, dans une analyse consensuelle, le déposant est obligé de remettre au dépositaire l'objet à garder. Dans toutes ces hypothèses, quelle est la cause de l'obligation de remise ? Selon le doyen Maury, «dans le dépôt salarié, il y [a] obligation de remettre, parce que cette obligation [est] l'indispensable accessoire de celle de payer le gardiennage»[3]. Ce raisonnement est inexact ou plutôt, il confond cause immédiate et cause médiate. La finalité première de la remise de la chose est de permettre au créancier du prix d'exécuter son obligation, la remise de la chose constitue un accessoire indispensable. Bien entendu, si la détention de la chose n'est pas transférée, cette prestation ne pourra

---

(1)Dans l'analyse de M. GOUBEAUX, l'accessoire a pour but direct le service du principal et pour finalité indirecte le but poursuivi par le principal. Ceci revient à dire, en l'occurrence, que le chargement a pour cause immédiate le déplacement qu'il permet et pour cause médiate, le but du déplacement, c'est-à-dire... le paiement du prix ! Ce raisonnement met en valeur la collaboration des parties : en chargeant la cargaison, l'expéditeur permet au transporteur d'exécuter son obligation et donc de mériter sa rémunération.

(2)Ou un échantillon qui pourra lui servir à la fois à contrôler les marchandises livrées et à informer les acheteurs potentiels : Crim. 27 février 1846, DP 1846-1-p.128.

(3)J. MAURY, Thèse précitée, p.135.

pas être exécutée et le versement du prix serait dépourvu de cause. Le débiteur du prix engagerait toutefois sa responsabilité à l'égard de son cocontractant(1).

De même, les obligations accessoires de concéder l'usage d'une chose se prêtent assez bien à ce genre de montage contractuel. Ainsi, certains employeurs offrent la jouissance d'un logement à leur salarié, afin de leur permettre ou en tout cas de leur faciliter, l'exercice de leur emploi : une concierge se voit allouer une loge, un gardien, une maison à l'entrée de la propriété à surveiller, un enseignant d'une institution privée, un logement à l'intérieur de l'école, etc. A chaque fois, le transfert de jouissance a pour cause l'activité exercée dont elle concerne l'exécution. Une analyse identique est applicable à l'expéditeur qui fournit au transporteur des emballages, des palettes voire même une partie du matériel roulant. C'est le cas du tractionnaire. Ces transporteurs ne sont propriétaires que du tracteur, d'où leur nom. Ils concluent un contrat de transport, avec un autre transporteur ou un commissionnaire, qui leur remet à la fois la marchandise à déplacer et une remorque, permettant de réaliser cette prestation[2]. L'exemple du transport permet d'ailleurs de constater que les obligations accessoires «opposées» n'échappent pas non plus à la technique du double accessoire. Autrement dit, une prestation secondaire d'un contractant peut être affectée au service d'une prestation accessoire de l'autre partie. L'expéditeur peut s'obliger à fournir une grue au transporteur pour que celui-ci effectue le chargement, lequel est une obligation accessoire par destination attachée au déplacement[3].

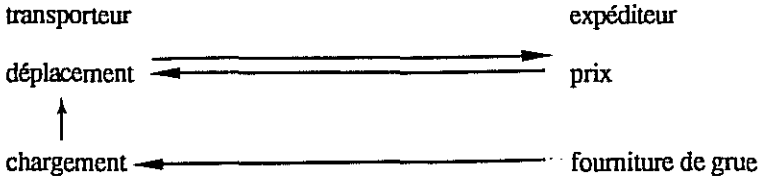
Point n'est besoin de multiplier encore les illustrations, ce qui serait sans aucun doute facile(4). Il importe seulement de constater que la notion est justifiée

---

(1)Le doyen MAURY déduit de son analyse que lorsque le dépôt est gratuit, «l'obligation principale disparaît : l'accessoire qui lui empruntait l'être disparaît avec elle». Or, cette conséquence est fausse. Un dépôt gratuit peut aussi être consensuel et l'obligation de remise, dès lors qu'elle est rattachée à une prestation du cocontractant, en l'espèce la garde, devient indifférente à l'existence ou non d'un salaire (cf infra 2°).

(2)L'analyse de ce contrat est néanmoins discutée. Cf infra n°981.

(3)La structure est la suivante :



Adde : le prêt d'un compteur, obligation accessoire d'une fourniture d'eau, qui est complété par l'obligation accessoire opposée du particulier de protéger le compteur contre le gel (Civ. 1e 31 mai 1988, Bull. civ., I, n°161, p.111).

(4)V. par ex : - prêt d'outils à l'entrepreneur effectué par le maître de l'ouvrage.
- expéditeur s'engageant à garder dans ses entrepôts les camions du transporteur la nuit précédant le chargement (Limoges 16 janvier 1939, DH 1939, p.205).

théoriquement, mais aussi et surtout, qu'elle correspond à une réalité pratique. Cette conclusion est beaucoup moins nette lorsque l'obligation accessoire est affectée à l'obligation de versement d'un prix.

b) Les obligations accessoires «opposées» d'une obligation de paiement d'un prix

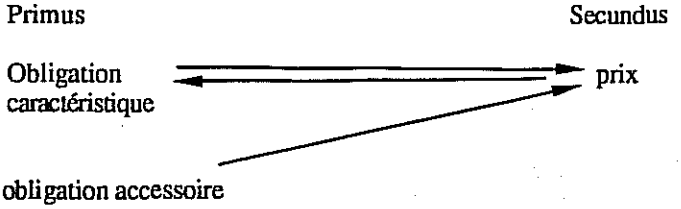
396.– L'étude des obligations principale et accessoire assumées par un même débiteur a montré que les prestations secondaires attachées au service du paiement d'un prix en argent ou en nature étaient assez peu nombreuses. Une obligation accessoire, souscrite par le débiteur de l'obligation caractéristique et ayant pour but de compléter, faciliter ou permettre l'exécution de l'obligation de somme d'argent de son cocontractant est encore plus difficile à concevoir(1). De nombreuses hypothèses envisagées plus haut ne sont plus transposables, en particulier toutes celles qui se rapportent à l'idée de garantie ou de sûreté de la dette : clause pénale, gage ou caution, obligation de garnir les lieux. Il est évident que seul le débiteur du prix est à même de fournir ces garanties, renforçant la certitude de l'exécution de son obligation. Une prestation accessoire «opposée» à une obligation de versement d'un prix en argent semble par conséquent exclue. La seule illustration qu'il est possible de citer, provient de l'article 1247 alinéa 3 qui édicte que le paiement est en principe quérable et non portable.

Si le prix correspond à des prestations en nature[2], la situation est un peu différente et l'existence de prestations accessoires opposées redevient plausible. Ainsi, il suffit d'imaginer le bail d'un logement dans une résidence : le locataire, à la place d'un loyer en espèces, est tenu de surveiller la propriété, de l'entretenir et de nettoyer les grilles

---

- expéditeur devant surveiller l'identification de ses colis lors du pesage (Tb. civ. Seine 21 novembre 1913, Gaz. Pal. 1914-1-p.217).
- propriétaire d'un aéronef réalisant un vol d'essai pour permettre au mécanicien chargé de vérifier l'appareil de contrôler l'efficacité de son intervention (cf. supra n°264, n°268).
- obligation pour la personne ayant demandé à un tailleur de transformer son manteau, de procéder à l'essayage : Tb. civ. de Bordeaux 4 novembre 1908, DP 1910-5-p.19.
- faculté de substitution conférée dans la promesse de vente au bénéficiaire, impliquant nécessairement l'obligation pour le promettant, de laisser le cas échéant visiter les lieux aux candidats à la substitution (Paris 7 mars 1983, JCP éd. N 1983, p.1473, note P. LAROCHE DE ROUSSANE).

(1)La structure serait la suivante :



(2)Sur les prix en nature, cf. infra n°1232 et s.

d'un ruisseau la traversant[1]. Si le bailleur s'engage à fournir le matériel nécessaire à ces travaux[2], la cause de cette obligation est de faciliter l'exécution des obligations du preneur.

De même, l'hypothèse d'un double accessoire est parfaitement réalisable. L'exemple déjà évoqué précédemment est réversible : l'expéditeur peut être débiteur du chargement et c'est le voiturier qui lui concède l'usage d'un engin de levage. Dans ce cas, une obligation accessoire du transporteur (prêt de grue) permet au débiteur du fret d'exécuter une de ses obligations secondaires (chargement), celle-ci étant affectée au service de l'obligation de déplacement...(3)

2) Les autres conventions

397.- Que les obligations accessoire et principale soient à la charge du même contractant ou pas, le passage d'une convention synallagmatique onéreuse à un contrat unilatéral ou gratuit emporte des conséquences similaires. Tout d'abord, la disparition de l'obligation principale du créancier de la prestation caractéristique supprime les rares hypothèses d'obligation accessoire «opposée» d'un prix(4).

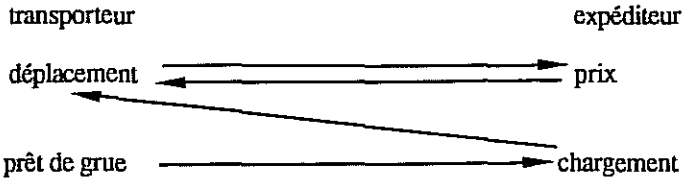
En revanche, cette disparition reste sans influence sur les obligations secondaires «opposées», affectées à la prestation caractéristique. Ainsi, même si le transport est gratuit, l'obligation de chargement pesant sur l'expéditeur demeure attachée au déplacement qu'elle rend possible. Dans un dépôt consensuel, le déposant est tenu

---

(1)L'exemple est bien entendu tiré d'une espèce réelle : Nancy 1e ch. 4 février 1988, Juris-Data n°41224.

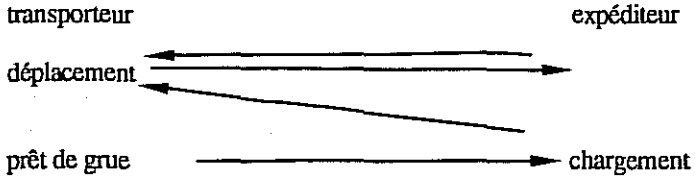
(2)Ce matériel peut excéder les simples immeubles par destination (art. 524 du Code civil) qui sont loués avec le fonds : fourniture de matériaux (sable-ciment, tuiles de remplacement), etc..

(3)La structure est celle-ci :



Adde, la situation évoquée par Soc. 5 janvier 1962, Bull. civ., IV, n°11, p.8 : (fourniture d'une bergerie obligation accessoire opposée à l'obligation de retirement de l'acheteur).

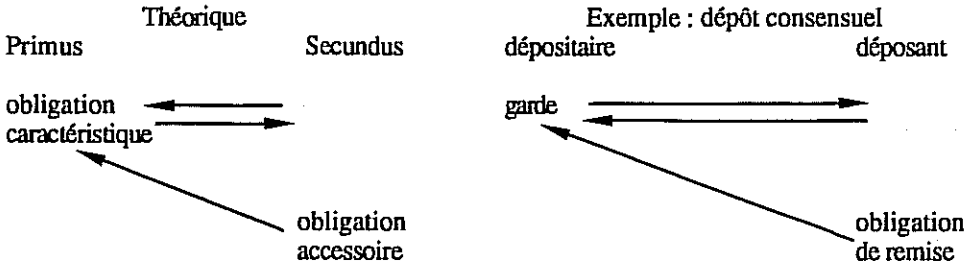
(4)Toujours sous réserve néanmoins du double accessoire. L'exemple indiqué à la note précédente, devient dans un transport gratuit :



d'une obligation de remise dont la cause réside dans la considération de l'exécution de la garde. La structure d'obligation est alors très originale[1]. En effet, envisagée globalement, elle est synallagmatique : chaque contractant est débiteur d'une obligation. Du point de vue de la qualification, cependant, il est clair que le créancier de l'obligation caractéristique n'est tenue que d'une obligation... accessoire[2]. La raison de cette situation est toujours la même : si l'obligation accessoire «opposée» a pour cause l'obligation caractéristique assumée par l'autre partie, l'inverse n'est pas vrai. La cause de cette obligation est constituée soit par une intention libérale ou serviable, soit par l'obtention d'une prestation future ou la rémunération d'un service passé qui ne figurent pas dans la convention. Le transporteur gratuit ne déplace pas la chose pour que l'expéditeur la charge ! Il accomplit cette opération pour lui rendre service. Encore une fois, la preuve est faite que c'est la cause du créancier qui hiérarchise les obligations assumées par l'autre partie et il est même possible de hiérarchiser une seule obligation ! Et il convient de préciser que la cause de l'engagement du créancier de l'obligation caractéristique, n'est pas celle de l'obligation accessoire «opposée». Pour reprendre l'exemple précédent, l'expéditeur conclut le

---

(1)La structure est la suivante :



Adde : - les cautionnements visés par l'article 48 de la loi du 1 mars 1984, le contrat reste unilatéral du point de vue de sa qualification, mais sa structure globale est synallagmatique, puisque le banquier doit tenir la caution informée du montant de la dette garantie.
- dans un contrat de régate gratuit, l'obligation du coureur de respecter le règlement se rattache à l'obligation d'organiser la régate de son cocontractant (sur la qualification de ces contrats, cf. J. ARMENGAUD, «Responsabilité civile et navigation de plaisance», Thèse Paris II 1976, p.209-210)
- l'obligation d'offrir une collation pesant sur un centre de transfusion sanguine (cf. infra n°530 et n°873 (note)).
- l'obligation de sécurité dans un contrat d'assistance bénévole (v. M.-F. SOINNE-BARRAT, «L'assistance bénévole portée à autrui», Thèse Lille 1970, p.636-637 : l'auteur constate qu'il y a des obligations à la charge des deux parties, mais que l'obligation de l'assisté n'est pas la contrepartie de celle de l'assistant ; ce qui l'amène à retenir une nature synallagmatique imparfaite). Il s'agit en l'espèce, cependant d'une obligation accessoire par «production» (cf. infra n°401).

(2)Dans un dépôt consensuel onéreux, l'obligation principale du déposant réside dans le paiement du prix convenu et la remise de la chose n'est qu'accessoire. La disparition de l'obligation principale (dépôt gratuit) reste sans influence sur la structure générale du contrat : la remise reste une obligation accessoire, même si elle est la seule du déposant. Il y a là un exemple d'application du «vide structurant» évoqué précédemment (cf. supra n°367).

transport gratuit, parce qu'il souhaite l'exécution du déplacement et il assure le chargement parce que cette opération permet cette exécution.

Au terme de ces développements, l'adéquation de la théorie de l'accessoire par destination à la matière contractuelle ne fait pas de doute. Fondée sur la finalité de l'accessoire, cette théorie se coule sans difficulté dans la notion de cause, dont elle enrichit la substance. Avec l'accessoire par «production», l'adaptation s'avère beaucoup plus difficile.

II - LES OBLIGATIONS ACCESSOIRES PAR «PRODUCTION»

398.- La seconde catégorie d'accessoire théorisée par M. Goubeaux est celle de l'accessoire par «production». Dans cette hypothèse, l'accessoire est «produit» par le principal. La situation est donc l'inverse de celle de l'accessoire par destination : l'accessoire poursuit son but propre et n'est plus affecté au principal. Le meilleur exemple de ce genre de rapports est celui des fruits. Ceux-ci sont «produits» par la chose frugifère, mais ils ne sont pas à son service. Ils possèdent leur finalité indépendante. Cette définition doit être complétée. En effet, tournée vers le principal, la destination exerce sur l'accessoire une force centripète : l'accessoire a alors tendance à se fondre dans le principal. Mais si l'accessoire poursuit un but qui lui est propre, la poussée est alors centrifuge et l'accessoire risque de briser son lien avec le principal. M. Goubeaux précise donc que l'accessoire par «production» est une notion qui doit s'entendre de façon très étroite. Il ne s'agit pas simplement d'un lien de cause à effet : «l'accessoire doit son existence au principal, en ce sens qu'il ne subsiste que grâce au soutien constant du principal»[1]. L'accessoire par «production» combine par conséquent deux caractéristiques : le principal est la condition de l'existence et de la survie de l'accessoire, mais celui-ci conserve une finalité qui lui est propre.

Cette notion de l'accessoire est particulièrement adaptée au droit des biens. Il est permis de se demander si sa transposition est envisageable dans le domaine conventionnel. La réponse à cette question est positive et M. Goubeaux en cite quelques illustrations, peu nombreuses, il est vrai : sous-location[2], obligation de sécurité[3] et donation avec charges[4]. Des nuances s'imposent toutefois : si un lien

---

(1)Thèse précitée, n°22, p.40.
(2)Thèse précitée, n°45 et s., p.78 et s.
(3)Thèse précitée, n°145, p.216.

d'accessoire par «production» ne pose pas de difficultés sérieuses lorsqu'il concerne deux contrats, sa consécration entre deux obligations est extrêmement délicate.

399.– La sous-location est incontestablement une hypothèse d'accessoire par production. Comme l'expose clairement M. Goubeaux, un contrat principal peut fournir un support à un «sous-contrat», greffé sur le premier et qui poursuit un but différent(1). Il suffit tout simplement que l'objet du contrat nouveau soit tiré d'une des prestations contenues dans le premier contrat. Ainsi, «le bail principal confère au locataire un droit de jouissance des lieux. C'est tout ou partie de ce droit de jouissance qui fait l'objet du nouveau contrat intervenu entre le locataire principal, sous-bailleur, et le sous-locataire. Le contrat accessoire ne peut donc survivre à la disparition du bail principal»[2].

Certains contrats de bail, conclus à la suite d'un contrat de travail relèvent de la même analyse. M. Goubeaux semble pourtant les ranger dans les accessoires par destination : «l'employeur consent un bail à son préposé, en raison de sa qualité de salarié de l'entreprise, afin de faciliter l'exécution du contrat de travail. Il s'agira, par exemple, de permettre au salarié de fixer sa résidence dans la ville où est située l'exploitation ou simplement de rapprocher son habitation du lieu de travail»[3]. Cette conception du lien d'affectation paraît trop lâche. Habiter dans la ville où doit se dérouler le contrat de travail est une préoccupation commune à tous les salariés. Si l'employeur ne fournit aucun logement, le salarié recherchera de toute manière cette situation. Le logement de fonctions facilite ici davantage la vie du préposé en dehors des horaires d'activité, que l'exécution du travail lui-même. L'accessoire par «production» est une explication plus adaptée : le contrat de travail permet au préposé de bénéficier d'une habitation, propriété de l'employeur ou sur laquelle ce dernier dispose de prérogatives. C'est la qualité de salarié qui «produit» le contrat de bail et sa

---

(4)Thèse précitée, n°155 et s., p.230 et s., spéc. n°157, p.235.

(1)M. NERET réfute pourtant la notion d'accessoire par «production», au moyen d'arguments assez flous («Le sous-contrat», Thèse LGDJ 1979, n°211, p.162). Cette position est assez compréhensible, car cet auteur réunit sous le concept de sous-contrat, deux hypothèses symétriques, symbolisées, l'une par la sous-location, l'autre par la sous-traitance. Or, si la première relève de l'accessoire par «production», la seconde semble davantage illustrer l'accessoire par destination : la prestation assumée par le sous-traitant, poursuit indirectement le but de celle de l'entrepreneur principal : la construction de l'immeuble demandé par le maître de l'ouvrage. Bien que M. GOUBEAUX n'évoque pas cette hypothèse, l'utilisation des termes de «prestations fournies» semble bien exclure la sous-traitance de l'accessoire par «production» (contra J. NERET, Thèse précitée, loc. cit.). Mais, en réalité, cette dualité de fondement n'est pas incompatible avec une vision unitaire de l'accessoire (cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°23 et s., p.43 et s.) ou du sous-contrat.

(2)Thèse précitée, n°45, p.78.

(3)Cf. en particulier : n°51, p.87.

perte doit en entraîner la disparition : l'habitation profitera à un autre préposé[1]. La nature d'accessoire par destination ne doit être accordée aux logements de fonction, que si leur jouissance est réellement liée à l'exécution du travail, soit parce qu'elle en est le complément indispensable (loge de gardien ou de concierge) soit peut être, parce que l'habitation se trouve dans l'enceinte du lieu de travail ou dans sa périphérie immédiate[(2)].

400.- La reconnaissance d'un lien d'accessoire par «production» entre deux obligations d'une même convention est beaucoup plus problématique[(3)]. Il faudrait pour cela, qu'une obligation en «produise» une autre, qui ait besoin de son soutien constant pour exister, mais qui poursuive un but propre. Aucune de ces deux conditions caractéristiques n'est exempte de difficultés : la première, la nécessité d'un soutien constant, perd de son importance et la seconde perturbe les analyses causales traditionnelles.

- L'accessoire par «production» ne peut exister que conforté en permanence par le principal. Cette dépendance est indispensable, car sinon, l'accessoire, animé par sa finalité propre, s'éloignerait du principal au point d'apparaître comme autonome. Il résulte de cette définition que ce genre d'accessoire n'est jamais nécessaire à l'exécution ou à l'usage du principal. Cette constatation est d'importance. Il est en effet difficile de délimiter la frontière entre les contrats accessoires et les obligations accessoires intégrées dans une autre convention. Des développements spécifiques seront consacrés à cette question[4]. Il est nécessaire, dès à présent, d'en livrer très grossièrement, les conclusions : en principe, c'est le caractère indispensable à l'exécution de l'obligation principale qui constitue la limite entre obligation accessoire et contrat accessoire. L'accessoire par «production» risque donc, le plus souvent, de jouer entre deux contrats et non entre deux obligations. La solution n'est d'ailleurs pas mauvaise, puisque dans ce domaine, les difficultés n'existent pas. Cette règle n'est toutefois qu'un principe et les parties peuvent introduire dans leur accord, des prestations qui ne sont pas indispensables à l'accomplissement de l'obligation principale et ce pouvoir concerne aussi les obligations accessoires par «production».

---

(1)Comp. Civ. 3e 19 octobre 1983, Bull. civ., III, n°192, p.147 ; Defrénois 1984, art. 33390, p.1154, obs. G. VERMELLE (bail rural accordé à un salarié agricole, dont l'employeur était satisfait. Cette satisfaction, source d'un faible lien d'accessoire par «production», n'a pas empêché l'application du statut des baux ruraux).

(2)Dans l'hypothèse d'un accessoire indispensable, le logement de fonctions est alors, sauf convention contraire, intégré dans le contrat de travail.

(3)A supposer d'ailleurs, que l'élément de rattachement soit une obligation, cf. infra n°401.

(4)Cf. infra n°1041 et s.

C'est dans cette hypothèse qu'apparaît la diminution de la portée de l'exigence d'un soutien constant de l'accessoire par le principal. Cette atténuation provient de la spécificité du jeu de l'accessoire dans les contrats. Une convention constitue en effet un ensemble qui englobe simultanément le principal et l'accessoire. La disparition du principal entraîne celle de l'ensemble et aussi, par contrecoup, celle de l'obligation accessoire par «production»[1]. Cette conséquence joue cependant identiquement pour les prestations secondaires par destination. Le soutien du principal semble donc indirect. La spécificité de l'accessoire par «production» ne peut donc apparaître que si le soutien de l'obligation principale se manifeste à l'intérieur même de l'ensemble et sans que l'existence de ce dernier ne soit remise en cause. Cette situation est envisageable : elle se rencontre par exemple lors de la délimitation de l'obligation de sécurité-résultat dans le transport de personnes. «Produite» par l'obligation de déplacement, cette prestation débute et finit avec elle.

401.– Ces remarques préliminaires ne font que préciser certaines particularités des obligations accessoires par «production» : elles ne remettent pas en cause l'existence même de la notion, qui peut être illustrée par plusieurs hypothèses pratiques. Outre l'obligation de sécurité déjà citée[2], cette conception de l'accessoire est applicable lorsqu'un contractant profite de la situation créée par la convention pour imposer à l'autre partie une obligation qui ne facilite, ni ne permet aucune autre prestation contenue dans l'accord des volontés. Ainsi, un éleveur, chargé à titre principal de transporter des bestiaux de la ferme du vendeur à la gare la plus proche est le mieux placé pour conclure le contrat de transport ferroviaire de ceux-ci jusqu'au domicile de l'acheteur[3]. L'analyse est identique pour un emballeur professionnel, mandaté par le maître de l'ouvrage pour conclure le déplacement subséquent à son intervention[4]. Et c'est encore parce que le transporteur est amené, en exécution de la convention qu'il conclut, à se présenter devant le destinataire-acheteur de la marchandise transportée, que l'expéditeur-vendeur lui confie parfois la charge d'encaisser le montant du prix (expédition contre remboursement)(5).

---

(1)Thèse précitée, n°133, p.201.

(2)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°145, p.216.

(3)Civ. 1e 5 janvier 1980, Bull. civ., I, n°12, p.9 ; Bull. transp. 1980, p.117.

(4)Cass. 21 décembre 1932, S. 1933-1-p.213.

(5)D'autres exemples, correspondant à ce schéma, sont envisageables :
- dépositaire, qui profite du dépôt pour accomplir des opérations de pesage, de marquage ou encore de tri des choses déposées, à condition que ces obligations ne soient stipulées qu'en vue d'une utilisation postérieure de ces choses et non afin de les identifier et que ces obligations ne soient pas en réalité principales (emballeur professionnel).

Le logement de fonctions illustre une seconde catégorie d'obligations accessoires par «production» : dans cette hypothèse, le contrat confère à l'un des contractants une qualité lui permettant d'être créancier d'une obligation assurée par l'autre contractant. Tel est le cas aussi lorsque le bailleur fait bénéficier le locataire d'une promesse de vente du bien loué ou quand un garagiste fournit à son client un véhicule de remplacement pendant la durée de la réparation[1]. La charge comprise dans une donation, et que M. Goubeaux range dans les accessoires par «production», semble correspondre aussi à cette situation.

402.– Ces confirmations de l'existence concrète d'obligations accessoires par «production» ne doivent pourtant pas faire oublier les difficultés théoriques suscitées par cette notion, sur le plan de l'analyse causale. Apparemment, que l'obligation soit accessoire par destination ou par «production», sa cause est toujours constituée par l'obligation principale. Cette unité est artificielle, car en réalité, la notion de cause utilisée dans les deux cas est différente. Dans l'accessoire par destination, il s'agit d'une cause finale, qui décrit la fonction, l'utilité que représente l'obligation accessoire pour l'exécution de la prestation principale. Dans l'accessoire par «production», au contraire, il s'agit d'une cause efficiente, proche de celle utilisée dans le domaine scientifique ou en matière de responsabilité civile : l'obligation principale est la cause de l'obligation accessoire, parce qu'elle en est l'élément générateur, la source, l'origine. L'obligation accessoire est la conséquence de l'existence de l'obligation principale. L'apparition d'une cause efficiente dans une structure contractuelle est un élément nouveau. Il convient d'en mesurer avec précision la portée.

- bailleur qui impose au locataire des obligations d'entretien excédant les réparations locatives. Cf. Nancy 1e ch. 4 février 1988, Juris-Data n° 41224.
- locataire de meuble (téléviseur) qui le ramène après usage au domicile du bailleur. Une deuxième explication est envisageable : le déplacement est un accessoire par destination de l'obligation de restitution.
- passager adulte transporté par la S.N.C.F., pour le déplacement supplémentaire d'un enfant de moins de quatre ans, qui ne paie pas le voyage (Versailles 28 octobre 1988, D. 1989, p.234, note P. ESTOUP). L'analyse unitaire semble plus réaliste que la dissection de l'opération en deux contrats de transport, dont l'un serait gratuit. De deux choses l'une, en effet : soit la gratuité oblige la responsabilité de la S.N.C.F. vis-à-vis de l'enfant, soit le contrat reste gratuit sans que l'intensité de la responsabilité du prestataire ne change. La première solution serait inadmissible, la seconde manque de cohérence du point de vue de la qualification. Au contraire, l'inclusion à titre d'obligation accessoire du déplacement de l'enfant dans le contrat de transport onéreux de son parent fournit une explication cohérente au maintien de l'onérosité malgré l'absence d'un prix spécifique pour l'enfant, cf. infra n°1147.

(1) Rappr. l'indication courante dans les cafés, selon laquelle cigarettes, téléphone ou flippers ne sont à la disposition que des consommateurs. Les prestations accessoires ne peuvent exister que soutenues par l'obligation principale de fourniture de boissons ou de nourriture. L'accessoire par «production» affecte cependant, en l'espèce, deux conventions.

403.- Cette recherche peut s'orienter autour de deux axes, bien différents. Du point de vue de son existence-même, la notion de cause efficiente ne suscite pas de difficultés. Elle constitue une des caractéristiques des obligations accessoires par «production». C'est donc elle qui permet d'identifier les prestations appartenant à cette catégorie : elle détermine leur «place» dans la structure contractuelle. Ce point doit être considérée comme acquis. Le problème essentiel est ailleurs. La cause d'une obligation, principale ou accessoire par destination correspond toujours en matière contractuelle à une cause finale[1]. Le recours à une cause efficiente n'est pas gênant lorsque la relation affecte deux conventions et que cette cause consacre alors l'existence d'un groupe de contrats particulier : à l'intérieur même de chaque accord composant le groupe, les obligations peuvent conserver une cause finale. Il est impossible d'admettre, en revanche, qu'au sein d'une même convention, certaines obligations, en l'occurrence celles qui sont accessoires par «production», utilisent exclusivement cette cause efficiente. La notion traditionnelle de cause d'une obligation doit rester homogène. La conclusion s'impose : la cause, au sens habituel du terme, d'une obligation secondaire par «production» ne peut être identifiée à sa cause efficiente, condition même de sa position accessoire.

404.- Cette constatation fait alors apparaître un problème nouveau : celui de la cause finale des obligations accessoires par «production». Il convient, en premier lieu, de réfuter l'analyse selon laquelle ces obligations en seraient dépourvues : toute obligations doit avoir une cause finale, car il est juridiquement impossible de s'obliger sans raison[(2)]. Il reste alors à déterminer plus précisément le contenu de cette cause. La difficulté majeure qui affecte cette recherche provient de la tendance centrifuge de l'accessoire par «production» : celui-ci poursuit un but propre, qui pourrait même à la limite être extérieur au contrat. Ainsi, le mandat d'expédier confié à l'emballeur serait justifié par le transport subséquent, qui n'est assuré par aucune des parties au contrat. Ce raisonnement est défectueux : il s'attache en réalité à la cause du créancier de la prestation secondaire, en l'espèce le mandant et il explique par là même le but qui a poussé cette partie à insérer une telle obligation dans l'accord de volonté, mais il ne justifie pas l'obligation proprement dite, en déterminant la raison qui a poussé le

---

[(1)]Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit, n°441 ; J. NERET, Thèse précitée, n°8 et s., et 12 et s. ; MAZEAUD par CHABAS, op. cit., 1991, n°256 ; MARTY et RAYNAUD, 2e édit, op. cit., n°193 ; STARCK, op. cit., 3e édit, n°663.
Contra : L. BOYER, Thèse précitée, p.184 ; pour la critique de cette analyse, cf. supra n°60 et s.

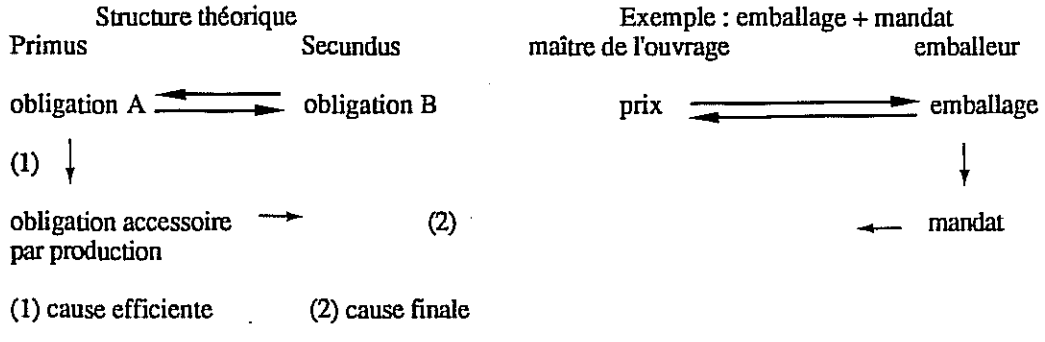
[(2)]L'étude concrète des différentes hypothèses d'obligations accessoires par «production» démontre qu'il est possible, la plupart du temps, de découvrir cette cause finale.

débiteur à assumer cet engagement. La cause de l'obligation accessoire par «production» peut correspondre en dernière analyse à trois schémas différents. Si le contrat est synallagmatique onéreux, ces prestations accessoires constituent une contrepartie partielle du prix, que celui-ci soit ventilé ou pas. Autrement dit, le débiteur de l'obligation accessoire par «production» a accepté cet engagement pour obtenir l'exécution d'une fraction de l'obligation principale de son cocontractant : le coût de l'exécution du mandat d'expédier est compris dans celui du transport ou de l'emballage, le loyer du logement de fonction est inclus dans les prestations de travail, par la réduction de la rémunération de celle-ci, etc. L'obligation principale et l'obligation accessoire par «production» ont alors presque la même cause. Leur hiérarchisation n'en est pas pour autant impossible : elle est accomplie par la cause du créancier des prestations multiples et par la cause efficiente de l'obligation accessoire par «production»[1]. Si le contrat est gratuit l'analyse est similaire, à ceci près que c'est une intention serviable qui justifie les deux obligations principale et accessoire. Seule la promesse de vente jointe à un bail présente quelques spécificités : la jouissance des lieux a pour cause le paiement du loyer alors que la promesse conserve la cause habituelle de ces engagements : l'espoir que le bénéficiaire lèvera l'option.

405.– Cet exposé serait inachevé, s'il n'était pas complété par plusieurs remarques importantes. Les solutions qui viennent d'être exposées aboutissent à considérer que les obligations accessoires par «production» possèdent deux causes : une cause efficiente et une cause finale. Cette particularité est tout à fait concevable. Capitant lui-même admettait la possibilité d'une double cause finale(2) et si M.

---

(1)Le schéma est le suivant :



(2)Sur la double-cause : L . BOYER, Thèse précitée, p.5 ; F. GRUA, J.-Cl. Civ., art. 1875-1879, n°93. Il est a priori difficile d'envisager une prestation faite cumulativement à deux fins précises. La Cour de cassation a cependant eu l'occasion d'examiner une difficulté de ce genre : en l'espèce, il s'agissait de la remise d'échantillons à un négociant servant cumulativement à vérifier la qualité des marchandises livrées et à inciter les clients à l'achat (Crim, 27 février 1846, DP 1846-1-p.128). Dans les deux cas, la cause de la remise apparentait la prestation du remettant à un prêt : aucun problème de qualification ne pouvait donc surgir. Une dualité de qualification de référence demeure

Goubeaux réfute l'existence d'un double lien d'accessoire, sa prise de position est en réalité limitée aux hypothèses où ces liens sont contradictoires, ce qui n'est pas le cas en l'espèce[1].

406.– Une seconde précision, essentielle, est indispensable : la nature du lien d'accessoire est sous l'empire de la volonté des parties, qui peuvent conventionnellement transformer une obligation accessoire par destination en accessoire par «production» et réciproquement. Ainsi, il serait concevable de considérer que l'emballeur exécute cette prestation pour permettre le transport et donc que l'emballage est accessoire par destination du mandat. Le créancier des obligations multiples en visant avant tout la prestation matérielle renverse le schéma et fait apparaître une obligation accessoire par «production» de représentation. La conversion d'un accessoire par «production» en accessoire par destination est encore plus spectaculaire, car la modification peut en l'espèce n'affecter que l'obligation secondaire, sans altérer la nature de l'obligation principale. Tel est le cas en matière d'expédition contre remboursement. Initialement, cette prestation supplémentaire est «produite» par le déplacement : l'expéditeur profite de la position favorable du voiturier pour lui demander de procéder à un encaissement, sans aucun lien avec le transport. Mais les parties ont en pratique pris l'habitude d'ériger ce paiement en condition de la livraison. Le remboursement doit nécessairement précéder la délivrance de la chose transportée au destinataire : il devient dès lors une obligation accessoire par destination, en ce sens que l'exécution de cette prestation est indispensable, conventionnellement, à l'exécution du transport. Cette analyse est applicable également à la donation avec charge. Pour M. Goubeaux, la charge est une obligation accessoire par «production» : la qualité de donataire[2] est l'occasion pour le donateur d'imposer à son cocontractant une obligation qui profitera à un tiers ou à lui-même, mais qui n'est pas la cause de son engagement de transférer un droit ; de plus, «la charge n'est pas stipulée au profit de la donation pour la rendre efficace ou la compléter»[3]. Mais cette analyse ne souligne pas assez le fait que dans l'esprit des parties et notamment du donateur, la charge devient une condition nécessaire de la donation : conventionnellement, son exécution devient un événement qui rend possible

---

une hypothèse réalisable ; il faudrait en déduire, semble-t-il, une qualification sui generis par fusion d'origine causale (cf. infra n°1568 et s.).

(1) Thèse précitée, n°30, p.54.

(2) ... conséquence de la donation. Cette remarque illustre le fait que dans l'accessoire par «production», il est souvent tentant de rattacher la prestation secondaire à une qualité ou une situation d'un contractant (donataire, locataire) ou à une créance, plutôt qu'à une obligation (donation, jouissance des lieux). Une exigence d'homogénéité incite, ici, encore, (sur l'accessoire par destination, cf. supra n°371 et s.) à conserver dans tous les cas à l'élément principal la nature d'une obligation.

(3) Thèse précitée, n°157, p.235.

le transfert du droit. L'obligation accessoire, qui par nature relève de la «production», se transforme sous l'influence de la volonté des parties en accessoire par destination.

407.– Enfin, une place particulière mérite d'être accordée aux obligations de conservation et de restitution dont l'analyse soulève d'importantes difficultés à la frontière des concepts d'accessoire par destination et par «production». Ces obligations se rencontrent dans de très nombreux contrats, mais plusieurs hypothèses doivent impérativement être distinguées.

Tout d'abord, l'obligation de conservation[1], peut exister isolément. Prévue à titre d'obligation principale d'un contractant, elle se rencontre dans les contrats de gardiennage d'immeubles. L'impossibilité de déplacer ce dernier fait en effet disparaître l'obligation de restitution[2]. En pratique, cependant, il semble que jurisprudence et doctrine préfèrent parler alors d'obligation de surveillance. L'obligation de conservation isolée peut également occuper une position accessoire. Ainsi, avant l'informatisation du système de jeu, le contrat de loto faisait obligation au buraliste de conserver l'un des bulletins, sans pour autant lui imposer une obligation de restitution du bulletin au joueur[3]. Dans ce cas de figure, l'analyse ne pose guère de problèmes et l'obligation de conservation constitue une prestation accessoire par destination des obligations de l'organisateur relatives au déroulement du jeu (tirage et remise des lots).

408.– Les difficultés augmentent sensiblement lorsque le contrat inclut le couple traditionnel obligation de conservation-obligation de restitution. De surcroît, la nature du problème change selon que les obligations occupent une place principale ou accessoire dans le contrat.

La première hypothèse correspond bien évidemment au contrat de dépôt. Les hésitations concernent ici l'analyse des rapports internes entre les deux prestations. Selon une première conception, l'obligation principale du dépositaire est celle de restituer la chose qui lui a été remise. L'obligation de conservation, quant à elle, n'est qu'une prestation accessoire par destination de celle de restitution dont elle renforce l'exécution. Dans cette vision, l'obligation de restitution voit en définitive son contenu

---

(1)L'obligation de restitution entraîne naturellement celle de conservation (cf. art. 1245 du Code civil) mais elle peut exister seule si une clause contraire des parties (lorsque celle-ci est possible) écarte l'obligation de conservation.

(2)Cf. infra n°800 (note). Rappr. aussi la location de coffre-fort où la conservation constitue bien la motivation principale du client alors que les conditions d'accès au coffre-fort perturbent selon certains auteurs l'obligation de restitution(cf. infra n°1560 et s.).

(3)Cf. infra n°1071. Adde infra l'obligation de conservation du vendeur avant la délivrance (n°1073 et s.).

s'amplifier : le déposant attend du dépositaire une «restitution en bon état» et la décomposition en deux obligations correspond à un aménagement technique où la conservation est affectée au service de la prestation principale de restitution. Pourtant, il est tout aussi concevable de soutenir une position rigoureusement inverse. Le dépositaire est tenu à titre essentiel de conserver le bien que lui confie le déposant : s'il ne peut restituer le bien remis, c'est qu'il a mal exécuté son obligation de conservation. L'exécution correcte de cette prestation fait apparaître, pour ainsi dire naturellement, une obligation de restitution, dont la nature s'apparente à une obligation accessoire par «production». La réversibilité du raisonnement invite à se demander si une analyse hiérarchisée des deux prestations n'avoue pas ici ses limites. En réalité, le déposant attend du dépositaire un service unique mais à deux facettes : la restitution correspond à la couverture des risques de disparition (vol et autres) et la conservation à celle des risques de détérioration[1]. Isoler une obligation plutôt qu'une autre semble artificiel et peut déboucher sur une qualification éminemment variable, fonction de la nature du bien en cause. Le dépôt d'un objet de petite taille et de grande valeur ou d'une chose fongible tend à privilégier l'obligation de restitution alors que la remise d'un objet fragile et difficilement transportable (un piano par exemple) surévalue l'obligation de conservation. A la limite, deux qualifications seraient concevables. Or, une telle conception n'est conforme ni à l'unité économique de l'opération, ni au Code civil qui ne consacre qu'une qualification unique pour toutes ces conventions[2]. Pour résoudre cette difficulté, il n'est pas nécessaire de recourir à la notion de contrat mixte par addition[3], il suffit de considérer qu'en l'espèce les deux obligations de restitution et de conservation constituent l'expression technique d'un service unique de garde.

409.– Lorsque les obligations de restitution et de conservation n'occupent qu'une place accessoire dans la convention, la difficulté essentielle concerne plutôt l'analyse des relations entre ce couple et les autres obligations. Ainsi, dans un bail, les obligations de conservation et de restitution du preneur ne sont pas, à l'évidence, des prestations accessoires de son obligation principale de payer le loyer convenu[4]. De même, dans un contrat d'entreprise à façon, la garde de la chose remise n'est pas stricto sensu un accessoire par destination de l'obligation d'accomplir le travail, contrairement à l'obligation de remise du client qui elle est nécessaire à son

---

(1)Comp. Ph. LE TOURNEAU, «La responsabilité civile», 1983, n°1802.

(2)Cette unité correspond à la conception renouvelée du dépôt proposée par M. TUNC («Le contrat de garde», Thèse Paris 1942).

(3)Cf. infra n°1308, et s.

(4)Une telle analyse serait d'ailleurs inapplicable à l'emprunteur alors que les situations sont à cet égard similaires.

accomplissement. Dans les deux cas, la nécessité se fait sentir de rattacher le couple conservation-restitution à une obligation de leur créancier (bailleur - maître de l'ouvrage) plutôt qu'à une obligation de leur débiteur. C'est à cette idée que se rattache la position classique qui fait de la remise de la chose la cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur. Cependant, il convient alors de déterminer la nature de l'accessoire concerné. L'entreprise est difficile : lorsqu'il est affirmé que le débiteur des obligations de conservation et de restitution s'engage «pour» que la chose lui soit remise, n'est pas plutôt une cause efficiente qu'une cause finale qui est visée. C'est donc à l'accessoire par production qu'il faudrait se référer, mais l'analyse est atypique car il semble bien qu'en l'espèce la restitution soit un accessoire indispensable de l'obligation du bailleur ou du maître de l'ouvrage. Une telle situation est curieuse[1], pour en pas dire anormale : en creusant davantage, il semble même que la restitution soit indispensable à «l'existence» de l'obligation de principale. Une telle conclusion exclut en définitive tout recours à une conception traditionnelle de l'accessoire et oblige à poser le problème différemment.

410.- En effet, si certaines de ces explications contiennent une part de vérité, toutes sont vouées à l'échec car elles ne tiennent pas compte d'une des spécificités de ce genre de situations. Lorsqu'un bailleur transfère la jouissance d'une chose, c'est à titre temporaire. La nature de son obligation est inséparable de ce caractère. Il a déjà été souligné l'importance de la notion de durée pour identifier cette qualification[2]. Cependant, ce caractère temporaire ne peut s'exprimer par une obligation unique pesant sur le seul bailleur. Il est indispensable de faire peser sur le preneur une obligation de restitution. La durée ne peut se traduire juridiquement que par une décomposition en un couple d'obligations ne pesant pas sur le même contractant : c'est cette particularité qui donne à cette situation toute son originalité[3] et qui explique qu'en l'espèce, un accessoire par «production» puisse apparaître comme indispensable à l'existence même de l'obligation principale. Car, la position accessoire de cette obligation de restitution est indiscutable. D'une part, elle ne constitue pas la cause de l'engagement du bailleur, de l'emprunteur ou du maître de l'ouvrage. D'autre part, elle ne saurait changer de position selon que le contrat est gratuit ou onéreux.

---

(1)Cf. supra n°400.

(2)Cf. supra n°195 et s.

(3)Cette spécificité a déjà été soulignée de façon particulièrement claire par un auteur (R. HOUIN, Thèse précitée, p. 169 et s. : «très souvent, elles se décomposent en une série d'obligations secondaires qui ont toutes pour but la réalisation de l'obligation principale» ; il convient de noter que la formulation semble se rattacher à un accessoire par destination).

Conclusion du chapitre

411.– Au terme de cette recherche théorique des critères permettant de hiérarchiser les diverses obligations assurées par un contractant, les principes dégagés se résument aisément. Quand une partie est tenue d'exécuter plusieurs obligations, l'obligation principale est celle qui constitue la cause de l'engagement de son cocontractant. L'autre obligation est accessoire. Elle peut être stipulée pour faciliter ou permettre une prestation quelconque figurant dans la convention. Elle peut également être «produite» par l'une de ces prestations. Elle peut enfin constituer la rémunération de l'exécution d'une autre obligation accessoire[1]. Si aucun de ces indices ne permet de déterminer la prestation principale, le critère subjectif laisse la place à un critère mathématique, procédant à une comparaison directe de la valeur ou de l'importance matérielle de ces obligations.

412.– Il importe de souligner que ces conclusions s'accompagnent d'avancées théoriques extrêmement importantes qui en sont, soit la cause, soit l'effet. Elles ne sont rendues possibles que par une double extension de la théorie de la cause objective : d'une part, tout engagement d'un contractant a une cause, même si celui-ci ne souscrit aucune obligation ; d'autre part, toute obligation, même accessoire possède aussi une cause. Elles entraînent, ensuite, l'apparition d'une structure d'obligations globales, sur laquelle la structure de qualification va pouvoir s'appuyer. Alors qu'a priori, la hiérarchisation des obligations a été étudiée indépendamment des caractères généraux du contrat, a posteriori, cette recherche fournit déjà des indications précieuses sur la détermination de ces caractères[2].

Qualifier de théoriques les développements qui précédent, s'avère quelque peu approximatif, car en réalité, de très nombreux exemples ont déjà été évoqués. Dans ces hypothèses, toutefois, le choix de l'obligation principale était relativement simple.

---

(1) Il s'établit en quelque sorte un rapport synallagmatique de second rang, entre obligations accessoires. L'indemnité d'immobilisation stipulée dans une promesse unilatérale de vente pourrait correspondre à cette analyse : l'indemnité n'est pas le prix de l'immeuble, mais rémunère l'obligation de ne pas vendre à un tiers, assumée par le promettant.
V. aussi : Tb. par Rouen 17 décembre 1980, JCP éd. N 1984, II, p.73, note J. HUDAULT (dans le cas où la situation est analysée en un contrat unique) : maintien d'une jouissance des parcelles vendues, au profit du vendeur, en contrepartie de la jouissance précaire d'une ferme par l'acquéreur.

(2) Ces éléments théoriques vont s'avérer fort utiles, cf. infra sous-titre 3.

L'efficacité du critère subjectif doit maintenant être mesurée à l'aune de conflits de qualification d'une autre ampleur.

CHAPITRE 2

APPLICATIONS PRATIQUES

413.– Les règles générales gouvernant la distinction des obligations principales et accessoires sont désormais connues. L'obligation principale est celle des prestations multiples qui constitue la cause de l'engagement de leur créancier. Les obligations accessoires, quant à elles, sont soit affectées au service d'une obligation contenue dans la convention, soit «produites» par l'une d'entre elles. En réalité, les deux critères constituent les deux faces d'un raisonnement global et la vérification qu'une prestation accessoire correspond à l'un des schémas évoqués, opère une contre-épreuve de la détermination de la nature de la prestation principale. Cette dualité de méthode pour parvenir à un résultat unique est un atout précieux lorsqu'il s'agit d'analyser des situations concrètes.

D'une manière générale, les tribunaux n'utilisent pas de façon explicite les critères qui viennent d'être dégagés. L'exposé des controverses jurisprudentielles devra donc être effectué sans y faire référence, dans un souci d'objectivité. Cependant, certaines démarches suivies par les juges adhèrent implicitement à ces principes. Surtout, il convient dès à présent de souligner que ceux-ci présentent l'avantage déterminant de donner une explication globale et cohérente de contentieux diversifiés, quelle que soit, en particulier, la nature des obligations en cause, au contraire du critère quantitatif, dont le contenu varie selon les circonstances(1). Les hypothèses pratiques de contrats dont la qualification dépend de la hiérarchisation des obligations d'une même partie sont très nombreuses(2). Trois d'entre elles, seulement, seront examinées en détail : le

---

(1)V. par ex : infra, les différences entre le critère quantitatif dans l'échange avec soulte et dans le déménagement. La remarque ne vaut pas pour le critère monétaire, mais sa généralité l'éloigne de la volonté des parties.

(2)Adde, entre autres :
- *les leçons de pilotage d'un avion* (supra n°264-268, n°352 et n°358).
- *la distinction du transport et du garde-meubles* (infra n°1102 et n°1359 et s.).
- *les contrats d'agence d'assurance* (B. TEYSSIE, «Les groupes de contrats», Thèse LGDJ 1975, n°216, p.114. La convention mêle mandat et prestations de services. Selon cet auteur, le mandat

contrat de déménagement (section 1), l'échange avec soulte (section 2), et l'entreprise avec fourniture de matière (section 3). La qualité compense toutefois la faiblesse de la quantité, car ces trois exemples sont autant de controverses jurisprudentielles et doctrinales fameuses.

---

l'emporte et le critère utilisé semble être subjectif : il s'agit du but poursuivi par la compagnie d'assurances).

- *la distinction du bail à nourriture et de la vente contre rente viagère.* Il est assez fréquent que l'acheteur ne se contente pas de verser uniquement une rente ou qu'il ne se limite pas à s'occuper du vendeur sa vie durant, mais qu'il mêle, dans des proportions variables, ces deux obligations. Si les deux prestations sont extrêmement disproportionnées, la qualification ne suscite guère de difficultés (sur la notion d'accessoire «quantité négligeable», cf. supra n°346). Tel est le cas, par exemple, pour les rentes d'un faible montant stipulées dans un bail à nourriture et qui correspondent en général à de l'«argent de poche» (v. par ex : Tb. par. cantonal de Locmine 25 septembre 1953, Defrénois 1954, art. 27231, note J. GIFFARD ; Soc. 19 février 1954, Bull. civ., IV, n°129, p.99 ; JCP, 1954, II, 8209, J. LACOSTE ; RTD civ. 1954, p.325, obs. J. CARBONNIER ; Defrénois 1954, art. 27231, note J. GIFFARD ; Civ. 3e 8 mars 1983, Bull. civ., III, n°69, p.57 ; D. 1985, IR, p.69, obs. E.-N. MARTINE ; Rev. dr. rural 1984, p.115). En dehors de ces hypothèses, la hiérarchisation des obligations est très délicate (cf. Soc. 6 décembre 1956, Bull. civ., IV, n°897, p.675 ; Civ. 1e 4 juin 1971, JCP 1971, II, 16884, note R. LINDON ; Civ. 3e 8 mai 1973, Bull. civ., III, n°328, p.237 ; Civ. 3e 26 mai 1983, D. 1985, IR, p.69, obs. E.-N. MARTINE ; Rev. dr. rural 1984, p.18 et 242 ; Civ. 3e 13 février 1985, Defrénois 1985, p.1144, obs. G. VERMELLE, Rev. dr. rural 1985, p.397, obs. P. OURLIAC). Ces décisions se contentent de constater le caractère accessoire ou prédominant d'une prestation, sans préciser les critères qu'elles emploient. L'appréciation de la nature de la convention est rendue malaisée par le double aléa affectant ses éléments ; de surcroît, l'aléa est maximal pour la prestation de nourriture, qui justement n'est pas évaluée en argent. C'est peut être le critère mathématique qui est ici le seul à pouvoir donner une indication de la volonté du vendeur : il suffit pour cela de comparer, à l'aide d'une table de conversion, le montant de la rente viagère, par rapport à la valeur conventionnellement fixée du bien vendu (v. pourtant, pour des conceptions plus subjectives : E.-N. MARTINE, obs. précitées, sous Civ. 3e 26 mai 1983 et obs. G. VERMELLE, précitées).

- *la qualification du contrat de restaurant.* Selon certains auteurs, cette convention est un contrat complexe, qui comporte à la charge du restaurateur une vente des plats, un louage d'ouvrage assurant au client le service des mets, un dépôt volontaire pour les effets, auxquelles se joignent d'autres prestations accessoires, le client étant pour sa part tenu de deux obligations principales : payer le prix et se tenir correctement (L. BIHL, «Droit des hôtels, restaurants et campings», p.115 et s.). En réalité, la cause de l'engagement du client est avant tout constituée par la fourniture du repas : c'est cette obligation du restaurateur qui est caractéristique. Les autres prestations de ce contractant sont structurellement accessoires (service, dépôt, obligation de sécurité), comme l'est d'ailleurs l'obligation du client de bonne tenue (cf. plutôt en ce sens, semble-t-il : E. CRISTINI, «Code des hôtels, restaurants et débits de boissons», p.102-103). Adde infra n°476.

- *la vente d'une pellicule photographique, développement et tirage compris* (cf. infra n°1173 et s. et n°1358 (note)).

SECTION 1

LE CONTRAT DE DEMENAGEMENT

414.– Lors d'une opération de déménagement[1], le professionnel ne s'engage pas seulement à déplacer certains objets d'un lieu à un autre. Il est tenu, le plus souvent, d'exécuter une multitude de prestations supplémentaires[2]. Sa tâche débute généralement au domicile du client : il doit démonter les meubles encombrants, en mettre d'autres dans des caisses et emballer de façon soigneuse les bibelots et objets fragiles. Il lui appartient, à cet effet, de fournir tout le matériel nécessaire : cadres, cartons, mousses protectrices... Dès que le mobilier est préparé, il incombe au déménageur de procéder à son chargement dans le moyen de transport, puis à son arrimage. Après exécution du déplacement, le déménageur doit réitérer en ordre inverse ces différentes opérations : déchargement, déballage, remontage et mise en place.

415.– La nature juridique du contrat de déménagement est à l'origine de controverses célèbres, tant jurisprudentielles que doctrinales et cette question est discutée depuis près d'un siècle. Le rapide inventaire qui vient d'être fait des obligations du déménageur met en évidence la coexistence au sein de la même convention de prestations de manutention et de déplacement. La qualification du contrat dépend essentiellement de la hiérarchisation de ces obligations. Si la manutention est considérée comme l'accessoire du déplacement, la convention est un transport. Si, au contraire, le déplacement apparaît comme étant affecté aux différentes

---

(1)La notion même de déménagement n'est pas facile à cerner. Certains transports de marchandises, notamment de machines industrielles aux dimensions imposantes (v. par ex : Lyon 30 mai 1974, Bull. transp. 1974, p.299) ou de matériels électroniques particulièrement fragiles (v. par ex : Paris 13 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.423) comportent également des prestations supplémentaires, sans que le terme de déménagement ne soit utilisé pour les désigner. Limiter les déménagements aux conventions conclues avec des particuliers pour le transport de leurs meubles meublants n'est pas conforme à la jurisprudence qui emploie fréquemment ce vocable en matière industrielle. La solution est peut-être à rechercher ailleurs. Le point commun de la notion jurisprudentielle de déménagement pourrait être l'idée de local : déménager, c'est déplacer d'un point à un autre la totalité des objets qui se trouvent dans un local déterminé (maison, appartement, entrepôt ou usine ; cf. infra n°813, les limites de ce critère).

(2)Cf. conditions générales, art. 5, Bull. transp. 1983, p.254.

prestations de services, le contrat est un louage d'ouvrage[1]. Enfin, dans l'hypothèse où les obligations sont d'importance égale, une qualification mixte par addition transport + entreprise est envisageable. Le recours à la notion de contrat sui generis est en l'occurrence parfaitement inutile. L'hésitation ne concerne que la qualité d'accessoire ou de principale d'obligations qui sont par ailleurs clairement identifiées : toute idée de mixité par «fusion» des prestations, entraînant l'apparition d'une obligation nouvelle, de nature originale est exclue[2].

Il convient, toutefois, de préciser que si le critère de l'accessoire est l'élément déterminant dans cette opération de qualification, il n'est pas toujours le seul. En premier lieu, avant même son intervention, il importe d'établir que le déménageur s'est effectivement engagé à exécuter le déplacement et qu'il ne s'est pas contenté de mettre à la disposition de son client du matériel d'emballage et un véhicule avec chauffeur : il n'y aurait dans cette hypothèse qu'une location[3]. Ensuite, il faut vérifier que ce professionnel s'est obligé à accomplir personnellement le déplacement et la manutention. S'il n'est tenu que de «soigner» l'opération en concluant divers contrats avec d'autres parties, chargées alors d'exécuter le déménagement, la convention a la nature d'une commission ou d'une commission de transport, selon les cas[4]. Sous ces deux réserves, la qualification du contrat de déménagement s'identifie parfaitement à la recherche de l'obligation principale.

416.– Les intérêts de la distinction sont loin d'être négligeables[5]. Le contrat de transport possède en effet un régime spécifique, qui s'éloigne sensiblement de celui du contrat d'entreprise. Si la qualification de transport est retenue, la forclusion de l'article 105 du Code de commerce, imposant au client de protester contre l'exécution de la convention dans un délai de trois jours à compter de la livraison, la courte prescription d'un an de l'article 108, l'article 106 et le privilège du voiturier seront applicables. Toutes ces dispositions sont défavorables au client. Les inconvénients qui en résultent sont cependant contrebalancés par la rigueur de la responsabilité pesant sur le transporteur, qui ne peut s'exonérer qu'en établissant un cas de force majeure, un vice propre de la chose transportée ou une faute de l'expéditeur ou du destinataire. La situation est particulièrement intéressante pour le client, puisque ces fautes

---

(1)... et non un mandat salarié, comme le laissent entendre certaines décisions anciennes, il est vrai. Faut-il rappeler que le mandat a pour objet principal l'accomplissement d'actes juridiques et non matériels ?

(2)Sur les contrats mixtes par fusion, cf. 2e partie, Titre 3.

(3)Req. 20 juin 1922, S. 1923-1-p.345, note SOLUS ; DP 1923-1-p.186 ; Paris 8e ch. sect. A 16 juin 1986, Juris-Data n°22958.

(4)Comp. RODIERE, note citée infra, qui réserve l'hypothèse de la commission au seul transport.

(5)Sur l'intérêt de la distinction, cf. en particulier WAHL, RODIERE et L. PEYREFITTE cités infra.

proviennent le plus souvent d'une exécution défectueuse de l'emballage, du chargement ou du déchargement. Or, toutes ces prestations sont assurées par le déménageur, qui aura par conséquent bien du mal à faire la preuve d'une faute de son cocontractant[1]. De même, le contrat de transport présente l'intérêt, depuis la loi Rabier du 17 mars 1905, d'être à l'abri des clauses exonératoires de responsabilité, qui sont prohibées par l'article 103 alinéa 3 du Code de commerce.

Dans l'hypothèse où la convention est regardée comme un contrat d'entreprise, les règles sont apparemment très différentes. Si le déménageur demeure tenu d'une obligation de résultat(2), la mise en oeuvre de sa responsabilité est beaucoup plus souple et, en particulier, la prescription trentenaire est seule applicable quand le client est un particulier. Pour les déménagements industriels, les deux parties étant commerçantes, la prescription décennale de l'article 189 bis du Code de commerce est à même de jouer. De plus, les clauses exonératoires de responsabilité redeviennent licites.

Ces divergences ne doivent pas être surestimées. Sur certains points la qualification s'avère neutre : clauses limitatives[3], droit de rétention[4]. Ensuite, le contrat d'entreprise n'étant pas soumis à un régime impératif, il est loisible aux parties de stipuler certaines clauses se rapprochant du régime du contrat de transport. Et, en pratique, c'est le déménageur, par la technique du contrat d'adhésion qui réussira à rapprocher sa situation de celle d'un voiturier. Malgré cela, les différences de régime séparant a priori les deux qualifications sont suffisantes pour rendre nécessaire l'examen de la nature du contrat et, ne jouant pas à sens unique, elles ont été à même de troubler

---

(1)L'hypothèse reste envisageable, spécialement lorsque le client ne révèle pas au déménageur les particularités non apparentes de son mobilier : fragilité, sensibilité à la chaleur, à l'humidité...

(2)Il n'y a pas ici de raisons particulières pour atténuer l'obligation de résultat du déménageur en obligation de moyens renforcée, comme c'est le cas pour certains autres prestataires de services. Sur cette atténuation, cf. Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Contrats spéciaux», 1991, n°740 et s.

(3)Le contrat de transport et le louage d'ouvrage peuvent tous deux contenir des clauses limitant la responsabilité du prestataire. Celles-ci résultent souvent de l'application des conditions générales du déménageur.

(4)Le doyen RODIERE a clairement montré que cette question qui a beaucoup préoccupé les premiers magistrats appelés à se prononcer sur cette difficulté, ne dépendait pas de la qualification adoptée (chr. citée infra n°2, 2°). Deux raisons amènent à cette conclusion. Une raison théorique : le droit de rétention ne dépend pas de la nature de la convention mais de l'existence ou pas d'une relation de connexité entre une créance et la détention d'une chose. Une raison pratique, ensuite : pour prétendre retenir la chose, il faut avoir accompli ses obligations (réparation, garde...). Or, le déménageur qui prétend conserver le mobilier, s'il n'est pas payé à la sortie de son garde-meubles ou au début du déchargement n'a pas terminé sa tâche : il lui reste encore tout le déballage et la remise en place. Comme il n'est pas d'usage (n'était ? cf. ESCARRA et RAULT, T.2, n°823) de régler le déménageur avait l'exécution de sa prestation, le droit de rétention paraît impraticable (cf. déjà en ce sens JOSSERAND, note citée infra ; A. WAHL, «Nature juridique du contrat de déménagement», RTD civ. 1911, p.508, n°14 et s.).

doctrine (I) et jurisprudence (II), dont les propositions et solutions devront être appréciées (III).

I - LES PROPOSITIONS DOCTRINALES

417.- Les différents auteurs ayant abordé cette question ont le mérite de poser correctement le problème, ce qui n'est pas toujours le cas des tribunaux. Ils constatent tous l'existence d'obligations supplémentaires de manutention, venant s'ajouter au déplacement proprement dit. Ils essaient, par conséquent, de déterminer laquelle de ces prestations est la principale et si leurs conclusions sont divergentes, c'est parce qu'ils ont recours à des conceptions distinctes de l'accessoire. Trois[1] thèses peuvent être distinguées.

La première est soutenue par le Doyen Josserand[2]. L'éminent auteur écarte la qualification de transport pour une double raison. Tout d'abord, parce que le déménagement ne contient pas certains éléments «caractéristiques, voire même constitutifs du transport» : dédoublement des personnalités de l'expéditeur et du destinataire, tenue des registres prévue à l'article 1785 du Code civil, rédaction d'une lettre de voiture, discussion sur les délais d'acheminement. Toutes ces modalités sont en réalité très secondaires et la faiblesse de ce premier argument a été démontrée[3]. L'essentiel est ailleurs. Selon Josserand, le déménagement renferme de surcroît «toute une série d'opérations qui ne sont nullement impliquées par le transport». Or, selon lui, toutes ces prestations «constituent la trame essentielle» du déménagement. «Ce sont elles qui donnent à l'opération sa véritable physionomie ; vis-à-vis d'elles, le transport à effectuer n'a qu'un caractère secondaire et accessoire : ce sont elles qui lui commandent ; il n'est que le trait d'union entre ces deux anneaux extrêmes de la chaîne : l'enlèvement des meubles et leur réinstallation dans le nouveau local ; il constitue les voies et moyens ou du moins une partie des voies et moyens auxquels les parties ont recours, mais il n'est pas la fin même qu'elles se proposent d'atteindre». Le doyen Josserand n'utilise pas, par conséquent, une conception mathématique de

---

(1)Quatre avec l'opinion isolée d'un auteur qui retient une nature mixte transport-prestation de service (A. BRUN, «L'autonomie du contrat de transport», Ann. dr. scienc. soc. 1935, p.49 et s., spéc. p.65-67).

(2)Note DP 1926-2-p.65 ; «Les transports», 1926, n°286 ; dans le même sens : LYON-CAEN et RENAULT, «Traité de droit commercial», T.3, 5e édit., n°553, p.540, note 2.

(3)Cf. RODIERE, chr. citée infra ; WAHL, chr. précitée, n°6 ; le traité de JOSSERAND n'y fait d'ailleurs plus allusion.

l'accessoire et son analyse aboutit de manière quasi systématique à l'exclusion de la qualification de transport(1).

418.– Un second groupe d'auteurs adopte aussi une notion subjective de l'accessoire, mais leurs conclusions sont diamétralement opposées[2]. Le premier à avoir défendu cette opinion, de manière très argumentée est sans conteste Wahl. Celui-ci examine au préalable les différentes obligations assurées par le déménageur et il remarque à cet égard, que leur nombre est très variable selon les espèces et qu'il n'en est aucune qui ne puisse être stipulée par un voiturier dans le cadre d'un contrat de transport. De toute manière, poursuit-il, «toutes ces obligations sont accessoires. Le but principal que poursuit le client du déménageur est de retrouver à un endroit déterminé les objets qui sont actuellement à un autre endroit : en d'autres termes ce but est de déplacer, de faire transporter des objets ; il est identique à celui qu'on poursuit lorsqu'on confie des marchandises à une compagnie de chemins de fer. Les autres opérations ne sont destinées qu'à rendre possible le transport et à empêcher la détérioration des objets transportés». Les obligations accessoires n'étant pas prises en compte dans l'opération de qualification, le déménagement relève du contrat de transport[3]. Wahl réserve toutefois deux tempéraments. En premier lieu, le contrat aura la nature d'un louage d'ouvrage si l'entrepreneur de déménagement «s'engage simplement vis-à-vis de son client à transporter les objets jusqu'aux bureaux d'une compagnie de chemins de fer, où il les [fera] enregistrer au nom du client». Dans ce cas, le transport est «l'accessoire d'une obligation beaucoup plus importante, celle de mettre la marchandise en mesure d'être transportée par un tiers»[4]. Ensuite, si exceptionnellement, les obligations accessoires du déménageur ont une importance égale à celle de déplacement, il faut décomposer l'opération l'opération en deux contrats : «de ce qu'un contractant a deux rôles différents d'une importance égale, on doit conclure qu'il a juridiquement passé deux conventions différentes»(5). Cette seconde atténuation est quelque peu étonnante : elle semble manifester un glissement

---

(1)Le traité est à cet égard plus nuancé que la note. Dans celle-ci, l'étude de l'accessoire est séparée nettement (elle est postérieure) de la longueur du déplacement. Dans le traité, au contraire, les deux raisonnements sont imbriqués : «...trame essentielle de l'opération -surtout lorsque le déménagement, ayant lieu dans la même ville, dans la même rue et peut-être dans le même immeuble, implique le minimum de déplacement-...».

(2)A. WAHL, «Nature juridique du contrat de déménagement», RTD civ. 1911, p.508 ; DEMOGUE, obs. RTD civ. 1914, p.140 et 1922, p.664 ; ROGER, «Manuel des transports», 1922, n°58, p.51 ; adde, plus nuancé peut-être : ESCARRA et RAULT par HEMARD, T.2., 1955, n°823, p.180.

(3)WAHL, en revanche, ne perçoit pas bien la notion de commission de transport, cf n°3.

(4)Chr. précitée, n°4.

(5)Chr. précitée, n°9. Cette affirmation écarte toute idée de contrat mixte. Comp. A. BRUN, «L'autonomie du contrat de transport», Ann. dr. scienc. soc. 1935, p.67.

vers un critère quantitatif de l'accessoire. Cette dérive est d'ailleurs perceptible dans un autre passage de l'article de Wahl, ou après avoir affirmé, que «c'est le transport qui est visé et [que] c'est en vue du transport que les autres opérations ont lieu, il ajoute qu'«il est clair que la portion la plus considérable [du prix] est représentée par les frais et la valeur du transport»[1]. Cette incertitude a été exploitée par la doctrine moderne.

419.– En effet, les auteurs les plus récents semblent adopter une conception quantitative de l'accessoire. Les bases en ont été exposées avec force détails par le doyen Rodière[2] et son argumentation a convaincu doctrine[3] et jurisprudence. S'appuyant sur sa définition générale du contrat de transport, cet auteur estime que «la qualification du contrat de déménagement dépend du point de savoir si le déplacement de l'ancienne à la nouvelle résidence du client est ou non l'objet principal du déménagement et ce point dépend des circonstances». Il propose alors plusieurs critères permettant d'opérer cette hiérarchisation : «importance du déplacement telle qu'elle peut notamment ressortir du coût respectif du port et des autres frais», «nature des objets transportés et des soins particuliers que peut représenter leur emballage ou que peut appeler leur mise en place», «conditions dans lesquelles s'effectue le déplacement proprement dit» (moyen de transport notamment). Le doyen Rodière invite donc les magistrats à une analyse fouillée des différentes espèces qui leurs sont soumises, l'issue pouvant être aussi bien un louage d'ouvrage qu'un contrat de transport. Il convient de préciser, toutefois, que dans l'esprit de cet auteur, la solution la plus courante reste le transport(4). Le doyen Rodière ajoute enfin, et c'est un apport original et décisif, que si le déménageur ne s'engage pas à déplacer personnellement le mobilier, le contrat aura alors la nature d'une commission de transport. Ce système semble avoir reçu les faveurs de la jurisprudence, même s'il n'en a pas toujours été ainsi.

---

(1)Chr. précitée, n°8.

(2)R. RODIERE, «La nature juridique du contrat de déménagement», JCP 1951, I, 917 ; note D. 1958, p.113; «Le contrat de déménagement», Service dir., février 1958, p.161.

(3)SAVATIER, «Traité de la responsabilité civile», 2e édition, T.2, n°663 in fine ; RIPERT et ROBLOT, T.2, n°2702 ; L. PEYREFITTE, «Le contrat de déménagement, JCP éd. E 1986, II, 14655, p.105 ; J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°14 ; M. BOITARD, «L'évolution du contrat de transport», JCP 1952, I, 993, n°3.
Adde également : J. HEMARD, obs. RTD com. 1951, p.350 et 1948, p.131 qui semble revendiquer la paternité de ce système au doyen RODIERE ! Lamy Transport, T.1, 1992, n°661.

(4)Cf. chr. précitée, n°5, qui semble réintroduire l'accessoire subjectif...

II - LA JURISPRUDENCE

420.– L'analyse jurisprudentielle du contrat réalisant un déménagement, a incontestablement subi une évolution. Deux étapes peuvent être distinguées. Le contentieux semble débuter à la fin du dix-neuvième siècle. Il faut pourtant attendre 1957 pour que la Cour de cassation soit saisie du problème et son intervention constitue une date charnière.

Initialement, la grande majorité des décisions publiées refuse de considérer le déménagement comme un contrat de transport[1]. L'objectif poursuivi par les magistrats est avant tout d'écarter le régime rigoureux de cette qualification, dans le souci de favoriser le client par rapport au déménageur. Cette éviction leur permet, par exemple, d'empêcher que l'action en responsabilité dirigée contre le professionnel ne soit forclose en application de l'article 105 du Code du Commerce[2] ou prescrite selon l'article 108[3] ; elle les autorise également à refuser au déménageur le bénéfice de l'article 106[4], du privilège du voiturier[5], ou d'un droit de rétention[6]. La détermination de la nature exacte de la convention est en revanche beaucoup moins nette. Si l'existence d'obligations supplémentaires est toujours soulignée, les qualifications retenues sont évasives et procèdent souvent par exclusion. Hormis deux décisions qui se réfèrent explicitement, et simultanément, au louage d'ouvrage et au mandat salarié (?)[7], les autres estiment en général suffisant d'affirmer que la convention intervenue n'est pas «un simple contrat de transport, mais un contrat d'une nature

---

(1) Lyon 22 juin 1894, DP 1895-2-p.294 ; Tb. com. Seine 16 janvier 1896, DP 1897-2-p.262 ; Gaz. Pal. 1896-1-p.245 ; confirmé par Paris 12 mai (ou 15 mai ?) 1896, Gaz. Pal. 1896-1-p.780 ; DP 1897-2-p.262 ; Tb. com. Seine 9 décembre 1896, Gaz. Pal. 1897-1-p.234 ; confirmé par Paris 16 juillet 1897, Gaz. Pal. 1897-2-p.615 ; Tb. com Seine 6 novembre 1903, Gaz. Pal. 1904-1-p.274 ; Tb. civ. Seine 30 janvier 1911, DP 1911-5-p.10 ; Aix 15 juillet 1925, DP 1926-2-p.65, note L. JOSSERAND ; Paris 19 mars 1934, S. 1934-2-p.213 ; Tb. com. Seine 27 décembre 1937, Gaz. Pal. 1938-1-p.339 ; Paris 28 octobre 1950, JCP 1951, II, 6142, RTD com. 1951, p.350, obs. J. HEMARD.

(2) Tb. civ. Seine 30 janvier 1911, précité ; Paris 19 mars 1934, précité ; Paris 28 octobre 1950, précité.

(3) Aix 15 juillet 1925, précité ; Paris 19 mars 1934, précité ; Tb. com. Seine 27 décembre 1937, précité.

(4) Lyon 22 juin 1894, précité.

(5) Paris 12 mai 1896, précité.

(6) Tb. com. Seine 16 janvier 1896, précité ; Paris 12 mai 1896, précité ; Tb. com. Seine 9 décembre 1896, précité ; Paris 16 juillet 1897, précité ; v. cependant, contra : Tb. civ. Seine 26 avril 1901, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1897-1902, v° Commission de transport, n°2. La qualification est pourtant ici sans influence (cf. supra note n° 416 en note).

(7) Lyon 22 juin 1894, précité ; Tb. civ. Seine 30 janvier 1911, précité.

distincte, imposant [...] des obligations particulières»[1]. Certaines décisions raisonnent même sur l'activité et non sur la convention, en remarquant que le déménageur ne peut être assimilé à un entrepreneur de transports[2].

Ce courant jurisprudentiel n'est contesté que par quelques rares espèces[3], qui préfigurent cependant la solution adoptée un peu plus tard par la Cour de cassation.

421.– Les deux premiers arrêts n'ayant pas eu l'occasion d'aborder directement la nature du contrat de déménagement[4], la décision de principe est celle rendue par la Chambre commerciale le 19 juin 1957[5]. Son attendu est d'une grande netteté : «attendu que la Société Perrin s'étant engagée à assurer le transport de Paris à Marrakech du mobilier de Puzenat, cette entreprise devait être considérée comme commissionnaire au sens des articles 96 et suivants du Code de commerce, en sorte que par application de l'article 108 du même code, l'action en responsabilité exercée contre elle devait être introduite dans le délai d'un an». L'analyse retenue est remarquable à plus d'un titre et elle s'oppose clairement aux décisions des juges du fond l'ayant précédé[6]. Tout d'abord, elle entraîne l'application d'un texte spécifique au transport, ce que la jurisprudence antérieure essayait justement d'éviter. Ensuite, elle impose une solution défavorable au client, qui perd son recours contre le déménageur, alors que la méfiance à l'égard de ce professionnel était jusqu'alors la règle(7). Enfin, rompant avec le flou régnant jusque là, la Cour retient une

---

(1)Paris 12 mai 1896, précité ; cf. dans le même sens : Paris 16 juillet 1897, précité ; Tb. com. Seine 30 janvier 1911, précité ; Paris 19 mars 1934, précité.

(2)Tb. com. Seine 9 décembre 1896, précité ; Aix 15 juillet 1925, précité ; Paris 28 octobre 1950, précité.

(3)Justice de Paix de Paris 22 juin 1892, Gaz. Pal. 1892-2-suppl. p.24 ; Tb. civ. Seine 12 avril 1913, Gaz. Pal. 1913-2-Tabl. analyt., v° Commission de transport, n°21, p.43 ; RTD civ. 1914, p.140, obs. approbatives DEMOGUE (art. 105) ; Tb. civ. Seine 10 janvier 1922, Gaz. Pal. 1922-1-Tabl. analyt., v° Commission de transport n°3, p.38 ; RTD civ. 1922, p.664, obs. DEMOGUE (art. 106) ; adde : Lyon 14 décembre 1944, S. 1945-2-p.66 (l'arrêt ne concerne pas au sens strict un déménagement, mais le déplacement de vaisselle et de meubles anciens, d'une salle des ventes où ils avaient été achetés jusqu'au domicile de leur acquéreur).

(4)Le premier arrêt refuse tout privilège au déménageur, mais le contrat dont la nature n'était pas discutée, était une location de véhicule (Req. 20 juin 1922, DP 1923-1-p.186 ; S. 1923-1-p.345). Dans le second, sa qualification n'est pas en cause, même si la Cour d'Appel avait cette fois, semble-t-il, retenu le transport (Civ. 13 mai 1946, S. 1949-1-p.9, note R. HOUIN ; D. 1947-1-p.1, note P.L.P.).

(5)Com. 19 juin 1957, D. 1958, p.113, note R. RODIERE ; JCP 1958, II, 10381, note J. HEMARD et sur renvoi : Rouen 9 juin 1959, Gaz. Pal. Tab.Quinq. 1956-1960, v° Transport terrestre, n°25.

(6)Sous réserve, bien entendu, des trois décisions citées ci-dessus.

(7)Il est à cet égard surprenant de constater que le transport n'a pas été consacré dans une hypothèse favorable au client, alors que la loi Rabier, prohibant les clauses exonératoires dans cette qualification, en donnait l'occasion depuis 1905. Les déménageurs ne stipulaient-ils pas ce genre de

qualification précise, encore rarement envisagée : la commission de transport. Ce choix sous-entend nécessairement que la convention a la nature d'une transport, quand le déménageur prend l'engagement d'exécuter lui-même le déplacement. Pour important qu'il soit, l'arrêt ne règle pas pour autant toutes les difficultés. Un problème majeur demeure en suspens : si le déménagement peut être analysé comme un contrat de transport ou de commission de transport, doit-il en être toujours ainsi ?

La réponse à cette interrogation est intervenue six ans plus tard. Dans une autre affaire, concernant un déménagement industriel, la Cour de cassation nuance sa première intervention en admettant une qualification de contrat d'entreprise[1]. Certes, à première lecture, la décision paraît moins nette. Il s'agit d'un arrêt de rejet, se retranchant derrière le pouvoir souverain des juges du fond : «attendu qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, d'où résultait que l'objet du contrat consistait principalement en travaux spéciaux et coûteux de manipulation (démontage et chargement), la Cour d'appel a pu décider que ce contrat était un «louage d'industrie»». Il convient toutefois de remarquer que le pourvoi remet en cause directement la qualification adoptée et que la Cour lui donne tort. Ensuite, et surtout, l'attendu fait référence à la recherche de l'objet principal du contrat, motif qui n'apparaît pas dans l'arrêt de 1957.

Le rapprochement de ces deux décisions[2] fait ainsi ressortir que le contrat de déménagement peut constituer, selon la Cour de cassation, en fonction de la nature de son objet principal, un louage d'ouvrage ou un transport, voire une commission de transport. La Cour adopte ainsi la thèse du doyen Rodière et elle a entraîné derrière elle les juges du fond.

422.– En effet, depuis cette époque, les trois qualifications coexistent en jurisprudence et le contrat de déménagement se voit appliquer l'une d'entre elles, selon l'importance de la manutention ou du déplacement. Une synthèse globale de ce contentieux est assez facile à dresser. Une première constatation s'impose : la tendance ancienne s'est renversée et, désormais, la très grande majorité des décisions retiennent la qualification de contrat de transport ou de commission de transport. Ceci se vérifie lorsque les magistrats examinent expressément la nature de la convention[3]. Se limiter à

---

clauses ? Il semble que non, puisque leur présence aurait du se manifester, même si le contrat était analysé comme un louage d'ouvrage.

(1) Com. 25 février 1963, Bull. transp. 1963, p.143 ; D. 1963, p.422.

(2) Un troisième arrêt est intervenu sur le problème de la qualification du déménagement, qui retient une nouvelle fois la commission de transport : Com. 20 avril 1967, Bull. transp. 1967, p.185.

(3) *Pour la commission de transport* : Paris 17 novembre 1959, Bull. transp. 1959, p. 152 (108 C. Com.) ; Tb. com. Seine 13 juin 1960, Bull. transp. 1960, p.238 (exclusion de l'article 105 C. Com.) ; Aix 12 mai 1961, Bull. transp. 1961, p.263 ; Tb. com. Marseille 18 mars 1966, Bull.

ces décisions donnerait toutefois une idée fausse de la matière. Il est extrêmement significatif que de très nombreux jugements ou arrêts ne discutent même plus la qualification et se bornent à étudier directement les conséquences de l'application des règles du transport[1], même si celles-ci doivent s'avérer très défavorables au client du déménageur[2]. Le contrat de déménagement est donc maintenant analysé en principe comme un transport et c'est d'ailleurs cette solution qui est choisie par les professionnels dans leurs contrats types de 1967, 1983 ou 1984[3].

---

transp. 1966, p.275 (108 C. Com.) ; Com. 20 avril 1967, précité ; Paris 2 mars 1976, Bull. transp. 1976, p.344 ; Paris 25e ch. 22 octobre 1981, Juris-Data n° 26972.

Pour le transport : Paris 2 avril 1960, Bull. transp. 1960, p.382 (108 C. Com. appliqué à l'action en paiement du solde du prix intenté par le déménageur) ; Tb. com. Seine 2 mars 1962, Bull. transp. 1962, p.148 (105 C. Com.) ; Montpellier 18 octobre 1962, Bull. transp. 1963, p.47 ; TGI Versailles 7 mai 1965, Bull. transp. 1965, p.324 (108 C. Com. appliqué à l'action en paiement du solde du prix) ; Poitiers 19 février 1969, RTD com. 1970, p.193, obs. J. HEMARD ; Paris 11 juillet 1978, Bull. transp. 1978, p.501 (infidélité excluant l'application de l'article 108 C. Com.) ; Paris 8e ch. sect. A 17 mai 1983, Juris-Data n°23190 ; Versailles 3e ch. 20 novembre 1987, Juris-Data n° 44896 ; Versailles 12 janvier 1990, Juris-Data n°41237 ; Paris 24 mai 1991, Bull. transp. 1992, p.8 (prise en compte de la longueur du déplacement ; 108 C. Com.) Paris 2 juillet 1991, Juris-Data n°22599 et n°23763 (alors que la prestation décrite est une mise à disposition de véhicule) ; Paris 13 février 1992, Juris-Data n°20194.

Juris-Data (ancien logiciel) : question posée : déménagement ETP (qualification ou définition ou distinction). La réponse est un peu bruyante à cause des primes de déménagement en matière sociale. Il est souhaitable, par conséquent, d'ajouter : SAUF (sécurité sociale OU contrat de travail).

(1) V. par ex. : Aix 29 janvier 1965, Bull. transp. 1965, p. 338 ; Paris 22 février 1966, Bull. transp. 1966, p.96 ; Paris 22 décembre 1966, Bull. transp. 1967, p.364 ; Com. 6 juillet 1967, Bull. transp. 1967, p.287 ; Com. 30 janvier 1968, Bull. transp. 1968, p.94 ; Com. 5 mars 1968, Bull. transp. 1968, p.163 ; Paris 29 janvier 1970, Bull. transp. 1970, p.52 ; Paris 18 décembre 1970, Bull. transp. 1972, p.9 ; Com. 8 juin 1971, Bull. transp. 1971, p.327 ; Paris 15 janvier 1973, Bull. transp. 1973, p.43 ; Poitiers 11 février 1976, Bull. transp. 1976, p.128 ; Aix 7 juillet 1976, Bull. transp. 1977, p.23 ; Colmar 6 octobre 1977, Bull. transp. 1977, p.572 ; Aix 25 avril 1978, Bull. transp. 1978, p.333 ; TI Châlons-sur-Marne 22 octobre 1979, Bull. transp. 1979, p.575 ; Aix 25 mars 1980, Bull. transp. 1980, p.613 ; Paris 15 mai 1981, Bull. transp. 1981, p.370 ; TI Poissy 16 août 1983, Bull. transp. 1984, p.179 ; Com. 18 octobre 1983, Bull. transp. 1984, p.260 ; Aix-en-Provence 28 novembre 1990, Bull. transp. 1991, p.559 ; Com. 16 avril 1991, Bull. transp. 1991, p.409 ; Paris 5 juillet 1991, Bull. transp. 1991, p.607 (commission de transport, semble-t-il).

(2) V. par ex. : Com. 6 juillet 1967, précité ; Poitiers 11 février 1976, précité ; Colmar 6 octobre 1977, précité ; Aix 25 avril 1978, précité ; TI Châlons-sur-Marne 22 octobre 1979, précité ; TI Poissy 16 août 1983, précité.

Cette sévérité à l'égard du client se retrouve également dans les décisions qui abordent le problème de la qualification.

(3) L'historique de ces contrats-types est assez mouvementé (cf. Bull. transp. 1983, p.253).

- Décret du 23 mars 1967 et arrêté du 23 mars 1967, suivis par deux contrats-types établis par la Chambre syndicale de France (déménagement et gardes meubles) et par l'U.N.O.S.T.R.A..
- Textes abrogés en quasi totalité par un décret du 22 novembre 1971 (Bull. transp. 1971, p.465) et un arrêté du 26 novembre 1971 (Bull. transp. 1971, p.478), suivis là encore de deux contrats-types.
- Réglementation abrogée le 1 avril 1979 (décret du 2 mars 1979) et débouchant sur des conditions générales de déménagement en 1983.

423.– A côté de ce courant majoritaire, certaines décisions continuent d'exclure la qualification de transport, lorsque l'analyse des obligations du déménageur laisse apparaître que les prestations de manutention ou de préparation du mobilier sont les plus importantes[1]. Ces espèces sont cependant relativement rares dans les contrats conclus avec les particuliers. Paradoxalement, c'est désormais dans le secteur des déménagements industriels d'usines ou de magasins complets, que le louage d'ouvrage est fréquemment admis. Outre l'arrêt déjà évoqué, rendu par la Cour de cassation le 25 février 1963, plusieurs juridictions ont retenu cette solution[2]. La motivation de ces décisions est facile à imaginer : le transfert d'une usine nécessite de multiples opérations de démontage, de marquage, de chargement de matériels très lourds, par des engins spécialisés, le tout requérant un personnel formé à cet effet. Cette abondance d'obligations supplémentaires incite les magistrats à considérer le déplacement comme secondaire.

Ces hypothèses sont à rapprocher de certains transports de matériels, de machines ou d'objets fragiles ou volumineux. Il n'y a plus ici à proprement parler de déménagement[3], mais le déplacement est complété par des obligations d'emballage et de manutention qui justifiaient la comparaison. Or, en cette matière, la jurisprudence a plutôt tendance à retenir une qualification de contrat de transport, en intégrant les prestations d'emballage, de chargement, de déchargement et de mise en place au sein de cette convention[4].

Les dispositions prévues par ces conditions se réfèrent aux règles régissant le contrat de transport : article 103 du Code de Commerce (art. 16 implicitement), art. 105 (art. 18), art.108 (art. 21).
Adde pour les contrats de déménagement administratif et industriel : Bull. transp. 1987, p.133.

(1) Paris 26 avril 1967, Bull. transp. 1967, p.185 ; Orléans ch. civ. 9 janvier 1984, Juris-Data n°41635 (déménagement dans une même rue) ; Paris 3e ch. sect. B 8 janvier 1988, Juris-Data n°20012.

(2) Paris 19 février 1970, Bull. transp. 1970, p.91 ; Paris 14 mars 1974, Bull. transp. 1974, p.156 ; RTD com. 1974, p.585, obs. J. HEMARD ; Tb. com. Paris 27 mai 1983, Bull. transp. 1984, p.155 ; Paris 21 novembre 1983, Bull. transp. 1984, p.349 ; D. 1984, IR, p.68 ; Paris 27 septembre 1991, Bull. transp. 1991, p.745, obs. M. TILCHE.
Contra : Tb. com. Seine 4 juillet 1968, Bull. transp. 1968, p.386, infirmé sur la qualification par Paris 19 février 1970, Bull. transp. 1970, p.91 ; Paris 29 janvier 1970, Bull. transp. 1970, p.52.

(3) Sur cette notion, cf. supra n°414 en note et infra n°813.

(4) Lyon 14 décembre 1944, S. 1945-2-p.66 (vaisselle et mobilier ancien) ; Paris 31 janvier 1945, S. 1945-2-p.66 (table en marbre) ; Paris 31 janvier 1969, Bull. transp. 1969, p.82 ; Paris 27 octobre 1977, Bull. transp. 1977, p.518 (presse à imprimer, démontée, divisée en trois éléments, remontée et remise en place) ; Paris 23 février 1983, Bull. transp. 1983, p.407 (groupes frigorifiques) Rennes 28 août 1985, Bull. transp. 1986, p.152 (centrale à béton) ; Paris 5e ch. sect. A 16 avril 1986, Juris-Data n°21447 (photocopieur) ; Paris 21 novembre 1986, Bull. transp. 1987, p.44 (matériels d'imprimerie) ; Com. 17 mars 1987, Bull. transp. 1987, p.520 (convertisseurs) ; Paris 19 février 1992, Bull. transp. 1992, p.218 (matériel électronique - très spectaculaire rejet de l'accessoire quantitatif).
Contra : Paris 13 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.423.

Le bilan d'ensemble étant maintenant dressé, il est possible, à présent, d'essayer d'apprécier les solutions jurisprudentielles et les théories doctrinales, au regard de la théorie de l'accessoire précédemment développée.

III - APPRECIATION CRITIQUE

424.- La détermination de la nature juridique du contrat réalisant un déménagement passe nécessairement par l'analyse des obligations du déménageur(1). La prestation principale d'un transporteur est celle de déplacer la marchandise remise d'un point à un autre. Si ce contractant s'engage de surcroît à effectuer des obligations supplémentaires, plus ou moins nombreuses de manutention et de fournitures de matériels, la qualification en est-elle affectée ?

Parmi les diverses conceptions évoquées plus haut, celle qui consiste à écarter automatiquement la qualification de contrat de transport dès qu'apparaissent ces prestations est certainement inexacte. Cette position, qui est celle de nombreuses décisions[2] avant le revirement de 1957, est doublement critiquable. Elle est contraire, en premier lieu, aux principes généraux de qualification. La nature d'une convention ne peut être modifiée que par l'altération de ses éléments essentiels. La présence d'obligations supplémentaires est donc insuffisante en elle-même à opérer ce changement : encore faut-il vérifier au préalable que ces prestations ne sont pas accessoires. Disqualifier systématiquement toute convention nommée parce qu'une obligation secondaire a été stipulée par les parties, ruinerait totalement la réglementation légale des contrats et serait la source d'incertitudes considérables[3]. Il serait absurde, par exemple, de décider qu'il n'y a plus vente dès lors que le propriétaire de la chose vendue l'emballe ou la livre à domicile ! Adopter une telle méthode reviendrait en définitive à multiplier à l'infini les conventions sui generis et à permettre par conséquent, des manipulations douteuses sur le régime juridique de contrats pourtant courants et régis par la loi. Il convient ensuite de préciser, qu'une

---

(1)L'obligation principale du client (payer le prix) est la même que celle de l'expéditeur. Ses obligations accessoires sont fortement diminuées puisque le déménageur les prend à sa charge : seules demeurent l'obligation de remise et celle de renseignement sur les particularités non apparentes des objets transportés. La qualité des parties ne fait pas difficulté, le déménageur étant toujours un professionnel. Si tel n'était pas le cas, la convention redeviendrait un louage d'ouvrage (cf. infra n°914). Quant à l'objet de la prestation, son influence ne peut suffire à modifier la qualification (cf. infra n°812 et s.).

(2)Cf. les décisions précitées n°420, 1e note, à l'exception de Paris 19 mars 1934 qui évoque l'idée d'accessoire.

(3)Cf. en ce sens : A. WAHL, chr. précitée, n°8, p.516.

telle solution est au surplus particulièrement inadaptée au contrat de transport, dont la faculté d'intégrer des prestations de natures diverses est assez remarquable[1] : dépôt (garde-meubles), bail (prêt de grues), mandat (dédouanement ou expédition contre-remboursement) s'incorporent fréquemment à cette convention, sans en modifier la qualification. La présentation habituelle des vieilles décisions, qui débutent souvent par la constatation que le déménageur ne s'est pas engagé «seulement» à déplacer le mobilier, est trompeuse : elle peut laisser croire qu'un transporteur limite toujours son intervention au seul déplacement. Or, tel n'est absolument pas le cas. S'il est exact que l'expéditeur est en général chargé tant de l'emballage que du chargement et que le destinataire est tenu de décharger, la règle souffre de nombreuses exceptions : clauses contraires, colis de faible importance (ou groupage) où le transporteur charge, expéditeur-destinataire faisant rapatrier un objet à son domicile, etc. Et dans toutes ces hypothèses, la jurisprudence maintient fermement la qualification de transport[2]. Par rapport à ces solutions, le déménagement ne présente qu'une différence de degré : le déménageur ne s'oblige pas ponctuellement au chargement ou à l'emballage ou à la mise en place définitive, il assume simultanément toutes ces prestations(3). Il reste alors à savoir si cette globalité est suffisante pour conférer à ces obligations le caractère d'obligations principales.

425.– L'application de la notion d'accessoire développée plus haut conduit assurément à donner une réponse négative à cette interrogation. Ceci se vérifie de deux manières différentes.

Il est possible en premier lieu de rechercher la cause de l'engagement du client du déménageur, c'est-à-dire en l'occurrence celle de son obligation principale de verser une somme d'argent. De ce point de vue, la thèse de Josserand est difficilement défendable : affirmer que le déplacement n'est pas la fin poursuivie par les contractants est irréaliste. La position de Wahl est la seule admissible(4). L'objectif poursuivi par le client est de transférer son mobilier de son ancien logement à sa nouvelle résidence. La situation est identique dans le transfert d'usine où c'est le changement du lieu de

---

(1)Cf. d'ailleurs, curieusement : L. JOSSERAND, ouvr. précité, n°286 : «puissance d'attraction considérable» ; WAHL, chr. précitée, n°7-8 ; ROGER, op. cit., n°58.

(2)Cf. par exemple : les décisions citées, supra n°423.

(3)Cette simultanéité, comme le souligne WAHL (chr. précitée, n°7), ne doit d'ailleurs pas être surestimée : certains meubles n'ont pas besoin d'être emballés, d'autres le sont par le client, d'autres enfin peuvent être spécialement préparés par des professionnels de l'emballage. Ces circonstances de pur fait ne doivent pas influer sur la qualification retenue.

(4)Il convient de souligner que cet auteur recherche le but poursuivi par le client, c'est-à-dire la cause du créancier des multiples obligations (cf. dans le même sens : DEMOGUE, obs. précitées).

production qui est recherché[1]. Il est impossible, en particulier, de suivre le doyen Rodière, lorsqu'il affirme que le déménagement d'un fonctionnaire d'un logement de fonction meublé à un autre, est un louage d'ouvrage parce que les seuls objets qu'ils possède et qui personnalisent son habitation, sont des meubles rares et que, par conséquent, vu la nature de ces biens, les prestations d'emballage et de manutention sont, pour lui, les plus importantes. Un tel raisonnement confond les mobiles et la cause. Que pour un client, la mise en caisse du service en porcelaine, hérité de génération en génération, soit essentiel, psychologiquement et affectivement, nul ne peut le nier ! Mais il s'agit de là de motifs concrets. Le but premier du consentement du client à la convention est avant tout le déplacement.

426.– Cette solution, est confirmée et renforcée par l'étude de la cause des prestations accessoires et, encore une fois, c'est Wahl qui est dans le vrai. Ce n'est pas le déplacement qui est affecté au service de la manutention : le déménageur ne transporte pas parce qu'il a emballé et qu'il doit remettre en place... C'est au contraire la manutention qui a pour but de permettre le transport (chargement) et de faciliter sa bonne exécution (emballage et fourniture de caisses)[2]. Le sens du lien d'affectation unissant le transport et la manutention ne fait pas de doute et le déroulement pratique des opérations l'illustre parfaitement. Le déménageur ne choisit pas le moyen de transport ou ses conditions d'exécution en fonction de l'emballage, il adapte au contraire celui-ci au mode de déplacement. Il suffit de relire l'une des premières décisions rendues en la matière pour s'en convaincre[3]. Le déménagement devait s'exécuter par mer. Le professionnel devait donc placer les meubles dans des cadres mais ceux-ci devaient être assez robustes pour résister aux circonstances du déplacement, à savoir un transport à une époque où la mer était mauvaise. C'est donc bien la prestation annexe qui doit s'adapter au principal et non l'inverse. De même, c'est sous cet angle que doit être envisagée l'influence de la nature des objets transportés, qui constitue l'un des critères proposés par le doyen Rodière. La fragilité du mobilier ne s'apprécie pas en elle-même, mais relativement au mode de transport et à la distance à parcourir. L'emballage d'une statue ou d'un meuble ancien n'est pas nécessaire si le déménagement a lieu au sein d'un même immeuble, voire d'une même rue. La présence permanente de professionnels pour les porter ou les pousser le rend le plus souvent inutile. L'utilisation d'un véhicule, à l'inverse, va l'imposer.

---

(1)Pour une analyse spécifique du déménagement industriel, cf. infra n°812 et s.

(2)Cf. en ce sens : WAHL, chr. précitée, n°8 ; DEMOGUE, obs. précitées ; note anonyme sous Tb. civ. Seine 30 janvier 1911, précité ; v. même RODIERE, chr. précitée, n°5.

(3)Lyon 22 juin 1894, précité. Le raisonnement utilise ici les circonstances de l'espèce et non sa solution.

A tout point de vue, le déplacement apparaît donc comme la prestation principale. C'est lui qui constitue la cause de l'engagement du client, le résultat qu'il a avant tout recherché. C'est lui, encore, qui structure les obligations multiples du déménageur : il en justifie l'existence, le nombre, le contenu et les modalités d'exécution. Le contrat de déménagement est donc un transport(1).

427.- Cette analyse est parfois tenue en échec, dans certaines circonstances relativement rares. Tel est le cas, tout d'abord lorsqu'un emballeur professionnel vient prendre en charge l'objet de sa prestation au domicile de son client et qu'il le lui ramène, une fois son obligation accomplie[2]. Ici, le client a recherché l'exécution d'une prestation d'emballage et les deux déplacements, qui ont pour but d'en faciliter l'accomplissement, en sont l'accessoire. L'hypothèse ne peut en aucun cas être confondue avec le déménagement.

La seconde situation est celle envisagée par Wahl, du déménagement effectué en vue d'un chargement préalable à un transport ferroviaire. Le déplacement n'apparaît plus comme la fin première de l'opération : il semble plutôt constituer un préparatif indispensable du chargement, obligation préférentiellement visée par l'expéditeur. Cette analyse doit toutefois être nuancée. Il convient en effet de distinguer, selon les obligations du déménageur. Si celui-ci se contente de procéder au chargement, la convention est peut-être un louage d'ouvrage. Si, en revanche, le professionnel a également pris l'engagement de conclure le contrat de transport subséquent, le contrat devient, selon les cas, un mandat assorti d'un déplacement et de manutentions accessoires ou une commission de transport, dans laquelle le commissionnaire a exécuté une partie du parcours personnellement, ce qui est toujours possible. Ensuite, même ces solutions ne sont pas totalement convaincantes. S'il est concevable de soutenir que le déménageur déplace pour charger, il n'est pas sûr qu'il emballe pour déplacer. La préparation de la marchandise a certes pour but de permettre une bonne exécution du déplacement du domicile du client à la gare, mais il est douteux qu'il se limite à cet objectif. En réalité, la marchandise transportée doit être capable de supporter aussi, voire surtout, le transport subséquent. La cause de l'emballage n'est donc pas absorbée en totalité par la considération d'un principal qui serait le premier transport : cette prestation a pour partie un but qui lui est propre ce qui ne répond plus

---

(1)La situation est plus complexe du point de vue administratif. Ainsi, les transports de déménagement étaient soumis à la coordination des transports mais pas à la T.R.O. Par ailleurs, à l'occasion de l'interprétation d'un texte fiscal particulier, le Conseil d'état a refusé d'assimiler les déménagements à des transports de marchandises (cf. «Le statut juridique du déménagement», Bull. transp. 1978, p.348 ; L. PEYREFITTE, chr. précitée, n°1).

(2)V. en ce sens : Civ, 21 décembre 1932, S. 1933-1-p.213 ; Paris 3 février 1973, Bull. transp. 1973, p.86 .

à la définition de l'accessoire. Il est dès lors permis de se demander si une telle situation de fait ne relève pas du contrat mixte. Le client, dans la perspective d'un transport à venir, a confié au déménageur le soin d'accomplir deux prestations : une préparation des objets et leur chargement. Le déplacement apparaît alors comme une prestation accessoire du chargement. Par rapport à l'exemple évoqué par Wahl, la qualification est peu modifiée : il s'agit là d'un louage d'ouvrage, mais contenant deux prestations de service, autrement dit un contrat mixte par addition entreprise + entreprise[1]. Si le déménageur conclut, le contrat de transport subséquent au nom de son client, la convention devient alors un contrat mixte entreprise + mandat. S'il a contracté en revanche, en son nom, la convention reste une commission de transport, cette qualification ayant par nature la faculté d'absorber d'autres prestation : le déménageur, en l'occurrence, est toujours obligé de «soigner» le transport, dans sa totalité, avec toutes les contraintes (préparation, chargement) que cela suppose.

La Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de statuer en présence d'hypothèses de ce genre. Les solutions qu'elle a adoptées sont divergentes. Dans l'arrêt du 25 février 1963 déjà cité, elle a admis que le transport et la préparation d'une usine en vue de son chargement sur wagons était un louage d'ouvrage[2]. Elle a, en revanche, qualifié de transport, un contrat par lequel un éleveur allait chercher des vaches chez certains collègues, les transportait dans son camion à la gare la plus proche, les chargeait et les expédiait au négociant en bestiaux qui les avait achetés, après avoir conclu pour son compte, le contrat de transport ferroviaire[3]. Cette seconde analyse n'est pas inconcevable, mais elle suppose une modification du rapport d'accessoire. Ce n'est plus le déplacement qui est un accessoire par destination du mandat d'expédier. C'est ce mandat qui est une obligation accessoire par «production» du déplacement. L'expéditeur confie avant tout à son cocontractant l'exécution d'un transport et puisque celui-ci s'achève au lieu de prise en charge de la marchandise par un autre voiturier, il en profite pour confier au premier la conclusion du contrat de transport subséquent.

428.– La dernière difficulté, concerne les déménagements sur une très courte distance, en pratique au sein d'un même immeuble. La qualification de transport devient ici plus incertaine[4]. Contrairement à l'opinion la plus courante, ce doute ne

---

(1) Sur les contrats mixtes par addition d'obligations de même nature, cf. infra n°1349 et s.

(2) Com 25 février 1963, précité. La motivation relève plutôt de l'accessoire quantitatif.

(3) Civ. 1e 5 janvier 1980, Bull. civ., I, n°12, p.9 ; adde Civ. 21 décembre 1932, S. 1933-1-p.213 (emballage plus mandat accessoire d'expédier).

(4) Cf. Paris 19 mars 1934, précité ; rappr. Paris 14 mars 1974, précité (déplacement à l'intérieur d'une usine).

provient pas forcément de l'utilisation de la règle de l'accessoire, car s'il est vrai que le déplacement est peu important, les autres prestations subissent la même évolution : l'emballage va se réduire à très peu de choses ; quant au chargement, il va totalement disparaître si le déplacement est accompli manuellement. En réalité, c'est ici le concept même de déplacement qui est cause[1]. Des transports sur de courtes distances sont concevables et la jurisprudence les a parfois admis : ainsi, une décision a qualifié de transport le contrat de porteur dans une gare[2]. De même, un déplacement peut indifféremment avoir lieu en «longueur», en hauteur (ascenseur) ou combiner les deux (télésiège). Mais, dans le cas du déménagement d'un étage à un autre, le doute est permis. Il se produit dans ce cas une confusion des opérations de déplacement et de chargement, qui rend admissible la qualification de louage d'ouvrage. A l'extrême limite, le chargement est lui-même un déplacement d'un objet, du sol jusqu'au véhicule ! Une telle analyse est bien évidemment excessive. L'exclusion du transport paraît donc justifiée en cette hypothèse. Cette éviction doit cependant être entendue restrictivement et ne s'applique pas aux déménagements dans une même rue, ou l'élément déplacement reprend son autonomie[3].

429.- L'examen de ces exceptions à la qualification de transport déduite d'une conception subjective du rapport d'accessoire montre que ce critère conduit parfois à des analyses relativement complexes et dont les conséquences ne sont pas absolument certaines. Ces difficultés ont cependant une portée extrêmement réduite et elles concernent des hypothèses marginales, quantitativement négligeables, en l'occurrence trois espèces sur plus de soixante-dix. Dans la quasi-totalité des cas, le critère subjectif de l'accessoire élimine toute incertitude[4]. Il n'est guère possible d'en dire autant du critère quantitatif, qui est ambigu dans son contenu et ses modalités d'application.

Le concept doctrinal d'accessoire quantitatif proposé par le doyen Rodière pour le déménagement est en effet multiforme. Il emprunte la technique du faisceau d'indices en multipliant les éléments de référence : importance du déplacement, nature des objets, conditions d'exécution du transport. Cette liste est cependant insuffisante et

---

(1)Cf. supra n°194 ; rappr. Aix 15 janvier 1988, Bull. transp. 1988, p.276 (contrat de transport qualifié par les parties de... contrat de service).

(2)Paris 24 juillet 1951, RTD com. 1952, p.148 obs. J. HEMARD.

(3)En ce sens : Tb. com. Seine 2 mars 1962, précité, qui se réfère à la notion de moyen de transport. Contra : Orléans 9 janvier 1984, précité.

(4)Ce qui paraît expliquer de manière satisfaisante le choix désormais majoritaire en jurisprudence de la qualification de transport. Il est symptomatique, à cet égard, que le doyen RODIERE, pour limiter les effets du critère quantitatif et justifier une préférence pour la qualification de transport, soit revenu à une conception subjective de l'accessoire (chr. précitée, n°5 in fine). A supposer qu'il y ait un million de déménagements par an (L. PEYREFITTE, chr. précitée, n°1), la portée considérable du critère subjectif de l'accessoire apparaît clairement.

dissimule en réalité d'autres critères qui se surajoutent aux précédents : comparaison du coût des diverses prestations, difficultés techniques ou pratiques d'exécution de chacune d'elles, durées respectives nécessitées par leur accomplissement en particulier quand le contrat intègre une période de garde-meubles, importance des risques découlant de chaque activité.... Ce foisonnement, justifié en apparence par le souci de cerner au plus près la réalité, est en définitive néfaste et source d'incertitudes. Plusieurs critiques peuvent lui être adressées.

430.– En premier lieu, une comparaison quantitative n'est fondée que lorsque les éléments évalués sont de même nature, ou plus précisément qu'ils sont équivalents. Cette condition n'est déjà pas respectée entre les critères eux-mêmes : par exemple, l'importance du coût de chaque prestation et celle de la durée d'exécution jouent sur deux plans parfaitement différents. Mais la règle est transgressée aussi à l'intérieur même de chaque critère. Ainsi, il est certes envisageable de comparer la durée d'exécution du déplacement, de la manutention et/ou du dépôt, mais un tel rapprochement n'a aucune signification car il se rapporte à des prestations distinctes. Chacune d'entre elles possède ses propres ordres de grandeur : un dépôt peut durer des mois, un transport heureusement non. De plus, le temps nécessité par le déplacement est variable selon le mode de transport alors que celui exigé par la manutention est tributaire du nombre et de la nature des objets transportés, circonstance qui n'influence que faiblement le délai d'acheminement. Ce critère est enfin impraticable pour la fourniture des emballages qui, elle, s'exécute sur toute la durée du déménagement : faut-il en déduire que cette convention est un bail ?[1].

431.– Ce raisonnement, exposé pour l'utilisation d'un indice tiré de la durée d'exécution de chaque prestation, est transposable à d'autres situations. Tel est le cas, par exemple, pour les difficultés d'exécution ou pour la mesure de l'importance des risques encourus lors de l'accomplissement de chaque obligation. Il est ainsi particulièrement aléatoire, pour ne pas dire incohérent, d'essayer de déterminer si un service en porcelaine encourt une probabilité plus grande d'être brisé lorsqu'il est emballé, chargé ou transporté : la première opération, a priori la plus délicate, parce que justement l'objet n'est pas encore emballé, est peut-être une source plus fréquente d'incidents qu'un accident de la route survenu au véhicule du déménageur. Mais, inversement, les conséquences en seront fort différentes... Il n'est pas nécessaire

---

(1) La fourniture d'emballage est très souvent négligée par les auteurs qui attachent pourtant beaucoup d'importance aux prestations du déménageur autres que le déplacement. Or, cette obligation relève du louage de choses et non du louage d'ouvrage.

d'insister davantage. Seul le critère quantitatif monétaire est en l'occurrence techniquement correct. Tous les autres effectuent des comparaisons sur des objets de nature différentes, et, malgré les apparences, sont plus intuitifs que rigoureux.

432.– L'utilisation de critères multiples encourt une seconde critique. Ce système ne fonctionne correctement que si les différents indices jouent tous dans le même sens. Si le transport est court, peu coûteux, facile et rapide à exécuter alors que l'emballage, la manutention et la mise en place sont longs, onéreux, pénibles, le faisceau d'indices désigne clairement une qualification. Ceci explique que la jurisprudence admette aisément le louage d'ouvrage pour les transferts d'usine à courte distance. L'émergence du critère quantitatif n'est pas ici le signe de sa particulière adaptation à la volonté des parties. Le critère subjectif, voyant dans le déplacement la fin première de l'accord, est toujours valable. Cette résurgence se produit surtout parce que la comparaison objective est techniquement utilisable. En dehors de ces hypothèses, les hésitations apparaissent très vite. Il en va ainsi, en particulier, lorsque déplacement et manutention évoluent parallèlement : un transport court ne nécessite qu'une préparation sommaire et plus la distance s'accroît, plus les prestations supplémentaires augmentent. Le critère quantitatif est alors dans l'impasse. D'une manière générale, il semble possible d'affirmer que ce critère est difficilement utilisable lorsque le déplacement est relativement long, car même dans cette hypothèse, les prestations de manutention durent souvent plus longtemps que le déplacement et sont plus onéreuses. Cette incapacité est un défaut majeur, car elle introduit des incertitudes, et par voie de conséquence des différences de traitement, dans un domaine où le critère subjectif apporte au contraire une solution sûre.

433.– Un dernier reproche peut être formulé à la conception quantitative de l'accessoire défendue par le doyen Rodière. Le mieux est l'ennemi du bien. En voulant suivre de trop près la réalité, ce critère s'y dissout et la qualification du déménagement devient dès lors dépendante de circonstance de fait secondaires. Il n'est pas satisfaisant de traiter différemment deux déplacements l'un d'une armoire et l'autre d'un service en porcelaine, au seul motif que le second, plus fragile, nécessite plus de soins lors de sa préparation pour le transport. Le parallèle avec d'autres conventions s'impose : si ces objets étaient vendus et non transportés, la qualification s'avérerait cette fois indifférente à cette circonstance. Il n'est pas logique, non plus, que, pour reprendre l'exemple du doyen Rodière, le déménagement d'un fonctionnaire soit un transport ou un louage, selon que son logement de fonctions est meublé ou non. La nature du contrat risque en définitive de dépendre de la composition du patrimoine du

client : pour caricaturer, un universitaire juriste et ses ouvrages relèveront du transport alors qu'un professeur de chimie et ses éprouvettes se verront appliquer les règles du louage d'ouvrage, solution somme toute satisfaisante, puisque le premier nommé connaîtra sans doute l'article 105 du Code de commerce ! Comment expliquer, enfin, que le déplacement d'une même usine soit qualifié différemment selon que le nouveau site est plus ou moins éloigné ? Et où se situe la frontière kilométrique séparant le transport du contrat d'entreprise ?

Avec l'adoption d'un critère quantitatif, la qualification du déménagement devient flottante, au gré des circonstances particulières et l'unité économique de l'opération en est altérée. En définitive, c'est l'appréhension même de la réalité opérée par ce critère qui est contestable : une conception mathématique de l'accessoire reste à la surface des choses, extérieure aux significations profondes de leur agencement. Ce reproche résume tous les autres. La qualification d'une convention ne peut découvrir l'intention des contractants par une mesure objective et indifférenciée de leurs prestations. Il est indispensable de rechercher la structure de ces obligations, en analysant leur finalité, en déterminant leur fonction précise dans la mécanique contractuelle. Et cette méthode, seule une conception subjective de l'accessoire est à même de la respecter.

434.- Toutes ces critiques ne sont pas purement doctrinales. Les incertitudes théoriques d'une conception quantitative de l'accessoire trouvent écho en jurisprudence. Il est devenu banal de constater que les Tribunaux qualifient désormais le déménagement d'après la nature de son obligation principale, manutention ou déplacement. Les critères utilisés pour effectuer cette discrimination sont assez divers. Le principal est assurément... l'absence de critère ! Très souvent, en effet, les magistrats se contentent de procéder par affirmation : tel élément est principal, tel autre est accessoire. Il est intéressant de constater à cet égard que la motivation est minimale lorsque c'est la qualification de transport[1] ou surtout de commission de transport[2] qui est retenue et il convient de préciser que cette sobriété ne contrarie pas trop une conception subjective de l'accessoire. En ce cas, en effet, le lien unissant les obligations découle de leur nature même. Le critère quantitatif oblige au contraire à une appréciation précise des circonstances de fait, dont les motifs devraient garder une trace. Les décisions qui adoptent le louage sont en revanche mieux motivées.

---

(1) V. pratiquement toutes les décisions citées supra n°422, 1e note, sauf Paris 2 avril 1960 (qui écarte le critère monétaire en l'absence de ventilation !) et Poitiers 19 février 1969.

(2) L'omission est ici systématique (cf. les décisions citées supra n°422, 1e note). Il est même permis de se demander si le raisonnement en deux temps (transport ou manutention, puis contrat de transport ou commission de transport) est appliqué en jurisprudence, voire défendu en doctrine (cf. L. PEYREFITTE, chr. précitée, n°3).

Globalement, les indices utilisés sont assez variés : coût respectif de chaque prestation[1], longueur du déplacement[2], soins particuliers exigés pour préparer la marchandise[3], durée d'exécution[4], risques d'exécution[5]. Le bilan de leur application n'est pas satisfaisant et plusieurs contradictions dans les solutions adoptées sont susceptibles d'être relevées.

435.– La première d'entre elles est assez surprenante et démontre bien la dépendance étroite de la qualification vis-à-vis de faits mineurs qui résulte d'une conception quantitative de l'accessoire. Les tribunaux qui cherchent à évaluer le coût de chaque prestation se heurtent souvent à un obstacle dirimant : les contractants n'ont pas ventilé le prix de chaque opération et le déménageur s'est contenté de procéder à une facturation globale[6]. Le critère mathématique contrairement au critère subjectif est ici mis en échec et les magistrats n'ont pas recours, en général à d'autres indices quantitatifs[7].

Ensuite, et surtout, lorsqu'ils sont employés, ces critères présentent l'inconvénient de consacrer des solutions divergentes dans des situations de fait pourtant voisines et qui devraient relever d'une qualification identique. Un transport court, par exemple, avec une manutention importante devrait être analysé comme un louage d'ouvrage. Certaines décisions l'admettent[8], mais d'autres soutiennent le contraire[9], parfois sans

---

(1)Cf. tous précités : Paris 2 avril 1960 (transport) ; Com. 25 février 1963 (entreprise-usine) ; Paris 26 avril 1967 (entreprise) ; Paris 19 février 1970 (entreprise-usine) ; Paris 14 mars 1974 (entreprise-usine) ; Paris 27 octobre 1977 (transport) ; Paris 23 février 1983 (transport) ; Paris 21 novembre 1983 (entreprise-usine). Adde : Rouen 21 novembre 1991, JCP 1992, IV, 891, p.94.

(2)Cf. Com. 23 février 1963, précité ; Paris 14 mars 1974, précité ; Paris 11 juillet 1978, précité (transport) ; Tb. com. Paris 27 mai 1983, précité (entreprise-usine) ; Paris 21 novembre 1983, précité ; Orléans 9 janvier 1984, précité (entreprise).

(3)Poitiers 19 février 1969, précité (transport) ; Paris 13 mars 1986, précité (entreprise).

(4)Paris 21 novembre 1983, précité ; Paris 13 mars 1986, précité.

(5)Paris 19 février 1970, précité ; Paris 21 novembre 1983, précité.
Adde, déduisant la volonté des parties de conclure un transport, des documents contractuels (conditions générales) : Paris 23 février 1983, précité ; Paris 21 novembre 1986, précité.

(6)Paris 2 avril 1960, précité ; Paris 27 octobre 1977, précité ; Paris 23 février 1983, précité ; Paris 13 mars 1986, précité ; Paris 21 novembre 1986, précité

(7)Paris 2 avril 1960, précité ; Paris 27 octobre 1977, précité ; Paris 23 février 1983, précité ; Paris 21 novembre 1986, précité.
Contra : Paris 13 mars 1986, précité.

(8)Cf. tous précités : Com. 25 février 1963 ; Paris 14 mars 1974 (même rue) ; Tb. com. Paris 27 mai 1983 (15 kilomètres) ; Orléans 9 janvier 1984 (même rue) ; Paris 21 novembre 1983 (15 kilomètres).

(9)Cf. tous précités : Tb. com. Seine 2 mars 1962 (d'une rue à une autre) ; Paris 31 janvier 1969 (20 km) ; Aix 25 avril 1978 (40 kilomètres) ; Paris 23 février 1983 (7 kilomètres) ; TI Poissy 16 août 1983 (Saint-Denis/Conflans-Sainte-Honorine).

même discuter la qualification, comme si celle-ci allait de soi[1]. Inversement, un transport long parait un indice sûr d'une volonté des parties axée sur le déplacement. Cette solution a notamment souvent été retenue pour des déménagements d'Afrique du Nord en France[2]. Là, encore, pourtant, des divergences inexplicables se font jour[3] et force est de reconnaître que ces hésitations sont assez peu conformes à l'exigence d'une certaine sécurité juridique, à laquelle les parties peuvent prétendre.

436.- L'évolution de la jurisprudence n'est sans doute pas achevée et la qualification de transport devrait à terme continuer à gagner du terrain : le récent contrat type dédié aux déménagements industriels, qui adopte expressément cette qualification dans le secteur pourtant le plus favorable au louage d'ouvrage, en constitue un indice sérieux. Si cette solution, juridiquement la plus logique, a été si longue à s'imposer, c'est qu'en réalité, les magistrats ont longtemps cherché davantage un régime juridique favorable au client que la nature exacte de la convention conclue. Le contrat de déménagement est l'exemple même d'une qualification-moyen et la remarque en a été faite depuis longtemps[4]. Par méfiance vis-à-vis de la profession de déménageur et pour empêcher l'application de dispositions rigoureuses du Code de commerce, souvent peu connues des particuliers, les tribunaux ont tenté par ce procédé d'évincer le régime juridique du transport. Les premières décisions rendues en la matière ne s'en cachent pas, puisqu'elles se contentent généralement de préciser que le déménagement n'est pas un transport, sans même indiquer ce qu'il est vraiment, la vague référence à une convention de nature distincte semblant suffire. Ce faisant, les magistrats ont néanmoins adopté une vue assez simplificatrice des choses. D'abord parce que le régime du transport n'est pas toujours défavorable au client[5]. Ensuite, parce que les intérêts du déménageur ne sont pas non plus à négliger[6]. Celui-ci peut en particulier se trouver démuni s'il est confronté à un cocontractant mauvais payeur ou insolvable[7]. Certains auteurs ont d'ailleurs souligné que les raisons

---

(1) Aix 25 avril 1978, précité ; TI Poissy 16 août 1983, précité, qui concernent tous les deux, il est vrai, des particuliers.

(2) Jurisprudence abondante : Com. 19 juin 1957, précité ; Tb. com. Seine 13 juin 1960, précité ; Aix 12 mai 1961, précité ; Paris 2 juillet 1962, précité ; Montpellier 18 octobre 1962, précité ; Aix 29 janvier 1965, précité ; TGI Versailles 7 mai 1965, précité ; Paris 22 févier 1966, précité ; Paris 22 décembre 1966, précité ; Com. 20 avril 1967, précité ; Com. 30 janvier 1968, précité ; Poitiers 19 février 1969, précité ; Com. 5 mars 1968, précité.

(3) Paris 26 avril 1967, précité ; Paris 19 février 1970, précité (usine) ; Paris 13 mars 1986, précité (baie électronique).

(4) WAHL, chr. précitée, n°1 ; RODIERE, chr. précitée, n°6.

(5) Cf. L. PEYREFITTE, chr. précitée, n°10 et s.

(6) Cf. : WAHL, chr. précitée, n°1.

(7) V. en ce sens : ESCARRA et RAULT, op. cit., n°823.

pratiques fondant les article 103, 105, 106 et 108 du Code de commerce restent valables dans un déménagement[1]. Seul l'article 105 pose un problème spécifique et il est peut être inadéquat d'exiger du client qu'il déballe tout son mobilier en trois jours seulement, pour recenser les avaries et les manquants[2]. Mais la remise en cause de cette disposition dépasse largement le cadre du déménagement. Son application à des expéditeurs ou destinataires non professionnels dans les transports classiques ne fait plus l'unanimité et c'est maintenant le principe même du maintien de ce texte, jugé archaïque, qui est à l'ordre du jour[3].

437.– Cet examen du contrat de déménagement a permis de montrer l'efficacité d'une conception subjective de l'accessoire, sous ses deux facettes : cause du créancier des prestations multiples et cause de l'obligation accessoire. Le raisonnement est en l'espèce facilité par la nature des choses et par le lien fonctionnel spontané qui unit la manutention au déplacement. Lorsque ce rapport entre les deux prestations est totalement réversible, la recherche se complique. Tel est le cas de l'échange avec soulte.

---

(1)Cf. spéc. : DEMOGUE, obs. précitées.

(2)En ce sens : ROGER, op. cit., n°59.

(3)V. par ex., pour une critique de son formalisme excessif : «Rapport de la Cour de cassation», 1986, p.181 ; Bull. transp. 1987, p.386 ; B. MERCADAL, «Regards sur le Droit des transports», Mélanges RODIERE, n°18, p.432. Comp. P. BRUNAT, «Article 105 : non pas la mort, mais la reconversion», Bull. transp. 1990, p.383.

SECTION 2

L'ECHANGE AVEC SOULTE[1]

438.– Il est rare, dans un contrat d'échange, que les choses cédées soient d'égale valeur. Le contractant qui donne l'objet de moindre prix s'engage par conséquent, le plus souvent, à verser de surcroît une certaine somme d'argent, destinée à combler la différence et qui est appelée soulte. La stipulation d'une prestation en numéraire rapproche alors l'échange de la vente. Si la soulte est négligeable, la distinction des deux conventions ne fait pas difficulté : le contrat reste un échange pour le tout et l'obligation accessoire de verser une somme d'argent a pour seule finalité de parfaire l'équilibre de l'accord[2]. Au fur et à mesure que le montant de la soulte augmente, l'hésitation se renforce. Il devient rapidement indispensable de déterminer la nature de l'obligation principale : «obligation» de donner (échange) au obligation de verser une somme d'argent (vente). Cette hiérarchisation peut s'effectuer selon les deux critères évoqués précédemment. Il est possible, tout d'abord, de comparer, d'un point de vue purement quantitatif, la valeur de la soulte et celle du bien échangé par son débiteur.

---

(1) Sur *la distinction, en doctrine, de la vente et de l'échange avec soulte* : AUBRY et RAU, T.5, § 360, p.182 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, T.19, n°975 ; M. FOURNIER, Rép. civ., v° Echange, n°24 ; P. GODE et R. LE GUIDEC, J.-Cl. Civ., art. 1702-1707, n°15-17 ; GUILLOUARD, T.11, n°918 ; LAURENT, T.24, n°617 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°803 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit. n°40 ; MAZEAUD et DE JUGLART, 7e édit., T.3, Vol.2, n°1035 et s. spéc. n°1036 ; PLANIOL et RIPERT, T.10, n°393, p.507 et n°403, p.519 ; RIPERT et BOULANGER, n°2618, p.826 ; VIGIE, T.3, n°862, p.456 ; Ch. BRUNEAU, «La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature», Thèse Paris II 1984, n°101 ; J.-J. ANVILE N'GORAN, «La lésion dans la vente d'immeubles», Thèse Nancy 1991, p.103 et s.
Banque de données (Juris-Data) : question posée (ancien logiciel): Echange ETP soulte (127 documents). Réponse bruyante en matière fiscale. Compléter : SFP (fiscal ETC ou impôt ETC ou taxe) ; nouveau logiciel : échange soulte (22 documents).

(2) L'analyse n'est pas contradictoire avec l'arrêt de la 3e Chambre civile de la Cour de cassation du 27 novembre 1984, (Bull. civ., III, n°200, p.154) selon lequel «lorsque les biens à échanger sont de valeurs différentes, le consentement réciproque des parties nécessaire à la perfection de la convention doit porter, non seulement sur les biens à échanger, mais aussi sur le montant de la soulte qui constitue l'une des prestations promises pour assurer l'équilibre de ce contrat commutatif» (adde, dans le même sens : Civ. 3e 20 juin 1989, D. 1989, IR, p.202). En effet, bien qu'accessoire, la détermination du montant de la soulte réalise indirectement une appréciation de la valeur du bien cédé par son débiteur et participe donc à la détermination du principal. Comp. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°137, p.206.

Mais il est aussi parfaitement concevable de s'attacher à déterminer quelle a été pour leur créancier la principale de ces deux obligations. La recherche est ici particulièrement intéressante car le lien d'accessoire à principal unissant un transfert de propriété au versement d'une somme d'argent peut jouer indifféremment dans les deux sens : chaque obligation accessoire, quelle que soit sa nature, vient se joindre à l'obligation principale pour réaliser l'équivalence des prestations[1]. L'opération économique, en elle-même n'impose aucune qualification particulière contrairement, par exemple, à l'hypothèse du déménagement. Après avoir rappelé les solutions retenues par la jurisprudence en cette matière (I), il sera alors possible d'en apprécier la valeur (II).

I - LA JURISPRUDENCE

439.- La Cour de cassation a eu l'occasion d'examiner à diverses reprises la qualification de l'échange avec soulte. Si les solutions qu'elle a adoptées s'avèrent cohérentes lorsque la qualification retenue est simple, la notion de contrat mixte échange-vente a connu des fortunes diverses.

Le premier arrêt rendu en cette matière et qui est généralement considéré comme un arrêt de principe, est celui de la Chambre civile du 10 février 1926[2]. Le cœur du litige est en l'occurrence fiscal : un texte de 1920 aménage les droits de mutation des immeubles en cas d'achat en vue d'une revente et il convient de déterminer si l'achat suivi d'un échange tombe sous le coup du texte, puis de préciser le régime applicable à l'échange avec soulte. Après avoir considéré que «cette disposition fiscale ne peut pas être étendue au-delà de ses termes» et «qu'il n'est donc pas permis d'en faire bénéficier l'acheteur qui aliène l'immeuble par un autre contrat, notamment par échange, alors même que l'acte contient une soulte», la Cour de cassation affirme que «cette clause ne change pas la nature du contrat, à moins que la disproportion de la somme payée par l'une des parties à titre de soulte avec la valeur de la chose livrée par cette partie ne confère à l'ensemble de la convention le caractère d'une vente». L'immeuble cédé étant en l'espèce évalué 52300 francs et la soulte n'atteignant que 37700 francs, la Cour retient la qualification d'échange et casse l'arrêt d'appel, qui avait semble-t-il adopté un régime distributif. Cette première décision a été rapidement

---

(1)Sur ces hypothèses, cf. supra n°363.

(2)Civ. 10 février 1926, DH 1926, p.202.

suivie par deux autres[1], qui ont appliqué le même système, mais pour arriver à un résultat différent : la Cour a, en effet, par deux fois, qualifié la convention qui lui était soumise, de contrat de vente. Les espèces s'y prêtaient fort bien, puisque la disproportion de valeur entre la soulte et l'immeuble échangé était considérable : dans un cas, la soulte représentait près de quatre fois la valeur de l'immeuble et dans l'autre un peu moins de neuf fois son prix !

440.– Les arrêts plus récents de la Cour de cassation sont intervenus en matière agricole, à propos du droit de préemption du fermier. Le problème est toujours le même. Le propriétaire d'un bien rural affermé le cède à un tiers en contrepartie d'une chose et d'une somme d'argent. Analysée comme un échange avec soulte, l'opération paralyse le droit de préemption du preneur. Cette conséquence n'est cependant admissible qu'à la condition que l'échange conclu ne soit pas frauduleux et qu'il ne dissimule pas en réalité, une vente, par la simple adjonction d'un bien de faible valeur ou de peu d'intérêt pour le bailleur qui s'empressera de le revendre. Le contentieux abondant, relatif au refus du droit de préemption du fermier en cas d'échange, est apparu dès 1949 devant la Cour de cassation[2]. Assez curieusement, les conséquences de la présence d'une soulte n'ont été examinées que tardivement et la question a émergé, pour ainsi dire, progressivement. Ainsi, deux arrêts ont d'abord relevé, parmi diverses circonstances écartant toute idée de fraude, que l'échange avait eu lieu sans soulte[3]. Un peu plus tard, dans une autre affaire où figurait une soulte, le moyen évoque directement cette stipulation, mais la Cour n'aborde pas expressément cette question dans son motif rejetant le pourvoi[4]. Il faut donc attendre 1973 pour que la troisième Chambre civile se prononce enfin sur le fond du débat[5]. L'attendu principal est assez proche de celui de 1926 : «attendu que les juges du fond ont le devoir de restituer aux conventions litigieuses leur véritable caractère juridique, sans être liés par la qualification donnée par les parties et peuvent estimer qu'il n'y a pas contrat d'échange lorsque l'importance de la soulte permet de la considérer comme l'objet principal de l'obligation de l'une des parties ; que la Cour d'appel a constaté en l'espèce la disproportion de valeur des biens échangés, l'importance anormale de la

---

(1) Req. 29 avril 1927, Gaz. Pal. 1927-2-p.190 ; Civ. 22 mai 1928, Gaz. Pal. 1928-2-p.228. Adde : Nimes 8 janvier 1910, Gaz. Pal. 1910-1-p.664 ; Req. 19 décembre 1938, S. 1939-1-p.87.

(2) Soc. 13 mai 1949, D. 1949, p.477, note R. SAVATIER ; JCP 1949, II, 4974, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART.

(3) Soc. 14 mars 1958, Bull. civ., IV, n°387, p.289 ; Soc. 16 juillet 1959, Bull. civ., IV, n°926, p.740.

(4) Civ. 3e 7 janvier 1972, Bull. civ., III, n°14, p.12.

(5) Civ. 3e 26 juin 1973, Bull. civ., III, n°436, p.317 ; RTD civ. 1974, p.145, obs. Y. LOUSSOUARN ; Rev. Loy. 1973, p.434.

soulte versée..., d'une valeur bien supérieure à celle des parcelles reçues... en échange...». (76800 francs contre 100 000 francs pour la soulte). Toutefois, les deux formulations ne sont pas totalement similaires. En 1926, la Cour évoque l'existence d'une «disproportion» entre le montant de la soulte et la valeur du bien échangé. En 1973, la règle de principe ne parle plus que d'«importance» de la soulte. La différence est ténue, mais cette dernière rédaction paraît plus souple et autorise la qualification de vente même si l'écart de valeur entre les deux prestations n'est pas considérable[1]. Cette décision a été suivie par d'autres arrêts qui conservent un raisonnement identique. La Cour de cassation a, par exemple, admis que l'opération était une vente lors de l'échange de parcelles contre un hangar et une somme d'argent, le montant de celle-ci étant deux fois supérieure à la valeur estimée de la construction[2]. Elle a en revanche, approuvé à deux reprises la qualification d'échange retenue par les juges du fond. Dans la première affaire, la soulte, d'un montant de 150 000 francs venait compléter la délivrance de deux maisons d'habitation d'une valeur globale de 240 000 francs[3]. Dans la seconde, la cession d'un terrain était effectuée en contrepartie de l'exécution de diverses obligations (échange de parcelles et d'un troupeau de moutons) estimées à 140 000 francs, assorties d'une soulte de 80 000 francs[4]. Enfin, elle a rejeté un pourvoi contre un arrêt qui avait disqualifié un prétendu échange, entaché de fraude, où la soulte représentait la quasi-totalité de la valeur de la parcelle cédée[5].

La position de la jurisprudence, telle qu'elle ressort des diverses interventions de la Cour de cassation est donc cohérente : la qualification de l'échange avec soulte dépend d'une comparaison de la valeur du bien cédé et de la soulte, et seule une «disproportion» de ces deux prestations, ou une soulte «importante» disqualifie l'opération en contrat de vente.

441.– Cette unité d'esprit ne se retrouve plus guère lorsqu'il s'agit d'admettre l'éventualité d'une qualification mixte, mêlant l'échange et la vente. Un vieil arrêt de la

---

(1) La qualification de vente s'impose, a fortiori, lorsque, comme en l'espèce, la soulte est d'une valeur «bien supérieure» à celle de l'autre bien.

(2) Civ. 3e 15 mars 1977, Gaz. Pal. 1977-1-pan 167 ; Bull. civ., III, n°120, p.93.

(3) Civ. 3e 18 janvier 1977, Bull. civ., III, n°22, p.19.

(4) Civ. 3e 8 février 1978, Bull. civ., III, n°75, p.59 ; Defrénois 1978, p.1069, note J.-L. AUBERT. La Cour de cassation a d'ailleurs modifié son attendu traditionnel, à l'occasion de ces deux décisions : «Attendu que l'échange même avec soulte, de biens ruraux contre des biens déterminés, dès lors qu'il est accompli sans fraude, échappe au droit de préemption du preneur». Comp. Soc. 14 mars 1958 et Soc. 16 juillet 1959, précité.

(5) Civ. 3e 9 janvier 1991, D. 1991, IR, p.37 ; Rev. dr. rural 1991, p.184 ; JCP éd. N 1991, II, p.293, obs. J.-P. MOREAU ; JCP éd. N 1992, II, p.16, obs. J.-M. G. («soulte» de 66 000 francs sur... 74 000 ! ; la solution semble cependant fondée sur l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels avaient adopté une conception assez curieuse du critère mathématique, cf. obs. J.-P. MOREAU, précitées).

Cour de Douai a accepté cette possibilité, dans une espèce idéale[1]. Un particulier y cède une maison dont il est propriétaire contre un prix payable moitié en argent et moitié en actions. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt, en condamnant toutefois la qualification retenue par les juges du fond, dans un motif qui procède par affirmation : «Attendu que l'arrêt attaqué a vu à tort, dans l'acte litigieux, un contrat mixte de vente et d'échange ; que ce contrat contient uniquement les éléments constitutifs d'une vente, à savoir le consentement des contractants, une chose et un prix, dont une partie, dans l'espèce, devrait être payée par une valeur variable»[2]. Cet attendu n'emporte pas la conviction. Il est certain que la convention conclue, contenait, comme tout échange avec soulte, les éléments d'une vente. La question qui se posait en l'occurrence était celle de hiérarchiser les deux obligations assumées par l'acheteur et affirmer abruptement que les actions constituent une fraction variable du prix résout le problème avant même de l'avoir posé.

Le droit des régimes matrimoniaux, plus précisément l'article 1407 du Code civil, a fourni l'occasion à la Cour de cassation de prendre une nouvelle fois position en cette matière. Aux termes de ce texte, «l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des époux n'entre pas en communauté, et est subrogé aux lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte». Cette disposition consacre une hypothèse de subrogation réelle, mais les limites du jeu de cette institution restent imprécises : il est permis de se demander, en particulier si l'importance de la soulte constitue ou non l'une des conditions de son application. La Cour de cassation a donné une réponse affirmative à cette question dans un célèbre arrêt du 30 octobre 1950[3]. Les faits sont simples. Un couple marié sous le régime de la communauté d'acquêts, acquiert plusieurs hectares de forêt en échange de parcelles appartenant en propre au mari et évaluées à 20 000 francs, complétées par une soulte de 70 000 francs. A la suite du décès du mari, il est procédé à la liquidation de la communauté : surgit alors la question de la nature du bien acquis en vertu de cette convention. Le 26 mars 1947, la Cour d'appel d'Amiens retient une solution originale : elle décide, qu'eu égard à la grande disproportion de valeur des biens, la convention mêle l'échange et la vente et que les immeubles acquis sont des acquêts de la communauté au prorata de la soulte prévue, c'est-à-dire à concurrence des sept neuvièmes[4]. Sur pourvoi des hospices civils de Lyon, légataires

---

(1) Douai 14 mars 1882, DP 1882-2-p.237.

(2) Req. 26 février 1883, DP 1883-1-p.453.

(3) Civ. 30 octobre 1950, D. 1950, p.753, note R. LENOAN ; JCP 1951, II, 6016, note P. RAYNAUD.

(4) Amiens 26 mars 1947, S. 1947-2-p.135 ; RTD civ. 1948, p.57, obs. P. LAGARDE.

universels du mari, la Cour maintient cette analyse. Elle affirme en premier lieu que si l'article 1407 «ne distingue pas expressément selon le plus au moins d'importance de la soulte, il existe, à l'application de la règle légale, une limite naturelle qui est celle même de la notion d'échange» et «qu'il appartient aux juges du fond, en s'inspirant de l'intention des parties et en l'absence de toute interdiction d'ordre public, de restituer leur véritable nature juridique, fût elle complexe, aux conventions dont l'interprétation leur est soumise...». S'attachant ensuite à la nature de la convention, la Chambre civile estime «qu'au vu de ses constatations de fait (comparaison des biens échangés et attitude des parties), la Cour a pu valablement déclarer que, «malgré la disproportion des biens échangés», il est «possible de déterminer dans quelle mesure la convention constitue une vente et dans quelle mesure elle constitue un échange, et que cette disproportion n'est pas telle que la notion de vente doive prévaloir pour le tout». Cet arrêt a été mal accueilli en doctrine[1] et il s'est heurté simultanément à des critiques tirées du droit des régimes matrimoniaux et du droit des contrats, la notion de convention mixte n'ayant pas, en général, la faveur des auteurs[2]. Sa portée n'est cependant pas aussi importante qu'il y paraît. Le professeur Raynaud a en effet souligné à juste titre que la thèse soutenue par le moyen était vouée à l'échec : l'auteur du pourvoi soutenait que l'article 1407 s'appliquait quelle que soit la valeur de la soulte, que le contrat était un échange et les immeubles acquis, toujours des propres pour le tout. Cette opinion était excessive et le rejet s'imposait. Il n'est pas du tout certain, que si la décision de la Cour d'Amiens avait été attaquée par un plaideur revendiquant la qualification de vente, la décision n'eut pas été toute autre. Il convient d'ajouter que, si la Cour de cassation dans ses motifs réfute nettement la possibilité d'une application systématique de l'article 1407, elle paraît se retrancher derrière le pouvoir souverain des juges du fond quant à l'analyse de la nature juridique du contrat conclu en l'espèce. Et cette réserve peut se comprendre, la question de la qualification ne lui ayant pas été posée directement.

Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation a paru opérer un retour en arrière, douze ans plus tard en précisant que l'article 1407 «demeure sans application lorsque la somme payable à titre de soulte est notablement supérieure à la valeur du bien propre transmis»[3]. La qualification mixte n'est plus évoquée et la formule renoue avec la solution traditionnelle de 1926.

---

(1)Cf. note P. RAYNAUD, précitée et P. VOIRIN, JCP 1962, II, 12838 ; sur cette décision, cf. les savants développements de G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°139, p.208 et n°349, p.475.

(2)Cf. spéc. notes P. RAYNAUD et P. VOIRIN, précitées ; obs. P. LAGARDE, RTD civ. 1948, p.57 ; cf. également infra 2e partie, Titre 2.

(3)Civ. 1e 6 mars 1962, JCP 1962, II, 12838 note P. VOIRIN.

La discussion est de toute manière, définitivement close depuis la loi du 13 juillet 1965 qui a rajouté un deuxième alinéa à l'article 1407, consacrant en la matière une conception quantitative stricte de l'accessoire. Ce texte dispose en effet que «si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien acquis en échange tombe dans la masse commune, sauf récompense au profit du cédant».

II - APPRECIATION CRITIQUE

442.– Au terme de cet exposé, il paraît intéressant d'essayer de déterminer quelle est la conception du rapport d'accessoire à principal, retenue par la jurisprudence.

A priori, les solutions adoptées par les magistrats évoquent plutôt le critère quantitatif. Deux arguments incitent à cette conclusion. En premier lieu, les trois arrêts les plus importants, ceux de 1926, 1962 et 1973, exigent tous dans leurs motifs une comparaison de valeur entre la soulte et l'autre bien cédé. La perspective de la recherche est clairement dirigée vers les prestations, donc vers leur débiteur et non vers la cause de l'engagement du créancier des deux obligations. Ensuite, en faisant abstraction des motivations, pour ne s'attacher qu'aux résultats consacrés par les décisions, force est de constater que c'est toujours la qualification de vente qui est choisie lorsque la soulte est d'un montant supérieur à la valeur du bien transféré[1] et que c'est celle d'échange qui est admise dans les hypothèses inverses[2]. Seuls les deux arrêts ayant abordé le problème de la qualification mixte échappent à cette règle. Celui de 1883 retient la qualification de vente alors que les actions et la soulte s'équilibrent parfaitement et celui de 1950 maintient la nature mixte dégagée par les juges du fond, en présence d'une soulte représentant les sept neuvièmes de la valeur du terrain acquis.

443.– Un examen plus attentif permet pourtant d'affirmer qu'une conception quantitative de l'accessoire n'est pas à même de rendre compte de tous les aspects de ce contentieux. Appliqué strictement, le critère mathématique joue dès qu'apparaît la moindre différence de valeur : si la soulte dépasse ne serait ce que d'un franc la valeur de l'autre bien, le contrat est une vente. Aucune juridiction n'a jamais décidé cela et si

---

(1) Nimes 8 janvier 1910, précité ; Req. 29 avril 1927, précité ; Civ. 22 mai 1928, précité ; Civ. 1e 6 mars 1962, précité ; Civ. 3e 26 juin 1973, précité ; Civ. 3e 15 mars 1977, précité.

(2) Civ. 10 février 1926, précité ; Civ. 3e 18 janvier 1977, précité, Civ. 3e 8 février 1978, précité.

le cas se produit, il est douteux que cette solution l'emporte. Les trois arrêts précités font en effet référence à une «disproportion» (1962 et 1973) entre les prestations, à une soulte «importante» (1973) ou «notamment» voire «sensiblement» (1962) supérieure à la valeur du bien transmis(1). Autrement dit, une soulte légèrement supérieure au bien cédé ne disqualifie pas un échange en vente, contrairement à ce qui résulte d'une application rigoureuse du critère quantitatif[2]. Cette analyse est celle de la majorité des auteurs, qui sous des terminologies variées, exigent un écart de valeur suffisant entre le montant de la soulte et la valeur du bien transmis, pour admettre un basculement de la qualification[3]. Il semble donc que confrontés à deux obligations, l'une en nature et l'autre en argent, doctrine et tribunaux présument que la volonté des parties est de conclure un échange et cette présomption ne cède que si la soulte dépasse nettement la valeur du bien transféré[4]. Cet assouplissement du critère mathématique est déjà un premier indice du rôle sous-jacent assumé par la conception subjective de l'accessoire.

444.– Il faut cependant aller plus loin. Deux des arrêts les plus récents rendus par la Cour de cassation en matière de droit de préemption possédent une motivation, dont le raisonnement est parfaitement conforme à la conception subjective de la notion d'accessoire. En effet, dans les deux espèces, pour déterminer si le contrat conclu est une vente soumise à préemption ou un échange y échappant, les hauts-magistrats s'appuient sur une recherche des motifs justifiant l'engagement du vendeur du bien affermé : ils essaient par la même de préciser si ce contractant avait un intérêt particulier à l'acquisition du bien échangé ou si au contraire, en cas d'absence de cet intérêt, seul la prestation monétaire l'intéressait. Ainsi, dans l'arrêt du 18 janvier 1977, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que l'échange avec soulte n'est pas frauduleux, dès lors qu'elle a constaté «que les [preneurs] ne démontrent nullement que les prix portés à l'acte d'échange... ne correspondent pas à la valeur réelle des immeubles et que cet échange a procuré à dame veuve A., personne

---

(1)Les arrêts de 1926 et 1962 précisent très clairement que la «disproportion» ou la différence «notable» concerne la comparaison du montant de la soulte et de la valeur du bien transmis par son débiteur. L'arrêt de 1973 est moins net : il commence par évoquer de manière générale une soulte «importante», ce qui ne donne pas d'indications précises sur le rapport des deux prestations. La référence à l'«importance anormale» de la soulte n'intervient qu'après, lors de l'examen du cas d'espèce. Cette nuance, peut s'expliquer par le contexte de la décision : la recherche d'une fraude.

(2)Cf. en ce sens : P. GODE et R. LE GUIDEC, J.-Cl. précité, n°16.

(3)V. par ex : AUBRY et RAU, op. cit. : soulte «tellement supérieure à la valeur de la chose à livrer» ; M. FOURNIER, Rép. précité : soulte «si importante» ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°803 : soulte «tellement importante» ; MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit. : «par sa disproportion avec le bien échangé auquel elle est jointe» ; RIPERT et BOULANGER, op. cit : soulte «si importante» ; VIGIE, op. cit. : soulte d'une «très grande importance».

(4)Contra : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., loc. cit.

âgée vivant en maison de retraite et à R. A. (son fils) qui habite au loin, des revenus bien supérieurs à celui du domaine vendu». Le second arrêt, du 8 février 1978, adopte une démarche tout à fait semblable. Dame A., propriétaire d'une parcelle louée à ferme, estimée 215 000 francs, la cède en contrepartie de prés et jardins d'une valeur de 10 000 à 15 000 francs, d'un troupeau de moutons évalué 125 000 francs et d'une soulte de 80 000 francs. Les preneurs contestent la qualification d'échange, estimant que cette convention est une vente déguisée et qu'ils peuvent offrir eux-mêmes et l'argent et le bétail. La Cour d'appel repousse leur prétention et le pourvoi formé contre l'arrêt est rejeté. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir conclu que la fraude n'est pas établie, dès lors qu'ils ont relevé «que les parcelles reçues en contrepartie présentent un intérêt particulier pour dame A., propriétaire de terrains voisins, que le troupeau livré est parfaitement identifié et présente une valeur marchande importante et des garanties de bonne santé non négligeables, que l'échange a été réalisée pour permettre à dame A., éleveur professionnel, une opération des plus intéressantes sur le plan financier eu égard à sa situation»(1).

445.– L'importance de la motivation de ces deux arrêts ne doit pas être minimisée. Certes, plusieurs arguments peuvent inciter à une certaine prudence, mais il n'est pas sûr qu'ils soient décisifs. Dans les deux cas tout d'abord, il s'agit de décisions de rejet, dont il est possible de prétendre qu'elles se retranchent derrière le pouvoir souverain des juges du fond. Cette première objection n'est pas sans réplique : le moyen, dans les deux arrêts, évoque expressément l'importance de la soulte. Le rejet du pourvoi démontre, au minimum, que les réponses des juges du fond à cet argument ont été pertinentes et donc, qu'une recherche des motifs du créancier, indépendamment de toute analyse quantitative, permet de qualifier le contrat en déterminant une de ses obligations principales. Cette absence de référence au critère mathématique est d'autant plus remarquable, qu'en l'espèce, il aurait pu suffire : dans les deux contrats soumis à l'appréciation de la Cour de cassation, la soulte est inférieure au montant des autres prestations et ce, relativement nettement.

Toutefois, et c'est la seconde objection, cette dernière constatation peut être retournée : si les magistrats procèdent à une recherche des motifs du créancier, alors que la qualification d'échange ne fait pas, a priori, problème, c'est parce qu'en réalité

---

(1)Rappr. également : Soc. 28 juin 1958, Bull. civ., IV, n°813, p. 604, qui casse une décision des juges du fond au motif que celle-ci «ne précise pas l'utilité de l'échange pour les deux parties, expressément relevée par les premiers juges qui constataient que cet échange avait réalisé un regroupement de parcelles en vue d'une meilleure organisation des fonds respectifs et pour garantir une exploitation familiale mieux équilibrée». Le raisonnement est le même, bien qu'il n'y ait pas de soulte en l'espèce.

cette discussion ne concerne pas directement la détermination de la nature de la convention, mais plutôt l'établissement d'une fraude. La preuve en est, que la Cour de cassation a déjà utilisé un raisonnement identique dans une affaire où l'échange ne comportait pas de soulte[1]. Et c'est le souci d'éviter une fraude, permettant aux parties d'échapper à l'application d'un texte d'ordre public, qui justifie une recherche psychologique plus poussée, investigation dont le principe serait plus contestable si le risque d'une simulation n'existait pas. La fraude se rattache davantage à la cause illicite, laquelle fait appel aux mobiles des contractants, qu'à la cause objective, critère de qualification. Ici encore, cette argumentation n'emporte pas la conviction. Il est incontestable que la prévention des fraudes justifie une recherche des motifs des contractants, qui déborde l'hypothèse de l'échange avec soulte, mais cela ne signifie pas pour autant, que lorsque cette prestation est stipulée, cette recherche ne s'identifie pas à l'opération de qualification du contrat et qu'elle ne constitue pas le critère de hiérarchisation des obligations multiples assumées par l'acheteur du bien affermé. En effet, sous couvert d'établir que l'accord n'est pas une vente déguisée, les magistrats aboutissent en définitive à découvrir quelle a été l'intention véritable des contractants. Ils établissent, en particulier, que le vendeur du terrain loué s'est avant tout engagé en considérant l'exécution de la prestation en nature et non celle du versement d'une somme d'argent. Or, la recherche de l'intention réelle des parties est la règle fondamentale qui gouverne la technique des qualifications. Il serait incompréhensible que ce principe soit abandonné dans les situations où, la fraude n'étant plus à redouter, la liberté des contractants est encore plus grande ! Les solutions dégagées dans les deux arrêts de 1977 et 1978 n'ont aucune raison d'être différentes, si l'enjeu du litige n'est pas le même (rescision pour lésion, par exemple). Pour déterminer si le critère employé dans ces deux décisions doit être généralisé, c'est l'argument a fortiori et non a contrario qui s'impose.

Enfin, la prétendue crainte de voir les magistrats sonder les reins et les cœurs, de manière arbitraire, est infondée. Dans tous les cas, la qualification ne peut prendre en compte que des mobiles entrés dans le champ contractuel des deux parties. C'est sur ce point, mais sur celui-là seulement, que la recherche d'une fraude dans l'échange avec soulte, se départit de l'opération de qualification[(2)]. Mais dans les deux espèces évoquées, cette différence n'existe pas, les mobiles du créancier des prestations multiples étant nécessairement connus de son cocontractant. Dans l'arrêt de 1977,

---

[(1)] Soc. 28 juin 1958, précité. La fraude peut exister même dans ce cas ; il suffit que le bien acquis en échange par le propriétaire du terrain affermé, soit revendu à très court terme.

[(2)] Quant à la détermination de l'obligation principale en tout cas. La fraude peut déborder cette recherche et atteindre aussi les mobiles de l'acheteur du bien affermé (Soc. 28 juin 1958, précité).

l'éloignement d'un des vendeurs et la qualité de retraitée de l'autre, les incitant tous deux à l'acquisition d'un bien au rendement supérieur à celui qu'ils vendaient, ne pouvaient être ignorés de l'acquéreur. L'intégration du mobile est encore plus nette dans l'arrêt de 1978 : les terrains achetés étaient contigus de la propriété de leur acquéreur et le troupeau était cédé... à un éleveur professionnel !

446.– Un renversement d'analyse paraît donc souhaitable. Plutôt que de présenter le critère quantitatif comme un principe nuancé par des exceptions difficilement conciliables, il est préférable de reconnaître à la conception subjective de l'accessoire un rôle déterminant et de réserver l'utilisation du critère mathématique aux hypothèses où le critère causal n'est pas en mesure de jouer. Cette présentation est plus conforme à la volonté des parties, et elle n'est pas du tout incompatible avec les solutions jurisprudentielles évoquées plus haut.

Par conséquent, lorsqu'un des coéchangistes s'oblige à deux prestations, un transfert de propriété d'une chose non monétaire et un versement de somme d'argent, l'obligation principale n'est pas celle dont la valeur pécuniaire est objectivement la plus forte, mais celle dont l'exécution a paru essentielle au créancier des deux prestations, c'est-à-dire au copermutant tenu de délivrer un bien unique[1]. Il convient, autrement dit, de rechercher la cause de l'«obligation» de donner de ce cocontractant. La cause de l'obligation accessoire, contrairement à ce qu'expose M. Goubeaux[2], n'est pas ici un critère suffisant. Quelle que soit la nature de la prestation considérée comme accessoire, elle sera affectée au service de l'autre prestation, dont elle complétera la valeur, pour parfaire l'équilibre de la convention et donc permettre sa conclusion. Cette utilisation de la cause permet de respecter la volonté des parties, bien davantage que le critère mathématique. Certains auteurs l'affirment clairement[3]. La conception mathématique présente le défaut de comparer une somme d'argent, dont la valeur est identique pour tout le monde, et par conséquent inaccessible ou très faiblement accessible à l'emprise de la volonté, et une chose non monétaire, dont la valeur, ou pour être plus précis, l'intérêt peut varier à l'infini selon les individus et dont une simple évaluation pécuniaire ne peut mesurer l'importance réelle.

---

(1)Comp. Amiens 26 mars 1947, précité, qui recherche la cause de l'engagement du débiteur des prestations multiples. Une telle recherche ne mène à rien. Ce contractant s'est à l'évidence engagé pour acquérir le bien unique promis par l'autre coéchangiste. Ceci n'explique pas laquelle de ces prestations est essentielle.

(2)Thèse précitée, n°148, p.221.

(3)V. : PLANIOL-RIPERT, op. cit., n°403 ; rappr. P. GODE et R. LE GUIDEC, J.-Cl. précité, n°17.

447.– La convention d'échange étant synallagmatique, cette cause qualifiante ne peut être que la considération d'une des obligations de l'autre partie. A l'intérieur de cette limite, et compte tenu du fait que le cocontractant assume plusieurs obligations, le choix de la prestation principale peut être effectué en utilisant certains motifs du créancier, dès lors qu'ils sont entrés dans le champ contractuel. Cette analyse permet d'expliquer les arrêts de 1977 et 1978. La cause du créancier des prestations multiples va ainsi s'orienter naturellement, vers celle dont l'utilité est pour lui essentielle. Un tel raisonnement est à même de rendre compte des solutions jurisprudentielles dans une hypothèse pratique très courante : la vente d'un objet neuf, moyennant reprise d'un objet usagé, en particulier celle d'une voiture neuve avec reprise du véhicule d'occasion de l'acquéreur(1). Ce genre de convention est presque toujours analysée comme une vente[2] et seules quelques rares décisions admettent la qualification d'échange[3]. Les explications généralement avancées, dont le principe n'est d'ailleurs pas critiquable, sont le plus souvent techniques : l'obligation initiale de l'acheteur est un prix en argent, dont une partie est ultérieurement transformée en paiement en nature, au moyen, par exemple, d'une dation en paiement[4]. Il est permis de penser que cette justification en cache une autre, plus importante, tirée de la cause de l'engagement du créancier des prestations multiples, en l'occurrence le vendeur de l'objet neuf. Ce dernier est en effet, par définition, puisque l'objet est neuf, un professionnel de la vente, fabricant ou distributeur. Son activité principale consiste avant tout à vendre et non à reprendre des objets usagés, même s'il tire de cette reprise

---

(1)Tous les développements qui suivent présupposent que les parties n'ont pas contractuellement découpé l'opération en deux conventions, situation fréquente, en matière de vente de véhicule notamment dans les sens d'une dualité systématique (G. DAVERAT, Thèse précitée, n°54 et s., p.57 et s.).

(2)*Pour les objets, autres que des véhicules* : Nimes 8 janvier 1910, précité ; Paris 21 octobre 1933, DH 1933, p.577.
Pour les véhicules : Rouen 2 octobre 1970, Gaz. Pal. 1971-1-somm. p.46 ; Rouen 26 novembre 1971, D. 1972, somm. p.120 ; Gaz. Pal. 1972-1-p.275 (qui envisage deux qualifications (double-vente et dation en paiement) mais pas l'échange) ; Com. 20 juin 1972, D. 1973, p.325, note J. HEMARD ; Com. 10 février 1976, D. 1976, IR, p.140 ; R. FRIDMAN, J.-CL. Civ., art. 1582, n°71 (précédente édit.) ; Anonmyme, Rép. civ., v° Vente-généralités, n°19 et s.

(3)Paris 25e ch. 22 avril 1982, Juris-Data n° 22036 ; Paris 15e ch. sect. B 28 novembre 1986, Juris-Data n°27334.

(4)Contra cette analyse en dation en paiement : J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-CL. Civ., art. 1582, n°30 (puisque le transfert est prévu dès l'origine).
Comp. G. KOSOSSEY, «Responsabilité contractuelle et profession», Thèse Paris II 1974, n°124. L'auteur critique l'assimilation pure et simple de la reprise à une dation en paiement, qui aboutirait à l'application de la garantie des vices cachés au véhicule d'occasion. Sauf clause contraire, cette transposition semble inévitable. En revanche, il est certain que le fait de reprendre au-dessus du prix de l'argus n'est qu'un argument commercial du professionnel qui ne saurait être interprété comme un renforcement des obligations du particulier, en raison de la qualité parfaite de son ancien véhicule.

des bénéfices parfois substantiels. Cette reprise n'est pour lui qu'une nécessité commerciale. Le professionnel ne reprend d'ailleurs pas le véhicule usagé pour s'en servir, mais pour le vendre : derrière l'objet lui-même, c'est encore une prestation monétaire qui est en réalité escomptée. La Cour de Nîmes, dès 1910, l'exprime clairement ; après avoir utilisé le critère quantitatif, qui en l'espèce entraînait l'application de la qualification de vente, elle remarque que «dans l'esprit des parties, c'est un contrat de vente... qui est intervenu, vente qui a été facilitée par la reprise de marchandises pour une partie du paiement ; qu'en l'espèce, l'échange devient l'accessoire». Ce motif correspond exactement à la définition donnée de la cause des obligations accessoires par destination : faciliter l'exécution de l'obligation principale. La personnalité du vendeur, entrée dans le champ contractuel, joue donc un rôle déterminant dans la hiérarchisation des prestations assumées par l'acheteur de l'objet neuf. Ceci explique parfaitement que la qualification d'échange retrouve son empire lorsqu'un particulier cède par exemple son véhicule contre une autre voiture d'occasion et une somme d'argent. Il n'est plus un professionnel de la vente et s'il acquiert une autre automobile, c'est parce qu'il a l'intention de l'utiliser ; le versement supplémentaire d'une somme d'argent a bien, en l'occurrence la nature d'une soulte.

448.- Ce raisonnement possède toutefois ses limites, lorsque les motifs du créancier des obligations multiples sont inconnus ou incertains ou qu'ils ne sont pas entrés dans le champ contractuel. Le critère subjectif n'est pas pour autant immédiatement remplacé par le critère mathématique, mais les magistrats doivent alors recourir à des présomptions, suppléant la volonté explicite des parties. Cette situation est justement celle rencontrée par la jurisprudence relative à l'échange avec soulte : les arrêts précités, à l'exception de ceux de 1977 et 1978, ne relèvent aucune circonstance particulière. Ils décident, par conséquent, sauf si l'écart de valeur entre le montant de la soulte et celui du bien transmis est important, que les parties ont stipulé un échange. Cette conception est parfaitement compatible avec une analyse subjective de l'accessoire. Il est concevable d'admettre qu'en présence de deux prestations, l'une monétaire et l'autre en nature, le créancier de ces deux obligations s'est engagé avant tout pour obtenir l'exécution de la seconde. Cette obligation apparaît, d'une certaine manière, originale : la vente étant le mode le plus courant de transfert d'un bien, la présence d'une chose à la place du paiement d'une partie du prix, dénote une volonté particulière des contractants[1]. Cet indice reste ténu et il est normal de revenir à la

[1]Contra : Ph. MALAURIE et L.AYNES, op. cit., 1991, n°803, note 5, qui adoptent le raisonnement inverse : puisque la vente est la convention la plus courante, c'est elle qui dans le doute est sensée avoir été stipulée. Contraire à la jurisprudence, cette position réduit l'importance

vente dès que la disproportion entre la «soulte» et le bien est importante. En l'absence de tout élément pouvant permettre de déterminer le but spécifique poursuivi par le créancier des deux obligations, force est de se rabattre sur la qualification la plus courante et la plus conforme à l'intention d'un contractant moyen, dont il est logique de penser, qu'entre deux prestations de valeurs très inégales, il a principalement recherché l'exécution de celle qui possède le montant le plus élevé.

449.– Un seul problème reste posé : celui d'une qualification mixte mêlant l'échange et la vente. Le critère mathématique conduit à cette solution lorsque les prestations sont d'égale valeur. L'hypothèse est rare mais pas impossible, puisque elle a déjà été soumise à Cour de cassation[1]. Au contraire, cette égalité n'empêche pas le critère subjectif de consacrer une qualification simple ; mais cette conception de l'accessoire peut conduire à une convention mixte si le créancier s'est engagé en considérant les deux prestations de son cocontractant, sans en privilégier aucune[2]. La Cour de cassation a écarté la possibilité d'une qualification mixte en 1883 et l'a admise en 1950. Un examen plus approfondi des deux affaires laisse à penser que des solutions opposées, dans les deux arrêts, auraient été préférables.

450.– En effet, l'arrêt de 1950, dont il faut rappeler que sa portée n'est pas incontestable, est intervenu dans une hypothèse de forte disproportion entre la soulte et le bien transféré (7/9 et 2/9). Pour admettre en pareil cas une qualification d'échange, voire de contrat mixte, il est indispensable de découvrir un motif spécifique dans la cause de l'engagement du créancier de ces deux prestations. La Cour fait bien référence à la volonté des parties, mais elle vise en cela celle des époux, débiteurs des deux obligations : elle remarque que le mari avait laissé à sa femme l'administration des lots de forêts acquis, ce qui n'était pas conforme à la nature propre qu'aurait eu ce bien, si il avait été acquis en vertu d'un échange. Ce raisonnement est critiquable. Il est permis de se demander, en premier lieu, en quoi un tel argument peut concerner le coéchangiste vendeur des forêts et créancier de la soulte. Ensuite, la qualification d'une convention s'effectue lors de sa formation : la répartition des pouvoirs d'administration à l'égard du bien acquis est un événement postérieur à la conclusion du contrat[3], qui lui est extérieur et qui n'est certainement pas

---

de l'élément supplémentaire ajouté par les parties et qui constitue la seule manifestation originale de leur échange de consentement.

(1) Req. 26 février 1883, précité cassant Douai 14 mars 1882, précité.

(2) Contra : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°803, récusant toute qualification mixte ; MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit., loc. cit., voyant à tort dans un contrat mixte, une dualité de conventions.

(3) Adde l'arrêt d'Amiens, qui évoque aussi le testament du mari...

entré dans le champ contractuel. Toutes ces constatations aboutissent à conclure qu'en réalité le problème a été mal posé dès le départ et que la Cour de cassation a mélangé deux questions différentes : la qualification de la convention entre ses contractants et la détermination de la nature du bien entre les époux acquéreurs. Si comme l'affirme la Cour, l'article 1407 a pour limite naturelle la notion même d'échange, il n'est pas sûr pour autant que ce texte ne consacre pas une notion spécifique de cette convention, adaptée à ses finalités. Cette disposition poursuit en effet des objectifs qui n'ont plus rien à voir avec la qualification «inter partes» du contrat, comme par exemple le maintien de l'équilibre des patrimoines des époux ou la nécessité d'éviter les indivisions. Le contrat lui-même doit être qualifié en appliquant les critères précédemment dégagés, mais rien n'empêche que, relativement à un problème précis, ces critères diffèrent[1]. Ces décalages sont en particulier fréquents en matière fiscale. L'analyse n'a pas perdu tout intérêt. Depuis sa réforme, l'article 1407, adopte le critère mathématique, mais ce choix ne concerne que la détermination de la nature propre ou commune du bien acquis par un époux, et il ne remet pas en cause l'utilisation du critère subjectif pour la qualification du contrat proprement dit[(2)]. Cette disposition fait ainsi apparaître un cas de qualification relative, qui n'est admissible que par rapport à un problème précis, justifié par des nécessités particulières et non de manière générale, pour tout problème de régime posé par la convention[3].

451.- Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en 1883, une qualification mixte est au contraire souhaitable, non parce que les prestations sont d'égale valeur, mais parce que la volonté des parties est en ce sens. Cette égalité n'est pas le fruit du hasard, mais le résultat délibéré d'un choix opéré par les contractants. Leurs intérêts sont en effet contradictoires et une parité stricte en assure l'équilibre. L'acheteur du bien unique est une compagnie d'assurance. L'arrêt d'appel, fort bien motivé, constate que cette société n'est pas disposée à payer un prix en argent pour le tout : elle n'accepte la transaction que si la valeur de l'immeuble est partiellement contrebalancée par la fourniture de certaines de ses actions. Ce faisant, le prix devient partiellement

---

[(1)]Pour M. GOUBEAUX, qualification du contrat et qualification du bien sont effectivement deux problèmes distincts (n°347 et n°349) et les intérêts en jeu ne sont pas les mêmes (n°353 et n°354). Selon cet auteur, pourtant, c'est le texte même de l'ancien article 1407 qui liait nécessairement les deux questions (n°354) et malgré les apparences, la modification de cette disposition n'y aurait rien changé (n°357 et n°358).

[(2)]Cf. d'ailleurs le texte lui-même qui maintient les termes d'échange et de soulte, même lorsqu'il décide que le bien est commun. La conception stricte de l'accessoire mathématique adoptée par l'article 1407 n'est d'ailleurs pas conforme à la jurisprudence relative à l'échange avec soulte (cf. supra n°443 et s.).
Contra : G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°358, p.491.

[(3)]Cf. LENOAN, note précitée ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°362-363, p.496-497.

aléatoire et le vendeur court un risque. Pour limiter cette incertitude, les parts sociales ne doivent pas représenter la totalité de la valeur de l'immeuble. L'équilibre permettant la conclusion de la convention se réalise sur une égalité de valeur des deux prestations. Le vendeur de l'immeuble souhaite une vente, l'acheteur désire un échange : la mixité paraît dès lors la solution la plus logique. Elle ne provient pas, en l'occurrence d'une pure recherche de la cause du créancier des obligations multiples, mais elle résulte, exceptionnellement, de la volonté des parties et des conditions particulières dans lesquelles elle s'est exprimée. En réduisant la cession des actions à un «prix variable», la Cour de cassation paraît simplifier quelque peu la convention conclue. Mais il faut toutefois remarquer, qu'en analysant le contrat comme une vente, elle fait en définitive prévaloir le point de vue du créancier des prestations multiples ; elle présume que ce contractant a recherché avant tout l'exécution de l'obligation dépourvue d'aléa. La solution retenue respecte ainsi, quoi qu'il en soit, les règles gouvernant la notion subjective de l'accessoire.

Le critère quantitatif, malgré les apparences, ne constitue donc pas l'explication la mieux adaptée aux solutions de la jurisprudence rendue en matière d'échange avec soulte. Après le déménagement, une troisième vérification s'impose. Elle concerne, cette fois, l'un des plus célèbres conflits de qualification : la distinction du contrat d'entreprise et de la vente.

SECTION 3

L'ENTREPRISE AVEC FOURNITURE DE MATIERE

452.- La vente est une convention par laquelle une personne s'engage à transférer la propriété d'un bien contre le versement d'un prix que l'acquéreur s'oblige à lui verser. Le contrat d'entreprise est au contraire une convention par laquelle un entrepreneur promet d'exécuter un travail en toute indépendance et contre rémunération. Il n'est guère possible de confondre les deux qualifications lorsque le travail est un marché à façon[1] ou lorsque l'entrepreneur construit la chose à partir de matériaux fournis par le maître de l'ouvrage[2]. Dans certains cas, pourtant, le constructeur exécute son obligation à partir de ses propres matériaux ou de ceux qu'il a achetés à cet effet. La détermination de la nature juridique de ces conventions est à l'origine de nombreuses discussions doctrinales et a suscité un abondant contentieux(3).

L'unanimité s'est faite pour reconnaître que le Code civil et ses travaux préparatoires sont à cet égard fort ambigus[4]. Aux termes de l'article 1711, «les devis, marché ou prix fait pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait». A contrario, si l'entrepreneur apporte les matériaux, le contrat semble être une vente.

---

(1)Com. 28 mars 1979, Bull. civ., IV, n°79, p.58.

(2)V. pour une hypothèse originale : Com. 5 mars 1973, Quot. Jur. 4 octobre 1973, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1974-1976, v° Contrat d'entreprise, n°1 (qualification de louage du contrat par lequel un éleveur reçoit d'une société des poussins et de la nourriture ; à charge de les restituer à l'état de poulets prêts à abattre) ; adde : F. TERRE, Thèse précitée, n°409, p.339 et n°417, p.343.

(3)Les développements qui suivent sont fondés sur l'examen de plus de 110 décisions ! (Question posée à Juris-Data : contrat d'entreprise ETP vente ETP qualification OU distinction OU définition)).

(4)Sur cette discussion des textes et des travaux préparatoires, cf. : A. COSTES, «Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise», Thèse Toulouse, 1913, p.9, p.60 et s., p.72-73 ; PLANIOL et RIPERT, op. cit., T.11, n°912 ; MAZEAUD, op. cit., T.3, Vol. 2, n°1336 et s. ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°72 ; DESJARDINS, concl. sous Civ. 5 janvier 1897, cité infra ; F. TERRE, Thèse précitée, n°404, p.337 ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°150, p.223 ; COLIN et CAPITANT, T.2, n°1088 ; BEUDANT, «La vente et le louage», Edit. 1908, n°718 ; M. DE JUGLART, «La vente : un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise», Mélanges DERRUPPE, p.65 et s.

Mais cette conclusion paraît contredite par l'article 1787, qui dispose que «lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière». Les travaux préparatoires accroissent encore la confusion. Le projet de rédaction de l'article 1787, prévoyait que dans l'hypothèse où l'entrepreneur fournissait la matière, le contrat était une vente. Cette analyse a disparu au cours des débats et les auteurs en tirent des conclusions contradictoires : pour certains, c'est l'indice que la convention est un louage, pour d'autres, cette mention n'a été supprimée que parce qu'elle constitue une prise de position doctrinale qui n'a pas sa place dans le Code.

453.– Le débat est donc largement ouvert et ses intérêts sont très nombreux[1]. Ainsi, la date du transfert de propriété diffère dans les deux qualifications : l'achèvement est suffisant pour la vente, dès lors que la chose est individualisée, alors que le louage d'ouvrage nécessite de surcroît une réception ou une mise en demeure. Les règles de détermination du prix sont beaucoup plus rigides dans la vente, et cette qualification comporte la possibilité d'une rescision pour lésion en matière immobilière qui n'existe pas dans le contrat d'entreprise. De même, les responsabilités du vendeur et de l'entrepreneur sont très différentes. En matière immobilière, les deux régimes sont sévères, mais techniquement distincts. En matière mobilière, la situation du vendeur professionnel est beaucoup moins favorable que celle du constructeur, puisqu'il ne peut insérer dans la convention de clauses exonératoires de responsabilité. La législation récente augmente d'ailleurs l'intérêt de la distinction entre les deux contrats. Outre certains textes relatifs au crédit au consommateur, qui sont propres à la vente, il convient de remarquer que le régime spécifique de la sous-traitance est réservé aux sous-contractants liés à l'entrepreneur principal par un contrat d'entreprise[2], alors que le bénéfice d'une clause de réserve de propriété au sein d'une procédure collective, est limité aux seuls contrats de vente[3].

A priori, ce conflit de qualifications se pose dans des termes voisins de ceux des hypothèses précédentes de l'échange avec soulte et du déménagement. Un contractant, en l'occurrence l'entrepreneur, est tenu d'exécuter deux prestations -accomplir un

---

(1)Trop nombreux, peut être. Sur l'opportunité d'un rapprochement, cf. : J. GHESTIN, «Conformité et garanties dans la vente», n°338 et s.

(2)Cf. infra n°968. Au contraire de l'article 1792-4, qui semble réservé aux vendeurs.

(3)La liste n'est pas limitative : les privilèges sont différents, l'article 1794 donne dans certains cas au maître de l'ouvrage la faculté de résilier unilatéralement le marché, la prescription de l'article 2272 alinéa 4 n'est pas applicable au contrat d'entreprise avec fourniture de matière, etc. (v. G. VIRASSAMY, note D. 1990, p.248). En revanche, depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 févier 1986, la transmission de l'action en non-conformité ou en garantie des vices peut être effectuée indifféremment par un contrat de vente ou un contrat d'entreprise. (cf. infra n°1182 et s. et les références complètes).

travail et fournir des matériaux- et il convient de déterminer laquelle d'entre elles est principale, sauf à considérer que les deux le sont. La situation est, en réalité, beaucoup plus complexe[1]. Avant de tenter, toutefois, de le démontrer, (II), un rappel des solutions jurisprudentielles en cette matière s'impose (I).

I - LA JURISPRUDENCE

454.- Le droit positif, dans ce domaine, est, à l'origine, essentiellement jurisprudentiel et les diverses interventions législatives, consacrant de nouvelles qualifications d'ordre public seront examinées ultérieurement[2]. L'ensemble du contentieux repose sur une distinction fondamentale en fonction de la nature mobilière (A) ou immobilière (B) du bien construit. Longtemps implicite, la règle a été formulée expressément par la Cour de cassation en 1963[3]. Une entreprise s'engage à installer dans une usine, un chauffage à air pulsé. Un fonctionnement défectueux de cette installation ayant provoqué un incendie, la Cour d'appel condamne l'entrepreneur en se fondant sur les règles du louage d'ouvrage. Au pourvoi, qui reproche à cet arrêt de s'être trompé sur la nature de l'obligation principale, qui ne pouvait être, selon le demandeur, que la fourniture des matériaux, étant donnée leur valeur, la Cour répond que les juges du fond n'ont pas «à s'attacher aux critères invoqués par le pourvoi, applicables seulement pour des objets mobiliers». Toutefois, si cette distinction est devenue traditionnelle, sa mise en œuvre suscite certaines difficultés (C).

A) La construction mobilière

455.- Tenter de synthétiser le contentieux relatif à la distinction de la vente et du contrat d'entreprise en matière mobilière s'avère une tâche ardue. La jurisprudence est ici, plus qu'ailleurs, animée par différents courants, aux tendances contradictoires. Il en résulte de nombreuses incertitudes, qui sont critiquées tant par la doctrine que par

---

(1)Par hypothèse, l'entrepreneur s'engage personnellement à accomplir les travaux. Dans le cas contraire, la convention est un mandat ou, plus fréquemment, un contrat de promotion immobilière (cf. infra n°1350 ; adde, pour un contrat de promotion navale : Aix 5 novembre 1981, Juris-Data n°42404). La situation peut toutefois être plus complexe lorsque le promoteur se charge d'exécuter lui-même tout ou partie des travaux (cf. infra n°956).

(2)Cf. infra Première Partie, Titre 1, Sous-titre 3, Chapitre 4, n°677 et s.

(3)Civ. 1e 10 juin 1963, Bull. civ., I, n°302, p.257 ; cf., admettant l'importance de cet arrêt : «Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance», sous la direction de J. GHESTIN, RTD com. 1981, p. 1 et s., spéc. n°3.

les praticiens. Du dix-neuvième siècle, jusqu'au milieu du vingtième, la solution majoritaire semble être de considérer que l'entrepreneur qui s'engage à construire un objet mobilier en fournissant les matériaux nécessaires à sa réalisation conclut un contrat de vente. Un examen plus attentif des décisions rendues pendant cette période, montre qu'en réalité, deux groupes de solutions peuvent être distingués. Dans une première série d'espèces, la qualification de vente est adoptée sans justification particulière. La solution paraît aller de soi et elle est appliquée à des situations de fait variées[1]. La seconde série de décisions, quant à elle, si elle ne comporte davantage de motivation, ne concerne, en définitive, qu'une hypothèse pratique très particulière : la construction de navire à forfait. Hormis un vieil arrêt de la Cour de cassation, qui semble se référer au louage d'ouvrage[2], les tribunaux ont toujours considéré que ce genre de conventions est une vente à livrer[3]. La solution est approuvée par la doctrine[4] et elle figure désormais implicitement dans les textes[5]. Les deux tendances jurisprudentielles initiales ont donc connu des fortunes diverses : si la solution relative aux navires n'a pas varié, tel n'est pas le cas dans les autres hypothèses.

456.– La jurisprudence n'adopte plus, en effet, une qualification systématique de vente. La Cour de cassation invite les magistrats à rechercher la nature de l'obligation principale, en déterminant s'il s'agit du travail ou de la fourniture de matériaux. La référence à la technique de l'accessoire est clairement indiquée dans un arrêt de la première Chambre civile du 27 avril 1976: «Mais attendu tout d'abord que la Cour d'appel a décidé à bon droit que le contrat par lequel une personne fournit à la fois son travail et des objets mobiliers doit être analysé juridiquement comme une vente dès

---

(1)Civ. 7 avril 1886, DP 1886-1-p.329 (cloches à fondre) ; Tb. civ. Coutances 11 février 1925, DH 1925-2-p.140 (chalet préfabriqué) ; Tb. civ. Seine 6 avril 1925, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1925-1930, v° Vente en général, n°16 (tailleur sur mesure) ; Paris 10 novembre 1949, JCP 1950, IV, p.51 ; Tb. com. Rouen 27 décembre 1957, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1956-1960, v° Louage d'ouvrage, n°3 (citerne à installer sur un navire).

(2)Civ. 20 mars 1872, DP 1872-1-p.140 (appliquant l'article 1788 du Code civil).

(3)Rennes 27 avril 1877, S. 1878-2-p.70 ; Rouen 26 février 1886, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1897-1892, v° Vente n°224 et s. ; Req. 10 juillet 1888, DP 1889-1-p.107 ; Req. 31 octobre 1900, S. 1904-1-p.343 ; Pau 25 octobre 1948 et Rennes 25 janvier 1949, D. 1949, p.573, note RIPERT ; Rennes 29 septembre 1983, Gaz. Pal. 1985-1-p.330, note E. de RUSQUEC.
Rappr. (qualification de vente non discutée) : Civ. 17 mai 1876, D. 1878-1-p.97, note BOISTEL ; S. 1877-1-p.337, note LYON-CAEN ; Cas. 27 octobre 1890, S. 1890-1-p.528. Tb. com. Rouen 27 décembre 1957 (citerne à installer sur un navire : effet de contamination ?).
Adde les très vieilles décisions citées par J. GORE, RTD civ. 1947, p.165, note 4 (qualification mêlant le louage et le mandat).

(4)Cf. not. l'avis éminemment autorisé de RIPERT, «Droit maritime», T.1., n°371 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°406, p.337, qui estime qu'en l'espèce la valeur des matériaux est toujours supérieure à celle du travail ; J.-M. MOIROUX et E. ROBINE, «Droit Maritime Français», 1985, p.5 et s.

(5)Loi n°67-5 du 3 janvier 1967, chapitre 2, articles 6 à 8.

lors que le travail en constitue l'accessoire et a, par une appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation, souverainement estimé que tel était le cas en l'espèce où l'élément matière l'emportait sur l'élément «façon»»[1]. L'intérêt d'une telle motivation est incontestable. L'importance attachée par la Cour à l'utilisation de la technique de l'accessoire ressort suffisamment de l'expression «à bon droit» : la fourniture des matériaux peut exercer une influence sur la qualification d'un louage d'ouvrage[2] et le conflit de qualification doit être résolu d'après la nature de l'obligation principale. D'autres arrêts confirment ce principe, soit en se référant expressément à la règle de l'accessoire[3], soit en utilisant la notion plus imprécise «d'importance» de la prestation[4]. Cette position est en général approuvée en doctrine[5]. Auteurs et tribunaux se divisent toutefois lorsqu'il s'agit de déterminer le critère permettant d'identifier l'obligation principale(6). Il est à souligner que l'arrêt précité de la Cour de cassation semble laisser cette question à l'appréciation des juges du fond(7).

457.– Comme précédemment[8], le jeu de la technique de l'accessoire «quantité-négligeable»[9] est admis et ne suscite aucune difficulté : une obligation de travail ou de fourniture d'une valeur très faible n'est jamais prise en compte dans la qualification du contrat qui l'abrite. Ainsi, pour reprendre l'exemple de Pothier[10], le tailleur qui confectionne un vêtement à partir du tissu fourni par son client, ne cesse pas d'être un locateur d'ouvrage parce qu'il fournit le fil et les boutons. De même, l'imprimeur d'une étoffe n'est pas un vendeur de teinture[11], et un photographe qui développe une pellicule reste un entrepreneur, malgré la fourniture de certains produits nécessaires à

---

(1)Civ. 1e 27 avril 1976, JCP 1977, II, 18635, note J.H. ; Bull. civ., I, n°143, p.114.

(2)Civ. 3e 14 juin 1983, Bull. civ., II, n°138, p.109.

(3)Rouen 7 juillet 1972, Gaz. Pal. 1972-2-somm p.106 ; Com 13 mai 1981, Gaz. Pal. 1981-2-pan p.360.

(4)Civ. 1e 15 juin 1983, Gaz. Pal. 1983-2-pan p.303, note A. PIEDELIEVRE ; Reims 6 février 1985, Juris-Data n°40621 ; Amiens 30 juin 1986, Juris-Data n°47433 ; Civ. 3e 24 novembre 1987, Gaz. Pal. 1988-1-pan-p.8.

(5)J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.90-91 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°406, p.337 ; adde les références citées infra n°469 ; contra : PLANIOL et RIPERT, T.11, n°912.

(6)«L'importance» d'une prestation n'est pas un critère en soi, l'expression ne fait qu'affirmer le principe de l'accessoire.

(7)En effet, contrairement à ce que prétendent certains auteurs (B. GARRIGUES-FAY, Thèse citée infra, p.29 ; J.GHESTIN, rapport précité, n°12), l'arrêt du 27 avril 1976 ne fait pas expressément référence au critère économique de l'accessoire. La portée de la deuxième partie de l'attendu principal est cependant sujette à caution : l'abandon au pouvoir des juges du fond concerne-t-il le choix du critère ou sa mise en œuvre ?

(8)Cf. supra n°346.

(9)BEUDANT, T.12, par RODIERE n°181.

(10)Cité par COLIN et CAPITANT, T.2, n°1088, p.722 ; POTHIER, édit. BUGNET, IV, n°394.

(11)Rappr. Com. 6 janvier 1982, Bull. civ., IV, n°4, p.3.

la confection des tirages[1]. En dehors de ces hypothèses simples, la détermination d'un critère permettant de choisir l'obligation principale soulève de nombreuses hésitations.

Certaines décisions, les plus anciennes notamment, adoptent sans ambages une conception quantitative de l'accessoire, fondée sur une comparaison de la valeur des prestations de fourniture et de travail. En 1950, la Cour de cassation a semblé faire sienne une telle solution : «attendu que l'arrêt attaqué, relevant que dans le marché litigieux la valeur des matériaux était bien supérieure à celle du travail proprement dit, en a déduit, à bon droit, que le dit marché constituait non un louage d'ouvrage, mais la vente d'une chose future»[2]. D'autres décisions ont adopté un critère identique[3], plus ou moins expressément[4] et rares sont celles qui l'écartent explicitement[5].

458.– Cette position n'est cependant pas à même de rendre compte de la totalité des solutions jurisprudentielles en ce domaine. Plusieurs autres tendances peuvent être décelées. Certains arrêts utilisent le critère dit de conception[6]. Si l'entrepreneur travaille sur ses propres plans ou s'il construit un objet dont il détermine lui-même les spécifications techniques, le contrat conclu est une vente. Si au contraire, c'est le client qui fixe avec précision les caractéristiques de la chose, voire même qui en définit les modalités de réalisation, la convention est un louage d'ouvrage. La portée de ce critère

---

(1) Rappr. Paris 22 mai 1986, D. 1986, IR, p.299 ; D. 1986, p.563, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1987, p.113, obs. Ph. REMY et p.559, obs. J. HUET ; D. 1986, IR, p.392, obs. J.-L. AUBERT ; G. PAISANT, «De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives», D. 1986, p.299 et s.

(2) Civ. 1e 1 août 1950, S. 1951-1-p.100 ; RTD civ. 1951, p.388, obs. J. CARBONNIER ; RTD com. 1951, p.104 obs. J. HEMARD, rejetant le pourvoi fondé sur une fausse qualification contre l'arrêt de Paris 24 mai 1944, JCP 1945, II, 2742, note BECQUE ; RTD civ. 1945, p.121, obs. J. CARBONNIER (construction d'une remorque).

(3) Tb. com. Seine 8 avril 1949, D. 1950, somm. p.16 (vêtement sur mesure) ; Colmar 13 mars 1953, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1951-1955, v° Vente, n°8 et s. ; Colmar 24 avril 1980, Rev. Jur. Alsace-Lorraine 1980, p.135 (commande de tableau) ; Metz 29 octobre 1980, Juris-Data n°80189 (le motif semble interpréter restrictivement ce critère : la vente d'outillage est retenue, car «le coût de la main d'œuvre n'était pas très supérieur à la valeur de la matière livrée»).

(4) Civ. 1e 27 avril 1976, précité ; Civ. 1e 15 juin 1983, Gaz. Pal. 1983-2-pan 303, obs. A. PIEDELIEVRE, qui se réfèrent à l'importance des prestations sans autre précision. Or, ce terme est ambigu et le critère économique n'épuise pas la conception quantitative de l'accessoire (cf. supra n°345).
Sont en revanche sans intérêt, bien qu'ils soient parfois cités : Com. 17 mars 1970, JCP 1970, II, 16453, note P.L. ; Com. 28 mars 1979, précité ; Civ. 3e 21 octobre 1981, B, III, n°169, p.121.
Adde, présentant la qualification comme indifférente : Lyon 23 décembre 1892, DP 1893-2-p.229 ; Colmar 24 février 1982, Juris-Data n°41916.

(5) Rouen 7 juillet 1972, Gaz. Pal. 1972-2-somm-p.106.

(6) Cf. à ce sujet, J. GHESTIN, rapport précité, n°13 et s. ; cf. en ce sens : Colmar 5 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955-1-p.154 ; Com. 13 mai 1981, Gaz. Pal. 1981-2-pan-p.360 ; Reims 6 février 1985, Juris-Data n°40621 (construction et installation d'un vivarium, cuve conçue et réalisée conformément aux indications du client) ; Paris 5e ch. B 26 février 1988, Juris-Data n°20562. Rappr. RIPERT, «Droit maritime», T.1, n°371.

est toutefois difficile à déterminer. Ainsi dans l'affaire précitée soumise à la Cour de cassation en 1950, la remorque était construite d'après les indications fournies par le maître de l'ouvrage : la Cour n'en a pas moins préféré un critère tiré de la valeur des deux obligations et retenu une qualification de vente. Et cette décision n'est pas isolée[1]. Le critère de conception paraît d'ailleurs écarté systématiquement en matière de sous-traitance industrielle, où le constructeur-concepteur qui fait exécuter des pièces par une autre entreprise, conclut sans conteste une vente[2], ce qui est parfois critiqué[3].

Des décisions récentes, plutôt que de s'attacher à la qualité de concepteur au sens strict, semblent préférer rechercher la spécificité du travail accompli par l'entrepreneur : si la chose livrée correspond à un besoin particulier, comparable à nul autre, le contrat est un louage d'ouvrage. Pour certains auteurs, il ne s'agit plus de conception[4], mais l'affirmation paraît excessive. Il semble plus exact de considérer qu'il y a là un élargissement du concept, qui englobe la définition précise des caractéristiques techniques de l'objet[5]. Les décisions qui illustrent cette tendance sont de plus en plus nombreuses. Certes, elles sont rendues dans le domaine de la sous-traitance de travaux au sens de la loi de 1975, ce qui incite à les interpréter avec prudence[6]. Il est cependant incontestable que plusieurs arrêts ont admis une qualification de louage d'ouvrage, lorsque le sous-traitant, en l'absence de toute intervention sur le site, livre une chose dont les caractéristiques, fournies par l'entrepreneur principal, sont spécifiquement adaptées à l'édifice commandé par le maître de l'ouvrage[7]. Ainsi la Cour de cassation approuve une Cour d'appel d'avoir

---

(1)Paris 18 février 1977, JCP 1977, II, 18675, note Ph. MALINVAUD ; Com. 17 octobre 1977, Bull. civ., IV, n°233, p.197.

(2)V. quand même : Civ. 3e 19 juin 1991, D. 1991, IR, p.208.

(3)Cf. F. MOLLET-VIEVILLE, «La responsabilité des vendeurs fabricants non-concepteurs de leurs produits», Gaz. Pal. 1977-1-doct, p.46 et s.

(4)J. HUET, note D. 1986, p.499.

(5)Cf. en ce sens, Rapport précité, n°14-15.

(6)Cf. Infra C. Cependant l'affirmation ne vaut plus depuis l'arrêt du 4 juillet 1989 (cf. G. VIRASSAMY, note D. 1990, p.250, n°14 ; JCP éd. N 1991, II, p.177, note Y. DAGORNE-LABBE).

(7)Paris 11 juillet 1983, Gaz. Pal. 1983-2-p.723 note H. MARGEAT (wagons) ; Paris 16e ch. A 13 mars 1984, Juris-Data n°22392 (passerelles) ; Civ. 3e 5 février 1985, D. 1986, p.499, note J. HUET ; Gaz. Pal. 1985-2-pan p.248, obs. Ph. JESTAZ ; RTD civ. 1985, p.737, obs. Ph. REMY ; Rev. dr. imm. 1985, p.256, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI (armatures) ; Paris 10 janvier 1986, BRDA 1986, n°7, p.14 ; Rev. dr. imm. 1986, p.363, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Amiens 21 mai 1987, Juris-Data n°51402 (armatures) ; Versailles 14 janvier 1988, D. 1988, IR, p.41 ; Rev. dr. imm. 1988, p.209, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI (serrures) ; Com. 20 juin 1989, D. 1990, p.246, note G. VIRASSAMY (tubes) ; Com. 4 juillet 1989, Bull. civ., IV, n°210, p.141 ; Gaz. Pal. 1990-1-pan. p.12 ; Rev. dr. imm. 1990, p.369, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; D. 1990, p.246, note G. VIRASSAMY ; JCP éd. N 1991, II, p.177, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTD civ. 1990, p.105, obs. Ph.

décidé qu'un sous-traitant n'est pas un simple fournisseur dès lors qu'il n'a pu «satisfaire la commande qu'après avoir effectué un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent»[1].

Dans d'autres hypothèses, l'accomplissement du travail est considéré comme l'obligation principale de l'entrepreneur, du fait de la durée ou de la technicité des conditions de son exécution[2]. Parmi les indices retenus par les magistrats, figurent parfois la multiplicité et la diversité des obligations de faire pesant sur le constructeur[3]. Une décision semble même se référer à la qualité du fabricant, «entreprise spécialisée dans la vente de matériel industriel et notamment d'unité de chantier»[4]. Un seul arrêt paraît retenir une conception subjective de l'accessoire, telle qu'elle a été définie précédemment, en affirmant que l'installation d'un appareil vendu, reste l'accessoire du transfert de propriété, quelle que soit l'importance des travaux qu'elle nécessite[5].

Cette multitude de solutions et de critères jurisprudentiels est bien évidemment une source d'incertitude. Il convient de souligner néanmoins, qu'en matière mobilière, le conflit de qualification ne concerne que des conventions simples. En effet, si certaines Cours d'appel ont retenu des qualifications mixtes[6], la Cour de cassation n'a pas adopté une telle solution, au contraire de la position qu'elle a prise dans le secteur immobilier[7].

REMY (installation de distillation) ; Paris 25 mai 1990, D. 1990, IR, p.163 ; Rev. dr. imm. 1990, p.369, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI (cuisines intégrées) ; Com. 5 février 1991, Rev. dr. imm. 1991, p.222, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI (peinture) ; Paris 5 avril 1991, D. 1992, somm. p.112, obs. A. BENABENT ; Civ. 3e 19 juin 1991, D. 1991, IR, p.208, Rev. dr. imm. 1991, p.479, obs. B. BOUBLI et Ph. MALINVAUD (plaquettes en terre cuite) ; Com. 1 octobre 1991, JCP 1991 éd. E, pan, 1305, p.440, D. 1992, somm. p.112, obs. A. BENABENT ; Bull. civ., IV, n°268 ; Civ. 3e 30 octobre 1991, D. 1991, IR, p.281 (planchers, poutres et poteaux) ; Paris 2 décembre 1991, JCP 1992, IV, 1070, p.115.
Adde : TGI Strasbourg 11 juillet 1977, Le moniteur des travaux publics, 17 avril 1978, p.105.
Contra : TGI Evry 13 mai 1982, D. 1982, IR, p.524.

(1) Civ. 3e 5 février 1985, précité.

(2) Amiens 30 juin 1986, Juris-Data n°47433.

(3) Com. 13 mai 1981, précité (pour une cuisine : conception d'un aménagement fonctionnel, fabrication d'éléments spécifiques à adapter à la forme et à la dimension de la pièce, travaux de menuiserie, carrelage, plomberie, électricité, raccordements divers...) ; Reims 6 février 1985, précité (installation d'un vivarium, avec fabrication, installation, mise en route et entretien pendant un mois).

(4) Rennes 2e ch. 14 février 1982, Juris-Data n° 40171.

(5) Rouen 7 juillet 1972, Gaz. Pal. 1972-2-somm-p.106.

(6) Colmar 14 mars 1936, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1935-1940, v° Louage d'ouvrage, n°1511-1512 ; rappr. : Paris 19e ch. A 26 mai 1986, Juris-Data n° 24599 ; v. aussi les décisions citées par F. GORE, RTD com. 1947, p.165, note 4, retenant, selon cet auteur, une qualification mixte mêlant le louage et le mandat.

(7) Com. 6 janvier 1982, Bull. civ., IV, n°4, p.3.

B) La construction immobilière

459.- Pour examiner les solutions jurisprudentielles relatives à l'entreprise avec fourniture de matière dans le domaine immobilier, il convient de distinguer selon que l'entrepreneur fournit ou non le terrain sur lequel est construit l'édifice.

Lorsque l'entrepreneur travaille sur le terrain du maître de l'ouvrage, les tribunaux décident systématiquement que la convention conclue est un louage d'ouvrage. Les premières décisions rendues par la Cour de cassation ne sont guère explicites. Ainsi, à propos de l'application de l'article 1794 du Code civil qui permet au maître de résilier unilatéralement un marché à forfait, la Cour décide-t-elle que cette disposition doit jouer «quelle que soit la qualification donnée au contrat, qu'on le considère comme une vente ou comme un louage»[1]. De même, le champ d'application de l'article 1788, qui met la charge des risques sur l'entrepreneur[2] a suscité plusieurs revirements, qui ne fournissent que peu d'indications sur la qualification de la convention. En 1839, les hauts-magistrats admettent le jeu de ce texte pour le constructeur sur le terrain d'autrui, en remarquant, à la suite des juges du fond, que les matériaux sont restés la propriété de l'entrepreneur jusqu'à la livraison[3]. Ils se ravisent en 1860 et écartent l'application de cet article, en estimant cette fois que les matériaux s'incorporent au sol du propriétaire[4]. Une décision ultérieure conserve la solution sans reprendre ce motif[5], mais en 1888, la Cour de cassation revient à sa position première : l'article 1788 concerne l'entrepreneur qui a travaillé sur le terrain d'autrui et conservé la propriété de l'édifice jusqu'à son achèvement[6]. Dans tous les cas, ou presque[7], les arrêts restent muets sur la nature du contrat. L'application du texte est plutôt un argument en faveur du louage d'ouvrage, mais son éviction n'est pas forcement un indice favorable à la vente : la convention peut demeurer un contrat d'entreprise, mais d'un genre spécial, ce qui justifie un traitement particulier à l'égard de ce texte. Depuis 1974, la Cour de cassation désolidarise la question des risques, de celle du transfert de propriété des

---

(1) Civ. 5 janvier 1897, DP 1897-1-p.89, concl. DESJARDINS ; contra F. TERRE, Thèse, précitée, n°415, p.342, qui y voit une solution en faveur du louage. L'analyse ne saurait convaincre et ce n'est pas ainsi que la Cour de renvoi a compris l'arrêt : Orléans 7 juillet 1897, DP 1898-2-p.143.

(2) Qui a fourni la matière : Civ. 3e 14 juin 1983, D. 1983, IR, p.354.

(3) Req. 11 mars 1839, DP 1839-1-p.105.

(4) Req. 13 août 1860, DP 1861-1-p.105 ; contra note anonyme S. 1930-1-p.175 qui y voit une solution d'espèce. Rappr. Civ. 20 mars 1872, qui fait jouer l'article 1788 en matière mobilière, en liant aussi cette solution à la question de la propriété des matériaux.

(5) Req. 19 juillet 1970, DP 1872-1-p.18.

(6) Req. 4 janvier 1888, S. 1891-1-p.290.

(7) Req. 1 août 1929, S. 1930-1-p.175, qui fait référence au louage d'ouvrage, mais l'arrêt est postérieur à celui de 1911.

matériaux ; elle applique toujours l'article 1788 en cette hypothèse[1]. La solution semble présupposer la qualification de louage d'ouvrage, mais celle-ci résulte de décisions plus anciennes.

460.– La première intervention explicite de la Cour de cassation date de 1883[2] : quand la convention prévoit que c'est l'entrepreneur qui fournit les matériaux, «nonobstant cette dernière stipulation, le contrat reste un contrat de louage d'industrie, auquel on ne peut transporter les règles spéciales au contrat de vente». Les arrêts de principe sont néanmoins postérieurs, et la célébrité de leurs annotateurs a contribué à renforcer leur importance[3]. L'attendu essentiel est dépourvu d'équivoque : selon l'article 1787, «le contrat par lequel le propriétaire d'un terrain charge un entrepreneur d'y construire un édifice, constitue non une vente, mais un louage d'ouvrage, même lorsque l'entrepreneur fournit, avec son travail, les matériaux de la construction» et «on ne peut appliquer à ce contrat les règles spéciales de garantie en matière de vente». Depuis cette date, la solution est traditionnelle. Diverses décisions ont eu l'occasion de l'appliquer ou de la rappeler[4]. Leur nombre est cependant assez restreint, ce qui conduit à penser que, grâce à sa certitude, cette analyse s'est imposée sans difficultés dans la pratique. Il convient cependant de noter que la consécration du contrat d'entreprise n'a jamais été clairement justifiée par la Cour de cassation, et c'est plutôt la doctrine qui a tenté de l'expliquer, en ayant recours à la théorie de l'accessoire ou de l'accession[5]. Une telle explication ne serait pourtant pas superflue, car la situation consacrée par la Cour est originale : alors qu'en matière mobilière, le jeu de l'accessoire et du principal peut conduire à la prédominance de l'une ou l'autre des

---

(1) Civ. 3e 23 avril 1974, D. 1975, p.287, note MAZEAUD, rejetant le pourvoi contre Lyon 21 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973-1-p.337 ; Civ. 3e 27 janvier 1976, Bull. civ., III, n°34, p.24 ; Civ. 1e 30 novembre 1982, JCP éd. N 1983, Prat, p.546 ; JCP 1983, IV, p.56 ; Civ. 3e 15 juin 1988, Gaz. Pal. 1988-2-pan p.184 ; Bull. civ., III, n°112, p.62.

(2) Civ. 20 février 1883,, DP 1884-1-p.32 ; contra DESJARDINS, concl. précitées qui minimise la portée de l'arrêt, en se fondant sur l'argument encore tiré de «superficies solo cedit».

(3) Civ. 18 octobre 1911, DP 1912-1-p.113 note PLANIOL ; S. 1912-1-p.449, note GAUDEMET ; RTD civ. 1911, p.802, obs. DEMOGUE (critiques). La nature de la règle en cause (garantie des vices) a également été déterminante, pour obliger la Cour à trancher expressément le conflit de qualifications.

(4) Nancy 1 juin 1926, Gaz. Pal. 1926-2-p.360 ; Req. 1 août 1929, précité ; Civ. 1e 27 janvier 1959, Bull. civ., I, n°54, p.44 ; Civ. 1e 10 juin 1963, Bull. civ., I, n°302, p.257 ; Civ. 3e 17 octobre 1973, Bull. civ., III, n°533, p.389 ; Nancy 30 août 1979, D. 1980, IR, p.258 ; Rev. dr. imm. 1980, p.171, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Civ. 3e 5 novembre 1980, Gaz. Pal. 1981-1-pan p.88 ; Toulouse 12 novembre 1980, D. 1982, IR, p.533, obs. B. AUDIT (construction d'une piscine).

(5) Cette dernière explication s'appuie sur deux arrêts de la Cour de cassation, en définitive, très récents : Civ. 3e 23 avril 1974, précité et Civ. 3e 9 mars 1977, JCP éd. N 1978, II, p.229, note F. STEINMETZ (cf. infra n°822).

prestations du constructeur, en matière immobilière, c'est le travail qui est toujours considéré comme l'obligation essentielle de l'entrepreneur[1].

461.– Incontestée dans son principe, la qualification de louage d'ouvrage est désormais réduite dans son domaine d'application. Elle l'est en premier lieu, par les textes qui consacrent l'existence de conventions nouvelles comme le contrat de construction de maisons individuelles ou le contrat de promotion immobilière[2]. Elle l'est également, par la jurisprudence, qui semble admettre dans certains cas la possibilité d'une qualification mixte entreprise+vente. Cette analyse a été initialement refusée par la Cour de cassation[3]. Or, il convient de souligner que ce refus préalable est, en réalité, double : il exclut d'une part toute véritable convention mixte, mêlant à part égale, entreprise et vente, mais il écarte aussi, la possibilité d'une transposition par analogie de certaines règles de la vente à l'obligation accessoire de fournir les matériaux, intégrée dans un contrat d'entreprise[4]. Dans ces conditions, l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 16 mars 1977, n'en prend que plus de relief, même si la Cour semble se retrancher derrière le pouvoir souverain de la Cour d'appel : «attendu que les juges d'appel [...] ont pu estimer que la convention complexe liant la société les Papeteries de France à la société Tunzini-Entreprise comportait à la fois un louage d'ouvrage et une vente de fournitures»[5]. Dans la conception classique, en effet, la construction sur le terrain d'autrui est toujours un contrat d'entreprise ; l'arrêt marque donc indiscutablement un retrait au regard de cette position. Pourtant, cette nuance est peut être explicable, même dans le système de qualification adopté par la Cour. Le cas d'espèce porte en effet sur la construction d'une usine ; or celle-ci comporte principalement la réalisation des bâtiments et la fourniture de machines. Si la première prestation relève de la matière immobilière, et donc du louage d'ouvrage, la seconde concerne au contraire la matière mobilière. Les deux critères du droit positif sont donc contraints de jouer au sein de la même convention, ce qui justifie éventuellement le choix d'une qualification complexe. Un arrêt postérieur de la

---

(1)Pour certains auteurs, cette qualification résulte d'une application du critère de l'accessoire (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°76). Pour d'autres, au contraire, le principe est en l'occurrence paralysé (F. TERRE, op. cit., n°415, p.341 ; J. GHESTIN, Rapport précité, n°7).

(2)Cf. infra n°1350 et s.

(3)Req. 10 mai 1869, DP 1871-1-p.107 (construction d'une usine hydraulique) ; Civ. 18 octobre 1911, précité ; Civ. 1e 27 janvier 1959, précité. Comp. avec les vieilles décisions citées supra n°455 (contrat mêlant louage d'ouvrage et mandat).

(4)Cf. infra n°1197.

(5)Civ. 3e 16 mars 1977, JCP 1978, II, 18913, note T. HASSLER ; RTD com. 1977, p.426, obs. J. HEMARD ; RTD Civ. 1977, p.785, obs. G. CORNU (qui réduit la portée de l'arrêt à une question de formulation du pourvoi, mais admet un régime mixte). Contra : Req. 10 mai 1869, précité.

Chambre commerciale ne confirme pas cette interprétation, puisque la Cour y admet aussi une convention complexe, alors que la construction ne concerne que l'installation d'une serre destinée à recevoir des cultures maraîchères[1]. Cette extension de la mixité est critiquée par certains auteurs[2] et elle semble avoir été refusée par la troisième Chambre civile, traditionnellement plus prudente que la Chambre commerciale, dans une espèce similaire[3]. Seules quelques rares décisions des juges du fond paraissent avoir recueilli cette conception large de la mixité[4]. La construction d'ensemble industriel est donc l'unique hypothèse en droit positif de contrat mixte entreprise + vente[5].

462.– Il reste alors à déterminer la nature juridique de la convention par laquelle un entrepreneur cède un terrain sur lequel il s'engage, de surcroît, à construire un édifice. Dans cette hypothèse, l'adage «superficies solo cedit» est à même de jouer ; le terrain fait partie de l'objet d'une des prestations du constructeur et la prédominance traditionnelle du sol retrouve son empire. L'élément fourniture peut être considéré comme systématiquement principal. Si la jurisprudence ne recourt jamais à cette explication, elle admet cependant de façon unanime la qualification de vente[6]. Selon certains auteurs, il convient toutefois de distinguer d'après l'époque de la conclusion du contrat[7]. Un examen plus approfondi des décisions rendues en ce domaine montre

---

(1) Com. 23 janvier 1978, Gaz. Pal. 1978-1-somm. p.199 ; JCP 1978, IV, p.103.

(2) V. par ex : J. GHESTIN, Rapport précité, n°34 ; B. GARRIGUES-FAY, «La sous-traitance de marchés de travaux», Thèse Nancy, 1984, p.27, note 3.

(3) Civ. 3e 21 mars 1979, D. 1979, IR, p.406.

(4) Paris 19e 29 septembre 1980, Juris-Data n°508 (fourniture et pose d'une cheminée dans une maison d'habitation avec installation d'un conduit de fumée -existence d'une contrat de vente et d'un contrat d'entreprise) ; Paris 26 mai 1986, précité (vente mobilière d'une installation industrielle).

(5) Rappr. : - en matière mobilière, l'exclusion de la qualification mixte, supra n°458 ;
- Civ. 26 novembre 1980, Journ. dr. internat. 1981, p.355, note P. KAHN, pour la construction d'un silo : la Cour a «constaté sans dénaturation que, comportant la fourniture d'une machinerie, [le contrat] prévoyait aussi la construction d'un important édifice propre à la recevoir». Mais, il semble, d'après l'annotateur, que la Cour d'appel avait retenu la qualification de louage d'ouvrage.

(6) Cas. 22 juillet 1874, DP 1875-1-p.303 ; Req. 30 avril 1927, S. 1929, p.319 ; Req. 27 janvier 1941, Gaz. Pal. 1941-1-p.263 ; Civ. 1e 13 novembre 1967, D. 1968, p.257, note R. SAINT-ALARY ; Civ. 1e 11 mars 1970, ibid ; Civ. 3e 7 mai 1971, Bull. civ., III, n°286, p.205 ; Civ. 3e 11 décembre 1973, Bull. civ., III, n°619, p.450 ; Civ. 3e 19 janvier 1977, Bull. civ., III, n°28, p.23.
Cf. en ce sens en doctrine : F. TERRE, Thèse précitée, n°418, p.433 ; J. GHESTIN, Rapport précité, n°34 ; B. GARRIGUES-FAY, Thèse précitée, p.27 ; Ph. BIHR, «Le droit pénal de la construction», Thèse Nancy 1969, n°123 et 124.
Rappr. Tb. civ. Lyon 22 avril 1949, JCP 1950, II, 5773, note G. TOUJAS (louage d'ouvrage, alors que le terrain était fourni par un tiers) ; Civ. 1e 26 février 1963, Gaz. Pal. 1963-1-p.433, RTD civ. 1963, p.749, obs. G. CORNU.

(7) R. SAINT-ALARY, note précitée ; F. STEINMETZ, «Les ventes d'immeubles à construire», Thèse Montpellier 1970, n°43 et s.

que la vente est admise lorsque la convention est formée, alors que l'édifice est déjà construit, en totalité[1] ou en partie[2]. La nature juridique du contrat conclu avant le début des travaux, reste par conséquent incertaine, et elle n'a pas, en tout cas, été tranchée expressément par les tribunaux, mais la controverse n'a plus qu'un intérêt limité depuis la loi du 3 janvier 1967, créant la qualification de vente d'immeuble à construire. La discussion ne peut plus intervenir qu'en dehors du champ d'application de ce texte[3].

C) Les difficultés tenant aux situations intermédiaires

463.– La distinction opérée par la jurisprudence entre les domaines mobilier et immobilier est en apparence facile à appliquer. La réalité est toute autre. La détermination de la nature de l'objet à construire n'est pas toujours aisée, et le droit des biens ne fournit pas, à cet égard, de solutions certaines. Il en résulte quelques hésitations, qui se traduisent, dans le contentieux, par l'apparition de décisions contradictoires. Ces difficultés sont flagrantes dans une hypothèse, la construction d'immeubles par destination[4], et l'application de la loi sur la sous-traitance redonne à cette question une certaine actualité.

Dans sa majorité, la jurisprudence, appelée à se prononcer sur la nature juridique de conventions portant sur la réalisation d'immeubles par destination, utilise les critères dégagés en matière mobilière et refuse d'admettre systématiquement une qualification de louage d'ouvrage. Les exemples sont nombreux et variés : pressoir[5], vivarium[(6)], aménagement d'une cuisine intégrée[7], four de boulangerie[8], installation de distillation[9], unité mobile de chantier[10], adoucisseur d'eau[11], ou appareil

---

(1) Civ. 1e 13 novembre 1967, précité ; Civ. 3e 7 mai 1971, précité; Civ. 3e 11 décembre 1973, précité. En ce sens : F. STEINMETZ, Thèse précitée, n°43.

(2) Cas. 22 juillet 1874, précité ; Req. 30 avril 1927, précité ; Req. 27 janvier 1941, précité. En ce sens : F. STEINMETZ, Thèse précitée, n°44.

(3) Dans le sens de la vente : F. STEINMETZ, Thèse précitée, n°45.

(4) V. J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°80.

(5) Metz 17 octobre 1843, S. 1844-2-p.173.

(6) Reims 6 février 1985, précité, quoique la décision dénie à ce bien la nature d'un immeuble par destination, au motif contestable que celui-ci n'est pas scellé au sol : cette condition n'est exigée que par les immeubles par nature.

(7) Com. 13 mai 1981, précité ; Paris 25 mai 1990, précité.

(8) Civ. 2e 2 juin 1979, D. 1980, IR, p.33 ; Colmar 6 juillet 1937, Rev. Jur. Alsace-Lorraine 1938, p.89.

(9) Com. 4 juillet 1989, Bull. civ., IV, n°210, p.141 ; JCP éd. N 1991, II, p.177, note Y. DAGORNE-LABBE.

(10) Rennes 14 février 1982, précité.

(11) Rouen 7 juillet 1972, précité.

d'alimentation en eau chaude[1]. Cette analyse mérite d'être approuvée[2] et plusieurs arguments viennent la conforter. En premier lieu, la nature du bien à construire doit s'apprécier à la date de la conclusion du contrat[3]. Or, il n'existe pas, en droit français d'immeubles par anticipation. De plus, pour se réaliser, l'immobilisation par destination suppose une identité de propriétaire qui fait, par hypothèse, défaut. Le recours à la théorie de l'accession, proposé par certains auteurs, est en l'occurrence inefficace, puisque cette technique ne concerne que les immeubles par nature. Enfin, ces biens sont le plus souvent construits dans les locaux de l'entrepreneur, comme les meubles. Même s'ils sont installés ensuite sur le terrain du client, la situation n'est pas comparable avec les immeubles par nature qui sont véritablement construits sur le site même.

464.– Malgré tout, des difficultés subsistent. La réalisation d'une installation de chauffage en constitue l'illustration la plus caractéristique. En effet, l'arrêt de principe ayant affirmé la distinction des secteurs mobilier et immobilier est intervenu à l'occasion de la construction d'un chauffage à air pulsé dans une usine[4]. La Cour de cassation y rejette l'application des critères mobiliers. Cet arrêt est cependant isolé et plusieurs décisions ont depuis lors fait échapper ces conventions à l'automatisme de la qualification de louage en matière immobilière[5]. Cette incertitude paraît résulter davantage du droit des biens que de la technique des qualifications contractuelles[6]. La nature des installations de chauffage est parfois équivoque. Si les tuyaux et les diverses canalisations sont, du fait de leur incorporation dans l'édifice, des immeubles par nature, tel n'est pas le cas, semble-t-il, des chaudières et des radiateurs[7]. Les

---

(1) Civ. 1e 23 mars 1977, Bull. civ., I, n°151, p.117 (qualification de vente non discutée).

(2) En ce sens : T. HASSLER, Thèse précitée, p.276 et s. ; conclusions du sous-groupe de travail mobilier dans le rapport précité ; J. JAMET, épouse COHEN, «Les aspects juridiques de l'utilisation de l'énergie solaire dans l'habitat en France et aux Etats-Unis», Thèse Montpellier I 1987, p.391 (à propos des contrats de fourniture et d'installation d'un système solaire individuel).

(3) L'analyse n'est pas contredite par un arrêt récent de la Cour de cassation qui précise que «la convention des parties ne peut avoir d'incidence» sur la détermination de la nature mobilière ou immobilière d'un bien (Civ. 3e 26 juin 1991, D. 1991, IR, p.204, JCP 1992, II, 21825, note J.-F. BARBIER). La décision intervient en effet pour conférer la nature d'un immeuble par destination à une véranda déjà installée, à l'occasion d'un litige relatif à une clause de réserve de propriété, le problème posé par la qualification intervient avant.

(4) Civ. 1e 10 juin 1963, précité ; rappr. : Req. 1 août 1929, précité pour une installation d'eau chaude ; adde dans le même sens : Reims 8 novembre 1982, Juris-Data n°43890 (matériel de climatisation) ; contra : Civ. 3e 11 avril 1973, cité infra Bull. civ., III, n°282, p.202.

(5) Civ. 1e 15 juin 1983, précité (chauffage central d'un particulier) ; Amiens 30 juin 1986, Juris-Data n°47433 ; Civ. 3e 24 novembre 1987, Gaz. Pal. 1988-1-pan-p.8.

(6) Cf. infra note suivantes sous les n°464 et 466 ; D. LEFEBVRE, J.-CL. Civ., art. 518 à 521, n°29 et s.

(7) Civ. 4 mai 1937, Gaz. Pal. 1937-2-p.190

solutions divergentes rendues par la Cour de cassation trouvent peut être leur origine dans cette situation : une installation complète relèverait des immeubles par nature, donc du louage d'ouvrage, alors que la fourniture de la seule chaudière se rattacherait aux immeubles par destination. La première espèce étant intervenue en matière industrielle, à l'occasion d'un système à air pulsé, il est permis de penser, qu'en l'occurrence, la mise en place des divers conduits était fort importante(1). Un tel raisonnement porte en germe une appréciation de la part respective occupée dans la convention par la construction d'immeubles par nature et par destination : un premier rapport d'accessoire permettrait, en quelque sorte, de déterminer les critères de qualification applicables et de savoir par conséquent si un second rapport est envisageable (en matière mobilière). Le système paraît compliqué ; il ne fait que repousser la difficulté : selon quels critères hiérarchiser les biens construits ? Il convient de souligner de surcroît que la jurisprudence ne l'applique pas à la construction d'édifice entier[2], où les tribunaux ne distinguent pas les immeubles par nature et les immeubles par destination, sauf l'exception déjà mentionnée de la réalisation d'une usine clefs en mains[3]. Cette discrimination est donc peut être réservée à l'adjonction d'éléments à un édifice existant déjà.

465.– Deux autres décisions paraissent contradictoires. Alors que, les juges du fond qualifient de vente la fourniture d'un chalet préfabriqué[4], la Cour de cassation applique, dans une hypothèse similaire[5], le critère immobilier. Une analyse plus approfondie des circonstances de fait et des motifs des deux espèces permet cependant de justifier facilement cette différence. Tandis que dans l'arrêt, le fournisseur s'est engagé à édifier les fondations et le soubassement, dans le jugement, c'est l'acheteur qui réalise lui-même ces éléments. Immeuble par nature dans le premier cas, l'objet à

---

(1) V. pourtant : Civ. 3e 11 avril 1973, Bull. civ., 1973, III, n°282, p.202 (chauffage à air pulsé dans une porcherie - qualification non discutée de vente) ; pour une opposition similaire : Req. 1 août 1929, précité (critère immobilier - louage d'ouvrage pour une installation d'eau chaude) à opposer à Rouen 7 juillet 1972, précité (critère mobilier-vente-adoucisseur d'eau) et Civ. 1e 23 mars 1977, précité (appareil d'alimentation en eau chaude-qualification de vente non discutée).

(2) Il est donc impossible d'utiliser certaines décisions qui qualifient de gros ouvrages les installations de chauffage et qui leur appliquent les règles de la garantie décennale (Civ. 1e 4 janvier 1958, JCP 1958, II, 10808, note B. STARCK ; Paris 18 novembre 1967, Gaz. Pal. 1968-2-p.6 ; Orléans 31 janvier 1973, D. 1974, somm., p.2).

(3) Cf. supra B, exception isolée, mais somme toute logique dans le cadre d'un tel système.

(4) Tb. civ. Coutances 11 février 1925, précité ; TGI Clermont-Ferrand 17 novembre 1977, inédit cité par P. MELMOUX, «L'article 45-1 de la loi du 16 juillet 1971...», Mémoire DESS 1978-79, Annexe n°5.

(5) Civ. 3e 17 octobre 1973, Gaz. Pal. 1973-2-p.265. Pourrait relever d'une telle analyse la construction et l'implantation d'un téléphérique ou d'un remonte-pente.

construire reste un meuble dans le second, puisqu'il ne peut constituer un immeuble par anticipation.

466.- Les solutions jurisprudentielles peuvent donc être résumées ainsi : quand un fabricant réalise, en fournissant son travail et les matériaux, un objet qu'il s'engage à implanter sur un terrain ou dans un édifice appartenant à son client, le contrat est un louage d'ouvrage s'il s'agit d'un immeuble par nature[1] et il est, selon la nature de l'obligation principale, un contrat d'entreprise ou une vente, s'il s'agit d'un immeuble par destination. En pratique, les conditions d'exécution des obligations du constructeur risquent d'être fort proches : l'élément fabriqué dans ses ateliers, est ensuite installé sur le site. Mais c'est le caractère traditionnellement «attractif» du sol, qui entraîne une modification de l'analyse juridique, lorsque l'élément implanté est immeuble par nature.

467.- Le problème posé par le régime des immeubles par destinations apparaît plus nettement encore à l'occasion de l'application de la loi sur la sous-traitance[2]. Il convient de souligner que le groupe de travail, chargé par la Commission technique de la sous-traitance d'examiner cette question, n'est pas parvenu, sur ce point précis, à une synthèse acceptée par tous ses participants[3]. Selon le sous-groupe immobilier, la juxtaposition de deux contrats d'entreprises ne suffit pas à déterminer une situation de sous-traitance[4]. Lorsque le contrat principal est à objet immobilier, le traité et et le sous-traité doivent nécessairement être qualifiés de louage d'ouvrage d'après le même critère : la construction sur le site . Si cette condition est remplie, que le bien construit soit immeuble par nature ou par destination, et même si l'application des critères mobiliers lui confère la nature d'une vente, la convention est un contrat d'entreprise soumis à la loi sur la sous-traitance . Inversement en l'absence d'intervention sur le

---

(1) Civ. 1e 27 janvier 1959, précité (ascenseur) ; comp. cep. : Douai 4 juin 1976, JCP 1977, IV, p.269 (escalier mécanique - qualification de vente non discutée) ; Toulouse 12 novembre 1980, D. 1982, IR, p.533, obs. B. AUDIT (construction d'une piscine). Cf. appliquant le critère immobilier à des serres : Civ. 3e 21 mars 1979, précité (critère strict) et Com 23 janvier 1978, précité (mixité). La solution ne vaudrait pas pour des serres démontables, qui sont, selon les cas, meubles ou immeubles par destination (cf. D. LEFEBVRE, op. cit., n°30 et s. et n°78).

(2) H. PERINET-MARQUET, «Le fabricant sous-traitant : une hybridation difficile», JCP éd. N 1989, I, p.402. L'étude est tout à fait symbolique de l'ambiguïté régnant sur la matière : l'auteur envisage davantage la définition de la sous-traitance que la qualification (entreprise ou vente) du sous-traité (comp. cep. n°18 et s.). V. d'ailleurs, remarquant ce problème : M. DE JUGLART, art. précité, n°6 et s.

(3) Rapport précité, n°41 et s.

(4) Cf. rapport précité, annexe 1.

site, même si le bien construit est spécifique et si ses caractéristiques sont étroitement adaptées à l'édifice objet du marché principal, le contrat est une vente[1].

468.- Depuis ce rapport, la jurisprudence s'est développée et les incertitudes affectant ce débat peuvent être plus étroitement circonscrites. Une première hypothèse ne fait pas difficulté : celle du vendeur de meuble qui n'installe pas ce dernier sur le site[2]. Il s'agit dans ce cas d'un simple fournisseur qui ne rentre pas dans les prévisions de la loi de 1975. Cette exclusion est d'ailleurs conforme à la nature du sous-contrat en général, qui est incompatible avec les conventions translatives de propriété[3]. Ensuite, plusieurs juridictions, dont la Cour de cassation[4], ont admis l'application du régime de la sous-traitance à des contrats au sein desquels le constructeur n'intervenait pas sur le site, mais qui, par application des critères mobiliers, avaient la nature de contrat d'entreprise. Ces décisions concernent des éléments qui s'incorporent à l'ouvrage et sont par conséquent, après incorporation, des immeubles par nature. Ici encore, l'absence d'immeubles par anticipation se fait sentir : l'absence dans la convention d'une obligation d'incorporer le meuble rompt le lien entre le contrat et le sol ; seuls les critères mobiliers sont donc utilisables. Cette solution jurisprudentielle condamne partiellement la thèse soutenue par le sous-groupe immobilier : la construction sur le site n'est pas une condition nécessaire à la mise en œuvre de la loi de 1975[5]. Il reste alors à déterminer si cette exigence peut en constituer une condition suffisante. Bien entendu, il n'est guère difficile d'admettre que constitue un louage d'ouvrage soumis aux règles relatives à la sous-traitance, la fourniture d'un bien spécifiquement adapté à l'immeuble en construction, dès lors que l'entrepreneur est tenu de surcroît de l'intégrer à l'édifice. Critères mobilier et immobilier aboutissent ici à la même solution[6]. La seule hypothèse qui continue à faire difficulté est celle de la livraison d'un bien avec installation sur le site, dès lors que la fourniture seule de cet objet serait qualifiée de vente. Aucune décision n'a semble-t-il encore abordé

---

(1)C'est ce que soutient en tout cas le sous-groupe mobilier en présentant la thèse du sous-groupe immobilier (cf. rapport précité n°46). Il serait possible de prétendre, qu'il s'agit toujours d'un contrat d'entreprise ne rentrant pas dans le champ d'application de la loi de 1975.

(2)Cf. Versailles 19 mai 1988, D. 1988, IR, p.221 (éléments de plancher).

(3)Cf. infra n°968.

(4)Cf. les références citées supra n°458 (note) ; adde infra n°974 et s. La Cour a hésité : cf. en faveur du critère de l'intervention sur le site : Civ. 3e 18 janvier 1983, Bull. civ., III, n°15, p.12 ; RTD civ. 1983, p.552, obs. Ph. REMY ; Rev. dr. imm. 1983, p.344, obs. crit. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI.

(5)Cf. H. PERINET-MARQUET, chr. précitée, n°3. Ce serait d'ailleurs ajouter une condition au texte. Cf. Rapport précité annexe 1.

(6)V. par ex : Colmar 12 mai 1978, Gaz. Pal. 1978-1-p.285 (fers pour le coulage du béton armé) ; Besançon 18 mars 1987, Juris-Data n° 44304 (bardage).

clairement cet aspect du problème. «L'impérialisme» de l'entreprise immobilière et le critère de l'intervention sur le site peuvent-ils suffire à remettre en cause les critères habituels retenus en matière mobilière ? La réponse semble positive pour les immeubles par nature : un grossiste qui fournit des carrelages conclue une vente, mais s'il s'engage de surcroît à les poser, la convention est indiscutablement un louage d'ouvrage[1]. L'hésitation est en revanche permise pour les immeubles par destination. L'installateur d'une chaudière de chauffage ou d'un chauffe-eau est-il ou non un sous-traitant ? Est-il un fournisseur, tenu accessoirement d'installer l'appareil qu'il vend ou revêt-il la qualité d'un sous-contractant, exécutant une fraction du marché passé par l'entrepreneur principal ? L'idée d'une reprise partielle de l'objet du contrat principal ne paraît pas suffisante pour justifier systématiquement le jeu de la loi de 1975. Il convient de ne pas oublier que le marché initial comporte à la fois la promesse d'un travail et de fournitures, et que l'accomplissement de cette dernière prestation, à titre exclusif ou principal, devrait rester une vente. La solution serait conforme à la jurisprudence exposée plus haut, relative aux immeubles par destination, en dehors du secteur de la sous-traitance. Une position inverse n'est toutefois pas inconcevable[2], mais elle nécessite pour cela une recherche de la cause du créancier des obligations multiples, en l'occurrence l'entrepreneur.

II - ESSAI D'UNE SYNTHESE NOUVELLE

469.- Les propositions doctrinales relatives à la qualification du contrat d'entreprise avec fourniture de matière ne manquent pas. Chez les anciens auteurs, les positions sont assez tranchées : la préférence est donnée, selon les cas, au louage d'ouvrage[3] ou à la vente[4], réserve faite du secteur immobilier, où la nature de la convention retenue par la jurisprudence est unanimement admise. La doctrine plus

---

(1)Rappr. MAZEAUD, note D. 1973, p.402 et s. ; Civ. 3e 5 décembre 1972, qui applique les articles 1792 et 2270 au sous-traitant chargé de fournir et de poser des fenêtres ; adde dans le même sens Nancy 1e ch. 19 septembre 1989, Société Neumann Schwank/Begrand, inédit.

(2)Elle semble être celle retenue en matière de travaux publics, cf. : J. GHESTIN, Rapport précité, n°37 ; B. GARRIGUES-FAY, Thèse, précitée, p.27.

(3)DURANTON, XVII, n°250 ; DUVERGIER «Du louage», II, n°335 ; E. GAUDEMET, S. 1912-1-p.452 (à propos d'un arrêt intervenu en matière immobilière).

(4)LAURENT, T.26, n°5 ; HUC, T. X, n°6 ; POTHIER, édit. BUGNET, IV, n°394 qui réserve toutefois le cas de la construction sur le terrain du maître de l'ouvrage et celui de la fourniture de matière-quantité négligeable ; J. HEMARD, «Les contrats commerciaux», T.1, 1953, n°70, p.30 nuançant in fine sur un critère psychologique.

récente semble adopter le principe d'une qualification variable, en fonction de la nature de l'obligation principale[1]. Quelques auteurs soutiennent cependant, selon des modalités diverses, la solution d'une qualification mixte[2]. Pour quelques-uns, enfin, l'entrepreneur qui s'engage de surcroît à fournir les matériaux et la main-d'œuvre, en étant rémunéré à forfait, conclut une convention sui generis, qui n'est ni une vente, ni un louage d'ouvrage[3]. Cette dernière solution ne saurait convaincre. Outre qu'elle paraît formellement contraire au droit positif, elle n'explique rien. A l'occasion de la détermination du régime de ce contrat innommé, il s'avère nécessaire de reprendre par analogie certaines règles des deux qualifications nommées dont il se rapproche le plus ; pour mener à bien cette recherche, il est indispensable de structurer cet accord, afin de préciser le rôle qu'y occupent les prestations de travail et de fourniture. Pareille investigation ne peut s'abstraire d'une utilisation du critère de l'accessoire.

470.– Comme il est désormais admis qu'une qualification respectant la volonté des parties ne peut se satisfaire d'un choix monolithique, vente ou louage, quelles que soient les circonstances, la hiérarchisation des prestations assumées par l'entrepreneur semble constituer le cœur de ce débat. Selon un auteur, pourtant, le principe de l'accessoire ne peut rendre compte de la totalité de ce conflit de qualification[4]. En effet, l'opération de fabrication se déroule dans le temps. Face à cette contrainte matérielle, les parties peuvent adopter deux attitudes : elles «peuvent avoir eu en vue seulement le résultat de l'opération ou les moyens d'y parvenir»[5]. Dans le premier cas, les contractants envisagent l'avenir, dans le second ils considèrent le présent. Lorsque les parties se placent dans le futur, le contrat est une vente, mais son objet

---

(1)Avec des nuances, cependant. Certains auteurs semblent marquer une préférence pour la vente, en matière mobilière tout au moins, en faisant de cette qualification un principe, nuancée par la règle de l'accessoire, quand la fourniture de matière est secondaire. Dans une telle conception, à égalité de valeur, la vente l'emporterait (COLIN etCAPITANT, op. cit., n°1088 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2992). Les auteurs plus récents semblent n'accorder aucune préférence particulière à l'une des deux qualifications (MAZEAUD, op. cit. ; M. VASSEUR, «Les contrats de la vie des affaires», Cours de droit 1976-1977, p.294 ; Ch. ATIAS, «Le droit civil», Que sais-je, p.110 (valeur) ; B. BOUBLI, Rép. civ., n°18 à 21 ; Ph. MALAURIE et L.AYNES, op. cit, 1991, n°73 et s.).

(2)- *Pour une distributivité dans le temps* : AUBRY et RAU, T.5, § 374 ; BEUDANT, édit.1908, op. cit., n°720 ;
- *pour une distributivité d'après la nature des prestations* : PLANIOL, note DP 1912-1-p.113 ; PLANIOL et RIPERT, T.11, n°912. Rappr. BEUDANT par RODIERE et PERCEROU, T.12, n°181-182, qui nuancent la mixité en réservant l'hypothèse où la fourniture de matériaux passe pour quantité négligeable ;
- *pour une distributivité limitée à la matière mobilière* : J.-F. ARTZ, Thèse précitée.

(3)COSTES, Thèse précitée, p.135 et s., spéc. chapitre 1 section 2. ; F. DAVID, «Le marché à façon», Thèse Paris 1937, p.42 et s. (la terminologie employée par l'auteur (p.2) paraît curieuse, car le travail à façon est normalement celui où l'entrepreneur ne fournit pas les matériaux).

(4)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°152 et s., p.225 et s.

(5)Thèse précitée, p.226.

«est unique et le travail qui s'y est incorporé ne peut être individualisé». «Les éléments du contrat sont homogènes et ne constituent qu'une vente. Il ne peut être question d'accessoire. Aucun élément du louage d'ouvrage n'apparaît»[1]. L'option entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise n'existe que lorsque les parties se sont placées dans le présent, en envisageant les moyens de parvenir au résultat recherché. Pour monsieur Goubeaux, cette prise de parti temporelle est fondamentale et «cette première question doit être résolue avant qu'intervienne l'idée d'accessoire»[2]. «La règle de l'accessoire est absolument hors de question pour trancher ce problème»[3]. Il s'agit là d'une pure recherche des volontés individuelles. Ainsi, «on ne voit pas pourquoi le fait que la valeur de la matière brute serait inférieure à la moitié de la valeur de l'objet fini après incorporation du travail, impliquerait nécessairement que les parties n'ont pas voulu, dès le contrat, envisager la chose future»[4].

471.– Cette position mérite une appréciation nuancée. Elle repose fondamentalement sur une constatation qui paraît exacte, et qui présente l'avantage de mettre en lumière les différences structurelles opposant la vente et le louage d'ouvrage. Il est difficilement contestable que dans une vente de chose future, les parties considèrent seulement le résultat : il en résulte effectivement que le contrat possède un contenu homogène, la prestation de travail perdant son autonomie. Certes, tel n'est pas le cas dans la vente d'immeuble à construire, mais il convient de souligner qu'une telle solution n'a pu être admise qu'au prix d'une intervention expresse du législateur. A l'inverse, lorsque les contractants ont visé les moyens d'arriver au résultat, le présent et non l'avenir, deux obligations indépendantes coexistent, rendant possible plusieurs qualifications : vente, louage d'ouvrage ou contrat mixte. Le résultat lui-même, à savoir l'acquisition de l'objet construit, est un effet secondaire de l'exécution de ces deux prestations(5). C'est peut-être cette idée que veulent souligner Aubry et Rau, lorsqu'ils affirment que ce genre de convention est «une vente d'une chose une fois faite».

472.– Au-delà, cependant, certaines réserves s'imposent. Quand les contractants ont en vue le présent, la fourniture des matériaux peut sans difficulté être considérée comme un accessoire du travail promis par l'entrepreneur. Un accessoire nécessaire,

---

(1)Ibid.
(2)Ibid.
(3)Ibid.
(4)Ibid.
(5)L'exécution du travail et de la fourniture entraîne dans un deuxième temps le transfert de propriété de l'objet construit. La situation rappelle un peu la transaction où les sacrifices réciproques des parties ont pour effet de mettre fin au litige qui les oppose.

certes, puisque la construction ne peut s'accomplir sans lui, mais un accessoire par destination quand même, dont le but immédiat est justement de permettre au locateur d'exécuter son obligation principale de faire. L'hypothèse inverse est en revanche beaucoup plus délicate à concevoir et monsieur Goubeaux s'y attarde peu[1]. Il est possible d'en citer deux exemples, mais leur portée est limitée. Ainsi, lorsqu'un artisan fournit un adoucisseur d'eau[2], et qu'il s'engage à l'installer, le travail est ici l'accessoire de la vente, il se rattache à l'obligation de délivrance qu'il vient compléter : la chose livrée est alors immédiatement utilisable. Une solution similaire est acceptable lorsque l'objet vendu n'est pas complètement achevé[3] ou que, terminé, le client demande quelques aménagements supplémentaires[4]. Les prestations accessoires de travail viennent ici parfaire la chose dont la propriété est transférée. Il paraît, au contraire, impossible de transposer ce raisonnement à la construction proprement dite d'un objet. Il suffit d'imaginer un contrat portant sur la construction d'une remorque. Personne n'a jamais envisagé un seul instant qu'une telle convention puisse être qualifiée de vente de tôles, de boulons et de roues, avec obligation accessoire de les monter ! Selon M. Goubeaux, si les parties ont envisagé la prestation de travail à titre de complément de la fourniture de matière, «le contrat serait alors une vente pour le tout»[5]. Mais la formule est ambiguë et il est préférable de dire que le contrat est une vente du tout. Autrement dit, à supposer que les contractants aient eu en vue le présent et que le travail paraisse l'accessoire de la fourniture, il est impossible, s'agissant d'une opération de construction et non d'installation ou de modification, de considérer que la convention est une vente des matériaux. Le travail d'assemblage n'est ni utile, ni nécessaire au transfert de propriété de ces éléments. Il serait tout aussi artificiel d'admettre que le montage est une modalité d'exécution de la délivrance, sous réserve, peut-être, de quelques rares hypothèses d'objets en «kit». Ceci signifie que même si, ex ante, les parties ont visé les moyens et non le résultat, le présent et non le futur, ex post, l'élévation de l'obligation de fourniture au rang de prestation principale aboutit néanmoins à qualifier le contrat de vente de chose future, à savoir l'objet construit. La nature de la prestation principale détermine la qualification du contrat (vente), mais un glissement s'opère nécessairement quant à l'objet de la prestation, d'une vente d'éléments à la vente d'un ensemble.

---

(1)Op. cit., p.228, 2e alinéa.
(2)Cf. Rouen 7 juillet 1972, précité.
(3)V. pour un tableau : Paris 10 mars 1947, Gaz. Pal. 1947-1-p.184.
(4)V. pour un local nu : Paris 31 mars 1981, Juris-Data n° 23600.
(5)Thèse précitée, p.228.

473.– En résumé, si l'opération de construction étalée dans le temps, comporte trois aspects distincts - travail, fourniture des matériaux et transfert de l'objet construit -, les deux premiers correspondant au présent et le second au futur, il n'en résulte pas pour autant que trois structures de qualification soient possibles[1]. Seules paraissent envisageables une qualification de louage, assortie d'une obligation accessoire de fourniture de la matière, et une qualification de vente du tout. Cette dernière, toutefois, peut être obtenue de façon directe, lorsque les contractants ont considéré d'emblée le résultat, ou de façon médiate, lorsque ne l'ayant pas fait assez nettement, le travail n'en apparaît pas moins comme une prestation secondaire du constructeur. Il en résulte que l'option temporelle présent-futur n'est pas totalement distincte de la question de l'accessoire et du principal. Il est permis de penser que de surcroît les deux recherches se fondent sur un critère similaire : la cause du créancier. Certes, quand c'est le résultat qui est directement visé, il n'y a plus qu'une prestation et il ne s'agit plus à proprement parler de la hiérarchisation d'obligations multiples. Mais quand la qualification de la convention fait difficulté, le problème posé est le même : il s'agit de déterminer quel est l'élément du processus de construction que le créancier a visé avant tout : le travail, la fourniture des matériaux ou le résultat final. Le critère proposé plus haut paraît aussi efficace en ce domaine que pour l'échange avec soulte ou le déménagement.

A) La construction mobilière

474.– En matière mobilière, une conception subjective de l'accessoire fondée sur une recherche de la cause du créancier permet de justifier de nombreuses solutions du droit positif qui sont pourtant, en apparence, hétérogènes. Le critère économique reprend la place qui doit être la sienne, celle d'une présomption de la volonté des parties, jouant à titre subsidiaire et il devient plus facile de comprendre le rôle parfois contradictoire joué par le critère de conception.

475.– 1/ Dans une première série de cas, le contrat est qualifié de vente parce que le but premier du client du constructeur, lorsqu'il s'est engagé, est constitué par la considération du résultat, de l'objet construit. La première illustration de cette hypothèse est fournie par les commandes d'objets fabriqués en série ou vendus sur

---

[1] Sous les réserves mentionnées plus haut de vente avec installation ou modification et de vente d'un objet en «kit».

catalogue[1]. Les auteurs récents distinguent souvent cette hypothèse et s'accordent unanimement pour écarter la qualification de contrat d'entreprise[2]. Cette analyse, d'une grande importance, semble correspondre à la pratique des affaires et aux usages du commerce(3). Le critère de conception permet d'aboutir à cette solution, mais une recherche de la cause de l'acheteur produit le même effet. Sa volonté est en effet canalisée : il ne peut pas vouloir autre chose que le résultat, qui lui est proposé, de manière standardisée, par le fabricant. L'acheteur ne peut avoir en vue le présent, la construction elle-même, parce qu'il ignore tout de cette phase. S'il a déjà été souligné que l'acquéreur d'une automobile ne connaît pas de façon précise la valeur du travail et celle des matériaux nécessaires pour produire son véhicule[4], il convient d'ajouter de surcroît, qu'il ne sait même pas si ce véhicule est ou non construit ![5] Son intervention se limite à un choix entre les divers modèles du constructeur assortis de leurs options.

476.– Il convient de rapprocher cette première hypothèse de celle du contrat de restauration. La fourniture d'un repas moyennant paiement d'un prix, s'accompagne généralement de diverses prestations de service des plats, conservation des vêtements, mise à disposition de toilettes ou de téléphone, obligation de sécurité[6]. Celles-ci sont secondaires et l'obligation caractéristique de ce contrat simple[7] est constituée par la mise à disposition des plats. Pour exécuter cette prestation, le restaurateur doit accomplir un certain travail et fournir les ingrédients. Selon certains auteurs, «le contrat de restauration n'est pas une vente de nourriture, mais un contrat d'entreprise, parce qu'il comporte davantage de services (cuisiniers et serveurs) que de fournitures de choses (les aliments)»[8]. Cette solution ne saurait convaincre et les spécialistes de

---

(1)V. pour du béton prêt à l'emploi : Civ. 3e 21 octobre 1981, Bull. civ., III, n°169, p.121 (vente) ; Amiens 3e ch. 21 mai 1987, Juris-Data n°51402 (entreprise).

(2)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, p.226 ; M. VASSEUR, op. cit., p.621 ; J. GHESTIN, Rapport précité, n°9 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°75, note 49 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°61, p.63.

(3)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, loc. cit. L'usage semble avoir joué un grand rôle dans la qualification du contrat de construction de navires. Cette influence est d'ailleurs favorisée, en ce cas, par l'étroitesse du marché et son caractère professionnel.

(4)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, loc. cit.

(5)Rappr. la clause fréquente des constructeurs automobiles selon laquelle la marque des pneumatiques ne peut être choisie par le client. Celui-ci n'a donc pas le pouvoir d'intervenir sur le choix des composants.

(6)Pour un inventaire plus complet, v. : L. BIHL, «Droit des hôtels, restaurants et campings», Litec 1981, p.117 et s. (client) et p. 122 et s. (restaurateur) ; L. BIHL, «Quand Lucullus dîne chez Themis», Gaz. Pal. 1974-1-p.90 et s., spéc. p. 91 ; E. CRISTINI, «Code des hôtels, restaurants et débits de boissons», p.103 et s. ; J.-L. FIOUX, «Droit des transports de personnes, Route. Rail. Agences de voyages», Delmas 1989, 0[9] et s., p.213 et s. ; A. LECAILLON, «La responsabilité de l'hôtelier et du restaurateur», Rev. huissier 1987, p.380.

(7)Et non un contrat complexe, cf. supra n°413 (note).

(8)Ph. MALAURIE et L.AYNES, op. cit., 1991, n°75.

cette question soutiennent une position inverse[1]. Le contrat de restaurant est très proche d'une vente sur catalogue. La carte ou le menu fixent à l'avance le résultat de l'activité du restaurateur auquel le client peut s'attendre. Celui-ci ne peut qu'accepter ou refuser ce qui lui est proposé, sous réserves de modifications mineures (viande saignante, à point...). La période de préparation du plat lui échappe complètement. Il faut d'ailleurs souligner que ce travail est d'une intensité extrêmement variable : si une recette rare nécessite une longue préparation, il suffit pour servir une tranche de foie gras de la sortir de sa terrine. Il est aisément compréhensible qu'une même opération, la fourniture d'un repas, ne peut voir changer sa qualification au gré du type de restaurants, de recettes et de composition du menu. La situation est juridiquement unique : le client ne peut désirer que le résultat et le contrat est une vente(2).

477.– Dans une troisième hypothèse, il est également légitime de présumer que le client a eu en vue le résultat, en raison de la nature particulière du travail accompli par l'entrepreneur. La situation se rencontre en premier lieu lorsque celui-ci s'engage à installer un objet qu'il fournit, que celui-ci constitue un meuble ou un immeuble par destination[3]. Les deux obligations de l'entrepreneur doivent être soigneusement distinguées. La fourniture de l'objet peut, selon les cas, constituer une vente ou un louage d'ouvrage. Mais de toute manière, c'est cette prestation qui constitue la cause de l'engagement du client : l'installation n'est qu'une obligation accessoire qui doit permettre ou faciliter l'usage de la chose. Cette prestation se rattache par sa nature au

---

(1)L. BIHL, op. cit., p.115-116 (contrat complexe mêlant intimement vente, entreprise (service), dépôt, louage, etc.) ; E. CRISTINI, op. cit., p.102-103 qui en déduit à juste titre l'application de la garantie des vices aux mets frelatés (p. 108 ; rappr. cep. p. 110) ; comp. en ce sens L. BIHL, chr. précitée, p.92 et 95 et plus nuancé ouv. précité, p.138 ; G. MEMETEAU, note citée infra B, 1.
La jurisprudence n'est pas ici d'un grand secours : l'existence d'un vice caché dans les aliments aurait pu lui permettre de consacrer la qualification de vente, mais lors des rares occasions où ce problème leur a été soumis, les tribunaux ont préféré se référer à la notion neutre d'obligation de sécurité (Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Civ., art. 1136-1145, Fasc. 3-1, n°55-56 ; J.-L. FIOUX, op. cit., 011 ; Tb. civ. Seine 17 juin 1959, JCP 1959, II, 11276 (qui refuse la qualification de vente pour accueillir une action en responsabilité destinée à réparer le dommage causé par un silex dans un plat d'épinards. L'action était intentée plus de 11 ans après le repas et l'éviction de la vente a surtout pour but d'éliminer le jeu de l'article 1648) ; TGI Poitiers 7 janvier 1969, D. 1969, p.175, note J. PRADEL ; et sur appel Poitiers 16 décembre 1970, JCP 1972, II, 17127, note G. MEMETEAU, RTD civ. 1971, obs. G. DURRY, p.665 et G. CORNU, p.676 ; TGI Saumur 2 mars 1978, JCP 1979, IV, p.348 (obligation de sécurité) ; Civ. 1e 2 juin 1981, Bull. civ., I, n°190 ; RTD civ. 1982, p.770, obs. G. DURRY ; Gaz. Pal. 1982-1-pan. p.9, obs. F. CHABAS.

(2)Une conception subjective de l'accessoire, qui s'attache à la cause du créancier, c'est-à-dire du client, circonscrit dès l'abord la discussion à la seule détermination de la nature de l'obligation de fournir les plats. Les prestations accessoires, qui n'ont pour but que de faciliter ou de permettre l'exécution de cette obligation, notamment celles concernant le service, n'entrent donc pas en ligne de compte, contrairement à la solution préconisée par MM. MALAURIE et AYNES qui font jouer le critère de valeur sur toutes les prestations du restaurateur, ce qui privilégie indûment la position du débiteur.

(3)Pour des immeubles, par nature, cf. infra n°490.

louage d'ouvrage. Si la fourniture relève également de cette convention, aucun problème de qualification ne surgit. Si elle s'analyse, en revanche, comme une vente, c'est cette nature que le contrat adopte dans son ensemble. L'installation occupe alors la place d'un accessoire par destination affecté à l'obligation de délivrance. En effet, le transfert de propriété d'une chose implique celui de son usage et les parties peuvent conventionnellement préciser les modalités de l'accord à cet égard : bien prêt à l'emploi, donc installé, ou bien livré tel quel, l'acheteur restant maître des conditions de sa mise en place (époque, lieu...). Il n'en demeure pas moins que l'acheteur a visé le résultat, c'est-à-dire l'acquisition d'un bien achevé et l'utilisation qui pourra en résulter. La solution est certaine en droit positif[1] et plusieurs décisions l'adoptent plus ou moins explicitement[2].

De même, il paraît difficile de considérer que le client a visé le présent et la construction, lorsque l'objet voulu est déjà achevé et que l'acheteur ne désire y apporter que quelques modifications ou aménagements. C'est d'ores et déjà le transfert de propriété du tout qui est recherché et l'obligation supplémentaire de faire pesant sur l'entrepreneur n'a pour but que de préciser le contenu de cette prestation, ou, plus exactement, de l'objet de cette prestation, à savoir le bien transmis[3]. Une analyse identique est applicable, dans l'hypothèse ou la chose n'est pas complètement terminée, mais où ses caractéristiques essentielles sont définitivement figées[4].

478.- 2/ Dans une seconde série d'hypothèses, la convention doit être qualifiée de louage d'ouvrage, parce que le client s'est engagé principalement en considération du travail que l'entrepreneur a promis d'accomplir. La mise en évidence de cette

---

(1) Les applications en sont innombrables : pose d'une moquette, branchement d'appareils électro-ménagers, etc.

(2) V. par ex. : Tb. com. Rouen 27 décembre 1957, précité (citernes à installer sur un navire) ; Rouen 7 juillet 1972, précité (adoucisseur d'eau) ; Com. 6 octobre 1975, Société Realtec/société Sielna, Mise à jour J.-Cl. Civ., n° 234 (ventes de machines destinées à une laverie et installées par le vendeur) ; Civ. 2e 2 juin 1979, D. 1980, IR, p.33 ; Rennes 4 janvier 1983, Juris-Data n° 40177 (vente et installation d'un groupe de climatisation) ; Civ. 1e 18 mars 1986, Bull. civ., I, n°75, p.72 (vente et installation d'un système d'alarme).
V. cep. Paris 19e ch. 29 septembre 1980, Juris-Data n° 508 (fourniture et pose d'une cheminée qualifiée de contrat mixte, mais la solution n'est pas contradictoire puisque l'entrepreneur devait aussi poser et installer le conduit de fumée, immeuble par nature) ; Paris 25e ch. 30 octobre 1981, Juris-Data n°27897 (vente et installation d'un système d'alarme qualifiée de contrat mixte, mais ici, l'affirmation est critiquable, puisque, par ailleurs, l'installation est considérée comme l'accessoire de la vente. La prise de position semble en réalité justifiée par l'unique souci de faire bénéficier le sous-traitant de la seule installation du bénéfice de la loi de 1975).

(3) Cf. Paris 31 mars 1981, Juris-Data n°23600 (vente d'un local commercial nu avec supplément de prix pour des travaux d'aménagement à réaliser, qualifié de contrat de vente d'un local commercial en état futur d'achèvement ou d'aménagement).

(4) V. pour un tableau presque achevé : Paris 10 mars 1947, Gaz. Pal. 1947-1-p.184 (contrat conclu sur une chose future).

volonté du maître de l'ouvrage peut s'appuyer sur de multiples indices, variant au gré des circonstances de fait. Cinq situations méritent d'être distinguées, sans que cette présentation ne soit nullement exhaustive.

479.– a) Il est tout d'abord normal, et nul n'en a jamais douté, que si l'obligation de fourniture est d'une importance dérisoire, tant en valeur, qu'en difficulté d'exécution[1], il convienne de présumer que le client a avant tout recherché l'accomplissement de l'obligation de faire. Critères subjectif et quantitatif de l'accessoire se rejoignent en l'occurrence[2] : aucun contractant raisonnable ne peut s'engager dans cette hypothèse en considérant prioritairement la matière fournie par l'entrepreneur. La conception mathématique de l'accessoire correspond à la volonté du créancier.

480.– b) Une solution similaire semble pouvoir être adaptée lorsque le client fournit une partie des matériaux. Comme le souligne M. Goubeaux[3], il devient difficile de soutenir que c'est le résultat qui a été directement recherché, puisqu'il faudrait admettre que le client achète ce qu'il a déjà : une partie de la matière. Les parties se sont donc placées nécessairement dans le présent et il paraît peu conforme à la volonté du client de supposer que parmi les prestations de l'entrepreneur, c'est la fourniture qui constitue la cause de son engagement : cette fourniture est partagée entre les deux contractants, et c'est donc le travail qui apparaît comme l'obligation originale, que le maître de l'ouvrage ne peut accomplir et qui a justifié qu'il s'adresse à un tiers[4].

481.– c) Dans une troisième situation, c'est la spécificité du travail qui permet d'affirmer que cette prestation est celle qui constitue la cause de l'engagement de son créancier. Les exemples qui vont être évoqués sont rarement étudiés en doctrine à l'occasion de l'examen de la qualification de l'entreprise avec fourniture de matière. Cette omission paraît regrettable, car ces illustrations sont très significatives de l'importance du but poursuivi par le client. En premier lieu, il n'est pas discuté que le contrat médical est une convention sui generis, variété moderne du louage d'ouvrage. Cette qualification est systématiquement retenue, quelle que soit la valeur des

---

(1)Même raisonnement pour les documents constatant des prestations intellectuelles (cf. J. GHESTIN, Rapport précité, n°9).

(2)Cf. supra n°346.

(3)Thèse précitée, n°152, p.227.

(4)Comp. Dijon 29 juin 1894, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1892-97, v° Vente, n°179-180 (refus de la vente et qualification sui generis d'un contrat par lequel un pépiniériste reçoit de son client des greffons, qu'il fixe sur des porte-greffes qu'il fournit, pour livrer l'ensemble au client contre rémunération).

prestations accessoires, de prothèses ou d'appareils (stimulateur cardiaque, par exemple), même si dans ces deux dernières circonstances, la sophistication désormais atteinte par les sciences médicales peut rendre l'exécution de ces obligations extrêmement coûteuses. Un raisonnement identique est appliqué pour le contrat de dentiste, qui reste une convention proche du contrat médical, malgré la valeur très importante des fournitures (couronnes en or, bridges, prothèses). Comment expliquer ces solutions ? La réponse est simple. En concluant le contrat, le patient considère avant tout la prestation de travail du médecin, ou du dentiste, parce que c'est elle qui commande l'efficacité de l'ensemble de la convention. Ce contractant espère principalement un diagnostic exact et le choix d'un traitement adapté. C'est là la phase décisive de l'accord et les prestations de fourniture qui en découlent n'en sont que la mise en œuvre pratique. C'est à l'occasion de cette première étape qu'entrent en jeu les qualités attendues essentiellement du praticien : compétence professionnelle, connaissance des développements scientifiques récents, maîtrise de l'adaptation des règles générales au cas particulier posé par le patient (recherche des contre-indications) etc. C'est donc l'obligation principale et caractéristique de soins(1) qui détermine la qualification du contrat et non les prestations de fourniture, qui constituent des obligations accessoires intégrées se rattachant selon les cas à la vente (stimulateur cardiaque) ou au louage d'ouvrage (prothèse dentaire spécialement conçue et adaptée à la mâchoire du client).

482.– Au risque de choquer, il est impossible de ne pas rapprocher cette hypothèse, des contrats de réparation d'objets matériels, de véhicules automobiles notamment. La qualification de louage d'ouvrage n'est ici pas discutée. Selon un auteur, cette solution s'impose, parce que «lorsque l'ouvrage porte sur une chose fournie par le maître, il ne peut y avoir vente, car l'entrepreneur n'apporte que son travail»[2]. L'affirmation est contestable. La fourniture de matière dans un contrat de réparation, n'est pas l'objet réparé, mais la pièce détachée installée. La confusion est identique à celle des auteurs anciens, qui dans le secteur immobilier, incluent le sol dans la matière[3]. Deux raisons complémentaires justifient, en réalité, le choix du louage d'ouvrage. Tout d'abord, comme pour les conventions portant sur le corps

---

(1)Rappr. la solution traditionnelle consistant à considérer que l'obligation de soins est une obligation de moyens et non de résultat, au contraire de l'obligation de fourniture (cf. pour les prothèses dentaires, infra n°1201). Bien entendu, les termes de moyens et de résultat n'ont pas ici la même signification. Ils traduisent bien cependant l'idée, que la guérison (futur) ne peut être considérée comme l'objet même de la prestation du praticien.

(2)B. BOUBLI, Rép. précité, n°16.

(3)Cf. infra n°486. Les mêmes tempéraments à la critique de cette analyse sont applicables.

humain, il n'est pas possible aux parties de viser le résultat : le garagiste ne s'engage pas à transférer la propriété d'un véhicule en état de marche. Ensuite, puisque c'est le présent qui est envisagé, la prédominance de la prestation de travail résulte, d'une part, du fait, qu'ici aussi, la phase de diagnostic de la panne, de son origine et des moyens d'y remédier est essentielle pour le client et que d'autre part, la prestation de fourniture reste incertaine tant au point de vue de son existence -un simple réglage peut suffire- que de son contenu -quelle pièce convient-il de remplacer-. Il importe de souligner que la jurisprudence adopte une qualification identique pour les contrats de maintenance[1].

483.– Les contrats de commande d'œuvre d'art constituent une dernière illustration de ces hypothèses de conventions où la spécificité du travail emporte la qualification de louage d'ouvrage. Cette solution est parfois contestée[2] mais le vieil arrêt de la Cour d'Hanoï semble de peu de poids en comparaison d'une décision de la Cour de cassation, intervenue ultérieurement, qui rejette la qualification de vente au profit d'une nature sui generis[3]. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence

---

(1) Cass. 13 juin 1866, DP 1866-1-p.426 (entretien d'une route. L'espèce est cependant particulière puisqu'elle intervient en matière immobilière et que l'entrepreneur était autorisé, selon la législation en vigueur à l'époque, à se fournir en matériaux...dans les propriétés longeant la route !) ; Paris 18 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985-1-p.221 (entretien d'un photocopieur - refus de la rescision pour lésion) ; Paris 21 janvier 1987, Juris-Data n° 20044 (moteur d'avion).

(2) PLANIOL, note citée infra ; conclusions DESJARDINS et rapport RAU cités infra ; Rép. civ., v° Louage d'ouvrage, édit. 1953, n°29 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°308, p.349, note 3 et n°141, p.156, note 2.

(3) Civ. 14 mars 1900, DP 1900-1-p.497, rapport RAU, conclusions DESJARDINS rejetant le pourvoi contre Paris 2 décembre 1897, DP 1898-1-p.465, note PLANIOL ; Paris 14 mars 1963, D. 1963, p.104, note P. ESMEIN.
Les décisions récentes confirment l'éviction de la vente, mais la référence au louage d'ouvrage ou à un contrat sui generis n'est pas tranchée (Civ. 1e 16 mars 1983, Bull. civ., I, n°101, p.88 (exclusion de l'article 1794 du Code civil, en raison du contenu de l'obligation) ; Civ. 1e 24 février 1987, D. 1988, p.97, note B. EDELMAN (décision très importante qui, sous le visa de l'article 1787, refuse de faire de la détermination du prix une condition de validité du contrat, solution radicalement incompatible avec la vente) ; rappr. supra pour des tableaux inachevés, Paris 10 mars 1947, précité).
En faveur d'une nature sui generis, fondée sur la spécificité du droit d'auteur, notamment de l'existence d'un droit moral : H. EL HADDAWI, «Le contrat de commande d'objet d'art et ses suites de droit», Thèse Poitiers 1959, p.55 et s. L'auteur réfute successivement la vente (cf. p.69) et le louage d'ouvrage (p.117 et s.), pour un contrat innommé (p.129 et s.). L'influence de la nature du droit est importante lorsque le contrat est exclusivement translatif (cf. infra n°??). Elle semble en revanche médiate pour un contrat d'entreprise dont la prestation caractéristique est une obligation de faire dont la nature n'est pas altérée par celle du droit en définitive acquis (v. d'ailleurs p.147 : «la définition et la formation du contrat ont beau ne pas se distinguer de celles du contrat de louage de services, leurs effets sont cependant différents dans une certaine mesure»). Si le travail de l'artiste est spécifique, il n'y a là qu'une spécialisation traditionnelle du contrat d'entreprise (cf. supra n°458 et infra n°484).
Dans tous les cas, il est désormais acquis que le refus de livrer la toile même terminée est liée au droit moral de divulgation de l'artiste (v. par exemple : P. ANCEL, «L'indisponibilité des droits de la personnalité», Thèse Dijon 1978, n°222 et s. ; C. COLOMBET, «Mécénat et propriétaire

justifient cette solution par l'application du critère de la valeur : la toile et la peinture sont d'un coût moins important que celui du travail de l'artiste[1]. L'argument est en réalité secondaire et il ne vaut pas toujours, notamment pour les sculpteurs : il suffit d'imaginer la commande d'une statue en or ou celle de la compression d'une Rolls-Royce par César... La recherche de la cause du client permet de négliger cette considération. Il ne fait aucun doute que la matière ne justifie pas l'engagement de ce contractant. C'est le coup de pinceau du peintre qui importe et non la couleur qu'il a étalée sur la toile ; c'est la forme de la statue, telle qu'elle résulte du travail de l'artiste qui prédomine et non le matériau utilisé. La personnalité du peintre ou du sculpteur, son talent, son imagination, sont déterminantes et c'est dans l'obligation de faire que ces éléments se matérialisent. Réduire la convention à une simple considération du résultat, la toile ou la sculpture achevée méconnaîtrait la spécificité de ces contrats dont le but premier est d'aboutir à une création originale(2). Cette hypothèse est riche d'enseignement, car elle prend à contre-pied la critère de la conception. C'est l'artiste qui conçoit la toile et pourtant le contrat n'est pas une vente. Cette situation est en réalité parfaitement logique. L'activité intellectuelle de conception se rattache au louage d'ouvrage, or, c'est justement cette conception, dont il va découler une création, qui constitue la cause de l'engagement du client. Dans un portrait, par exemple, la toile n'est pas envisagée comme une reproduction stéréotypée et pour tout dire photographique d'un visage, mais comme le produit de la vision et de l'imagination du peintre.

484.– d) Ces premières indications permettent d'appréhender d'une manière un peu renouvelée la distinction de l'entreprise et de la vente dans le secteur industriel. La perspective doit rester la même ; il convient de rechercher la prestation de l'entrepreneur qui constitue la cause de l'engagement du client. La priorité reconnue à l'obligation d'accomplir un travail peut résulter de différents indices[3].

---

littéraire et artistique», Mélanges HOLLEAUX, p.61 et s., spéc. p.62 ; D. 1992, somm. p.14, obs. sous TGI Paris 2 mai 1990), qui existe quelle que soit la qualification retenue.

(1)Colmar 24 avril 1980, Rev. Jur. Alsace-Lorraine, 1980, p.135 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°406, p.337. Comp. H. EL HADDAWI, Thèse précitée, p.115, qui ne semble pas retenir un critère quantitatif.

(2)Toute idée de vente n'est pas pour autant à écarter : attiré par la notoriété du peintre, le client peut seulement désirer une toile, quel que soit son sujet.

(3)V. Com. 4 juillet 1989, Bull. civ., IV, n°210, p.141 ; JCP éd. N 1991, II, p.177, note Y. DAGORNE-LABBE. L'arrêt retient comme indice la possibilité pour le client de faire des contrôles en cours de fabrication. L'argument doit être utilisé avec prudence : ce genre de contrôle est réalisé pour les avions par les compagnie aériennes, or il n'est pas douteux dans cette hypothèse que le contrat est une vente. Il est vrai que l'arrêt du 4 juillet 1989 relève bien d'autres indices plus déterminants. V. aussi Civ. 3e 19 juin 1991, D. 1991, IR, p.208 ; Rev. dr. imm. 1991, p.479, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI (l'arrêt suscite un certain malaise, car l'hypothèse

En premier lieu, ce critère semble conférer un fondement logique à la tendance récente qui se manifeste, tant en jurisprudence en matière de sous-traitance[1], qu'en doctrine[2], de privilégier la qualification de louage lorsque l'objet produit correspond à des besoins spécifiques du client de l'entrepreneur. Ce refus d'un produit standardisé permet de présumer que ce n'est pas le résultat, mais les moyens d'y parvenir qui ont été pris en compte par les parties. Dans cette phase de fabrication, la fourniture de matière passe au second plan : c'est par son travail, d'une certaine manière unique, que l'entrepreneur va pouvoir satisfaire le souci particulier exprimé par son client. L'exemple le plus caractéristique de cette situation est la confection d'un costume sur mesure[3]. Le travail du tailleur constitue la cause de l'obligation de son vis-à-vis, parce que c'est par la prise des mesures, par les essayages successifs et les rectifications qu'il sera nécessaire d'apporter, que se réalise le désir manifesté par ce dernier de posséder un vêtement qui lui soit spécifiquement adapté. Qualifier une telle convention de vente paraît donc extrêmement critiquable. A la décision qui en a décidé ainsi[4], il convient de préférer celle qui qualifié de louage d'ouvrage, la convention de ferrage d'un cheval : tout le succès de l'opération réside en cette hypothèse dans la qualité de l'adaptation du fer au sabot du cheval ; c'est le tour de main du professionnel qui est déterminant.

Il n'est pas surprenant, par conséquent, que la qualité de l'entrepreneur puisse parfois constituer un indice en faveur du louage. Lorsque le travail s'avère extrêmement complexe[5], s'il met en jeu, par exemple, des technologies de pointe, il semble naturel de présumer que le client s'est adressé à l'entrepreneur en considération de sa compétence technique dans l'exécution de ce travail. Cette maîtrise se manifeste dans l'obligation de faire, voire même dans l'emploi de certains matériaux particulièrement difficiles à travailler, mais non dans la fourniture même de ceux-ci (au sens d'un transfert de propriété). Ce critère permet par conséquent de régler les difficultés exposées par le groupe de travail sur la sous-traitance, lorsque les alliages employés dans ces technologies de pointe sont d'un coût très élevé : en tout état de cause, le contrat restera un louage d'ouvrage[6].

---

ressemble fort à une sous-traitance industrielle) le produit étant standardisé selon un procédé du donneur d'ordre).

(1)Cf. la jurisprudence citée supra n°458 (note).

(2)J. HUET, note D. 1986, p.499 ; J. GHESTIN, Rapport précité n°14-15.

(3)Tb. com. Seine 8 avril 1949, D. 1950, somm., p.16 ; rappr. Tb. civ. Seine 6 avril 1925, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1925-1930, v° Vente en général, n°16.

(4)Tb. civ. d'Arras 16 mars 1938, Gaz. Pal. 1938-1-Tables, Louage, n°116.

(5)V. par ex. : Amiens 30 juin 1986, Juris-Data n°47433.

(6)Rapport précité, n°7 et n°12 ; B. GARRIGUES-FAY, Thèse précitée, p.30.

485.– e) Le critère de conception, s'il garde une certaine valeur, prend par conséquent un rôle variable[1]. Un conception par le fabricant peut être un indice d'un travail en série, qui oriente le contrat vers la vente. Mais cette conception même peut avoir été recherchée par le client, auquel cas le contrat est un louage. Inversement, une conception par le client peut correspondre à une spécificité de besoins, qui justifie l'adoption d'une qualification de contrat d'entreprise. Le raisonnement n'est pas, cependant, systématique, notamment en matière de sous-traitance industrielle. Les constructeurs d'automobiles commandent de très nombreuses pièces à des sous-traitants. Ils ont souvent conçu ces pièces, pour les adapter à un de leur modèle : vitres, tableau de bord, etc. Le contrat n'en demeure pas moins une vente. L'explication de cette solution se comprend facilement : une fois l'élément conçu, c'est bien une fabrication en série que le constructeur espère. C'est donc, en l'occurrence, le résultat, le produit fini, qui est visé par ce contractant. L'influence du contrat principal se fait sentir : c'est parce que le constructeur de véhicules lui-même réalise une production standardisée qu'il commercialise par le biais de contrats de vente, que la cause de son engagement dans le contrat passé avec le sous-traitant s'attache plus particulièrement au résultat. Il paraît intéressant de transposer ce raisonnement à la véritable sous-traitance de marchés. Il a déjà été souligné que, pour les immeubles par destination, une application stricte des principes jurisprudentiels classiques conduit à qualifier certaines de ces sous-contrats de vente, même si le sous-traitant les installe sur le site[2]. Un critère tiré de la cause de l'entrepreneur principal permet d'arriver à un résultat différent, conforme aux vœux du sous-groupe de travail-immobilier. Pour l'entrepreneur principal, le sous-traité n'apparaît que comme une exécution partielle du contrat qu'il a conclu avec le maître de l'ouvrage. Or, cette dernière convention est, par application des critères immobiliers, un contrat d'entreprise. Cette circonstance objective, pourrait conduire à considérer, qu'en s'engageant vis-à-vis du sous-traitant, c'est l'élément travail qui l'emporte. L'entrepreneur principal est le créancier des obligations multiples, il n'est donc pas étonnant que les particularités de sa situation, connues du sous-traitant, soient prises en compte dans la qualification de la convention. Bien entendu, un tel raisonnement a des limites. Il nécessite en particulier l'existence de deux prestations : il n'en résulte, qu'en l'absence d'installation, le

---

(1)Depuis les interventions législatives récentes, le louage d'ouvrage en matière immobilière est réservé (dans le secteur protégé) aux maisons dont le plan est fourni par le maître de l'ouvrage. Si le constructeur fournit le plan, il s'agit d'un contrat de construction de maison individuelle (cf. infra n°952). Or, cette convention est pour la jurisprudence... une variété de louage d'ouvrage (Crim. 20 décembre 1978, Bull. crim. n°361). Ceci confirme le rôle variable de ce critère.

(2)Cf. supra n°458 et infra n°974 et s.

contrat de fourniture d'un objet standard ne comprend qu'une vente et la qualification de louage est nécessairement exclue.

Pour finir, il convient d'ajouter que si toutes ses recherches se sont avérées infructueuses et si la volonté du client de l'entrepreneur reste incertaine, il est toujours possible d'utiliser à titre subsidiaire le critère de la valeur. A défaut d'intervention contraire manifestée par les parties, il redevient concevable de considérer que ce contractant s'est engagé avant tout en considération de la prestation de l'entrepreneur dont la valeur (ou pour lui, le coût) est la plus élevée.

B) La construction immobilière

486.– L'examen des solutions retenues en droit positif dans le domaine immobilier en particulier lorsque l'entrepreneur construit sur un terrain appartenant au maître de l'ouvrage, fait apparaître un paradoxe : alors que la qualification adoptée en jurisprudence n'est plus discutée, son fondement ne laisse pas de poser problème. Aucun des multiples arguments avancés en sa faveur n'est véritablement satisfaisant.

Tel est le cas bien entendu, du plus ancien d'entre eux, qui consiste à prétendre, qu'en fournissant le terrain, le maître de l'ouvrage apporte l'essentiel de la matière[1]. Des auteurs récents semblent conserver cette analyse[2], alors que la critique de cette conception, dans son acception stricte, n'est plus à faire. Planiol, le premier, a clairement indiqué que la matière fournie par l'entrepreneur, ne concerne que les matériaux nécessaires à la construction[3]. Seuls ces éléments voient leur propriété transférée, alors que le terrain continue en tout état de cause à appartenir au maître. Autrement dit, le sol n'est l'objet d'aucune prestation ni de la part du maître, ni de la part du constructeur, sauf à considérer que d'une certaine manière, le maître de l'ouvrage doit laisser à l'entrepreneur la jouissance du terrain indispensable à la réalisation de l'édifice : il s'agit là, cependant, que d'une obligation accessoire analogue à celles pesant sur le vendeur d'herbes ou de matériaux à extraire, qui

---

(1)La situation se rapprocherait alors de celle rencontrée en matière mobilière, lorsque la fourniture de matière est partagée entre les deux parties (cf. supra n°480). La qualification la plus adaptée paraît effectivement dans cette hypothèse celle de louage d'ouvrage.

(2)Rép. civ., v° Louage d'ouvrage, édit. 1915, n°550 ; RIPERT et BOULANGER, op. cit., loc. cit. ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.91 ; T. HASSLER, Thèse précitée, p.274 et note 1, p. 277 ; Ph. MALAURIE et L.AYNES, op. cit., 1991, n°76 ; F. STEINMETZ, Thèse précitée, n°41 (avec des nuances). Adde, pour un raisonnement voisin, à propos du contrat de construction de maison individuelle : J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ, obs. Rev. dr. imm. 1980, p.442.

(3)PLANIOL, note précitée, DP 1912-1-p.113 ; ouv. précité, T.11, n°912 et s. et à sa suite : COSTES, Thèse précitée, p.94-95 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°413-414, p. 340-341 ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°151, p.225.

doivent laisser pénétrer l'acheteur sur leur propriété afin que celui-ci puisse procéder à l'exécution de son obligation de retirement.

487.- L'utilisation de la théorie de l'accession, à elle seule, et dans sa conception maximaliste, ne permet pas de déterminer à coup sûr la nature de la convention[1]. Il paraît inexact de considérer que cette technique fait disparaître du contrat tout transfert de propriété. Certes, par son incorporation, le matériau devient un immeuble par nature, quel que soit son propriétaire, mais il convient d'ajouter que le mécanisme joue a fortiori si ces matériaux appartiennent au maître de l'ouvrage. Rien n'empêche de considérer par conséquent, que la propriété des matériaux, chose de genre est transmise par l'entrepreneur au maître lors de cette incorporation. Dans l'opinion inverse, il demeure de toute manière à la charge de l'entrepreneur, une obligation de fournir les matériaux, dont il faut bien déterminer si elle constitue ou non son obligation principale.

488.- Devant ces insuffisances, il est nécessaire de tenter de découvrir d'autres explications. Plusieurs arguments peuvent être invoqués. La solution peut être justifiée tout simplement par l'usage ou la coutume. Il y aurait là une solution traditionnelle en droit français, façonnée par des décennies de jurisprudence constante et par l'acceptation de la règle dans la pratique. Le fondement est peut être un peu court et il se heurte à la difficulté théorique de la reconnaissance de coutumes d'origine prétorienne. Pour certains auteurs, cette qualification résulterait plus banalement, de l'application du critère tiré de la valeur des prestations de l'entrepreneur : selon eux, en matière immobilière, c'est toujours le poids de la main d'œuvre qui prédominerait[2]. L'assertion n'est cependant pas facile à établir, et la répartition est en réalité difficilement appréciable ; elle risque en tout cas de dépendre du mode de construction et du type d'ouvrage construit.

489.- En s'attachant à rechercher la cause de l'engagement du client de l'entrepreneur, le raisonnement peut prendre une autre direction. Si le maître de l'ouvrage est censé considérer le présent et non le résultat futur, et si dans l'opération de construction, c'est le travail qu'il a plus particulièrement en vue, c'est pour une bonne part parce qu'il est propriétaire du sol. Les travaux immobiliers sont longs et complexes, mais à l'inverse de la matière mobilière où le client peut s'abstraire de ces considérations, puisque cette phase se déroule dans les locaux de l'entrepreneur, en

---

(1)Cf. infra n°823 et s.

(2)B. BOUBLI, Rép. précité, n°17 et les références citées.

matière immobilière, elles prennent une importance accrue : c'est sur le terrain même du client que se réalise l'ouvrage. C'est sur sa propriété qu'il va voir s'établir un chantier, le privant de la jouissance du sol pendant toute cette période. Ceci explique d'ailleurs le retour à la qualification de vente lorsque l'entrepreneur fournit le terrain et la nécessité d'une loi pour réintroduire alors l'élément construction dans la convention.

Une autre solution consisterait également à utiliser le critère de conception. Le plus souvent en matière immobilière, l'édifice construit est spécifiquement adapté aux besoins du maître de l'ouvrage, qui a fait réaliser à cet effet des plans par un architecte. L'argument serait renforcé a contrario, par la consécration législative d'un contrat de construction de maison individuelle, proche du contrat d'entreprise : il a fallu une loi pour consacrer cette proximité, puisque dans cette convention, c'est le constructeur qui procure obligatoirement les plans[1]. Un tel raisonnement ne fait pas l'unanimité[2], et il n'est pas certain qu'il rende compte de l'ensemble du droit positif, certains entrepreneurs assurant la conception de l'ouvrage sans que la qualification de contrat d'entreprise soit remise en cause.

Reste alors une dernière explication, inspirée de l'accession. A cause de ce mécanisme, la fourniture de matériaux est dénaturée ; d'un transfert de propriété, elle se mue en obligation de faire : incorporer ces matériaux au terrain. L'élément vente disparaît du contrat qui ne contient plus que des prestations de travail : la qualification de louage d'ouvrage est alors inévitable. Une telle argumentation paraît cependant artificielle et peu conforme à la volonté des parties. Il est en particulier difficile d'expliquer pourquoi la fourniture de matière change radicalement de nature selon que l'ouvrage promis est mobilier ou immobilier. Le comportement de l'entrepreneur est dans les deux cas similaires : il puise dans ses stocks ou achète les matériaux à un grossiste, puis il les assemble. L'éviction de toute idée de transfert volontaire de propriété semble d'autre part condamnée, depuis que l'Assemblée plénière a reconnu au maître de l'ouvrage le droit d'agir directement, par une action contractuelle, contre les fournisseurs de l'entrepreneur, en assimilant directement sa situation au sous-acquéreur[3]. Il est difficilement concevable que la seule accession puisse suffire pour justifier cette transmission d'action[4].

---

(1)Mais une loi récente étend cette qualification aux contrats sans plan (cf. infra n°686 (note) pour des références).

(2)J. GHESTIN, Rapport précité, n°33 ; B. BOUBLI, Rép. précité, n°20.

(3)Ass. plén. 7 février 1986, D. 1986, p.293, note A. BENABENT ; JCP 1986, II, 20616, note Ph. MALINVAUD ; RTD civ. 1986, p.605, obs. Ph. REMY ; cf. infra n°1192.

(4)Contra : Ph. MALINVAUD, note JCP 1985, II, 20387 sous Civ. 1e 29 mai 1984.

490.– Devant cette surabondance d'explications, deux attitudes sont concevables. Il est possible en premier lieu de soutenir, que c'est la totalité de ces arguments, regroupés en un faisceau d'indices, qui assure indéfectiblement la qualification de louage d'ouvrage. Ces indices sont soudés par l'usage et les nécessités pratiques : un secteur économique aussi important que le bâtiment ne peut tolérer une qualification incertaine. Ce serait donc l'exigence d'une solution pratique sûre, qui aurait entraîné la solidification de ces diverses explications en un critère simple et incontestable.

Il est toutefois permis de préférer une prise de position moins indifférenciée, qui reprend certains des arguments précédents, en leur assignant, toutefois, une place plus précise dans le raisonnement global. Il convient, dans un premier temps, de déterminer si le propriétaire du terrain a visé le présent ou le futur, la construction dans son déroulement ou le résultat. Envisager l'immeuble construit indépendamment du sol est théoriquement concevable[1]. La Cour de cassation a cependant nettement écarté cette possibilité, qui aurait conféré à l'entrepreneur la propriété de l'ouvrage en cause[2]. C'est à ce stade du raisonnement qu'intervient la théorie de l'accession. Ce mécanisme ne supprime pas l'existence d'un transfert volontaire de propriété des matériaux. Il ne dénature pas ce transfert en obligation de faire. L'accession n'exerce en l'occurrence qu'une influence limitée sur la date du transfert de propriété : celui-ci ne peut être repoussé à l'achèvement de l'immeuble ou à sa réception, il s'exécute au fur et à mesure de l'incorporation des matériaux au terrain. Il devient par conséquent impossible de considérer que le propriétaire du sol a visé le résultat, l'acquisition de l'édifice global, puisqu'en réalité, il devient propriétaire de l'ouvrage de manière «continue». Cette délimitation du rôle de la théorie de l'accession n'est pas sans conséquence. Elle assouplit en particulier la rigueur du critère jurisprudentiel de l'immeuble par nature. C'est «l'étalement» du transfert de propriété des matériaux qui empêche les parties d'avoir en vue le résultat. Cette impossibilité n'existe plus, lorsqu'un objet fini est incorporé tel quel au sol. Ainsi, un poteau planté en terre est un immeuble par nature. Si le fournisseur s'engage de surcroît à le planter (ex : clôture), il n'est plus certain que le contrat soit un louage. Incorporation et transfert de propriété du tout sont alors très proches et il n'est plus exclu de considérer que le creusement des trous n'est qu'une modalité accessoire de la délivrance des poteaux, venant compléter et préciser leur destination. Certes un tel raisonnement a été condamné par la Cour de cassation en 1973 pour une maison préfabriquée. Il semble cependant que

---

(1)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, note 73, p.227.
(2)Civ. 3e 23 avril 1974, précité.

cette hypothèse de fait est désormais réglée par le contrat récent de construction de maisons individuelles. Pour le reste, il ne paraît pas indispensable qu'un faible travail d'incorporation, entraîne à lui seul une disqualification d'un contrat de fourniture en louage d'ouvrage. De ce point de vue, une différence de traitement entre les immeubles par nature et par destination semble artificielle.

491.- A partir du moment où le propriétaire du sol n'a pas pu avoir en vue, selon la jurisprudence, le résultat, il convient alors de rechercher, quelle est la prestation qui a justifié avant tout son engagement : le travail accompli par l'entrepreneur où la fourniture des matériaux. La solution résulte ici d'une conjugaison de divers indices. En premier lieu, les travaux immobiliers sont toujours longs et sont souvent complexes. Ensuite, l'usage paraît avoir, en cette matière, un grand rôle : la préférence donnée au travail est une tradition du droit français, alors qu'à l'inverse, c'est la vente qui était l'habitude dans la construction des navires. Enfin, c'est la qualité de propriétaire du sol qui laisse à penser que le client de l'entrepreneur considère avant tout l'exécution du travail. Cette obligation va s'exécuter sur sa propriété, il peut en surveiller l'avancement, mesurer l'adéquation de l'édifice en cours à ses prévisions. Certes, il n'est pas tenu de le faire et peut se désintéresser de l'accomplissement des travaux. Là n'est pas l'important. En effet, alors que dans la vente, le vendeur peut tenir l'acheteur à l'écart de la phase de fabrication, dans la construction sur le terrain du maître, cette éviction n'est pas possible. Ceci justifie d'ailleurs le retour à la qualification de vente lorsque c'est l'entrepreneur qui fournit également le terrain[1]. Le sol, exclu de l'objet des prestations, n'est pas à proprement parler inclus dans la cause des obligations des parties[2]. Il constitue un indice objectif qui permet de choisir parmi les différentes représentations causales de son propriétaire. La situation se rapproche curieusement des contrats de réparation et du contrat médical où les prestations de travail et de fourniture -pièces détachées ou prothèses- interviennent sur un objet ou sur un corps humain préexistants, et que la convention ne fait, en quelque sorte, que modifier. Le terrain est considéré comme un élément fondamental qui n'est en définitive que complété par l'édifice qui s'y adjoint. L'analyse n'est plus économiquement justifiée, mais elle marque la prédominance traditionnelle du sol en droit français.

---

(1)Sur l'hypothèse où le terrain n'appartient ni à l'entrepreneur, ni au maître de l'ouvrage, cf. T. HASSLER, Thèse précitée, p.275, qui estime que la solution traditionnelle en matière immobilière doit se maintenir.

(2)En ce sens G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°153, p.228 ; contra : F. TERRE, Thèse précitée, n°414, p.341.

Conclusion du chapitre

492.– L'examen de conflits concrets de qualifications confirme donc la conclusion précédemment exposée : la hiérarchisation d'obligations multiples est assurée par la cause de leur créancier. Un tel critère présente deux avantages que les quelques exemples choisis illustrent parfaitement.

Il permet tout d'abord de rendre compte d'un très grand nombre d'hypothèses, y compris celles qui ne soulèvent aucune discussion, comme l'exemple de l'entreprise avec fourniture de matière a pu le montrer. Si les cas extrêmes et litigieux obligent souvent à l'affinement des notions plus générales, il ne convient pas pour autant de les surévaluer en négligeant la masse des situations qui ne suscitent pas le contentieux.

Ensuite, l'utilisation de la cause du créancier respecte un certain équilibre entre la variété des mobiles subjectifs et les nécessités catégoriques qui aboutissent à privilégier des finalités objectives. L'examen de la qualification de l'échange avec soulte indique clairement que la référence à la cause du créancier de l'obligation de somme d'argent peut permettre aux mobiles de ce dernier d'agir sur la qualification de façon raisonnable, puisque le choix reste limité (vente ou échange) et que le mobile doit être commun. Inversement, comme le montre le cas du déménagement, la structuration, pour ainsi dire naturelle, de bon nombre de complexes d'obligations, en raison des liaisons causales non réversibles qui se nouent entre leurs diverses prestations, est un moyen d'assurer une certaine homogénéité des qualifications pour une situation de fait donnée. Dans certaines hypothèses, il est difficile de vouloir autre chose que l'agencement naturel des prestations. Paradoxalement, le critère quantitatif de l'accessoire paraît souvent plus souple et plus incertain. Si cette conception peut sembler réductrice des volontés des parties, d'un autre coté elle leur rend hommage, en considérant que ces volitions ne peuvent être incohérentes. Il convient d'ailleurs d'ajouter que l'organisation naturelle et objective des rapports de causalité dans ces hypothèses non réversibles présente un avantage considérable : elle place sur un pied d'égalité les deux contractants pour lesquels de tels schémas sont facilement «lisibles», au contraire de certains accessoires mathématiques dont le débiteur maîtrise seul les éléments.

Conclusion du Sous-titre 2

492.– La recherche des éléments des structures de qualification contractuelle aboutit à dresser un inventaire des obligations ou des prestations assumés par les

contractants. La hiérarchisation des obligations de chaque partie procède déjà d'une certaine organisation du contrat. Si les contractants ont toujours de multiples finalités en vue, ils ne confèrent pas à celles-ci la même importance. Ils ne donnent leur accord qu'en vue de certains objectifs prioritaires, limités en nombre, qui permettent de sélectionner quelques obligations principales censées les traduire juridiquement. Cependant, une telle structuration est insuffisante et la mise en évidence de structures de qualification nécessite de nombreux compléments d'analyse.

SOUS-TITRE 3

LA STRUCTURE DE QUALIFICATION

494.– Au terme des développements qui précèdent, une rapide synthèse s'avère nécessaire.

La qualification d'une convention dépend en premier lieu de l'existence et de la nature des obligations assumées par les parties (sous-titre 1). Deux particularités du droit positif français viennent perturber le jeu de ce principe. La notion de contrat réel, tout d'abord, porte atteinte à l'existence de certaines obligations : elle fait disparaître l'obligation de remise de la chose objet d'une des prestations, que contiendrait normalement la convention, dans une analyse consensuelle. Ensuite, la conception française des transferts de droits contrarie la nature habituelle des éléments contenus dans la structure d'obligations caractéristique de chaque contrat : il ne s'agit pas, systématiquement, d'une obligation mais parfois d'une simple prestation, un effet direct de l'échange des consentements. Du seul point de vue de la qualification, ces deux théories, par les distorsions qu'elles engendrent, pourraient être abandonnées. Toutefois, si cette remise en cause paraît indispensable, pour les contrats réels, elle est moins importante pour l'obligation de donner ; en effet, la disparition d'une obligation entraîne un vide dans la structure du contrat, plus difficile à combler que la simple dénaturation d'un élément.

La qualification d'un contrat dépend ensuite de l'importance des obligations (ou des prestations) assumées par les contractants. Toutes les obligations promises, par une partie ne se situent pas toujours sur le même plan, d'un point de vue structurel, et il convient par conséquent de les hiérarchiser (sous-titre 2). Si au terme de cette

opération, chaque contractant n'a stipulé qu'une seule obligation principale, la convention possède une structure simple ou mixte par opposition (échange)[1]. Si une des parties, voire les deux, ont stipulé deux ou plusieurs obligations principales, le contrat est mixte par addition[2].

495.– En combinant ces deux approches, il apparaît que, toute convention réunit deux ensembles d'obligations(3), qui regroupent chacun toutes les obligations assumées par un même contractant. Chaque ensemble peut être spécifié par le nombre, la nature et la hiérarchisation des obligations qui le composent. Ces ensembles ne sont pas, cependant, indépendants l'un de l'autre, et leur connexité ne se résume pas à leur intégration dans un contenant plus vaste : le contrat. L'étude du critère permettant de déterminer l'obligation principale d'une partie, a permis de montrer, qu'en réalité, des liens extrêmement importants se tissent entre les engagements des contractants figurant dans ces ensembles. C'est en effet la cause de l'engagement du créancier des prestations multiples qui détermine quelle est la prestation essentielle de l'autre partie. C'est également la cause des obligations de second rang, qu'elle soit finale ou efficiente, qui permet de justifier leur nature accessoire et d'indiquer l'obligation à laquelle elles se rattachent. A tous les niveaux, donc, des relations causales se nouent entre prestations, qu'elles soient principales ou accessoires, assumées par des contractants différents ou identiques.

496.– Résumer une convention à deux ensembles antagonistes d'obligations est donc insuffisant : les constatations précédentes consacrent l'existence d'une véritable structure globale d'obligations, dont la définition pourrait être celle-ci : «organisation causale du complexe d'obligations ou/et de prestations effectivement stipulé par deux contractants»(4). Le contenu de cette structure globale appelle diverses précisions techniques, qui rejoignent quelques interrogations doctrinales classiques, relatives à la classification des contrats synallagmatiques et unilatéraux[5].

---

(1)Sur les contrats mixtes par opposition, cf. infra n°1226.

(2)Sur les contrats mixtes par addition, cf. infra n°1308 et s. Le contrat peut être, simultanément, mixte par addition et par opposition.

(3)Ou de prestations... L'un des ensembles peut être vide, dans l'hypothèse d'un contrat unilatéral.

(4)L'adjonction du terme «effectivement» tient à souligner que le concept de structure globale concerne les accords concrets conclus par deux parties ; il s'oppose donc à la structure de qualification proprement dite, qui caractérise une catégorie légale de convention, à laquelle est rattachée un régime juridique spécifique. Les structures globales sont donc d'une infinie diversité, au contraire des structures de qualification.

(5)Sur la doctrine relative aux contrats synallagmatiques : R. HOUIN, «La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux», Thèse Paris, 1937 ; AUBRY et RAU, T. IV, 4e édit., § 341, p. 415 ; A. BENABENT, «Les obligations», 1991, n°18 ; L. BOYER, Rép. civ., v° Contrats et obligations, n°44 et s. ; J. CARBONNIER, «Droit civil», 1991, T.4, § 15 et § 19 ; COLIN et

Pour certains auteurs[1], la nature synallagmatique d'une convention dépend avant tout de ses obligations principales. La doctrine moderne semble adopter une conception plus extensive et elle préfère faire de cette classification une notion fonctionnelle : selon la nature du problème envisagé (formation, preuve, exception d'inexécution, résolution), les prestations retenues seront plus ou moins nombreuses[2]. Le concept de structure globale se rattache à l'évidence aux solutions extensives[3]. Elle concerne en effet les accords concrets, stipulés par les parties dans toute leur diversité. Elle constitue, de surcroît une étape préparatoire à la qualification de la convention. Or la détermination de la nature d'un contrat ne peut s'opérer que sur un ensemble d'obligations global, non épuré : c'est la qualification proprement dite qui se chargera ultérieurement d'une sélection. La structure globale d'un contrat déterminé s'appuie donc sur la totalité des obligations découlant de la convention[4], quelles que soient leur importance (principale ou accessoire), leur origine (conventionnelle ou légale supplétive)[5] ou leur modalité (terme ou condition)[6].

CAPITANT, T.2, 10e édit., n°23 et s., p. 19 et s. ; J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°10 et s. ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°193 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°313 et s. ; J.-P. MARTY, J.-Cl. Civ., art. 1101-1108, n°49 et s. ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», T.1, 2e édit., n°64 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, T.2., Vol. 1, 8e édit., n°96 et s. ; PLANIOL et RIPERT, T.6, 2e édit., n°33 et s., p.35 et s. ; RIPERT et BOULANGER, T.2, 4e édit., n°69 et s., p.28 et s. ; R. SAVATIER, «La théorie générale des obligations», 4e édit., n°130 et s., p.175 et s. ; B. STARCK par ROLAND et BOYER, 3e édit., n°83 et s. ; WEILL et TERRE, «Les obligations», 1986, n°34 et s.

(1)Cf. par ex : AUBRY et RAU, op. cit., loc. cit. ; déjà POTHIER, «Traité des obligations», T.2., n°9, p.9 ; rappr. J. CARBONNIER, op. cit., § 15 in fine et le renvoi § 59.

(2)WEILL et TERRE, op. cit., n°37 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°65 ; J.-P. MARTY, J.-Cl. précité, n°55 ; rappr. MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°97 in fine.

(3)C. LARROUMET, op. cit., n°195, note 18, p.179 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°65 ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.153.

(4)Rappr. l'expression de «contenu obligationnel d'un contrat» utilisée par P.-A. CREPEAU, Rev. Barreau canadien 1965, XLII, p.1 et s.

(5)V. pour une obligation impérative légale : Civ. 3e 13 juin 1990, AJPI 1990, p.782 ; D. 1990, p.465, note Ph. DUBOIS (à propos de l'application dans le temps de la loi du 6 janvier 1986 sur l'agrément du sous-traitant).

(6)Deux remarques s'imposent :

- L'examen traditionnel de l'influence de la volonté des parties sur le caractère synallagmatique devient ici sans objet : la structure globale intervient après cette action et sans référence à une catégorie préétablie. Si l'on se réfère cependant aux structures globales courantes, en tant qu'élément de comparaison, il est certain que la structure globale est soumise en permanence à la volonté des contractants (rappr. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°132, p.199), ce qui l'oppose radicalement à la structure de qualification, cf. infra n°536.
- une présentation chronologique structure globale puis structure de qualification est approximative, mais elle ici utilisée par souci de simplicité. En effet, le choix d'une qualification déclenche l'application d'obligations accessoires légales supplétives, qui a posteriori, viennent s'intégrer dans la structure globale. Avant la qualification, la structure globale est donc incomplète. Elle comprend : les obligations principales et accessoires conventionnelles ou légales (qui ne dépendent pas de la qualification).

497.– Toutefois, cette appréciation large ne peut se réaliser qu'au moment de la formation du contrat, date à laquelle celui-ci est toujours qualifié. Toutes les discussions sur l'évolution du caractère synallagmatique ou unilatéral de la convention, à la suite de son exécution partielle sont donc a priori sans influence en l'espèce[1]. La solution est certaine quant à la transformation d'un contrat synallagmatique en contrat unilatéral, dès lors qu'une de ses obligations a été exécutée[2]. Elle est, en revanche, plus discutable, pour les contrats dits «synallagmatiques imparfaits». Dans certaines conventions unilatérales (dépôt, mandat, commodat, gage), la survenance d'un événement postérieurement à la formation de l'accord peut faire naître, dans l'opinion classique, une obligation nouvelle à la charge du contractant qui jusqu'alors n'en assurait aucune. Ainsi, le déposant est tenu d'indemniser le dépositaire des frais que celui-ci a pu exposer pour conserver la chose (art. 1947 C. civ.) et le Code pose une règle identique pour le prêteur et la gagiste (art. 1890 et art. 2080), de même que pour les frais exposés par le mandataire dans l'exécution de sa mission (art. 1999). De façon similaire, le prêteur (art. 1947) ou le mandant (art 2000) peuvent être tenus d'indemniser leur cocontractant des dégâts ou des pertes que l'exécution du contrat leur a fait subir. Il n'est plus discuté que ces obligations légales supplétives ne sont pas d'origine extracontractuelle, mais qu'elles découlent de la convention, par présomption de l'interprétation de la volonté des parties[3]. Il reste néanmoins à déterminer la date de naissance de ces obligations. Pour les intégrer dans la structure globale du contrat, elles doivent exister au jour de la formation de celui-ci(4). Telle n'est pas la solution retenue par la doctrine traditionnelle, qui semble estimer que ces obligations, purement éventuelles, apparaissent en cours d'exécution du contrat, après l'échange initial des

---

(1)Cf. R. HOUIN, Thèse précitée, p. 192 et s.

(2)Cf. J. GHESTIN, op. cit., n°15 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°97 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°65 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°142. Seule l'exigence probatoire du double est en l'occurrence affectée par cette exécution d'une des obligations.

(3)Cf. en ce sens : J. GHESTIN, op. cit., n°14 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°202 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°97 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°37-1° ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°65 ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.126 et s. et p.195 et s.
Contra : L. BOYER, Rép. précité, n°50 ; COLIN et CAPITANT, op. cit., n°28 ; RIPERT et BOULANGER, op. cit., n°71 ; et curieusement J. CARBONNIER, op. cit., § 15, qui parle de gestion d'affaires, solution discutable puisque les frais de conservation font partie de l'exécution d'une obligation de conservation.

(4)Une autre solution est envisageable : adopter une notion souple de la «formation», qui englobe toutes les obligations qui naissent du contrat, quelle que soit leur date. Seul le sort de ces obligations après leur naissance, c'est-à-dire au cours de leur exécution serait négligé. Il faut alors raisonner sur l'exécution de chaque obligation et non sur celle du contrat en général.

consentements[1]. Cette solution n'est pas inévitable[2]. Deux exemples permettent de montrer que la position doctrinale classique n'est pas d'une rigueur incontestable. S'agissant tout d'abord du remboursement des frais de conservation de la chose, il est exact d'affirmer qu'il dépend d'un événement futur, imprévisible lors de la formation du contrat, et que parfois, aucun frais ne sera nécessaire. Cette présentation est pourtant trompeuse car, pour prendre l'exemple du dépôt, le dépositaire a l'obligation de faire l'avance de ces frais et cette obligation de conservation existe, nul ne le conteste, dès la formation du contrat. Pourquoi dès lors en décider autrement pour l'obligation d'indemnisation qui n'en est que le corrélat ? S'agissant ensuite du remboursement des dommages causés par la chose, personne ne nie que la garantie des vices qui pèse sur le bailleur ou sur le vendeur existe dès l'échange des consentements, même si sa mise en œuvre suppose la découverte d'un vice après cette date. Pourquoi, dans ces conditions, en décider autrement, pour la garantie des vices pesant sur le prêteur ? La raison profonde de ces inégalités de traitement n'est pas à rechercher dans la conception doctrinale des contrats synallagmatiques, mais plutôt, bien que le mandat soit ici également concerné, dans la théorie des contrats réels. En particulier, comment rattacher l'obligation accessoire de garantie des vices pesant sur le prêteur, dès lors que l'obligation principale de concession de la jouissance de la chose ne figure pas dans la convention ? De plus, intégrer dès la formation du contrat, une obligation accessoire unique, à la charge d'un contractant qui n'est pas tenu par ailleurs d'une obligation principale semble difficile à admettre pour la doctrine, alors que l'hypothèse ne suscite aucune difficulté théorique[3].

Analyser les obligations éventuelles des contrats «synallagmatiques imparfaits» comme des obligations actuelles mais dont la mise en œuvre dépend d'un événement futur et incertain ou qui sont affectées d'une condition suspensive, est donc parfaitement concevable[4]. Dans ce cas, elles figurent dans la structure globale. Cette discussion demeure, de toute manière, peu importante. Elle n'a de portée que pour la délimitation de cette structure globale, problème en définitive très théorique. Elle reste sans influence sur le caractère synallagmatique de cette structure, à partir du moment où la notion de contrat réel est abandonnée : si le dépôt, le prêt ou le gage sont analysés comme des conventions consensuelles, l'obligation de remise réapparaît et la structure globale de ces contrats est dès lors toujours synallagmatique. Elle est enfin

---

(1)Cf. en ce sens : L. BOYER, Rép. précité, n°50 ; J. CARBONNIER, op. cit., § 15 ; COLIN et CAPITANT, op. cit., n°28 ; RIPERT et BOULANGER, op. cit., n°71.

(2)Cf. Ch. LARROUMET, op. cit., n°202.

(3)Cf. supra n°367.

(4)S'agissant en tout cas du problème envisagé ici : la qualification.

complètement négligeable dans l'optique de la qualification de l'accord des volontés. Eventuelles ou pas, ces obligations sont de toute manière structurellement accessoires, ce qui les empêche de peser sur la nature du contrat qui les accueille[1].

498.- Ces remarques préalables sur la structure globale de toute convention, dont il convient de déterminer la qualification, ne sont pas pure spéculation. Il est indispensable de bien comprendre ce concept de structure globale, afin de pouvoir le distinguer de la structure de qualification, qui la concerne. En effet, qualifier un contrat conclu par deux parties, c'est rechercher au sein de sa structure globale d'obligations, une structure de qualification déterminée, propre à une catégorie de convention, nommée ou pas. Or, trois différences fondamentales séparent la structure globale de la structure de qualification[(2)]. Elles dérivent toutes les trois d'une idée commune. La moindre particularité, résultant même de l'apparition d'une obligation accessoire accidentelle, consacre l'existence d'une structure globale d'obligations originale. S'appliquant aux conventions concrètes, effectivement conclues, deux structures globales ne sont identiques, que si leurs obligations et leur agencement sont rigoureusement les mêmes, au moindre détail près. Les structures de qualification sont au contraire beaucoup plus simples et beaucoup plus souples : les éléments les composant sont en nombre réduit. Il en résulte qu'une même structure de qualification peut englober une multitudes de structures globales ou, plus précisément, être retrouvée au sein d'un grand nombre de structures globales.

Tout d'abord, la structure de qualification néglige, en principe, les obligations accessoires (Chapitre 1). Ensuite, la structure de qualification regroupe parfois plusieurs structures globales, qui possèdent la même obligation caractéristique, mais au sein desquelles la cause de cette obligation est différente (Chapitre 2). Enfin, certaines structures de qualification couvrent parfois plusieurs structures globales, dont même les obligations caractéristiques sont de nature différente (Chapitre 3).

A l'issue de ces développements, il sera intéressant d'essayer de déterminer si ces conclusions demeurent valables lorsque le contrat déclenche l'application d'un régime ou d'un statut contractuel d'ordre public (Chapitre 4).

[(1)]Sur leur caractère accessoire : MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°97 ; A. BENABENT, op. cit., n°18 ; cf. infra chapitre 1.

[(2)]Et même quatre, car la qualification utilise deux structures : une structure interne d'obligations et une structure externe, cf. infra première Partie Titre 2.

CHAPITRE 1

L'ELIMINATION DE PRINCIPE DES OBLIGATIONS ACCESSOIRES

499.– Lors de la recherche des critères de hiérarchisation des obligations assumées par une même partie[1], l'idée selon laquelle une convention est qualifiée par ses obligations principales était implicitement supposée acquise. Il convient maintenant d'essayer de préciser davantage les raisons qui justifient une telle solution (section 1). Il sera alors possible, de déterminer si, en pratique, la règle est absolue ou si elle souffre parfois certains tempéraments (section 2).

---

(1)Cf. supra sous-titre 2

SECTION 1

LA JUSTIFICATION THEORIQUE DE L'ELIMINATION DES OBLIGATIONS ACCESSOIRES

500.- Il ne fait aucun doute que la qualification d'une convention ne prend pas appui sur la structure globale des obligations stipulées par les parties, mais qu'elle n'en retient que l'ossature générale. Certaines obligations ou certaines prestations sont donc négligées. Le procédé technique est bien connu : il consiste à réduire les éléments substantiels d'une situation, afin d'en permettre le traitement par le droit[1]. Il importe donc de justifier successivement le principe de cette réduction (I) et d'en déterminer la mesure (II).

I - LE PRINCIPE DE LA REDUCTION

501.- Deux raisons fondamentales sous-tendent l'adoption du mécanisme de la réduction en matière de qualifications contractuelles. La première est d'ordre général ; la seconde trouve son origine dans le procédé utilisé en droit positif pour réglementer les contrats.

En premier lieu, la qualification d'un contrat est une opération de classification. Or pour classer des éléments hétérogènes, il est indispensable de les comparer d'après un certain nombres de critères, forcément limités. Refuser cette réduction revient à faire de chaque convention une catégorie à part entière, ce qui, bien entendu, va à l'encontre du but recherché[2]. Encore convient-il de préciser la portée de cette remarque. La réduction n'est pas nécessaire dans les catégories formelles, où les phénomènes de la

---

(1)F. GENY, «Science et technique en droit positif», T.3, 1921, n°192 et s., p.45 et s., spéc. n°196 et s. ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°9, p.20 ; H. CROZE, «Recherche sur la qualification en droit processuel français», Thèse Lyon 1981.

(2)Cf. Ch. LARROUMET, op. cit., n°176 et s.

vie sociale dignes d'intérêt, sont revêtus par le droit positif d'une marque extérieure[1]. Si une convention n'existe que lorsque les parties accomplissent une formalité déterminée, la prise en compte de cette dernière suffit à constituer le critère de la catégorie. La réduction s'impose, au contraire, dans les catégories réelles «dont les contours se tirent des éléments intrinsèques des situations reconnues[2]». En consacrant l'autonomie de la volonté, les rédacteurs du Code ont permis aux contractants de stipuler une infinité de combinaisons contractuelles. Leur inventaire exhaustif est impossible et les parties peuvent jouer indifféremment sur la nature des obligations, sur leur importance, leur nombre ou leurs modalités. Une fraction de la réglementation des contrats peut dans une certaine mesure se dispenser de la réduction, notamment celle qui concerne le contrat en lui-même, comme les dispositions relatives à sa formation. Les vices du consentement, l'absence de cause peuvent être définis indépendamment de la nature concrète de la convention qu'elles concernent. Pourtant, même dans ces hypothèses, la nécessité d'une simplification peut réapparaître. La notion de cause élimine parfois les mobiles[3] et la définition de l'erreur écarte aussi certaines représentations inexactes qui ne sont pas excusables ou dont l'importance n'était pas connue du cocontractant. Lorsqu'il s'agit de préciser davantage le régime d'une opération donnée, l'utilisation du mécanisme de la réduction est inévitable. Il faut «assigner aux faits mouvants et flottants de la vie sociale, notamment aux nuances infinies des volontés humaines, un cadre ferme, dans lequel ils puissent se développer sans se dissoudre et rester soumis à la préhension du droit[4]». Il est alors de l'essence de la qualification de procéder à une schématisation de la multitude des conventions conclues par les parties, en recherchant en leur sein des dénominateurs communs. Cette simplification ne doit pas être excessive, pour ne pas dériver vers la caricature. Mais dans cette mesure, elle reste conforme, tant à la volonté des parties, qui hiérarchisent toujours leurs buts[5], qu'aux réalités pratiques, qui démontrent que de multiples accords ont souvent des contenus très proches[6]. Cette dernière tendance s'est considérablement accrue dans les techniques contractuelles récentes : l'accord prend la forme d'un contrat d'adhésion ou se voit fortement encadré par des dispositions d'ordre public qui en prédéterminent la substance.

---

(1)Cf. F. GENY, op. cit., n°207, p.123 et n°194, p.49 ; sur la distinction catégorie formelle-catégorie réelle, adde H. CROZE, Thèse précitée, n°150.

(2)F. GENY, op. cit., n°207, p.123 et 125 ; n°213, p.166 ; n°194, p.50.

(3)G. COUBEAUX, Thèse précitée, n°9, p.21.

(4)F. GENY, op. cit., n°213, p.169.

(5)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°135, p.204.

(6)Comp. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°132, p.199.

502.- Cette première justification est trop connue pour qu'il soit utile d'insister davantage. La seconde, en revanche est rarement soulignée, malgré son importance. En droit positif, les principales opérations économiques, incarnées juridiquement par diverses obligations (transporter, louer, transférer un droit...), sont réglementées au travers de contrats nommés. En d'autres termes, le législateur fait dépendre une sanction juridique, en l'occurrence un régime, de l'existence d'une convention, qui par définition est un ensemble complexe d'obligations. Si la condition d'application de ce régime était la structure globale du contrat, il faudrait prévoir autant de régimes particuliers qu'il y a de structures globales. Une telle solution est bien entendu matériellement impossible. Cette difficulté ne se présente pas si la sanction est directement attachée à l'obligation. Il suffit d'imaginer une réglementation séparée de chaque prestation, en fonction de sa nature et tenant compte de divers éléments (gratuité ou onérosité, qualité de professionnel de son débiteur, etc.)[1]. Dans cette hypothèse, le régime du contrat ne constitue plus que la somme du régime de ses diverses obligations, que celles-ci soient principales ou accessoires. Les dispositions régissant par exemple l'exécution d'un travail, de manière indépendante, à titre onéreux, s'appliquent indifféremment à la prestation principale d'un entrepreneur ou à celle, accessoire, du transporteur, tenu de charger les marchandises expédiées. Le mécanisme de la réduction est ici inutile : à chaque obligation correspond un régime. Ceci ne veut pas dire pour autant que toute idée de hiérarchisation est abandonnée. En particulier, si un conflit surgit entre le régime d'une prestation principale et celui d'une prestation secondaire, c'est le premier qui va l'emporter. Mais il ne s'agit plus ici à proprement parler de réduction, mais plutôt de nivellement : l'accessoire est traité comme le principal[2].

Deux arguments complémentaires rendent par conséquent incontestable le recours au mécanisme de la réduction : le choix technique du droit positif de lier le régime d'une opération à un contrat, range la qualification dans les catégories réelles, au sein desquelles l'utilisation de ce procédé est une nécessité. Il reste alors à mesurer la portée de cette simplification.

---

(1)A ces règles, se surajouteraient, bien entendu, certaines dispositions concernant le contrat dans son ensemble : formation, durée, résolution.

(2)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°9, p.21.

II - LA MESURE DE LA REDUCTION

503.- Pour qualifier une convention, seules certaines de ses obligations ou de ses prestations sont donc prises en compte et les autres n'exercent aucune influence dans l'opération. L'idée est fort ancienne. Pothier, dans son traité des obligations[1], rappelle que Cujas «distinguait dans les contrats, [...] les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui lui sont accidentelles». Cette distinction lui paraît perfectible et Pothier lui substitue une classification ternaire qui est restée célèbre[2]. D'après celle-ci, il est, tout d'abord, des «choses qui sont de l'essence du contrat», «sans lesquelles ce contrat ne peut subsister». «Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat»[3]. Il est, ensuite, des «choses qui sont seulement de la nature du contrat», «celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoi que les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues». «Le contrat peut subsister sans elles et «elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties»[4]. Il est enfin des «choses qui sont accidentelles au contrat» et qui «n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière»[5].

504.- Cette présentation n'est pas parfaitement adaptée à la matière des qualifications. Elle présente l'inconvénient de mésestimer les conséquences de l'insertion de clauses «accidentelles», qui peuvent perturber profondément la structure d'un contrat[6]. Ensuite, et surtout, cette classification ternaire peut, s'agissant des qualifications contractuelles, être ramenée à une simple option binaire. Seules les obligations ou les prestations qui sont de «l'essence» d'un contrat, servent à en préciser la nature et il est possible de négliger tant les dispositions naturelles qu'accidentelles, qui paraissent, de ce point de vue, appartenir à une même catégorie[7]. L'opération de qualification place l'interprète devant un choix très simple : soit

---

(1)Op. cit., T.2, n°5 à 8, p.6 à 8.

(2)Sur cette classification, v. récemment : M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé», Thèse Paris II 1985, n°15 et s.

(3)Op. cit., n°6, p.6.

(4)Op. cit., n°7, p.7.

(5)Op. cit., n°8, p.8.

(6)CF. F. TERRE, Thèse précitée, n°392 et s., p.330 et s. et infra Titre 3 de la deuxième Partie sur les contrats mixtes par fusion.

(7)POTHIER ne dit d'ailleurs pas autre chose ; v. aussi D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°31, p.38.

l'obligation analysée est un critère de qualification, soit elle n'en est pas un. Entre ces deux solutions, il n'y a aucune place pour une position intermédiaire. Il semble donc plus exact de considérer que «dans la plupart des contrats, deux sortes d'obligations peuvent être distinguées : d'une part les obligations principales qui sont de l'essence même du contrat et, d'autre part, les obligations accessoires qui sont seulement de la nature de la convention. Les premières sont indispensables pour qualifier le contrat ; les secondes, tout en s'incorporant à la convention principale, sont sans influence sur la qualification»[1].

505.– L'essentiel reste alors à faire. Tout dépend du sens accordé aux notions d'obligations accessoires et principales. Dans une première conception, il est possible de considérer, a posteriori, c'est-à-dire après avoir déterminé quels sont les critères de qualification d'une convention, que sont principales les obligations qui figurent parmi ces critères et sont accessoires toutes les autres. Une telle démarche, purement passive, ne saurait convaincre. Outre qu'elle peut masquer un pouvoir trop important accordé aux juges dans la qualification, elle est insusceptible de fournir un système explicatif ayant une portée générale. Si elle peut paraître en effet bien adaptée aux contrats nommés, où elle ne fait en réalité que greffer une précision terminologique sur un choix législatif des critères de qualification, elle ne permet pas d'identifier chez les conventions sui generis les éléments saillants de leur structure.

Une perspective radicalement inverse, semble préférable. La notion d'obligation principale et accessoire est autonome. Elle ne découle pas de l'opération de qualification, qu'en définitive elle précède. Son contenu correspond aux critères de hiérarchisation des obligations multiples assumées par une même partie, tels qu'ils ont été exposés précédemment. C'est à partir de ce point de départ, que doit être justifiée l'élimination des critères de qualification des obligations accessoires par destination et par «production»[2]. La recherche de cette justification peut s'appuyer sur l'idée fondamentale qu'existe un lien entre la mesure de la réduction et sa finalité[3]. Autrement dit, c'est l'objectif poursuivi par l'opération de qualification qui impose de négliger certaines obligations, dites accessoires, et c'est ce but qui fixe les limites de cette épuration.

---

(1)B. GROSS, Thèse précitée, n°44, p.47 ; adde G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°129 et s., p.196 et s.

(2)Le problème est ici uniquement de déterminer pourquoi les obligations accessoires ne sont pas des critères de qualification et non d'examiner si toutes les obligations principales le sont. Cf. sur ce problème, infra Chapitre 2.

(3)L'idée paraît sous-jacente dans le passage précité de GENY (cf. not., n°197, p.65).

506.– Il paraît, dès lors, aisément perceptible que l'esprit général animant une telle discrimination, recoupe parfaitement les critères utilisés pour hiérarchiser les obligations d'un même contractant et la constatation vaut aussi bien pour les obligations principales que pour les obligations accessoires.

S'agissant des obligations principales, tout d'abord, il convient de rappeler que répond à cette définition, la prestation qui constitue la cause de l'engagement du contractant qui en est créancier. Une obligation principale est donc toujours celle dont la considération occupe, dans la hiérarchisation des buts d'une partie, la place la plus élevée. Or, un contrat est un moyen technique permettant aux contractants d'atteindre certains objectifs. Il est donc normal que sa qualification tienne compte des obligations traduisant les buts prédominants poursuivis par les parties. A cette première explication tirée de la cause, peut s'en ajouter une relative à l'objet. Parmi les obligations principales, se trouve nécessairement la prestation caractéristique de l'objet du contrat[1], celle qui épuise son originalité économique. Cette obligation est déterminante dans l'identification d'une convention. Symbolique d'une opération concrète, c'est elle qui justifie l'intervention du législateur : en érigeant une qualification contractuelle autour de cette prestation, ce dernier entend résoudre les problèmes pratiques suscités par l'exécution de cette opération, affiner certaines solutions de technique juridique (ex : transfert immédiat de propriété) ou faire prévaloir une option précise de politique juridique ou économique.

507.– S'il est donc normal que les obligations principales, telles qu'elles ont été définies précédemment, constituent des critères de qualification, réciproquement, il est tout aussi justifié que les obligations accessoires par destination ou par «production» ne jouent aucun rôle dans cette opération. Elles ne sont pas essentielles dans l'économie générale de la convention et cette constatation s'appuie sur la nature des liens qui les unissent aux obligations principales.

Les obligations accessoires par destination sont affectées au service d'une prestation. Elles ont pour but de faciliter ou de permettre l'exécution de cette dernière. Il est par conséquent logique de les négliger lors de la qualification du contrat. En effet, ce sont les obligations principales qui colorent l'ensemble du régime de la convention. Il est donc normal que la nature de celle-ci soit déterminée sans retenir toutes les prestations qui environnent les obligations principales mais qui poursuivent en définitive le même but qu'elles, but dont elles doivent d'ailleurs faciliter la réalisation. Ensuite, viser l'obligation principale dans les critères de qualification est

---

(1)Ou les obligations caractéristiques, si la convention est mixte.

suffisant : à partir de cette prestation, l'organisation du réseau d'obligations accessoires se fait, pour ainsi dire, d'elle même. Toutes les prestations secondaires qui sont les accessoires nécessaires ou naturels de l'obligation principale se regroupent automatiquement autour d'elle, puisqu'aux termes de l'article 1135 du Code civil, «les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature». La volonté des parties ne semble pas à même de venir perturber ce schéma, que ce soit par adjonction ou par suppression d'obligations accessoires.

S'agissant de l'adjonction, celle-ci ne peut concerner les prestations accessoires nécessaires, puisque ces dernières, dans tous les cas, sont intégrées dans la convention par l'article 1135. Les contractants ne peuvent donc stipuler que des obligations supplémentaires qui facilitent ou qui renforcent l'exécution de l'obligation principale : leur prise en compte est inutile puisque la prestation essentielle pourrait s'en dispenser et que ces obligations relèvent, en définitive, des clauses «accidentelles», qui varient selon chaque accord, et qui se contentent de personnaliser en fonction de chaque situation concrète, une structure contractuelle générale.

Si les parties stipulent la suppression d'obligations accessoires par destination, une distinction s'impose. Si les contractants font disparaître une prestation dont le but est simplement de faciliter ou de renforcer l'exécution de l'obligation principale, cette dernière n'est pas atteinte par cette disparition. Ainsi, une vente peut être conclue avec ou sans garantie. Lorsque l'obligation accessoire est d'ordre public, sa suppression est illicite et la clause la décidant est nulle ou réputée non écrite. Une vente entraînera donc nécessairement la garantie du fait personnel du vendeur (art. 1628 C. civ.) et la garantie des vices cachés du professionnel. C'est la suppression d'une obligation accessoire indispensable à l'exécution de l'obligation principale dont la portée paraît en définitive la plus délicate à analyser(1). A priori, la disparition d'une telle obligation est impossible : comment concevoir une vente sans délivrance, un dépôt sans remise de la chose, un transport sans chargement ? Les parties ne supprimeront donc jamais cette prestation accessoire et si elles le font, c'est qu'elles visent en réalité une opération différente. Obligation principale et accessoire semblent en cette hypothèse former un couple indissociable et la prestation secondaire paraît constituer un indice de l'existence de l'obligation principale. Est-il possible d'en conclure que la prestation accessoire est elle aussi un critère de qualification ? Une réponse négative s'impose.

---

(1)Il convient de rappeler que les obligations accessoires nécessaires à l'existence d'une obligation principale sont des critères de qualification : les deux prestations forment alors un ensemble indissociable. Ainsi, la jouissance temporaire d'une chose est consubstantielle d'une obligation de restitution et l'une ne peut aller sans l'autre (cf. supra n°315 et n°382).

Dans certaines situations de fait, même les obligations accessoires indispensables à l'exécution[1] de la prestation principale, peuvent être écartées sans remettre en cause l'existence de cette dernière. Une vente ou un dépôt peuvent être conclus alors que l'acheteur ou le dépositaire sont déjà détenteurs du bien vendu au déposé : dans cette hypothèse, les obligations de délivrance[2] ou de remise de la chose n'apparaissent plus. De même, un transport peut intervenir alors que la marchandise est déjà sur le véhicule ; tel est le cas par exemple d'un transport-retour, après refus de la marchandise par le destinataire. Dans certains déplacements, comme le transport d'hydrocarbures par pipe-line, c'est la notion même de chargement ou de déchargement qui est dépassée, alors que la qualification de transport n'est pas discutée[3]. Eriger l'obligation accessoire indispensable en critère de qualification, aboutirait donc ici à des solutions inexactes(4). Il vaut mieux conclure, qu'a priori, toutes les obligations accessoires par destination sont sans influence sur la qualification.

508.– Une solution identique s'impose pour les prestations accessoires par «production». La justification est ici très simple. En matière contractuelle, ce type d'accessoire n'est jamais nécessaire. Il vient se greffer sur une prestation principale qui lui sert de cause efficiente. Les parties ont profité de l'exécution d'une prestation pour stipuler une obligation supplémentaire. Celle-ci est par nature accidentelle et ne peut constituer un critère de qualification.

509.– Il est donc possible d'affirmer de manière générale, que les obligations accessoires par destination et par «production», telles qu'elles ont été définies précédemment, demeurent sans influence sur la détermination de la nature de la convention au sein de laquelle elles figurent. Peu importent, par conséquent, l'existence ou l'absence de ces prestations (ex : garantie des vices dans la vente[5]), leur

---

(1)Et non, encore une fois, à l'existence de l'obligation principale.

(2)Contra, faisant de la délivrance l'obligation fondamentale et incompressible de la vente : Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°180, p.216.

(3)A. NOUVEN, «Le régime juridique du transport des hydrocarbures et fluides par canalisation», Thèse Paris 1970 ; Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, article 44, JCP 1983, III, 53613 : «les dispositions des chapitres III et IV du titre I[e] de la présente loi s'appliquent aux transports de marchandises par canalisation».

(4)La solution est encore confirmée, pour certaines d'entre elles, par le fait que l'obligation accessoire nécessaire peut être assumée indifféremment par l'une ou l'autre des parties (ex : chargement dans le transport), alors que structurellement, les situations sont alors différentes.

(5)Cf. B. GROSS, Thèse précitée, n°45, p.48.

nombre (ex : obligations accessoires du déménageur[1]), leurs modalités, l'identité du contractant qui les assume.

Ce mécanisme de réduction étant fondé sur une notion autonome de l'accessoire et du principal, son adoption entraîne certaines conséquences, qu'il convient d'expliquer. Contrairement à la première démarche envisagée, ce système est parfaitement applicable aux contrat innommés. Même dans ces conventions, il est possible de distinguer les obligations principales de celles qui sont accessoires. La discrimination n'est pas d'une importance fondamentale pour le régime du contrat, puisque celui-ci, par définition, ne résulte pas directement de la loi. Elle n'est pas entièrement négligeable : hiérarchiser les prestations est intéressant pour faire prévaloir, en cas de conflit, le régime de l'obligation principale sur celui de la prestation accessoire. L'opération est d'autant plus utile lorsque le régime du contrat innommé emprunte par analogie certaines règles à d'autres conventions nommées. Elle permet d'identifier, de surcroît, certains types de contrats sui generis et constitue ainsi, un préalable utile à leur reconnaissance légale. En l'occurrence, la mise en exergue des critères de qualification précède l'avènement d'un régime juridique original.

Ensuite, les contractants ne peuvent pas faire apparaître une qualification nouvelle, simplement en ajoutant des obligations structurellement accessoires, à une convention nommée. Selon un auteur, tel serait pourtant le cas dans le contrat d'hôtellerie, qui se distingue du bail par des stipulations accessoires[2]. L'analyse ne saurait convaincre. L'adjonction de ces clauses disqualifie la convention, parce qu'en réalité, plusieurs obligations sont venues se fondre dans un ensemble original[3].

Cependant, ce que les parties ne peuvent réaliser, il est loisible au législateur de l'accomplir. A partir du moment où ce n'est plus l'obligation critère de qualification qui est dénommée principale, mais la prestation structurellement principale qui est considérée comme un critère de qualification, le lien entre les deux concepts -le critère et le caractère principal- n'est plus absolu. Rien n'interdit au législateur d'attacher un régime donné à une structure d'obligations comprenant une prestation accessoire. La règle selon laquelle une convention est qualifiée d'après ses dispositions principales devient un principe, quasi-universellement appliqué, mais susceptible toutefois d'exceptions. Ce sont ces limites à l'élimination des obligations accessoires qu'il convient maintenant d'essayer de cerner.

---

(1)Cf. supra, n°414 et n°424 et s.
(2)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°173, p.250.
(3)Cf. infra, deuxième Partie, Titre 3, chapitre 1.

SECTION 2

LES DIFFICULTES PRATIQUES DANS L'ELIMINATION DES OBLIGATIONS ACCESSOIRES

510.– Les obligations qui ne constituent pas la cause de l'engagement d'un des contractants n'interviennent pas dans la qualification de la convention qui les accueille. Les applications pratiques de cette idée sont innombrables(1). Il n'est donc guère besoin d'y insister. Ce sont en définitive les limites de ce principe qui méritent certains développements. Puisqu'il est possible au législateur d'ériger exceptionnellement en critère de qualification des obligations structurellement accessoires, il convient d'essayer de mettre en évidence certaines de ces hypothèses. La tâche est loin d'être aisée car, malgré les apparences, celles-ci sont fort rares. Le plus souvent, la première impression qui laisse accroire l'idée d'une influence de l'obligation accessoire dans la qualification, est démentie par une analyse plus approfondie. Plusieurs exemples permettent d'illustrer cette constatation.

---

(1)V. par exemple :

- tous les exemples d'obligations accessoires cités supra (Première partie, Titre 1, Sous-titre 2) et infra (Deuxième partie, Titre 1).
- Civ. 1e 13 janvier 1987, Bull. civ., I, n°11, p.8 ; JCP 1987, II, 20860, note G. GOUBEAUX. Dans un contrat de formation en vue du permis de conduire, la prestation secondaire d'assurer en cas d'échec un enseignement complémentaire gratuit jusqu'à la réussite ne transforme pas le contrat en une vente de permis : la convention reste un contrat d'enseignement, même si l'obtention du permis devient une obligation de résultat.
- B. TEYSSIE, «Les groupes de contrats», Thèse Montpellier, LGDJ 1975, n°152, p.83. L'article 99 du Code de commerce «stipule un ducroire de droit qui distingue la commission de transport des autres commissions où il doit être expressément prévu». Dans ce cas, l'apparition de l'obligation accessoire est une conséquence de la nature de l'obligation principale : il y a ducroire parce qu'il s'agit d'une commission de transport, alors que l'inverse serait inexact : il n'y a pas forcément commission de transport, parce qu'il y a ducroire. L'exemple montre bien qu'un accessoire systématiquement lié à un principal n'en devient pas pour autant forcément un critère de qualification.
- Toutes les obligations générales pesant sur les contractants : bonne foi, renseignements, loyauté, collaboration, etc. Rappr. J.-P. MURCIER, «Origine, contenu et avenir de l'obligation générale de sécurité», Droit social 1988, p.610.

511.– - Tel est le cas, en premier lieu lorsque l'obligation accessoire ne joue le rôle que d'un simple indice, permettant de mettre en évidence l'existence ou la nature de l'obligation principale, seul vrai critère de qualification. Ainsi, lorsque les magistrats estiment que le montant d'une indemnité d'immobilisation dans une promesse unilatérale de vente est excessif, en regard de la valeur du bien promis et de la durée de la promesse, ils disqualifient cette convention en promesse synallagmatique. Il serait pourtant inexact d'en conclure que l'indemnité, prestation secondaire, est un critère de qualification. La distinction de ces deux genres de promesse repose sur une seule considération : le bénéficiaire s'est-il ou non d'ores et déjà engagé à acheter le bien ? Le montant de l'indemnité n'est qu'un moyen utilisé par les juges pour tenter de répondre à cette question. Dès lors qu'ils sont d'ailleurs convaincus de l'existence d'un tel engagement, l'indemnité d'immobilisation change aussi de nature et devient selon les cas un acompte sur le prix, une clause pénale ou une clause de dédit. Il serait sans doute possible d'illustrer ce type de situation par de multiples exemples(1). Il en est un, cependant, qui justifie de plus amples explications, du fait de sa notoriété : celui de la vente d'herbes.

512.– - Cette convention est celle par laquelle le propriétaire d'une prairie ou, parfois, d'un alpage conclut avec un tiers une vente de choses futures portant sur l'herbe que produira son terrain pendant une période déterminée[2]. Aucune difficulté de

---

(1)Rappr. l'hypothèse déjà évoquée (cf. infra n°312 et s.) du prêt. Si le contrat comporte une obligation de restitution, c'est un prêt ; s'il n'en contient pas, c'est une donation (rappr. pour le dépôt : Com. 17 février 1981, Bull. civ., IV, n°86, p.66). L'obligation de restitution paraît constituer un critère de qualification. C'est logique dans l'analyse classique qui y voit une obligation principale de l'emprunteur. Mais, en abandonnant la théorie du contrat réel, l'obligation de restitution perd ce caractère pour devenir, structurellement, une prestation secondaire (cf. infra n°314). En réalité, il convient de rappeler que l'obligation de restitution forme un couple indissociable (obligation accessoire nécessaire à l'existence du principal) avec celle de conférer la jouissance à titre temporaire. En isolant l'obligation de restitution, c'est en définitive le caractère temporaire de la mise à disposition qui est établie et, par conséquent, la nature de l'obligation principale.

(2)Pour la doctrine, v. entre autres : Ch. DUPEYRON, J.-P. THERON et J.-J. BARBIERI, «Droit agraire - Vol. 1 - Droit de l'exploitation», n°712 et s. ; MAZEAUD, T.3, Vol. 2, n°753 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°8 et n°82 ; R. SAVATIER, Rép. civ., v° Baux ruraux, n°19 et s. ; J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», Litec 1979, n°14 et s. ; Ph. MALAURIE, Rép. civ., v° Vente (généralités), n°25 ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°170, p.246 ; CORNILLE, «Vente et louage de choses», Thèse Lille 1926, p.149 et s. ; EYRAUD, «Vente et louage», Thèse Paris 1904, p.28 et s. ; R. SAVATIER, «Baux ruraux», n°13, p.12 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°261, p.294-295 ; R. MEURISSE, «Le louage des pâtures et la récente législation des fermages», Gaz. Pal. 1949-2-doct. p.54 ; A. PELLET, «Le domaine d'application du statut des baux ruraux», Thèse Aix 1952, p.20 et s. ; J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, «Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français», Thèse Paris 1955, n°284 et s. ; Ph. DE JUGLART, «Les traits distinctifs du bail rural», Thèse Paris 1968, p.48 et s. ; J. HUDAULT, «La pratique des ventes d'herbes en Corse», Gaz. Pal. 1990-1-p.172.

qualification ne surgit si le propriétaire procède lui-même à la livraison de l'herbe, qu'il a préalablement coupée[1]. En pratique, les opérations se déroulent rarement ainsi. Presque toujours, c'est l'acheteur qui exécute son obligation de retirement en venant faucher le terrain ou en y faisant paître son troupeau. Cette occupation temporaire rapproche alors la convention d'un bail. La Cour de cassation a d'ailleurs expressément admis la possibilité d'une telle qualification, dans un attendu qui résume bien le problème : «il n'y a pas vente mais location, quand l'herbe ne fait pas l'objet d'une acquisition particulière, mais appartient à celui qui a la jouissance du fonds, comme conséquence de cette jouissance»[2]. L'enjeu du débat est devenu considérable, avec l'avènement du statut des baux ruraux. La jurisprudence ayant admis que «l'héritage rural, dont la location constitue le bail à ferme s'entend du bien foncier destiné à la production agricole» et qu'un herbage répond à cette définition[3], les propriétaires ont cherché à se référer systématiquement à la vente, en évinçant le bail et son statut impératif. La jurisprudence a du intervenir pour préciser les critères de distinction de ces deux qualifications.

Or, en laissant de côté les hypothèses à l'évidence frauduleuses[4], l'examen de ce contentieux semble indiquer que ce sont les obligations accessoires de l'acheteur ou du preneur qui constituent l'élément décisif permettant de déterminer la nature du contrat[5]. Très rapidement, la jurisprudence a exigé, pour qualifier de bail rural la

---

(1) V. confirmant cette analyse, les deux versions successives de l'article 411-1 du Code rural, qui limitent la présomption d'application du statut aux hypothèses où il «appartient à l'acquéreur de [...] recueillir ou faire recueillir» les fruits cédés.

(2) Soc. 20 juillet 1950, Bull. civ., III, n°645, p.432 ; RTD civ. 1952, p.384, obs. J. CARBONNIER.

(3) Soc. 19 avril 1947, S. 1949-1-p.14 ; D. 1948, p.1, note R. SAVATIER.
Adde, dans le même sens, admettant la possibilité d'un bail rural d'herbage : Soc. 26 février 1948, D. 1948, p.434, note R. SAVATIER ; Soc. 28 juillet 1948, Bull. civ., n°780, p.819 ; Soc. 6 mai 1949, D. 1949, p.479 ; Soc. 28 juillet 1950, Bull. civ., III, n°689, p.464 ; Soc. 3 mai 1952, Bull. civ., III, n°371, p.273 ; Civ. 1e 24 janvier 1967, Bull. civ., I, n°33, p.21.

(4) Soc. 12 avril 1951, Bull. civ., III, n°267, p.190 ; adde Soc. 28 mai 1949, cité infra (simulation) ; Caen 28 janvier 1969, JCP 1969, IV, p.301 ; Civ 3e 7 janvier 1981, JCP 1981, IV, p.94.

(5) Bastia 12 avril 1948, D. 1948, p.273 (vente) ; Soc. 18 novembre 1948, Bull. civ., n°943, p.1011 (bail rural) ; Soc. 28 mai 1949, Bull. civ., n°470, p.568 (bail rural) ; Soc. 5 novembre 1949, Bull. civ., n°1011, p.1127 (vente-jouissance privative contrariée de surcroît par la présence de bétail du bailleur) ; Tb. par arr. Saint-Claude 8 juillet 1950, D. 1952, p.28, note R. SAVATIER (bail rural) ; Soc. 7 mai 1951, Rev. ferm. 1951, p.394 ; Civ. 19 juin 1951, Bull. civ., I, n°187, p.146 (bail rural) ; Soc. 2 novembre 1951, Bull. civ., III, n°713, p.501 ; Soc. 22 février 1952, Gaz. Pal. 1952-1-p.273 ; RTD civ. 1952, p.385, obs. J. CARBONNIER (vente) ; Soc. 3 mai 1952, Rev. ferm. 1952, p.289 (fruits recueillis par le propriétaire) ; Soc. 6 novembre 1952, Rev. ferm. 1952, p.371 ; Soc. 15 janvier 1953, S. 1954-1-p.84, note J.-P. B. ; Civ. 1e 17 novembre 1953, JCP 1954, II, 8371, note J. LEAUTE (vente) ; Soc. 25 novembre 1954, Bull. civ., IV, n°743 (location saisonnière) ; Soc. 20 octobre 1955, Bull. civ., IV, n°726, p.543 (vente-jouissance privative contrariée par la présence du bétail d'un tiers) ; Soc. 15 décembre 1955, Bull. civ., IV, n°895, p.673 (vente) ; Soc. 28 avril 1956, Bull. civ., IV, n°372, p.272 (vente) ; Soc. 5

location d'un herbage, que la convention impose à la charge du preneur «une obligation d'exploitation ou d'entretien» du fonds[1]. A l'inverse, si le contrat ne prévoit «aucun travail de culture ou d'entretien»[2], il constitue une vente d'herbes ou, à tout le moins, échappe à la législation du fermage[3]. Progressivement, les tribunaux ont précisé les divers travaux autorisant la qualification de bail à ferme : réparation des clôtures[4], entretien des abreuvoirs[5], des fossés[6] des canalisations d'eau[7] et bien

---

juillet 1956, Bull. civ., IV, n°611, p.456 (vente) ; Ch. réunies 1 juillet 1957, D. 1958, p.185, note R. SAVATIER ; JCP 1957, II, 10175, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; Soc. 9 juillet 1957, Bull. civ., IV, n°832, p.591 ; Soc. 5 décembre 1957, D. 1958, somm. p.58 ; Soc. 21 novembre 1959, Rev. ferm. 1959, p.121 ; Soc. 16 novembre 1961, Bull. civ., IV, n°943, p.748 ; Tb. par arrond. d'Avesne-sur-Helpe 13 mai 1963, Gaz. Pal. 1963-2-p.284 ; Paris 5 mars 1964, JCP 1964, II, 13748, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART (vente) ; Soc. 28 avril 1964, Bull. civ., IV, n°352, p.290 (bail rural) ; Soc. 28 avril 1964, Bull. civ., IV, n°353, p.291 ; Soc. 7 juillet 1964, JCP 1964, II, 13903, note O. J. ; Soc. 21 juin 1966, Bull. civ., IV, n°628, p.523 (bail) ; Civ. 1e 24 janvier 1967, précité ; Soc. 5 octobre 1967, Bull. civ., V, n°610 ; D. 1968, somm. p.21 (bail rural) ; Civ. 3e 13 février 1969, Bull. civ., III, n°131, p.100 (vente) ; Civ. 3e 27 mars 1969, Gaz. Pal. 1969-2-p.358 (vente) ; Nimes 8 octobre 1969, D. 1970, p.279 ; Civ. 3e 29 janvier 1970, Bull. civ., III, n°67, p.48 ; Civ. 3e 23 avril 1970, Bull. civ., III, n°267 (bail rural) ; Civ. 3e 8 février 1972, Rev. dr. rur. 1972, p.381, obs. R. RANDIER ; Civ. 3e 29 avril 1970, Bull. civ., III, n°289, p.210 (vente) ; Douai 5 novembre 1970, Gaz. Pal. 1971-1-p.116, note J. MEGRET (vente d'herbes - idée de précarité de la jouissance) ; Civ. 3e 14 janvier 1971, Bull. civ., III, n°20, p.14 (vente) ; Civ. 3e 8 février 1972, Rev. dr. rur. 1972, p.381, obs. R. RANDIER ; Civ. 3e 29 février 1972, Bull. civ., III, n°137, p.99 (vente) ; Civ. 3e 29 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973-1-p.223, note J.-P. MOREAU ; Civ. 3e 10 janvier 1973, Bull. civ., III, n°41, p.31 ; Civ. 3e 19 juin 1973, Bull. civ., III, n°421, p.305 ; Rouen 20 juin 1973, AJPI 1974, p.528 ; Civ. 3e 9 juillet 1973, Bull. civ., III, n°470, p.343 ; Civ. 3e 23 octobre 1973, Bull. civ., III, n°537, p.392 ; Civ. 3e 9 avril 1974, Bull. civ., n°137, p.103 ; Civ. 3e 9 octobre 1974, Bull. civ., III, n°350 ; Civ. 3e 3 décembre 1975, Bull. civ., III, n°359, p.272 ; Cass. 22 avril 1976, Rev. dr. rur. 1976, p.141 ; Civ. 3e 5 mai 1976, D. 1976, IR, p.223 ; Civ. 3e 5 octobre 1976, Bull. civ., III, n°329, p.251 (vente-travaux effectués unilatéralement par l'acheteur) ; Civ. 3e 23 novembre 1976, Bull. civ., III, n°413, p.314 ; Civ. 3e 19 janvier 1977, D. 1977, IR, p.159 ; Lyon 23 mai 1977, Gaz. Pal. 1977-2-p.548 ; Civ. 3e 10 juillet 1978, D. 1979, IR, p.401, obs. E.-N. MARTINE ; Civ. 3e 16 décembre 1980, JCP 1981, IV, p.84 ; Civ. 3e 23 avril 1981, D. 1981, IR, p.515 ; Civ. 3e 25 mai 1981, Rev. dr. rur. 1982, p.36 ; Civ. 3e 23 juin 1981, Defrénois 1982, n°32823, p.203, note M. ECARY ; Civ. 3e 2 juin 1982, Bull. civ., III, n°135, p.97 ; JCP éd. N 1983, II, p.25, rejetant le pourvoi contre Rouen 10 décembre 1980 (vente), Gaz. Pal. 1982-2-p.624, obs. J. LACHAUD ; Civ. 3e 6 octobre 1983, Defrénois 1984, art. 33432, n°117, p.1487, obs. G. VERMELLE ; Civ. 3e 25 octobre 1983, même référence et JCP 1984, IV, p.2 (bail rural) ; Civ. 3e 22 mai 1984, JCP éd. N 1985, II, p.45, obs J.-P. MOREAU (vente) ; Civ. 3e 5 décembre 1984, JCP 1985, II, 20516, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; JCP éd. N 1985, II, p.225, obs. J.-P. MOREAU ; Riom 4 mars 1985, Gaz. Pal. 1988-1-somm. p.217 ; Civ. 3e 7 mai 1985, JCP 1985, IV, p.250 ; Civ. 3e 19 juin 1985, JCP éd. N 1986, Prat. p.356 ; Civ. 3e 20 mai 1987, D. 1987, IR, p.136 ; Civ. 3e 1 juillet 1987, JCP 1987, IV, p.310 ; Riom 11 janvier 1988, Gaz. Pal. 1988-1-somm. p.218 ; Riom 21 mars 1988, Gaz. Pal. 1989-2-p.537.

Rappr. Paris 7 décembre 1970, Gaz. Pal. 1971-2-p.515 (location des herbages d'un aérodrome, qui ressemble fort à une vente d'herbes).

(1)Soc. 22 février 1952, précité.

(2)Soc. 15 janvier 1953, précité.

(3)Cf. infra n°514 in fine.

(4)Soc. 19 juin 1951, 15 décembre 1955, 28 avril 1964, 21 juin 1966 et 5 octobre 1967, précités.

entendu, de la pâture elle-même, par destruction des mauvaises herbes[1], fumure ou épandage d'engrais[2], ensemencement[3], voire... labourage[4].

513.– Malgré les apparences, cette prise en compte des obligations accessoires du preneur, pour distinguer le bail rural de la vente d'herbes, n'érige pas en critère de qualification un élément secondaire d'une convention[5]. L'utilisation de ces prestations est effectuée à titre d'indice, permettant de déterminer la nature des obligations principales de chaque contractant[6] qui, en pratique, ne résulte pas du seul examen de la situation de fait générée par l'exécution du contrat. Structurellement, les qualifications de vente et de bail sont nettement distinctes. Dans la première, le vendeur s'engage à transférer la propriété d'une chose future, l'herbe, moyennant paiement d'un prix. Dans la seconde, le bailleur s'oblige à transférer la jouissance d'un herbage, contre versement d'un loyer. Si les deux obligations monétaires ne sont guère discriminantes[7], les deux prestations caractéristiques ne peuvent être juridiquement confondues : l'une constitue une obligation de donner et l'autre une obligation de faire. De plus, rigoureusement, le bail ne contient pas de «cession», même accessoire de l'herbe et le preneur, en conséquence de sa jouissance, est directement propriétaire des fruits sans que ceux-ci transitent par le patrimoine du bailleur. Dans les faits, la distinction est moins claire : extérieurement, chaque qualification peut se traduire par la présence d'un troupeau sur l'herbage. Pour résoudre la difficulté, la jurisprudence s'appuie sur les suites normales de chaque contrat, sur les obligations accessoires que chaque prestation caractéristique entraîne

---

(5)Soc. 19 juin 1951, précité.

(6)Soc. 17 novembre 1953 et 5 octobre 1967, précités.

(7)Soc. 28 avril 1964, précité.

(1)Soc. 15 décembre 1955, précité ; Rouen 20 juin 1973, précité.

(2)Soc. 15 décembre 1955, Soc. 5 octobre 1967, Rouen 20 juin 1973 et Civ. 3e 5 mai 1976, précités.

(3)Rouen 20 juin 1973, précité.

(4)Civ. 3e 23 avril 1970, précité ; plus généralement, cf. R. MEURISSE, chr. précitée, p.54.

(5)Cf. en ce sens, très convaincant : G. GOUBEAUX, op. cit., loc. cit. ; rappr. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°261 ; contra, privilégiant l'activité agricole : Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.53. Comp. plus nuancé, J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, Thèse précitée, n°289 (que l'occupant ait un droit de jouissance est qualifié d'exact, mais de théorique et assez inutile ; l'important est que «ce droit de jouissance se manifeste par un certain travail de culture»).

(6)Ch. DUPEYRON et autres, op. cit., n°716 et n°718.

(7)V. cep. pour une hypothèse très particulière, Paris 5 mars 1964, précité. L'acheteur n'était pas tenu d'entretenir le terrain loué. Il l'avait fait, cependant, la première année et cette prestation en nature avait remplacé le prix qu'il devait normalement payer pour l'herbe. L'obligation d'entretien constituait donc une obligation principale (prix en nature) et non une prestation secondaire comme l'est celle du preneur. Adde, à titre d'indice : Tb. par. cant. Marolles 10 mars 1951, Rev. ferm. 1951, p.180 ; Soc. 3 mai 1952, précité.

ordinairement[1]. Les obligations accessoires du preneur constituent à cet égard un indice sérieux. D'une part, le locataire étant toujours tenu d'une obligation de restituer la chose louée, l'efficacité de celle-ci suppose une restitution en bon état, qui impose normalement au locataire une obligation d'entretien en cours de bail. D'autre part, dans un bail à ferme, le transfert de jouissance n'est effectuée qu'aux fins de mise en valeur rurale de l'héritage concédé, ce qui implique la présence d'une obligation d'exploitation du fermier[2]. Dès lors, comme l'affirme la Cour de cassation, l'accomplissement, par l'utilisateur de l'herbage, de certains travaux, «pratiquement et normalement, ne peut se concevoir que s'il y a contrat de location»(3). En définitive, une structure de qualification est mise en évidence, par la structure globale d'obligations qui l'accompagne naturellement. La présence d'obligations d'entretien ou de culture à la charge d'un contractant, révèle la nature de l'obligation de son vis-à-vis. Au travers des prestations secondaires du preneur, c'est la preuve de l'existence d'un transfert de jouissance à la charge du propriétaire du terrain qui est visée[4].

514.– Cette conclusion est confirmée par plusieurs constatations. En premier lieu, si les obligations accessoires du preneur constituent pour les tribunaux un critère de décision important, les magistrats en utilisent d'autres. Leur examen est riche d'enseignements : ces indices s'attachent aussi à mettre en évidence l'existence d'un transfert de jouissance à la charge du bailleur, mais ils s'appuient sur d'autres différences structurelles des qualifications de bail et de vente. L'organisation «naturelle» du bail n'est pas la seule à présenter un intérêt et celle de la vente d'herbes est toute aussi significative. Dans ce contrat, le vendeur doit, comme dans une location, concéder à l'acheteur l'usage temporaire du terrain, pour que celui-ci puisse procéder au retirement de la chose vendue. A la différence du bail, cette obligation est une prestation accessoire du propriétaire du terrain et son contenu est différent : destinée à permettre l'exécution de ce retirement[5], elle est nécessairement plus limitée. Ainsi s'explique la référence fréquente à l'intermittence ou à la continuité de

---

(1)Rappr. les arrêts qui se réfèrent aux «obligations ordinaires» du preneur : Soc. 5 novembre 1949, précité ; Soc. 20 octobre 1955, précité.

(2)Cf. art. 1728, 1730, 1731, 1754, 1756 et 1766 du Code civil.

(3)Soc. 28 mai 1949, précité.
La jurisprudence se réserve la possibilité, pour apprécier ce caractère «normal», d'une référence aux usages locaux : Soc. 28 mai 1949, précité ; Civ. 1e 17 novembre 1953, précité ; Soc. 20 octobre 1955, précité ; Soc. 21 juin 1966, précité ; Civ. 3e 29 avril 1970, précité ; Rouen 20 juin 1973, précité.

(4)Pour une liaison très nette : Civ. 19 juin 1951, précité ; Rouen 20 juin 1973, précité.
Adde : CORNILLE, Thèse précitée, p.157-158.

(5)Ou de la délivrance, voire des deux. Sur ce problème, cf. supra n°380 dernière note.

l'occupation du terrain. «Normalement», un acheteur n'a besoin de celle-ci que pendant la période où l'herbage est productif. Une jouissance qui s'étend aux mois où l'herbe est rare, voire absente, ne se comprend pas dans un contrat de vente, alors qu'elle est la conséquence logique d'une location[1]. Un raisonnement similaire sous-tend les décisions qui s'attachent à mesurer l'étendue des droits du preneur : «si [l'utilisateur du terrain dispose], pour mener à son terme normal l'exécution de son contrat, de l'occupation matérielle, momentanée, des terres aux fins de dépaissance des herbes, il [n'a] pas la jouissance du sol même»[2]. L'intensité des prérogatives accordée à l'occupant de l'herbage permet de déterminer le contenu du transfert de jouissance et, corrélativement, son caractère accessoire ou principal[3].

Ensuite, l'importance de la mise en évidence d'une obligation principale de transférer la jouissance à la charge du propriétaire du terrain et sa nature de critère direct de distinction entre le bail et la vente, sont nettement établies dans le contentieux antérieur au statut du fermage, où l'enjeu pour distinguer un bail d'une vente de fruits, était souvent fiscal. Les arrêts rendus par la Cour de cassation au dix-neuvième siècle font directement allusion à cette jouissance[4]. La référence aux obligations accessoires

---

(1) V. par ex : Bastia 12 avril 1948, précité ; Soc. 2 Août 1948, Bull. civ., n°851, p.896 ; Tb. par arr. Nantua 3 mai 1949, S. 1950-2-p.4 ; Soc. 20 juillet 1950, Bull. civ., III, n°645, p.432 ; RTD civ. 1952, p.384, obs. J. CARBONNIER (bail - attendu très net) ; Soc. 25 novembre 1954, précité (location saisonnière non soumise au statut) ; Soc. 5 janvier 1962, Bull. civ., IV, n°11, p.8 (vente) ; Soc. 28 avril 1964, précité (bail rural) ; Soc. 21 juin 1966, précité (bail) ; Civ. 3e 27 mars 1969, précité (vente) ; Nimes 8 octobre 1969, précité ; Civ. 3e 23 avril 1970, précité ; Civ. 3e 29 avril 1970, précité ; Civ. 3e 14 janvier 1971, précité ; Rouen 20 juin 1973, précité ; Cass. 22 avril 1976, précité ; Civ. 3e 10 juillet 1978, précité ; adde déjà Civ. 26 août 1839, S. 1939-1-p.674 .
Selon un auteur (J. LACHAUD, «Les retombées de la loi d'orientation agricole, feu le contrat de vente d'herbe», Gaz. Pal. 1981-1-doct. p.126), le critère de la discontinuité est un moyen de fraude et la jurisprudence aurait fini par l'abandonner. Cette dernière affirmation est tout à fait discutable. Les décisions invoquées à son soutien ont été rendues dans des hypothèses où il est aisé de considérer la jouissance comme continue (Soc. 28 avril 1964 (n°352), précité, (18 mois) et Soc. 5 octobre 1967, précité, (combinaison de deux contrats couvrant l'année)) et, postérieurement, d'autres arrêts de la Cour ont continué d'évoquer cet indice (Civ. 3e 13 février 1969 et Civ. 3e 29 avril 1970, précité).

(2) Civ. 1e 17 novembre 1953, précité ; adde se référant à la finalité de l'occupation : Aix 28 janvier 1948, JCP 1948, IV, p.143 ; Bastia 12 avril 1948, précité ; Nimes 8 octobre 1969, précité (pour la finalité de l'entretien d'un chemin d'accès).

(3) Cf. se référant à l'étendue des droits du preneur : Soc. 18 novembre 1948, précité ; Soc. 5 novembre 1949, précité ; Soc. 20 octobre 1955, précité ; Soc. 15 décembre 1955, précité ; Soc. 21 novembre 1959, précité ; Soc. 10 juin 1960, Bull. civ., IV, n°601, p.466 (vente) ; Soc. 5 janvier 1962, précité ; Rouen 20 juin 1973, précité.
Adde supra n°90 (sur la qualification par un droit et non par une obligation) et supra n°380 dernière note (sur la fourniture accessoire de bâtiments).

(4) Civ. 9 février 1837, DP 1837-1-p.249 ; Req. 20 mai 1839, S. 1839-1-p.526 ; Civ. 26 Août 1839, S. 1839-1-p.674 ; Civ. 19 mars 1845, DP 1845-1-p.190 ; Civ 21 mai 1849, DP 1849-1-p.146 ; Civ. 13 décembre 1858, DP 1859-1-p.22 ; Req. 30 mars 1868, DP 1868-1-p.417 ; Civ. 5 mai 1875, DP 1875-1-p.368 ; Nimes 25 février 1883, DP 1883-2-p.215 ; Req. 25 janvier 1886, DP

du preneur y est discrète(1), alors que l'étendue des droits du preneur(2) et la durée limitée de l'occupation du terrain, conforme à l'exécution d'une obligation de retirement[3] sont fréquemment évoquées.

Il est intéressant de constater, par ailleurs, que la présomption d'application du statut du fermage aux cessions exclusives de fruits, n'utilise pas les prestations secondaires de l'acquéreur : cette présomption ne cède que devant la démonstration que le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue ou répétée du terrain, ce qui rejoint le critère de l'intermittence, dont le lien avec l'obligation de jouissance a déjà été souligné[4].

Une seule réserve mérite d'être signalée. Dans plusieurs décisions, la motivation qui constate l'absence d'obligations accessoires du preneur, se contente d'en déduire que le statut du fermage est inapplicable[5]. Un tel raisonnement laisse la place à une qualification intermédiaire de location... non rurale. Il est exact que le bail rural suppose nécessairement une obligation d'exploiter du fermier, mais l'influence d'une prestation secondaire, qui précise la nature du bien loué – une exploitation[6] – ne serait pas en l'occurrence critiquable, puisqu'elle réaliserait une catégorisation, à l'intérieur d'une même qualification.

1886-1-p.441 ; Req. 9 mai 1892, DP 1893-1-p.28 ; Req. 29 avril 1896, DP 1896-1-p.414 ; Ch. réunies 17 mars 1904, DP 1905-1-p.139 ; Civ. 13 décembre 1909, S. 1912-1-p.413, note WAHL.

(1)Civ. 21 mai 1849, précité ; Req. 30 mars 1868, précité La Cour a même refusé la qualification de bail dans une espèce où l'existence de travaux ne faisait pas de doute (Ch. réunies 17 mars 1904, précité). Mais elle est revenue rapidement sur cette solution contestable (Civ. 13 décembre 1909, précité).

(2)Req. 20 mai 1839, Civ. 26 août 1839, Civ. 19 mars 1845, Req. 9 mai 1892, Req. 29 avril 1896, Ch. réunies 17 mars 1904, précités. Les solutions anciennes de la Cour de cassation sont parfois justifiées différemment : la Cour n'aurait pas admis, initialement, qu'un bail ne puisse porter que sur une jouissance d'un produit particulier du sol (cf. R. MEURISSE, chr. précitée ; CORNILLE, Thèse précitée, p.168 et s. ; G. GOUBEAUX, op. cit., loc. cit.). L'analyse semble correspondre à certains arrêts (Civ. 9 février 1837, Req. 20 mai 1839 et, à titre de motivation partielle, Civ. 5 mai 1875, Ch. réunies 17 mars 1904, précités), mais elle est loin de rendre compte de la totalité de ce contentieux, où la référence à une jouissance restreinte est souvent associée à l'idée que l'occupation a pour but l'exécution du retirement (cf. note suivante ; adde également l'admission d'un bail de chasse, nécessairement partiel : Civ. 10 janvier 1893, S. 1893-1-p.185, note ESMEIN).

(3)Civ. 26 août 1839 ; Civ. 19 mars 1845 ; Civ. 21 mai 1849 (très net) ; Req. 9 mai 1892, précités.

(4)Art. L. 411-1 du Code rural ; cf. infra n°723 et s.

(5)Soc. 15 janvier 1953, précité ; Soc. 2 juillet 1953, S. 1954-1-p.84 ; Soc. 25 novembre 1954, précité ; Ch. réunies 1 juillet 1957, précité ; Soc. 5 décembre 1957, précité ; Soc. 28 avril 1964, précité ; Soc. 5 juillet 1964, précité ; Civ. 3e 9 octobre 1974, précité ; contrat Civ. 3e 19 juin 1973, précité. Ces motivations peuvent souvent s'expliquer par le principe d'économie de moyens, cher à la Cour de cassation : en l'absence d'obligations d'entretien et d'exploitation, la décision qui applique le statut des baux ruraux doit être cassée, que le contrat soit un bail ou une vente.

(6)Cf. infra n°746 et s.

515.– - Dans les deux exemples qui précèdent, il est assez facile d'établir que l'obligation accessoire ne constitue qu'un indice permettant de déterminer la nature de l'obligation principale réellement voulue par les parties et, par voie de conséquence celle de leur accord. La démonstration est parfois plus délicate : dans certains cas, l'influence de l'obligation accessoire semble plus nette ; c'est sa nature, son intensité qui paraissent déterminer la qualification. Tel est le cas, par exemple, des conventions de remonte-pente[1].

Pour la Cour de Grenoble, première juridiction amenée à trancher le problème posé par la nature juridique de ces contrats, il ne s'agit pas véritablement d'un transport de personne mais d'un «contrat innommé, imposant à l'exploitant de cet appareil l'obligation déterminée de conduire l'usager, sans lui causer d'accident, au point le plus élevé de la piste qu'il désire atteindre»[2]. Pour l'annotateur[3], cette présentation n'est pas satisfaisante. En imposant à l'exploitant une obligation de sécurité-résultat, la Cour «apparente» le contrat de remonte-pente au contrat de transport. Or, selon cet auteur, cette assimilation est infondée : dans un transport de marchandises, «le voiturier fait figure de dépositaire», «les marchandises lui ont été confiées et il est tenu d'en assurer la garde et la conservation». Mais cette obligation, accessoire faut-il le rappeler, ne se justifie que lorsque le transporteur est en mesure «d'exercer une maîtrise effective sur l'objet confié à ses soins». Ce raisonnement doit être appliqué identiquement au transport de personnes : l'obligation de sécurité-résultat n'est admissible que lorsque les voyageurs se livrent «passivement» à l'exploitant, et non lorsque les usagers sont associés à la manœuvre. Le déplacement d'un skieur ou d'un bateau en panne de moteur, n'est donc pas un contrat de transport, lorsque ces

---

(1)P. CHOGNON, «Les remontées mécaniques des stations de sport d'hiver», Thèse Clermont-Ferrand, 1971, p.214 et s. et 226 et s. ; H. LAMBOT, «Les problèmes juridiques soulevés par la pratique du ski nautique et alpin», Thèse Aix 1966, p.107 et s. ; R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.107 et s. ; O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°164 et s. (exclusion du transport).; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°80 et s., p.91 et s. et n°351, p.397. Selon cet auteur, l'apparition d'un contrat innommé de téléski est une implication indirecte du facteur professionnel dans le transport (p.91). L'affirmation est contestable, car la discussion sur le rôle actif du transporté suppose au préalable que le prestataire soit un professionnel. Selon la jurisprudence, il existe donc des professionnels tenus d'une obligation de moyens.
Adde Juris-Data : Responsabilité contractuelle ETP (téléski ou remonte-pente ou télésiège).
Rappr. P.-A. CREPEAU, «Le contenu obligationnel d'un contrat», Rev. Barreau canadien, LXIII, p.7, qui qualifie de clauses «essentielles» (au sens de POTHIER) des obligations accessoires nécessaires de sécurité, comme celle qui figure dans le transport de personnes.

(2)Grenoble 11 mars 1941, DC 1943, p.143, note crit. H. DESBOIS ; RTD civ. 1942, p.49, obs. H. et L. MAZEAUD ; Gaz. Pal. 1941-1-p.471.

(3)H. DESBOIS, note précitée.

derniers bénéficient d'une certaine liberté de manœuvre : cette convention constitue en réalité, un contrat de remorquage, sous-catégorie du louage d'ouvrage.

Convaincue, semble-t-il, par une telle analyse, la Cour de cassation casse cet arrêt quelques années plus tard[1] : «Attendu que, dans ces circonstances de fait, un rôle actif, personnel et connu de lui incombait [au skieur], seulement «remorqué» dans l'opération de la remontée, quant à son équilibre et à son comportement sportif en cours de trajet, à l'autonomie de ses mouvements à l'instant de son dégagement et à l'agencement qui lui appartenait, sur sa personne, de son propre équipement ; d'où il suit... qu'en décidant, comme il l'a fait, que les règles strictes et spéciales du contrat de transport comportant la responsabilité du voiturier conservant la direction exclusive des opérations du transport, devaient, par extension, être appliquées au contrat innommé de l'espèce, l'arrêt attaqué a faussement appliqué les textes ci-dessus» (art. 1147 et 1784 du Code civil).

516.– La décision est d'importance. Historiquement, elle marque le début d'un reflux de l'obligation de sécurité-résultat, par une jurisprudence un peu inquiète de l'ampleur des conséquences de sa création. Elle ouvre de plus la voie à un nouveau critère de distinction des obligations de moyens et de résultat fondé sur l'analyse du rôle du créancier dans l'exécution de cette prestation[2]. Quand un passager prend place dans un téléphérique, une télécabine ou un télésiège, son rôle est purement passif : installé dans le moyen de transport, il lui suffit d'attendre la fin de l'exécution du déplacement, en restant totalement immobile, s'il le souhaite. La situation est alors similaire à celle du voyageur assis dans un car ou dans une voiture de la S.N.C.F. où, pendant le trajet, le voiturier est tenu d'une obligation de sécurité-résultat. Dans le contrat de remonte-pente, au contraire, les skis du client restent en permanence en contact avec le sol. Sa vigilance doit rester constante, pour éviter que ses spatules ne sortent des traces ou se bloquent dans une ondulation du terrain. Alors que dans l'hypothèse précédente, la survenance d'un dommage corporel peut légitimement être présumée imputable à l'exploitant, une chute lors de l'emploi d'un téléski peut aussi bien trouver son origine dans le comportement du skieur que dans le fait de l'exploitant. Ce dernier n'ayant pas une maîtrise complète de l'exécution du déplacement ne peut être tenu que d'une obligation de prudence et de diligence.

---

(1) Com. 7 février 1949, D. 1949, p.377 ; note F. DERRIDA, JCP 1949, II, 4959, note RODIERE ; RTD com. 1949, p.524, obs. J. HEMARD ; Civ. 1e 8 octobre 1963, JCP 1963, II, 13429 D. 1963, p.750.
Adde : Chambéry 21 mai 1951, JCP 1951, II, 6516, note RODIERE ; D. 1951, p.573 ; Gaz. Pal. 1951-2-p.141.

(2) Cf. note RODIERE, précitée.

Il est dès lors facile de comprendre comment, à partir d'une telle analyse, l'obligation accessoire de sécurité peut apparaître comme le critère de qualification séparant le contrat de transport du contrat de remonte-pente. Une obligation déterminée de sécurité est une règle «stricte et spéciale» du transport. Lorsque le rôle actif du client est incompatible avec une telle sévérité, l'obligation de sécurité se mue en obligation de moyens et le contrat ne peut plus être un transport. Effet nécessaire de la qualification de transport, l'obligation de sécurité-résultat permet de distinguer cette convention du contrat de remonte-pente. Il convient de remarquer que c'est bien ainsi qu'a été compris l'arrêt de 1949 par certains auteurs, qui reprochent à la Cour de cassation, d'avoir voulu éviter, en jouant sur la qualification, «ce qu'elle croyait à tort une inéluctable conséquence» du transport[1].

517.- Cette présentation n'emporte pas la conviction et il est possible de lui reprocher de simplifier abusivement le raisonnement tenu par la Chambre commerciale en 1949. La première citation de cette décision, qui est extraite de la fin de l'arrêt, ne doit pas faire oublier le contenu de son chapeau : «le contrat de transport qui oblige le transporteur à conduire le transporté sain et sauf, à destination, suppose que celui-ci s'en est remis entièrement à celui-là pour la maîtrise et l'exécution de l'entreprise, sans intervention personnelle et active de sa part concourant à la réalisation matérielle du transport». Par cette précision finale, les hauts-magistrats montrent clairement que l'obligation de déplacement est un élément à part entière de leur motivation : le rôle actif du skieur ne se contente pas d'influer sur l'obligation accessoire de sécurité, il perturbe aussi la prestation principale de transport. Un voiturier ne peut promettre comme résultat d'atteindre le haut des pistes, si une simple maladresse du skieur, même non fautive, est susceptible d'entraîner une chute empêchant l'accomplissement de cette obligation.

Cette décision de la Cour de cassation comporte un raisonnement en deux étapes, qui n'ont pas été suffisamment soulignées. En premier lieu, la convention n'est pas un contrat de transport, car le skieur participe activement à la réalisation matérielle du déplacement(2). Une telle solution présuppose que la qualification de transport

---

(1)RODIERE, «Droit des transports», 2e édit., n°632, p.725 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., 5e édit., 1990, n°335.

(2)Ce rôle actif est admis par la quasi-unanimité des juges du fond, dont la localisation géographique incite à penser qu'ils statuent en connaissance de cause (cf. W. RABINOVITCH, «Les sports de montagne et le droit», Litec 1980, n°116 et s., p.77 et s., spéc. n°126, p.83 ; adde les décisions citées infra n°519 (note). En particulier, l'affirmation de M. Jean MAZEAUD (note D. 1969, p.158) selon laquelle l'usager d'un téléski n'a qu'un «rôle très médiocrement actif» n'a pas, semble-t-il, rencontré l'adhésion des tribunaux. Dans le même ordre d'idées, l'opinion du doyen RODIERE (note précitée, JCP 1949, II, 4959), selon laquelle cette notion de rôle actif ou passif est purement théorique, puisque dans les faits, le passager d'un train peut se déplacer, est demeurée isolée : il est

s'appuie sur une obligation de déplacement, dont la nature est celle d'une obligation de résultat et que la transformation de cette prestation en obligation de moyens est suffisante pour entraîner la disqualification du contrat dans son ensemble. L'analyse est concevable, même si elle peut être discutée, notamment pour un transport de personnes[1].

Ensuite les règles du transport, et notamment l'existence à la charge du voiturier d'une obligation de sécurité-résultat, ne peuvent être transposées par analogie au contrat innommé de remonte-pente que si les situations de fait générées par ces deux conventions sont similaires. Or tel n'est pas le cas, puisque le passager d'un téléphérique peut adopter un rôle purement passif qui est interdit à l'utilisateur d'un remonte-pente(2). En définitive le rôle actif de l'usager qui participe à l'exécution matérielle du déplacement, exerce une influence simultanée sur l'obligation principale et sur la prestation accessoire. Il devient dès lors inexact de considérer que c'est l'obligation accessoire qui constitue un critère de qualification, puisqu'au changement de nature de celle-ci correspond une modification analogue de l'obligation principale. Le lien qui unit les deux prestations, provient d'ailleurs du fait, que le degré d'intensité de l'obligation accessoire n'est en définitive que l'expression de la sévérité de la responsabilité du voiturier : l'affaiblissement de la seconde provoque la baisse du premier.

518.– Cette absence de rôle autonome et direct de l'obligation accessoire de sécurité dans la qualification du contrat de remonte-pente est confirmée par l'évolution ultérieure de la jurisprudence. Alors que l'éviction de la qualification de transport n'a jamais été remise en cause[3], à quelques exceptions près[4], l'obligation de sécurité

---

vrai qu'elle semblait confondre la participation active à l'exécution du déplacement et l'activité à l'intérieur du moyen de transport (cf. en ce sens, obs. HEMARD, obs. précitées, DESBOIS et F.DERRIDA, notes précitées). V. également, posant en principe qu'une participation au déplacement demeure compatible avec un transport : O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°93-94, n°162, mais qui écarte cependant le principe pour les contrats de remonte-pente, n°177.

(1)Cf. supra n°230.

(2)Il est possible, toutefois, de reprocher à la Cour de cassation une certaine imprécision dans la formulation de ce raisonnement en deux étapes. En premier lieu, la proposition relative concernant l'obligation de sécurité est placée en tête de phrase, ce qui aboutit à faire précéder le principal par l'accessoire et la qualification par le régime. Ensuite, l'expression traditionnelle, définissant l'engagement du voiturier comme celui de «conduire le transporté sain et sauf à destination» est une commodité rédactionnelle qui masque une ambiguité conceptuelle : obligation principale (conduire à destination) et secondaire (sain et sauf) sont mises sur le même plan. Enfin, le visa de l'article 1784 n'est pas satisfaisant (cf. infra n°794).

(3)En particulier, par l'arrêt du 8 octobre 1968, cité infra. Adde : Chambéry 21 mai 1951, précité ; Chambéry 4 février 1952, JCP 1952, II, 7225, note G. C. ; Pau 9 mars 1987, Juris-Data n°41258 («tenu comme un transporteur d'une obligation de sécurité de résultat) et toutes les décisions citées infra qui n'évoquent pas le problème.

pesant sur l'exploitant a été durcie par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 octobre 1968[1] : «après avoir relevé que si «le comportement» de l'usager «doit être exclusif de toute imprudence, négligence inattention ou maladresse», aucune faute n'était établie à la charge de dame M., les juges d'appel ont pu décider «que l'entière responsabilité de l'accident incombe à l'exploitant du remonte-pente», sur qui pèse une obligation déterminée de sécurité».

Deux analyses peuvent être proposées, pour rendre compte de cette évolution. Il est possible, en premier lieu, d'y voir la manifestation d'une tendance de la jurisprudence à ignorer le droit des contrats spéciaux au profit de la théorie générale : peu importerait la qualification, et seules quelques notions générales pourraient suffire à déterminer directement le régime de la convention (obligation de renseignement, de sécurité, de moyens ou de résultat)[2]. Il paraît cependant préférable d'y voir au contraire la confirmation du principe selon lequel un contrat est qualifié par ses obligations principales et seulement par elles[3]. Le rôle actif de l'usager reste indispensable au bon accomplissement du déplacement : l'inexécution de celui-ci du fait d'une maladresse du skieur ne peut engager la responsabilité de l'exploitant. Cette vision rigoureuse des choses est cependant perturbée par l'enjeu que représente la sécurité corporelle des usagers. Il est compréhensible, que conformément à une longue et profonde tendance, les tribunaux, par souci de protection des victimes, recherchent un responsable solvable, apte à s'assurer pour les risques dont il rend possible la survenance. Ce choix de politique juridique effectué par la jurisprudence reste proche des réalités concrètes et, s'agissant du contrat de remonte-pente, il n'a été opéré qu'une vingtaine d'années après la mise en service de ce genre d'appareils, à une époque où le public était familiarisé avec eux, où leur fonctionnement était bien assimilé et où les incidents

---

Contra : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°85, p.95, pour qui ce mutisme est une improbation d'une qualification innommée ; comp. P. CHOGNON, Thèse précitée, p.218, 235 et s. (contrat de transport d'une nature particulière).

(4) Chambéry 7 novembre 1960, JCP 1961, II, 11942 («contrat de transport sui generis», ce qui ne veut rien dire : R. PLICHON, Thèse précitée, p.111). Seuls deux arrêts de la Cour de Grenoble illustrent en définitive ce courant, en évoquant l'idée que «le contrat de transport conclu avec l'exploitant d'un téleski est d'une nature particulière et obéit à des règles propres découlant de la participation active de l'usager» (Grenoble 15 novembre 1967, Gaz. Pal. 1968-1-p.89 ; RTD civ. 1968, p.376, obs. G. DURRY ; Grenoble 15 octobre 1969, JCP 1970, II, 16164, note W. R.).

(1) Civ. 1e 8 octobre 1968, D. 1969, p.157, note J. MAZEAUD ; Gaz. Pal. 1968-2-p.361, note W. RABINOVITCH ; JCP 1969, II, 15745, note W. R. ; RTD civ. 1969, p.345, obs. G. DURRY. Cf. déjà, TGI Albertville 5 mai 1967, inédit, cité par W. RABINOVITCH, ouvrage précité, p.82.

(2) V. par exemple, pour l'installation défectueuse d'un système d'alarme, les décisions qui ne qualifient pas la convention de contrat d'entreprise ou de vente, alors que cette opération est en l'espèce, fort importante (garantie des vices) : Versailles 9 juin 1988, D. 1989, IR, p.244 ; Paris 21 décembre 1988, D. 1989, IR, p.38. Comp. Civ. 1e 23 février 1988, Gaz. Pal. 1988-1-pan p.112.

(3) La dissociation obligation principale - obligation accessoire opérée par l'arrêt de 1968 (contrat innommé - obligation de sécurité résultat) est l'inverse de celle opérée par le doyen RODIERE (transport - obligation de moyens, plus ou moins renforcée, cf. traité op. cit., loc. cit.).

devenaient moins nombreux[1]. En quelque sorte, la diminution de l'aléa, malgré le maintien d'un rôle actif du skieur, justifierait un durcissement de l'obligation accessoire de sécurité, sans remettre en cause la nature innommée de la convention.

519.– Selon certains auteurs, il n'est pas certain, cependant, que le revirement de 1968 ait été suivi par les juges du fond[2]. Un examen attentif de la jurisprudence semble leur donner raison. Outre les décisions qui heurtent de front l'admission de principe d'une obligation déterminée de sécurité[3], ou qui interprètent restrictivement l'arrêt de la première Chambre civile, de manière explicite[4], il convient de souligner que la quasi-totalité des jugements et arrêts rendus en cette matière[5], continuent de se référer au rôle actif du skieur, rôle que le conseiller rapporteur de l'arrêt de 1968 qualifiait de «médiocre». En fait, la jurisprudence, approuvée en cela par une partie de la doctrine[6], semble distinguer deux hypothèses, selon l'origine du dommage[7]. Si l'accident provient d'un fonctionnement défectueux de l'appareil, toutes les juridictions font peser sur l'exploitant une obligation de sécurité résultat[8]. Le skieur blessé n'a pas besoin de prouver une faute de l'exploitant et celui-ci ne peut s'exonérer

---

(1)V. l'évolution statistique de l'origine des accidents évoquée par M. CHOGNON, Thèse précitée, p.139.

(2)W. RABINOVITCH, ouv. précité, n°126 et s., p.82 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, «La responsabilité civile», n°837, p.282 ; STARCK, op. cit., n°1038 ; M. M., note sous Civ.1e 17 février 1987, JCP 1988, II, 21082.

(3)Grenoble 15 octobre 1969, JCP 1979, II, 16164, note W. R. ; TGI Thonon-les-Bains 15 octobre 1971, Gaz. Pal. 1972-1-p.201, note W. RABINOVITCH ; RTD civ. 1973, p.362, obs. G. DURRY.

(4)TGI Alberville 30 novembre 1973, JCP 1974, II, 17828, note W. R. ; Montpellier 16 septembre 1982, Juris-Data n°1046.

(5)Sauf peut être, chez certaines décisions inédites récentes : Grenoble 16 mars 1983, Juris-Data n°42205 ; 13 août 1986, Juris-Data n°45081 ; Pau 9 mars 1987, Juris-Data n°41258.
Rappr. Paris 4 décembre 1980, Juris-Data n°784 (blocage des spatules constituant une faute de la victime, constitutive de force majeure).

(6)W. RABINOVITCH, ouvr. précité ; STARCK, op. cit., n°1038 ; F. DERRIDA, note précitée ; G. C. note sous Chambéry 4 février 1952, JCP 1952, II, 7225 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°357 ; H. LAMBOT, Thèse précitée, p.118.
Contra, au moins sur la motivation théorique de cette solution : J. FROSSARD, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», Thèse LGDJ 1965, n°476, p.272.

(7)M. RABINOVITCH parle à ce sujet de «responsabilité fonctionnelle».

(8)TGI Alberville 30 novembre 1973, op. cit. ; Montpellier 16 septembre 1982, op. cit. (dans les deux cas, «obligation de résultat limitée au bon fonctionnement de l'appareil) ; Grenoble 16 mars 1983, Juris-Data n°42205 (ambigu : l'obligation générale de sécurité semble affirmée en principe, mais elle joue en l'espèce à propos d'un appareil défectueux) ; Aix 12 juin 1990, Juris-Data n°45986 (piste mal entretenue).
Adde : Grenoble 15 octobre 1969, précité (malgré l'affirmation de principe d'une simple obligation de moyens, l'arrêt ajoute immédiatement que la responsabilité de l'exploitant «est dégagée toutes les fois que le transport n'est pas correctement assuré, s'il justifie avoir entretenu le matériel dans le meilleur état qu'il est possible) ; TGI Thonon 15 octobre 1971, précité (qui rappelle, par deux fois, que le remonte-pente fonctionnait bien).

qu'en établissant un cas de force majeure ou de faute de la victime. En revanche, si l'exploitant parvient à démontrer que son appareil fonctionnait normalement, qu'il était régulièrement entretenu et conforme aux normes réglementaires, la mise en jeu de sa responsabilité suppose que le skieur établisse qu'il a commis une faute : mauvaise présentation de la perche par le préposé[1] maintien de l'exploitation par de mauvaises conditions météorologiques, défaut de conseil et d'assistance sur la marche à suivre en cas de panne du remonte-pente[2], etc.[3]. Cette distinction jurisprudentielle appelle trois remarques. Elle conduit à une vision nouvelle de ce contentieux et incite à l'adoption d'une analyse technique plus nuancée, dont il convient de mesurer les répercussions sur la qualification.

520.– Une étude globale des décisions rendues à propos de cette question laisse à penser qu'une présentation qui se bornerait à affirmer que l'obligation de moyens adoptée en 1949 a été abandonnée en 1968, serait par trop simplificatrice. Deux raisons permettent de le démontrer. D'une part, les juges du fond n'ont pas seulement résisté à l'arrêt de 1968 en réduisant la portée de la solution choisie par la Cour de cassation , ils ont également infléchi l'arrêt de 1949 : l'obligation de résultat pesant sur l'exploitant, en cas de fonctionnement défectueux de son matériel est bien antérieure au revirement de 1968[4]. En définitive, il semble que les juges du fond n'aient pas varié et que leur position mixte constitue initialement un renforcement de la solution de la Cour de cassation et par la suite une réduction de la portée du revirement de cette dernière. D'autre part, il n'est pas certain que les trois arrêts rendus par la Cour de cassation, soient aussi tranchés que ne le laisse croire leur présentation habituelle[5]. En

---

(1)Rappr. pour la maladresse d'un préposé, dans un contrat de télésiège : Chambéry 3 juin 1987, Juris-Data n°48641.

(2)Grenoble 24 septembre 1985, Juris-Data n°43894.

(3)Adde : Grenoble 15 novembre 1967, précité, (faute de surveillance et d'organisation) ; Chambéry 14 juin 1989, Juris-Data n°44606 (circonstances indéterminées ; bon fonctionnement établi ; pas de responsabilité) ; Grenoble 27 mars 1990, Juris-Data n°42253 ; Grenoble 25 juillet 1990, Juris-Data n°44073 et 5519 (arrachement d'un doigt à l'arrivée ; circonstance inconnues ; bon fonctionnement établi ; pas de responsabilité) ; Montpellier 4 février 1991, Juris-Data n°431 (mauvaise protection d'un pylône ; faute retenue).

(4)Chambéry 4 février 1952, JCP 1952, II, 7225, note G. C. ; D. 1952, p.552 (qui utilise, à tort, l'article 1384 alinéa 1 du Code civil) ; Aix 9 novembre 1955, JCP 1955, II, 8972 (dans l'esprit, tout au moins) ; TGI Digne 13 avril 1960, D. 1960, somm. p.113 (protection des usagers contre les conséquences de chutes toujours prévisibles) ; TGI Alberville 3 juin 1960, D. 1960, somm. p.113 (ces deux décisions sont évoquées ici, parce qu'aucune d'elles ne se fonde expressément sur une faute de l'exploitant ; une telle faute était concevable, surtout dans la seconde affaire) ; Chambéry 7 novembre 1960, JCP 1961, II, 11942 (pourvoi rejeté par Civ. 1e 8 octobre 1963, précité) ; Grenoble 15 novembre 1967, Gaz. Pal. 1968-1-p.89 ; RTD civ. 1968, p.376, obs G. DURRY.

(5)Cf. obs. G. DURRY, RTD civ. 1968, p.377 et 1969, p.345, pour les arrêts de 1949 et 1963.

premier lieu, les deux arrêts retenant l'obligation de moyens, sont bien loin d'exclure l'éventualité d'une responsabilité plus sévère de l'exploitant quant au matériel qu'il utilise. La décision rendue en 1949 relève «qu'aucune défaillance technique ou mécanique de la société» exploitante n'a été envisagée par les juges du fond et l'arrêt de 1963 est encore plus explicite : «dans l'exécution de ce contrat, l'exploitant doit fournir les moyens permettant à l'usager d'atteindre un point élevé, en mettant à sa disposition le matériel approprié à la sécurité et à la facilité du déplacement» et, plus loin, «la Cour d'appel, après avoir relevé que nul usager ne s'était plaint de la marche du remonte-pente le jour de l'accident et écarté les obligations du demandeur au pourvoi, visant le fonctionnement défectueux ou anormal du remonte-pente», a pu en déduire que l'accident était exclusivement imputable au comportement de la victime. Inversement, la solution adoptée par l'arrêt de 1968 n'est pas incompatible avec le système mis en place par les juridictions du fond. Dans cette affaire, une skieuse empruntant un remonte-pente avait été retrouvée un moment plus tard inanimée et le visage en sang. Pour le Tribunal, il n'était pas certain que le dommage ait été provoqué par un archet descendant situé anormalement bas[1]. Pour la Cour au contraire cette cause était celle du dommage. C'est cette seconde solution qui, s'agissant d'un point de fait, s'imposait à la Cour de cassation[2] ; il était dès lors normal que l'exploitant réponde, même sans qu'une faute ne soit prouvée, du fonctionnement anormal de son téléski. A tout le moins, et même dans le cas où le doute sur l'origine du dommage aurait persisté, il suffisait de constater que l'exploitant n'avait pas pu rapporter la preuve du bon fonctionnement de son appareil.

521.– La justification théorique de ce système jurisprudentiel n'est pas aisée. Certes, le seul recours à la notion d'obligation de moyens est désormais inopérant : la responsabilité de l'exploitant peut-être engagée en l'absence de preuve de toute faute, en particulier lorsque l'origine du dommage est inconnue ou que l'accident provient d'un vice caché du matériel.

Mais le recours global à une obligation de résultat n'est pas envisageable non plus, sans quelques aménagements[3]. Ainsi, M. Durry, qui défend cette analyse, doit-il admettre que l'obligation de résultat qui pèse sur l'exploitant n'est pas «du type le plus

---

(1)Sur les faits de l'espèce, cf. W. RABINOVITCH, note Gaz. Pal. 1968-2-p.361.

(2)Cf. la note du conseiller rapporteur J. MAZEAUD, II : «une skieuse... fut grièvement blessée par le choc d'un archet descendant».

(3)Une obligation de résultat non «allégée» ne peut expliquer les solutions jurisprudentielles, dans deux hypothèses au moins : circonstances inconnues mais preuve du bon fonctionnement du matériel (une obligation stricte de résultat engagerait la responsabilité de l'exploitant) ; appareil hors de cause, et faute d'un tiers (un autre skieur) (comp. Chambéry 7 novembre 1960, précité).

lourd»[1]. L'exploitant serait tenu «d'une obligation de résultat plus atténuée, tombant devant la preuve de la faute de la victime ou de celle du bon état du matériel»[2]. Cette position suscite pourtant plusieurs objections. En premier lieu, il est quelque peu contradictoire de conserver la terminologie, sinon le concept, d'obligation de résultat, alors que l'exploitant est exonéré par la preuve du bon fonctionnement du matériel quand bien même le résultat n'aurait pas été atteint ! Il semble, ensuite, que pour rendre compte de la jurisprudence en analysant l'obligation de l'exploitant comme une obligation de résultat, il convient d'adopter une conception très extensive de la faute de la victime : une simple inadvertance constitue-t-elle toujours une faute ?[3] Un simple, lâcher de perche pour une cause inconnue devrait exonérer l'exploitant, or en l'espèce la victime n'a pas commis de faute. Certes, il est possible de soutenir alors que c'est le bon fonctionnement de l'appareil qui exonère l'exploitant. Mais c'est alors reconnaître que les deux causes d'exonération ne sont pas sur le même plan : si l'appareil a bien fonctionné, peu importe le comportement de la victime, l'exploitant est déjà exonéré. La faute de la victime n'a d'intérêt que lorsqu'elle s'est jointe à un appareil défectueux ou à une faute d'exploitation du remonte pente.

C'est donc, semble-t-il, l'explication proposée par M. Rabinovitch qui semble serrer au plus près la jurisprudence. L'obligation de résultat n'a pas une portée générale, elle est limitée au bon fonctionnement de l'appareil[4]. Il est permis de penser, qu'en définitive, cette obligation ne fait que consacrer une responsabilité contractuelle du fait des choses pesant sur l'exploitant du remonte-pente[5], comme elle peut peser sur un médecin pour le bistouri dont il se sert pour exécuter son intervention[6] ou sur un coiffeur pour les produits qu'il emploie[7]. Cette obligation ne peut céder que devant la preuve d'une faute de la victime, d'un cas de force majeure ou... du rôle passif de cette chose, à savoir son fonctionnement normal. Cette analyse permet d'ailleurs de mieux comprendre pourquoi l'obligation de l'exploitant peut également jouer lors des

---

(1)RTD civ. 1969, p.346.

(2)RTD civ. 1973, p.363.

(3)Rappr. Civ. 1e 16 juillet 1980, Bull. civ., I, n°218, p.177.

(4)Dans le même sens : L. PEYREFITTE, J.-Cl. Com., Fasc. 610, n°27. V. aussi dans le sens d'une obligation de sécurité hybride, ni obligation de résultat, ni obligation de moyens : P. CHOGNON, Thèse précitée, p.226.
Contra, pour une pure obligation de résultat : O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°177.

(5)Sur cette notion : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°879.
Rappr. Chambéry 4 février 1952, précité, qui évoque une responsabilité délictuelle du fait des choses.

(6)V. par ex : Paris 12 janvier 1989, D. 1989, somm. p.317, obs. J. PENNEAU.

(7)Cf. W. RABINOVITCH, note JCP 1970, II, 16164 et Gaz. Pal. 1972-1-p.201 ; STARCK, op. cit., n°1038 ; rappr. J. FROSSART, Thèse précitée, n°477, p.273.

opérations d'embarquement[1], où l'idée d'obligation de résultat est traditionnellement exclue[2]. Selon cette analyse, deux situation sont donc envisageables. Si l'exploitant peut prouver que l'appareil fonctionnait normalement, ou s'il n'a joué aucune rôle dans l'accident[3], sa responsabilité n'est engagée que si le skieur prouve une faute de sa part[4]. En revanche un fonctionnement anormal du remonte-pente ou l'absence de preuve de son bon fonctionnement engagent de plein droit la responsabilité de l'exploitant, qui ne peut s'exonérer qu'en prouvant la force majeure ou une faute de la victime[5].

522.- Cette modification de l'analyse de la jurisprudence relative au contrat de remonte-pente ne modifie pas les conclusions précédentes quant au rôle de l'obligation accessoire dans la qualification de ce genre de conventions. En effet, de deux choses l'une. Ou le cantonnement de la distinction des juges du fond à l'obligation secondaire est admis, et la désolidarisation de cette prestation avec l'obligation principale demeure similaire à celle opérée par l'arrêt de 1968. Ou cette distinction est étendue à l'obligation principale - obligation de moyens en cas d'échec du déplacement pour cause de chute du skieur et obligation de résultat si un cable se rompt ou si une perche déraille - et, une fois encore, comment affirmer que c'est la modification de l'obligation accessoire qui disqualifie la convention, puisque simultanément, la prestation principale subit une mutation identique.

Il convient, pour finir, de signaler qu'un raisonnement identique est applicable aux contrats de remorquage de choses[6]. Si la lourde responsabilité du voiturier, transposée par analogie des règles du dépôt hôtelier, existe, c'est parce que le transporteur reçoit la maîtrise d'une chose passive. Le remorquage d'un bateau, qui continue d'être dirigé par son équipage ne correspond pas à cette hypothèse et la sévérité de l'obligation accessoire de conservation ne peut être retenue. Mais ici aussi, le raisonnement est applicable à l'obligation principale de déplacement : il est impossible de reprocher au voiturier la simple inexécution du résultat promis -le déplacement à bon port- si celui-ci n'a pu être atteint du fait du comportement même non fautif, du remorqué «au rôle actif». Le transport de marchandises montre d'ailleurs, que dans certains cas,

---

(1)Cf. TGI Digne 13 avril 1960, précité ; Chambéry 7 novembre 1960, précité ; adde, aussi, plus ambigu : Aix 9 novembre 1955, précité.

(2)V. en dernier lieu : Civ. 1e 11 mars 1986, Bull. civ., I, n°65, p.62 ; RTD civ. 1986, p.767, obs J. HUET.

(3)Chute après le débarquement, par exemple, sans contact avec l'appareil.

(4)Et que le skieur n'a pas lui aussi commis de faute.

(5)Cf. H. DESBOIS, note précitée, sur le rapprochement de ces deux hypothèses.

(6)Contra P. CHOGNON, Thèse précitée, p.248, pour qui la preuve du mauvais fonctionnement pèse sur la victime.

l'obligation accessoire du voiturier peut être allégée, sans que la qualification de transport ne soit remise en cause : tel est le cas pour le transport des animaux vivants, lorsque ceux-ci sont convoyés par un préposé de l'expéditeur ou du destinataire[1].

523.- Toutes ces illustrations -promesse unilatérale, vente d'herbes et contrat de remonte-pente- ne sont donc guère probantes et le bilan d'ensemble est plutôt décevant. Il est bien difficile de trouver des hypothèses où une obligation accessoire constitue un véritable critère de qualification. Il importe, pour cela, que la nature du contrat dépende de la présence ou de l'absence de la prestation secondaire, indépendamment de toute altération de l'obligation principale. Ce sont en définitive les qualifications nommées récentes, notamment celles instituant un régime d'ordre public, qui ont recours à ce procédé. Deux illustrations peuvent être indiquées, sans que la liste soit limitative[2].

Le premier exemple est constitué par le crédit-bail. Ainsi qu'il sera vu[3], cette convention possède la nature d'un contrat mixte : plusieurs prestations imposées au crédit-bailleur caractérisent cette qualification. Parmi celles-ci, deux obligations sont généralement privilégiées : le transfert de jouissance de la chose et la promesse unilatérale de vente qui s'y rattache. Or, une analyse plus approfondie de ce contrat révèle qu'une troisième prestation du crédit-bailleur joue un rôle considérable : l'achat en vue de la location. Le crédit-bailleur est, en pratique[4], un établissement financier qui se refuse à assumer les risques techniques de l'opération, dont il se décharge en instituant, autant que faire se peut, des relations directes entre le crédit-preneur et le fournisseur du bien crédit-baillé. Cette position financiére s'incarne structurellement dans l'exigence légale d'un achat en vue de la location. Il est intéressant, dès lors, de constater que cet élément caractéristique du crédit-bail est susceptible d'être considéré

---

(1)Cf. RODIERE, Traité précité, n°422, n°539, n°544-545.

(2)V. en effet : - *le contrat d'édition* (cf. infra n°850 et s.).
- *la licence de brevet* (cf. infra n°851 (note)).
- *la fiducie-gestion*, telle qu'elle est conçue dans l'avant-projet de loi (cf. supra n°253 et s.).
- *la vente d'immeuble à construire* : cette qualification n'est pas attachée à la seule nature de l'immeuble vendu, un immeuble à construire. Elle nécessite que le vendeur s'oblige à construire. La vente d'un immeuble inachevé, dont la construction sera terminée par l'acheteur est une vente pure et simple. L'obligation de construire est donc un critère de qualification, or elle semble plutôt constituer une obligation accessoire par destination du transfert de propriété (v. en ce sens, semble-t-il : F. STEINMETZ, «Les ventes d'immeubles à construire», Thèse Montpellier 1970, n°21 et n°34 ; plus net : J. TARTANSON, «La vente d'immeuble à construire avant la délivrance», Thèse Aix 1971, p.101 et s., spéc. p.102-103, p.111, p.115 et p.120 ; J.-J. ANVILE, «La lésion dans la vente d'immeubles», Thèse Nancy 1991, p.142).
De plus l'obligation de déposer des fonds, structurellement accessoire, est un critère pour l'application de la réglementation spécifique du secteur protégé laquelle emporte des conséquences importantes sur le plan de la qualification (cf. infra n°687).

(3)Cf. infra, n°1624 et s.

(4)Juridiquement, il peut en aller autrement pour un crédit-bail occasionnel, cf. infra n°922.

comme une obligation accessoire par destination des deux autres prestations principales du crédit-bailleur : l'établissement financier achète le bien choisi par le crédit-preneur, pour pouvoir lui louer et, éventuellement, lui vendre. Cette analyse n'est pas la seule concevable et il est possible de lui préférer une autre conception mettant sur un pied d'égalité les trois éléments déterminants de cette qualification : achat en vue de la location (prêt), transfert de jouissance (location) et transfert de propriété (vente)[1]. Elle n'en reste pas moins une explication cohérente de la structure et du régime du crédit-bail, réalisant une prise en compte d'une prestation secondaire à titre de critère de qualification.

524.– Une autre illustration peut être fournie par certaines conventions d'intégration agricole. L'exemple n'est pas ici sujet à caution et il est d'autant plus spectaculaire qu'il ne s'agit pas tant d'une prise en compte systématique d'une obligation accessoire comme critère de qualification, que d'une indifférence du législateur quant à la position principale ou secondaire de l'obligation concernée(2). Aux termes de l'article 17 de la loi du 6 juillet 1964, «sont réputés contrats d'intégration tous contrats, accords ou conventions conclus entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une ou plusieurs entreprises industrielles comportant obligation réciproque de fournitures de produits ou de services», cette définition ne concernant pas les contrats ne comportant «d'autre obligation pour le ou les producteurs agricoles que le paiement d'un prix mentionné au contrat». Initialement, la jurisprudence a considéré que de simples garanties, accessoires du paiement du prix ou du remboursement d'un prêt (un warrant, par exemple), ne suffisaient pas à conférer à l'opération la nature d'un contrat d'intégration[3]. La seconde obligation du producteur devait donc être principale, ce qui faisait du contrat d'intégration une convention nécessairement mixte[4]. Un premier infléchissement jurisprudentiel s'est produit lorsque la Cour de cassation a admis qu'une clause d'exclusivité d'approvisionnement, adjointe à la vente d'aliments, pouvait répondre à la définition de l'article 17[5]. Par analogie avec les contrats d'approvisionnement exclusif, cette clause est en générale une obligation principale du producteur : c'est en considération de celle-ci que le fournisseur s'engage à procurer certains avantages

---

(1)Cf. infra n°1686.

(2)Lorsque l'obligation accessoire doit nécessairement se trouver dans l'accord des volontés pour déclencher une qualification, la tentation est grande, comme le montre le crédit-bail, d'ériger cette prestation au rang d'obligation principale.

(3)Com. 21 octobre 1975, D. 1976, p.140, note G.C. ; Civ. 1e 5 janvier 1978, JCP 1979, II, 19030, note J. PREVAULT ; Civ. 1e 2 mai 1984, Gaz. Pal. 1985-1-pan. agraire, p.9.

(4)Cf. infra n°1264 (note).

(5)Cf. les références citées infra n°1264 (note).

supplémentaires. Cependant, tout dépend en fait de l'économie de chaque contrat, et une clause d'exclusivité purement accessoire n'est nullement inconcevable. La solution est désormais certaine en matière d'élevage. La loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980 a créé un article 17-1bis aux termes duquel «sont réputés contrats d'intégration, les contrats par lesquels le producteur s'engage envers une ou plusieurs entreprises à élever ou engraisser des animaux, où à produire des denrées d'origine animale ; et à se conformer à des règles concernant la conduite de l'élevage, l'approvisionnement en moyens de production ou l'écoulement des produits finis». Ainsi, une simple vente de produits alimentaires, assortie de conditions d'utilisation de ceux-ci instituant un plan de rationnement peut correspondre à un contrat d'intégration agricole. En matière d'élevage, peu importe désormais le caractère principal ou accessoire de l'obligation du producteur, autre que le paiement du prix ou le remboursement du prêt : seule la correspondance de la nature de cette seconde prestation avec celles visées par la loi s'avère déterminante. Une obligation structurellement accessoire peut donc constituer un élément de qualification à part entière.

La sélection des obligations principales est une opération préalable indispensable à la différenciation des structures globales et des structures de qualification. Il convient cependant d'aller plus loin. Une structure de qualification s'appuie toujours sur une organisation causale spécifique qu'il importe maintenant de décrire.

CHAPITRE 2

LA STRUCTURE DE QUALIFICATION ET LA PLURALITE DE CAUSES

525.– Toute structure de qualification contractuelle est organisée autour d'une ou plusieurs obligations caractéristiques. Autrement dit, c'est la théorie de l'objet caractéristique du contrat[1] qui permet de dégager l'ossature générale d'une structure de qualification et d'en déterminer le type. Si le contrat contient une seule obligation caractéristique (ex : vente), la structure de qualification est simple. Si la convention en contient plusieurs à la charge d'une même partie (ex : franchise), la structure est mixte par addition. Enfin, si le contrat comporte deux obligations caractéristiques, réparties entre ses contractants (ex : échange), la structure est mixte par opposition[2].

Pour plus de simplicité, et afin de ne pas trop surcharger les explications qui vont suivre, l'étude des structures mixtes sera entreprise ultérieurement[3]. Seules les structures simples seront donc étudiées ici(4).

Mêmes dans celles-ci, il est évident qu'isoler une obligation caractéristique d'après sa nature est insuffisant pour déterminer la qualification d'une convention. Une même obligation caractéristique peut être insérée dans des environnements variables, faisant apparaître autant de structures de qualification. Un transfert de propriété peut ainsi constituer le cœur d'une vente, d'une donation, d'un apport en société, d'un prêt de consommation, etc La structure de qualification est alors, selon les cas, synallagmatique ou unilatérale, selon qu'elle englobe ou pas une obligation principale

---

(1)Sur cette théorie, cf. supra n°36 et s.

(2)Si la convention contient plus de deux obligations caractéristiques, le contrat est alors simultanément mixte par addition et par opposition.

(3)Sur les contrats mixtes, cf. infra deuxième Partie, Titre 2.

(4)Les règles qui vont d'ailleurs être dégagées s'appliquent aussi aux structures mixtes, sous certaines réserves qui seront indiquées immédiatement.

à la charge de l'autre contractant et gratuite ou onéreuse, selon la réciprocité des avantages obtenus par chaque partie. Ces structures simples sont cependant en nombre limité. Tenter d'en dresser leur inventaire constitue le meilleur moyen, d'en comprendre le mécanisme. Après avoir examiné la typologie théorique des structures de qualification (section 1), il sera possible d'en préciser la mise en œuvre en droit positif (section 2).

SECTION 1

LA TYPOLOGIE THEORIQUE DES STRUCTURES DE QUALIFICATION

526.– A priori, quatre types de structures de qualification sont envisageables. Ce chiffre résulte de la combinaison des deux classifications traditionnelles des conventions, d'après leur contenu : unilatérale-synallagmatique et gratuite-onéreuse. Une structure peut donc être : synallagmatique onéreuse (vente), synallagmatique gratuite (donation avec charge), unilatérale onéreuse (promesse unilatérale de vente, prêt à intérêt réel) ou unilatérale gratuite (donation). Malgré son classissisme, cette présentation est inexacte. Dans l'application des critères de classification des contrats, elle procède en réalité d'une confusion entre structure globale et structure de qualification. En particulier, le caractère synallagmatique ou unilatéral concerne, selon les hypothèses, l'une ou l'autre de ces structures[1]. Il convient donc de reprendre complètement l'examen de ce problème, en essayant d'assurer au raisonnement, une progression la plus rigoureuse possible. Plusieurs étapes doivent dès lors être soigneusement distinguées.

527.– La première étape est constituée par l'identification de l'obligation ou de la prestation[(2)], caractéristique. Toute structure de qualification comporte, au minimum, une obligation principale qui constitue l'objet caractéristique du contrat auquel elle sert de critère. Ce premier postulat mérite quelques explications. L'exigence minimale d'une obligation au moins est aisément compréhensible. La fonction même de tout

---

(1)Cette confusion apparaîtra plus clairement à l'issue de la démonstration : cf. infra n°534 et s.

(2)La précision s'impose, puisque dans la conception française traditionnelle des transferts de droits, il n'y a pas d'obligation de donner pour les corps certains. Elle permet aussi d'élargir les développements aux conventions, stricto sensu, qui ne créent pas d'obligations, mais assurent quand même une prestation (ex : extinction d'un droit). Les développements ultérieurs, par commodité, se réfèreront uniquement à l'obligation, mais ces assimilations resteront valables.

contrat est de produire des effets spécifiques : création d'obligations ou réalisation de transferts immédiats. Si aucune obligation n'est stipulée, si aucune prestation n'est accomplie, il n'y a pas de contrat. Envisagée globalement, une convention ne peut être un ensemble vide. Ensuite, cette obligation caractéristique unique, qui peut même être une simple promesse de somme d'argent, est nécessairement l'obligation principale du débiteur qui l'assume. En effet, d'une part, c'est la considération de cette obligation qui constitue la cause de l'engagement du cocontractant qui en est créancier. Il serait absurde de prétendre que celui-ci a conclu le contrat à titre principal pour... rien et à titre secondaire, pour obtenir l'exécution de l'unique obligation caractéristique ! D'autre part, il est impossible qu'une obligation unique soit à elle seule accessoire, car elle ne pourrait pas se rattacher à une autre obligation. Or, l'existence d'un support -le principal- est une condition indispensable à l'apparition d'un accessoire, qu'il soit par destination ou par «production».

528.– La seconde étape conduit à compléter ces prémisses de structure en recherchant la cause de l'obligation caractéristique(1). En effet, si un transfert de propriété possède un régime distinct dans la vente et dans la donation, c'est parce que la cause de ce transfert est différente dans les deux cas. Pour ce faire, il convient au préalable de déterminer le nombre de causes envisageables. A s'en tenir aux indications figurant dans les ouvrages traitant du droit des obligations, la classification reposant sur le but des obligations et donc sur leur cause, est celle des contrats gratuits et onéreux[2]. Une obligation principale caractéristique peut donc avoir au moins deux causes. Son débiteur peut s'être obligé par désir d'obtenir une contrepartie, un avantage, un sacrifice de son cocontractant (cause onéreuse). Il peut, au contraire, avoir décidé de stipuler cette obligation, sans souhaiter recevoir une contrepartie équivalente. Le débiteur est alors animé d'une intention libérale s'il s'agit d'une dation ou d'une intention serviable (de rendre un service d'ami) s'il s'est engagé à une obligation de faire ou de ne pas faire. Cette analyse duale est pourtant insuffisante. La cause onéreuse doit être subdivisée. Lorsqu'un contractant s'engage à exécuter une obligation en considérant l'avantage que lui procurera son vis-à-vis, deux situations sont possibles : soit la contrepartie figure dans le contrat lui-même, soit elle lui est

(1)... et non la cause de l'engagement du créancier de l'obligation caractéristique, qui est toujours la même : obtenir l'exécution de cette obligation. Déjà apparaît l'idée que le caractère gratuit ou onéreux repose avant tout sur l'obligation caractéristique, même s'il s'applique ensuite au contrat tout entier. Cf. infra n°537.

(2)Cf. les auteurs cités supra, notamment J. CARBONNIER.

extérieure[1]. Si la contrepartie figure dans le contrat, elle prend la forme d'une autre obligation, assumée par le cocontractant. Cette obligation est elle aussi principale, puisque c'est sa considération qui constitue la cause de l'obligation caractéristique. Si la contrepartie est extérieure à la convention, elle ne peut bien évidemment plus apparaître sous la forme d'une obligation. Il ne s'agit plus, comme précédemment d'une cause onéreuse au sens strict, mais au sens large, ou pour faciliter leur distinction d'une cause «intéressée». Cette variété de la cause onéreuse n'est pas une pure création doctrinale : son existence en droit positif ne fait aucun doute, même si ses contours ne sont pas toujours très nets. En effet, en s'extériorisant du contrat, la contrepartie perd en certitude et la cause intéressée risque alors de se rapprocher dangereusement des mobiles du débiteur de l'obligation caractéristique. Sa définition devra donc être formulée avec précision.

529.– D'ores et déjà, trois hypothèses difficilement contestables permettent de l'illustrer. La première d'entre elles, qui semble à l'origine de la notion, découle de la théorie des contrats réels et de ses conséquences dans l'analyse du prêt à intérêt. Selon M. Larroumet, par exemple, «il peut y avoir contrepartie sans qu'il y ait pour autant obligation à la charge de l'autre partie au contrat. Ainsi, dans le prêt à intérêts, l'emprunteur est tenu de payer les intérêts stipulés alors que le prêteur n'est tenu d'aucune obligation envers lui, la remise de la somme prêtée n'étant pas l'exécution d'une obligation mise à la charge du prêteur, si on analyse le prêt en un contrat réel»[2]. Autrement dit, le prêt à intérêt est un contrat onéreux parce que le paiement des intérêts est causé par la remise de la chose par le prêteur, événement qui est antérieur au contrat de prêt et qui apparaît comme un service déjà rendu lorsque cette convention est formée. Cette hypothèse présente le mérite d'avoir fait percevoir l'existence d'une cause intéressée. Mais au delà, il faut bien reconnaître que l'analyse qu'elle consacre est plutôt illogique. Transposée au contrat de vente, elle conduirait à affirmer que la vente est un contrat onéreux... parce que le paiement du prix est causé par le transfert de propriété ! Une présentation renversée est certainement préférable : c'est la cause de l'obligation caractéristique qui assure le caractère global du contrat et la vente est une

---

(1)V. en ce sens : PLANIOL et RIPERT, n°39, p.41 «rapports juridiques antérieurs ou futurs» ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.7 («le caractère onéreux tient compte d'une façon plus générale des prestations qui peuvent être étrangères au contrat») ; très nette : M. GENINET, «Théorie générale des avants contrats en droit privé», Thèse Paris II 1985, n°720 ; Civ. 1e 7 juin 1979, D. 1980, IR, p.261, note J. GHESTIN (personne s'engageant à verser 33% des sommes déboursées par son voisin pour une adduction d'eau).

(2)Ch. LARROUMET, op. cit., 2e édit., n°182. Adde : WEILL et TERRE, op. cit., n°38, note 35 ; RIPERT et BOULANGER, op. cit., n°73 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°103 ; B. STARCK, op. cit., n°89 ; J. GHESTIN, obs. D. 1980, IR, p.261, qui estime la qualification de prêt à intérêt «incertaine».

convention onéreuse, parce que le transfert de propriété est accompli dans le but d'obtenir le versement d'une somme d'argent. Une présentation inversée est également plus conforme à l'économie du prêt à intérêt : cette convention est onéreuse parce que la jouissance de la chose n'est accordée par le prêteur qu'en considération du paiement des intérêts. C'est la cause de l'engagement du prêteur et non celle de l'emprunteur qui détermine la nature du contrat : qu'il y ait intérêt ou pas, l'emprunteur a conclu la convention et s'est obligé à restituer la chose pour une même raison : obtenir la jouissance de celle-ci[1]. Ici encore, la théorie du contrat réel démontre toute son imperfection : la prestation caractéristique du prêt -la jouissance de la chose- reste extérieure au contrat, et comme la doctrine ignore le concept de cause de l'engagement, détachée de la cause de l'obligation, cette absence d'obligation de délivrance à la charge du prêteur la conduit dans une impasse et la contraint à se raccrocher aux seules obligations qui apparaissent dans la structure réelle du contrat de prêt : celles de l'emprunteur.

Si la cause intéressée est en l'espèce contestable, deux autres hypothèses permettent de montrer que le principe de son existence n'est pas douteux[2]. Une obligation caractéristique peut être causée par un avantage extérieur au contrat, et qui lui est soit antérieur, soit postérieur. Dans certains cas, la contrepartie a déjà été reçue, comme dans l'analyse réelle du prêt à intérêt : le contractant s'engage alors à accomplir une prestation en considération du service déjà rendu[3]. Il est possible de rapprocher de cette situation les cas où une partie s'oblige à exécuter une obligation, notamment de versement d'une somme d'argent, dont elle était précédemment tenue en dehors de sa volonté : promesse de payer des dommages et intérêts par celui dont la responsabilité civile est engagée, promesse de payer une pension alimentaire dont le débiteur est tenu, légalement ou en vertu d'une obligation naturelle[4]. Dans d'autres hypothèses, au contraire, la contrepartie est située dans l'avenir : le débiteur de l'obligation caractéristique s'engage dans l'espoir que son cocontractant lui procurera un avantage. Ainsi, dans une promesse unilatérale de vente, l'engagement du promettant n'est

---

(1)V. cependant WEILL et TERRE, op. cit., loc. cit. : «Aucune des parties n'agit dans un but désintéressé. Le prêteur agit en vue de retirer un intérêt de son argent, l'emprunteur s'engage en vue de jouir de la somme qui lui a été remise» ; RIPERT et BOULANGER, n°73, p.30, qui visent aussi les deux parties.

(2)Contra : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°40, p.49 et s. Selon cet auteur, à cette notion d'intéressement ne correspond qu'une «structure régulative mais dépourvue d'une autonomie conceptuelle propre», conclusion que nous contestons radicalement.

(3)PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°37 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°38 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°182-183.

(4)Exemples cités par Ch. LARROUMET, op. cit., n°183 ; adde n°41 et 456.

jamais gratuit mais intéressé : il conclut toujours la convention dans le but de voir le bénéficiaire lever l'option[1].

530.– L'obligation caractéristique, centre d'une structure simple de qualification peut donc avoir trois causes : onéreuse, onéreuse «intéressée» ou gratuite. Il convient dès lors, dans une troisième étape de combiner ces trois hypothèses causales avec les différentes structures globales d'obligations. Le choix est ici incontestablement binaire et il suffit d'appliquer à la notion de structure globale, la définition classique des caractères synallagmatique et unilatéral[2]. Si les deux contractants sont débiteurs d'une obligation au moins, la structure globale est synallagmatique. L'affirmation reste valable même si l'une des parties n'est tenue que d'une obligation accessoire, comme

---

(1)Cf. en ce sens : Ch. BIQUEZ, «Les promesses de vente de fonds de commerce», Thèse Caen 1958, p.25 ; P. FIESCHI-VIVET, «La promesse de contrat», Thèse Lyon II 1973, n°39 (texte et note 5), n°54, n°132 et n°138 ; F. BENAC-SCHMIDT, «Le contrat de promesse unilatérale de vente», Thèse LGDJ 1983, n°37 et n°99 ; M. GENINET, «Théorie générale des avants contrats en droit privé», Thèse Paris II 1985, n°466 et n°720 ; J. GHESTIN, op. cit., n°18, p.7 et obs. précitées sous Civ. 1e 7 juin 1979, D. 1980, IR, p.261.
Rappr. ambigu : J. SCHMIDT, «Négociation et conclusion de contrats», Dalloz 1982, n°507 ; J.-Cl. Civ., art. 1589, Fasc. 2, n°38 ; J.-R. DAUTRICHE, «La promesse unilatérale de vente en droit français», Thèse Paris 1930, p.54-56 (qui semble retenir un contrat synallagmatique imparfait, confondant ainsi la promesse et le contrat définitif)
Contra : F. COLLART-DUTILLEUL, «Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles», Sirey 1988, n°44-46 ; L. BOYER, Rép. civil, v° Promesse de vente, n°11.
Comp. pour le pacte de préférence : J. BRETILLARD, «Le pacte de préférence», Thèse Paris 1929, p.65-66 (gratuit) ; L. MAUZAC, «Le droit de préemption en matière civile et commerciale», Thèse Montpellier 1935, p.63 (gratuit ou onéreux) ; J. SCHMIDT, op. cit., n°406 (gratuit ou onéreux).

(2)La définition classique, conforme au Code civil, s'appuie sur la réciprocité d'obligations. Cf. en ce sens : AUBRY et RAU, COLIN et CAPITANT, PLANIOL et RIPERT, RIPERT et BOULANGER, L. BOYER, J. GHESTIN et MARTY et RAYNAUD, tous précités supra n°496.
Certains auteurs préfèrent utiliser un autre critère fondé sur la dualité des qualités de créancier et de débiteur : Ch. LARROUMET, op. cit., n°195-196 ; B. STARCK, op. cit., n°83.
Adde, se référant aux deux conceptions : J. CARBONNIER, op. cit., loc. cit. ; J.-P. MARTY, J.-Cl. précité, loc. cit. ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°96 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°34 ; R. SAVATIER, op. cit., n°130).
La seconde conception paraît cependant plus imprécise que la première, ou, en, tout cas, elle peut constituer la source d'hésitations : l'exemple du contrat d'assurance-vie permet de le montrer. Cette convention est assurément synallagmatique : le souscripteur s'engage à payer les primes, alors que l'assureur s'oblige en cas de décès à verser une certaine somme d'argent. La réciprocité d'obligations ne fait pas de doute. La double qualité de débiteur et de créancier de l'assureur, non plus. Mais qu'en est-il pour le souscripteur ? Celui-ci peut-il être considéré comme créancier de l'assureur, alors qu'il n'est pas bénéficiaire du capital alloué ? L'article L. 132-11 incite à le penser, qui dispose que «lorsque l'assurance en cas de décès a été conclue sans désignation d'un bénéficiaire, le capital ou la rente garantis font partie du patrimoine ou de la succession du contractant» (rappr. art. 1122 du C. civ.). Le texte constitue, en effet, une manière de principe, puisqu'il joue en cas de nullité, de caducité ou de révocation de la désignation d'un tiers déterminé ou déterminable (PICARD et BESSON, 5e édit. T.1, n°501). Le résultat est en définitive le même, mais il n'est acquis que par un détour inutile et qui n'existera peut être pas toujours.
Rappr. : supra : pour les contrats contenant une stipulation pour autrui, n°191 (note) ; infra pour le cautionnement et l'article 2037 du Code civil, note n°538 (note).

par exemple le donataire sur lequel pèse une charge. Au contraire, si un des contractants n'assume aucune obligation, la structure globale est unilatérale.

En combinant ces deux types de structures globales, synallagmatique ou unilatérale, avec les trois hypothèses causales caractérisant l'obligation caractéristique, ce sont ... cinq types de structures globales qui se dégagent :

1. Une obligation caractéristique, dont la cause est gratuite, est insérée dans une structure globale unilatérale (ex : donation).

2. Une obligation caractéristique, dont la cause est gratuite, est insérée dans une structure globale synallagmatique (ex : donation avec charge, don du sang, dépôt ou commodat consensuels)[1].

3. Une obligation caractéristique, dont la cause est onéreuse «intéressée», est insérée dans une structure globale unilatérale (ex : promesse unilatérale de vente, prêt à intérêt réel, gage réel[2]).

4. Une obligation caractéristique, dont la cause est onéreuse «intéressée», est insérée dans une structure globale synallagmatique (ex : promesse unilatérale de vente avec indemnité d'immobilisation, gage consensuel, cautionnement[3]).

5. Une obligation caractéristique, dont la cause est onéreuse au sens strict, est insérée dans une structure globale synallagmatique (ex : transport, bail, vente, prêt à intérêt consensuel).

La définition de cette dernière catégorie explique aisément qu'il ne puisse exister une sixième structure type. En effet, la cause onéreuse stricte correspond à une contrepartie figurant dans le contrat sous la forme d'une obligation principale du cocontractant qui est le créancier de l'obligation caractéristique. Une structure globale unilatérale n'est dans cette hypothèse plus envisageable, puisque les deux contractants sont débiteurs d'une obligation au moins.

531.– Cette typologie en cinq catégories est celle des structures globales. Pour aboutir à celle concernant les structures de qualification proprement dites, une quatrième et dernière étape s'avère nécessaire. Le passage d'une classification à l'autre s'effectue facilement, en une seule opération : il convient simplement, pour les raisons invoquées plus haut[4], de ne plus tenir compte des obligations accessoires, qui n'ont pas vocation à figurer dans la structure de qualification. Cette élimination a en fait déjà

---

(1)Cf. Civ. 3e 6 novembre 1986, JCP éd. N 1987, II, p.49, note J.-P. MOREAU, pour l'intéressante formule de «contrepartie onéreuse», qui pourrait être opposée aux contreparties accessoires qui ne portent pas atteinte à la gratuité.

(2)Cf. J.-C. GROSLIERE, Rép. civ., v° Gage, n°11.

(3)Cf. infra n°538 (note).

(4)Cf. Chapitre précédent.

été présupposée pour le débiteur de l'obligation caractéristique : celle-ci étant nécessairement principale[1], il n'a jamais été fait allusion aux éventuelles obligations accessoires que ce contractant pourrait assumer. Cette réduction doit désormais être étendue aux prestations secondaires stipulées par l'autre contractant, c'est-à-dire par le créancier de l'obligation caractéristique. Ici encore, l'élimination est déjà réalisée dans la cinquième hypothèse de structure globale synallagmatique onéreuse : l'existence d'obligations accessoires à la charge du créancier de l'obligation caractéristique n'a pas été mentionnée(2).

532.– Un dernier cas de figure reste à examiner. L'étude de la hiérarchisation des obligations d'une même partie, a permis de montrer que, d'un point de vue structurel, l'obligation unique d'un contractant n'est pas forcément une obligation principale[3]. Il suffit pour cela, que cette obligation ne soit pas la cause de l'engagement de son créancier. Deux structures globales-types correspondent à cette hypothèse : la seconde (donation avec charges) et la quatrième (promesse unilatérale de vente avec indemnité d'immobilisation). Dans les deux cas, la structure globale est synallagmatique, puisque le créancier de l'obligation ou de la prestation caractéristique est débiteur d'une obligation : charge dans la donation et indemnité dans la promesse. Mais ces obligations ne constituent pas la cause de l'engagement du donateur ou du promettant, la contrepartie équivalente principalement espérée. Dans la donation avec charges, le donateur reste animé par une intention libérale (cause gratuite). Dans l'analyse classique de la promesse, l'indemnité d'immobilisation ne constitue pas le prix de l'immeuble et le promettant conclut le contrat dans le but essentiel de voir le bénéficiaire lever l'option. Dans ces deux types de structure globale, synallagmatique gratuite et synallagmatique intéressée, c'est donc une obligation accessoire du créancier de l'obligation caractéristique qui déclenche le caractère synallagmatique. Du point de vue de la qualification, ces obligations peuvent être négligées et les structures globales 1-2 et 3-4 correspondent aux mêmes structures de qualification(4).

---

(1)Cf. supra n°37, n°39-40.

(2)Combien y-a-t-il, par conséquent, de types de structures globales, en tenant compte systématiquement des obligations accessoires ? Pour les quatre premiers types de structure, il faut distinguer selon que le débiteur de l'obligation caractéristique est tenu ou pas d'une prestation secondaire. Chaque catégorie se dédouble, ce qui donne huit structures-types. Pour la cinquième catégorie, trois hypothèses sont envisageables : l'un ou l'autre des contractants, est tenu d'une obligation accessoire ou les deux le sont simultanément. En combinant les trois causes possibles d'une obligation caractéristique, avec les deux caractères des structures globales, ce sont donc onze structures globales-types qui sont identifiables.

(3)Cf. supra n°397.

(4)La discussion relative au caractère synallagmatique ou pas de la structure globale des contrats synallagmatiques imparfaits est donc sans intérêt. Une obligation éventuelle, dont la survenance dépend d'un événement postérieur au contrat, ne peut, dès la formation de celui-ci, constituer la

533.– En définitive, seuls trois types de structures simples de qualification sont envisageables[1], indépendamment de toutes les obligations accessoires pouvant peser sur n'importe laquelle des parties :

1. Une structure de qualification unilatérale gratuite (donation avec ou sans charge). Le débiteur de l'obligation caractéristique s'engage sans attendre une contrepartie équivalente de son cocontractant.

2. Une structure de qualification unilatérale onéreuse «intéressée» (promesse unilatérale de vente avec ou sans indemnité d'immobilisation). Le débiteur de l'obligation caractéristique s'engage ici en considération d'un service rendu par son cocontractant ou d'une dette pesant sur lui, antérieurs au contrat, ou dans l'espoir que son cocontractant lui accordera, dans l'avenir, un avantage, sans que ce sacrifice corrélatif soit constaté dans la convention sous la forme d'une obligation.

3. Une structure de qualification synallagmatique onéreuse (vente[2], transport). Le débiteur de l'obligation caractéristique s'oblige en considérant l'exécution d'une obligation de son cocontractant.

Cette conception emporte plusieurs conséquences et corollaires qu'il convient de préciser.

534.– En premier lieu, il est désormais plus facile de comprendre pourquoi la classification initiale et intuitive des structures-types en quatre catégories résultant de la combinaison des deux caractères possibles d'une convention (synallagmatique/ unilatérale et gratuite/onéreuse) est inexacte. Par rapport au nombre de structures globales simples, cinq[3], cette classification en perd une : la quatrième, synallagmatique intéressée. Cette omission est explicable. La combinaison traditionnelle unilatérale onéreuse oublie le fait que, du point de vue de la structure globale, une obligation accessoire à la charge du créancier de l'obligation

---

contrepartie espérée par le débiteur de l'obligation caractéristique (le contrat de jeu ou de pari est hors du débat puisque l'aléa affecte justement la prestation caractéristique). Cette obligation est donc nécessairement accessoire et elle n'est pas, par conséquent, prise en compte dans la structure de qualification (cf. AUBRY et RAU, op. cit., § 341, p.416, note 2 ; COLIN-CAPITANT, T.2, 10e édit., n°28, p.21).

(1)Aux trois types de structures simples de qualification, il convient d'ajouter ceux correspondant aux structures complexes. Les contrats mixtes par opposition (échange) sont nécessairement synallagmatiques onéreux. Les contrats mixtes par addition (franchise), où la pluralité d'obligation caractéristique pèse sur une seule partie, peuvent au contraire adopter n'importe laquelle des trois structures causales : gratuite, onéreuse ou intéressée. En ajoutant les conventions qui mêlent les deux sources de mixité, par opposition et par addition, il est donc possible de recenser sept structures-types de qualification, trois structures simples et quatre structures complexes.

(2)Sur les problèmes posés par le caractère synallagmatique de la vente de corps certain, cf. supra n°336 et s.

(3)Cf. supra n°530.

caractéristique est envisageable (indemnité d'immobilisation ou obligation de restitution dans un gage consensuel). Dans la classification initiale, en réalité, le caractère unilatéral se rapporte à la structure de qualification et recouvre donc deux structures globales (synallagmatique et unilatérale). Il est tout aussi logique, que par rapport aux trois structures types de qualification, cette classification en possède une de trop : la combinaison synallagmatique gratuite (donation avec charge). Ici, au contraire, le caractère synallagmatique concerne la structure globale : la charge rend la convention synallagmatique dans son ensemble, mais le donateur reste animé par une intention libérale. L'obligation accessoire du donataire n'est pas prise en compte dans la structure de qualification. Cette classification traditionnelle en quatre catégories ne peut, par conséquent, être conservée : elle présente le défaut rédhibitoire d'appliquer un même critère, le caractère unilatéral ou synallagmatique, à des structures de nature différente.

535.- Cette confusion est d'ailleurs à l'origine d'inexactitudes ou d'imprécisions doctrinales[1] et elle a provoqué certaines hésitations jurisprudentielles. Tel est le cas, en particulier, en matière de promesses unilatérales de vente lorsque celles-ci comportent simultanément une indemnité d'immobilisation à la charge du bénéficiaire et une clause de dédit (ou une clause pénale) à la charge du promettant. Relevant l'existence «d'obligations alternatives rigoureusement symétriques» incombant à chacune des parties, une Cour d'appel a cru pouvoir découvrir en cette hypothèse un accord synallagmatique[2]. Mais cette solution confond en réalité structure globale et structure de qualification. Les deux clauses, de dédit et d'indemnité d'immobilisation, sont deux obligations accessoires ; elles concernent la structure globale du contrat.

---

(1) Certains auteurs affirment parfois que les contrats synallagmatiques sont forcément onéreux (AUBRY et RAU, op. cit., § 341 ; DEMOGUE, T.2, n°915, p.891 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°38, note 35 ; B. STARCK, op. cit., n°89). L'affirmation est exacte pour la structure de qualification mais fausse pour la structure globale
Diverses typologies ont été proposées en doctrine, qui ne sont pas pleinement satisfaisantes ; cf. par exemple :
- PLANIOL, «Classification synthétique des contrats», Rev. crit. lég. jurispr. 1904, p.470 et s. qui privilégie le caractère synallagmatique, au détriment de la cause, choix qui n'étonne pas de la part d'un auteur anticausaliste.
- A.-J. ARNAUD, «Essai d'analyse structurale du Code civil», LGDJ 1973. L'auteur aboutit à dix-huit sortes de relations juridiques par la combinaison de trois prestations (donner, faire, ne pas faire) et de trois caractères (synallagmatique/unilatéral, gratuit/onéreux et pour les seuls contrats onéreux, commutatifs/aléatoires) (p.122). La cause intéressée, perspective d'une contrepartie extérieure au contrat est absente, alors que son existence est implicitement contenue dans une autre classification présentée au préalable (p.119-120) : «être prêt à recevoir sans accepter de donner à quelqu'un qui donne en espérant être l'objet d'une contre-prestation» (p.119-6°). Cette situation s'explique, à notre avis, plus aisément par l'extériorité de la contreprestation, que par le recours à un élément complémentaire (aléa ou condition).

(2) Amiens 29 juin 1967, pourvoi rejeté dans des termes ambigus par Com. 6 janvier 1970, JCP 1970, II, 16240, note P.L. ; Journ. not. av. 1971, p.452, note J. VIATTE.

S'agissant de la structure de qualification, la convention reste unilatérale : seul le promettant s'est engagé à vendre alors que le bénéficiaire n'a pas promis d'acheter. La Cour de cassation a fini par admettre cette analyse, en reconnaissant que dans une telle situation, les obligations ne sont pas «régulièrement symétriques»[1]. Les tribunaux ont donc eu du mal à accepter qu'une promesse unilatérale de vente soit synallagmatique ! Le paradoxe est purement apparent, puisque chaque terme se rapporte à une structure distincte.

536.- Cette différenciation des structures globales et des structures de qualification, permet également de mieux appréhender l'influence de la volonté des parties sur la nature unilatérale ou synallagmatique d'une convention. Selon une doctrine traditionnelle, «la jurisprudence admet [...] que la volonté des parties peut donner un caractère synallagmatique à tout contrat et inversement le lui enlever[2]». Maintenue de façon aussi abrupte, une telle affirmation est sans aucun doute inexacte[3], et, en réalité, une distinction s'impose. La structure de qualification n'est pas soumise à l'influence de la volonté des contractants. Ainsi, une vente, possède nécessairement une structure synallagmatique onéreuse. Il est impossible aux parties de faire disparaître le prix, tout en conservant cette qualification : tout au plus leur est-il loisible d'appliquer conventionnellement une partie du régime de la vente à une donation[4]. Les contractants sont en revanche libres de modifier la nature de la structure globale du contrat, en ajoutant par exemple à une convention dont la structure de qualification est unilatérale, diverses obligations accessoires qui rendent cette structure d'ensemble synallagmatique. Les auteurs qui appartiennent au courant doctrinal précité, invoquent en général l'exemple du dépôt, pour tenter de démontrer que le rôle de la volonté des parties peut même atteindre les obligations principales : les contractants, en stipulant un salaire pour la conservation de la chose, peuvent transformer le dépôt, traditionnellement unilatéral, en convention synallagmatique. L'argument ne saurait convaincre. Là, comme ailleurs, la structure de qualification reste à l'abri de la volonté des parties. Le dépôt est en effet un cas particulier : cette convention recouvre les trois structures types de qualification : gratuite, intéressée et onéreuse[5]. Par conséquent, si les contractants peuvent faire peser ou non une obligation principale sur le déposant,

---

(1) Com. 8 novembre 1972, JCP 1973, II, 17565, note B. BOCCARA ; Journ. not. av. 1974, p.200, note J. VIATTE ; Gaz. Pal. 1973-2-p.670.

(2) RIPERT et BOULANGER, n°69, p.28 ; adde J. GHESTIN, op. cit., n°13 ; R. HOUIN, Thèse précitée, p.177 et s. ; F. TERRE, Thèse précitée, n°515 et s., p.412 et s.

(3) V. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°142, p.158.

(4) Les règles d'ordre public de la donation s'appliquent en tout état de cause.

(5) Cf. infra n°541 et s.

sans modifier la qualification du contrat, c'est parce que justement les critères de qualification du dépôt le leur permettent. C'est le cadre légal qui dans tous les cas détermine la marge de liberté accordée aux parties. En jouant sur l'existence d'une obligation principale à la charge du déposant, les contractants n'atteignent pas la structure de qualification du dépôt, puisque celle-ci est encore plus étroite : elle se contente de viser une obligation principale de garde et de restitution, quelle que soit sa cause.

537.– Cette typologie de structures-types de qualification emporte un corollaire, qu'il est indispensable d'expliciter nettement. Une telle conception de la nature synallagmatique ou unilatérale d'une convention repose exclusivement sur la cause de l'obligation caractéristique[1]. C'est elle, et elle seule, qui détermine la nature de la structure d'un contrat. La cause de l'engagement du créancier de l'obligation caractéristique, qui est toujours une cause onéreuse au sens strict (considération de l'exécution de l'obligation caractéristique) n'intervient pas. Certains auteurs semblent essayer de prendre en compte ces deux causes : un contrat aurait ainsi une structure onéreuse, si les causes de ces deux obligations principales sont elles-mêmes onéreuses[2]. Mais l'exemple est trop bien choisi et la règle ne vaut pas dans les autres situations. La cause de l'engagement du donataire ou du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est onéreuse : ces deux contractants concluent le contrat en considération du don ou de la promesse souscrits par leur vis-à-vis. Malgré cela, la donation possède une structure gratuite et la promesse unilatérale de vente, une structure intéressée : c'est donc bien la cause du débiteur de l'obligation caractéristique qui est déterminante. Cette solution, qui, tend à privilégier une nouvelle fois l'obligation caractéristique d'une convention -c'est-à-dire son objet-, au travers cette fois-ci, de sa cause ne doit pas surprendre. Une telle préférence dans la recherche des caractères généraux d'une convention existe déjà en droit positif, à propos de la distinction des contrats successifs et instantanés. En effet, un bail est un contrat successif même si le loyer est payé en une seule fois, alors que la vente est un contrat instantané, même si le paiement du prix est échelonné dans le temps ; les régimes de ces deux contrats, quant aux conséquences de leur annulation ou de leur inexécution, sont par conséquent distincts. Pour expliquer cette différence de traitement, il est

---

(1)Rappr. Paris 4 mars 1959, JCP 1960, II, 11511, note M. DE JUGLART. L'arrêt, rendu en matière délictuelle, affirme que, pour apprécier le caractère intéressé d'un transport, «il convient uniquement de considérer le point de vue auquel se plaçait le transporteur». Cette idée a souvent été adoptée en jurisprudence pour établir le caractère intéressé d'un transport (cf. infra n°630 et s.).

(2)V. WEILL et TERRE, op. cit., n°38, note 35 ; rappr. PLANIOL et RIPERT, op. cit., n°37, note 4.

indispensable de recourir à la notion d'obligation caractéristique[1]. Dans ces deux conventions, c'est la nature de cette prestation qui détermine celle du contrat : successive pour la jouissance d'une chose (bail) et instantanée pour le transfert de propriété (vente)[2]. La Cour de cassation a implicitement entériné cette conception en qualifiant de contrat synallagmatique instantané la constitution d'une servitude en contrepartie du bail d'un terrain[3].

Cette trilogie des structures de qualification construite autour de la cause de l'obligation caractéristique étant acquise sur le plan théorique, il reste alors à examiner comme se réalise sa mise en œuvre en droit positif.

---

(1)Cf. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°320.
(2)Cf. pour les contrats mixtes, infra n°1394 (note).
(3)Civ. 3e 8 mai 1974, D. 1975, p.305, note critique Ch. LARROUMET.

SECTION 2

LA MISE EN ŒUVRE EN DROIT POSITIF DE LA PLURALITE DE STRUCTURES CAUSALES

538.– Autour d'une même obligation caractéristique, ce sont donc trois structures simples de qualification qui peuvent être élaborées, en fonction des trois types de causes envisageables pour justifier l'engagement de son débiteur(1).

Une précision doit cependant être immédiatement apportée. Ce chiffre est en réalité un maximum et il est fréquent que la nature de l'obligation caractéristique réduise le nombre de structures potentielles. Divers exemples permettent d'illustrer cette idée. Tout d'abord, une promesse unilatérale de vente ne peut jamais correspondre à une structure de qualification unilatérale gratuite. Le promettant est toujours supposé s'être engagé dans l'espoir que le bénéficiaire va lever l'option. Ce caractère onéreux résulte du fait, qu'à travers ce choix du bénéficiaire, le promettant pense obtenir le versement du prix convenu. La promesse ne peut revêtir un caractère gratuit, que si le contrat futur possède également cette nature : il ne peut plus y avoir de cause onéreuse dans la volonté de conclure une convention gratuite[2]. Il est possible d'évoquer, ensuite, l'hypothèse du contrat de société. Cette convention, à supposer que l'analyse contractuelle soit toujours valable, possède nécessairement une structure de qualification synallagmatique onéreuse. En effet, tous les associés doivent s'engager à effectuer un apport en capital ou en industrie (art. 1832 du Code civil) : ils sont donc tous débiteurs d'une obligation principale. Reste enfin le cas du contrat de cautionnement. L'obligation assumée par la caution a pour objet de procurer à un créancier une garantie en cas d'insolvabilité de son débiteur. Il semble difficilement

---

(1)Il convient de rappeler que les contrats mixtes par addition peuvent aussi recourir aux trois structures.

(2)Pour une promesse de contrat intéressé, onéreux donc, cf. infra 558 (note).

concevable que ce soit ce créancier qui rémunère directement la caution pour le service que celle-ci lui procure. La structure de qualification du cautionnement est donc quasiment toujours unilatérale(1), intéressée selon une gradation extrêmement subtile[2]. L'existence de structures unilatérales gratuites ou synallagmatiques onéreuses demeure exceptionnelle[3].

Dans l'hypothèse ou plusieurs structures de qualification sont envisageables, la reconnaissance d'une qualification déterminée, possédant un régime propre, peut emprunter différentes techniques (I). Et il est incontestable que c'est la structure causale unilatérale intéressée qui constitue la source des hésitations les plus importantes (II).

I - INVENTAIRE DES DIFFERENTES MODALITES DE PRISE EN COMPTE LEGISLATIVE DES STRUCTURES CAUSALES

539.- En créant une qualification nommée, le législateur entend régir une opération économique donnée au travers de l'obligation caractéristique[4] qui la symbolise[5]. Il édicte à cet effet un ensemble de règles juridiques, adaptées à la nature

---

(1)En revanche, la structure globale du cautionnement peut parfaitement être synallagmatique. Ainsi, la caution a pu s'engager sous la condition que le créancier accorderait au débiteur un délai de paiement supplémentaire ou la mainlevée d'une hypothèque (exemples cités par AUBRY et RAU, op. cit., § 341, p.415 ; adde aussi Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ. précité, n°77).
L'article 2037 du Code civil, désormais d'ordre public, qui oblige le créancier à veiller à la conservation de ses recours contre le débiteur rend-il cette structure globale systématiquement synallagmatique ? Certains auteurs ne le pensent pas, car la caution n'a aucune action pour exiger l'exécution de cette prétendue obligation, sanctionnée seulement par une déchéance des droits du créancier. (Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, n°74 ; Ph. DELEBECQUE, Rép. précité, n°27 ; MARTY et RAYNAUD par JESTAZ, «Les sûretés», n°570, p.371). De toute manière, même considérée comme générateur une obligation (Ch. BOULLEZ, «Une obligation particulière du créancier dans le contrat de cautionnement, l'article 2037 du Code civil», Administrer mars 1988, p.10), l'article 2037 ne pourrait consacrer qu'une obligation accessoire (cf. en ce sens M. DAGOT, «Les sûretés», p.44 ; comp. les hésitations de M. GENDRE-DEVOIVRE, «Collaboration et assistance entre parties au contrat», Thèse Clermont I 1981, n°303 et s.).
L'analyse vaut aussi pour les obligations récentes d'information pesant sur le créancier, cf. art. BRDA, op. cit., n°12 ; art. 48 loi 84-148 du 1 mars 1984, D. 1984, lég. p.228 ; v. également en ce sens, pour la loi du 31 décembre 1989 : Ph. DELEBECQUE, «Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement», D. 1990, p.225, n°10-11 (le contrat n'est pas synallagmatique car les obligations du créancier ne constituent pas la cause des obligations de la caution).

(2)Cf. infra n°547.

(3)Cf. infra n°545-546.

(4)Sur cette notion, cf. supra n°36 et s. ; l'intervention peut concerner plusieurs obligations caractéristiques si le contrat est mixte. Adde aussi Chapitre 3, infra.

(5)Cette démarche s'applique également au juge chargé de dégager progressivement le régime juridique d'une qualification innommée. Cependant, la liberté des magistrats étant à l'évidence infiniment plus réduite, il s'agit ici davantage d'un état d'esprit que d'une règle technique précise et autonome.

de cette obligation et conformes aux objectifs de politique juridique qu'il espère promouvoir.

Cependant, comme une même obligation caractéristique peut adopter trois types de causes différents, plusieurs possibilités s'offrent au législateur. En toute logique, la plus rigoureuse consisterait à consacrer trois qualifications distinctes, mais jointives[1], adoptant chacune une structure causale précise. Cependant, force est de constater que tel n'est jamais le cas. L'examen du droit positif montre qu'en réalité, le législateur préfère toujours utiliser d'autres voies.

540.– A) La première technique consiste à créer une qualification unique commune aux trois hypothèses causales propres à une même obligation caractéristique. Le contrat nommé recouvre alors trois structures de qualification : synallagmatique onéreuse, unilatérale intéressée et unilatérale gratuite[2]. Autrement dit, la structure de qualification qu'il conviendra de retrouver dans la structure globale de chaque convention concrète, effectivement conclue par deux parties, est réduite à sa plus simple expression. Elle se limite à une obligation caractéristique donnée, quelle que soit sa cause, étant entendu que la considération de cette prestation doit constituer la cause de l'engagement de l'autre partie.

Plusieurs qualifications contenues dans le Code civil ont recours à ce procédé. Le premier exemple, qui n'a jamais suscité de difficulté, est celui du mandat. En effet, selon l'article 1986 du Code civil, «le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire». Si, par conséquent, la gratuité est de la nature du mandat, elle n'est pas de son essence. Le texte réservant expressément la possibilité d'une rémunération, il a toujours été admis qu'un mandat pouvait être unilatéral et gratuit ou synallagmatique et onéreux[3]. Ces deux hypothèses correspondent chacune à une cause déterminée de l'obligation caractéristique, c'est-à-dire celle assumée par le mandataire. Dans la première, le mandataire s'oblige dans le seul but de rendre service, sans recevoir de contrepartie équivalente. Dans la seconde, il s'engage au contraire en considération du salaire promis. La structure de qualification du mandat englobant ces deux hypothèses extrêmes, elle régit donc sans difficulté le cas intermédiaire du mandataire intéressé. La pratique contractuelle récente fait même une place de choix à une variété de mandat

---

(1)Sur na notion de qualification jointive, cf. H. CROZE, Thèse précitée, n°171 et s., p.165 et s.

(2)Et cinq structures globales.

(3)MAZEAUD, T.3, V.2, n°1388 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°547 et s ; A. BENABENT, op. cit., 1991, n°17-18 ; STARCK, op. cit., n°90
La solution semble s'opposer en cela à celle retenue sous l'Ancien Droit (cf. D. RAMBURE-BARATHON, «Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe», Thèse Paris I, 1981, n°5 et s., p.7 et s., citant POTHIER, «Du mandat», n°20).

onéreux, le mandat d'intérêt commun. En définitive, dans tous ces cas, la qualification reste identique et les différences de structures causales ne se font sentir qu'à l'occasion de la détermination du régime juridique de la convention.

541.– Le second exemple de convention regroupant trois structures causales de qualification est celui du dépôt. Mais cette solution n'a pas toujours fait, loin s'en faut, l'unanimité. L'hésitation trouve son origine dans deux textes contradictoires du Code civil. Selon l'article 1917, «le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit». Au contraire, selon l'article 1928 «la disposition de l'article précédent (relative aux diligences exigées du dépositaire) doit être appliquée avec plus de rigueur : 1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt ; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt ; 3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire ; 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute».

La première tendance jurisprudentielle[1] et doctrinale[2], a été de faire prévaloir l'article 1917. Par rapport au mandat, en effet, la référence à l'essence du contrat et non à sa nature paraît décisive et la disposition de l'article 1928 ne concerne que le régime du contrat et non sa qualification. Selon cette opinion, un dépôt synallagmatique onéreux est donc un louage d'ouvrage – comme le contrat de garde d'un immeuble – puisque la conservation d'une chose est un genre particulier de prestation de service[3].

542.– Cette solution initiale n'est plus celle de la jurisprudence, qui néglige désormais cette discussion[4], ni celle de la majorité de la doctrine[5]. L'article 1917 voit

---

(1) Riom 30 mai 1881, DP 1882-2-p.38 ; Rev. crit. lég. et jurispr. 1883, p.184, obs. H. PASCAUD ; Tb. civ. Seine 7 novembre 1900, DP 1901-2-p.443 ; Poitiers 14 janvier 1925, S. 1925-2-p.25, note HUGUENEY.

(2) TROPLONG, «Du dépôt», n°12-15 ; H. PASCAUD, obs. précitées ; A. WAHL, note S. 1905-2-p.57, spéc. p.61 ; H. CAPITANT, ouv. op. cit., n°25, p.63, note 2 ; COLIN et CAPITANT, T.2, n°1232, p.806-807 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°102 ; adde cep. moins net, T.3, V.2, n°1492 et surtout n°1508 selon lequel en l'absence de texte, le contrat aurait été qualifié d'entreprise, mais le Code civil a tranché en faveur du dépôt ; adde : A. TUNC, «Le contrat de garde», Thèse précitée, n°83 et s., p.191 et s., spéc. n°88, p.202 et les auteurs cités, p.194. La position de cet auteur est quelque peu particulière : souhaitant faire du dépôt onéreux et professionnel une qualification distincte, il a tout intérêt à limiter la notion de dépôt au contrat gratuit. Pour la critique, cf. infra n°925.

(3) Contre ce raisonnement, cf. A. TUNC, Thèse précitée, p.201.

(4) Civ. 23 janvier 1884, DP 1884-1-p.254 et les décisions citées par R. RODIERE, Rép. civ., v° Dépôt, n°13 et R. de QUENAUDON, J.-Cl. Civ., art. 1915-1920, Principes généraux, n°67.

(5) AUBRY et RAU, T.6, § 401 et 7e édit., n°142, p.200 ; A. BENABENT, op. cit., 1991, n°17 ; BEUDANT, T.12, n°270, p.298 ; J. HEMARD, Rép. com., v° Dépôt, n°4 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, chr. précité, RTD civ. 1985, n°54, p.47 ; G. MEAUX, «Le dépôt commercial de marchandises», Thèse Lille 1957, p.2-6 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°88 ; Ph.

maintenant sa portée réduite, au profit de l'article 1928. Deux arguments peuvent justifier ce renversement. D'une part, il n'appartient pas au législateur de s'aventurer trop avant dans la définition de certaines notions juridiques[1]. D'autre part, il serait tout à fait illogique de préciser une règle s'appliquant au contrat d'entreprise à l'intérieur même d'un article consacré au dépôt.

En réalité, cette discussion sur ces deux textes est de faible intérêt. Les deux dispositions sont inconciliables et c'est en définitive l'évolution de la pratique du dépôt, son passage du service d'ami à l'activité professionnelle qui a modifié l'approche de ces deux articles et justifie aujourd'hui la prédominance accordée à l'article 1928.

543.– La doctrine moderne invoque un autre argument beaucoup plus intéressant, afin d'écarter, la qualification de louage d'ouvrage. Certains auteurs soulignent volontiers que l'éviction du dépôt en présence d'un salaire est non seulement infondée, mais aussi et surtout inutile. Les règles du dépôt ont été édictées en fonction des spécificités de cette convention : l'obligation de garde «exprime en termes juridiques la fonction économique particulière de ce contrat[2]». Par conséquent, même si la qualification de contrat d'entreprise devait être adoptée, «toutes sortes d'obligations spéciales, qui sont précisément celles d'un dépositaire» devraient être reprises par analogie[3]. Autrement dit, c'est le contenu du régime d'une qualification qui permet de déterminer quelles sont les structures causales qu'elle concerne[4]. Si la gratuité pénétrait l'esprit de l'ensemble du régime du dépôt, l'apparition d'un salaire ne permettrait plus de se rattacher à cette qualification[5]. Comme cette réglementation découle surtout de la fonction économique du dépôt et que la disposition de l'article 1927, concernant la responsabilité du dépositaire, à l'évidence marquée par la gratuité, est immédiatement nuancée par une adaptation de la règle lorsque la cause du dépositaire n'est plus serviable (1928), rien ne s'oppose à considérer que le dépôt

---

MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°862-863 ; PLANIOL et RIPERT, T.11, n°1170, p.500 ; R. de QUENAUDON, J.-Cl. précité, n°62 à 68 ; RIPERT et BOULANGER, op. cit., n°2861, p.901 ; R. RODIERE, Rép. précité, n°9 et s. ; STARCK, op. cit., n°90. V. déjà J. CHAMPEAUX, «Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français», Thèse Strasbourg 1931, p.115, p.119 et s., texte et note 1.

(1)Contra A. TUNC, Thèse précitée, n°83.

(2)R. RODIERE, Rép. précité, n°11 ; adde dans le même sens : AUBRY et RAU, op. cit., loc. cit. et BEUDANT, op. cit., loc. cit.

(3)R. RODIERE, ibid.

(4)Cf. infra pour le prêt, n°563 et s.

(5)Comp. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.119 à 124, à propos du mandat, qui trouve curieux que certains textes fondés sur la gratuité, demeurent quand le mandat est onéreux. L'auteur cite l'article 2007 du Code civil, mais ce texte pourrait tout aussi bien être rattaché à la spécificité de la mission confiée à un mandataire.

recouvre bien trois structures causales de qualification. Contrairement au mandat, en effet, où l'article 1992 alinéa 2 envisage seulement deux hypothèses (gratuite au salariée), il n'a pas été assez souligné que l'article 1928, en se référant à l'hypothèse du dépôt «fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire», vise en définitive une cause intéressée et donc une structure de qualification unilatérale onéreuse[1].

544.– Ces deux premiers exemples de contrats recouvrant plusieurs structures causales de qualification permettent de pressentir la composition du régime de ce genre de conventions. La qualification déclenche tout d'abord l'application de règles générales concernant l'obligation caractéristique ou le contrat dans son ensemble (formation, durée). Ces règles sont indépendantes de la cause de l'obligation caractéristique et sont seulement justifiées par la nature de cette prestation, sa finalité économique ou les contraintes de son exécution pratique. A ce premier groupe s'ajoute une série de dispositions, en quelque sorte à géométrie variable, qui prennent en compte les différentes structures causales, par exemple, en durcissant, plus ou moins la responsabilité des deux parties. Enfin, il est possible d'inclure, de manière facultative, certaines règles spécifiques à la structure synallagmatique onéreuse, concernant l'obligation de paiement d'un prix, en argent ou en nature, pesant sur le créancier de l'obligation caractéristique. A défaut, le droit commun des obligations s'appliquera.

Cet inventaire est intéressant, car il apporte deux enseignements supplémentaires. Il explique en premier lieu pourquoi le législateur ne consacre jamais autant de qualifications que de structures causales. Ce choix repose en fait sur une économie de moyens. Il est inutile de consacrer trois qualifications, puisque celles-ci sur de nombreux points auront des règles communes, justifiées par la nature de l'obligation caractéristique. Autant par conséquent créer une qualification unique, dont le régime ne variera que dans la mesure strictement nécessaire au respect de la différence des structures causales.

Ceci amène à considérer, ensuite, ce procédé de qualification unique, commune à plusieurs structures causales, comme une règle de principe, qui s'appliquera en particulier aux conventions innommées. Le régime uniforme sera dégagé par les tribunaux à partir du droit commun ou par analogie avec des conventions voisines et

---

(1)Comp. Tb. com. Lyon 13 août 1920, DP 1921-2-p.76 (entrepreneur qui garde un manteau qu'il doit teindre jusqu'à ce que le maître de l'ouvrage lui ait remis le col qui lui est attenant. Dépôt qualifié de gratuit, alors qu'il semblait intéressé).

un régime variable, notamment en matière de responsabilité, viendra compléter cette base commune[1].

545.– Un dernier exemple d'utilisation de ce procédé doit être mentionné : celui du cautionnement. La situation est ici plus complexe du fait de la spécificité de cette convention qui fait de l'affectation à un rapport de droit principal, l'un de ses critères de qualification.

Pour la pluplart des auteurs, un premier point doit être considéré comme acquis : la structure de qualification du cautionnement ne peut adopter une forme synallagmatique onéreuse. C'est au débiteur de rétribuer ses garants et dans l'hypothèse inverse, il n'y a plus cautionnement mais assurance-crédit[2].

Une fraction de la doctrine semble néanmoins admettre que le service procuré par la caution, un crédit, peut être directement rémunéré par le créancier[3]. L'affirmation apparaît cependant largement théorique, car une telle hypothèse ne correspond pas à la pratique et ne semble illustrée par quasiment aucune espèce jurisprudentielle[4]. S'il est impossible de l'exclure complètement, il faut néanmoins considérer cette situation comme exceptionnelle[5]. La possibilité d'une structure unilatérale gratuite soulève au

---

(1)Ces affirmations ne sont que des tendances générales et ne valent qu'en l'absence de clauses contraires ou de contraintes spéciales.

(2)Le créancier qui verse des primes à la personne qui interviendra en cas de non-paiement du débiteur conclut en réalité un contrat d'assurance : l'engagement de l'assureur n'a pas pour objet l'exécution de l'obligation principale mais la couverture d'un risque. Cf. en ce sens : Ph.DELEBECQUE, Rép. civ., v° Cautionnement n°20 à 24 ; Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., art 2011 à 2020, Fasc. 10, n°20 et s. ; A. WEILL, «Les sûretés», 1979, n°13 ; M. REMOND-GOUILLOUD, «L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement», JCP 1977, I, 2850, n°12, note 46.
Rappr. WEILL et TERRE, «Les obligations», n°35. Dans l'édition 1975, les auteurs affirment que «sont également unilatéraux le dépôt, le mandat, le cautionnement, à condition qu'ils soient non rémunérés». A contrario, le cautionnement rémunéré posséderait une structure de qualification synallagmatique, solution contestable puisque la rémunération est en réalité versée par le débiteur principal. Les éditions postérieures ont supprimé, à juste titre, la mention du cautionnement dans cette phrase (adde Ch. LARROUMET, op. cit., 2e édit., n°195, note 23 ; Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, Fasc. 10, n°75 ; MAZEAUD et CHABAS par V. RANOUIL, «Les sûretés», n°52 ; AUBRY et RAU, T. IV, 4e édit., § 341, p.415.

(3)J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°273-274 ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.115, p.117 ; F.-X. TESTU, «Le cautionnement-libéralité», JCP éd. N 1988, I, p.307 et s., n°1 ; J.-F. MONTREDON, «La désolennisation des libéralités», Thèse LGDJ 1989, n°235.

(4)V. quand même : Nancy 2e ch. 11 septembre 1989, Ziegler/SARL Sorecom, inédit. La décision est intéressante : le gérant d'une société prétendait s'être porté caution en contrepartie de l'abandon par le créancier de la propriété de certains matériaux restés sur un chantier. L'hypothèse correspondrait à un cautionnement synallagmatique onéreux (voire un contrat mixte par opposition ?). La Cour repousse la prise en compte de cette stipulation, car le gérant savait parfaitement que le créancier n'était plus propriétaire de ces matériaux.

(5)La distinction des deux qualifications risque d'être délicate. La Cour de cassation a décidé que l'assurance n'exclut pas la subrogation (Civ. 14 décembre 1943, DC 1944, p.81, note BESSON). Si l'absence de recours est incompatible avec le cautionnement, faute, en l'espèce, de toute intention libérale, leur présence ne permet pas de trancher entre les deux contrats. C'est l'objet même de l'obligation qui devait faire la décision (paiement de la dette d'autrui ou couverture d'un risque, qui peut excéder le montant de la dette).

contraire d'incontestables hésitations en doctrine. Pour certains auteurs, le cautionnement est toujours gratuit[1] ou peut l'être[2]. Pour d'autres, au contraire, une telle convention est forcément onéreuse[3]. Selon Pothier, le contrat n'est pas gratuit parce que «le créancier ne reçoit, par ce contrat, rien au delà de ce qui lui est dû»[4]. Mais cet argument paraît sans portée. La cause de l'engagement du créancier[5] est à l'évidence onéreuse synallagmatique : ce contractant s'engage en considération de l'obligation assumée par la caution. Pour établir le caractère du cautionnement, c'est à la cause de l'obligation caractéristique, en l'occurrence la caution, qu'il convient de s'attacher. Il s'agit de déterminer si la caution s'engage dans une intention libérale ou en considération d'un avantage déterminé. La plupart des auteurs qui affirment que cette convention ne peut être gratuite justifient leur position en constatant que la caution n'agit jamais dans un esprit de bienfaisance à l'égard du créancier. Ceux qui lui reconnaissent la faculté d'être gratuite insistent davantage sur l'absence de contrepartie.

546.– Si ces diverses analyses contradictoires, ne parviennent pas à une synthèse, c'est parce qu'elles méconnaissent l'existence de structures de qualification unilatérales onéreuses[6]. Il est exact d'affirmer que la structure du cautionnement est unilatérale, parce que l'engagement de la caution se réalise sans contrepartie directe, figurant dans le contrat. Il est également fondé de prétendre que ce contrat n'est pas gratuit, parce qu'en réalité la caution, en s'engageant, escompte un avantage du créancier, mais qui est extérieur à la convention : la fourniture du crédit au débiteur.

---

(1)Cf. en ce sens : MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°570 ; Ph. JESTAZ, Rép. civ., v° Cautionnement (avant-dernière édition), n°7 ; Paris 10 janvier 1905, DP 1905-2-p.158.

(2)PLANIOL et RIPERT, T.11, n°1512, p.967 ; M. DAGOT, op. cit., p.45 ; COLIN et CAPITANT, T.2 , n°24, p.20 ; Agen 20 mars 1963, S. 1963-2-p.144, note A. PLANCQUEEL ; adde pour les inopposabilités de la période suspecte, Com. 12 juin 1963, Bull. civ., III, n°298, p.248, où le cautionnement est rangé dans les actes gratuits ; contra : Paris 12 février 1982, D. 1982, IR, p.295 ; Com. 14 février 1989, Bull. civ., IV, n°62, p.40 ; D. 1989, somm. p.295, obs. L. AYNES. La solution n'est pas, de toute manière, d'une très grande importance, car il est possible de soutenir, que dans le souci de protéger les créanciers, la loi de 1967 (puis celle de 1985) a adopté une conception particulière de la gratuité, limitée à l'absence de contrepartie.

(3)MAZEAUD et CHABAS par V. RANOUIL, «Les sûretés», n°14 ; A. WEILL, op. cit., n°13 ; F. STEINMETZ, note D. 1975, p.551 (avec une certaine réserve, peut-être) ; adde M. REMOND-GOUILLOUD, chr. précitée, n°12, qui y voit un contrat neutre.

(4)Cité par MAZEAUD, op. cit., n°14 ; adde A. WEILL, op. cit., n°13 ; Ph. DELEBECQUE, Rép. précité, n°29 ; M. REMOND-GOUILLOUD, chr. précitée, n°12 ; A. PONSARD, «Les donations indirectes en droit civil français», Thèse Dijon 1946, p.34.

(5)Cause de l'engagement au sens strict, séparée de l'existence d'obligations.

(6)La confusion du caractère unilatéral et gratuit, de l'intention libérale et de l'absence de contrepartie, resurgit ici encore. V. cep., faisant bien la distinction, A. WEILL, op. cit., n°13, en note et Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, Fasc. 10, n°82.

En cette hypothèse, gratuité, cause et critère de qualification se rejoignent[1]. Le cautionnement est un contrat accessoire par destination : l'engagement de la caution a pour but de permettre au débiteur d'obtenir du créancier la prestation qu'il espère[2]. Comme tous les accessoires par destination, c'est la cause de l'obligation principale de la caution qui réalise ce lien d'affectation et qui devient, ce faisant, un des critères de qualification de ce contrat[3]. En délaissant cette analyse globale de l'opération, pour ne s'intéresser qu'au contrat de cautionnement lui-même, cette cause particulière de l'obligation de la caution, cause catégorique ou dite «de placement» marque le caractère intéressé de l'engagement du garant, ce qui exclut toute gratuité[4]. Dans cette conception, une difficulté peut cependant surgir, lorsque la sûreté est accordée sur une dette préexistante, sur un crédit déjà fourni. Dans cette hypothèse, une distinction s'impose. Si la caution obtient du créancier un nouvel avantage en faveur du débiteur (abandon d'une inscription hypothécaire, report du terme), l'intéressement demeure et la qualification de cautionnement aussi[5]. Si tel n'est pas le cas[6], la seule personne à

---

(1)Selon certains auteurs, la conception objective de la cause est inutile et fait double emploi avec l'exigence du caractère accessoire du cautionnement (Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., art. 2011 à 2020, Fasc. 20, n°72 ; M. REMOND-GOUILLOUD, chr. précitée, n°21 et s.).
Cette position ne saurait convaincre : cette cause «inutile» est un des critères de qualification du contrat et c'est elle qui explique le caractère intéressé «minimal» du cautionnement. Il est étonnant de constater que la cause objective de l'engagement de la caution est toujours étudié pas les auteurs isolément, sans être utilisée dans les discussions techniques sur la gratuité du contrat ou sur son caractère accessoire. Dans cette dernière hypothèse, reprocher à la cause de faire double emploi, est parfaitement déplacé : c'est la cause qui exprime techniquement le rapport d'accessoire et son lien d'affectation par destination quant à la structure de qualification du contrat, même si la nature de l'obligation de la caution joue également un rôle essentiel (cf. infra n°997-998).

(2)Cf. Com. 8 novembre 1972, D. 1973, p.753, note Ph. MALAURIE ; Civ. 1e 30 mai 1978, Bull. civ., I, n°207 ; Com. 19 janvier 1981, Bull. civ., IV, n°30, p.22.

(3)Cf. infra n°989 et s.

(4)Cette absence de gratuité de l'engagement de la caution dans ses rapports avec le créancier doit être distinguée du problème de la renonciation à l'exercice des recours contre le débiteur. Un tel engagement ne modifie pas la situation du créancier (F.-X. TESTU, chr. précitée, n°4 ; toutefois, l'article 2037 semble en l'espèce ne plus être d'aucune utilité) et maintient donc au contrat sa qualification de cautionnement, mais la sûreté permet alors de réaliser une donation indirecte (cf. infra n°606 (note)). Cependant, cette qualification n'est indiscutable que lorsque la donation est conditionnelle (sur cette qualification : F.-X. TESTU, chr. précitée, n°32 et s.), c'est-à-dire lorsque le donateur ne s'engage à payer qu'en cas de défaillance du débiteur. Lorsque l'insolvabilité de celui-ci est avérée ou que la donation concerne le créancier (v. les références citées par F.-X. TESTU, chr. précitée, n°14, n°28, note 39), il est permis de se demander s'il ne s'agit pas plutôt d'une donation déguisée, le cautionnement n'ayant plus aucun contenu réel (rappr. les remarques de J. MESTRE, note D. 1983, p.320 et s., n°25).

(5)Cf. en ce sens : F. STEINMETZ, note précitée, p.551.
Dans cette hypothèse, c'est l'avantage reçu par le débiteur, plus que l'obligation figurant dans le contrat de cautionnement qui constitue la cause de l'engagement de la caution : le contrat n'est donc pas synallagmatique dans sa structure de qualification (il l'est dans sa structure globale, cf. supra n°538 (note)). L'obligation du créancier est un but intermédiaire, constituant un moyen d'atteindre un autre objectif : l'avantage fourni au débiteur. Elle est une condition de l'engagement de la caution, plus que sa contrepartie (cf. F. STEINMETZ, note précitée, qui compare la situation à la donation avec charge ; contra : J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°273-274 ; Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, Fasc. 10, n°77). La conception de ces auteurs aboutit à traiter identiquement

recevoir un avantage est le créancier et la cause de l'engagement du garant est ici gratuite. Comme la jurisprudence semble refuser l'idée d'une donation de crédit, il faut voir dans ce contrat une prestation de service gratuite, en l'occurrence la prise en charge du risque d'insolvabilité du débiteur, et non une donation. Il reste alors seulement à déterminer si cette convention est la version gratuite d'un cautionnement ou d'une assurance-crédit. Le critère pourrait être constitué par le choix de la personne qui a sollicité la garantie[1]. Cautionnement, si c'est le débiteur, mais l'hypothèse paraît purement théorique, assurance-crédit gratuite, c'est-à-dire convention sui generis, si c'est le créancier.

547.– En dehors de cette hypothèse marginale, le cautionnement est donc normalement un contrat intéressé : d'un point de vue objectif, la caution s'engage afin de permettre au débiteur d'obtenir le crédit ou l'avantage excompté. C'est cet intéressement irréductible qui permet d'écarter toute référence à une intention libérale. A priori, le cautionnement ne concerne donc principalement qu'une seule structure de qualification unilatérale onéreuse. Pourtant, en poussant plus loin l'analyse, il apparaît que cette convention recouvre quand même, d'une certaine manière, une pluralité de structures causales. Contrat bilatéral, inséré dans une opération triangulaire, le cautionnement ne prend son sens qu'en regard de l'existence d'une dette principale du débiteur envers le créancier garanti. Ce rapport est prééminent : il constitue un critère de cette qualification. Mais, il n'y a aucune raison d'exclure totalement toute prise en compte du rapport unissant le débiteur et la caution. Simplement, cette reconnaissance est subsidiaire et joue à l'intérieur même du cadre défini par la relation créancier-débiteur. Autrement dit, sur une base minimale nécessairement intéressée, il est possible de retrouver la gradation habituelle gratuite, intéressée et onéreuse, en s'attachant aux relations de la caution avec le débiteur : gratuité, lorsque la caution rend un service d'ami, intéressement lorsqu'elle espère retirer un avantage extérieur à sa relation avec le débiteur (dirigeant social qui cautionne la personne morale dont il fait partie) et onérosité au sens strict, lorsque la caution, bancaire le plus souvent, est rémunérée par le débiteur. Cette gradation, si elle s'insère dans la cause de l'engagement de la caution, le fait cependant sous la forme de mobiles et non de cause objective : elle ne peut donc remettre en cause la qualification de la convention, qui

---

(structure synallagmatique onéreuse) l'octroi d'un délai au débiteur et le versement d'une rémunération ou la caution, ce qui n'est pas convaincant). Sur le rapport des buts médiats et immédiats, rappr. sur le sponsoring, infra n°570 et s.

(6)Adde : J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°233, qui évoque les hypothèses du cautionnement de dettes délictuelles ou d'une donation.

(1)Critère proposé par Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, Fasc. 10, n°25.

dans tous les cas reste un cautionnement[1]. Elle pourrait toutefois constituer un indice partiel de la commercialité éventuelle du contrat. Mais la proposition doit rester prudente, car la jurisprudence très abondante relative à cette question, se laisse difficilement enfermer dans une explication synthétique cohérente[2]. Il paraît toutefois intéressant de noter, que dans cette hypothèse, les tribunaux semblent traiter de manière identique les deux facettes de la cause onéreuse (intéressement et rémunération directe)[3], ce qui tranche sur d'autres contentieux où la cause intéressée est plutôt rattachée à la cause gratuite[4].

548.– B) La deuxième attitude concevable pour le législateur consiste au contraire à ne consacrer au travers d'une qualification donnée, qu'une seule des structures causales envisageables autour d'une même obligation caractéristique. Cette perspective générale peut cependant emprunter deux voies distinctes.

Dans certains cas, une seule des trois structures de qualifications est érigée en contrat nommé. A priori, le législateur jouit en ce domaine d'une liberté absolue et n'importe laquelle de ces structures peut être retenue. En pratique, force est de constater que la structure unilatérale onéreuse n'est jamais choisie[5] et que celle unilatérale gratuite ne l'est qu'exceptionnellement[6]. C'est donc habituellement une convention dont la structure est synallagmatique onéreuse qui est adoptée. Les exemples de cette situation sont innombrables. Ainsi, aux termes de l'article 1710 du Code civil, « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles». Et ce texte, de portée générale, concerne le contrat de travail, le contrat d'entreprise et le contrat de transport. De même, malgré le silence de l'article 2044 du Code civil, jurisprudence et doctrine s'accordent pour admettre qu'il n'y a pas transaction si l'un des contractants ne consent aucun sacrifice ou si l'abandon en totalité de l'objet du litige par une partie

---

(1)Cf. Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., art 2011-2020, Fasc. 15, n°58 ; Ph. DELEBECQUE, Rép. précité, n°7.
En jurisprudence, v. explicite : Com. 6 décembre 1988, Bull. civ., IV, n°334, p.225 : la qualité de dirigeant de la société cautionnée est un motif et non la cause du cautionnement, sous la réserve de n'avoir pas été introduite dans le champ contractuel.

(2)Cf. à ce sujet : Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, Fasc. 15, n°41 et s. ; Ph. DELEBECQUE, Rép. précité, n°37 et s. ; M. REMOND-GOUILLOUD, chr. précitée, n°15 et s.

(3)Cf. en ce sens, semble-t-il : F. STEINMETZ, note précitée, p.551, B ; M. REMOND-GOUILLOUD, chr. précitée, n°12, b.
La règle n'est cependant pas sans limites : cf. Ph. DELEBECQUE, Rép. précité, n°38 (cautionnement rémunéré et civil).

(4)Cf. infra II.

(5)Sauf pour les contrats, comme la promesse unilatérale de vente ou le cautionnement, qui ont obligatoirement cette structure, mais tel n'est pas le cas de l'hypothèse envisagée ici.

(6)Il est en définitive difficile de trouver un exemple : le mécénat, peut-être, s'il est fait avec discrétion...

n'est pas compensé par une prestation à la charge de l'autre, considérée comme équivalente[1]. Le contrat de transaction est donc une convention synallagmatique onéreuse. L'évolution général du contrat postérieure au Code civil accentue cette tendance : le contrat n'est plus considéré comme un service d'ami[2] et désormais c'est l'activité rémunérée, voire professionnelle, qui constitue la référence obligée. Il n'est pas étonnant, par conséquent, que les qualifications nommées récentes possèdent ce genre de structures : intégration agricole[3], promotion immobilière[4], crédit-bail[5], location-accession[6] et la liste n'est pas limitative[7].

Dans d'autres hypothèses, moins fréquentes, ce sont deux qualifications, correspondant chacune à une structure causale précise qui sont consacrées. Là encore, plusieurs possibilités seraient concevables : onéreuse et intéressée, intéressée et gratuite, onéreuse et gratuite. En pratique, seule la dernière combinaison est employée. Si les exemples de l'utilisation de cette technique sont peu nombreux, leur importance concrète est considérable, puisqu'il s'agit de la vente et de la donation d'une part, du bail et du prêt à usage, d'autre part.

549.- En ne créant qu'une ou deux qualifications nommées, qui ne correspondent chacune, en apparence, qu'à une seule structure causale, le législateur fait apparaître une difficulté quant à la nature des conventions qui adoptent la (ou les) structure(s) restante(s). Un tel procédé revient mécaniquement à consacrer au moins une qualification innommée, dont l'obligation caractéristique possède une cause distincte de celle du contrat nommé. En réalité, deux problèmes de difficultés très différentes surgissent. Lorsque c'est une convention synallagmatique onéreuse qui a été consacrée, il est incontestable qu'existe parallèlement à ce contrat, une qualification sui generis, de structure unilatérale gratuite et dont le régime est, en tout ou partie, original[8]. La situation est en revanche beaucoup plus complexe, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature du contrat dont la structure est unilatérale onéreuse. Il est possible

---

(1)V. en ce sens les avis des spécialistes les plus éminents en cette matière : L. BOYER, Thèse précitée, p.12 et s. et Rép. civ., v° Transaction, n°18 et s. ; F. BOULAN, J.-Cl. civ., art. 2044-2058 (précédente édit.), n°16 et s. et Thèse précitée, n°188 à 192.

(2)L'affirmation est bien entendu relative, les rédacteur du Code connaissaient les conventions synallagmatiques onéreuses. Mais il est incontestable que tous les contrats que le Code considère comme gratuits par nature ou par essence (dépôt, mandat, prêt) ont subi une évolution vers l'onérosité ou l'intéressement.

(3)Cf. infra n°650.

(4)Cf. infra n°956.

(5)Cf. infra n°1624 et s.

(6)Cf. infra n°1586 et s.

(7)Adde : le contrat d'édition (art. 52 loi du 11 mars 1957) ; le contrat de construction de maisons individuelles.

(8)Cf. infra, Section suivante, paragraphe 3.

d'hésiter entre deux solutions : soit rattacher cette qualification au contrat nommé onéreux, soit englober les deux structures unilatérales, intéressée et gratuite, dans la qualification sui generis. Le problème se pose dans des termes assez voisins lorsque le législateur a consacré deux convention nommées correspondant aux structures causales diamétralement opposées (synallagmatique onéreuse et unilatérale gratuite) : la structure intermédiaire, unilatérale onéreuse peut être incluse dans l'une ou l'autre des qualifications nommées, en privilégiant un des ses caractères au détriment de l'autre, ou peut se voir reconnaître la nature d'une convention originale, sui generis. Par leur importance et leur complexité, les problèmes posés par la prise en compte des structures causales intéressées nécessitent des développements particuliers.

II - DIFFICULTES PROPRES A LA STRUCTURE DE QUALIFICATION UNILATERALE INTERESSEE

550.- L'appréhension en droit positif des structures causales onéreuses unilatérales, c'est-à-dire intéressées, suscite de nombreuses difficultés.

A s'en tenir aux opinions doctrinales des auteurs qui étudient la cause, que la contrepartie espérée par le débiteur soit extérieure au contrat ou pas, celle-ci reste dans les deux cas une cause onéreuse. En cas de doute, il paraît donc normal de rattacher un contrat dont la structure de qualification est intéressée à la convention voisine dont la structure est synallagmatique onéreuse. La transposition du régime juridique de cette dernière est a priori relativement simple à accomplir. Les deux qualifications possédant une obligation caractéristique de même nature, ayant dans les deux cas une cause onéreuse, le régime de cette prestation sera le même dans les deux contrats. La disparition du prix entraîne, elle, deux conséquences. La première est évidente : les dispositions régissant cette obligation dans la qualification synallagmatique n'ont plus aucune raison d'être[1]. La seconde nécessite quelques recherches plus approfondies, mais nullement irréalisables : toutes les règles fondées sur l'existence d'un prix doivent être écartées ou atténuées (ex : lourde responsabilité du débiteur du prix)[2].

551.- L'examen de la jurisprudence montre cependant que, bien souvent, les tribunaux suivent un raisonnement différent et qu'ils rapprochent les conventions dont la structure de qualification est intéressée de celles dont la structure est gratuite. Ainsi

---

(1)Pour un exemple d'inventaire, cf. : J.-F OVERSTAKE, Thèse précitée, p.241, note 29.
(2)Pour une recherche similaire, en matière de contrats mixtes : cf. infra n°1433 et s.

un prêt dans l'intérêt du prêteur et de l'emprunteur est plus aisément rattaché au commodat qu'au bail. Cette tendance jurisprudentielle peut être expliquée par deux raisons complémentaires. Tout d'abord, les magistrats semblent sensibles au fait que les structures de qualification gratuite et intéressée sont toutes les deux unilatérales. Cette inclination démontre bien qu'objet et cause sont intiment liés et que les tribunaux ont parfois du mal à distinguer le caractère gratuit du caractère unilatéral, la réciprocité d'avantages de la réciprocité d'obligations(1). Ensuite, une cause onéreuse extérieure au contrat peut sembler très proche des mobiles d'un contractant et d'une nature psychologique finalement assez voisine d'une intention libérale. Incontestablement, le meilleur moyen d'objectiver une cause, est de la rattacher à une obligation, or, seules les structures de qualification synallagmatiques onéreuses réalisent cette opération. Il serait cependant inexact de penser que ce procédé est le seul envisageable. L'impossibilité de prendre structurellement en compte les mobiles des parties ne peut remettre en cause l'existence même des qualifications intéressées et elle conduit seulement à en fixer les limites avec rigueur. Une cause onéreuse objective, bien qu'extérieure au contrat, est parfaitement concevable et elle résulte suffisamment, selon les cas, de la nature de l'obligation (promesse unilatérale de vente), de la nature de l'opération économique réalisée par la convention ou de la qualité du débiteur de l'obligation.

552.– Le rapprochement de ces deux raisonnements contraires amène à s'interroger sur la valeur de la typologie traditionnelle des causes. Il est permis de se demander si la division bipartite classique gratuite-onéreuse, complétée par une sous-distinction au sein de la seconde catégorie selon que la contrepartie figure au sein du contrat ou à l'extérieur de celui-ci est encore valable. La jurisprudence montre en effet quelque réticence à traiter de façon identique les deux aspects de la cause onéreuse. Elle indique par là-même qu'il existe certainement une différence de degré dans l'onérosité, selon que l'avantage escompté par le débiteur est d'ores et déjà constaté dans l'accord des volontés ou qu'il lui est extérieur. Il conviendrait peut-être, d'adopter une classification comprenant trois catégories : onéreuse, intéressée et gratuite.

Du point de vue de la technique des qualifications, ce sont donc trois procédés différents qui peuvent être utilisés pour appréhender une convention dont la structure

---

(1)La constatation est, d'une certaine manière, savoureuse. Il est en effet souvent reproché à l'article 1106 du Code civil de confondre le caractère onéreux et le caractère synallagmatique. La critique est exacte. En pratique, toutefois, les magistrats font parfaitement la différence entre les deux notions. C'est au contraire l'article 1105 qu'ils méconnaissent en assimilant le caractère unilatéral et le caractère gratuit !

est intéressée. Lorsque les qualifications voisines sont synallagmatiques ou/et gratuites : la rattacher à l'une ou l'autre de ces qualifications ou en faire une convention sui generis. Pour opérer ce choix, le critère à employer, est semble-t-il admis de manière assez unanime en doctrine : c'est l'esprit général du régime juridique des qualifications voisines qui va permettre de trancher[1]. Si la convention gratuite possède un régime très marqué par ce caractère, le contrat intéressé ne peut s'y rattacher, et un raisonnement identique est applicable aux conventions synallagmatiques dont le régime est lui aussi très typé. Le contrat intéressé est alors un contrat innommé qui peut être, selon les cas, soit intermédiaire entre deux qualifications nommées synallagmatique et gratuite, soit en opposition avec une qualification nommée unique synallagmatique ou gratuite. A la première hypothèse correspondent les conventions s'intercalant entre le bail et le commodat (A) ou la vente et la donation (B). A la seconde se rapportent les cas de contrats de prestations de services ou de transports gratuits (C).

A) Les contrats unilatéraux entre le bail et le commodat

553.– Le transfert temporaire de l'usage d'une chose, sans que l'utilisation prévue au contrat n'emporte consommation de celle-ci[(2)], constitue une prestation caractéristique spécifique. Autour d'elle, le Code civil a bâti deux qualifications distinctes : le bail et le commodat. La première possède une structure de qualification synallagmatique onéreuse : la mise à disposition oblige le locataire à verser un prix, en argent ou en nature, qui en constitue la contrepartie équivalente. La structure de la seconde est au contraire unilatérale gratuite, la jouissance de la chose prêtée n'étant pas rémunérée[3]. Il convient, dès lors, de s'interroger sur la nature juridique d'une convention, dont la structure serait unilatérale onéreuse, autrement dit, dont

---

(1) V. par exemple (même implicitement) :
- à propos du dépôt : AUBRY et RAU, op. cit., loc. cit. ; BEUDANT, op. cit., loc. cit. ; R. RODIERE, Rép. précité, n°11.
- à propos du prêt : F. GRUA, J.-Cl. Civ., art. 1875 à 1879, n°59 et 70 ; G. GOUBEAUX, note JCP 1977, II, 18516.
- Rappr. Ch. ATIAS, obs sous Civ 3e 4 juillet 1979, Rev. dr. imm. 1980, p.96 qui estime que pour exclure la qualification de bail en cas de prix en nature, il faudrait citer des règles applicables au bail dont la raison d'être supposerait la stipulation d'une somme d'argent.

(2) Sur cette définition de la consomptibilité, cf. infra n°802 et s.
S'agissant des choses consomptibles, le Code civil consacre également deux qualifications : le mutuum et le prêt à intérêt. La discussion relative à une structure unilatérale onéreuse paraît ici conserver son utilité. L'affirmation doit cependant rester plus nuancée, car le prêt à intérêts apparaît comme une variété de prêt de consommation et la situation se rapproche sensiblement de celle du dépôt ou du mandat.

(3) Contra : R. MEURISSE, note S. 1959-1-p.62 qui estime que le commodat n'est pas incompatible avec une rémunération. Cette analyse est isolée et formellement contraire à la jurisprudence.

l'obligation caractéristique aurait une cause intéressée : s'agit-il d'un bail, d'un commodat ou d'un contrat innommé ?

Avant de tenter de répondre à cette question, il importe au préalable de préciser les hypothèses qu'elle concerne. Il faut rappeler, tout d'abord, que la notion de contrat réel perturbe profondément la structure de qualification du commodat, qui ne devrait être séparé du bail que par sa structure causale[1]. Tous les développements qui suivent présupposent donc l'abandon de cette théorie et procèdent à la comparaison de conventions consensuelles. Ensuite, la recherche de la nature du prêt intéressé, est limitée à l'examen des contrats au sein desquels le transfert d'usage est une obligation caractéristique unique comme dans le bail et le commodat. Ce postulat entraîne deux conséquences essentielles, que la doctrine méconnaît de manière générale, rendant par la même la présentation et l'analyse de cette question encore plus confuses. D'une part, sont exclus de la discussion, tous les contrats complexes, spécialement les contrats mixtes par opposition, qui possèdent plusieurs obligations caractéristiques. Tel est le cas, en particulier, des contrats d'approvisionnement exclusif, où l'exclusivité est assumée en contrepartie du transfert d'usage de certains appareils : distributeur de bière ou de café, cuves et volucompteurs des stations-service[2]. La décomposition de ces opérations en plusieurs contrats est, sauf cas très particuliers[3], contraire à leur nature. Il n'y a en réalité qu'une seule convention mixte, dont la structure est synallagmatique onéreuse au sens strict, le transfert d'usage possédant une contrepartie directe[4]. D'autre part, doivent également être écartées, tous les contrats dans lesquels la jouissance de la chose n'est qu'une obligation accessoire d'une prestation de nature différente : une obligation caractéristique est en effet

---

(1)Cf. supra n°312 et s.

(2)Cf. infra seconde partie n°1297 et s.

(3)L'arrêt très souvent cité de la Cour de Paris du 22 octobre 1975, (JCP 1977, II, 18476, note J. H.) à l'appui de la qualification de prêt, relève d'un de ces cas d'espèce : le prêt de matériel y est intervenu plus de deux ans, après la conclusion du contrat de fourniture, au sein duquel l'exclusivité était déjà contrebalancée par le versement d'une somme d'argent. Le contrat était donc bien unilatéral, bien que cependant intéressé. Un raisonnement identique est applicable à l'arrêt, lui aussi souvent mentionné de la Cour d'Aix du 16 mai 1973 (D. 1974, p.676, note F. BORIES ; contrat de fourniture de laine antérieur et distinct d'un prêt d'enseigne intervenu ultérieurement).

(4)Sur cette analyse, cf. infra n°1298.

V. pourtant, continuant à raisonner sur cette hypothèse : F. GRUA, J.-Cl. Civ., art. 1875 à 1879, n°69-70 ; Anonyme, prêt à usage, BRDA 1987, n°8, p.4 et s. spéc. n°2 et 6 qui relève, et pour cause, que la gratuité est en l'occurrence curieuse ; R. FABRE, «Le prêt à usage en matière commerciale», RTD com. 1977, p.193 et s., spéc. n°2, 6 et 20 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°39, note 2, p.47 ; G. GOUBEAUX, note JCP 1977, II, 18516 sous Civ. 1e 15 janvier 1976, II, 1e colonne ; Ph. MALAURIE et L.AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°911, note 12, heureusement nuancé note 15 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. précité, n°55 et s., p. 48 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, «Les professionneles ont-ils du cœur ?», D. 1990, p.24 ; Ch. BAUJAULT, «Le contrat de prêt à usage à titre accessoire», Mémoire DES Montpellier 1973, spéc. p.5 et s., p.8, p.24, p.31 et s. (où l'auteur parle expressément... de contrepartie), p.80-81.

nécessairement une obligation principale. Plusieurs hypothèses sont concernées : «prêts» de matériels intégrés à titre accessoire dans un contrat de concession exclusive[1], «prêts» d'emballages nécessaires à la délivrance de la chose vendue[2], «prêt» nécessité par l'essai dans une vente à l'essai[3], transfert de matériels accordé par un maître d'œuvre à l'un de ses sous-traitants[4].

Après avoir rappelé les solutions jurisprudentielles (1°) et les analyses doctrinales (2°), il sera possible d'esquisser une synthèse nouvelle (3°).

1) La jurisprudence

554.– Certaines solutions jurisprudentielles sont solidement établies. Ainsi, les tribunaux admettent sans hésitation que la présence d'une rémunération directe de la jouissance de la chose exclut nécessairement la qualification de commodat[5]. La Cour de cassation censure systématiquement, sous le visa de l'article 1876 du Code civil, les décisions qui oublient cette règle[6]. Inversement, l'absence de rémunération est incompatible avec la qualification de bail, et celle de commodat s'impose, lorsque la cause de l'engagement du prêteur n'est pas intéressée[7].

---

(1) V. pourtant : R. FABRE, op. cit., n°2 ; art. précité, BRDA, n°2.

(2) Sur ces hypothèses, cf. infra n°1149 et s.
V. pourtant, continuant à envisager ce cas : R. FABRE, chr. précitée, n°31 et s. ; F. GRUA, J.-Cl. précité, n°67 et rappr. 101 (droit de chasse intégré dans une vente).
Contra : S. BETANT-ROBERT, Rép. civ., v° Prêt, n°30.

(3) Cf. infra n°559.
V. pourtant : BRDA, op. cit., n°2.

(4) Si cet usage est prévu dès le contrat initial, il constitue une obligation accessoire intégrée du maître d'œuvre. Comp. R. FABRE, chr. précitée, n°16 et 47 et cf. infra n°1069, 1e note.

(5) Tb. civ. Seine 7 novembre 1900, DP 1901-2-p.441, note H. ROBERT ; Crim. 9 janvier 1903, S. 1906-1-p.430 ; Soc. 31 janvier 1958, D. 1958, p.449 ; RTD civ. 1958, p.424, obs. J. CARBONNIER ; Civ. 1e 9 janvier 1961, Bull. civ., I, n°18, p.15 ; Com. 2 février 1967, Bull. civ., III, n°57 et 58, p.53 (deux espèces) ; Civ. 3e 15 mai 1973, AJPI 1974, p.517 (malgré un loyer modique) ; Paris 8e ch. 19 mai 1980, Juris-Data n°328 ; Reims 19 novembre 1984, Juris-Data n°42622.
Rappr. : Paris 24 décembre 1912, S. 1914-2-p.140, qui en l'absence de preuve d'un prêt, condamne l'utilisateur d'un véhicule à verser une rémunération au propriétaire (la décision est contestable sur le plan de la charge de la preuve) ; comp. Reims 19 novembre 1984, précité.
Contra : toutes les décisions qui méconnaissent la mixité du contrat (cf. par ex : Civ. 2e 6 février 1964, Bull. civ., II, n°121, p.91 commenté infra n°1286 et s.) et celles qui méconnaissent l'intégration de la prestation accessoire dans le contrat onéreux (cf. supra n°553 (notes)) ; Paris 6 octobre 1987, Loyers et copr. décembre 1987, n°430, p.7 ; Paris 17 novembre 1988, Loyers et copr. février 1989, n°45, p.2.

(6) Soc. 31 janvier 1958, précité ; Com. 2 février 1967, précité.

(7) Limoges 12 novembre 1859, DP 1860-2-p.51 ; Civ. 22 février 1897, DP 1901-1-p.75 ; Tb. civ. Seine 23 janvier 1903, Gaz. Pal. 1903-1-Tables v° Prêt n°1 et s. ; Tb. civ. Mauriac 13 mars 1931, JCP 1931, 500 ; Req. 1 avril 1941, S. 1941-1-p.112 ; RTD civ. 1941, p.609, obs. J. CARBONNIER ; Civ. 1e 5 juillet 1960, D. 1960, p.709 ; Civ. 1e 29 avril 1963, Bull. civ., I, n°195, p.231 ; Paris 16e ch. 15 novembre 1979, Juris-Data n°745 ; Paris 14e ch. 2 avril 1981,

Il est également certain que de simples stipulations accessoires pesant sur l'emprunteur, ne modifient pas la nature de la convention qui demeure un prêt. La solution ne doit pas surprendre : à une structure de qualification unilatérale gratuite, peut correspondre une structure globale synallagmatique. La limite de cette analyse est toujours la même : les obligations de l'emprunteur ne doivent pas constituer la cause de l'engagement du prêteur. Tel est par exemple le cas, lorsque l'emprunteur assume la charge des frais de l'utilisation de la chose : carburant et assurance d'une voiture, frais de chauffage ou d'électricité[1] voire d'impôts, d'un immeuble[2], nourriture d'un cheval[3]. La solution résulte, en l'occurrence, directement des articles 1886 et 1890 du Code civil qui distinguent les frais d'usage de la chose que l'emprunteur ne peut répéter et les frais exceptionnels de conservation, dont il peut demander le

---

Juris-Data n°21626 ; Civ. 3e 9 mai 1983, JCP 1983, IV, p.225 (malgré un loyer symbolique de un franc) ; Poitiers 28 septembre 1983, Juris-Data n°44204 ; Paris 16e ch. A 28 février 1984, Juris-Data n°21306 ; Paris 1e ch. urg. 12 juillet 1984, Juris-Data n°25735 ; Civ. 3e 6 novembre 1986, JCP éd. N 1987, II, p.49, note J.-P. MOREAU (refus du statut du fermage à un contrat de pâture sans contrepartie onéreuse, mais s'agit-il d'un commodat ou d'une «donation d'herbes», version gratuite de la vente d'herbes ?) ; Paris 1e ch. urg.2 juin 1988, Loyers et copr. novembre 1988, n°464, p.4 ; Juris-Data n°22517 (absence de preuve que la mère locataire était l'auteur des chansons interprétées par la fille propriétaire) ; Civ. 3e 12 juillet 1988, Loyers et copr. novembre 1988, n°466, p.4 (pas de sous-location prohibée) ; Paris 6e ch. A 28 novembre 1988, Loyers et copr. février 1989, n°48, p.3 (même problème).

Rappr. pour des apports de clientèle de profession libérale à une société : Cons. d'Et. 11 mai 1984, JCP éd. E 1986, II, 14788, p.641 ; Civ. 12 novembre 1986, Bull. Joly 1987, p.1142.

Comp. : Paris 16e ch. A 14 juin 1988, Loyers et copr. novembre 1988, n°483, p.8 (absence totale de contrepartie et adoption d'une qualification innommée).

L'usage d'une parcelle prêtée peut permettre à l'emprunteur d'édifier une construction sur le terrain. A l'issue du prêt, par analogie avec les règles gouvernant le bail, le prêteur va obtenir par accession, la propriété de l'édifice incorporé au sol. Selon la jurisprudence, cette acquisition n'est pas incompatible avec la qualification de prêt à usage (Civ. 1e 15 octobre 1985, Bull. civ., I, n°259, p.232). La solution est plausible, dès lors que cette acquisition ne constitue pas la cause de l'engagement du prêteur.

(1) Com. 2 février 1967, première espèce, op. cit., qui distingue soigneusement les frais de chauffage et d'électricité, de la rémunération proprement dite de la jouissance de la chose ; Paris 8e ch. A 23 novembre 1982, Juris-Data n°27317 (eau et électricité) ; Paris 8e ch. A 11 janvier 1983, Juris-Data n°20248 (gaz et électricité) ; Paris 1e ch. urg. 8 juillet 1986, Juris-Data n°23921 (convention d'occupation précaire).

Rappr. : Limoges 12 novembre 1959, précité (frais d'installation pour une exposition, dont le local qui l'abritait était fourni gratuitement).

(2) Tb. civ. Mauriac 13 mars 1931, précité ; Soc. 16 janvier 1953, Bull. civ., IV, n°54, p.40 ; Com. 12 mai 1959, Bull. civ., III, n°201, p.180 (impôt) ; Com. 4 juillet 1960, Bull. civ., III, n°266, p.246 (impôts) ; Paris 2 juin 1964, Rev. loy. 1964, p.395, obs. crit. J. V. (charges) ; Paris 8e ch. A 23 novembre 1982, précité (impôts locaux) ; Paris 8e ch. A 11 janvier 1983, précité (impôts) ; Grenoble 1e ch. 30 avril 1987, Juris-Data n°43952 (impôt foncier) ; Paris 6e ch. B 15 septembre 1988, Juris-Data n°27847 («loyer» inférieur aux charges de la copropriété) ; contra, retenant le bail : Paris 2e ch. B 19 octobre 1983, Juris-Data n°29442 (loyer constitué par la partie des charges de copropriété excédant celles incombant au locataire).

Rappr. : art. 635 du Code civil sur le droit d'usage et d'habitation.

(3) Bordeaux 13 novembre 1979, JCP 1980, IV, p.390.

remboursement[1]. De même, la convention garde sa nature de commodat si l'emprunteur s'engage à assurer l'entretien normal de la chose qu'il utilise[2]. Enfin, la doctrine considère généralement qu'une rémunération de l'usure de la chose, n'est pas incompatible avec la qualification de commodat[3]. L'article 1884 du Code civil qui prévoit l'inverse n'est pas d'ordre public et une clause contraire est possible. L'obligation qui pèse alors sur l'emprunteur n'est pas la contrepartie de la jouissance de la chose. Elle ne constitue qu'une prestation accessoire par destination de son obligation de restitution, dont elle se contente de renforcer le contenu, se rapprochant en cela des éventuelles garanties que l'emprunteur peut être amené à consentir[4].

555.– En dehors de ces hypothèses, l'appréhension de la notion de prêt intéressé par la jurisprudence est beaucoup plus ambiguë, même si le maintien de la qualification de commodat semble l'emporter[5]. Cependant, une analyse indifférenciée de ce contentieux ne fournit pas d'indications intéressantes ; seul un inventaire prenant en compte la variété des situations de fait, permet de dégager certaines lignes de force. Si certaines décisions de la Cour de cassation, assez anciennes il est vrai, affirment que malgré la présence d'un intérêt commun, le contrat ne peut de toute manière n'être qu'un bail ou un commodat[6], la réalité est en effet beaucoup plus nuancée. Deux

---

(1)Cf. en ce sens : Prêt à usage, BRDA op. cit., n°5 et 13. La solution est d'ailleurs indépendante du caractère gratuit du contrat : cf. en ce sens pour l'article 1890, R. FABRE, chr. précitée, n°50.

(2)Tb. civ. Mauriac 13 mars 1931, précité (entretien des bâtiments d'une exploitation rurale) ; Tb. civ. Seine 17 mai 1954, D. 1954, p.581 ; Nancy 1e ch. 16 février 1989, Juris-Data n°41957 (entretien et gardiennage d'une valeur très inférieure à celle d'un loyer ; refus du bail et compétence du TGI, mais qualification très critiquable «d'échange de services réciproques gratuits»).
Adde, pour des travaux nouveaux : Paris 1e ch. urg. 30 novembre 1982, Juris-Data n° 27744 (sui generis) ; TGI Paris 20 janvier 1988, Juris-Data n°41203 (commodat - faculté pour l'occupant d'équiper à ses frais la cuisine considérée comme une contrepartie minime). Comp. plus discutable Paris 21 novembre 1979, Juris-Data n°10137 (construction d'un logement sur le terrain prêté ; la Cour semble pourtant raisonner, à juste titre, sur la cause du prêteur).

(3)J. CARBONNIER, obs précitées, RTD civ. 1948, p.424 ; MAZEAUD, T.3, Vol. 2, n°1438 ; plus nuancé, F. GRUA, J.-Cl. précité, n°62. Adde J. NERET, «Le sous-contrat», Thèse LGDJ 1979, n°141 et s., p.113 et s.

(4)Il est en effet unanimement admis que le contrat reste un commodat, si l'obligation de restitution est garantie par :
- une «caution» (dépôt de garantie) : BRDA, op. cit., n°5, ; F. GRUA, J.-Cl. précité, n°63.
- une clause pénale : Soc. 3 juillet 1953, D. 1954, p.615 ; RTD civ. 1954, p.118, obs J. CARBONNIER, qui redoute une fraude.
- une obligation accessoire d'assurer la chose prêtée : Rouen 23 juin 1983, Bull. transp. 1984, p.487.

(5)R. FABRE, chr. précitée, n°8.

(6)Civ. 8 mai 1944, D. 1945, p.29 ; Civ. 1e 12 novembre 1951, D. 1952, p.56 (arrêts rendus à l'occasion de la détermination du gardien du véhicule prêté, discussion vis-à-vis de laquelle la qualification est neutre). Rappr. Crim. 9 janvier 1903, S. 1906-1-p.430 et pour un transport intéressé : Com. 13 février 1956, Bull. civ., III, n°63, p.54.

séries d'hypothèses peuvent être distinguées, selon que le prêt intéressé est isolé ou que d'autres conventions ont été ou peuvent être conclues entre les mêmes parties[1].

556.– Lorsque le contrat de prêt intéressé est isolé, les solutions jurisprudentielles sont pour le moins hétérogènes, peut être parce que la Cour de cassation se retranche souvent derrière le pouvoir souverain des juges du fond[2]. L'impression d'ensemble laissée par les qualifications retenues par les magistrats paraît cependant globalement favorable à l'adoption d'une qualification sui generis. Ainsi, la Cour de cassation a refusé de censurer des arrêts qui ont décidé que le prêt d'un cheval et d'une voiture en vue de fuir l'occupant, permettant par la même de sauver ces biens est un contrat innommé[3] ou que la fourniture temporaire et gratuite d'un logement afin d'échapper à une réquisition n'est pas un bail[4]. Elle a également admis l'exclusion de la qualification de commodat, lorsqu'un garagiste fournit une voiture ou concurrent d'un rallye[5]. La Cour de cassation a même imposé une qualification innommée, dans l'hypothèse très particulière du prêt par un éditeur philatélique à l'un de ses collègues, de la numérotation utilisée dans son catalogue, à charge pour l'emprunteur de mentionner l'origine de celle-ci à chaque fois qu'il en ferait usage[6].

557.– Ces cas de contrat de prêt intéressé, bien qu'isolé, sont rares. L'onérosité du transfert de jouissance apparaît beaucoup plus souvent lorsque ce transfert intervient à la suite d'une convention déjà conclue entre le prêteur ou l'emprunteur, ou afin de les inciter à le faire. Curieusement, dans cette hypothèse d'insertion d'un prêt à usage dans un groupe de contrats[7], la jurisprudence maintient assez nettement la qualification de commodat.

Dans une première série de situations, prêteur et emprunteur ont déjà été en relation contractuelle ou le sont encore. Cette convention initiale va constituer l'occasion de la

---

(1) Cette distinction ne recoupe pas celle de M. FABRE. Selon cet auteur, en matière commerciale, un prêt intéressé isolé ne se conçoit pas (chr. précitée, n°12). Une division prêt isolé (civil) et prêt inséré dans un groupe (commercial) est cependant inexacte, car des groupes peuvent apparaître en dehors du domaine commercial (cf. les exemples cités infra : prêt de matériel par le maître de l'ouvrage, bail ou promesse de bail...).

(2) ...pas toujours, cependant : cf. infra, Com. 19 juillet 1971.

(3) Civ. 1e 29 octobre 1951, Bull. civ., I, n°275, p.215.

(4) Soc. 16 janvier 1953, Bull. civ., IV, n°54, p.40.

(5) Civ. 1e 9 mai 1966, Bull. civ., I, n°272, p.210.

(6) Com. 19 juillet 1971, Bull. civ., IV, n°213, p.198. Contrairement à ce qu'indique M. FABRE (chr. précitée, n°12), la Cour n'a nullement affirmé la nature synallagmatique du contrat. Sur cette décision, v. aussi : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°117 (contre la solution innommée).

(7) Le terme «groupe de contrats» est pris dans un sens large et non au sens technique employé par M. TEYSSIE. Rappr. R. FABRE, chr. précitée, n°13.

conclusion du prêt, sans qu'aucun lien de nécessité entre les deux contrats n'apparaisse[1]. Ainsi, une personne charge un entrepreneur d'accomplir certains travaux. En cours d'exécution, le prestataire se rend compte qu'il a besoin d'un outil pour terminer sa tâche. Plusieurs décisions ont admis que si le maître de l'ouvrage lui fournit cet instrument, le contrat conclu est un commodat[2]. De même, la mise à disposition non rémunérée d'un appartement à un ancien employé logé, en attendant qu'il en trouve un autre a été qualifiée de prêt à usage[3], mais l'entrée dans les lieux d'un locataire avant la date prévue a fait l'objet d'analyses contradictoires[(4)]. Deux arrêts, très souvent cités, ont adopté une solution identique dans l'hypothèse, où un fournisseur, quelques années après la conclusion d'un contrat d'approvisionnement, a remis à son cocontractant un matériel de tirage de bière[5] ou une enseigne symbolisant sa marque[6]. La Cour de cassation a cependant approuvé une Cour d'appel d'avoir écarté la qualification de commodat dans une espèce voisine[7]. L'affaire est assez complexe. Dans une première convention, une société s'engage à fournir à un fabricant d'aliments pour bestiaux les composés nécessaires à leur fabrication et lui concède simultanément la vente de ces produits. Le fabricant ayant besoin de certains matériels pour son activité, les faits alors acheter par la société, celle-ci en garde la propriété et en transmet la jouissance au fabricant, tenu de lui rembourser les sommes avancées. Le fabricant ayant cessé son activité, la société revend la presse et lui réclame le solde. La Cour fait droit à cette demande en qualifiant la convention de prêt →

---

(1)Même si un lien d'accessoire à principal peut se créer.

(2)Civ. 1e 26 octobre 1960, Bull. civ., I, n°463, p.379 (arrêt très net : «exactement») ; Com. 27 janvier 1969, Bull. civ., IV, n°27, p.26 ; Civ. 2e 9 avril 1970, Bull. civ., II, n°118, p.92.
Dans le même sens, adde : Riom 9 novembre 1934, S. 1935-2-p.45 où la date de remise de l'instrument n'apparaît pas clairement.

(3)Pau 17 décembre 1952, D. 1953, somm. p.47.

(4)Tb. civ. Seine 23 janvier 1903, Gaz. Pal. 1903-1-Tables, v° Prêt à usage n°1 et s. La référence au commodat doit cependant être nuancée, puisque le Tribunal écarte l'application de l'article 1891 du Code civil et lui préfère...l'article 1384, mélange des genres aujourd'hui difficilement admissible.
Contra : Civ. 3e 23 juin 1976, JCP 1976, IV, p.371 ; AJPI 1977, p.90 (innommé) ; Civ. 3e 10 mai 1977, AJPI 1978, p.550, obs. J. V. («occupation de fait») ; Paris 2e ch. B 8 décembre 1983, Juris-Data n°30271 (simple tolérance et non commodat).
Rappr. pour un acheteur entré dans les lieux avant la signature d'une vente sans condition suspensive : Versailles 3e ch. 20 octobre 1989, Juris-data n°45734 (convention d'occupation précaire).

(5)Paris 22 octobre 1975, JCP 1977, II, 18746, note J. H.

(6)Aix 16 mai 1973, D. 1974, p.676, note F. BORIES.

(7)Civ. 1e 15 janvier 1976, JCP 1977, II, 18516, note G. GOUBEAUX. L'annotateur critique à juste titre la qualification retenue, car l'opération semblait en réalité voisine du crédit-bail, l'hypothèse d'un transfert de propriété des matériels après remboursement ayant apparemment été envisagée par les parties. Ce point de la discussion déborde cependant le problème envisagé ici.
Rappr., pour une analyse inverse (prêt à usage et non prêt d'argent) dans une hypothèse voisine, mais peut être différente : Paris 8e ch. 11 mars 1981, Juris-Data n°21037.

sans intérêt du prix des matériels et la Cour de cassation estime, qu'en retenant la circonstance que la société avait intérêt, pour la vente de ses produits, à ce que son concessionnaire dispose d'une presse, la Cour a par là même écarté l'existence d'un prêt à usage de la machine.

La dernière situation concrète rencontrée en jurisprudence, concerne le commerce des véhicules automobiles. La vente d'une voiture[1] ou d'une caravane[2] ne pouvant être exécutée à la date prévue, la garagiste pallie ce retard de livraison en remettant temporairement à son client un autre véhicule ou en lui restituant passagèrement la caravane d'occasion qu'il s'était engagé à reprendre. Dans les deux cas, c'est encore le commodat qui est choisi, même si l'une des décisions lui applique de manière critiquable les règles... du contrat de vente[3]. Toutefois, un arrêt récent, de la Cour de Paris, a préféré retenir une qualification sui generis[4] solution que n'a pas démentie la Cour de cassation[5].

558.– Dans une seconde série d'hypothèses, au contraire, la conclusion du prêt intéressé ne prend sa signification qu'en considération d'une convention future. Le prêteur peut tout d'abord espérer que l'usage de la chose incitera l'emprunteur à conclure une convention d'une autre nature. Tel est le cas, par exemple, du propriétaire qui a consenti une promesse unilatérale de bail[6] (ou de vente) et qui autorise le bénéficiaire à occuper les lieux ou du supermarché qui met à disposition de ses clients des chariots roulants destinés à recevoir les marchandises qu'ils désireront acquérir[7]. Dans ce dernier cas, la mise à disposition poursuit d'ailleurs un second

---

(1) TGI Paris 26 mai 1983, Gaz. Pal. 1983-2-p.615 ; RTD civ. 1984, p.121, obs. Ph. REMY.

(2) Civ 2e 13 décembre 1973, Gaz. Pal. 1974-2-p.551, note A. PLANCQUEEL.
Rappr. pour une période d'essai avant l'achat d'un appartement : Paris 6 décembre 1977, Juris-Data n°580 (sui generis - rejet du bail et de l'article 1733).
Rappr. pour une occupation durant le délai d'option d'une promesse de vente : TGI Seine 10 mai 1963, AJPI 1963, p.821, obs. R. VIENNE (convention d'occupation précaire) ; adde : Versailles 27 mars 1979, Rev. loy. 1980, p.306 (convention d'occupation précaire, mais une redevance était stipulée ; Paris 23 novembre 1984, Juris-Data n°26843 (convention d'occupation précaire). Dans toutes ces hypothèses, une analyse en un contrat unique est concevable : l'occupation n'est plus alors qu'une prestation accessoire d'un contrat de vente ou de promesse de vente, qui échappe par la même aux statuts impératifs (cf. infra n°692 (note)).

(3) TGI Paris 26 mai 1983, Gaz. Pal. 1983-2-p.615 ; RTD civ. 1984, p.121, obs. Ph. REMY.

(4) Paris 19e ch. A 17 mai 1983, Juris-Data n°27119.

(5) Civ. 2e 24 juin 1987, Bull. civ., II, n°142, p.81.

(6) Civ. 3e 20 décembre 1971, Bull. civ., III, n°643, p.459 ; rappr. Tb. paix Rodez 13 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949-1-p.162 ; RTD civ. 1949, p.273, obs. J. CARBONNIER (mise à disposition d'un logement pour faciliter une vente aux enchères ; contrat qualifié de sous-location et non de prêt, faute de gratuité).

(7) Rennes 19 décembre 1972, Gaz. Pal. 1973-1-p.397 ; RTD civ. 1973, p.587, obs G. CORNU ; adde : R. FABRE, chr. précitée, n°15 ; contra : Versailles 12 novembre 1987, BRDA 1988, n°6, p.10 (obligation intégrée dans le contrat de vente).

objectif : faciliter l'exécution d'une convention à venir. Cette finalité se retrouve dans l'hypothèse du prêt de grues par S.N.C.F. Il incombe en effet à l'expéditeur de charger ses marchandises sur les wagons qui lui sont attribués. Des règles spécifiques au transport ferroviaire, reculent toutefois la formation du contrat de transport à une date ultérieure à ce chargement, lorsque le chemin de fer a vérifié celui-ci et accepté l'envoi. La fourniture d'engin de levage précède donc le contrat de déplacement proprement dit, au sein duquel, elle ne peut s'intégrer comme une simple obligation accessoire[1]. Dans la grande majorité de ces cas, les tribunaux ont retenu la qualification de commodat(2). La Cour de Rouen a adopté une analyse identique dans une espèce très particulière[3]. Une entreprise conclut un contrat-cadre avec un transporteur, aux termes duquel elle s'engage à lui fournir sans contrepartie différents matériels nécessaires à l'exécution de contrats de transport à venir : conteneurs, châssis, semi-remorques... La Cour admet la qualification de prêt à usage, mais son arrêt suscite un certain malaise. Il est en effet difficile de percevoir l'avantage retiré en l'occurrence par le prêteur, dont l'activité n'est certainement pas philanthropique. Le prêteur ne joue ni le rôle d'un commissionnaire, ni celui d'un transporteur se substituant un confrère. Il se contente semble-t-il de rapprocher l'emprunteur et différents expéditeurs potentiels. Si à l'occasion de cette prestation fournie à ces derniers, il perçoit une rémunération, le caractère intéressé de la convention ne fait aucun doute, mais la Cour n'en souffle mot.

559.– Pour terminer ce panorama, il convient de réserver une place particulière à deux arrêts de la Cour de cassation rendus en matière d'essais précédant une vente[4]. Les deux affaires sont similaires. Une société remet un matériel à un acheteur potentiel. Ce matériel défectueux cause un dommage à l'utilisateur. Celui-ci se

---

(1) Agen 28 avril 1959, Bull. transp. 1960, p.87 sur renvoi de Com. 26 avril 1955, Bull. civ., III, n°138, p.113.
Rappr. Nîmes 6 mars 1931, DP 1932-2-p.167.

(2) Deux décisions écartent le commodat : Tb. paix Rodez 13 janvier 1949, précité et Colmar 8 mai 1845, (S. 1845-2-p.117 ; DP 1846-2-p.219). L'espèce est très originale. Un hôtelier met à la disposition d'un conducteur de diligences un local pour son activité. Le fourniture du local est gratuite en apparence, mais en réalité, l'hôtelier espère bénéficier de la clientèle du transporteur. Ce dernier cesse son activité indépendante, et s'engage pour le compte des maîtres de postes. Dans la perspective de sa réinstallation à son propre compte, les deux parties concluent une convention par laquelle l'hôtelier s'engage, dans cette hypothèse, à lui fournir de nouveau ce local. La Cour qualifie cette convention de «sorte de commodat ou prêt à usage, ou [...] contrat innommé d'une nature particulière». Cet exemple fournit une illustration remarquable d'un cas de figure original : une promesse unilatérale de contrat intéressé. Cette promesse, comme celle de contrat synallagmatique, doit être considérée comme une convention onéreuse.

(3) Rouen 23 juin 1983, Bull. transp. 1984, p.487.

(4) Com. 24 novembre 1980, Bull. civ., IV, n°392, p.315 ; RTD civ. 1981, p.650, obs. G. CORNU ; Civ. 1e 8 janvier 1985, Bull. civ., I, n°11, p.10.

retourne contre le remettant pour obtenir une indemnisation de son préjudice. Si la convention conclue est un prêt soumis au régime du Code civil, l'article 1891 s'applique et l'utilisateur doit apporter la preuve que le prêteur a eu connaissance du vice. Or, dans les deux cas, cette solution est écartée, aux motifs que le constructeur du matériel ne peut en ignorer le vice ou que ce fournisseur doit procurer un matériel dont il a le devoir de s'assurer qu'il est exempt de défaut. L'«interférence» des règles de la vente est manifeste[1], mais il est difficile d'en expliquer le fondement et la portée.

La solution la plus simple serait de considérer que ces deux espèces correspondent à des hypothèses de vente à l'essai. En effet, si la dualité contrat d'essai-contrat définitif a été autrefois soutenue par Demogue[2], la doctrine contemporaine semble préférer une analyse unitaire[3]. L'essai s'intègre alors dans le contrat définitif et la fourniture du matériel devient une obligation accessoire du vendeur. Il est alors parfaitement concevable que le régime de cette prestation subisse l'influence de celui de la prestation principale à laquelle elle se rattache[4].

Cette interprétation n'est pourtant pas indiscutable. Elle ne ressort pas expressément des termes des deux arrêts[5]. En particulier, dans celui de 1985, il semble bien que le matériel prêté devait de toute manière être restitué et que l'installation définitive devait être fournie par une autre entreprise spécialisée. Dans cette hypothèse, ce serait donc bien deux contrats qui se seraient succédés, solution que l'autonomie de la volonté permet à coup sûr. Il reste alors à qualifier le contrat d'essai, ce qu'aucune des deux décisions n'accomplit. A tout le moins, la convention ne peut constituer un commodat ordinaire et l'intéressement du prêteur à l'opération justifie une modification du régime normal de ce contrat[6]. La mesure de cette altération est également incertaine, car il peut s'agir, soit d'une transposition complète de la garantie des vices cachés du vendeur, solution certainement excessive, soit d'une

---

(1)Selon l'expression de M. CORNU.

(2)DEMOGUE, «Des contrats provisoires», Etudes H. CAPITANT, p.159 et s.

(3)B. GROSS, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 20, Pourparlers, n°98 et s. ; Ph. MALAURIE et L.AYNES, op. cit., 1991, n°107 ; Ph. REMY, obs. RTD civ. 1988, p.103 ; J.-M. MOUSSERON, «Techniques contractuelles», n°72, p.50 ; MAZEAUD, op. cit., n°914 ; L. LORVELLEC, «L'essai dans les contrats», Thèse Rennes 1972, n°109 et s., p.147 et s. Cet auteur conserve cependant une analyse dualiste pour le contrat de vente, lorsque l'article 1588 du Code civil s'applique (condition suspensive) ; adde du même auteur, J.-Cl. Civ., art. 1588.
Contra : M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en Droit privé», Thèse Paris II 1985, n°609 et s. (contrat à l'essai en général) et n°617 et s. (pour la vente). Cet auteur soutient une solution originale : le contrat d'essai serait un contrat autonome qui engloberait une promesse de contrat (n°614-616) et le succès de l'essai formerait un troisième contrat : le contrat définitif.

(4)Cf. infra n°1170 et s.

(5)V. cependant le sommaire au bulletin de l'arrêt de 1980 : vente, vente à l'essai, responsabilité du vendeur.

(6)Contra M. GENINET, Thèse précitée, n°613 et n°617 (prêt ou location).

modification, dans le cadre de l'article 1891, des conditions de la connaissance par le prêteur du vice affectant la chose[1].

2) La doctrine

560.- La qualification du contrat de prêt intéressé a suscité l'apparition en doctrine de plusieurs courants, quasiment chronologiques, dont l'aboutissement normal paraît être la consécration d'une qualification innommée, intermédiaire entre le bail et le commodat.

La première tendance adopte une conception large de la gratuité, conduisant à maintenir la qualification de commodat. Un passage de Pont la résume parfaitement. «La bienveillance et la gratuité, qui sont de l'essence du prêt, peuvent n'être pas exemptes d'un certain calcul. Celui qui prête aujourd'hui peut avoir une arrière-pensée, celle de trouver un emprunteur plus disposé à lui rendre service s'il l'y provoque un jour. On peut même entrevoir des cas où le prêt tournera directement à l'avantage du prêteur, par exemple si celui-ci a prêté sa voiture et son cheval à son mandataire, qui ainsi pourra conclure plus rapidement l'affaire dont il est chargé. Mais le jurisconsulte n'a pas ici, plus qu'en aucun autre contrat à rechercher le motif premier, la cause éloignée du contrat : il ne doit se préoccuper que du motif immédiat, de la cause prochaine et directe...»[2]. Et cette argumentation est toujours illustrée de deux exemples tirés du droit romain : celui du fiancé qui prête des bijoux à sa promise pour qu'elle soit plus richement ornée et celui du magistrat romain qui va donner des jeux au peuple et qui fournit des vêtements aux acteurs[3].

Cette analyse ne saurait être admise. Elle aboutit à la suppression de la catégorie des conventions dont la structure de qualification est unilatérale onéreuse. Or l'existence de celle-ci n'est pas douteuse : promesse unilatérale de vente, cautionnement. Dans ces hypothèses, le but poursuivi par le débiteur n'est pas un mobile variable au gré des conventions : la nature de l'obligation consentie s'accompagne nécessairement de cette cause intéressée. Cependant, si l'admission d'une telle cause doit être entendue strictement, celle-ci ne résulte pas forcément et uniquement de la nature de la prestation assumée : la finalité économique de la convention conclue, notamment dans les

---

(1)En ce sens, semble-t-il, G. CORNU, obs. précitées.

(2)PONT, «Explication du Code Napoléon, des petits contrats», T.8, n°21, p.11 ; cf. dans le même sens : GUILLOUARD, «Du prêt», n°11, p.14 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, T.23, n°607, p.369 ; J. HEMARD, obs. RTD com. 1975, p.584 ; Ch. BAUJAULT, mémoire précité, spéc. p.86-87 (art. 189) et p.88 (art. 1889) ; Y. REICHART, «Le prêt d'actions», Thèse Strasbourg 1981, p.9-12, et p.37 (où l'intérêt personnel ne semble pas effacer la gratuité).

(3)Adde R. FABRE, chr. précitée, n°8 : dîner offert par deux personnes à un ami commun, l'un prêtant l'argenterie.

relations d'affaires, aboutit souvent au même résultat. Les exemples cités par ces auteurs anciens ont beaucoup vieilli[1] et les pratiques récentes fournissent, ainsi que l'examen de la jurisprudence a permis de le monter, de nombreuses illustrations de prêts incontestablement intéressés.

561.– Consciente de cette évolution, une doctrine plus récente a été amenée à tempérer l'analyse classique. Son postulat initial demeure identique : le prêt, même intéressé, reste un commodat, tant que la jouissance de la chose n'est pas rémunérée directement. La spécificité de l'opération n'apparaît pas lors de sa qualification, mais directement lors de la fixation de son régime. Pour certains auteurs, l'adaptation doit se réaliser au coup par coup, selon la règle dont l'application est envisagée : toutes les dispositions régissant le commodat et dont le contenu n'est justifié que par le caractère gratuit de cette qualification seront écartées lorsque le prêteur est intéressé à l'exécution du contrat[2]. Selon M. Grua, le choix du régime du prêt intéressé doit dépendre de la volonté des parties[3]. Les règles du commodat prévues par le Code civil étant supplétives, il convient de déterminer si les contractants ont entendu ou non les adopter. A défaut de cette manifestation, ceux-ci seront présumés avoir choisi le régime légal du commodat.

Cette seconde tendance doctrinale, même si elle fait indéniablement un pas dans la bonne direction, n'emporte pourtant pas la conviction. Bien entendu, si les parties se sont exprimées expressément sur le régime qu'elles ont entendu adopter, aucun problème ne surgit. Cette constatation est cependant d'un faible intérêt : en l'absence de règles d'ordre public, l'importance de la qualification n'apparaît justement que lorsque les contractants n'ont rien dit. Or cette situation est de loin la plus fréquente, la

---

(1)L'exemple du spectacle de jeu, ne relèverait plus, aujourd'hui, de cette discussion : la fourniture de vêtements constituerait une prestation accessoire insérée dans un contrat de spectacle (comp. : Tb. paix Vouvray 6 février 1903, Mon. Jurispr. 1903, p.390 pour des vêtements prêtés à des pompiers. Ici encore, ce prêt devrait être intégré dans la convention unissant la commune aux pompiers).

(2)G. CORNU, obs. RTD civ. 1973, p.587 et RTD civ. 1981, p.650 ; Ph. REMY, obs. RTD civ. 1984, p.121 ; G. GOUBEAUX, note précitée ; Ph. LE TOURNEAU, «Les professionnels ont-ils du cœur ?», D. 1990, p.24-25 ; adde D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°39, p.48, pour qui l'opération demeure gratuite (adde n°40, p.50), mais le régime n'est pas précisé.
V. déjà : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, op. cit., n°674 pour l'article 1891 du Code civil. Rappr. en jurisprudence : Tb. civ. Seine 23 janvier 1903, précité ; TGI Paris 26 mai 1983, précité ; Com. 24 novembre 1980 et Civ. 1e 8 janvier 1985, précités, qui semblent appliquer cette idée. Mais la décision du Tribunal civil qui se réfère à 1384 est critiquable, de même que celle du Tribunal de grande instance de Paris, alors que les deux arrêts de la Cour de cassation sont d'une portée incertaine. Adde en ce sens : Paris 7e ch. 11 février 1981, Juris-Data n°21194 (prêt par un hôtel à une banque d'un coffre fort pour effectuer le paiement du personnel de l'hôtel - existence d'un intérêt commun renvoyant aux règles de responsabilité de droit commun).

(3)F. GRUA, J.-Cl. précité, n°76 et s.

jurisprudence précitée l'atteste. L'absence de manifestation de volonté est courante, surtout lorsqu'il s'agit d'éliminer l'application de textes dont les parties ignorent l'existence ! Le recours à la volonté des parties encourt d'ailleurs une critique beaucoup plus grave. Dans la pratique des affaires, où s'épanouit désormais le prêt intéressé, l'éviction des règles du commodat n'aura jamais lieu, car le prêt y prend la forme d'un contrat d'adhésion, dont le contenu est déterminée par le seul prêteur. Pourquoi un constructeur d'automobiles, qui prête un de ses véhicules à titre d'essai, afin de convaincre le client de l'acheter, stipulerait-il un régime qui lui est défavorable ? L'application des règles du Code civil risque donc d'être maintenue, alors que bon nombre de celui-ci sont parfaitement inadaptées à un contrat qui n'a rien d'une convention de bienfaisance. Si, enfin, les règles supplétives du Code sont écartées en dehors de toute volonté expresse des parties, du seul fait de la situation objectivement crée par le contrat, c'est bien que le prêt intéressé est une situation spécifique, qui mérite de recevoir un traitement particulier et il est alors difficile de comprendre pourquoi cette spécificité n'est consacrée qu'au coup par coup, et non d'emblée dans la structure de qualification.

562.– Cette remarque s'applique parfaitement à la thèse soutenue par M. Fabre[1]. Examinant le rôle du prêt à usage en matière commerciale, cet auteur, tout en maintenant la qualification de commodat, ce qui semble le rapprocher du courant doctrinal précédent, décrit en définitive une convention tout à fait originale. Il dégage nettement le caractère intéressé de la convention pour le prêteur[2] et en déduit, du fait de la présence d'un intérêt commun, un régime spécifique. De nombreuses règles du commodat traditionnel sont par là même écartées et cette éviction ne se fonde pas sur une manifestation explicite de l'accord conclu, mais sur la situation créée objectivement par la convention. Pour maintenir une qualification de commodat, cet auteur est donc conduit à soutenir que la notion de gratuité possède un contenu spécifique en matière commerciale[3]. C'est ce postulat qui paraît douteux. Il ne semble guère utile d'étendre démesurément la notion de gratuité, si ensuite cette extension se voit attribuer un régime spécifique. Le critère de ce régime n'est d'ailleurs pas

---

(1) R. FABRE, chr. précitée.

(2) Sous les réserves déjà mentionnées plus haut : contrats mixtes et obligations accessoires intégrées ne sont pas des hypothèses de prêt intéressé. Le transfert de jouissance est ici inséré dans des contrats synallagmatiques onéreux. Ceci explique l'éventualité de l'application de certaines règles du louage, comme la garantie d'éviction, qui sont difficilement justifiables, même dans un prêt intéressé (contra : R. FABRE, chr. précitée, n°51 et s.).

(3) R. FABRE, chr. précitée, n°9 ; adde J. GHESTIN, Petites affiches, 30 octobre 1987, p.14, sous Civ. 3e 1 avril 1987.

satisfaisant, puisque l'examen de la jurisprudence a montré que les tribunaux ont consacré des hypothèses de prêt intéressé, en dehors de la matière commerciale.

Il convient donc de franchir le pas et d'admettre une convention innommée intermédiaire entre le bail et le commodat, correspondant aux conventions au sein desquelles le prêteur est mû par une cause intéressée. Une partie de la doctrine n'est plus très loin de cette conclusion[1], même si le choix des exemples retenus pour l'illustrer laisse encore planer quelque ambiguité[2].

3) Essai de synthèse

563.– Pour admettre l'existence d'une telle qualification intermédiaire, deux conditions doivent être remplies. Tout d'abord, aucune des deux qualifications «extrêmes» ne doit englober l'hypothèse d'une structure unilatérale onéreuse. Tel est bien le cas en l'espèce. La définition du bail contenue dans l'article 1709 du Code civil exprime bien la nature synallagmatique onéreuse de ce contrat et les articles 1875-1876 font clairement référence à la structure unilatérale gratuite du commodat. Mais, et c'est la deuxième condition, à chacune de ces structures «explicites», doit correspondre un régime qui leur soit exactement adapté et dont l'économie s'avère incompatible avec celle de la convention unilatérale intéressée. Ici encore, la condition paraît être remplie.

Plusieurs règles appartenant au régime du bail attestent que cette convention est entendue dans le Code civil comme un contrat possédant une structure synallagmatique onéreuse. Ainsi, il est difficile de comprendre la lourde responsabilité du bailleur en matière de vices cachés (art. 1721) ou de troubles de jouissance pour fait des tiers (art. 1725), de justifier ses obligations relatives à l'entretien de la chose louée (art. 1720), sans se référer à l'idée que la jouissance qu'il concède est directement contrebalancée par le versement d'un loyer. Réciproquement, certaines prérogatives reconnues au locataire comme le droit de sous-louer (art. 1717) ou celui d'effectuer certains travaux (Loi 23 décembre 1986, art. 6 d.) s'expliquent principalement par l'existence de cette rémunération. De même, la sévère responsabilité qui pèse sur le preneur (art. 1732 et 1733) a son origine dans l'équilibre

---

(1)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°911 in fine ; BEUDANT, op. cit., T.12, n°230, p. 255 ; PLANIOL et RIPERT, T.11, n°1127 ; J. CARBONNIER, obs. RTD civ. 1952, p.239, sous Soc. 16 juin 1951 (mise à disposition d'un domaine rural sans prix, mais avec l'obligation de vendre les produits à une association de jardins ouvriers. La vente ayant lieu à un cours normal, la contrepartie semble purement morale et la gratuité aurait pu être maintenue. La Cour, seulement saisie du point de savoir s'il s'agissait d'un bail, n'a pas tranché cette question) ; adde plus nuancé : MAZEAUD, T.3, Vol. 2, n°1438 ; N. DECOOPMAN, «La notion de mise à disposition», RTD civ. 1981, p.300 et s., spéc. n°44 et s.

(2)Contrats mixtes (BEUDANT ; MALAURIE et AYNES, op. cit., loc. cit.) et obligation accessoire (PLANIOL et RIPERT ; MAZEAUD, op. cit., loc. cit.).

des prestations assumées par les parties : elle fait le pendant des diligences existant à la charge du bailleur. Aucun des deux contractants n'obtenant rien pour rien, aucune indulgence particulière ne se justifie d'un côté ou de l'autre.

Dans le commodat, au contraire, l'esprit général imprégnant le régime de la qualification est assurément la gratuité. Nombreuses sont les dispositions qui en portent la marque[1]. Tel est le cas en particulier de l'article 1889 qui admet la possibilité d'une restitution anticipée, lorsqu'il «survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose» ou encore de l'article 1891 qui limite la garantie des vices de la chose dûe par le prêteur aux défauts dont celui-ci avait connaissance et dont il n'a pas averti l'emprunteur. Ce texte a d'ailleurs pris aujourd'hui une importance nouvelle : les choses prêtées sont toujours plus complexes (ex : les automobiles) et l'existence de la connaissance du vice équivaut en pratique à une exonération systématique du prêteur[2]. Par ailleurs, même si l'emprunteur encourt l'application de quelques règles sévères (art. 1881 à 1883 du Code civil), sa responsabilité n'est pas excessivement lourde et demeure en particulier fondée sur l'idée de faute[3].

564.– Ce rappel rapide des grandes lignes du régime de ces deux qualifications nommées laisse apparaître qu'une convention innommée intermédiaire est parfaitement concevable. Le régime d'une telle convention se situe à mi-chemin entre celui du bail et celui du commodat(4). La cause de l'obligation de concéder la jouissance de la chose étant onéreuse, la responsabilité du prêteur intéressé doit être appréciée plus sévèrement. L'article 1891 est donc inapplicable et un retour au droit commun de la garantie des vices s'impose. Il paraît toutefois difficile d'élever le degré d'exigence jusqu'à celui du bailleur : l'obligation de garantie des troubles de jouissance provenant des tiers doit par conséquent être écartée. Celle découlant de l'activité du bailleur mérite au contraire d'être maintenue et il convient de refuser au prêteur intéressé la possibilité d'une reprise anticipée de la chose remise en prêt ; le terme convenu fait ici, comme dans le bail, la loi des parties. S'agissant de l'emprunteur, si l'absence de rémunération directe ne permet pas de lui accorder les prérogatives d'un locataire

---

(1)Cf. en ce sens : BEUDANT, op. cit., loc. cit. ; R. FABRE, chr. précitée, n°7 et s.

(2)Sauf à recourir, plus ou moins directement et de manière plus ou moins convaincante, au régime de la vente. Cf. supra n°559.

(3)Comp. F. GRUA, J.-Cl. précité, n°59 ; A. PONSARD, note D. 1975, p.649.

(4)Sur cette question, cf. R. FABRE, art. précité, deuxième partie.
Comp. avec le problème particulier posé par l'article 408 du Code pénal. Le texte vise stricto sensu le bail et le prêt, mais pas une structure intéressée ignorée des rédacteurs du Code. L'application du texte est ici parfaitement justifiée, le développement de l'analyse civile étant postérieur au texte pénal : autrefois, l'intérêt du prêteur était une nuance dans la gratuité (comp. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°389, p.448, note 1, qui semble soutenir l'inapplicabilité de l'article 408, tout en trouvant la solution choquante).

(refus du sous-prêt par exemple), elle justifie également le maintien d'une responsabilité moins rigoureuse que celle d'un preneur. Sauf à considérer peut-être, qu'il est souhaitable d'exiger de lui des diligence renforcées quant à la conservation de la chose : en concluant la convention, l'emprunteur sait parfaitement que le prêteur ne lui rend pas un service d'ami et que la nature de leurs relations n'est pas compatible avec l'indulgence tolérée dans ce genre de situations.

De toute manière, il convient de remarquer que les magistrats retrouvent grâce à l'existence de cette qualification intermédiaire une marge de manœuvre plus importante. Le régime supplétif du bail et du commodat sont d'emblée inapplicables. Il n'est plus nécessaire de relever une manifestation expresse de la volonté des deux parties pour, par exemple, évincer l'article 1891 du Code civil[1]. La structure unilatérale onéreuse de l'accord conclu par les contractants suffit pour parvenir à ce résultat. Les tribunaux, par la recherche d'analogies plus précises, peuvent ainsi compléter le régime minimal décrit précédemment.

565.– En définitive, la difficulté essentielle est ailleurs. Si le principe d'une structure de qualification unilatérale onéreuse est facile à admettre[2], il est plus délicat de recenser les hypothèses pratiques rentrant dans cette définition. Il est incontestable, en effet, que cette structure doit résulter de la situation objective crée par les parties et non d'une pure recherche des mobiles des contractants. Cette contrainte est connue depuis longtemps et elle a longtemps servi de repoussoir à la consécration d'une qualification sui generis de prêt intéressé. Il semble pourtant que l'écueil a été surestimé et qu'il est possible de dresser avec suffisamment de précision les contours de cette convention. Même extérieure au contrat, la contrepartie espérée par le prêteur est souvent certaine, tant dans son existence que dans sa nature et un faisceau d'indices permet «d'objectiver» cet avantage, de le transformer de pur mobile en motif connu et intégré systématiquement dans le champ contractuel[3]. Contrairement aux tendances révélées en jurisprudence, ce sont les prêts intégrés dans un groupe de conventions dont l'analyse est la plus simple.

566.– Dans cette recherche, une remarque préalable s'impose : l'insertion d'un prêt dans un groupe n'est nullement suffisante pour justifier à elle seule, sa

---

(1) A défaut de manifestation particulière des contractants, ce n'est donc pas, contrairement au système proposé par M. GRUA, le régime du commodat qui s'applique, ce qui paraît plus conforme à l'économie de ce genre de convention.

(2) ...et si son régime est assez simple à préciser.

(3) Rappr. Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, p.24 : «le prêteur, dans toutes les hypothèses envisagées, est intéressé, au fond de lui-même : même s'il n'attend pas une contreprestation directe, il en escompte un profit indirect».

disqualification de commodat en contrat innommé. Le maintien par la jurisprudence de la qualification de prêt est dans certaines hypothèses parfaitement justifié. Tel est le cas notamment, lorsque le prêt se greffe sur les relations antérieures des parties et que toute référence à une éventuelle prestation future est écartée : maître de l'ouvrage qui fournit un outil à l'entrepreneur au cours de l'exécution du louage, bailleur qui autorise le preneur à entrer dans les lieux de façon anticipée, employeur qui fournit un appartement à son ex-employé jusqu'à ce que celui-ci trouve à se reloger. Dans ces hypothèses, si un lien apparaît entre le prêt et la convention antérieure, dont l'exécution est facilitée ou qui possède un objet de la prestation identique, celui-ci est insuffisant pour consacrer l'existence d'une cause onéreuse. A chaque fois, en effet, le prêteur n'est pas du tout tenu, en vertu du premier contrat, de fournir la chose prêtée. C'est l'entrepreneur qui doit, par exemple, se procurer les instruments nécessaires à l'exécution du travail qu'il a promis d'accomplir. Quant au bailleur, seule la date fixée pour l'entrée dans les lieux ou au contraire pour la remise des clefs à l'issue du contrat, s'impose à lui. Dans ces conditions, il est loisible au prêteur... de refuser de le devenir, en exigeant une application stricte de la convention initiale. S'il en décide autrement, il est impossible de considérer que son engagement est intéressé. Le prêt est accompli essentiellement dans l'intérêt de l'emprunteur. Aucun avantage certain, extérieur au contrat, ne peut être retenu. C'est sans conteste le cas dans les deux exemples cités plus haut relatifs au bail. Dans l'hypothèse du contrat d'entreprise, il est vrai que le maître de l'ouvrage peut espérer une exécution plus rapide du contrat d'entreprise. Mais cette considération est en réalité un pur mobile du prêteur, impossible à vérifier et qui ne résulte pas directement des circonstances de la convention. Le prêt peut très bien avoir été justifié par la seule intention de rendre service à l'entrepreneur, en lui évitant un déplacement. De plus, le délai d'exécution résulte du seul louage d'ouvrage, et c'est ce terme là qui paraît déterminant.

Exclusivement greffé sur des relations contractuelles qui lui sont antérieures, le commodat ne perd pas son caractère gratuit. Cette première conclusion est intéressante. Elle constitue une illustration d'une idée qu'il conviendra de développer davantage : l'hypothèse d'une contrepartie extérieure au contrat et qui l'a précédé, a son origine dans la théorie des contrats réels et il n'est pas sûr que cette situation suffise à consacrer une structure unilatérale onéreuse[1].

---

(1) V. cep. infra pour les donations rémunératoires n°591 et s. (l'hypothèse suscite cependant d'importantes difficultés et peut s'appuyer, en tout état de cause, sur une explication qui n'a pas lieu d'être ici : l'obligation naturelle).

567.– L'analyse est radicalement différente lorsque le prêteur a remis la chose dans l'espoir d'obtenir de l'emprunteur une contrepartie future, qui bien que ne figurant pas dans le contrat, n'en est pas moins certaine. L'absence de toute incertitude quant à l'existence d'une cause onéreuse peut résulter de différents éléments, qui sont toujours de nature objective.

Ainsi, il ne fait aucun doute que le prêt des chariots dans un supermarché est une convention intéressée[1]. Le premier indice qui permet de l'affirmer est tiré de la qualité du prêteur. Celui-ci est un professionnel de la vente. C'est un commerçant dont l'activité essentielle est de conclure des contrats synallagmatiques onéreux. Sa fonction propre est en permanence de rechercher des clients. Il en résulte clairement, qu'a priori, chacun de ses actes est toujours accompli dans la perspective de retirer un avantage[(2)]. Toutefois, la qualité de professionnel que peut revêtir le prêteur ne peut constituer une condition suffisante[3]. Encore faut-il que le prêt se rattache sans hésitation à son activité commerciale[4]. En l'espèce, cette seconde condition est assurément remplie et c'est ici l'objet de la prestation du prêteur, autre indice objectif, qui en fournit la preuve. Les chariots n'ont qu'une utilisation possible : ils servent à transporter plus facilement les objets que le client désire acheter et cette affectation est encore renforcée par leur localisation dans l'enceinte même ou à proximité du supermarché. Certes, il est possible d'objecter que l'emploi d'un chariot n'est pas nécessairement suivi d'un achat, mais cette critique est de peu de poids. Statistiquement, elle est certainement inexacte[5], or un professionnel de la vente raisonne sur des grands nombres et c'est ce raisonnement global qui constitue la cause de tous ses engagements, en l'occurrence la fourniture individuelle des chariots. Surtout, un tel argument méconnaît la nature profonde d'une cause intéressée. Si la

---

[(1)]Cf. en ce sens R. FABRE, chr. précitée, n°15 ; D. SARGET, «Les problèmes juridiques de la vente en libre service», Thèse Paris II, 1982, p.162 à 167.
Comp. N. DECOOPMAN, chr. précitée, n°45-46 qui évoque une concession d'usage qui n'entre pas dans les cadres du Code civil, ce qui reste bien vague.
Contra : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°39 note 2, p.47.

[(2)]Selon M. SARGET, (Thèse précitée, p.166) «Ce contrat est gratuit pour l'emprunteur qui n'a aucune contrepartie à fournir. Ce contrat est intéressé pour le client, le chariot étant pour lui une commodité de transport. Mais le prêt est également intéressé pour le libre-service...». Ce parallélisme des situations n'est qu'apparent. Si la cause de l'obligation du prêteur est intéressée, la cause de l'engagement de l'emprunteur est onéreuse : le client conclut le prêt pour obtenir la jouissance du chariot, mais peu importent, en revanche, ses mobiles (acheter ou pas, transporter son jeune enfant...). Ici encore, apparaît l'idée que c'est la cause de l'obligation caractéristique qui confère à la convention sa nature juridique.

[(3)]Comp. A. TUNC, Thèse précitée, p.188.

[(4)]La qualité du prêteur est encore plus déterminante, si comme dans l'arrêt précité de la Cour de Rouen, il s'agit d'un professionnel de la location.

[(5)]Cf. en ce sens : R. FABRE, chr. précitée, n°15.

contrepartie était d'ores et déjà certaine, il serait plus simple de l'intégrer dans la convention. Ce qui importe, dans la représentation qui motive l'intervention du prêteur, c'est la certitude de l'attente d'une contrepartie et non la certitude de la survenance de celle-ci. La promesse unilatérale de vente est un contrat onéreux, or, par définition, il n'est pas certain que le bénéficiaire lèvera l'option.

568.– De nombreuses hypothèses peuvent se voir appliquer un raisonnement similaire. Ainsi, lorsque la S.N.C.F. concède sans contrepartie l'usage d'une grue, il est certain qu'elle espère la conclusion d'un contrat de transport. Cet objectif n'est pas un pur mobile, puisque l'objet prêté a pour seule fonction le chargement de marchandises sur des wagons, que le prêteur a spécialement mis en place à cet effet, à la demande de l'emprunteur. Seules une non conformité de ce chargement aux normes en vigueur ou, éventuellement, la crainte d'une grève ou d'un empêchement de circuler, pourraient justifier que le contrat de transport ne soit pas conclu. De même, lorsque le constructeur de véhicules automobiles, offre à des clients potentiels, la jouissance d'un de ses modèles pendant un week-end, la cause du prétendu prêt est en réalité onéreuse. Ce caractère résulte là encore d'une combinaison de la qualité du prêteur et de la nature du bien prêté[1]. Une solution identique s'impose pour les contrats d'essais en vue d'une vente, lorsque les parties ont conventionnellement détaché l'essai de la convention définitive[2]. Il est à noter, dans cette hypothèse, que si l'espérance d'une vente ne résulte pas suffisamment de l'accord des parties, de la qualité du prêteur et de la nature du bien, elle peut fréquemment provenir de l'obligation accessoire souvent imposée à l'emprunteur de procéder à l'essai. Par cette stipulation, indice objectif puisqu'il figure dans le contenu même de la convention, le prêteur laisse ainsi apparaître, sans aucun doute possible, la certitude de son attente de la conclusion d'une convention future.

569.– Entre ces deux séries d'hypothèses, relations contractuelles passées et espérance de relations futures, prennent place quelques situations intermédiaires

---

(1)Cf. en ce sens : B. GROSS, J.-Cl. Contr. distrib. précité, n°102 ; comp. G. DAVERAT, Thèse précitée, n°30 et s., p.32 et s., selon lequel la responsabilité du garagiste est délictuelle en cas d'essai, car il ne se forme aucun contrat entre lui et le client. La solution n'est admissible que lorsque l'essai sur une courte distance se réalise en présence du garagiste ou de son représentant (ce qui semble bien être l'hypothèse étudiée par l'auteur) ; v. aussi, n°34, p.36 : «l'essai ne [constitue] pas un transport bénévole mais un transport intéressé, l'automobiliste n'étant pas transporté bénévolement, mais «pour le déterminer à se porter acquéreur»» (en ce sens : Civ. 29 octobre 1940, Gaz. Pal. 1941-1-p.27 ; Req. 20 avril 1944, D. 1945, p.18).

(2)Contra : L. LORVELLEC, Thèse précitée, n°118, p.157 ; n°172, p.228 et n°262, p.373 ; J.-Cl. précité, n°20, pour qui il s'agit soit d'un prêt, soit d'une location ; M. GENINET, Thèse précitée, n°613 et 617, même analyse.

mêlant ces deux éléments. La jurisprudence précitée, faisant prévaloir le premier d'entre eux, semble maintenir la qualification de commodat. Cette solution ne saurait convaincre.

Ainsi, lorsque le promettant permet au bénéficiaire d'utiliser le bien qu'il s'est engagé à lui vendre ou à lui louer, l'intéressement ne fait aucun doute. L'antériorité de la promesse sur le prêt ne peut empêcher l'apparition d'une cause onéreuse. Deux indices incitent à le penser. En premier lieu, le contrat principal est onéreux par nature : toute promesse est stipulée dans l'espoir de voir le bénéficiaire lever l'option. Cette finalité «déteint» en quelque sorte, sur le prêt, qui se l'approprie. Cette interférence n'est pas fortuite et elle ne résulte pas d'une recherche psychologique des mobiles secrets du promettant-prêteur. C'est un élément objectif, l'objet de la prestation, commun à la promesse et au prêt, qui réalise cette liaison : c'est le bien promis dont l'emprunteur-bénéficiaire reçoit le droit de se servir et à l'évidence, cette concession a pour but de le convaincre de ses avantages, afin de l'inciter à lever l'option.

Un raisonnement similaire laisse à penser que la qualification de commodat retenue par la Cour d'Aix et à un moindre titre, par la Cour de Paris, dans l'hypothèse de prêts survenus postérieurement à un contrat de fourniture, n'est pas justifiée. Certes, l'existence préalable de ces conventions semble être un motif suffisant pour que le fournisseur concède à son cocontractant l'usage d'un matériel de tirage de bière ou celui d'une enseigne représentant sa marque. Ce serait oublier, cependant, les avantages réels que le prêteur entend retirer d'une telle prestation. L'intérêt poursuivi par ce contractant dans la convention principale est de voir l'approvisionné commander des quantités maximales des produits qu'il commercialise. Or, en accordant ce prêt, et la remarque vaut surtout pour l'enseigne, c'est bien un accroissement des achats que le prêteur escompte[1].

Au terme de cet examen des contrats de prêts intégrés dans un groupe de contrats, la réalité d'une convention sui generis, intermédiaire entre le bail et le commodat paraît acquise. En particulier, il est établi qu'une cause onéreuse, extérieure au contrat peut être mise en évidence par la seule constatation d'un certain nombre d'indices objectifs, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une périlleuse recherche des mobiles psychologiques.

---

(1)Le prêt d'une voiture par un garagiste, à l'occasion d'une réparation du véhicule d'un client, doit relever aussi du prêt intéressé et non du commodat (dans l'hypothèse où cette fourniture n'est pas intégrée dans le louage d'ouvrage). La cause onéreuse résulte là encore d'une combinaison de la qualité du prêteur et du lien unissant le prêt à son activité. Le garagiste entend ici conserver un client, dans la perspective de réparations futures (contra : Nancy 2e ch. 12 mars 1987, Juris-Data n°40365).

570.– Il convient pour finir, de s'interroger sur la qualification des prêts intéressés «isolés». Une première série d'hypothèses ne fait pas difficulté, en tout cas lorsqu'il s'agit d'exclure le commodat : celles où le prêteur retire de l'utilisation de la chose un avantage publicitaire (prêt d'une voiture pour un rallye[1], prêt d'une numérotation philatélique[2]). Il y a là un exemple remarquable de convention unilatérale onéreuse, où il est certain que le prêteur escompte retirer un avantage du prêt, sans que cette contrepartie ne prenne la forme d'une rémunération directe de la jouissance de la chose. Pour reprendre l'exemple du rallye, le prêteur va retirer un bénéfice du simple fait que son véhicule sera vu par les spectateurs au bord des routes et que la presse risque de relater l'événement. Ce genre de contrats s'est considérablement développé ses dernières années, prenant la forme de conventions de mécénat ou de sponsoring[3]. En réalité, le problème majeur n'est pas de déterminer si ces contrats sont gratuits : il est certain qu'ils sont onéreux et l'assimilation du sponsoring à un commodat est extrêmement critiquable[4]. La difficulté majeure est

---

(1)L'auteur ayant eu l'occasion d'approcher un des protagonistes de l'affaire soumise à la Cour de cassation en 1966, peut confirmer la nature intéressée de l'opération. Non seulement pour le garage qui avait fourni le véhicule, mais aussi pour le constructeur qui s'était engagé en l'espèce à prêter un ensemble moteur-boîtes de vitesse spécialement préparé...pour le Mans ! Une publicité était certaine en cas de victoire (laquelle aurait dû survenir, puisque la voiture était en tête à la fin du rallye, avant son accident sur le dernier parcours routier), puisque le co-pilote, choisi à cet effet, était le chef du service des sports dans le journal local... Une seule réserve subsiste : le remplacement du moteur n'était pas, semble-t-il, licite, et aurait pu justifier après coup un déclassement, peu propice à favoriser une bonne image de marque. Encore resterait-il pour le constructeur, la perspective de la réalisation d'un essai dans des conditions de course de son moteur.

(2)Adde l'hypothèse du prêt d'une voiture automobile, par un constructeur, à un journaliste-essayeur. Mais le caractère unilatéral peut ici se discuter : n'y-a-t-il pas, pour le journaliste, obligation de faire l'essai objectivement et d'en rendre compte ? Le problème se pose aussi pour certains contrats d'expérimentation (D. LAMETHE, «Les contrats d'utilisation de produits ou matériels expérimentaux», Gaz. Pal. 1980-1-p.339). Non rémunéré, il peut s'agir d'un prêt intéressé, avec une obligation accessoire d'utiliser la chose : en l'occurrence, c'est l'utilisation elle même qui intéresse le prêteur. Une rémunération transforme totalement la structure du contrat : c'est alors l'obligation de faire l'essai qui est rémunérée et la mise à disposition est une obligation accessoire nécessaire par opposition de l'obligation de faire l'essai.

(3)Sur le sponsoring, cf. : Mécénat et sponsoring, Cah. dr. ent. n°1, 1984, supplément au n°10 du JCP éd. E 1984. ; D. GRILLET-PONTON, J.-Cl. Contra. distr. Fasc. 1565, contrat de parrainage publicitaire ; Lamy droit économique, n°3031 et s. ; V. PLAT, «Les aspects juridiques du «sponsoring». Le parrainage publicitaire», Thèse 3e cycle Paris 1984 ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, «Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring», Mélanges DERRUPPE, p.125.
V. refusant la qualification de contrat de travail : Versailles 12 février 1991, D. 1991, somm. p.397, obs. J.-P. KARAQUILLO.

(4)Cf. en ce sens : Lamy précité, n°3043.
Contra : Cah. dr. ent. 1984, op. cit., p.18-19 et p.23 dont la position paraît contredite par les explications qui sont données plus loin sur le régime du contrat (p. 19 «le contrat pourra être résilié en cas de non-respect par l'une des parties de l'une de ses obligations essentielles et notamment... pour le sponsoré... non respect du programme de course» ; adde p. 20 et s. le clausier imaginaire, qui par la multitude des obligations pesant sur le sponsoré démontre à l'évidence le caractère synallagmatique du contrat) ; Dict. permanet. dr. aff., v° Mécénat-Parrainage,

plutôt de préciser si ces conventions possèdent une structure de qualification synallagmatique[1]. En effet, lorsque le sponsor fournit, par exemple, un véhicule ou un bateau de compétition et que réciproquement, le sponsorisé s'engage à participer à un certain nombres d'épreuves précises, à apposer sur l'objet prêté la marque du sponsor, à céder les droits d'exploitation de son image et à participer à diverses opérations de promotion, il est permis de penser que l'exécution de toutes ces obligations constitue la cause de l'engagement du sponsor. Il s'agit donc de prestations structurellement principales et la convention est synallagmatique[2]. De la même manière, dans l'affaire Yvert et Tellier, il semble que les obligations assumées par les parties soient équilibrées. Si l'utilisation de la numérotation se faisait sans l'indication du nom du prêteur, le contrat serait sans conteste gratuit. Dès lors, cependant, qu'à chaque fois que l'emprunteur emploie la numérotation, il est tenu de mentionner son origine, la convention semble synallagmatique. L'obligation de préciser cette origine apporte une certaine publicité à Yvert et Tellier et paraît constituer la cause de son engagement. L'usage de la chose est rémunéré par une prestation en nature et non par une somme d'argent(3).

571.– La discussion reste de toute manière très délicate. C'est la nature de la contrepartie attendue par le prêteur -une publicité- qui est à l'origine de cette difficulté. Par définition, la publicité concerne les tiers aux contrats. L'avantage escompté par le prêteur se situe donc en dehors de la convention et les obligations du sponsoré ne sont qu'un moyen pour atteindre celui-ci. La question rejoint ainsi un débat ancien et fondamental : la cause objective, dans un contrat synallagmatique, est-elle épuisée par la considération réciproque de chaque obligation ?[4]. Le contrat de sponsor fournit d'une certaine manière une hypothèse où la cause de l'obligation d'une des parties mêle simultanément onérosité interne et externe. Deux analyses sont concevables. Il

---

n°24 ; V. PLAT, Thèse précitée, n°87, n°108, n°292, n°302, malgré l'affirmation du caractère onéreux du contrat, n°104.
Adde D. GRILLET-PONTON, J.-Cl. précité, n°16 et n°33-34 (qualification de prêt maintenue, mais régime modifié) ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, chr. précitée, p.127 et 130 (ambigu).

(1)En faveur du caractère synallagmatique : V. PLAT, Thèse précitée, n°104 ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, chr. précitée, p.127.

(2)Le contrat de sponsoring s'apparente donc à une convention mixte par opposition et par addition (sur ces contrats, cf. infra n°1392 et s.). L'obligation de concéder la jouissance d'une chose est compensée par celles d'effectuer le programme de courses, par d'éventuelles prestations de services (promotion) et par une cession des droits à l'image.

(3)Le contrat est ici du type : jouissance d'une chose/obligation de l'utiliser. Il ne s'agit pas, semble-t-il d'un véritable contrat mixte, mais plutôt d'un «faux contrat mixte». En effet, l'obligation de concéder l'usage d'une chose fournit à la fois la matière de l'obligation d'Yvert et Tellier et la possibilité pour l'autre éditeur d'en assurer la contrepartie. Elle demeure par conséquent l'unique obligation caractéristique de la convention. Sur les faux contrats mixtes, cf. infra n°1232 et s.

(4)Cf. sur la cause catégorique, supra n°54 et s., n°75-76.

est possible, tout d'abord, de prétendre que la contrepartie de la jouissance de la chose est une publicité. Cet avantage extérieur est la cause de l'engagement du prêteur. Les obligations de l'emprunteur sont structurellement accessoires, elles visent à préciser les conditions d'usage de la chose, mais elles ne peuvent retirer à la convention son caractère unilatéral onéreux. Mais il est également envisageable de soutenir que, par définition, le contrat est un moyen au service d'un but. Les obligations pesant sur le sponsoré sont par conséquent des obligations principales : elles assurent la cause de l'obligation du sponsor, puisqu'elles sont la condition sine qua non d'apparition de l'effet publicitaire. La situation illustre le concept de cause catégorique. De même que dans la transaction, les parties font des sacrifices réciproques pour éteindre un litige, ici le sponsor concéderait l'usage d'une chose pour accroître sa renommée. Le schéma général de ces deux hypothèses est similaire, à ceci près que dans la transaction, la cause catégorique est commune à celle des obligations des deux contractants, alors que dans le sponsor, elle est propre au seul prêteur.

572.– Ces deux analyses ne sont sans doute pas contradictoires mais complémentaires. Pour choisir l'une d'entre elles, le critère à adopter est semble-t-il celui de la maîtrise du sponsor sur l'exploitation publicitaire de l'événement. Si celle-ci est minimale, le contrat reste unilatéral et il s'agit d'un prêt intéressé. Les obligations pesant sur le sponsoré ne pouvant que déclencher l'événement, sans autre intervention ultérieure, elles ne sont pas à même de constituer une cause suffisante de l'engagement du sponsor. Tel sera le cas, par exemple, de la fourniture pour une course, d'un véhicule ou d'un bateau, sans autre obligation que d'y participer. L'étendue des retombées dépendra du résultat, de l'intérêt des médias pour l'événement, tous éléments impondérables[1]. Au contraire, si le sponsor organise la promotion de l'événement, s'il cherche à acquérir des droits sur l'image du sponsoré ou à s'assurer sa participation à des opérations extérieures aux épreuves proprement dites, le contenu obligationnel du contrat reprend son importance et la convention apparaît alors comme synallagmatique. L'importance du résultat, l'influence des médias sont diminuées et les prestations du sponsoré redeviennent des contreparties non négligeables. D'un point de vue pratique, l'évolution récente de cette activité laisse à penser que c'est la deuxième solution qui correspond le plus fréquemment à la volonté des parties.

Cette utilisation de la cause comme critère de qualification est originale et elle est à comparer avec celle employée pour déterminer la nature de l'obligation principale d'une partie. Alors que dans cette hypothèse, la cause permet de sélectionner une

---

(1)Relèverait de cette analyse, l'arrêt précité de la 1e Chambre civile du 9 mai 1966.

obligation, parmi d'autres se situant sur le même plan, la cause joue ici «en profondeur». Elle permet de privilégier, selon les cas, la contrepartie immédiate contenue dans le contrat ou celle plus lointaine située à l'extérieure de la convention.

573.– En définitive, ce sont les deux arrêts de la Cour de cassation dont les faits se sont déroulés pendant la guerre qui apparaissent comme les moins convaincants. La volonté du prêteur de faire échapper son bien à une réquisition ou à une saisie par l'occupant semble relever d'une cause purement psychologique, sauf à considérer que les circonstances de guerre objectivaient in abstracto toute intention d'échapper aux contraintes et aux risques du moment. La solution n'est pas inconcevable, car certains auteurs ont démontré que les crises historiques graves entraînaient de sensibles altérations des principes juridiques habituels[1]. Il est permis de regretter toutefois que les magistrats n'aient pas poussé plus loin leurs investigations relatives au contenu de ces conventions. Il manque en particulier, dans les deux arrêts, des indications sur l'existence ou pas à la charge de l'emprunteur d'une obligation de se servir de la chose. Même accessoire, cette prestation peut transformer le mobile du prêteur en élément causal connu des deux parties. De même, la qualification de commodat paraît pouvoir être maintenue lorsque prêteur et emprunteur sont unis par des liens extérieurs au contrat : associés d'une même personne morale, époux pour le prêt d'usage des bijoux de famille. Dans cette hypothèse, en effet, l'intérêt du prêteur, s'il existe, n'est pas distinct de celui de l'emprunteur : la communauté existant entre eux avant le contrat, n'est pas assimilable à un intérêt commun résultant de l'accord même.

574.– Au terme de cette première recherche, il apparaît que la mise en évidence d'une qualification intermédiaire entre le bail et le commodat suscite de nombreuses difficultés, dont les implications théoriques sont importantes et les conséquences pratiques non négligeables. Mais ces obstacles ne sont pas insurmontables et l'admission d'une qualification onéreuse unilatérale de prêt intéressé paraît possible et souhaitable. Une démarche similaire peut être entreprise à propos de la vente et de la donation.

B) Les contrats unilatéraux entre la vente et la donation

575.– La mise en évidence d'une qualification intermédiaire entre la vente et la donation semble a priori très comparable à la recherche d'un contrat innommé de prêt intéressé, intercalé entre le bail et le commodat. Dans les deux cas, le droit positif consacre deux conventions nommées aux extrêmes de la palette des structures

(1)A. BARREYRE, «L'évolution et la crise du contrat», Thèse Bordeaux 1937, p.86 et s.

causales : alors que la vente est dotée d'une structure de qualification synallagmatique onéreuse, la donation possède une structure de qualification unilatérale gratuite. En réalité, la donation présente certaines particularités, qui obligent à expliciter quelque peu cette présentation.

576.– Il n'est plus discuté que les libéralités contractuelles n'absorbent pas, à elles seules, toutes les hypothèses de contrats gratuits. En effet, cette catégorie contient aussi des contrats de services gratuits : commodat, prêt de consommation, dépôt, mandat, entreprise ou travail gratuits. Toutefois, si le principe de la distinction est acquis, sa justification divise la doctrine[1]. Derrière une discussion en apparence formelle, se dissimule l'importante question de la notion de donation. L'article 894 du Code civil définit cette convention comme l'acte «par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte». Dans une conception économique, la donation entraîne un appauvrissement du donateur, alors que le contrat de service gratuit réalise un simple manque à gagner. Cette analyse, qui a eu ses partisans[2], est désormais abandonnée, en raison de l'imprécision des concepts utilisés[3]. La doctrine moderne préfère s'attacher à des critères plus juridiques. Certains auteurs ont proposé de fonder la distinction sur la nature du droit créé ou transmis : la donation, selon cette analyse opère la constitution ou le transfert d'un droit réel, alors que les contrats de service gratuit ne créent au profit du bénéficiaire qu'un droit de créance[4]. Cette position réalise déjà un premier élargissement, par rapport à la thèse qui limite la donation aux transferts de propriété à

---

(1) S. GUINCHARD, J.-Cl. Civ., art. 893 à 895, n°34 et s. ; R. SAVATIER, Rép. civ., v° Donation, 1972, n°44 et s. ; I. NAJJAR, Rép. civ., v° Donation ; J. FLOUR et H. SOULEAU, «Les libéralités», 1982, n°31 et s. ; MAZEAUD par A. BRETON, T.4 vol. 2, 1982, n°1326 ; Ph. MALAURIE, «Les successions les libéralités», 1989, n°295 ; MARTY et RAYNAUD, «Les successions et les libéralités», n°300 et s. ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°189 et s. ; J. CHAMPEAUX, «Etude sur la nature juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français», Thèse Strasbourg 1931, p.113 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, «Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit», Thèse Toulouse 1955, n°294 et s. ; M. BOITARD, «Les contrats de services gratuits», Thèse Paris 1941, p.105 et s. ; J.-F. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», LGDJ 1969, p.214 et s.

(2) V. par exemple : A. ROUAST, «La prestation gratuite de travail», Etudes CAPITANT, p.695 et s., spéc. p.704 et les références citées par S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°35.

(3) MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°301 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.215 ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°35 ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.124 et s.
Un tel critère peut d'ailleurs aboutir à des solutions contraires au droit positif : un contrat gratuit d'entreprise avec fourniture de matière entraîne un manque à gagner pour le travail et un appauvrissement pour les matériaux. Or, il n'est jamais assimilé, même partiellement, à une donation.

(4) J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.124 et s., spéc. p.128 et plus ambigu pour les créances, p.130 ; A. PONSARD, «Les donations indirectes en droit civil français», Thèse Dijon 1946, p.28-29 et 36 qui est cependant obligé d'adopter une conception très large du droit en évoquant des droits réels «virtuels» pour englober les notions de cessions de créance, de remise de dette ou de promesse de payer.

titre gratuit, mais une telle solution est logique, car cette restriction est indéfendable : la rédaction primitive de l'article 894, qui spécifiait que le donateur se dépouille de la propriété de la chose donnée, a été expressément abandonnée lors des débats devant le Tribunat, pour réserver la possibilité d'une donation d'usufruit[1]. Toutefois, cette définition de la donation demeure trop étroite : tous les droits patrimoniaux, qu'ils soient réels, de créance ou intellectuels peuvent faire l'objet d'une donation. Une partie de la doctrine estime en conséquence que la donation est contrat générateur d'une obligation translative, au sens large, alors que les contrats de services gratuits portent sur des obligations de faire[2]. Cet élargissement demeure cependant encore insuffisant : une donation peut également être réalisée, non par la translation, mais par l'abdication d'un droit : renonciation à un droit réel ou remise de dette(3). La doctrine contemporaine en arrive donc à une définition très large de la donation : cette convention se caractérise par «l'abandon gratuit d'un droit patrimonial»[4], qui peut se réaliser par la translation(5) ou l'abdication, d'un droit réel(6) ou personnel.

L'opposition postulée au départ entre la vente et la donation est donc quelque peu différente de celle qui affecte le bail et le commodat. Ces deux derniers contrats

---

(1)Sur cette discussion, v. : M. BOITARD, Thèse précitée, p.109 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.216. L'article 917 suppose d'ailleurs cette extension.

(2)J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.217 ; M. BOITARD, Thèse précitée, p.109-111 (l'auteur précise même que le critère est interprété de façon «très libérale», ce qui permet d'y inclure les remises de dettes).

(3)Stricto sensu, ces accords de volontés sont des conventions extinctives de droits et non des contrats créateurs d'obligations (J. GHESTIN, «Le contrat», n°4, p.3). L'élargissement de la notion de donation est peut-être ici moins impératif : ces contrats abdicatifs sont en effet qualifiés de donations indirectes (cf. en ce sens : R. SAVATIER, Rép. précité, n°33 et s. et n°406 et s. ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°37 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°489 ; F. DREIFUSS-NETTER, «Les manifestations de volonté abdicatives», LGDJ 1985, n°38 ; J.-F. MONTREDON, «La désolennisation des libéralités», Thèse LGDJ 1989, n°165 et s., spéc. n°196). Cependant, si la qualification de donation indirecte est indiscutable lorsque la remise de dette n'est qu'une prestation accessoire d'un contrat onéreux (ex : remise partielle du prix dans une vente), il faut remarquer qu'une convention isolée de remise de dette réduit l'acte qui réalise la donation à sa plus simple expression. Il est permis de se demander si dans une telle hypothèse, il est encore possible de distinguer la libéralité de l'acte, normalement de nature différente, qui lui sert de moyen d'accomplissement. Il semble y avoir plutôt une donation «nue», par abdication (rappr. aussi, assez discutable : Req. 7 novembre 1871, DP 1872-1-p.27 : selon lequel la renonciation à un point de conclusions, dans le cadre d'une action en paiement d'une dette, peut ne pas être une donation).

(4)J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°303, p.304. V. dans le même sens : S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°37 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°32 ; G. GOUBEAUX, obs. Defrénois 1975, art. 30908, p.531 et s. sous Civ. 1e 23 mai 1973. Contra : I. NAJJAR, Rép. précité, n°24.

(5)Ou la constitution, pour les droits réels démembrés.
Le bail à nourriture gratuit, constituant une prestation de service, qui n'a pas globalement une nature translative, ne devrait pas constituer une donation (contra : H. LALOU, «Le bail à nourriture», Thèse Paris 1900, p.154 ; comp. Paris 5 décembre 1990, D. 1991, IR, p.1, à propos d'une convention onéreuse, qui qualifie le bail à nourriture d'obligation de faire).

(6)Les droits réels accessoires sont parfois exclus, car ils réalisent, d'une certaine manière, une «donation» de crédit (cf. infra note n°546). Il faut de plus écarter le prêt de consommation, malgré sa nature translative (J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.217 ; cf. supra n°257, sur le particularisme technique de cette translation).

possèdent des structures de qualification qui sont distinctes sur le plan causal, mais qui s'organisent autour d'une prestation caractéristique identique : le transfert de la jouissance d'une chose. Au contraire, la donation réunit sous une qualification unique des prestations plus variées, qui correspondent, dans leur version onéreuse à des qualifications distinctes : vente, cession de créance[1], remise de dette, renonciation conventionnelle à un droit réel, etc. Dans une approche rigoureuse, la recherche de structures intéressées s'inscrit donc entre une qualification gratuite unique, la donation et plusieurs qualifications onéreuses. Par souci de simplification, les développements qui suivent porteront principalement sur les donations translatives de droit réel, par opposition à la vente.

577.– Pour consacrer un contrat innommé entre la vente et la donation, il ne suffit pas de constater la possibilité structurelle d'une telle qualification. Encore faut-il que les régimes de ces deux contrats nommés soient suffisamment typés, adaptés à une seule structure (onéreuse ou gratuite), au point de rendre inopportun leur application à une structure intermédiaire. Remplie pour le bail et le commodat, cette condition paraît l'être aussi pour la vente et la donation. Ainsi, un moyen terme est concevable entre la lourde responsabilité du vendeur, notamment professionnel, fondée sur une multitude d'obligations (renseignement, délivrance, garantie d'éviction, garantie des vices et peut-être sécurité) et les faibles exigences qui pèsent sur le donateur (absence d'obligation de garantie, sauf pour son fait personnel[2]) : présomption de faute ou régime de la vente, mais de manière supplétive, même si le vendeur est professionnel. Surtout, le régime de la donation contient de multiples dispositions qui sont justifiées par le caractère gratuit de cette qualification : incapacités de donner ou de recevoir, solennité, révocation pour cause d'ingratitude, règles successorales concernant le rapport et la réduction, régime spécifique de l'action paulienne.

578.– Le régime de la donation pose néanmoins un problème supplémentaire du fait d'une de ses particularités : sa relativité[3]. Il est en effet acquis que toutes les libéralités ne sont pas soumises à la totalité de ce régime. La constatation est particulièrement flagrante pour les règles de formes, puisqu'en sont dispensés les dons manuels, les donations déguisées et les donations indirectes[4], mais elle peut

---

(1)Sur les rapports entre la cession de créance et la vertu : cf. infra n°843 et s.

(2)Cf. art. 1440 du Code civil, a contrario ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., T.2 vol.1, n°104, texte et note 7.

(3)Sur ce problème, v. par exemple : TERRE et LEQUETTE, «Les successions Les libéralités», 1988, n°255 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°53 et s. ; Ph. MALAURIE, op. cit., n°357.

(4)J.-F. MONTREDON, «La désolennisation des libéralités», LGDJ 1989, n°72, p.53.

s'étendre aussi à d'autres dispositions : les présents d'usage, par exemple, échappent au rapport[1]. Cette spécificité constitue un obstacle sérieux à la consécration d'une qualification intermédiaire : si le noyau dur de la donation, correspondant à une structure unilatérale gratuite pure et simple, est régi par la totalité des règles relatives aux libéralités, les hypothèses voisines, notamment les conventions marquées par la présence d'un intéressement dans l'intervention du «donateur», risquent d'être absorbées dans la mouvance de cette qualification, dont elles ne subiraient qu'une partie du régime. Certains auteurs semblent adopter cette conception, lorsqu'ils soutiennent le caractère relatif, non plus du régime, mais de la notion de donation elle-même[2].

Il paraît difficile de trancher un débat d'une telle complexité. Qu'il soit permis cependant d'avancer que, dans le cadre d'une telle recherche, toutes les dispositions du régime des libéralités ne se situent pas sur le même plan. Selon une proposition célèbre, le régime des donations s'ordonne autour de trois grands axes : la protection du disposant, celle de sa famille et celle de ses créanciers[3]. Pour les deux dernières catégories, il n'est nullement exclu que les règles légales utilisent une notion spécifique de la donation(4). L'enjeu dépasse en effet dans ces hypothèses le cadre strict du contrat et de ses parties, en mettant en cause le patrimoine du donateur, dans sa globalité. La relativité de la notion, fondée sur la fonction de la règle à appliquer, n'est ici pas plus choquante, que celle rencontrée en matière pénale ou fiscale et l'exemple de la définition de l'échange, au regard des règles matrimoniales en a déjà fourni une illustration très proche[5]. Les règles protectrices du disposant constituent, en revanche, un indice plus sûr de la notion de donation. Pour celles-ci, c'est bien du régime du contrat inter partes dont il s'agit. Si l'éviction ponctuelle des règles formelles ou de certaines règles de fond peut relever d'une relativité du régime, l'exclusion de la totalité de ces dispositions (fond et forme) est incompatible avec le maintien d'une qualification de donation.

579.– Toutes ces précautions laissent présager de la complexité de la matière. Celle-ci est d'ailleurs renforcée par la nature d'ordre public de nombreuses dispositions du régime des libéralités, qui introduit les traditionnels effets pervers des

(1)TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°255.

(2)V. notamment : FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°53 et s. ; contra : TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°246 ; A. PONSARD, Thèse précitée, p.15, texte et note 1.

(3)J. FLOUR, «L'obligation naturelle en droit civil», Rapport français, Travaux de l'association Henri CAPITANT, T.VII, 1952, p.813 et s., spéc. p.828 et s. La distinction est reprise dans l'ouvrage de MM. FLOUR et SOULEAU (op. cit., n°53 et s.).

(4)La preuve en est que le rapport s'applique parfois à des contrats qui ne sont pas des donations : prêt, cautionnement. (cf. déjà M. BOITARD, Thèse précitée, p.118 et s.).

(5)Cf. supra n°441 et n°450.

règles impératives ; tentatives de fuite des contractants, contrôlées tant bien que mal par le législateur et la jurisprudence[1]. Néanmoins, si ces multiples obstacles entravent la reconnaissance d'une qualification intermédiaire, ils demeurent surmontables. Il n'en reste pas moins qu'une telle qualification se présente sous un jour quelque peu différent de celle déjà rencontrée entre le bail et le commodat. Une distinction préalable s'impose entre les conventions qui juxtaposent les caractères gratuits et onéreux[2] (1) et celles qui les mélangent (2), seules ces dernières pouvant véritablement correspondre à une structure de qualification unilatérale onéreuse.

1) Les contrats de vente volontairement déséquilibrés par intention libérale

580.– L'apparition d'une différence entre la valeur objective d'un chose vendue et le prix stipulé par les parties(3) peut avoir de multiples significations. Il ne s'agit pas ici de faire l'inventaire des indices qui permettent (difficilement) aux magistrats de savoir à quel schéma contractuel les parties se sont référées, mais plutôt de recencer les diverses possibilités qui s'offrent aux contractants. Certaines d'entre elles s'apparentent à des situations intermédiaires entre la vente et la donation, sans qu'il soit possible de les assimiler à une structure intéressée, bâtie autour d'un transfert de droit.

581.– De façon générale, «le caractère à titre onéreux d'un acte n'implique nullement que les prestations aient une valeur égale»[4]. Plus spécialement, un contrat de vente peut conserver cette qualification, même si le prix convenu s'écarte de la valeur objective du droit cédé. Ce prix peut parfaitement dépasser cette valeur, si l'acheteur attache une importance particulière à son acquisition(5) ou s'il conclut dans un but spéculatif, en escomptant, qu'à terme, la chose vendue vaudra encore plus

---

(1)Cf. infra chapitre 4.

(2)Rappr. sur l'idée d'une différence entre les actes dont le régime est relatif (avantages matrimoniaux, donation de fruits et de revenus, présents d'usage) et ceux dont la notion est complexe (vente à prix modique, libéralités avec charges, donations mutuelles) : H. MEAU-LAUTOUR, «La donation déguisée en droit civil français», LGDJ 1985, n°31.

(3)La jurisprudence a souvent eu l'occasion d'examiner des situations similaires en matière de bail (cf. les décisions citées infra). La règle est généralisable à tous les contrats synallagmatiques (A. PONSARD, Thèse précitée, p.185 et p.190-191 (société) ; p.191-192 (bail)). Rappr. infra, pour les fondations de messes et les dots moniales, note n°582 (note).

(4)R. SAVATIER, Rép. précité, n°414. Adde H. LALOU, Thèse précitée, p.154 et s. et p.166 (pour une application au bail à nourriture conclu à prix modéré) ; adde J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.17 et s., pour une thèse originale : l'équivalence serait appréciée subjectivement dans les contrats onéreux et objectivement dans les contrats gratuits.

(5)La chose acquise peut avoir une valeur subjective plus élevée pour l'acquéreur (exemple : le propriétaire d'un terrain qui souhaite acheter une parcelle contiguë ou le collectionneur qui acquiert l'unique pièce qui lui manque).

cher. Les conditions mêmes de la vente, aux enchères par exemple, sont parfois propices à de tels dépassements. Dans d'autres cas, le prix stipulé est inférieur à la valeur objective de la chose vendue : soldes[1], remises négociées, nécessité de vendre rapidement. Les dispositions du Code civil relatives à la rescision pour lésion en matière immobilière attestent suffisamment de la souplesse du montant du prix dans la vente, puisqu'il faut atteindre sept douzièmes avant d'en remettre en cause la validité. Cependant, cette souplesse a des limites. Tout d'abord, le prix convenu doit rester sérieux : s'il devient dérisoire, le contrat est entaché de nullité(2). Ensuite, l'insuffisance du prix, ou, au contraire, son caractère excessif, ne doivent pas être justifiés par une intention libérale de l'une des parties[3].

582.– Lorsque la différence entre le prix payé et la valeur de la chose s'explique par une intention libérale, le contrat conclu mêle la vente et la donation. Si le prix est surévalué, c'est l'acheteur qui constitue le donateur : la fraction du prix excédant la valeur du bien est transmise à titre gratuit. L'hypothèse est concevable(4) si, du moins,

---

(1)Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°67.

(2)Le contrat, dans cette hypothèse, conserve sa qualification de vente, ce qui justifie son annulation. Sur la qualification préalable d'actes nuls, cf. supra n°85.
Sur le prix sérieux : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°215 et s.

(3)Comp. Civ. 1e 14 février 1989, Bull. civ., I n°79, p.51 : manque de base légale la décision «déduisant l'existence [d'une] intention libérale du seul déséquilibre constaté entre les engagements respectifs des contractants». Adde J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.20.

(4)La jurisprudence et la doctrine ont eu l'occasion de raisonner sur ce genre d'hypothèses, à propos de deux contrats onéreux synallagmatiques assez originaux :
- *la fondation de messes*. Par cette convention, une personne s'engage à verser une somme d'argent (ou à livrer une chose), en contrepartie de la célébration de messes en mémoire d'un défunt (le plus souvent). La jurisprudence a nettement et logiquement refusé à ce contrat la qualification de donation, en appliquant expressément l'article 1184 du Code civil, lorsque les messes n'étaient plus célébrées (Civ. 6 décembre 1909, DP 1910-1-p.281, note H. CAPITANT, «contrat synallagmatique»; Caen 3 décembre 1902, S. 1906-2-p.25, note A. TISSIER ; Tb. civ. Lure 31 mai 1907, DP 1907-2-p.252, «contrat onéreux» ; Tb. civ. Blois 12 juin 1907, DP 1908-5-p.19, «contrat synallagmatique» ; comp. plus ambigu : Tb. civ. d'Epernay 17 décembre 1907, DP 1908-2-p.13, qui évoque un «contrat à titre onéreux», mais parle aussi de «charge» et de «donation conditionnelle» ; adde en doctrine, pour le caractère onéreux : G. EUZET, «Nature juridique de la fondation de messes», Thèse Aix 1906, p.118-127 et p.222-223 (pour l'auteur il s'agit d'un louage de services (entreprise libérale)) ; F. DEJUST, «Des fondations de messes», Thèse Paris 1908, p.33 et s. ; G. GABOLDE, «La fondation de messes», Rev. crit. 1924, p.492, spéc. p.508-510).
Ces décisions sont renforcées par la jurisprudence qui analyse les fondations de messes instituées par testament, non comme des libéralités, mais comme des charges de la succession, constituant la rémunération de services rendus (Bordeaux 23 juin 1856, DP 1857-2-p.62 ; Rennes 22 août 1861, S. 1862-2-p.38 ; Caen 30 novembre 1865, DP 1866-2-p.43 ; Paris 23 novembre 1877, DP 1878-2-p.233 ; Pau 18 janvier 1866, DP 1887-2-p.63 ; Rennes 22 février 1909, Gaz. Pal. 1909-1-p.510.
Pour la doctrine si le prix versé dépasse la simple rémunération du service rendu, l'accord réalise simultanément une donation (FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°36 ; H. CAPITANT, note précitée ; F. DEJUST, Thèse précitée, p.33 et p.37 et s.). Ces auteurs semblent traiter de cette question à l'occasion des donations avec charges (pour CAPITANT, « libéralité sub modo» ; cf. sur le sens de cette expression : H. ROLAND et L. BOYER, «Locutions latines et adages du droit français contemporain», I, p.415), or, sauf disproportion importante, la qualification de donation

elle n'aboutit pas à majorer des droits fiscaux[1]. Plus fréquemment, c'est le vendeur qui réalise une libéralité, en acceptant un prix inférieur à la valeur réelle de l'objet qu'il cède.

La validité de tels montages est reconnue depuis longtemps, mais leur analyse juridique a évolué. La jurisprudence et la doctrine ont d'abord considéré qu'une vente (ou un bail), dont la modicité du prix (ou du loyer) est justifiée par une intention libérale, constitue une donation déguisée[2]. Cette qualification est contestable. La donation déguisée suppose une simulation : tel est le cas, par exemple, lorsque le paiement du prix, en vertu d'une contre-lettre, n'est jamais réclamé par le soi-disant vendeur. Dans les hypothèses examinées ici, il n'existe aucun mensonge : l'acte est vraiment une vente[3] et le prix convenu doit être payé, à peine de résolution du contrat. Il est donc plus exact de considérer que ces conventions réalisent une donation

---

indirecte paraît plus exacte (comp. pour une donation déguisée, G. GABOLDE, art. précité, p.510)) ;

- *les dots moniales*. Par ce contrat, une religieuse abandonne à un ordre ou une congrégation, des biens ou une somme d'argent, contre l'engagement d'être nourrie, vêtue, logée. L'opération s'apparente au bail à nourriture (cf. infra n°1294 (note)) et constitue indiscutablement un contrat synallagmatique, onéreux et aléatoire. La jurisprudence, ici encore, écarte la qualification de donation (Agen 22 mars 1836, DP 1836-2-p.118, indiscutable : contrat synallagmatique, onéreux et aléatoire ; Agen 12 juillet 1836, DP 1836-2-p.177, contrat commutatif et... aléatoire ; Lyon 8 mai 1844, S. 1845-2-p.389 ; Civ. 10 février 1868, DP 1868-1-p.179, «contrat commutatif» ; Paris 26 janvier 1881, DP 1882-2-p.105, contrat onéreux ; Besançon 1 décembre 1884, DP 1885-2-p.239, solution implicite ; Civ. 13 mars 1907, DP 1907-1-p.281, concl. BAUDOIN, note PLANIOL, contrat synallagmatique, avec application de l'article 1184 ; Req. 14 mai 1907, S. 1907-1-p.420, contrat synallagmatique ; Civ. 4 juin 1907, S. 1907-1-p.321, idem; Req. 4 février 1908, S. 1908-1-p.499, contrat onéreux ; rappr. Civ. 22 décembre 1851, DP 1852-1-p.37, abandon des revenus à l'ordre en vertu de ses statuts, refus de la qualification de libéralité au profit de celle de «contrat commutatif»). Une rémunération disproportionnée réaliserait là-aussi une donation indirecte. La possibilité de telles libéralités a été envisagée par la jurisprudence (Agen 22 mars 1836, Civ. 10 février 1868, précités ; adde conclusions BAUDOIN précitées ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°36).

- *Adde* : Req. 10 décembre 1851, DP 1852-1-p.80 (vente à prix exorbitant).

(1) A. PONSARD, Thèse précitée, p.185 et p.43, note 1 ; J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°202, note 325 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°125 ; adde Ph. MALAURIE, op. cit., n°414, qui remarque la rareté de cette hypothèse. V. cep. Req. 10 décembre 1851, précité.

(2) Req. 3 juin 1863, DP 1863-1-p.429 (cession de droits successoraux) ; Caen 26 janvier 1880, S. 1880-2-p.105, note H. DUVERGEY (bail) ; Req. 20 juillet 1893, DP 1893-1-p.598 (bail) ; Paris 23 juillet 1895, Gaz. Pal. Tables quinq. 1892-1897, v° Donation, n°133 (bail) ; Tb. civ. Chambéry 3 février 1914, DP 1915-2-p.52 (bail); Tb. civ. Seine 26 juillet 1934, Gaz. Pal. 1934-2-p.863 (bail) ; Lyon 26 novembre 1945, JCP 1946, II, 3128, note R. VOUIN (vente) ; Soc. 21 juillet 1953, Gaz. Pal. 1953-2-p.293 (bail) ; Paris 9 mai 1955, Gaz. Pal. 1955-2-p.72 (bail); Civ. 1e 11 janvier 1956, Gaz. Pal. 1956-1-p.228 (bail) ; Civ. 1e 12 octobre 1964, RTD civ. 1965, p.386, obs. R. SAVATIER.

Pour la doctrine ancienne, cf. par exemple : R. SAVATIER, note D. 1960, p.185.

(3) Comp. Tb. civ. Seine 26 juillet 1934, précité, où il y avait vraiment déguisement : le contrat stipulait que les réparations étaient à la charge du preneur, alors que celles-ci étaient déjà commencées et payées par le bailleur.

indirecte, ce que la jurisprudence a fini par admettre[1], approuvée par la doctrine[2]. La solution n'est pas dépourvue de tout intérêt, puisque les régimes des donations déguisées et indirectes s'opposent sur certains points : nullité des donations déguisées entre époux (article 1099 alinéa 2 du Code civil) ou faites à un incapable (article 911 du Code civil), régime de la preuve du caractère gratuit de l'acte[3].

583.– Le contenu du régime de ces actes hybrides semble acquis, tant en doctrine, qu'en jurisprudence. La fraction gratuite d'une donation indirecte réalisée par un contrat synallagmatique onéreux volontairement déséquilibré, échappe aux règles de forme des donations (exigence d'un acte authentique requise par l'article 931 du Code civil)[4], mais reste par ailleurs soumise à toutes les règles de fond de celles-ci : incapacités de disposer ou de recevoir[5], rapport[6], réduction[7], révocation pour cause d'ingratitude[8] ou de survenance d'enfant[9]. S'agissant ensuite de l'acte onéreux qui

---

(1) Soc. 13 octobre 1955, D. 1956, p.22 (bail avec promesse de vente) ; Civ. 1e 6 janvier 1969, Bull. civ., I, n°8, p.6 (vente contre rente viagère) ; Civ. 3e 7 avril 1976, Bull. civ., III, n°144, p.114 (vente). Comp. Civ. 3e 20 février 1974, Bull. civ., III, n°84, p.65.

(2) A. PONSARD, Thèse précitée, p.185 et p.19-20 ; J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°205 ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°148, p.165 ; R. VOUIN, note précitée ; MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1475 ; Ph. MALAURIE, op. cit., n°414 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°67 et 219 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°489 ; R. SAVATIER, Rép. précité, n°413 et s. ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°126 et s. ; TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°483 ; E.-N. MARTINE, «Des donations réalisées au moyen d'un contrat synallagmatique conclu à vil prix», Defrénois 1961, art. 28040, p.169 et s., spéc. n°6 ; A. COURROYE, «L'examen de la jurisprudence et la cause dans les libéralités», Thèse Lyon 3 1984, n°257 et s., n°287 et s. ; F. LUCET, «La distinction de la libéralité indirecte et de la libéralité déguisée», Petites Affiches, 24 avril 1991, p.16 et s., spéc. n°13.

(3) La preuve de l'intention libérale peut se faire par tout moyen pour la donation indirecte, alors que pour la donation déguisée, aboutissant à prouver contre un écrit, elle obéit aux règles de la simulation. Sur cette question : R. SAVATIER, note D. 1960, p.185, spéc. p.186 et Rép. précité, n°392 ; MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1476 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°493 et 495 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°130-131 ; TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°488 ; E.-N. MARTINE, art. précité, n°6 ; A. PONSARD, Thèse précitée, p.193 ; adde p.56 et s., spéc. p.63-64 ; J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°204.

(4) Civ. 1e 11 janvier 1956, précité. La solution est commune à toutes les donations indirectes : MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1472-1473 ; R. SAVATIER, Rép. précité, n°393 ; TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°481 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit, n°129.

(5) Tb. civ. Seine 26 juillet 1934, précité (donation à une association non reconnue d'utilité publique). FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°129 ; MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1476.

(6) Article 843 et 853 du Code civil. Civ. 29 juillet 1863, DP 1864-1-p.110 ; Civ. 28 juillet 1913, DP 1917-1-p.58 ; Soc. 13 octobre 1955, précité. Cf. R. SAVATIER, Rép. précité, n°393, n°332 et n°416 ; Ph. MALAURIE, op. cit., n°888 ; MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1474 et n°1476.

(7) Caen 26 janvier 1880, précité ; Soc. 13 octobre 1955, précité. Cf. MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1476. Rappr. Ph. MALAURIE, op. cit., n°628.
Contra: Tb. civ. Chambéry 3 février 1914, précité (pour un autre motif: la nature d'une simple donation de revenus).

(8) Req. 20 juillet 1893, précité. Cf. FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°129 ; R. SAVATIER, Rép. précité, n°582 ; MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1476.

(9) Cf. R. SAVATIER, Rép. précité, n°678 ; MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1476. Comp. Civ. 1e 16 janvier 1974, Gaz. Pal. 1974-1-somm. p.73, qui écarte cette possibilité, en l'espèce (mais

supporte la donation, il demeure régi par ses dispositions propres, tant pour les règles de forme, que de fond[1]: responsabilités et garanties du vendeur[2], résolution pour défaut de paiement du prix[3], droit au renouvellement pour un bail[4], modalités de fixation ou de variation du loyer[5], etc. Toutefois, la présence inhabituelle d'un élément gratuit dans un ensemble onéreux peut être une source de perturbations, dont l'exemple le plus connu est sans aucun doute celui de la rescision pour lésion dans les ventes d'immeubles(6). Après quelques hésitations[7], la jurisprudence décide que lorsque «la modicité du prix [trouve] sa cause dans une intention libérale du vendeur», l'opération est «exclusive de l'action en rescision»[8].

584.- Cet ensemble de règles permet de mieux cerner la structure juridique des contrats onéreux synallagmatiques volontairement déséquilibrés par intention libérale. Tout ce régime est dominé par une idée essentielle : l'acte qui sert de support à la donation est un acte réel, qui existe en tant que tel et qui produit ses effets normaux[9], sous réserve de quelques perturbations inévitables. La situation est très différente pour la donation déguisée, où l'acte-support est fictif : le pseudo-vendeur n'est en réalité qu'un pur donateur. Dans une donation indirecte, au contraire, le maintien des effets normaux de l'acte onéreux est un des aspects de la libéralité : le donataire bénéficie de la qualité d'acheteur (ou de preneur), avec les avantages que cela comporte (garantie

---

pas en principe, semble-t-il), parce que la preuve de l'intention libérale lors de la vente n'était pas rapportée : l'acte pouvait avoir été une vente pure et simple, complétée quelques années plus tard par une remise du prix (rappr. Civ. 3e 15 mai 1973, AJPI 1974, p.517, pour un bail).

(1)V. en ce sens : R. SAVATIER, note D. 1960, p.185, spéc. p.186 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°493 ; MAZEAUD et BRETON, op. cit., n°1474. Beaucoup plus réservé : E.-N. MARTINE, art. précité, n°12 ; adde aussi n°5 in fine (cet auteur propose d'appliquer la règle de l'accessoire dans une conception quantitative).

(2)R. SAVATIER, note précitée, p.186.

(3)R. SAVATIER, note précitée, p.186.

(4) R. SAVATIER, note précitée, p.186.

(5)V. pour l'application de textes sur la fixation des fermages : Soc. 21 juillet 1953, précité. Sur cet arrêt, v. les obs. critiques de E.-N. MARTINE, art. précité, n°11.

(6)V. aussi refusant une nullité pour vileté du prix : Civ. 1e 6 janvier 1969, précité ; Civ. 3e 7 avril 1976, précité.

(7)V. par exemple refusant le jeu de la rescision : Req. 3 juin 1863, précité ; Paris 12 novembre 1931, DH 1932, p.75.
Contra : Lyon 26 novembre 1945, précité (qui invoque l'article 1674 du Code civil). Adde les décisions citées par R. SAVATIER, note D. 1960, p.185, spéc. p.187 et par E.-N. MARTINE, art. précité, n°8.

(8)Civ. 1e 16 juillet 1959, D. 1960, p.185, note R. SAVATIER ; Basse-Terre 3 mars 1980, AJPI 1981, p.44 ; Civ. 3e 19 février 1986, JCP 1986, IV, p.122. Comp. Rouen 23 mars 1982, Gaz. Pal. 1983-1-somm. p.23. V. J.-J. ANVILE N'GORAN, «La lésion dans les ventes d'immeubles», Thèse Nancy 1991, p.83 et s. ; adde les critiques d' A. PONSARD, Thèse précitée, p.187-188.

(9)Rappr. Civ. 3e 15 mai 1973, AJPI 1974, p.517 («la remise d'un loyer déjà convenu, faite dans une intention libérale, ne modifie pas la nature du contrat liant les parties»).

ou droit au renouvellement), mais sans un des ses inconvénients : payer le juste prix. De cette constatation préalable, trois corollaires peuvent être déduits.

585.- En premier lieu, puisque la donation indirecte ne peut se réaliser que grâce au support d'un acte réel, qui produit ses effets normaux, il est permis de penser que la fraction gratuite de l'acte constitue structurellement un accessoire par «production»[1]. Le contrat synallagmatique onéreux fournit l'occasion d'une libéralité, qui viendra s'y greffer. L'analyse est comparable à celle de la donation avec charges, qui réalise l'opération inverse d'insertion d'un élément onéreux dans un contrat gratuit, même si, pour cette dernière, le recours à la notion d'accessoire par destination est concevable[2].

Un tel caractère accessoire emporte trois conséquences. Tout d'abord, pour des raisons qui seront exposées plus loin, il explique très simplement l'éviction des règles formelles des donations[3]. Ensuite, il conduit à sérieusement nuancer la solution posée par un arrêt de la Cour de cassation, qui approuve une Cour d'appel d'avoir annulé purement et simplement un acte de bail à prix modique, en conséquence de la révocation de la donation pour cause d'ingratitude[4]. En réalité, la disparition de l'accessoire ne peut entraîner systématiquement celle du principal et une révocation de la donation doit s'accompagner, en principe, d'un retour à un acte strictement synallagmatique onéreux(5). Enfin, le caractère accessoire de l'élément gratuit amène à interpréter strictement la portée de ses «perturbations» sur le régime de l'acte onéreux.

---

(1)En faveur du caractère accessoire de la donation par rapport à l'acte onéreux : M. DAGOT, note JCP 1975, II, 17920, sous Civ. 1e 30 mai 1973 ; Y. COURROYE, Thèse précitée, n°257 ; rappr. A. PONSARD, Thèse précitée, p.184.

(2)Cf. supra n°389 et s. et R. SAVATIER, note D. 1960, p.186 ; rappr. E.-N. MARTINE, chr. précitée, n°2.

(3)Cf. infra n°1162 (note). Rappr. : lorsque la donation indirecte est réalisée par le biais d'une stipulation pour autrui, l'acte-support impose une autre particularité de son régime : la possibilité d'une révocation, tant que la stipulation n'a pas été acceptée par son bénéficiaire.

(4)Req. 20 juillet 1893, précité.

(5)V. en ce sens : R. SAVATIER, note précitée, p.187 et implicitement, FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°127. La portée de l'arrêt du 20 juillet 1893 n'est pas simple à déterminer. Deux des arguments utilisés réduisent l'importance de la décision : «aucune des parties n'avait d'ailleurs ni demandé ni proposé, même subsidiairement» une modification du prix du fermage, et l'arrêt raisonne, conformément aux solutions de l'époque, sur une donation déguisée, qui, à l'évidence, entraîne dans sa chute l'acte apparent fictif. L'argument plus général consiste à dire que le juge s'autoriserait ainsi une réfection du contrat et substituerait «un véritable contrat à titre onéreux à la donation qui avait été dans l'intention des parties». Une telle affirmation est excessive. Elle n'est exacte que pour une donation déguisée, mais pas pour une donation indirecte, qui constitue à part entière un acte onéreux. La mutation est plus modeste : il s'agit seulement de fixer le prix ou le loyer (dans les seules hypothèses où le montant de la donation n'a pas été fixé de matière précise). Or, la jurisprudence est assez souple en matière de bail et à la vérité, l'estimation de la valeur de la chose n'est pas différente de celle que le juge réalise par la lésion. Un cantonnement des effets de la révocation est donc concevable. Il paraît d'ailleurs plus conforme à l'équilibre des relations entre les contractants et à leur volonté, qu'une disparition totale de l'acte, qui avantage sans raisons le donataire.

En particulier, l'éviction de la rescision pour lésion semble surtout justifiée lorsqu'elle se heurte à un obstacle technique insurmontable : l'indétermination du montant de la donation. Il est impossible de savoir si un vendeur est lésé, lorsqu'il donne la différence entre la valeur réelle d'une chose et son prix convenu. Cependant, un tel obstacle est contingent : si le montant du prix dont le vendeur fait remise à l'acheteur, est fixé à une somme précise, le calcul de la lésion redevient possible : il suffit que le prix convenu, augmenté de la donation, reste inférieur aux cinq douzièmes de la valeur réelle de de l'immeuble.

586.– En second lieu, le maintien des effets normaux de l'acte-support synallagmatique onéreux permet de résoudre la difficulté qui s'attache à la détermination de l'objet de la donation. Selon certains auteurs, la libéralité porte plutôt sur une quote-part du bien cédé[1]. Cette solution n'emporte pas la conviction. Il est impossible d'appliquer simultanément, même de manière distributive le régime de la vente et celui de la donation au transfert de propriété[2] : que signifieraient (en dehors de l'hypothèse de choses fongibles) une garantie d'éviction, une garantie des vices ou une obligation de renseignement qui ne porteraient que sur une fraction de la chose vendue ?(3). Il paraît nettement plus réaliste de considérer que la donation porte sur la fraction du prix correspondant à la différence de valeur entre le prix stipulé et le prix normal de la chose vendue[4], sauf à l'actualiser selon les règles des dettes de valeur(5).

---

(1)TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°483 in fine. Contra : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°219 ; comp. pour des systèmes plus souples : A. PONSARD, Thèse précitée, p.244 et s. ; E.-N. MARTINE, art. précité, n°13 et s.

(2)Rappr. Civ. 1e 16 juillet 1959, précité.

(3)Adde aussi : - la conséquence exposé par FLOUR et SOULEAU (op. cit., n°127) en cas de révocation de la donation, dont la portée serait cantonnée : il en résulterait une... indivision entre le vendeur-donateur et l'acheteur donataire !
- le droit de renouvellement en matière de bail : comment le diviser ?

(4)V. d'ailleurs pour l'établissement du montant du rapport : Civ. 29 juillet 1863 et Civ. 28 juillet 1913, précités.

(5)Ceci conduit à douter fortement de la possibilité d'un véritable contrat mixte par addition, mêlant la vente (ou tout autre contrat onéreux synallagmatique) et la donation, lorsque l'objet cédé est caractérisé par une indivisibilité naturelle : soit le régime du transfert de propriété est onéreux, soit il est gratuit, mais un mélange des deux est irréalisable. Si l'objet vendu est divisible, un contrat mixte est possible : il s'agira par exemple de la vente d'un terrain et de la donation de la maison qu'il supporte. Chaque cession obéira à son régime propre (onéreux ou gratuit). Le principal intérêt d'un tel montage pourrait être d'échapper aux règles de forme des donations, mais une telle conclusion n'est pas corroborée par les principes régissant le régime des contrats mixtes (cf. infra n°1483 et s.). Il est permis de se demander si une analyse en deux contrats, malgré un instrumentum unique, n'est pas plus simple. Cette solution s'impose encore plus si le lien d'indivisibilité est d'origine purement conventionnelle (exemple : deux biens parfaitement distincts). Un tel recours au contrat mixte risque d'apparaître comme un moyen (illicite) d'échapper à l'article 931 du Code civil).

587.– Enfin, cette organisation des contrats synallagmatiques onéreux réalisant une donation indirecte incite à reconsidérer la distinction de ces opérations avec les donations déguisées. Dans ce genre de contrats, le donateur par voie indirecte est un vendeur (ou un bailleur) à part entière, contrairement au donateur par voie déguisée. Il semble donc insuffisant de réserver la recherche d'un déguisement éventuel au paiement effectif du prix stipulé : si le donateur refuse d'assumer les obligations d'un vendeur, tout en encaissant un prix modique, la convention est une donation déguisée avec charge (en l'espèce, de procurer certaines liquidités)(1). Le problème est particulièrement sensible lorsque le prix convenu est dérisoire. La jurisprudence, en ce domaine, a évolué. Elle admet désormais la validité de donations déguisées[2] ou même indirectes[3], lorsque le prix stipulé n'est pas sérieux, alors que cette situation pourrait entraîner la nullité de la vente, si celle-ci était pure de toute intention libérale. Cette solution doit être employée avec mesure. Certes, les donations indirectes peuvent accepter une souplesse importante dans la fixation du montant du prix, puisque la réalité de l'acte onéreux qui leur sert de support peut être conservée quant aux obligations du vendeur(4). Cela suppose néanmoins de vérifier que le donateur entend bien assumer la qualité de vendeur. Or une telle analyse ne va pas de soi, lorsque le prix est dérisoire[5], notamment pour les ventes à un franc[6]. Dans la négative, la convention doit se voir attribuer la nature d'une donation déguisée. La simulation est

---

(1)Comp. E.-N. MARTINE, art. précité, n°12. Pour cet auteur, si la libéralité excède la moitié de la valeur du bien, certaines règles de la vente (garantie) ou du louage (droit au renouvellement) ne s'appliquent pas. Cette analyse est admissible, à condition d'en tirer les conséquences : l'acte n'est plus qu'une donation avec charge, et non un acte onéreux, incluant une libéralité. L'acte-support ne sert qu'à se dispenser des règles de forme des donations. Il s'agit d'une donation déguisée, dont la simulation ne porte pas sur le prix modique effectivement versé, mais sur la qualité de vendeur, avec les obligations qui s'y attachent.

(2)Civ. 3 décembre 1912, DP 1913-1-p.175 (vente avec rente viagère) ; Civ. 1e 13 mai 1952, Bull. civ., I, n°162, p.135 ; Civ. 1e 12 octobre 1964, Gaz. Pal. 1965-1-p.5 (vente avec rente viagère) ; Civ. 1e 2 février 1970, D. 1970, somm. p.68 ; Civ. 1e 22 octobre 1975, Bull. civ., I, n°288, p.241 ; Civ. 3e 21 mai 1979, Bull. civ., III, n°112, p.84 (vente de nue-propriété) ; Civ. 1e 29 mai 1980, D. 1981, p.273, note I. NAJJAR. Adde pour des Cours d'appel : Montpellier 8 décembre 1954, Gaz. Pal. 1955-1-p.185 ; Bordeaux 10 octobre 1955, Gaz. Pal. 1955-2-p.277 ; Nimes 28 juin 1976, Rev. dr. imm. 1979, p.350, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ.
En doctrine, cf. : TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°473 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°219.

(3)Civ. 1e 22 octobre 1975, Bull. civ., I, n°288, p.241 (ambigu : la Cour d'appel avait semble-t-il qualifié l'acte de donation indirecte) ; Civ. 3e 7 avril 1976, Bull. civ., III, n°144, p.114.
En doctrine, cf. : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°219 ; contra A. PONSARD, Thèse précitée, p.186.

(4)Il y a là un nouvel exemple de l'utilisation d'une conception subjective de l'accessoire (comp. les réserves de M. DAGOT, note précitée, I, A).

(5)Cf. E.-N. MARTINE, art. précité, n°5 et s. ; contra, semble-t-il : J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°214 (pour cet auteur, il s'agit d'une donation indirecte et non déguisée).

(6)Sur ces ventes : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°216 ; B. GARRIGUES, «La contre-prestation du franc symbolique», RTD civ. 1991, p.459 et s., spéc. p.466 et s.

alors double : d'une part, le donateur apparaît dans l'acte comme assumant les obligations du vendeur, alors que tel n'est pas le cas ; d'autre part, la vente à un franc n'est en réalité valable que parce que la chose n'a plus aucune valeur ou que l'acheteur s'engage par ailleurs à certaines prestations, autres qu'un paiement en argent (reprise d'un passif, charge des réparations dans un bail[1]), circonstances qui peuvent résulter de l'acte apparent, mais qui sont contraires à la réalité.

588.– En conclusion, les donations indirectes par voie de contrats onéreux synallagmatiques volontairement déséquilibrés constituent des hypothèses originales d'amalgame au sein d'un même acte, d'un élément onéreux et d'un élément gratuit. Toutefois, ces éléments s'ajoutent sans se mélanger[2]. Ces conventions correspondent donc bien à des situations intermédiaires entre la vente et la donation, mais il ne s'agit pas véritablement de contrats possédant une structure de qualification unilatérale intéressée. Pour mettre en évidence ces derniers, il convient de se tourner vers d'autres hypothèses.

2) Les transferts de propriété intéressés (unilatéraux onéreux)

589.– Pour que puisse exister une structure intermédiaire entre la vente et la donation, il faut au préalable abandonner comme critère des libéralités, tout concept purement objectif ou matériel. Si la donation est définie comme un transfert de droit dépourvu de contrepartie, ne nécessitant qu'un appauvrissement du donateur, une qualification intermédiaire n'est plus concevable. Une telle analyse qui aboutit à confondre le caractère unilatéral et le caractère gratuit, est fermement refusée par la jurisprudence. En effet, si les magistrats décident qu'un appauvrissement est une condition nécessaire de la donation[3], qui n'est pas remplie lorsque le pseudo-donateur

---

(1)Cf. Tb. civ. Seine 26 juillet 1934, précité.

(2)Comp. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.256 : «il y a une catégorie intermédiaire qui réunit en elle les caractères de l'onérosité et de la gratuité et une autre qui les repousse également. Nous donnerons seulement le nom d'actes mixtes aux actes de la première catégorie». La seconde catégorie pourrait ainsi correspondre aux structures intéressées (ni onéreuses, ni gratuites) et la première aux donations avec charge et aux donations indirectes, mais l'auteur n'évoque que la première hypothèse (comp. p.267, où il aurait pu être question de donation indirecte).

(3)V. par exemple : Req. 22 octobre 1901, DP 1902-1-p.241 ; Poitiers 27 janvier 1902, S. 1903-2-p.13 ; Civ. 8 novembre 1911, DP 1912-1-p.289 ; Req. 17 novembre 1913, DP 1922-1-p.73, 4e espèce p.84 ; Civ. 19 juillet 1921, DP 1922-1-p.73, 3e espèce p.99 ; Req. 24 janvier 1928, DP 1928-1-p.157 ; Civ. 1e 20 novembre 1984, Bull. civ., I, n°312, p.264.
Adde en doctrine, avec les nombreuses autres décisions citées : S. GUINCHARD, J-Cl. précité, n°16 ; TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°249, note 1.

tire du contrat une contrepartie objective équivalente[1], ils refusent de considérer cette condition comme suffisante[2]. De nombreuses décisions exigent de la part du donateur une attitude causale spécifique, l'intention libérale ou animus donandi, à défaut de laquelle le contrat ne saurait constituer une donation[3]. Certaines situations, déjà étudiées, montrent que le recours à ce critère est indispensable pour distinguer la donation de contrats voisins, comme une vente à prix lésionnaire, lorsque la libéralité est indirecte[4] ou comme un prêt, un dépôt ou un apport, quand les parties ont exécuté une prestation neutre, susceptible de diverses interprétations, telle que la remise d'une chose[5].

Ce préalable étant acquis, une qualification intermédiaire entre la vente et la donation devient envisageable[6]. Un tel contrat se doit d'être unilatéral onéreux : l'abandon d'un droit patrimonial n'est pas contrebalancé par une obligation

---

(1)La position de la jurisprudence est illustrée par de nombreuses hypothèses, où la qualification de donation est refusée parce que le contrat stipule des obligations réciproques ou, selon l'expression utilisée par préférence autrefois, parce qu'il est commutatif. Tel est le cas notamment pour :
- les fondations de messes (cf. supra n°582 (note)).
- les dots moniales (cf. supra n°582 (note)).
- les donations avec charges, lorsque celles-ci sont objectivement équivalente (ou supérieures) à la valeur du droit cédé ou abandonné. Pour les tribunaux, il s'agit alors de restituer à l'acte sa véritable qualification nonobstant la dénomination employée par les parties : Req. 24 mai 1836, DP 1836-1-p.373 ; Bordeaux 10 avril 1843, DP 1843-2-p.152 ; Colmar 6 août 1845, DP 1851-5-p.180 (bail à nourriture) ; Douai 2 février 1850, DP 1851-2-p.133 ; Pau 4 juin 1873, DP 1874-2-p.84 ; Req. 21 décembre 1887, DP 1888-1-p.256 ; Req. 25 février 1913, S. 1920-1-p.220 ; Civ. 11 mai 1914, S. 1920-1-p.297 ; Civ. 28 novembre 1938, DH 1939, p.17 ; Soc. 26 janvier 1956, JCP 1956, II, 9267. Rappr. Civ. 1e 9 juillet 1991, D. 1991, IR, p.225.

(2)V. dans le même sens en doctrine : R. SAVATIER, Rép. précité, n°7 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.206 ; TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°253 ; I. NAJJAR, Rép. précité, n°28.

(3)V. par exemple : Req. 14 avril 1863, DP 1863-1-p.402 ; Req. 27 juin 1887, DP 1888-1-p.303 ; Req. 9 décembre 1913, DP 1919-1-p.29 ; Civ. 1e 2 mars 1966, Bull. civ., I, n°153, p.120 ; Civ. 1e 3 février 1969, Bull. civ., I, n°54, p.40 ; Civ. 1e 9 février 1977, Bull. civ., I, n°75, p.58 ; Civ. 1e 1 juin 1977, Bull. civ., I, n°259, p.205 ; Defrénois 1977, art. 31582, p.1603, obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1e 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983-1-pan. p.65 ; Civ. 1e 1 mars 1988, Bull. civ., I, n°52, p.35 ; Civ. 1e 14 février 1989, Bull. civ., I, n°79, p.51 ; Defrénois 1992, p.181, note A. CHAPPERT ; Civ. 1e 22 janvier 1991, D. 1991, IR, p.60.
La preuve de cette intention libérale est appréciée souverainement par les juges du fond (cf. FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°40, texte et note 55).

(4)Cf. supra n°582. V. en ce sens : A. PONSARD, Thèse précitée, p.43 et p.53 ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.20.

(5)Cf. supra n°236 et s. Adde, pour le problème des apports à une association : Ph. MALAURIE, op. cit., n°329, texte et note 11 ; Lyon 8 juin 1971, D. 1971, p.555 ; Civ. 1e 24 février 1976, Bull. civ., I, n°80, p.65 ; Civ. 1e 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983-1-pan p.65 ; Civ. 1e 26 janvier 1983, D. 1983, p.317 ; Civ. 1e 1 mars 1988, Bull. civ., I, n°52, p.35.

(6)Sur ces situations intermédiaires, cf. en doctrine : Ph. MALAURIE, op. cit., n°357 et s. ; TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°252 et s. ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°43 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°33 et s., p.40 et s. (de façon globale, cet auteur semble considérer qu'un élargissement de la notion d'intention libérale, correspondant à un accroissement de l'importance de l'élément matériel, rend inutile la consécration d'une qualification intermédiaire entre la vente et la donation (n°37, p.46 et, plus généralement, n°40, p.49 et s.) ; cette analyse est en contradiction avec le droit positif et paraît procéder d'une confusion entre les caractères synallagmatique et onéreux (v. par exemple n°35, p.43)).

équivalente de l'accipiens, mais le pseudo-donateur ne s'engage pas dans une intention libérale. Les incertitudes doctrinales et jurisprudentielles relatives à la définition de l'animus donandi ne facilitent pas la mise en évidence de cette cause «intéressée». Globalement, celle-ci correspond à la conclusion d'un engagement en considération d'un avantage ou d'une obligation extérieurs au contrat(1). En affinant l'analyse, deux situations méritent d'être distinguées, selon que l'élément extérieur est antérieur au contrat ou au contraire qu'il est censé lui succéder[2].

a) La considération d'un avantage passé

590.– La considération d'un avantage passé soulève la question de la nature juridique des «donations rémunératoires», c'est-à-dire des donations effectuées en considération de services préalablement rendus par le donataire au donateur[3]. Ces conventions ne sont pas totalement ignorées du Code civil, qui leur consacre quelques dispositions. Cependant, ces textes sont en apparence contradictoires[4]. Alors que l'article 909 déclare exceptionnellement les médecins et les ministres du culte capables de recevoir des «libéralités rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus» et que l'article 1083 relatif aux institutions contractuelles permet au donateur de ne disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, que pour des sommes modiques ou «à titre de récompense», l'article 960 soumet les donations à la révocation pour survenance d'enfant, même si elles sont rémunératoires. En l'absence d'une solution législative claire, ce sont les tribunaux qui ont du préciser la nature et le régime de ces contrats. Globalement, ce contentieux présente deux caractéristiques majeures. La première est son ancienneté : les décisions initiales datent de 1808-1809 et la jurisprudence est restée relativement abondante jusqu'à la seconde guerre mondiale. Depuis lors, le flot s'est nettement ralenti, sans toutefois se tarir complètement. La seconde est sa

---

(1)Les deux causes possibles, avantage ou obligation, sont indiquées tout de suite, mais les développements ultérieurs montreront qu'elles correspondent à deux situations onéreuses particulières : contrat «intéressé» (avantage extérieur) ou paiement d'une dette civile préexistante (obligation). Cf. infra n°600 et s. et n°611 et s.

(2)V. dans le sens de cette distinction entre les avantages passés et futurs : A. PONSARD, Thèse précitée, p.36. Adde : PLANIOL et RIPERT, T.6, n°39, p.41 et n°253, p.325 ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°108, p.123 (qui sépare nettement l'étude de la donation rémunératoire et celle de l'équivalent moral ou matériel).

(3)Pour la doctrine : P. TIMBAL, «Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français», Thèse Toulouse 1924, spéc. p.95 et s. pour le droit positif ; A. PONSARD, Thèse précitée, p.38 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°338, p.344 et n°359 et s., p.362 et s. (mais en réalité, la totalité du chapitre englobant ces deux passages est aussi essentielle, n°317 et s., p.322 et s.) ; M. GOBERT, «Essai sur le rôle de l'obligation naturelle», Sirey 1957, p.54 et s. ; AUBRY et RAU, T.11, § 702 et T.10, § 644 ; I. NAJJAR, Rép. précité, n°44 et s. et n°58 et s.

(4)Cf. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.97 et s.

stabilité. Il n'y a pas, en cette matière, de revirement spectaculaire et la plupart des solutions importantes sont acquises depuis longtemps[1]. A cet égard, et bien qu'il n'ait fait que confirmer la jurisprudence déjà rendue antérieurement(2), l'arrêt de la Chambre des requêtes du 7 janvier 1862 fait figure d'arrêt de principe[3]. Selon cette décision, «la donation rémunératoire n'est dispensée des formes solennelles édictées pour les donations entre-vifs que lorsqu'elle présente le caractère d'une dation en payement qui constitue le véritable contrat onéreux». La Cour affirme par là-même la summa divisio qui régit toute la jurisprudence relative aux donations rémunératoires : ces contrats ne relèvent pas d'une qualification unique et constituent selon les cas, soit des libéralités pures et simples, soit des conventions unilatérales onéreuses(4). Il paraît dès lors intéressant d'examiner ce contentieux en précisant successivement les critères, les fondements et les conséquences de cette distinction.

1- Rappel jurisprudentiel

591.- Pour qu'une donation rémunératoire se voie attribuer un caractère onéreux, trois conditions doivent être remplies cumulativement.

Tout d'abord, les services récompensés doivent être appréciables en argent[5]. L'exigence est certaine, mais sa portée pratique ne doit pas être surestimée. Contrairement à ce qu'affirment certains auteurs[6], cette condition est remplie dans la

---

(1)V. en ce sens : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.101 ; M. GOBERT, op. cit., p.67 ; article anonyme, «De l'état de la jurisprudence en matière de donations rémunératoires», Gaz. Pal. 1969-2-doct. p.73.

(2)Cette décision et celle du 23 mai 1876 (DP 1876-1-p.254) ont incité quand même à une plus grande rigueur.

(3)Req. 7 janvier 1962, DP 1862-1-p.188.

(4)Le terme de «donation rémunératoire» est donc inadapté : si l'acte est gratuit, il s'agit d'une donation et l'adjonction du qualificatif rémunératoire est inutile ; si l'acte est onéreux, c'est le terme de donation qui ne convient pas. La difficulté est soulignée par de nombreux auteurs, qui conservent néanmoins cette dénomination, du fait de sa notoriété. (P. TIMBAL, Thèse précitée, p.101-102, qui propose, tout en notant les imperfections qui s'y attachent, la terminologie suivante : donation rémunératoire gratuite («pléonasme») ou onéreuse (elle cache un paiement) ; M. GOBERT, op. cit., p.54 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°50).

(5)V. en ce sens : Grenoble 14 juillet 1836, S. 1839-2-p.259 ; Req. 7 janvier 1862, précité (relevant un des éléments de qualification utilisé par les juges du fond) ; Grenoble 19 mars 1881, DP 1881-2-p.188 ; Tb. civ. Seine 21 novembre 1893, Gaz. Pal. 1893-2-p.604 ; Riom 15 février 1894 et sur pourvoi (rejet) Req. 3 décembre 1895, S. 1897-1-p.234 ; Tb. civ. Seine 4 juin 1901, Gaz. Pal. Tables Quinq. 1897-1902, v° Donation, n°41 ; Tb. civ. Seine 27 janvier 1934, JCP 1934, p.491 ; Angers 2 avril 1941, DA 1941, p.233 ; Lyon 18 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945-1-p.193 ; Tb. civ. Lille 22 octobre 1953, RTD civ. 1954, p.338, obs. R. SAVATIER ; Orléans 17 janvier 1977, D. 1977, I.R., p.279 ; RTD civ. 1977, p.805 ; Civ. 1e 14 juin 1978, Gaz. Pal. 1978-2-somm.p.334 ; Civ. 1e 28 février 1984, Defrénois 1985, art. 33501, obs. A. BRETON (ces deux derniers arrêts relèvent une aide mixte matérielle et morale, qui semble suffire pour accepter la qualification onéreuse).

(6)V. not. D. VEAUX, J.-Cl. Civ., art. 1235, Obligation naturelle, n°70 ; contra : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.140.

plupart des cas, et rares sont les décisions qui ont rencontré des espèces où le service n'était pas évaluable pécuniairement[1].

Ensuite, les services rendus ne doivent pas avoir été déjà rémunérés. Toute cette jurisprudence repose sur une idée de récompense, de compensation, de contrepartie, pour employer les termes utilisés par les tribunaux, qui ne se retrouve plus lorsque le prestataire est déjà payé[2]. Une gratification supplémentaire manifesterait alors une pure intention libérale. Néanmoins, il convient d'être précis. Contrairement, encore une fois, à la position soutenue par une partie de la doctrine[3], la jurisprudence adopte une conception restrictive de cette condition : par exemple, un domestique régulièrement gagé peut bénéficier d'une donation rémunératoire qualifiée d'acte onéreux, si par son zèle et son dévouement, il est allé au-delà de l'exécution normale de ses obligations[4].

Enfin, même si elle porte sur des services appréciables en argent et non rétribués, une donation rémunératoire n'est qualifiée d'acte onéreux que si son montant correspond approximativement à celui des services[5]. La jurisprudence n'exige pas une

---

(1) Grenoble 14 juillet 1836, précité (renonciation du donataire à un mariage) ; Req. 7 janvier 1862, précité (sentiment de reconnaissance) ; Tb. civ. Seine 21 novembre 1893, précité (sentiment de délicatesse qui amène un homme à servir une rente viagère à une ancienne maîtresse) ; Tb. civ. Seine 4 juin 1901, précité (sentiment de gratitude pour les sacrifices consentis). Rappr. Riom 15 février 1894, précité (donataire ayant facilité l'adoption du donateur par un tiers, où le mobile était faux). Rappr. D. VEAUX, J.-Cl. précité, n°71, qui cite deux décisions semblant accepter la qualification onéreuse, à des obligations de rémunérer des services inappréciables en argent.

(2) Req. 23 mars 1870, S. 1870-1-p.214 (affaire nettement frauduleuse) ; Chambéry 25 août 1879, S. 1880-2-p.53 ; Tb. civ. Toulon 4 janvier 1932, Gaz. Pal. 1932-1-p.533.

(3) V. not. M. GOBERT, op. cit., p.56 et s. ; Ph. MALAURIE, op. cit., n°358 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°50 ; comp. plus nuancé, TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°254.

(4) V. par exemple : Paris 12 novembre 1810, S. 1809-1811-2-p.356 (la Cour néglige l'argument tiré des gages déjà payés ; Toulouse 28 décembre 1892, S. 1893-2-p.209 (l'arrêt retient, pour partie, l'onérosité de l'acte, alors que le domestique avait déjà été rémunéré) ; Angers 2 avril 1941, DA 1941, p.233 (particulièrement clair) ; Civ. 1e 28 février 1984, précité (aide d'un époux allant au-delà de la contribution aux charges ; sur cette question, adde J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3e édit., n°683, note 42). Cette liste ne reprend que les espèces où l'existence d'une rémunération antérieure est certaine, mais celle-ci est plausible dans de nombreux arrêts, notamment dans tous ceux qui concernent des domestiques.
La jurisprudence semble en revanche beaucoup moins nette en matière de contrat de travail (autre que celui des gens de maison), v. par exemple : Limoges 10 octobre 1923, Gaz. Pal. 1924-1-p.29 (refus de la donation) ; Besançon 18 mars 1947, Gaz. Pal. 1947-1-p.206 (obligation naturelle) ; contra : Reims 4 décembre 1934, JCP 1935, I, p.30. Adde les références citées par TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°254, note 5).

(5) Colmar 18 juillet 1809, S. 1809-1811-2-p.103 («objets modiques») ; Civ. 13 août 1844, S. 1844-1-p.710 ; Douai 2 juillet 1847, DP 1849-2-p.239 ; Paris 6 mai 1854, DP 1856-2-p.240 ; Tb. civ. Seine 15 avril 1874 sur Civ. 23 mai 1876, DP 1876-1-p.254 ; Chambéry 25 août 1879, précité ; Paris 8 novembre 1892, S. 1894-2-p.191 ; Riom 15 février 1894, S. 1897-1-p.234; Paris 24 mars 1898, Gaz. Pal. 1898-2-p.406 ; Pau 1 décembre 1902, Gaz. Pal. 1903-1-p.50 ; Tb. civ. Toulon 4 janvier 1932, Gaz. Pal. 1932-1-p.533 ; Tb. civ. Seine 27 janvier 1934, précité ; Angers 2 avril 1941, précité ; Orléans 17 janvier 1977, précité.

corrélation parfaite et laisse une part à l'appréciation subjective du donateur[1], mais la marge demeure limitée[(2)]. Lorsqu'elle est dépassée, la donation rémunératoire est assimilée à une libéralité pure et simple, qui entraîne généralement sa nullité, si aucun déguisement ne peut la sauver[3]. Les tribunaux ne paraissent pas suivre la doctrine sur le terrain des actes mixtes mêlant onérosité jusqu'à la valeur des services et gratuité au delà[4], sauf de rares décisions[5] ou sauf pour l'application de l'article 909 du Code civil pour les legs rémunératoires à des médecins ou des ministres du culte, qui ne disparaissent pas en totalité, mais sont réduits de leur excès[6].

La pertinence des trois premiers critères évoqués trouve sa confirmation dans l'examen des décisions qui ont refusé la qualification d'acte onéreux. Les raisons invoquées pour assimiler ces donations rémunératoires à des libéralités pures et simples sont en nombre très limité : les services rendus ne sont pas appréciables en argent[7], le mobile rémunératoire n'existe pas parce que les services ont déjà été rétribués suffisamment[8] ou qu'il n'y a en fait aucun service tangible à compenser[9], la rémunération est excessive[10].

---

(1)V. en particulier Paris 8 novembre 1892, précité, qui affirme que seul le donateur peut apprécier cette équivalence. La formule est sans doute excessive et elle ne rend pas compte de la solution majoritaire de la jurisprudence. V. pour une formule plus représentative : Paris 24 mars 1898, précité (contrat par lequel elle reçoit «l'équivalent ou à peu près de ce qu'elle donné»).

(2)Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 909 du Code civil, cette marge de manœuvre est peut-être plus large, puisque le texte lui-même invite à tenir compte, non seulement de l'importance des services, mais aussi des facultés du disposant (v. pour des applications : Civ. 13 août 1844, précité ; Req. 21 mars 1870, DP 1870-1-p.329 ; arrêt d'appel cassé par Cass. 21 avril 1913, DP 1913-1-p.421). Cependant, cette plus grande souplesse dans l'appréciation du caractère excessif ne concerne que l'article 909. Pour les autres dispositions, une notion plus étroite doit être conservée. Ceci signifie que la dérogation expresse de l'article 909-1° concerne à la fois les donations rémunératoires onéreuses et gratuites (En ce sens : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.183 et s. et, semble-t-il, Civ. 13 août 1844, précité ; contra : M. GOBERT, op. cit., p.67, pour qui l'article 909 vise les donations rémunératoires onéreuses).

(3)Cf. infra n°595.

(4)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.155 et p.164 et s.

(5)Toulouse 28 décembre 1892, S. 1893-2-p.209 (qui estime que l'acte est globalement une libéralité, parce que l'élément gratuit y prédomine (quantitativement) : la donation est donc annulée, mais la Cour maintient l'exigibilité de la partie onéreuse à titre rémunératoire, comme complément de salaires). Adde Agen 18 mars 1912, DP 1913-1-p.421.

(6)Le principe est posé par Civ. 13 août 1844, précité. V. dans le même sens l'arrêt d'appel sous Cass. 21 avril 1913, précité. La Cour de cassation a refusé d'étendre cette réduction à un legs qui, contrairement à la lettre de l'article 909, n'était pas fait à titre particulier : Req. 21 mars 1870, précité (dans cette affaire, le caractère excessif ne faisait pas de doute).

(7)Grenoble 14 juillet 1836, S. 1839-2-p.259 ; Req. 7 janvier 1862, précité ; Tb. civ. Seine 21 novembre 1893, Gaz. Pal. 1893-2-p.604 ; Tb. civ. Seine 4 juin 1901, Gaz. Pal. Tabl. quinq. 1897-1902, v° Donation n°41 ; Tb. civ. Lille 22 octobre 1953, RTD civ. 1954, p.338, obs. R. SAVATIER.

(8)Req. 23 mars 1870, DP 1870-1-p.329 ; Chambéry 25 août 1879, S. 1880-2-p.53.

(9)Lyon 7 mai 1890, Gaz. Pal. Tabl. quinq. 1887-1892, v° Donation, n°120-121 ; Riom 15 février 1894, S. 1897-1-p.234 ; Tb. civ. Nantes 6 juillet 1896, Gaz. Pal. 1896-2-suppl. p.17 ; Lyon 18 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945-1-p.193 ; Civ. 1e 12 juin 1967, D. 1967, p.584, note A. BRETON.

592.– Il convient cependant, de préciser, que plusieurs auteurs ajoutent une quatrième condition : les services ne doivent pas avoir été rendus dans le cadre d'un contrat de services gratuits[1]. Dans cette hypothèse, le prestataire aurait renoncé par avance à toute rémunération et sa récompense ne pourrait correspondre qu'à une intention libérale. Cette position paraît très discutable et trois griefs majeurs peuvent lui être adressés. Tout d'abord, une telle affirmation est purement doctrinale et la jurisprudence n'a jamais exigé cette condition, portant sur un point qu'aucun tribunal n'examine(2). Ensuite, les espèces soumises aux magistrats laissent à penser que, dans de nombreuses hypothèses, il y a bien eu contrat de services gratuits[3], en particulier pour toutes les affaires mettant en cause des médecins. Enfin, une telle position est une source considérable de difficultés puisqu'elle exige de vérifier, soit la présence d'un mobile subjectif intéressé de la part du prestataire[4], soit l'absence de contrat, ce qui aboutit à faire reposer l'onérosité sur la très délicate distinction des contrats de services gratuits et des gestes de complaisance non contractuels[5].

593.– Pour justifier le maintien d'une qualification d'acte gratuit, les tribunaux n'éprouvent guère de difficultés. Il est normal de gratifier les personnes qui vous ont été profitables... plutôt que ses ennemis. Un sentiment de reconnaissance n'est donc

---

Rappr. : Req. 23 mars 1870, précité (curieux montage par lequel une fille mineure s'engage à verser une rente à sa mère, pour de prétendus services : le contrat est conclu la veille du mariage de la fille avec un comte, lequel... reprend l'engagement à titre personnel !).

(10)Civ. 13 août 1844, S. 1844-1-p.710 (legs rémunératoire réduit) ; Req. 21 mars 1870, DP 1870-1-p.329 (legs universel excessif nul) ; Civ. 23 mai 1876, DP 1876-1-p.254 ; Chambéry 25 août 1879, précité ; Grenoble 19 mars 1881, DP 1881-2-p.188 ; Toulouse 28 décembre 1892, S. 1893-2-p.209 ; Pau 1 décembre 1902, Gaz. Pal. 1903-1-p.50.

(1)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.129 ; M. GOBERT, op. cit., p.71 ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°360, p.363 ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°30 ; A. ROUAST, Etudes CAPITANT, précité, p.700-701 ; M. BOITARD, Thèse précitée, p.210-211 (mais l'auteur introduit une nuance non négligeable, en précisant que les libéralités en retour pourraient s'analyser parfois en «cadeaux d'usage», qui ne seraient pas soumis «aux règles restrictives des donations»).

(2)M. DUPEYROUX invoque à l'appui de cette position un arrêt de la Chambre des requêtes du 1 mars 1881 (DP 1881-1-p.480). La référence est surprenante, car cet arrêt n'a pas du tout la portée indiquée : il se borne à refuser une action en paiement, au prestataire qui ne parvient pas à fournir la preuve de l'absence de gratuité de son intervention, solution qui s'impose avec évidence. Mais il s'agissait ici d'une «obligation rémunératoire» (terme peut-être malheureux) et non d'une donation rémunératoire. Autrement dit, le bénéficiaire du service n'avait émis aucune volonté particulière.

(3)Certaines décisions paraissent exclure nettement cette conception : Paris 21 décembre 1812, S. 1812-1814-2-p.219 (au vu de la définition donnée : «toute donation faite pour des services dont le prix ne peut être demandé par action en justice») ; Req. 10 décembre 1851, DP 1852-1-p.80 (encore plus net : la donation rémunération compense... une donation indirecte ! Un médecin avait acheté un terrain du donateur à un prix exorbitant) ; Angers 2 avril 1941, précité (domestique qui avait refusé une rémunération complémentaire, malgré l'accroissement de ses obligations).

(4)Cf. infra n°597-598.

(5)Cf. supra n°94 et s.

nullement incompatible avec le maintien d'une véritable intention libérale[1]. Le fondement d'une nature onéreuse est plus embarrassant. Quelques rares décisions évoquent l'idée d'un contrat commutatif[2], mais cette solution ne peut emporter la conviction, les services et leur rémunération faisant l'objet de deux conventions nettement distinctes[3]. Dans sa majorité, la jurisprudence se réfère plutôt à l'idée d'un véritable paiement d'une dette[4] et nombreuses sont les décisions qui qualifient l'acte d'onéreux[5], qui y voient une dation en paiement[6] ou qui considèrent que les services constituent la cause de la donation rémunératoire[7]. Il est intéressant de noter au sein de cette jurisprudence la présence d'un courant non négligeable de décisions qui se réfèrent soit à un devoir moral[8], soit de manière plus précise à une obligation naturelle[9], pour expliquer cette onérosité, s'appuyant en cela sur une solution

(1)V. M. GOBERT, op. cit., p.57. Adde, pour des illustrations jurisprudentielles : Req. 7 janvier 1862, précité ; Chambéry 25 août 1879, précité ; Tb. civ. Seine 4 juin 1901, précité.

(2)Paris 24 mars 1898, Gaz. Pal. 1898-2-p.406 ; Req. 12 mars 1918, S. 1921-1-p.71 ; Rennes 24 mars 1965, D. 1967, p.584. Contra : Tb. civ. Seine 27 janvier 1934, JCP 1934, p.491. Comp. pour des cas justifiés de contrat commutatif : Req. 5 mai 1868, S. 1868-1-p.251 ; Req. 15 janvier 1890, DP 1891-1-p.30.

(3)Cette discussion est souvent abordée sous un autre angle. Certaines décisions limitent l'onérosité aux hypothèses où le donataire aurait eu une action en justice contre le donateur afin d'exiger la rémunération des services (Grenoble 14 juillet 1836, précité ; Chambéry 25 août 1879, précité). Mais cette position trop restrictive confond les donations rémunératoires avec les promesses de paiement d'une obligation civile et la majorité de la jurisprudence repousse cette conception (Paris 21 décembre 1812, précité ; Caen 19 mai 1841, DP 1841-2-p.252 ; Tb. civ. Seine 21 novembre 1893, précité ; Paris 24 mars 1898, Gaz. Pal. 1898-2-p.406 ; adde P. TIMBAL, Thèse précitée, p.8).

(4)Toulouse 20 décembre 1892, précité ; Tb. civ. Nantes 6 juillet 1896, Gaz. Pal. 1896-2-supp. p.17 ; Lyon 18 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945-1-p.193 ; Civ. 1e 14 juin 1978, précité. Rappr. Colmar 10 décembre 1808, S. 1806-1808-2-p.446 (absence d'intention libérale).

(5)La référence à l'onérosité est soit expresse, soit implicite, par le biais d'allusions permanentes à une idée de compensation entre la récompense et les services : Colmar 10 décembre 1808, S. 1806-1808-2-p.446 («récompense des services») ; Colmar 18 juillet 1809, S. 1809-1811-2-p.103 («rémunéré») ; Besançon 2 juillet 1828, S. 1828-1830-2-p.108 («compensation») ; Req. 7 janvier 1862, précité (onéreux) ; Civ. 23 mai 1876, DP 1876-1-p.254 (onéreux) ; Paris 8 novembre 1892, précité (rémunération) ; Req. 12 mars 1918, précité ; Orléans 17 janvier 1977, précité ; Civ. 1e 28 février 1984, précité.

(6)Colmar 10 décembre 1808, précité ; Colmar 18 juillet 1809, précité ; Douai 4 avril 1843, S. 1843-2-p.483 ; Req. 7 janvier 1862, précité ; Civ. 23 mai 1876, précité ; Riom 12 décembre 1883, DP 1885-2-p.101 ; Riom 24 février 1887, Gaz. Pal. 1887-2-p.110 ; Tb. civ. Seine 20 mars 1890, Gaz. Pal. Tabl. quinq. 1887-1892, v° Donation n°122 ; Tb. civ. Seine 4 juin 1901, précité ; Lyon 18 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945-1-p.193 ; Besançon 18 mars 1947, Gaz. Pal. 1947-1-p.205 ; Orléans 17 janvier 1977, précité ; Civ. 1e 14 juin 1978, précité.

(7)Colmar 18 juillet 1809, précité ; Bordeaux 21 mars 1835, S. 1835-2-p.412 ; Caen 19 mai 1841, DP 1841-2-p.252 ; Civ. 3 février 1846, S. 1846-1-p.502 ; Douai 2 juillet 1847, DP 1849-2-p.239 ; Civ. 23 mai 1876, DP 1876-1-p.254 ; Civ. 1e 28 février 1984, précité.

(8)Colmar 10 décembre 1808, précité ; Colmar 18 juillet 1809, précité ; Paris 24 mars 1898, Gaz. Pal. 1898-2-p.406. Contra : Toulouse 20 décembre 1892, précité, pour qui l'obligation morale s'oppose à la dation en paiement.

(9)Grenoble 12 février 1829, S. 1828-1830-2-p.207 ; Douai 4 avril 1843, S. 1843-2-p.483 ; Douai 2 juillet 1847, précité ; Req. 10 décembre 1851, DP 1852-1-p.80 ; Req. 23 mars 1870, S. 1870-1-

constamment affirmée, même en dehors des donations rémunératoires, selon laquelle la promesse d'exécuter une obligation naturelle, ou tout simplement son exécution, constituent des actes onéreux[1].

594.– S'agissant enfin du régime des donations rémunératoires, ce sont les solutions concernant les conventions qualifiées d'onéreuses qui retiennent surtout l'attention. Les donations rémunératoires constitutives d'une «dation en paiement» sont depuis toujours dispensées des règles de formes des donations entre-vifs. La jurisprudence est ici innombrable[2]. Mais les tribunaux ne s'arrêtent pas là. Ils

---

p.214 ; Riom 12 décembre 1883, DP 1885-2-p.101 ; Riom 24 février 1887, Gaz. Pal. 1887-2-p.110 ; Tb. civ. Nantes 6 juillet 1896, Gaz. Pal. 1896-2-suppl. p.17 ; Mortagne 9 mars 1899, Gaz. Pal. 1899-1-p.523 ; Tb. civ. Toulon 4 janvier 1932, précité ; Angers 2 avril 1941, précité ; Tb. Melun 4 novembre 1942, Gaz. Pal. 1943-1-p.90 ; Besançon 18 mars 1947, précité.

Rappr. : Grenoble 19 mars 1881, DP 1881-2-p.188 (où l'obligation naturelle sert de cause apparente à une reconnaissance de dette) ; Lyon 3 juin 1890, Gaz. Pal. Tabl. quinq. 1887-1892, v° Donation n°119 (idem).

(1) V. entre autres parmi une jurisprudence très abondante ; Req. 26 janvier 1826, S. 1825-1827-1-p.267 (legs verbal) ; Nîmes 5 décembre 1860, S. 1861-2-p.1 (legs verbal) ; Civ. 19 décembre 1860, S. 1861-1-p.370 (legs verbal-décision moins nette, car elle se retranche partiellement derrière le pouvoir souverain des juges du fond) ; Civ. 27 mai 1862, S. 1862-1-p.566 (enfant naturel) ; Civ. 15 janvier 1873, S. 1873-1-p.29 (enfant naturel) ; Riom 12 décembre 1883, DP 1885-2-p.101 (legs verbal-rémunération de services) ; Civ. 5 avril 1892, S. 1895-1-p.129, note L. BALLEYDIER (réparation d'un dommage causé par un mari à sa femme, du fait de ses dettes de jeu) ; Req. 30 juillet 1900, S. 1901-1-p.259 (enfant naturel) ; Chambéry 17 mars 1908, S. 1909-2-p.309 (enfant naturel) ; Tb. com. Reims 4 décembre 1934, JCP 1935, 1, p.30. Adde les nombreuses décisions citées par : L. BALLEYDIER, note précitée, p.130 et par E. NAQUET, note S. 1920-1-p.197.

Pour la doctrine, v. : R. BOUT, Rép. civil, v° Obligation naturelle, n°74 et s. ; D. VEAUX, J.-Cl. civil, art. 1235, n°15 et n°86 et s. (plus nuancé) ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3e édit., n°688 et s. ; P. TIMBAL, Thèse précitée, p.114-117, et les références citées, dont certaines sont en sens contraire ; R. SAVATIER, Rép. précité, n°11 et s. ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°25.

Adde la théorie atypique du doyen SAVATIER («Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence», Thèse Poitiers 1916, p.330) selon laquelle «la novation d'une obligation naturelle imparfaite a donc un caractère mixte : acte à titre onéreux, pour son débiteur, elle ne lui donne pas droit à répétition de ce qu'il a payé. Acte à titre gratuit pour son bénéficiaire, il ne lui permet pas, étant nulle en la forme, de poursuivre en justice son paiement».

(2) En raffinant, conformément à la relativité du régime des donations (cf. supra n°578), il est possible de distinguer les décisions qui excluent la qualification de donation, de celles qui évincent directement les formes solennelles de l'article 931.

Pour le premier courant : Colmar 10 décembre 1808, S. 1808-2-p.446 ; Colmar 18 juillet 1809, S. 1809-1811-2-p.103 ; Douai 4 avril 1843, S. 1843-2-p.483 ; Civ. 3 février 1846, S. 1846-1-p.502 ; Riom 24 février 1887, Gaz. Pal. 1887-2-p.110 ; Lyon 18 janvier 1945, Gaz. Pal.-1-p.193 ; Orléans 17 janvier 1977, précité.

Il semble raisonnable de rattacher à ces décisions, celles qui visent une obligation naturelle, même lorsque l'éviction de la qualification de donation n'est pas explicite : Douai 2 juillet 1847, DP 1849-2-p.239 ; Riom 24 février 1887, Gaz. Pal. 1887-2-p.110 ; Paris 24 mars 1898, Gaz. Pal. 1898-2-p.406 ; Mortagne 9 mars 1899, Gaz. Pal. 1899-1-p.523 ; Tb. Melun 4 novembre 1942, Gaz. Pal. 1943-1-p.90.

Pour le second courant : Paris 12 novembre 1810, précité ; Bordeaux 21 mars 1835, S. 1835-2-p.412 ; Caen 19 mai 1841, DP 1841-2-p.252 ; Paris 8 novembre 1892, S. 1894-2-p.191 (le sommaire est plus explicite).

soustraient en effet les donations rémunératoires onéreuses à la totalité des règles de fond des donations[1]. Ces contrats sont par conséquent traités de façon totalement différente des libéralités. Sont donc inapplicables les règles suivantes : la réglementation rigoureuse des incapacités de donner et de recevoir[2] ainsi que les présomptions d'interposition de personnes qui s'y rattachent[3], la nécessité d'une acceptation expresse de l'article 932 du Code civil[4], la limitation de la garantie dûe par le donateur[5], les règles fiscales[6] ou matrimoniales[7] propres aux donations. Seule l'éviction de la révocation pour survenance d'enfant, en raison de la rédaction de l'article 960, demeure incertaine[8].

595.- Le régime des donations rémunératoires gratuites est à la fois moins original et moins intéressant, puisque ces conventions sont soumises aux règles habituelles des donations, qu'elles soient de forme ou de fond, sous la seule réserve, déjà évoquée, de la disposition particulière de l'article 909 du Code civil[9]. Un problème demeure, cependant : sous quelle forme est-il possible de réaliser une

---

V. en doctrine : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.159 et s.

(1)Cette conclusion est partagée, dans son ensemble, par la doctrine : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.175 et s. ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°689 ; TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°254 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°51 ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°28 ; plus nuancé, Ph. MALAURIE, op. cit., n°358. Contra : A. PONSARD, Thèse précitée, p.38-39 (qui ne distingue pas, à tort, les rémunérations excessives des autres) ; J. FLOUR, art. précité, p.822, qui affirme que ces donations restent soumises aux règles de fond des libéralités en s'appuyant sur l'article 960, qui constitue un cas particulier (cf. infra n°594 dernière note) ; comp. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.27 et p.233 et s., sauf la nuance ultérieure fondée sur l'obligation naturelle, mais pour cet auteur, il s'agit d'une situation particulière ni onéreuse, ni gratuite (cf. p.233 et s.), dont le régime est incertain.

(2)Req. 10 décembre 1851, DP 1852-1-p.80 (article 909) ; Req. 23 mars 1870, S. 1870-1-p.214 (incapacité de donner d'une mineure) ; Req. 12 mars 1918, S. 1921-1-p.71 (défaut d'autorisation maritale) ; Civ. 1e 14 juin 1978, Gaz. Pal. 1978-2-somm. p.334 (défaut d'autorisation de l'épouse).

(3)Rouen 25 janvier 1808, S. 1806-1808-2-p.333 ; Paris 6 mai 1854, S. 1854-2-p.537 ; Cass. 21 avril 1913, DP 1913-1-p.421.

(4)Un arrêt ancien a décidé le contraire (Paris 21 décembre 1812, S. 1812-1814-2-p.219). Mais depuis lors, la Cour de cassation a imposé la solution inverse (Req. 12 mars 1918, précité). Rappr. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.172 et s., qui voit dans l'article 932 une condition de forme.

(5)Besançon 2 juillet 1828, S. 1828-1830-2-p.108. Adde P. TIMBAL, Thèse précitée, p.178 et s.

(6)Tb. civ. Seine 27 janvier 1934, JCP 1934, p.491.

(7)Caen 16 novembre 1812, S. 1812-1814-2-p.197 (article 1083 du Code civil) ; Chambéry 25 août 1879, S. 1880-2-p.53 (a contrario) ; Civ. 1e 28 février 1984, précité.

(8)V. en effet, pour l'application de l'article 960 à toutes les donations rémunératoires : Cass. 17 août 1831, S. 1831-1-p.317. Comp. Riom 15 février 1894 et son pourvoi (rejet) Req. 3 décembre 1895, précités : l'arrêt d'appel expose longuement les raisons qui justifient l'éviction de toute onérosité (mobile rémunératoire mensonger, service inappréciable en argent, récompense excessive), ce qui présuppose a contrario, pour que cette recherche ait une quelconque nécessité, que l'article 960 aurait été exclu dans l'hypothèse inverse.
V. en doctrine, remarquant cette exception : Ph. MALAURIE, op. cit., n°358 ; J. FLOUR, art. précité, p.822 ; contra : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.203.

(9)Cf. supra n°591 (note).

donation rémunératoire gratuite qui soit admise comme une libéralité indirecte ou déguisée ? La jurisprudence admet parfaitement que le déguisement puisse utiliser le procédé de la reconnaissance de dette[1]. Dans cette hypothèse, l'acte apparent est bien onéreux et la dissimulation est incontestable, puisqu'une telle reconnaissance suppose une obligation civile préexistante qui fait défaut. La solution est toutefois dépourvue de toute originalité, puisque ce procédé peut être utilisé pour toutes les donations[2]. La difficulté essentielle est ailleurs : il s'agit de savoir si une donation rémunératoire onéreuse peut constituer un support valable pour une donation rémunératoire gratuite, soit pour réaliser une donation déguisée (exemple : le donateur prétend rémunérer des services appréciables en argent, alors que cette condition n'est pas remplie, ou même qu'aucun service n'a été rendu), soit pour accomplir une donation indirecte (exemple : rémunération excessive de services véritablement rendus, sorte de contrat unilatéral onéreux... volontairement «déséquilibré» par intention libérale ![3]). Une telle solution ne constituerait en définitive qu'une confirmation de la nature onéreuse de certaines donations rémunératoires. Force est de constater que la jurisprudence n'est jamais allée jusque-là[4] et la solution traditionnelle a encore été réaffirmée par un arrêt relativement récent de la Cour de cassation : «la donation rémunératoire n'est pas elle-même un acte à titre onéreux susceptible de déguiser une donation»[5].

2- Recherche d'un fondement

596.– Si l'exposé du droit positif s'avère relativement simple, la jurisprudence ayant adopté, dans son ensemble, des solutions cohérentes, la justification de celles-ci soulève au contraire de nombreuses difficultés, qui ne sont pas encore totalement résolues. Pour expliquer l'onérosité de certaines «donations» rémunératoires, deux tendances peuvent être distinguées, selon que les auteurs utilisent ou non le concept d'obligation naturelle.

---

(1) Req. 25 juillet 1876, S. 1878-1-p.291 ; Grenoble 19 mars 1881, DP 1881-2-p.188 ; Riom 24 février 1887, Gaz. Pal. 1887-2-p.110 ; Cass. 11 juillet 1888, S. 1888-1-p.409 ; Lyon 7 mai 1890, Gaz. Pal. Tabl. quinq. 1887-1892, v° Donation, n°120-121 ; Riom 15 février 1894, S. 1897-1-p.234 ; Tb. civ. Toulon 4 janvier 1932, Gaz. Pal. 1932-1-p.533.

(2) V. en doctrine : TERRE et LEQUETTE, op. cit., n°475 ; R. SAVATIER, Rép. civ. précité, n°364 et s.

(3) V. en ce sens : J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°82, note 18, p.59.

(4) Req. 7 janvier 1862, précité ; Req. 23 mars 1870, S. 1870-1-p.214 ; Civ. 23 mai 1876, DP 1876-1-p.254 ; Toulouse 28 décembre 1892, S. 1893-2-p.209 ; Pau 1 décembre 1902, Gaz. Pal. 1903-1-p.50. Contra : Riom 12 décembre 1883, précité. V. J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°82, qui qualifie la jurisprudence de «fluctuante».

(5) Civ. 1e 12 juin 1967, D. 1967, p.584. Sur cette question, en doctrine, cf. : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.164 et s. (qui admet un déguisement limité).

597.– Pour Madame Gobert, il est possible de rendre compte de ces solutions en combinant deux critères, qui ne font nullement référence à l'existence d'une quelconque obligation naturelle[1]. Selon cet auteur, il faut distinguer en premier lieu, selon que les services ont été rémunérés ou pas. Si les services rendus ont déjà été rémunérés, le contrat accordant une gratification au prestataire constitue une donation pure et simple[2] et l'intention libérale du donateur n'est pas altérée par le sentiment de reconnaissance qu'elle inclut[3]. Si les services n'ont pas été payés, il convient alors de sous-distinguer, selon un critère subsidiaire : l'esprit dans lequel les services ont été rendus[4]. Quand le prestataire n'intervient qu'à titre gratuit, il s'agit encore d'une simple donation. Quand, en revanche, le prestataire agit dans l'espoir d'être rétribué, la donation rémunératoire est susceptible d'être analysée comme un contrat onéreux[5]. Pour Madame Gobert en effet, il est évident que dans cette hypothèse, les deux prestations «prennent appui l'une sur l'autre»[6]. La «cause de l'acte» correspond à la définition traditionnelle du contrat onéreux : les services sont exécutés en considération d'une récompense et celle-ci est accordée en considération de ceux-ci. «L'opération, dans son ensemble, est un contrat synallagmatique»[7]. L'auteur reconnait que la situation présente quand même un certain particularisme : «le contrat donne l'impression d'être en quelque sorte décomposé, présenté au ralenti»[8]. La notion de temps s'insinue au sein du contrat : elle y provoque un «décalage d'exécution» qui, «en disjoignant la cause de chaque obligation de celle de l'autre», fait perdre de vue une vérité première, à savoir que «la prestation fournie par le prétendu donateur apparaît alors non pas comme l'exécution d'une donation, mais comme l'accomplissement d'une obligation antérieurement contractée envers celui qui a rendu les services»[9]. Madame Gobert admet également, qu'une telle distinction est rendue assez théorique, par sa grande subjectivité. Pour éviter de sonder trop profondément la psychologie des parties, l'auteur propose de déceler l'esprit dans lequel les services ont été rendus d'après un critère plus objectif : la possibilité de leur évaluation en argent[10]. Si les services ne sont pas appréciables pécuniairement, les

---

(1)M. GOBERT, ouvrage précité, p.54 et s.
(2)Op. cit., p.56 et s.
(3)Op. cit., p.57 et p.60.
(4)Op. cit., p.61. L'auteur reconnait que la cause joue ici un rôle essentiel.
(5)Op. cit., p.61-63.
(6)Op. cit., p.61.
(7)Op. cit., p.62.
(8)Op. cit., p.62.
(9)Op. cit., p.62-63. Même dans la conception de cet auteur, la formule n'est pas très heureuse : le recours à l'idée d'«obligation» rappelle l'obligation naturelle.
(10)Op. cit., p.64.

récompenser revient à effectuer une donation[1]. S'ils sont évaluables en argent et qu'il est d'usage, par conséquent, de les effectuer contre rémunération, l'acte revêt au contraire une nature onéreuse. Bien entendu, le montant accordé doit rester limité par l'importance des services reçus, mais Madame Gobert admet en cette matière qu'une certaine marge de manœuvre puisse être laissée aux contractants[2]. Dans cette conception il n'est donc pas nécessaire de recourir à l'idée d'obligation naturelle, et ce, d'autant plus, que cette théorie produit des conséquences incompatibles avec le droit positif : selon cet auteur, l'obligation naturelle conduit à privilégier un critère unique, la possibilité d'une évaluation en argent, au détriment de leur éventuelle rémunération : rémunérés ou pas, le contrat de récompense serait onéreux[3].

598.– Cette analyse peut invoquer en sa faveur un argument apparemment non négligeable : l'omission par la plupart des décisions de toute référence à une obligation naturelle, qui n'empêche pas, pour autant, une qualification onéreuse[4]. Une pareille absence ne saurait toutefois évincer une explication théorique, comme l'obligation naturelle, si celle-ci rend compte des solutions rendues par les magistrats, que ceux-ci l'aient visée ou pas. A la neutralisation de ce premier argument, il faut de surcroît ajouter une série d'objections qui doivent entraîner le rejet de cette conception.

Tout d'abord, pour des raisons déjà longuement exposées[5], le concept de cause du contrat ou de cause de l'acte ne peut être admis : il convient d'analyser simultanément la cause de chacun des contractants. Dans cette perspective, il est impossible d'assimiler la situation créée par une donation rémunératoire à un contrat onéreux synallagmatique. D'une part, si les services rendus constituent une représentation causale indéniable du «donateur», il est difficile d'en préciser la nature (cause objective ou mobile) et il n'est pas sûr que la comparaison avec un contractant partie à une convention synallagmatique soit des plus appropriées, comme il sera vu plus loin[6]. Ensuite, et surtout, l'assimilation est rigoureusement exclue pour le prestataire. Pour celui-ci, la perspective d'une récompense constitue soit un pur mobile subjectif, incapable de dénaturer la gratuité de son intervention, soit une cause objective susceptible tout au plus de générer une cause intéressée, par l'espérance certaine d'une rémunération[7]. Dans cette dernière hypothèse, il est impossible d'aller plus loin : le

---

(1)Op. cit., p.66.
(2)Op. cit., p.65-66.
(3)Op. cit., p.69 et p.71.
(4)Rappr. M. GOBERT, op. cit., p.68-69.
(5)Cf. supra n°43 et s.
(6)Cf. infra n°601 et s.
(7)Cf. supra n°553 et s. pour les transferts de jouissance et infra n°624 et s. pour les prestations de service.

prestataire d'un contrat d'entreprise s'engage en considération d'une contrepartie certaine, qui fait intégrante du contrat. Pour la donation rémunératoire, cette certitude fait irrémédiablement défaut ; le principe d'une rémunération n'est pas acquis[1], ce qui brise définitivement le lien entre les deux prestations. Il est impossible de réduire cette situation à un simple décalage temporel dans l'exécution.

Ensuite, les critères proposés ne sont pas satisfaisants. L'esprit dans lequel les services sont rendus n'est en réalité jamais examiné par la jurisprudence, qui concentre, à juste titre, son attention sur la cause du donateur. D'autre part, bien loin de constituer une objectivation d'un tel mobile, la possibilité d'une évaluation en argent constitue un autre critère. Qu'un service soit appréciable en argent ne renseigne pas de manière certaine sur le but poursuivi par celui qui le rend : comment admettre sinon, l'existence de contrats de services gratuits ? Tout au plus est-il possible d'admettre que la qualité de professionnel peut faire présumer l'intéressement, mais justement, l'influence de ce caractère est perturbée, voire anéantie, par les relations personnelles qui unissent toujours les parties à une donation rémunération[(2)].

Enfin, affirmer que le recours à l'obligation naturelle justifie une qualification onéreuse, indépendamment de l'existence d'une rémunération antérieure du service rendu, est incompréhensible : à l'évidence, celui qui a rémunéré les prestations dont il a bénéficié, n'est tenu d'aucune obligation naturelle vis-à-vis de son débiteur, qui n'est nullement intervenu par complaisance.

Devant l'impasse à laquelle conduit cette analyse, il paraît inévitable de se tourner vers l'explication classique utilisant l'obligation naturelle.

599.- La justification du caractère onéreux de certaines donations rémunératoires par le biais de la théorie de l'obligation naturelle peut être considérée comme

---

[(1)]Cf. FLOUR et SOULEAU, op. cit., note n°84, p.30 ; J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°82, note 17.

[(2)]Cette seconde analyse est d'ailleurs discutable. La poursuite d'un but intéressé doit résulter d'éléments objectifs tirés de la nature de la prestation (exemple : la promesse unilatérale de vente) ou, sans que la liste soit limitative, de la qualité des contractants (exemple : un professionnel). Or, dans les hypothèses de donations rémunératoires, il est très rare de trouver un tel indice montrant le caractère intéressé de l'intervention du prestataire. Le seul élément qu'il soit possible d'invoquer concerne la nature professionnelle du donataire : domestique, médecin (cf. d'ailleurs M. GOBERT, op. cit., p.64, qui cite un passage de PLANIOL, pour illustrer le second critère de la possibilité d'appréciation en argent des services rendus, en omettant de relever le terme employé par celui-ci : «métier»). Or, justement, dans tous les cas, la donation rémunératoire est justifiée par des relations personnelles particulières qui détruisent l'importance de la qualité de professionnel : le domestique a fait plus que ce qu'il devait ou le médecin n'a rien réclamé en raison de ses relations privilégiées avec son maître ou patient. Et ceux-ci les ont récompensés en tenant compte de l'étroitesse de ces liens.
Cette conception entraîne de surcroît la qualification de donation lorsque le service a été rendu dans le cadre d'un contrat de services gratuits (M. GOBERT, op. cit., p.71), conclusion qui ne semble pas conforme au droit positif (cf. supra n°592).

classique[1]. La majorité actuelle de la doctrine semble admettre l'existence dans certains cas, d'une obligation naturelle de gratifier un prestataire ayant agi sans se faire rémunérer. L'accord semble se faire sur les conditions requises : le service rendu doit être appréciable en argent, l'onérosité ne peut jouer que dans limite de la valeur des services rendus, l'intervention du prestataire ne doit pas avoir été accomplie dans le cadre d'un contrat de prestation de service gratuit, ni découler de l'exécution d'une obligation civile[2]. Les auteurs se séparent, en revanche, sur la nature profonde de cette obligation naturelle. Pour les classiques ou les néo-classiques, l'obligation naturelle est une obligation civile imparfaite, dont le lien susbtantiel n'est doublé que d'un pouvoir de contrainte limité à l'interdiction de la répétition en cas d'exécution volontaire par son débiteur (article 1235 alinéa 2[3]). Pour les auteurs modernes, l'obligation naturelle est un devoir moral, situé en dehors du droit, mais auquel le droit va attacher certains effets[4]. Cette divergence a des conséquences sur les effets de l'obligation naturelle. Pour les néo-classiques, l'exécution ou, hypothèse la plus courante pour les donations rémunératoires, la promesse d'exécution, réalise une transformation d'une obligation civile imparfaite en obligation civile pure et simple, opération dont il semble acquis qu'elle n'est ni une novation, ni une confirmation[5]. Pour les auteurs modernes, le pas à franchir est plus grand[6] et le passage du devoir moral à l'obligation civile se réalise différemment : le devoir moral constitutif de l'obligation naturelle constitue une cause valable à l'obligation civile[7]. Cette première différence en entraîne nécessairement une seconde. Dans la conception classique,

---

(1)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.99-100, et les références citées, p.110 et s., spéc. p.125 ; A. PONSARD, Thèse précitée, p.39 ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°28 et s.

(2)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.128 et p.145 et s. ; M. GOBERT, op. cit., p.67 et p.71.

(3)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.114 et surtout J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°333 et s., p.339 et s.

(4)G. RIPERT, «La règle morale dans les obligations civiles», 2ème édit., n°187 et s., spéc. n°192 ; J. FLOUR, art. précité, p.819 et s. ; D. VEAUX, J.-Cl. précité, n°13. Adde les auteurs cités par J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°321 et s. ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.211-213.
Si la cause est entendue pour l'éviction de la thèse classique, certains auteurs contemporains manifestent leur hésitation entre la conception néo-classique et la conception moderne : R. BOUT, Rép. précité, n°21, 24 et 28 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°674-675.

(5)J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°370 et s. ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°686 ; R. BOUT, Rép. précité, n°64-65 ; M. GOBERT, op. cit., p.123 et s. ; A. RIEG, Rép. civil, v° Novation, n°11. V. plus nuancé : D. VEAUX, J.-Cl. précité, n°91 («phénomène de novation au sens large»).

(6)V. en ce sens : M. GOBERT, op. cit., p.128 ; H. CAPITANT, «De la cause des obligations», 3e édit., p.70-71.

(7)Cf. M. GOBERT, op. cit., p.130 ; H. CAPITANT, op. cit., note 2, p.69 ; R. BOUT, Rép. précité, n°67 ; A. RIEG, Rép. précité, n°11 ; P. TIMBAL, Thèse précitée, p.118 (bien que cet auteur apparaisse plutôt comme défendant une conception classique, cf. p.111).
La jurisprudence utilise fréquemment cet argument technique : Civ. 15 janvier 1873, S. 1873-1-p.29 ; Civ. 5 avril 1892, S. 1895-1-p.129 ; Req. 30 juillet 1900, S. 1901-1-p.259 ; Chambéry 17 mars 1908, S. 1909-2-p.309.

l'obligation naturelle génère nécessairement l'apparition d'un acte onéreux : en particulier, la gratification au-delà de la valeur des services rendus ne peut relever d'une obligation civile imparfaite, mais d'un simple sentiment moral, qui n'est pas pris en compte par le droit, et qui ne peut altérer l'intention libérale de celui qui apparait alors comme un donateur pur et simple[1]. Au contraire, dans la conception moderne, il devient difficile de cantonner le devoir moral de gratifier, ce qui amène inévitablement à consacrer une obligation naturelle de donner, qui dégénère en libéralité, lorsque son exécution est promise[2]. Surgit alors une nouvelle difficulté. S'il est admis que la promesse d'exécuter transforme toujours en donation un devoir moral de gratifier, il faut admettre une relativisation du régime de celle-ci : ce genre de donation, perturbée par la présence d'une obligation naturelle, échappera soit aux seules règles de forme[3], soit aux règles de formes et aux règles de fond tendant à protéger le disposant[4]. Ces conclusions ne sont pas conformes, surtout pour la première conception, au droit positif. Il semble par conséquent inévitable de distinguer deux sortes de devoirs moraux, qui se transformeront selon le cas, en actes onéreux ou en donations. Il convient alors de trouver un critère, qui serait, selon certains auteurs, à découvrir dans la distinction des devoirs de justice (onéreux) et des devoirs de charité (gratuits)[5]. Pour l'obligation naturelle de gratifier, la frontière serait marquée par le montant de la libéralité : jusqu'à la valeur approximative des services rendus, il s'agit de justice ; au-delà, la charité reprend son empire.

600.- Cette référence à l'obligation naturelle n'est satisfaisante qu'en apparence. Elle n'explique, en réalité, que de manière très imparfaite le caractère onéreux de certaines donations rémunératoires. Pour bien le comprendre, il importe de raisonner au préalable sur le paiement des obligations civiles. Toute l'analyse fondée sur l'obligation naturelle repose en effet sur un postulat présenté comme indiscutable : le paiement d'une dette civile est par essence onéreuse. Or, même si ce principe contient une part de vérité, sa formulation est doublement inexacte. Tout d'abord, la doctrine moderne affirme avec vigueur la neutralité du paiement : celui-ci n'est qu'un mode

---

(1)Cf. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.101. Il en serait de même pour la gratification de services non appréciables en argent (AUBRY et RAU, T.11, § 702).

(2)H. CAPITANT, note DP 1907-2-p.241 et s. ; J. FLOUR, article précité, p.821 et s. ; R. BOUT, Rép. précité, n°26-27 (qui constate cet effet, tout en en critiquant les conséquences) ; rappr. M. GOBERT, op. cit., p.103 ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°325 et s.

(3)H. CAPITANT, note précitée, p.243.

(4)J. FLOUR, article précité, p.829-830 ; adde dans le sens d'une situation intermédiaire, dont le régime est, de l'aveu même de l'auteur, difficile à préciser : J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.209 et s., p.218.

(5)FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°47 et n°51. Rappr. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.126, pour qui cette frontière coïncide partiellement avec celle du domaine juridique (partiellement, car le devoir de justice ne constitue une obligation naturelle que si son objet est déterminable).

d'extinction d'une obligation, quelle que soit sa nature[1]. En versant la somme d'argent convenue, un acheteur et un donateur réalisent tous les deux un paiement, alors que l'obligation du premier est onéreuse et celle du second gratuite. Ensuite, il est inapproprié de raisonner directement sur la nature du paiement, alors que celui-ci n'est qu'un mode d'extinction d'une obligation et non une source d'obligation, qui peut être d'origine légale ou contractuelle[2]. Il semble donc plus exact de considérer que le paiement va épouser la nature de l'obligation qui le cause, en s'attachant à déterminer quelles sont les obligations qui relèvent du titre onéreux. A cet égard, il n'est plus discuté que l'onérosité d'un engagement peut provenir de deux origines : soit la recherche d'une contrepartie immédiate (cause synallagmatique) ou future (cause intéressée), soit la libération d'une obligation civile préexistante[3]. C'est cette seconde hypothèse qu'il convient ici d'approfondir. La promesse de payer causée par une obligation légale, telle qu'une responsabilité délictuelle ou une obligation alimentaire constitue en droit positif de manière certaine un acte unilatéral onéreux(4). La solution ne fait pas de doute, mais sa justification mérite quelques explications[5].

601.– Selon certains passages de M. Timbal, l'acte est onéreux parce que son souscripteur se libère d'une obligation[6]. Cet auteur précise sa pensée un peu plus loin en estimant qu'il y a alors «dation d'un objet contre la libération d'une obligation»[7]. Une telle formulation révèle la perspective de M. Timbal : fonder l'onérosité de l'acte sur un rapport causal, sur la recherche d'une contrepartie comparables à ceux rencontrés dans les conventions synallagmatiques onéreuses. Une telle démarche est artificielle. Elle tente vainement de gommer la différence rédhibitoire qui sépare les deux hypothèses. Dans un contrat synallagmatique, l'obligation qui cause l'engagement de chaque contractant est une prestation de l'autre partie. Au contraire, dans la promesse de payer une obligation civile préexistante, l'engagement du

(1)J. FLOUR, article précité, p.827 ; M. GOBERT, op. cit., p.99 et s. ; R. BOUT, Rép. précité, n°75 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°688.

(2)J. FLOUR, article précité, p.827 ; R. BOUT, Rép. précité, n°75 ; M. GOBERT, op. cit., p.101 ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.210 et s.

(3)H. CAPITANT, «De la cause des obligations», p.68 et 69 ; M. GOBERT, op. cit., p.57 ; PLANIOL et RIPERT, T.6, n°253 ; Ch. LARROUMET, op. cit., n°183 ; P. TIMBAL, Thèse précitée, p.107.

(4)La solution vaut aussi pour une reconnaissance de dette causée par une obligation incluse dans un contrat onéreux préexistant. Rappr. Req. 20 mars 1905, S. 1906-1-p.197 : «les contrats ne sont à titre onéreux que lorsque l'avantage qu'ils procurent à chacune des parties ne lui est concédé que moyennant une prestation qu'elle a fournie ou qu'elle s'oblige à fournir».
Contra cependant : J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.208 et p.217, pour qui il y a dans le paiement d'une dette légale une situation atypique, ni gratuite, ni onéreuse.

(5)V. par exemple, ne justifiant pas la solution : A. PONSARD, Thèse précitée, p.37 ; M. GOBERT, op. cit.

(6)Thèse précitée, p.107.

(7)Thèse précitée, p.116 ; rappr. curieusement : J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°108.

souscripteur est causé par une obligation dont il est aussi débiteur[1]. Tenter de retrouver dans cette situation un rapport d'équivalence comparable à celui d'un contrat synallagmatique est voué à l'échec. Le schéma causal rencontré évoque d'ailleurs d'autres analyses : soit la cause efficiente- l'obligation civile préexistante provoque la promesse de payer[2] - ; soit la cause finale des obligations accessoires par destination(3) - le souscripteur promet de payer afin d'exécuter l'obligation préexistante qui pèse sur lui-. Mais aucune de ces deux explications causales ne peut suffire à justifier l'onérosité de l'acte, ce qui oblige à modifier totalement la démarche(4).

602.- Deux justifications paraissent pouvoir être invoquées pour expliquer l'onérosité des promesses de payer une dette civile préexistante. La première résulte d'une analyse des conséquences patrimoniales de ces engagements. Un acte gratuit entraîne une modification du patrimoine de ses participants : le donateur s'appauvrit et le donataire s'enrichit. Un contrat onéreux synallagmatique normalement équilibré est neutre : chaque contractant voit son actif augmenter de la prestation escomptée et son passif augmenter de la dette souscrite ou, ce qui revient au même, après exécution, voit son actif diminuer des sommes versées et son passif diminuer de la dette éteinte. Dans un bilan global, l'équilibre du patrimoine reste inchangé[5]. Or, comme l'indiquait aussi M. Timbal, cette fois à juste titre[6], la conclusion est identique pour les promesses de payer de payer une dette civile préexistante. Par hypothèse, cet engagement figure déjà au passif de son souscripteur. En payant, il diminue son actif, mais corrélativement, il éteint une dette du même montant. En définitive, la promesse d'exécuter une obligation préexistante n'a pas une cause comparable à celle d'une

---

(1)L'analyse est applicable, que l'obligation préexistante constitue une obligation légale ou une autre obligation contractuelle, contenue dans une convention onéreuse (reconnaissance de dette).

(2)V. d'ailleurs M. GOBERT, op. cit., p.142.

(3)Le rapprochement est intéressant, car il est indéniable que le rapport causal original caractéristique de l'accessoire par destination s'établit fréquemment entre deux obligations d'un même contractant (cf. supra n°376 et s.).

(4)Madame GOBERT, pour justifier l'onérosité de la promesse d'exécuter une obligation naturelle, aboutit à une conclusion semblable (p.138 et s.). Cet auteur conteste que l'onérosité puisse trouver un fondement suffisant dans la présentation classique qui fait de l'obligation naturelle, la cause de la promesse. En effet, cette cause ne correspond nullement à la cause-contrepartie, caractéristique des contrats onéreux : le raisonnement procède d'une confusion entre rapport de réciprocité et rapport d'antériorité (p.142). Madame GOBERT propose donc de se référer à une toute autre explication : la déclaration unilatérale de volonté (p.143). S'agissant de la justification de l'onérosité de la promesse d'exécution, une telle solution ne présente aucun intérêt : unilatérale ou pas, cette promesse possède une cause objective qu'il convient d'analyser (madame GOBERT passe cette question sous silence, puisqu'elle examine la cause de l'engagement unilatéral sous le seul angle de la cause subjective, p.156 et s.). Le raisonnement procède, au départ, d'une limitation erronée des sources de l'onérosité d'un contrat, à la seule cause-contrepartie, alors que le paiement d'une obligation naturelle doit être rattachée à l'onérosité du paiement d'une dette civile préexistante.

(5)Comp. les critiques injustifiées de J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.18, note 1.

(6)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.7, p.103.

obligation contenue dans un contrat synallagmatique, mais elle produit des conséquences patrimoniales similaires. Elle est onéreuse en quelque sorte par défaut... parce qu'elle n'est pas gratuite !

Cette première justification repose en définitive sur la présence de l'obligation civile dans le passif du patrimoine de son débiteur : le paiement, en éteignant cette dette, diminue le passif et neutralise l'appauvrissement résultant de l'abandon corrélatif d'une fraction d'actif. Elle conduit ainsi naturellement à la seconde justification. En effet, cette inscription au passif de l'obligation civile préexistante est intimement liée au pouvoir de contrainte que possède le créancier de l'obligation : celui-ci peut agir judiciairement pour forcer le débiteur à s'exécuter. Ce dernier ne peut échapper à ce paiement auquel il est tenu. La situation d'un donateur est opposée : celui-ci n'est jamais civilement obligé de consentir à un acte gratuit. Il est par conséquent beaucoup plus facile de suivre M. Timbal, lorsqu'il affirme que «dès que l'on effectue une prestation à laquelle on était tenu en vertu d'un lien de droit parfait [...][(1)], on accomplit un véritable contrat à titre onéreux»[2].

603.– A ce stade du raisonnement, une conclusion intermédiaire semble acquise : la promesse de payer une obligation civile préexistante est un contrat unilatéral onéreux. Cette onérosité est identifiable par la cause de l'engagement de payer, qui réside dans l'obligation préexistante, mais elle est justifiée par une explication qui ne peut être réduite au rapport d'équivalence rencontré dans les contrats synallagmatiques. Enfin, du point de vue du régime, ce genre de promesse constitue un acte onéreux à part entière, qui échappe en totalité au droit des libéralités. Par rapport à la vente et à la donation, ces contrats possèdent bien une structure intermédiaire unilatérale onéreuse, mais ils ne bénéficient pas d'un régime intermédiaire[3]. Cette réalité n'apparait que rarement, car le plus souvent, l'engagement de payer concerne une somme d'argent. La remarque conserve cependant son intérêt, lorsque le débiteur s'exécute par une prestation en nature, notamment par la dation d'un bien : les règles relatives au transfert de propriété et aux obligations de garantie qui l'accompagnent sont en effet celles de la vente[4].

---

(1)L'auteur ajoute «ou imparfait», pour englober les obligations naturelles, mais l'extension doit être justifiée (cf. infra n°604 et s.).

(2)Thèse précitée, p.116 ; adde aussi p.7, p.108-109 ; contra : J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.206-207.

(3)Sous réserve des conséquences techniques de l'absence de prix.

(4)M. FOURNIER, Rép. civ., v° Dation en paiement, n°4-5 et 14 ; J. ISSA-SAYEGH, J.-Cl. Civil. Art. 1235 à 1248, Fasc. 2, n°71-72 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°70.
Rappr. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.180, qui évoque, sans l'approuver, la thèse selon laquelle la dation n'est pas une vente, ce qui entraînerait, en cas d'éviction, la renaissance de la créance.

604.– Il reste alors à démontrer que le raisonnement suivi pour justifier l'onérosité de l'engagement de payer une dette civile préexistante demeure valable pour la promesse d'exécuter une obligation naturelle. Pour la jurisprudence et la doctrine traditionnelles[1], cette extension du raisonnement ne fait pas de doute, puisque l'exécution ou la promesse d'exécution d'une obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile pure et simple[2]. En réalité, l'efficacité d'une telle extension est loin d'être acquise[3]. L'obligation naturelle introduit dans le raisonnement justifiant l'onérosité de la promesse d'exécuter une obligation préexistante un élément original, qui en perturbe le déroulement : la mutation de l'obligation naturelle en obligation civile nécessite une manifestation de volonté de son débiteur[4]. Dès lors, aucun des deux arguments fondant l'onérosité de la promesse de payer une dette civile n'est transposable tel quel. D'une part, avant l'expression de cette volonté de transformer, le créancier naturel n'a aucun pouvoir de contrainte sur le débiteur. Il est par conséquent très discutable de faire figurer, sans nuances, l'obligation naturelle au passif du patrimoine de ce dernier[5]. La neutralité des effets patrimoniaux de l'opération n'est plus incontestable. D'autre part, si le promettant est bien tenu d'exécuter l'obligation naturelle, après sa transformation en obligation civile, il n'est en revanche jamais tenu d'accomplir cette transformation. Il n'est donc plus exact d'affirmer, qu'avant même la souscription de la promesse d'exécution, il ne pouvait échapper au paiement(6).

605.– Il en résulte nécessairement un déplacement du centre du débat, sur la nature et les caractères de l'avantage que procure un débiteur naturel à son créancier, en transformant son obligation en dette civile pure et simple. Certains auteurs affirment, sans vraiment le démontrer, que cette transformation est effectuée à titre

---

(1)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.110 et s., spéc. p.126-127 ; p.161 ; A. PONSARD, Thèse précitée, p.38-39 ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°25 et les nombreux renvois.

(2)Cette solution n'est jamais contestée. Elle est considérée comme le second effet (après celui visé expressément par l'article 1235) de l'obligation naturelle, quelle que soit la théorie adoptée : D. VEAUX, J.-Cl. précité, n°15 ; R. BOUT, Rép. précité, n°62 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°686.

(3)A cet égard, la position de Madame GOBERT doit être approuvée (op. cit., p.140 et s.).

(4)J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°369.

(5)Ou tout au moins dans la notion de patrimoine qui sert à évaluer l'appauvrissement du donateur ou l'enrichissement du donataire.
Contra : R. BOUT, Rép. précité, n°17 (mais l'affirmation est incluse, il est vrai, dans l'exposé de la conception classique).

(6)La parallélisme causal entre les deux types de promesse, qui sont toutes les deux prises en considération d'une obligation licite, civile ou naturelle selon les cas, est un pur artifice, qui n'explique rien (cf. les critiques justifiées de M. GOBERT, op. cit., p.139 et p.141 et s.).

onéreux[1]. M. Dupeyroux, au terme d'une démonstration lumineuse, a clairement indiqué les limites d'une telle conception : s'il est concevable, en théorie, d'effectuer cette mutation en contrepartie d'un avantage déterminé, auquel cas l'onérosité n'est pas discutable, tel n'est jamais le cas en pratique, où la transformation est toujours accordée à titre gratuit(2). Cette analyse doit être approuvée, puisque le débiteur naturel demeure toujours libre d'effectuer ou non cette transformation, donc d'octroyer ou pas cet avantage à son créancier. Il devient alors impossible d'esquiver la difficulté : pourquoi un tel avantage, malgré sa gratuité, échappe-t-il au régime des donations ? Le problème n'est certainement pas insurmontable pour les règles de forme, par utilisation des principes dégagés pour les libéralités indirectes[3]. En effet, il est possible de considérer que l'avantage gratuit qui résulte de la volonté de transformer l'obligation est inclus dans un acte neutre que constitue la promesse d'exécuter une obligation devenue civile. Mais cette explication est insuffisante pour justifier aussi l'éviction des règles de fond. Il convient donc de rechercher quel est le critère de la donation qui peut faire défaut.

606.– Selon M. Dupeyroux, la promesse d'exécution d'une obligation naturelle est un «contrat de services gratuit», au sens où cet auteur entend cette expression, c'est-à-dire celui désignant «toute convention gratuite qui n'est pas une donation»(4). Deux arguments fondent cette solution. D'une part, contrairement à la donation, il n'y a pas détachement gratuit d'un droit patrimonial, mais création d'un rapport de contrainte : le débiteur «permet sans doute un transfert futur de droits, mais à ce transfert ultérieur le débiteur naturel était déjà tenu»[5]. D'autre part, l'engagement n'a pas pour objet un droit principal[6]. A ces deux points de vue, M. Dupeyroux rapproche

---

(1)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.117 («cette novation, qui est un acte à titre onéreux») ; rappr. M. GOBERT, op. cit., p.141 ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, qui isole bien l'avantage (p.215-216), mais celui-ci n'est conféré ni à titre onéreux (p.210), ni à titre gratuit (p.216).

(2)J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°376. Cette idée semble présente dans la décision du Tb. civ. Melun 4 novembre 1942, Gaz. Pal. 1943-1-p.90 («après avoir pris bénévolement un engagement auquel il ne pouvait être tenu en droit»). Jouer sur l'absence d'intention libérale (cf. R. BOUT, Rép. précité, n°76) semble insuffisant. La recherche porte ici sur la cause de la «novation». Or, si l'existence d'une obligation naturelle constitutive d'un devoir moral est concevable, celle d'un devoir moral... de transformer l'obligation naturelle en obligation civile l'est beaucoup moins. Il ne pourrait s'agir que d'un devoir de conscience, purement subjectif et variable selon les individus et procurant une satisfaction morale, qui ne peut dénaturer une intention libérale (cf. infra n°612 et s.).

(3)Rappr. H. CAPITANT, note précitée, DP 1907-2-p.243, qui aboutit à cette éviction. Comp. M. GOBERT, op. cit., p.111 et s. qui propose une solution originale pour l'obligation de doter.

(4)Thèse précitée, n°375, note 137 ; rappr. A. PONSARD, Thèse précitée, p.48, pour une analyse voisine dans une autre hypothèse : la faculté de prélèvement dans la clause commerciale ; adde aussi R. BOUT, Rép. précité, n°78, qui place l'obligation naturelle dans «une zone intermédiaire entre les actes onéreux et les libéralités, où figurent déjà les contrats de bienfaisance».

(5)Thèse précitée, n°376.

(6)Ibid.

cette situation des constitutions de sûreté : ni le constituant, ni celui qui accorde un pouvoir de contrainte, ne se dépouillent et ces deux types d'engagement se rangent «dans la catégorie des contrats de services gratuits, parmi les actes destinés à donner efficacité à un rapport juridique préexistant»[1].

En dépit des nombreuses qualités dont fait preuve cet auteur tout au long de sa démonstration, cette dernière analyse ne saurait emporter la conviction. Pour des raisons déjà exposées, il est impossible d'assimiler purement et simplement l'obligation naturelle et l'obligation civile, quant à la contrainte au paiement qu'elles peuvent engendrer. Ensuite, la comparaison de la situation avec celle des sûretés est des plus discutables. Certes, dans les deux cas, le débiteur naturel ou le constituant accordent un pouvoir de contrainte au créancier. De même, cet avantage «gratuit» se greffe sur un rapport préexistant , dette principale (sûreté) ou lien substantiel (obligation naturelle). Une différence rédhibitoire sépare pourtant ces deux hypothèses : la sûreté ne fournit une contrainte supplémentaire qu'à titre accessoire et elle autorise son constituant à exercer un recours contre le débiteur principal[2]. Une libéralité véritable, mais indirecte celle-là, pourrait seulement apparaître si le constituant a expressément ou tacitement[3] renoncé à ce recours[4]. La situation est toute autre pour l'obligation naturelle : en complétant le lien substantiel par un pouvoir de contrainte, le débiteur naturel donne vie au rapport de droit principal, sans aucune possibilité de rejeter la charge de cette obligation sur un tiers.

607.– Le rejet de cette explication, qui constitue la seule proposition doctrinale sérieuse en la matière, amène le raisonnement dans une impasse. Tout juste est-il possible de constater, sans pouvoir l'expliquer, que la jurisprudence fait échapper les promesses d'exécuter une obligation naturelle au régime des donations entre vifs. Pourtant, en dépit des apparences et malgré l'échec des tentatives de Madame Gobert et de Monsieur Dupeyroux, le raisonnement a progressé. En effet, si Madame Gobert n'a pas complètement tort de souligner l'insuffisance de la théorie de l'obligation

---

(1)Ibid.

(2)La règle est communément admise : il n'y a pas de donation de crédit : A. PONSARD, Thèse précitée, p.34 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°308 et 312 ; S. GUINCHARD, J.-Cl. précitée, n°37 ; F.-X. TESTU, «Le cautionnement-libéralité», JCP éd. N 1988, I, p.307, n°1, n°3, n°14 ; I. NAJJAR, Rép. précité, n°20.
Contra : J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°235-236.

(3)Notamment, lorsque la caution s'engage alors que la solvabilité du débiteur est définitivement obérée (en ce sens : A. PONSARD, Thèse précitée, p.34-35).

(4)Le cautionnement réalise alors une libéralité indirecte. V. en ce sens : A. PONSARD, Thèse précitée, p.35 (l'auteur ajoute l'hypothèse où l'intervention de la caution permet une réduction de la dette du débiteur principal, mais cette solution n'emporte pas l'adhésion si la caution n'a pas renoncé à exercer ses recours : le débiteur s'est bien enrichi, mais la caution ne s'est pas appauvrie ; rappr. d'ailleurs du même auteur les développements, p.24-25) ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.115 ; F.-X. TESTU, chr. précitée, n°13, n°28 et s.

naturelle pour expliquer l'onérosité de certaines donations, rémunératoires, elle tire de ce prémisse deux conséquences discutables ; la première, celle de vouloir se passer complètement de cette explication ; la seconde de chercher la justification de l'onérosité dans un schéma comparable à celui des contrats synallagmatiques[1]. Le grand mérite de l'analyse de Monsieur Dupeyroux est de replacer la discussion sur son terrain véritable, celui de la promesse d'exécution d'une obligation préexistante et de définir avec précision la nature de l'élément accordé gratuitement. Ce repositionnement du débat emporte deux conséquences essentielles. D'une part, il règle assez facilement la difficulté posée par l'éviction des règles de forme des donations. D'autre part, sans aller jusqu'à suivre cet auteur sur l'assimilation de l'octroi d'un pouvoir de contrainte sans contrepartie à un pur «service gratuit», il est facile d'admettre que l'avantage concédé est d'une nature originale. Notamment, le silence total du Code civil sur le régime de la promesse d'exécution d'une obligation naturelle a incontestablement offert à la jurisprudence une certaine marge de manœuvre[2]. Il convient d'ajouter que l'article 1235, parfois analysé comme une dispense implicite des formes de l'article 931, conforte l'interprète dans l'idée que ce genre de situation ne peut être assimilée, sans réflexion à une donation pure et simple[3]. Sur ce fond commun, la justification de l'onérosité peut alors être recherchée au cas par cas[4], suivant le conseil célèbre de Ripert selon lequel «il n'y a pas une théorie générale de l'obligation naturelle, mais bien des obligations naturelles susceptibles de produire des effets différents»[5]. Dans le cadre d'une telle démarche, l'hypothèse des donations rémunératoires est peut-être à même de fournir certains enseignements.

608.– En effet, en examinant les conclusions de la jurisprudence, il apparaît que trois conditions sont requises pour que la donation rémunératoire ait la nature d'un contrat onéreux : le service rendu doit être appréciable en argent, il ne doit pas avoir été rémunéré et la récompense ne doit pas être excessive. Cependant, il paraît discutable de placer toutes ces conditions sur le même plan. Si le service a déjà été rémunéré suffisamment, il n'existe aucune obligation naturelle de gratifier, que celle-ci soit conçue comme un devoir moral ou une obligation civile imparfaite. La

---

(1)Comp. J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°107, p.121.
Pour la jurisprudence : Civ. 1e 12 mai 1982, D. 1983, p.320, note J. MESTRE ; Defrénois 1983, 33027, n°25, obs. J.-L. AUBERT ; Civ. 1e 17 novembre 1987, Bull. civ., I, n°297, p.213 ; D. 1988, somm. p.275, obs. L. AYNES.
Comp. les critiques de J.-F. MONTREDON, Thèse précitée, n°244 et s.

(2)Rappr. J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°323.

(3)Rappr. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.216.

(4)V. en ce sens : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°689 ; rappr. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.224.

(5)G. RIPERT, «La règle morale...», précité, n°193, p.387.

gratification relève purement et simplement de la donation. Dans l'hypothèse inverse, la qualification de la libéralité demeure opportune pour les services non appréciables en argent ou pour ceux qui sont rémunérés excessivement. Pour les auteurs classiques ou néo-classiques, l'absence d'obligation naturelle suffit à rendre compte de cette solution. Pour les auteurs modernes, un devoir moral de gratifier demeure concevable, mais il n'entraînera qu'une obligation naturelle de donner. En tout état de cause, peu importe : il résulte clairement de ces deux analyses que seule l'équivalence de la rémunération avec la valeur des services rendus est à même de fonder l'onérosité des donations rémunératoires. Loin d'être une condition subsidiaire, cette exigence en constitue au contraire le seul critère[1]. Cette conclusion est en parfait accord avec la jurisprudence rappelée plus haut, qui insiste en permanence sur l'idée d'une compensation ou d'une contrepartie[2]. Madame Gobert a donc raison d'affirmer que les deux prestations prennent appui l'une sur l'autre, mais un tel argument ne doit pas être utilisé a priori, avant toute intervention, du concept d'obligation naturelle ; il doit être apprécié a posteriori, lors de l'analyse des caractères de l'avantage spécifique que constitue l'octroi sans contrepartie d'un pouvoir de contrainte.

3- Conséquences

609.– Cette conclusion emporte cependant des conséquences plus générales sur l'onérosité des promesses d'exécuter une obligation naturelle qui, il ne faut pas le cacher, sont contraires à certaines solutions jurisprudentielles. En effet, cette onérosité ne peut plus être admise de façon systématique. Elle ne peut jouer que lorsqu'un événement antérieur, qui aurait pu avoir ou qui a eu des conséquences patrimoniales, peut être décelé. Tel est le cas, notamment, des obligations naturelles de réparer un dommage, hypothèse que les tribunaux ont souvent examiné dans des espèces consacrées aux donations rémunératoires[3]. Ici, il n'y a pas donation, car il n'y a pas d'enrichissement du donataire, dont le passif du patrimoine a déjà été grevé du préjudice causé. Par extension, toutes les obligations naturelles fondées sur un enrichissement injuste devraient relever de cette analyse, ainsi que celles dérivant

---

(1) Cette subsidiarité est pourtant présupposée dans de nombreuses présentations doctrinales : v. par exemple M. GOBERT, op. cit., p.65.
Comp. en revanche avec P. TIMBAL, Thèse précitée, p.145, qui paraît très proche de la solution défendue ici : l'auteur distingue les caractères que doit revêtir le service pour engendrer une obligation naturelle, puis l'équivalence exigée pour que la rémunération constitue un paiement.

(2) Cf. supra n°593 et les références citées.

(3) Tb. civ. Seine 21 novembre 1893, Gaz. Pal. 1893-2-p.604 ; Tb. civ. Nantes 6 juillet 1896, Gaz. Pal. 1896-2-suppl. p.17 ; Paris 5 novembre 1925, DH 1925, p.656 ; Besançon 18 mars 1947, Gaz. Pal. 1947-1-p.206. Rappr. les motifs très révélateurs de : Req. 5 avril 1892, S. 1895-1-p.129. V. aussi : Civ. 1e 3 février 1969, Bull. Civ., I, n°54, p.40 (rétablissement de l'égalité entre héritiers).

d'une obligation prescrite, tout au moins lorsque celle-ci avait pour cause une obligation civile ou une contrepartie qui avait déjà été reçue. Une solution identique est applicable aux remises de dettes, spécialement à l'hypothèse ancienne du concordat. Il en est de même pour les obligations naturelles qui concernent l'engagement onéreux assumé par un incapable, puisque l'acte rendu parfait reste neutre du point de vue patrimonial[1]. En revanche, les obligations naturelles dépourvues de ce point d'appui, car exclusivement tournées vers l'avenir, comme l'obligation (discutée) de doter[2] ou celle de verser des aliments en dehors de tout lien légal, devraient être soumises aux conditions de fond des donations[(3)] sauf, peut être à relativiser le régime de celles-ci, en distinguant, comme le propose M. Flour, entre les règles de protection du disposant (exclues) et celles protégeant le patrimoine familial ou les créanciers[4].

610.– Ces quelques propositions n'ont pas vocation à trancher définitivement les difficultés posées par une matière d'une rare complexité. Elles constituent davantage quelques pistes de solution, pouvant s'articuler de manière cohérente avec certaines constantes ou notions du droit positif. Quoi qu'il en soit, il demeure acquis que certaines donations rémunératoires sont traitées comme des contrats unilatéraux onéreux. S'agit-il d'une véritable structure de qualification intermédiaire, comparable à celle déjà rencontrée entre le bail et le commodat ? Il est permis d'en douter. En effet, le régime de ces contrats, par inspiration de celui des promesses de payer une dette civile préexistante est véritablement onéreux. Notamment, lorsque la récompense prend la forme d'une dation d'un bien non monétaire, c'est le régime des obligations du vendeur qui s'applique. Intermédiaire sur le plan structurel, les donations rémunératoires ne le sont pas sur le plan du régime. Pour découvrir enfin entre la vente et la donation une telle qualification, c'est vers la recherche d'avantages futurs qu'il convient de se tourner.

---

(1)Rappr. pour la faculté de prélèvement : A. PONSARD, Thèse précitée, p.48.

(2)La constitution de dot est désormais analysée comme une donation : M. GOBERT, op. cit., p.106 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°379 et s. ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°689 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°47. Madame GOBERT rappelle «que la dot est censée être constituée pour subvenir aux besoins du ménage» (p.108), événement futur.

(3)Ce rapide inventaire recoupe celui de CAPITANT (note précitée, p.243) à l'exception, notable, de la donation rémunératoire.

(4)J. FLOUR, art. précité, p.829-830.

b) L'espérance[1] d'un avantage futur[2]

611.– Par comparaison avec les donations rémunératoires, cette seconde hypothèse paraît plus simple à appréhender. La jurisprudence est moins abondante et, surtout, l'onérosité reprend une forme plus traditionnelle, qui rend inutile le recours si problématique au concept d'obligation naturelle. Le contractant qui abandonne un droit patrimonial s'engage en considération d'un avantage futur, mais le contrat n'est pas synallagmatique, car cet avantage n'est pas matérialisé par une obligation principale corrélative de son cocontractant(3). Si la recherche d'une qualification intermédiaire entre la vente et la donation est ici très comparable à celle déjà rencontrée pour le bail et le prêt, elle n'en présente pas moins quelques particularités.

En premier lieu, les conséquences patrimoniales de la prestation du cédant sont plus graves : il ne s'agit plus seulement d'un manque à gagner (loyers qui auraient pu être perçus), mais d'un appauvrissement définitif. Ceci explique la relative rareté pratique de ce genre de conventions : sauf pour des sommes modiques, un contractant, même intéressé, ne consent pas à la légère à une telle perte. Il paraît dès lors normal d'être plus exigeant sur la teneur de l'avantage escompté, avant d'admettre l'éviction de la qualification de donation. Ensuite, et la constatation renforce cette perspective, le régime des donations est pour une large part d'ordre public. Or, le caractère impératif d'une disposition exerce naturellement un effet d'attraction sur les hypothèses voisines[4]. Par crainte d'entériner une convention visant frauduleusement à échapper aux règles des libéralités, les tribunaux risquent d'étendre la notion de donation, au détriment d'une qualification intermédiaire entre la vente et celle-ci. Heureusement, cette tendance est contrebalancée par la rigueur de ce régime, qui peut constituer une entrave à certaines opérations socialement utiles. Pour la consécration d'une qualification intermédiaire, tout risque n'est pas pour autant écarté : dans certains cas (présents d'usage, donations de fruits ou de revenus, etc.), l'assouplissement prend la forme d'une relativisation du régime des donations[5], ce qui peut inciter à un

---

(1)V. déjà : LAROMBIERE, «Théorie et pratique des obligations», T.1, n°5, p.26 : «échange ou de faits, ou de choses, ou d'espérances» ; adde D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°35, p.43 : «espérance d'un profit».

(2)Comp. A. PONSARD, Thèse précitée, p.42 et s. qui, sous une terminologie voisine, range des hypothèses assez différentes (sauf p.55).

(3)V. aussi la formule présentée par le doyen SAVATIER : «il n'y a donc pas donation quand le disposant agit dans un intérêt personnel, pour obtenir de l'autre partie un avantage qu'il n'aurait pas reçu s'il n'avait pas consenti la disposition considérée, et cela alors même que l'acte est muet sur cet avantage» (Rép. précité, n°10).

(4)Sur cet effet de «trou noir», cf. infra n°683 et s.

(5)La question est discutée pour les présents d'usage que certains auteurs classent dans les contrats onéreux (cf. supra n°193).

élargissement du champ d'application de ce régime, au détriment de véritables contrats unilatéraux intéressés qui échapperaient à la totalité des règles des donations (forme et fond). Ainsi qu'il est facile de le constater, la simplicité initiale n'est qu'une apparence, d'autant plus que cette discussion met en cause le critère des donations le plus discuté : l'intention libérale. S'il n'est plus contestable, en droit positif, que la donation exige un élément matériel et un élément intentionnel[1], le contenu de ce dernier reste une source de difficultés. En se limitant à l'examen de la compatibilité entre une intention libérale et l'espérance d'un avantage futur, une distinction s'impose selon la nature morale ou patrimoniale de l'avantage escompté.

612.– Il ne fait aucun doute que certaines décisions repoussent la qualification de donation, en constatant l'absence d'intention libérale du donateur, lorsque ce dernier s'engage dans la perspective d'obtenir une satisfaction morale personnelle. Il s'établit alors un rapport d'équivalence totalement subjectif, entre l'appauvrissement stipulé et l'avantage moral escompté[2]. La Cour de cassation a adopté une telle solution dans une espèce restée célèbre : la Cour refuse la qualification de donation au contrat par lequel une personne, pourvue d'une fortune considérable, accepte de participer au rétablissement de la sonnerie d'une église, en payant un fondeur de cloches, parce que celle-ci a imposé des conditions onéreuses, «dans le but unique de satisfaire son caprice, sa vanité ou sa fantaisie»[3]. Pour la Cour, «il n'appartient qu'à la personne qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équivalent de ce qu'elle donne». Cette décision n'est cependant pas isolée et il est possible de citer d'autres illustrations de cette tendance jurisprudentielle, même si celles-ci sont parfois d'une portée ou d'une motivation discutables. Ainsi, la promesse de réparer une église, pour venir au secours d'une commune, n'est pas une donation, lorsque la promettante a recherché «sa propre satisfaction», en l'espèce faciliter la célébration plus fréquente de messes

---

(1)Cf. supra n°589.

(2)Cette situation doit être distinguée de celle où l'accipiens s'oblige dans le contrat à exécuter une prestation inappréciable en argent (quitter une résidence : Rennes 7 mars 1904, DP 1905-2-p.305 ; garder le silence après une liaison : Aix 25 janvier 1883, DP 1883-2-p.237 ; adde J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°113-114 et les références citées). Malgré cela, la convention est parfaitement synallagmatique (adde, dans le même sens, la solution retenue pour les fondations de messes, supra n°582 (note). La discussion concerne ici les avantages extra-patrimoniaux extérieurs au contrat.

(3)Req. 14 avril 1863, DP 1863-1-p.402. L'examen des faits de l'espèce laisse à penser qu'il s'agissait en l'occurrence d'un achat pour autrui, donc d'une donation indirecte, qui expliquerait l'éviction de l'article 931. Mais cette réduction de la portée de la décision se heurte à une objection sérieuse : les donations indirectes restent soumises aux règles de fond des donations, or l'arrêt écarte aussi la nécessité d'une autorisation gouvernementale.
Rappr. Req. 9 décembre 1913, DP 1919-1-p.29, où les juges du fond excluent l'intention libérale du fait du «pur caprice» animant la donatrice. L'arrêt est cependant bien flou, puisque la Cour d'appel admet un peu avant, que la donatrice, le matin même de l'acte, ne voulait ni vendre, ni donner ses biens ! Ne s'agit-il pas, en réalité, d'une hypothèse de captation ?

dans l'intérêt de sa famille et lui permettre de venir prier sur le tombe de son mari(1). De même, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a refusé de prendre en compte, pour le calcul de la quotité disponible, des libéralités ayant la nature d'œuvres de charité ou de bienfaisance(2). Un arrêt de la Cour de Nancy[3] a également considéré que la participation à une souscription publique en faveur de victimes de guerre est un contrat sui generis, en mêlant des motifs tenant à la nature de l'opération (une souscription)(4) et à l'intention du souscripteur, conseiller municipal, qui voulait justifier et excuser son éloignement de sa ville pendant une période critique. Deux arrêts récents de la Cour de cassation ont également rejeté, en se retranchant derrière le pouvoir souverain des juges du fond, les pourvois formés contre des décisions qui ont refusé de qualifier de donation, des cessions sans contrepartie à des associations, lorsque le cédant retire du contrat «un avantage moral profond»[5] ou une «satisfaction morale et religieuse»[6], qui excluent l'intention libérale. Mais la portée de ces arrêts semble là-encore limitée, car cette absence d'«intention libérale» paraît surtout utilisée par la jurisprudence comme un critère permettant de distinguer la donation et l'apport à une association(7).

---

(1)Tb. civ. Mamers 2 février 1875, S. 1875-2-p.150. La décision demeure ambiguë car le Tribunal évoque un contrat «commutatif à titre onéreux», qui pourrait fort bien se justifier, si la convention stipulait une véritable obligation de dire des messes (la fondation de messes est un contrat synallagmatique onéreux, cf. supra n°582 (note). Adde : Req. 7 avril 1829, cité par P. TIMBAL, Thèse précitée, p.105, note 2.

(2)Req. 29 juillet 1861, DP 1862-1-p.288 ; Civ. 11 janvier 1882, DP 1882-1-p.313. La portée de ces décisions paraît cependant fort limitée. Notamment, les motifs du premier arrêt sous-entendent nettement que le contrat reste une libéralité, simplement dispensée de l'article 922 (l'exclusion se justifiait, en l'espèce, par la modicité des sommes versées ; adde, diminuant encore la portée de la décision : la personne des donataires (parents du donateur, ce qui évoque l'obligation alimentaire, légale ou naturelle) et la référence au pouvoir souverain des juges du fond.

(3)Nancy 17 mars 1920, DP 1920-2-p.65, note J. APPLETON, cassé, mais sur un autre point par Civ. 5 février 1923, DP 1923-1-p.20, qui entérine l'éviction de la donation. Sur l'arrêt de Nancy, adde D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°309, p.350.

(4)Pour la doctrine contemporaine, la souscription publique à une œuvre de bienfaisance, semble constituer une donation entre le souscripteur et le bénéficiaire, mais celle-ci ne se réalise que par un procédé indirect, au moyen d'une opération à trois personnes, qui justifie dans tous les cas une dispense des formes solennelles (V. en particulier R. NERSON, notes D. 1958, p. 143, sous Tb. civ. Saint-Etienne 8 juillet 1957, et D. 1959, p.111, sous Lyon 20 octobre 1958 et les nombreuses références citées ; adde Ch. CLARO, note DP 1903-2-p.121, sous Paris 21 octobre 1902 ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°29 et s.). Ne bénéficiant aucunement des sommes recueillies, l'organisateur assume un rôle de mandataire des souscripteurs (contrat souscripteur-organisateur). Le versement ultérieur des fonds se réalisant ensuite, soit par un don manuel, soit par une donation indirecte (achat pour autrui ou paiement d'une dette). Comme le remarquait le doyen NERSON, l'opération n'est donc «triangulaire qu'en apparence». La consécration de la fiducie-libéralité devrait donner une solution élégante à ces difficultés, bien adaptée à la nature profonde de ces opérateurs (cf. supra n°251 et s.).

(5)Civ. 1e 1 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983-1-pan. p.65.

(6)Civ. 1e 1 mars 1988, Bull. civ., I, n°52, p.35 ; JCP 1989, II, 21373.

(7)Ces quelques décisions ne constituent pas, bien entendu, un inventaire exhaustif. Adde par exemple : Tb. civ. Langres 15 mars 1900, DP 1900-2-p.422 (les motifs soutiennent avec force la

613.– Cette éviction de la qualification de donation, lorsque le donateur retire du contrat une satisfaction morale qu'il juge équivalente au sacrifice patrimonial qu'il a consenti, n'emporte pas la conviction[1]. Plusieurs raisons incitent au rejet de la théorie de l'équivalent moral.

Tout d'abord, cette conception donne une place trop importante aux mobiles d'un contractant. Elle procède d'un subjectivisme extrême, en abandonnant l'appréciation de l'équivalence à la seule psychologie du donateur. Dans une acception large, cette théorie réduit la donation à une peau de chagrin, car il sera toujours possible de découvrir un tel mobile[2]. Dans une acception étroite, elle impose d'établir que le cédant a considéré la satisfaction morale qu'il retire du contrat comme une contrepartie valable de sa prestation, or, la véracité d'une telle situation est, en toute rigueur, improuvable, et à tout le moins, incontrôlable par les magistrats.

Ensuite, cette théorie paraît contredire plusieurs solutions bien établies du droit positif. Ainsi, les tribunaux disqualifient les donations dont la charge est équivalente à la valeur du droit abandonnée[3]. Or, l'équivalent moral constitue une hypothèse symétrique de la donation avec charges excessives. Pas plus qu'elles ne peuvent voir un déséquilibre là où, objectivement, il n'y en a aucun, les parties ne peuvent décider qu'il y a équilibre, là où il n'y en a pas. Dans les deux cas, prévaut le principe fondamental, selon lequel un contrat est qualifié davantage par les stipulations effectives des contractants, que par les dénominations qu'ils ont employées[4]. De même, la théorie de l'équivalent moral contredit certaines solutions déjà exposées pour les donations rémunératoires. En particulier, les donations rémunératoires se voient refuser le caractère onéreux lorsque le service rendu n'est pas appréciable en argent[5].

---

théorie de l'équivalent moral, mais le contrat concerné était nettement synallagmatique, cf. infra n°615 (note)) ; contra : Grenoble 14 juillet 1836 ; S. 1839-2-p.259 (renonciation à un mariage et à une donation faite en vue de celui-ci ; ce second élément est de nature patrimoniale, mais semblait constituer un mobile accessoire). Rappr. aussi la discussion très classique sur les offres de concours par lesquelles un particulier s'engage à donner un bien ou une somme d'argent à l'administration, afin que celle-ci assume tel ou tel service public. L'onérosité de principe auparavant soutenue (v. par exemple : note E. NAQUET, S. 1920-1-p.298) est désormais sérieusement nuancée en doctrine (cf. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.31 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°116, p.131 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°44-45).

(1)V. en ce sens, en doctrine : P. TIMBAL, Thèse précitée, p.105-106 ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°95 et s., p.112 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°35, p.43 ; J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.81 et s. ; J. MAURY, «Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français», Thèse Toulouse 1920, T.1, p.57, p.72, p.213 et p.243. Contra : S. GUINCHARD, J.-Cl. précité, n°24. Neutre : A. PONSARD, Thèse précitée, p.14 ; R. SAVATIER, Rép. précité, n°10.

(2)Cf. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.105.

(3)Cf. supra n°589 (note).

(4)Cf. supra n°10 et s.

(5)Cf. supra n°591. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.106 ; J. MAURY, Thèse précitée, p.57.

Quant aux obligations naturelles, les auteurs modernes refusent de considérer que l'exécution ou la promesse d'exécution d'un devoir de charité puisse prendre la forme d'une véritable dation en paiement onéreuse[1]. Enfin, la théorie de l'équivalent moral n'est pas retenue pour les contrats intéressés portant sur la jouissance d'une chose ou sur une prestation de services ou de déplacement[2]. Or, ainsi qu'il a déjà été souligné, une rigueur accrue se justifie dans l'appréciation de l'avantage escompté, lorsque la prestation du contractant «intéressé» a des conséquences patrimoniales plus graves. Si un commodat ou un contrat de prestation de service gratuit n'est disqualifié que par la recherche d'un avantage patrimonial, la solution doit être a fortiori la même pour une donation, sauf à en relativiser ponctuellement le régime. Enfin, dans certaines hypothèses, la lecture des décisions laisse pressentir l'utilisation d'une qualification-moyen : l'éviction de la donation y est surtout affirmée pour dispenser l'acte de la forme solennelle et empêcher un contractant, à la moralité contestable, de revenir sur sa promesse[3].

614.– Ces réserves ne se justifient plus lorsque l'avantage escompté par le pseudo-donateur est de nature patrimoniale[4]. De même que dans une promesse unilatérale de vente, le promettant s'engage dans l'espoir que le bénéficiaire lèvera l'option ou qu'un constructeur automobile prête un véhicule à un client potentiel, pour que celui-ci, convaincu par les qualités du modèle, en passe commande, il est parfaitement concevable qu'un transfert de propriété s'effectue dans la perspective de l'obtention d'un avantage patrimonial, qui justifie l'adoption d'une structure de qualification unilatérale onéreuse, intermédiaire entre la vente et la donation.

---

(1)Cf. supra n°599.

(2)Cf. supra infra n°633. La Cour de cassation a en particulier adopté cette position en matière de transport gratuit.

(3)V. notamment : Req. 14 avril 1863, précité ; Tb. civ. Mamers 2 février 1875, précité ; Nancy 17 mars 1920, DP 1920-2-p.65, note APPLETON, cassé par Civ. 5 février 1923, DP 1923-1-p.20. Rappr. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.54.

(4)Cf. P. TIMBAL, Thèse précitée, p.106 ; FLOUR et SOULEAU, op. cit., n°43 ; J. MAURY, Thèse précitée, T.1, p.57, p.72, p.213 et p.243.
Contra : J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.36, note 2, p.53 et s., p.81 (qui refuse de manière générale de tenir compte d'éléments extérieurs à l'acte) ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°35. La thèse de M. DUPEYROUX se rattache à ce même courant hostile à la prise en compte d'éléments extérieurs au contrat pour justifier l'onérosité de la structure de qualification (v. notamment, n°91 et s., p.106 et s.). A plusieurs reprises, l'auteur (qui raisonne surtout sur des contrats avec charge) constate bien que, parfois, l'onérosité ne résulte pas de l'activité mise à la charge de l'accipiens, mais dans le fond, du «résultat de cette activité» (n°123 ; adde n°98), mais il se refuse toujours à entrer dans une telle conception trop subjective (n°98, n°123, n°128). Il préfère évoquer, à diverses reprises, des hypothèses de «donations intéressées» (n°114, p.128 ; n°153, p.170) et finit par rejeter toute autonomie à l'intention libérale, ce qui supprime le préalable indispensable à la reconnaissance d'une structure de qualification intermédiaire entre la vente et la donation (n°160).

615.– La jurisprudence fournit divers exemples de ce genre de situations, qu'il convient de bien distinguer d'hypothèses où les conventions étaient de véritables contrats synallagmatiques[1]. Un arrêt de la Chambre civile du 19 juillet 1894 en offre une première illustration[2]. Un particulier cède un terrain à une commune pour y construire une église, sans exiger de contrepartie. La Cour approuve les juges du fond d'avoir considéré que la cession «a été opérée dans les conditions d'un contrat à titre onéreux» et elle justifie sa position en évoquant deux arguments, placés sur un pied d'égalité : d'une part, le cédant n'a contracté «qu'en vue d'avantages équivalents qu'il attendait de la construction projetée, [...] notamment en perspective de la plus-value que devaient acquérir d'autres terrains lui appartenant» ; d'autre part, «la commune en acceptant cette cession, a assumé des charges qui sont pour le moins équivalentes à la valeur de ce qu'elle a reçu».

De cette décision, il est facile de rapprocher deux arrêts rendus dans la célèbre affaire du palais de l'impératrice Eugénie[3]. En 1853, la ville de Marseille propose à l'empereur Napoléon III de lui céder gratuitement un terrain dans le quartier du Pharo, à charge pour lui d'y édifier un palais impérial, qui lui servirait de résidence de passage. L'empereur accepte l'offre en 1854 et le palais est construit. Après la chute de l'empire, le palais est séquestré, puis est restitué à l'impératrice, au terme d'une instance judiciaire ayant admis son appartenance au domaine privé de l'empereur et non au domaine public de l'Etat. Dès septembre 1870, un membre du conseil

---

(1) Req. 28 juin 1886, S. 1889-1-p.331 (organisation de régates primées ; engagement et obligation de respecter les règles du jeu contre un prix fonction d'un résultat aléatoire ; sur la qualification du contrat de régate, en général : J. ARMENGAUD, «Responsabilité civile et navigation de plaisance», Thèse Paris II 1976, p.209-210, contrat gratuit ou onéreux selon que l'engagement est payant ou pas, ce qui laisse supposer que l'obligation de respecter le réglement n'est pas une obligation principale, cf. supra n°397 (note)) ; Req. 24 octobre 1910, S. 1913-1-p.437 (rémunération des efforts d'un héritier pour annuler un testament).
Peuvent être rangés aussi dans la catégorie des contrats véritablement commutatifs, les abandons de biens effectués par un tuteur en contrepartie de la renonciation de l'incapable à contester les comptes de tutelle : Req. 12 novembre 1867, S. 1868-1-p.34 ; Req. 21 décembre 1869, DP 1870-1-p.308 (sur ces décisions, v. J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.264 et s., qui estime que l'acte est onéreux parce qu'il est aléatoire). Rappr. Civ. 1e 1 juin 1977, Defrénois 1977, art. 31582, p.1603 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Bull. civ., I, n°259, p.205.
Adde : Tb. civ. Langres 15 mars 1900, DP 1900-2-p.422 (cession d'une action en révocation de legs pour inexécution des charges, dont le résultat est aléatoire, contre l'engagement par les cessionnaires de reprendre l'exécution d'une fondation).

(2) Civ. 19 juillet 1894, S. 1894-1-p.439.

(3) Aix 30 novembre 1882, DP 1883-2-p.245 et Req. 7 mars 1888, DP 1888-1-p.268 (cet arrêt est rendu dans la même affaire, mais pour un problème différent). Comp. J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°142, qui fonde l'onérosité, conformément à sa thèse (n°140 et 143), sur le sacrifice consenti par l'Empereur. La théorie de M. DUPEYROUX, qui s'attache au sacrifice de l'accipiens, est rigoureusement inverse à celle utilisée ici, qui insiste surtout sur la cause du débiteur. Si la vision de cet auteur peut être utile pour tracer la frontière de l'acte onéreux, elle présente l'inconvénient de ne pas isoler la véritable contrepartie qui sert d'équivalent à la prestation du solvens : or, il ne fait aucun doute que celle-ci est extérieure aux obligations stipulées.

municipal émet l'idée que la ville devrait reprendre possession du terrain. L'instance s'engage en 1880 et, bien entendu, la ville de Marseille fonde sa prétention sur le non respect des articles 931 et 932 du Code civil. Cette argumentation est repoussée par la Cour d'Aix. Sans nier que l'offre des terrains contienne pour partie un hommage ou l'«acquit d'une dette de reconnaissance», la Cour estime que de surcroît, la ville de Marseille a contracté en considérant les «avantages naturels qui devaient résulter de la résidence, même passagère, du souverain à Marseille». Selon les magistrats, «tout ce qui peut résulter de ce mélange de l'hommage avec la stipulation intéressée, c'est que le contrat dont il s'agit tienne à la fois du contrat à titre gratuit et du contrat à titre onéreux» mais, comme «dans les contrats de ce genre, l'élément prépondérant absorbe l'autre, et que ce serait nier la nature humaine que de ne pas attribuer la prépondérance à la stipulation intéressée», la Cour choisit en définitive de qualifier la convention de contrat commutatif, échappant aux textes relatifs aux donations. L'affaire n'en reste pas là. Tirant les conséquences de l'arrêt d'Aix, devenu définitif, l'administration de l'enregistrement réclame alors le paiement des droits afférents à la qualification retenue. L'impératrice, invoquant une clause de l'acte qui met ces frais à la charge du cédant, appelle dans la cause la ville de Marseille... qui reprend son argumentation initiale sur la gratuité du contrat ! Cette fois, le procès se termine devant la Cour de cassation qui, à l'instar de la Cour d'Aix en 1892 et du Tribunal d'Aix ayant rendu le jugement frappé de pourvoi, retient une nouvelle fois la qualification de contrat commutatif. Selon la Cour, «la ville et l'empereur ont pris, vis-à-vis l'un de l'autre, des obligations corrélatives, l'une s'engageant à donner des terrains pour que l'empereur construisît, l'autre s'engageant à construire si les terrains nécessaires lui étaient remis, obligations qui, dans l'intention commune des parties, et au point de vue de leur intérêt respectif, ont été considérées par elles comme l'équivalent de ce qu'elles donnaient et faisaient réciproquement l'une pour l'autre».

Enfin[1], un arrêt de la Chambre civile du 11 mai 1914 considère que la concession gratuite de terres domaniales en Algérie n'est pas une donation, puisqu'elle n'est pas «accordée à titre de libéralité, mais uniquement en vue de l'utilisation et de la mise en valeur des terres du domaine public et qu'elle est assujettie à des charges qui lui attribuent, en réalité, un caractère onéreux» (en particulier, l'obligation de transférer le domicile et celle de résider de manière effective et permanente pendant les cinq années qui suivent la concession[2]).

---

(1)Cet inventaire n'est nullement limitatif. Adde : Civ. 1e 7 juin 1979, Bull. civ., I, n°168, p.137, D. 1980, I.R., p.261, obs. J. GHESTIN.

(2)Civ. 11 mai 1914, S. 1920-1-p.297, note E. NAQUET.

616.– Ces trois décisions possèdent un point commun : l'avantage escompté est un profit patrimonial. De manière plus originale, deux espèces ont eu l'occasion d'examiner une hypothèse où l'avantage était plutôt d'échapper à une perte. En 1886, à la suite d'une crise survenue dans l'industrie houillère, une compagnie minière accepte d'abandonner certaines concessions dans lesquelles le travail était momentanément ou définitivement suspendu, à une association de mineurs, en autorisant ces derniers à reprendre l'exploitation. Un an plus tard, la compagnie prétend récupérer ces concessions, en se fondant, comme toujours, sur le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 931. Le Tribunal de Saint-Etienne repousse cette prétention en qualifiant l'accord de contrat innommé de type do ut facias[1], solution reprise purement et simplement par adoption de motifs par la Cour de Lyon[2]. Pour le Tribunal, la compagnie «n'a [...] jamais eu l'intention de faire une libéralité». En effet, les termes de sa concession lui imposent, même si la mine n'est plus exploitée, de continuer son entretien, en particulier son assèchement. Vu le coût élevé de cette opération, deux options également désastreuses s'ouvrent à la compagnie : poursuivre l'assèchement en perdant de l'argent ou arrêter tout entretien, en risquant alors de se voir retirer la concession de toutes ses mines, pour inexécution de ses obligations. Dans les deux cas, l'abandon des concessions litigieuses aux mineurs eux-mêmes lui permet d'éviter une perte plus considérable encore[(3)].

617.– Ce courant jurisprudentiel appelle quelques remarques. En raisonnant tout d'abord sur les diverses hypothèses étudiées, il paraît clair que, dans tous les cas, l'avantage principal qui a poussé le cédant à contracter est extérieur à la convention et que les obligations éventuelles du cocontractant ne peuvent être assimilées à la rémunération directe de la cession. Ainsi, dans l'arrêt de 1894, la construction de l'église n'est pas en elle-même la contrepartie de l'abandon du terrain, puisque l'édifice restera la propriété de la commune et ne profitera pas exclusivement au

---

(1) Tb. civ. Saint-Etienne 29 mai 1889, DP 1891-2-p.201. L'espèce relève de l'article 7 de la loi du 21 avril 1810, qui fait du concessionnaire un véritable propriétaire de la mine (cf. MAZEAUD et CHABAS, 7e édit., T.2, vol. 2, n°1368).

(2) Lyon 26 mars 1891, S. 1892-2-p.289 ; DP 1891-2-p.201. Sur cet arrêt, v. l'analyse de J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.40 et s. (qui y voit un contrat aléatoire).

(3) Ceci pose la question de la valeur du bien cédé : n'y-a-t-il pas éviction de la donation parce que le bien cédé n'a plus aucune valeur ? (cf. l'affirmation du Tribunal selon laquelle «c'est une chose absolument improductive qui était abandonnée aux mineurs»). Mais cet argument n'est pas celui invoqué par le Tribunal pour exclure la donation. La phase évoquée paraît plutôt se rattacher à l'idée d'une certaine équivalence entre le bien cédé et la perte évitée. De plus, l'appréciation de la valeur des mines est assez relative : faute de rentabilité, celles-ci ne représentent plus grand-chose pour la Compagnie. Tel n'est pas le cas pour les mineurs. Enfin, c'est bien parce que ces mines avaient conservé de leur valeur que la Compagnie a tenté, somme toute très rapidement, de les reprendre !

cédant, comme ce pourrait être le cas dans un contrat d'entreprise dont le prix aurait été remplacé par une prestation en nature. La contrepartie escomptée provient de la plus-value, probable, mais ni certaine, ni déterminée, des terrains avoisinants. La même analyse est applicable à l'affaire du palais de l'impératrice Eugénie. Comme le notait déjà M. Timbal[1], la ville de Marseille s'est engagée dans la perspective de trois avantages : donner du travail aux entrepreneurs locaux pendant la construction, profiter d'une éventuelle plus-value sur les terrains voisins et surtout bénéficier d'un surcroît d'activité[2], lors de la présence des souverains dans leur palais, celle-ci entraînant le déplacement d'un nombre important de personnes à leur suite (sans compter les touristes curieux) et l'organisation de diverses festivités. Cédé à un particulier, avec l'obligation identique d'y construire, le terrain aurait été indéniablement considéré comme ayant fait l'objet d'une donation avec charges. Ce sont des profits extérieurs au contrat qui constituent la justification profonde de l'onérosité de la convention, plus qu'une artificielle accession de l'obligation de construire au rang de prestation principale. Le raisonnement est également transposable à l'arrêt de 1914. Cette dernière décision est d'ailleurs riche d'enseignements, par le parallèle qu'elle autorise avec le bail rural. Un bail rural est un contrat synallagmatique en raison de l'obligation principale du preneur de payer un fermage, même si la convention comporte aussi une obligation structurellement accessoire exploiter. Si le propriétaire du terrain n'exige aucune rémunération, en argent ou en nature, il n'est plus possible de qualifier la convention de synallagmatique, quand bien-même l'obligation d'exploiter demeurerait. Rien n'empêche cependant l'adoption d'une nature «intéressée», c'est-à-dire unilatérale onéreuse, s'il est établi que le propriétaire, en s'engageant, escomptait cependant recevoir un avantage patrimonial indirect de la convention.

618.– S'agissant ensuite des décisions elles-mêmes, il semble possible, au vu des solutions adoptées, de considérer que cette jurisprudence admet avec fermeté la nature onéreuse de ces conventions et reconnait tout aussi nettement l'inadéquation de la qualification de donation. Néanmoins, les motifs invoqués suscitent davantage de réserves. Par le recours aux notions de contrat commutatif (affaire du palais de l'Impératrice), de contrat innommé do ut facias (affaire des mineurs), voire de donation avec charges excessives (arrêts de 1894 et 1914), les tribunaux, par leur persévérance à vouloir coûte que coûte se rattacher à une structure de qualification

(1)P. TIMBAL, Thèse précitée, p.104.

(2)La ville y gagnait aussi en prestige, mais à lui seul, un tel avantage extrapatrimonial n'aurait pas suffi.

synallagmatique, montrent leur méconnaissance d'une structure unilatérale onéreuse, intermédiaire entre la vente et la donation. Pourtant, ce caractère synallagmatique est forcé[1]. Plusieurs indices ont montré que les obligations de construction, d'exploitation ou d'entretien ne constituent pas des contreparties directes comme dans un contrat synallagmatique, mais des charges, c'est-à-dire des obligations accessoires imposées à l'acquéreur, qui permettent d'objectiver le mobile intéressé du cédant : comparaison avec le bail rural, comparaison avec une cession à un particulier, indétermination de la plus-value espérée. En réalité, ainsi qu'il a déjà été dit[2], à une structure de qualification unilatérale gratuite (donation), peut correspondre deux types de structure globale : unilatérale gratuite elle aussi (donation pure et simple) ou synallagmatique gratuite (donation avec charge). Une telle dualité se retrouve pour les contrats possédant une structure de qualification unilatérale onéreuse. La situation se rencontre pour les promesses unilatérales de vente. Que l'immobilisation du bien soit rémunérée ou pas, la cause du promettant reste la même : il espère voir le bénéficiaire lever l'option. L'analyse est ici similaire : le cédant s'engage en perspective d'un avantage patrimonial extérieur au contrat -plus-value de biens dont il est déjà propriétaire, surcroît d'activité, diminution de ses pertes- qu'il tente de rendre moins incertain, en imposant à son cocontractant certaines obligations structurellement accessoires. Aucune de ces prestations ne peut valoir comme équivalent direct de la cession : la plus-value ne se produira peut-être pas ; l'empereur ne viendra peut-être que rarement ou avec une suite réduite, à des fins de repos. Autant de circonstances qui rendent la contrepartie incertaine, sans que les obligations stipulées soient aléatoires, ce qui est radicalement incompatible avec une qualification de contrat synallagmatique(3). Ce raisonnement incite d'ailleurs à faire une place à part à l'affaire des mineurs. La qualification de contrat commutatif était en l'espèce davantage justifiée, puisque le contrat emportait des avantages directs et certains : en déchargeant la compagnie de son obligation d'entretien, la convention empêchait toute perte de concession pour les mines qu'elle avait conservées et supprimait immédiatement toute charge d'entretien.

619.– Au-delà de ces hypothèses un peu particulières, l'onérosité d'un contrat unilatéral fondée sur l'espérance d'avantages futurs se rencontre de manière générale

---

(1)V. la note E. NAQUET, précitée, p.298, où l'auteur conteste que les charges imposées puissent équivaloir à la concession accordée.

(2)Cf. supra n°526 et s.

(3)Sur ce problème de l'aléa dans les structures intéressées, cf. supra n°532. Rappr. dans le cas particulier du parrainage : V. PLAT, «Les aspects juridiques du «sponsoring». Le parrainage publicitaire», Thèse Paris 1 1984, 3ème cycle, n°105-106, p.77-78 («contrat commutatif qui comporte un certain aléa», plus commercial que juridique) ; D. GRILLET-PONTON, Juris. Contr. distrib., Fasc. 1565, Contrat de parrainage publicitaire, n°15 (aléa économique plus que juridique).

en matière commerciale[1]. La doctrine classique considère que «dans son activité professionnelle, le commerçant ne peut être généreux»[2]. Même si certains auteurs nuancent[3], semble-t-il à juste titre[4], cette affirmation, il n'en reste pas moins que toute intention libérale est exclue lorsque le commerçant s'engage dans la perspective d'accroître sa clientèle, d'augmenter son volume d'affaires ou ses bénéfices ou même, d'éviter une perte (geste commercial pour éviter le départ d'un client mécontent[5]). L'espérance d'un avantage futur recoupe alors le mobile intéressé minimal de tout commerçant, qui fait profession de réaliser des profits. Lorsque cette perspective causale est acquise, c'est-à-dire dans la quasi-totalité des cas, la qualité de commerçant faisant présumer le mobile intéressé lorsque le contrat se rapporte à son activité, la qualification de donation ne peut être retenue pour les abandons de biens sans contrepartie. En pratique, cette solution concerne plusieurs hypothèses.

620.- L'éviction de la donation s'applique en premier lieu aux cessions gratuites, faites à titre principal, dans le but de favoriser la conclusion ultérieure de contrats onéreux. La perspective adoptée par le commerçant est alors assez proche de celle du promettant dans une promesse unilatérale de vente. Relèvent de cette première catégorie la remise d'échantillons, la fourniture gratuite d'une disquette de démonstration d'un logiciel, etc.[6]

Dans d'autres hypothèses, la remise est effectuée à l'occasion d'un contrat principal onéreux. La notion est connue du droit pénal qui réprime, à certaines conditions la vente avec primes[7], mais c'est du point de vue civil qu'il convient de l'examiner[8]. A cet égard, une distinction s'impose. Si la prestation accessoire est nécessaire à l'exécution de la prestation principale, que ce soit naturellement (conditionnement, habituel, cartouche d'un stylo, cassette pour un magnétophone) ou conventionnellement (livraison à domicile comme modalité de la délivrance, installation de l'objet vendu), l'obligation accessoire du commerçant n'est en réalité

---

(1)Ou pour tout autre professionnel.

(2)Ph. MALAURIE, op. cit., n°351 ; R. SAVATIER, Rép. précité, n°10 ; MAZEAUD et CHABAS, «Les obligations», T.2, vol. 1, n°104 ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°189, note 12 ; I. NAJJAR, Rép. précité, n°43.

(3)F. GRUA, «L'acte gratuit en droit commercial», Thèse Strasbourg 1978 ; Ch. GOYET, «La gratuité dans la promotion commerciale», RTD com. 1975, p.34 et s.

(4)V. par exemple l'hypothèse d'un mécénat d'entreprise confidentiel.

(5)Comp. pour une hypothèse vraiment gratuite : Rouen 11 mars 1965, Gaz. Pal. 1965-2-Tables, n°24 et s. (cadeau remis après la conclusion de la vente, alors que l'acheteur n'avait pas connaissance à l'avance d'un tel geste).

(6)Contra J. CHAMPEAUX, Thèse précitée, p.81.

(7)V. Lamy Droit économique 1992, n°4400 et s.

(8)Les conceptions civile et pénale de la gratuité divergent sur certains points (v. la note suivante) circonstance qui ne semble pas avoir été suffisamment prise en compte par M. GOYET (art. précité).

qu'une stipulation qui est incluse dans le contrat principal, dont elle épouse les caractères, notamment la nature synallagmatique onéreuse(1). Seules sont donc concernées, ici, les prestations accessoires non nécessaires dont le caractère d'accessoire par «production», permet de les dissocier du contrat principal, en faisant apparaître une convention unilatérale, que le but promotionnel poursuivi par le commerçant rendra onéreux(2).

Enfin, un raisonnement identique est transposable aux contrats de parrainage publicitaire. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'examiner cette question, mais les auteurs semblent assez divisés. Pour certains d'entre eux, la jurisprudence a assoupli son analyse de l'animus donandi et, en l'occurrence, «la contrepartie espérée par le disposant ne suffit pas à imprimer à l'opération une coloration onéreuse»[3]. Pour d'autres auteurs, au contraire, l'intervention d'un commanditaire n'est jamais désintéressée[4] et le contrat est onéreux ... parce qu'il est synallagmatique[5]. Cette dernière affirmation est parfois exacte, mais elle ne saurait rendre compte de tous les contrats de parrainage[6]. Lorsque le parrain fournit sans contrepartie au parrainé le matériel nécessaire à la participation à l'événement, sans

---

(1)Cf. infra n°1145 et s.
En droit pénal, les solutions sont parfois différentes. Certaines primes sont exceptionnellement jugées licites, mais les hypothèses visées ne recoupent pas la notion civile d'obligation accessoire intégrée. Par certains côtés, la définition civile est plus large : l'article 24 du décret du 29 décembre 1986 ne vise que «les biens, produits ou prestations de services indispensables à l'utilisation normale du produit, du bien ou du service faisant l'objet de la vente», ce qui paraît se limiter aux accessoires naturels, tirés d'une appréciation objective des caractéristiques techniques des biens (Lamy précité, n°4424). Le prêt d'un véhicule pour la livraison, civilement intégré, semble être désormais illicite du point de vue pénal (Lamy précité, n°4425). Inversement, certaines dérogations admises par le décret du 29 décembre 1986 ne correspondent pas à des accessoires nécessaires : service après-vente, facilités de stationnement (Lamy précité, n°4426-4427). De manière plus générale, les textes pénaux comportent diverses conditions qui sont sans influence sur le plan civil : qualité de consommateur du client (Lamy n°4411), exigence d'une valeur minimale (Lamy, n°4420).

(2)L'analyse est plus délicate pour les cadeaux remis et les jeux organisés sans aucune obligation d'achat (sur les cadeaux, cf. Lamy précité, n°4457 et s.). Le mobile promotionnel demeure, mais la rupture avec l'achat l'affaiblit. Une qualification gratuite devient envisageable. Une réserve demeure, qui ne concerne pas, en pratique, les jeux ou les concours : le bien remis ne doit pas correspondre à un produit commercialisé par le commerçant, auquel cas la situation rejoindrait celle des échantillons.

(3)D. GRILLET-PONTON, J.-Cl. précité, n°32 et n°16. L'auteur soutien l'inverse pour les simples mise à disposition (n°33-34) ; adde, sous la direction de M. E. ANDRE, Ch. BRUN, E. CANDELA, P. GUIGUES, G. HAAS, E. TARDIEU et D. VIGNAUD, «Le mécénat», Cah. dr. entr. 1984, n°1, p.23 ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, «Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring», Mélanges DERRUPPE, p.125 et s., spéc. p.127 (l'auteur semble admettre la qualification de donation, malgré la présence d'une obligation principale du sponsoré de faire de la publicité).

(4)Lamy Droit économique 1992, n°3024.

(5)Lamy précité, n°3045, n°3039 et n°3078 ; V. PLAT, Thèse précitée, n°104, p.76 ; rappr. n°295 à 297 qui n'envisagent plus le problème ; Ch. HUGUET, chr. JCP éd. CI 1980, I, ADG, 8940 (variété de contrat de publicité).

(6)Cf. supra n°570-572.

exiger de lui autre chose que de porter ses couleurs et de prendre à part à la manifestation, la structure de qualification du contrat reste unilatérale. Les obligations du parrainé ne constituent pas la cause principale de l'engagement du commanditaire : celui-ci contracte dans la perspective des retombées publicitaires de l'événement. Les prestations du parrainé sont des obligations accessoires, analogues aux charges dans une donation. La nature onéreuse du contrat résulte de l'espérance d'un avantage futur et non des obligations du parrainé qui n'en sont pas la rémunération directe[1]. L'hésitation est en revanche permise pour les contrats de mécénat d'entreprise, qui n'utilisent pas la technique institutionnelle de la fondation[2]. Plus que le secteur d'activité, c'est en effet la discrétion qui caractérise le mécénat. Celle-ci est d'ailleurs imposée, en droit fiscal, pour que le mécène puisse déduire cette charge[3]. De plus, par sa finalité de soutien à des œuvres d'intérêt général, le mécénat tend davantage à une amélioration de l'image du mécène[4], qu'à des retombées directes, ce qui pourrait inciter à y voir la recherche d'un avantage extra-patrimonial, ou principalement extra-patrimonial. L'éviction de la qualification de donation ne se justifie plus, comme semble l'admettre la majorité de la doctrine[5].

621.– Dans toutes ces hypothèses de recherche d'un avantage extérieur au contrat, la structure de qualification est unilatérale onéreuse, intermédiaire entre la vente et la donation. Cependant, contrairement aux donations rémunératoires, la consécration d'un véritable régime intermédiaire est concevable.

Les deux catégories de conventions unilatérales onéreuses peuvent être illustrées par deux formules populaires qui, malgré leur trivialité, permettent de mieux comprendre les différences qui les séparent. Lorsque la cession rémunère un avantage passé, l'onérosité est fondée sur l'idée qu'il est interdit à un débiteur d'acquitter sa dette en monnaie de singe ! L'intensité de son engagement est donc calquée, en dépit de son caractère unilatéral, sur celle contenue dans un contrat synallagmatique onéreux. Lorsque l'avantage escompté est futur, la justification de l'onérosité est différente : elle relève plutôt de l'adage selon lequel il n'est pas possible d'attraper des

---

(1)Comme indiqué précédemment (n°570-572), c'est l'augmentation de l'emprise du parrain sur les retombées qui fait passer le contrat du caractère unilatéral au caractère synallagmatique. La contrepartie gagne en certitude, parce qu'elle est mieux maîtrisée. La finalité publicitaire (cf. D. GRILLET-PONTON, J.-Cl. précité, n°16) se mue en un objet publicitaire.

(2)Sur cette technique : Lamy précité, n°3072 et s. et les références citées, n°3034.

(3)Lamy précité, n°3078 : ne sont déductibles que les «véritables dons», qui ne comportent «aucune contrepartie directe pour le donateur» comme un «effet publicitaire» (le terme «contrepartie directe» paraît cependant fort mal choisi...).

(4)D. GRILLET-PONTON, J.-Cl. précité, n°11 ; A. GOBIN, «Contribution au contrat de mécénat», JCP éd. N. 1987, I, p.149, n°4 ; M.-E. ANDRE et autres, Cah. dr. entr. précité, p.4.

(5)Lamy précité, n°3067-3068, n°3078 ; A. GOBIN, chr. précitée, n°10 ; M.-E. ANDRE et autres, Cah. dr. entr. précité, p.4-5, pour le mécénat-intention ; comp. p.9 pour le mécénat création.

mouches avec du vinaigre... Le contractant qui s'engage dans la perspective d'un tel avantage ne peut prétendre limiter ses diligences à celles d'un débiteur animé d'une intention libérale : son partenaire connait, par hypothèse, ce but intéressé et il est juridiquement autorisé à spéculer sur une certaine qualité du bien remis. Néanmoins, en l'absence de toute rémunération directe et immédiate, circonstance que là encore son contractant connait et dont il ne peut se plaindre, une transposition automatique des règles de la vente semble injustifiée. L'intensité de l'engagement d'un tel contractant doit se situer à un niveau intermédiaire entre celle d'un vendeur et d'un donateur. Il y a là un pur problème de détermination du régime d'un contrat innommé, qui ouvre aux magistrats une certaine marge d'appréciation. Or, et la matière montre par là même une nouvelle fois sa richesse et sa complexité, il ne semble pas qu'un tel régime puisse relever de principes comparables à ceux rencontrés précédemment entre le prêt et le bail.

622.– S'agissant, tout d'abord, de l'efficacité du droit cédé ou de la chose transmise, une référence systématique aux obligations du vendeur ne paraît pas souhaitable. Il serait difficile d'admettre, par exemple, que le client puisse reprocher au commerçant la mauvaise qualité de l'échantillon gratuit qu'il a reçu. La sanction est ici purement commerciale : peu convaincu par l'essai, le client ne sera pas disposé à acheter le produit. Bien sûr, la faible valeur du bien cédé atténue la portée de cette illustration. Cependant, même pour des cessions plus importantes (parrainage, terrain), les lourdes garanties pesant sur le vendeur sont inopportunes. La détermination du régime ne pose pas de problème si le cédant avait connaissance du vice : il commet alors une faute qui engage sa responsabilité. Elle ne suscite pas de difficulté, non plus, s'il s'est exonéré de sa responsabilité. En particulier, pour la garantie des vices cachés, même professionnel, le cédant aura rarement cette qualité vis-à-vis de la chose cédée : par exemple, un sponsor automobile peut être une entreprise qui travaille dans un tout autre secteur d'activité. La clause exonératoire sera donc licite, et elle n'empêchera pas le parrainé d'exercer une action contractuelle directe contre le constructeur[1]. Mais en dehors de ces hypothèses, une atténuation du régime normal de la garantie du vendeur demeure souhaitable, selon des modalités qui resteraient à préciser (transformation de la garantie en obligation de moyens renforcée ou avec présomption de faute).

---

(1)Le raisonnement porte bien entendu sur un achat direct par le sponsor, suivi d'une cession au parrainé.

623.- En revanche, surtout pour les commerçants, il est permis de se demander si cette atténuation est transposable aux dommages que peut causer le bien cédé. Par exemple, si l'efficacité d'un échantillon de lessive demeure sans recours, il ne peut en être ainsi lorsque celui-ci cause des dommages au linge ou à son utilisateur. De même, une disquette échantillon ne peut engager la responsabilité de l'éditeur si elle s'avère inutilisable, mais la solution n'est plus admissible lorsque la disquette, porteuse d'un virus, endommage les fichiers de celui qui l'a utilisée. Il serait facile de multiplier les illustrations. Notamment, lorsque le produit fourni à titre d'essai est dangereux ou nouveau, il semble normal d'exiger l'exécution d'une obligation de renseignement comparable à celle d'un vendeur.

En résumé, la personne qui cède un bien sans contrepartie directe, mais dans l'espoir d'un avantage futur, ne garantit pas, ou garantit de façon atténuée, l'efficacité du bien, mais doit en revanche garantir, comme un vendeur, son innocuité. Le caractère intermédiaire du régime ne se manifeste pas, comme pour le prêt, par une recherche globale d'un régime autonome, mais pas la diversité des régimes d'emprunt. Une telle proposition risque de surprendre, car elle repose sur une la distinction de deux types de dommages, qui est inhabituelle. Deux arguments peuvent être invoqués pour tempérer cette objection. D'une part, cette distinction n'est plus si inconnue, depuis les textes récents sur la sécurité des produits, spécialement depuis la directive de 1985. D'autre part, il s'agit d'essayer de donner un régime le mieux adapté possible à une situation innommée. Le choix adopté est en réalité déterminé par la nature de la prestation (une dation), par le contenu des régimes voisins et par les circonstances environnantes (qualité de commerçant). Dès lors, il ne peut être admis a priori que la solution dégagée pour le louage et le prêt conserve toujours son efficacité.

L'étude des contrats de prestation de service ou de déplacement unilatéraux onéreux va d'ailleurs confirmer cette idée, en montrant que derrière une constante, la structure de qualification unilatérale onéreuse, le régime juridique peut varier selon les situations en présence.

C) Les contrats unilatéraux d'entreprise et de transport

624.- Les textes du Code civil établissent clairement que le législateur, en consacrant la qualification de louage d'ouvrage, ne s'est attaché qu'à une structure synallagmatique onéreuse. L'article 1710, en particulier, dispose sans ambiguïté que le prestataire s'engage «moyennant un prix convenu». L'unanimité semble se faire en doctrine pour considérer qu'en l'absence de rémunération du service rendu, le contrat

ne peut plus être un contrat d'entreprise[1] et l'analyse est certainement transposable à plusieurs conventions voisines[2].

La détermination de la nature des accords comportant une structure unilatérale gratuite ou intéressée se heurte à une difficulté préalable : l'existence même d'un contrat[3]. Pour certains auteurs, la force de l'engagement est détruite par l'absence de prix[4] et ces hypothèses d'actes complaisants relèvent de la responsabilité délictuelle. Dans cette conception, le régime des situations gratuites et intéressées se confond : l'article 1382 joue dans les mêmes termes et l'article 1384 alinéa 1 est désormais d'application générale[5]. Cette analyse n'est pas convaincante et la doctrine récente semble l'abandonner, ou tout au moins fortement la nuancer[6] : sans nier que certaines interventions spontanées demeurent en dehors de la sphère contractuelle[7], il est incontestable qu'en droit positif, il peut exister des contrats gratuits ou intéressés de prestation de services(8). Il convient donc d'approfondir la discussion dans ce cadre contractuel.

625.– L'impossibilité d'assimiler les conventions de prestations de services gratuits ou intéressés au contrat d'entreprise se déduit de l'esprit général de cette qualification. Du fait de sa pauvreté, le régime légal de l'entreprise mobilière n'est sans doute pas très parlant mais la réglementation particulière de la construction immobilière ou celle de contrats voisins comme le contrat de construction de maisons

---

(1)V. en ce sens, par exemple : MAZEAUD, T.3, vol. 2, n°1343 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°759 ; B. BOUBLI, Rép. civ., v° Contrat d'entreprise, n°39 ; A. BENABENT, J.-Cl. Civil, art. 1787, n°90.

(2)V. par exemple - *le contrat de construction de maisons individuelles* : article L. 231-1 et L.231-3 du Code de la construction.
- *le contrat de travail* : B. TEYSSIE, «Droit du travail», Litec, n°310 et s. ; G.-H. CAMERLYNCK, «Le contrat de travail», n°44, p.53 ; G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, «Droit du travail», 15e édit., n°166 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, «Droit du travail», 1989, p.76 ; A. ROUAST, «La prestation gratuite de travail», Etudes CAPITANT, p.695 et s.
Soc. 27 octobre 1959, Bull. civ., IV, n°1068, p.847 ; Cass. 3 août 1942, DA 1943, p.1.
- *le contrat médical* : J. PENNEAU, «La responsabilité médicale», Sirey 1977, n°19. Contra, plus convaincant : L. MELENNEC et G. MEMETEAU, «Traité de droit médical», T.2, p.15 ; M. HARICHAUX, «La rénumération du médecin», Economica 1979, n°28 (contrat onéreux).
- *rappr. pour le contrat de promotion immobilière* : Paris 7 février 1991, D. 1991, IR, p.73 ; Rev. dr. imm. 1991, p.486, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN (où l'absence de but lucratif prétendue s'accompagnait d'une rémunération effective).

(3)Cf. supra n°198 et s.

(4)V. par exemple : RIPERT et BOULANGER, T.2, n°61 ; WEILL et TERRE, «Les obligations», 4e édit., n°30.

(5)Solution affirmée en 1968, à propos du transport bénévole : cf. supra n°94 et s.

(6)Cf. les auteurs cités supra n°100 (note) et infra n°625 (dernière note).

(7)V. par exemple en matière de construction : Civ. 1e 1 mars 1977, D. 1977, IR, p.327, obs. Ch. LARROUMET ; Civ. 3e 3 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981-1-pan-p.15.

(8)A tout le moins, la nature intéressée renforce la crédibilité d'une analyse contractuelle (cf. supra n°99). D'une certaine manière, une trilogie réapparaît : contrat synallagmatique onéreux, contrat unilatéral intéressé, intervention extra-contractuelle de complaisance.

individuelles sont des arguments décisifs : tant les règles générales de ces qualifications[1], que la lourde responsabilité pesant sur le prestataire[2] ne sont compréhensibles que dans une structure synallagmatique onéreuse. Deux conséquences en résultent. La première est commune aux structures gratuite et intéressée : le régime global du contrat d'entreprise et des conventions voisines leur est inapplicable. La seconde s'inspire d'un principe général que la doctrine a dégagé à partir de textes épars du Code civil[3]. La responsabilité d'un débiteur doit être appréciée en fonction de l'onérosité de son intervention : il semble normal d'être moins exigeant à l'égard d'un contractant qui ne reçoit pas, en échange de sa prestation, une contrepartie équivalente[4]. La formulation de ce principe laisse aisément percevoir qu'une différence de traitement est ici possible entre une structure gratuite et une structure intéressée. Force est de constater, cependant, qu'une telle distinction reste d'une portée limitée et d'une mise en œuvre difficile.

626.– Elle est d'une portée réduite, parce qu'elle paraît insuffisante pour consacrer deux qualifications nettement distinctes. L'adaptation des règles relatives à la responsabilité du prestataire peut fort bien se réaliser au sein d'un contrat sui generis unique. La situation se rapproche ici beaucoup de celle déjà évoquée des conventions totalement innommées, dont la prestation caractéristique n'a fait l'objet d'aucune consécration légale, et qui se contentent d'une qualification unitaire, avec un régime variable[5]. En définitive, la seule différence concernant ces deux hypothèses a trait au nombre de structures concernées : trois, en l'absence de contrat nommé synallagmatique onéreux et deux dans le cas contraire.

---

(1)Formalisme du contrat de construction de maisons individuelles, par exemple.

(2)Contrat d'entreprise immobilière ou contrat de construction de maisons individuelles.

(3)Il s'agit notamment de l'article 1992 (mandat), des articles 1891 et 1898 (prêt) et des articles 1927 et 1928 (dépôt).

(4)En faveur d'une atténuation de la responsabilité d'un prestataire de service gratuit : J. CARBONNIER, op. cit., T.4, 1991, § 15 ; J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°19 ; STARCK, 3e édit., n°91 et n°1697 et s. ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°66-4° ; SAVATIER, «Traité de la responsabilité civile», T.1, 2e édition, n°124 et note D. 1968, p.180, spéc. p.182 ; AUBRY et RAU, T.6, 6e édit., § 448 bis, note 118 ; G. DURRY, obs. RTD civ. 1972, p.771 (avec des nuances) ; J. HUET, obs. RTD civ. 1985, p.390 ; M. ESPAGNON, J.-Cl. civ., art. 1146 à 1155, Fasc. 16-1, n°36 et s. ; L. BOYER, Rép. civ., v° Contrats et conventions, n°55 ; PLANIOL et RIPERT, T.6, n°38 et n°387 ; F. GRUA, J.-Cl. Civ., art. 1875-1879, n°59 et n°90 ; A. ROUAST, art. précité, n°15, p.705 ; P. DURAND, «Des conventions d'irresponsabilité», Thèse Paris 1931, p.175 et s. (avec des nuances) ; MAZEAUD et CHABAS, T.2 vol. 1, 1991, n°104 ; COLIN et CAPITANT, T.2, n°25 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.234 et s. ; rappr. Ph. PETEL, «Les obligations du mandataire», Bibl. dr. entr., T.20, 1988, n°157 et s. ; D. MAYER, «L'amitié», JCP 1974, I, 2663, n°25.

(5)Cf. supra n°544, n°549 et infra n°654 et s., n°795.

627.- Elle est ensuite d'une mise en œuvre difficile. Le premier obstacle est purement technique. Il convient, en effet, de déterminer trois degrés distincts dans l'intensité de l'intervention du débiteur, sachant qu'une modération directe du montant des dommages-intérêts, bien que parfois proposée, et sans doute opportune, n'est pas admissible sans un texte précis la consacrant[1]. Si le contractant à titre onéreux est tenu d'une obligation de résultat, le contractant à titre intéressé pourrait n'être que présumé fautif et le contractant à titre gratuit simplement obligé à une prestation de moyens[2]. A la trilogie des structures de qualification, répondrait une gradation elle aussi ternaire du régime de responsabilité. Il est facile, pourtant, de pressentir une première objection : bien qu'elle prenne tout son sens dans une perspective globale, l'instauration d'une présomption de faute, à l'encontre du débiteur intéressé, contredit le jeu normal des règles de preuve. L'évolution récente de la jurisprudence fournit cependant une solution de rechange : il suffit de remplacer la présomption de faute, par une obligation de moyens renforcée, mais la distinction du régime de l'obligation intéressée et de l'obligation gratuite en est affaiblie. Elle l'est encore plus lorsque le contractant à titre onéreux n'est lui-même tenu que d'une obligation de moyens, qui n'est pas forcément renforcée. Etant donné que l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité du contractant à titre gratuit ne peut être requise sans textes[3], la marge de manœuvre paraît réduite[4] : il reste possible d'apprécier la faute du contractant

---

(1)V. en ce sens Ph. PETEL, «Les obligations du mandataire», précité, n°157. Contra : PLANIOL et RIPERT, T.6, n°387-3° ; M. BOITARD, «Les contrats de services gratuits», Thèse Paris 1941, p.259 et s. ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.240.

(2)Cette gradation mérite d'être rapprochée des règles posées par la récente loi relative à l'expérimentation médicale. L'expérimentation désintéressée sans bénéfice individuel direct fait peser une obligation de sécurité-résultat sur le thérapeute (la solution rejoint les règles traditionnelles des contrats gratuits posées par les articles 1947 (dépôt), 2000 (mandat) et 2028 (cautionnement) du Code civil : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°329). L'expérimentation avec bénéfice direct (escompté...) génère une présomption de faute (sur ce texte : F. ALT-MAES, «L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime», Rev. sc. crim. 1991, p.244 et s., spéc. p.254 ; D. THOUVENIN, «Le loi du 20 décembre 1988...», ALD 1989, p.89 et s., spéc. n°195 et s. ; J. BORRICAND, «Commentaire de la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988...», D. 1989, p.167 et s., spéc. n°60 et s. ; G. MEMETEAU, «De quelques droits sur l'homme...», D. 1990, p.165 et s., spéc. p.170-171). L'échelonnement posé par le texte est tout à fait comparable, même s'il joue de façon inversée, puisqu'il s'agit de fixer les obligations du créancier de l'obligation assumée gratuitement ou de façon intéressée et non celles du débiteur (dans les deux cas, la présomption de faute concerne la structure intéressée, alors que la structure gratuite appelle selon les cas, une obligation de moyens ou une obligation de résultat).

(3)Contrat de travail ou commodat (article 1891 du Code civil). Adde : MAZEAUD et TUNC, T.1, n°691-2, p.775. Certaines décisions, en matière de transport bénévole, exigeaient cette faute lourde, mais la solution était critiquée (cf. supra n°95 (note)), parmi les décisions analysant le transport bénévole comme un contrat ; v. par ex : Nîmes 14 décembre 1925, DH 1926, p.61).

(4)Cf. ESMEIN, note S. 1939-1-p.201, estimant qu'il n'y a même aucune différence entre la responsabilité du médecin rémunéré et celle du médecin complaisant. Dans le même sens, semble-t-il : E. ARRIGHI de CASANOVA, «La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile», Thèse Aix 1946, n°130 et s.

complaisant in concreto, comme dans le cas du dépôt (article 1927 du Code civil), ou in abstracto, mais par catégorie tenant compte du caractère gratuit ou onéreux de la convention[1]. Introduire une position intermédiaire intéressée, dans cette distinction déjà subtile, semble peu réaliste. Sans disparaître complètement, l'influence de l'onérosité de l'intervention du prestataire semble dès lors mesurée.

628.- A cette première difficulté, s'en ajoute une seconde qui contribue encore davantage à contester la spécificité de la structure intéressée. Dans plusieurs hypothèses, doctrine et jurisprudence semblent vouloir rapprocher le régime des versions gratuites et onéreuses d'une même obligation[(2)]. Isoler une structure intermédiaire, distincte de la structure gratuite n'a dès lors plus de sens, puisque leur régime global est commun (et différent du contrat onéreux) et que leur régime de responsabilité ne peut plus être gradué. Ainsi, la transformation classique d'une obligation de résultat en obligation de moyens, consécutive à la mutation d'un contrat onéreux en contrat gratuit, n'est plus systématiquement admise[3]. D'une manière générale, s'adresser à un ami complaisant n'est pas forcément le signe d'une volonté d'obtenir une prestation diminuée et peut au contraire reposer sur la confiance en ses qualités[4]. Un tel argument est à lui seul insuffisant, mais il prend de la consistance lorsqu'il est conforté par la nature particulière du service rendu. M. Durry cite

---

(1)Cf. Ph. PETEL, Thèse précitée, n°159.

(2)La généralisation de l'application de l'article 1384 alinéa 1 y incite, en durcissant le régime minimal de l'acte complaisant non contractuel, hypothèse «jointive» du contrat de prestation de service gratuit. Cf. aussi M. CABRILLAC, préface à la thèse précitée de M. PETEL, p.2.
Adde : - La consécration d'une obligation de sécurité résultat dans l'assistance bénévole (Civ. 1e 16 décembre 1986, D. 1987, IR, p.25).
- Crim. 27 septembre 1989, Gaz. Pal. 1990-1-p.102 (infractions à la sécurité du travail admises même pour des participants bénévoles, mais la solution peut se recommander de l'autonomie du droit pénal) ; rappr. les reprises partielles par analogie proposées par A. ROUAST, chr. précitée, n°15 et s., p.705 et s.
- obs. LE CALONNEC, Rev. dr. rur. 1981, p.41 et 1983, p.350, à propos de l'entraide agricole. La gratuité est ici discutable et si le caractère onéreux synallagmatique est contestable, un intéressement minimal est concevable (cf. infra n°1253 et s. et les réserves).
- J. NERET, «Le sous-contrat», Thèse LGDJ 1979, n°131, p.105, texte et note 164-165 et n°140 et s., p.112 et s, qui considère, à juste titre, qu'une sous-entreprise gratuite reste un sous-contrat, mais qui estime aussi, de façon contestable, que l'entreprise garde sa qualification si elle est exécutée gratuitement.

(3)En faveur de la position classique : P. ESMEIN, note S 1933-1-p.289, sous Req. 24 octobre 1932 ; J. FROSSARD, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», LGDJ 1965, n°454 et s., p.260 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Civ., art. 1136 à 1145, Fasc. 2, n°17 ; PLANIOL et RIPERT, T.6, n°387 ; J. HUET, «Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle», Thèse Paris II 1978, n°144 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°374, note 1, p.431 ; M. GENDRE-DEVOIVRE, «Collaboration et assistance entre parties au contrat», Thèse Clermont I 1981, n°291, p.391.
Contra : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°823 ; avec des nuances : G. DURRY, obs. RTD civ. 1972, p.771.

(4)M. BOITARD, Thèse précitée, p.258-259.

l'exemple des personnes qui acceptent de garder un très jeune enfant : pour cet auteur, l'intérêt en jeu justifie une égale sévérité pour le contractant onéreux ou bénévole, et donc a fortiori intéressé[1]. Une solution similaire paraît devoir être retenue pour certaines professions libérales, tel qu'un médecin[(2)], un avocat ou un architecte[(3)]. Il semble difficile d'admettre que ces professionnels puissent apporter moins de soins à leur client, sous prétexte qu'ils se sont engagés sans rémunération. Le malade ou le plaideur n'ont pas de droit à l'erreur : ils risquent leur santé ou la réussite de leur procès. A partir du moment où l'avocat et le médecin acceptent d'effectuer une prestation gratuite, ils captent la confiance de leur client et les dissuadent de s'adresser ailleurs, auprès d'un professionnel rémunéré. L'importance de l'enjeu et leur qualité justifient le maintien de diligences normales. En réalité, c'est en refusant de s'engager, en sortant du champ contractuel par l'exécution d'une prestation de nature différente, d'importance très réduite, que ces contractants peuvent échapper à leur responsabilité habituelle[4]. Ainsi en est-il du médecin qui ne donne pas de consultation véritable, après un examen complet et sérieux, dans son cabinet si nécessaire, mais qui se contente d'un conseil d'après quelques indications sommaires, dont le caractère succinct doit apparaître au malade, qui ne sera pas ainsi persuadé de l'inutilité d'une consultation véritable[5].

629.– Au terme de cet exposé sommaire, le bilan s'avère décevant. L'autonomie d'une structure unilatérale intéressée de prestation de service n'est pas établie. Celle-ci

---

[(1)]G. DURRY, obs. RTD civ. 1972, p.771.

[(2)]Rappr. Civ. 18 janvier 1938, S. 1939-1-p.201, note ESMEIN, confirmant Besançon 20 mars 1933, DH 1933, p.292 dans des termes ambigus (cf. la note et E. ARRIGHI DE CASANOVA, Thèse précitée, n°135). En particulier, la phrase selon laquelle il n'y a «pas lieu de rechercher si la nature du contrat intervenu entre le médecin et son client se trouve influencée par la gratuité effective des soins rendus», peut s'expliquer simplement par la constatation souveraine des juges du fond que le contrat était onéreux. Malgré l'absence de rémunération, due à un usage entre médecins, la Cour d'appel fonde le maintien de l'onérosité sur une remise des honoraires. Le contrat mêlerait ainsi contrat médical et donation indirecte, la donation résultant justement du maintien du régime normal du contrat. Sur cette solution, cf. d'ailleurs supra n°584.

[(3)]V. deux décisions fort ambiguës : Civ. 3e 20 juin 1972, Bull. civ., III, n°405, p.295 et Civ. 3e 31 janvier 1979, D. 1979, IR, p.280 («le caractère prétendument gracieux... n'était pas en lui-même de nature à modifier le contenu de ses obligations contractuelles»). Dans une interprétation réductrice de la portée de ces arrêts, il est possible de considérer que dans les deux cas, l'architecte avait commis une faute qui de toute manière aurait engagé sa responsabilité. Il serait, en revanche, totalement exclu de soumettre l'architecte à titre gratuit à la garantie décennale. Force est de constater que la formule de l'arrêt de 1979 ne semble pas faire de distinction. Certes, l'intervention de l'architecte possède une particularité : elle se greffe sur un groupe de contrats onéreux. Il semble pourtant exagéré de tirer d'une éventuelle «contamination» de ce caractère à la convention conclue par l'architecte, une soumission au régime des garanties légales.

[(4)]Tout en étant soumis à l'article 1382 du Code civil.

[(5)]V. en ce sens sens : M. BOITARD, Thèse précitée, p.101 ; E. ARRIGHI DE CASANOVA, Thèse précitée, n°135. Même solution pour le conseil juridique rapide d'un avocat ou pour le croquis d'une maison par un entrepreneur (Civ. 3e 3 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981-1-pan p.15).

relève sans aucun doute d'une qualification sui generis, qui exclut l'assimilation avec le contrat d'entreprise et la reprise du régime global de cette convention. Mais cette solution est partagée avec la structure gratuite, ce qui justifie la réunion de ces deux hypothèses au sein d'une même qualification innommée. Quant à la responsabilité, l'opportunité d'un traitement plus rigoureux du débiteur intéressé demeure, mais ce durcissement n'est pas facile à mettre en œuvre. La jurisprudence, de surcroît, est trop peu abondante pour qu'il soit possible d'en tirer des conclusions fermes(1). Comme souvent, l'étude du contrat de transport est beaucoup plus instructive.

630.– A la base, la distinction du contrat de transport et du déplacement gratuit ou intéressé s'opère selon un schéma similaire au contrat d'entreprise. La similitude de situations est d'autant plus grande que le transport suppose la présence d'un voiturier professionnel : le déplacement onéreux par un non-professionnel relève du contrat d'entreprise[2]. Or, il est fréquent que les transports gratuits ou intéressés soient accomplis à titre occasionnel par un contractant dont ce n'est pas l'activité régulière. En supposant cette première condition remplie, le transport, tout comme le contrat d'entreprise, qui constituent d'ailleurs, pour le Code civil, deux variétés du louage d'ouvrage défini à l'article 1710, est incontestablement construit autour d'une structure synallagmatique onéreuse. En l'absence de celle-ci, il ne peut s'agir que d'une qualification innommée de déplacement[3]. Par son esprit général, le régime du contrat de transport est sans conteste inadapté à une convention unilatérale[4] : la remarque vaut aussi bien pour la lourde responsabilité pesant sur le voiturier, que pour les règles plus générales, telle la prescription de l'article 108 du Code de commerce, ces deux composantes du régime du transport s'avérant d'ailleurs étroitement liées. La doctrine, corrélativement, semble favorable à une atténuation des diligences du transporteur non rémunéré[5]. Cependant, contrairement au contrat d'entreprise, la

(1)Tout juste est-il possible d'inférer de la jurisprudence sur les professions libérales, que la qualité de professionnel s'accompagne souvent d'un maintien des diligences normales : or, comme l'étude du transport permet de le montrer (cf. infra n°638), les interventions de ces contractants, sont rarement considérées comme purement gratuites, mais plutôt présumées intéressées.

(2)RODIERE, «Droit des transports», 1977, n°692 ; note JCP 1973, II, 17325, sous Civ. 1e 11 octobre 1972. Contra : R. PLICHON, Thèse précitée infra, p.63-64 et p.204 et s. (qui maintient la qualification de transport, mais la solution n'est soutenable que pour le transport de personnes, cf. infra n°908 et s.).

(3)V. en ce sens : L. JOSSERAND, «Les transports», 1926, n°103 ; RODIERE, «Droit des transports», 2e édit., 1977, n°692 ; note JCP 1973, II, 17325 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., 5e édit., n°132 ; J. MERIMEE, Rép. com., v° Contrat de transport, n°15-16 (l'exemple cité au n°15 n'est pas probant : il s'agit d'une obligation accessoire, qui épouse le caractère du contrat qui l'accueille, cf. infra n°1145 et s.) ; M. ALTER, J.-Cl. Civ., art. 1782-1786, n°21.

(4)J. MERIMEE, Rép. précité, n°16 ; L. JOSSERAND, op. cit., loc. cit.

(5)En faveur d'une atténuation de la responsabilité d'un transporteur contractuel à titre gratuit : L. JOSSERAND, op. cit., loc. cit. ; J. MERIMEE, Rép. précité, n°16 ; J. HUET, obs RTD civ. 1985, p.390.

spécificité de la structure unilatérale intéressée, bâtie autour d'une prestation de déplacement, a été discutée par la doctrine et la jurisprudence, tant dans le domaine des transports terrestres que dans celui des transports aériens, selon des approches, il est vrai très différentes.

631.- A priori, tenter de préciser la position d'un contrat de déplacement intéressé par rapport à une convention de transport onéreux ou de déplacement gratuit, semble une recherche vaine : la possibilité même d'une telle discussion est écartée par la tendance jurisprudentielle qui refuse de voir dans ce genre de déplacements un véritable contrat[1]. Au-delà du contrat de transport synallagmatique onéreux, ce sont les règles de la responsabilité délictuelle qui ont vocation à s'appliquer[2]. Il convient toutefois de remarquer, qu'au sein des règles délictuelles, la jurisprudence a longtemps fait une distinction entre le transport bénévole, effectué à titre gracieux et le transport intéressé, qui profitait au transporteur. La victime ne pouvait rechercher la responsabilité du premier que sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en établissant la faute de l'automobiliste complaisant[3], alors qu'elle bénéficiait de la présomption de responsabilité de l'article 1384 alinéa 1, pour actionner le second. Cette distinction a disparu en 1968[4] et le transporté bénévole a disposé jusqu'en 1985 de la responsabilité présumée du gardien d'une chose.

632.- En près de quarante ans, les tribunaux ont néanmoins eu le temps de cerner le contenu de la notion de transport intéressé[5]. L'examen de cette jurisprudence est fort intéressant, car de nombreuses hypothèse qualifiées de transport intéressé, peuvent dans une analyse contractuelle, recevoir une qualification identique[6],

---

(1) Sur cette discussion, cf. AUBRY et RAU par ESMEIN, T.VI, 6e édit., § 448 bis, p.619 ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», 1962, n°437 ; MAZEAUD, T.2, édit. 1956, n°543 et s. ; RODIERE, 1e édit., T.3, n°1302 et s. Cf. supra n°94 et s.

(2) Le raisonnement portera sur les solutions antérieures à la loi Badinter.

(3) Civ. 27 mars 1928, D.P. 1928-1-p.145, note RIPERT, S. 1928-1-p.353, note GENY. La décision se réfère à l'idée selon laquelle la présomption ne bénéficie qu'aux victimes «du dommage causé par une chose à l'usage de laquelle elles n'ont pas participé». Mais le fondement essentiel est un souci d'équité : éviter qu'un acte de complaisance ne se retourne contre son auteur (en ce sens : AUBRY et RAU, op. cit., note 118 ; MAZEAUD, op. cit., loc. cit. ; FLOUR et AUBERT, «Le fait juridique», 1991, n°255 ; RODIERE, 1e édit., n°1304 et 1306, qui montre bien que cette indulgence est indépendante de l'existence d'un contrat, même à la responsabilité contractuelle l'explique mieux.

(4) Ch. Mixte 20 décembre 1968, JCP 1969, II, 15756 ; D. 1969, p.37, concl. SCHMELCK.

(5) Sur cette jurisprudence, v. M.-F. SOINNE-BARRAT, «L'assistance bénévole portée à autrui», Thèse Lille 1970, p.71 et s. ; R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», p.55 et s. (et les très nombreuses décisions citées) ; G. BORRICAND, «Le transport gratuit», in «L'automobile en droit privé», LGDJ 1965, p.327, spéc. n°8 et s.

(6) Contre ce raisonnement par analogie : J.-J. DUPEYROUX, «Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit», Thèse Toulouse 1955, n°72. Sous les réserves précisées infra, cette position est trop tranchée. La proximité des situations est établie par la concordance des hypothèses de fait

correspondant à une convention de structure unilatérale onéreuse. Tel est le cas, notamment, lorsque le transporteur espère que le déplacement conduira à la conclusion d'une affaire profitable[1], spécialement la vente du véhicule dont le candidat acheteur aura pu apprécier les qualités[2]. S'agissant d'un professionnel, l'intérêt du transporteur peut résider dans la publicité qui accompagne le déplacement (transport du directeur d'une course cycliste en tête du peloton[3]) ou dans le but commercial de satisfaire sa clientèle (hôtelier qui emmène un de ses clients à la gare[4]). Dans de nombreux cas soumis aux tribunaux, le déplacement est à la limite de l'intégration, au rang d'obligation accessoire, dans une convention onéreuse[5] : travail[6], transport[7], «contrat médical»[8], mandat[9], etc.[10] Maintenu en marge de la convention principale, la finalité

---

et l'exemple du transport aérien montre que la question se pose dans des termes voisins avant et après la loi de 1957 (rappr. en ce sens : M.-F SOINNE-BARRAT, Thèse précitée, p.72, pour le principe que la gratuité couvre aussi le domaine délictuel et p.84, pour l'idée (justifiée) que c'est du côté du gardien qu'il faut examiner l'éventuellle recherche d'un intérêt). Deux autres points communs unissent les deux hypothèses : l'intéressement doit être découvert dans les circonstances du transport, telles qu'elles apparaissent avant le début du déplacement (sur le premier point : Lyon 22 novembre 1967, D. 1968, somm. p.18 (la participation de la concubine à l'achat de la voiture ne rend pas onéreux tous les transports effectués avec ce véhicule) ; sur le second : cf. infra n°633 (note), pour les participations aux frais postérieures.

(1) Amiens 4 avril 1933, Gaz. Pal. 1933-2-p.143 ; Paris 16 juin 1938, Gaz. Pal. 1938-2-p.371 ; Civ. 26 février 1940, S. 1941-1-p.97 ; Civ. 3 juin 1940, S. 1940-1-p.131 ; Civ. 2e 23 novembre 1961, Bull. civ., II, n°793, p.555 ; rappr. Civ. 2e 11 juin 1958, Gaz. Pal. 1958-1-p.193.

(2) Tb. com. Narbonne 27 mars 1933, Gaz. Pal. 1933-2-p.143 (qui n'écarte pas une qualification contractuelle) ; Civ. 29 octobre 1940, S. 1941-1-p.97 ; Req. 20 avril 1944, D. 1945, p.18 ; rappr. STARCK, 3e édit., n°222.

(3) Civ. 2e 31 octobre 1963, D. 1964, p.180.

(4) Angers 4 décembre 1962, Gaz. Pal. 1983-1-p.178.

(5) Cf. en doctrine, estimant que certaines hypothèses se rattachent à un contrat : DEMOGUE, RTD civ. 1932, p.766 ; P. DURAND, «Des conventions d'irresponsabilité», Thèse Paris 1931, p.172.

(6) Civ. 3 mars 1941, S. 1941-1-p.97 ; rappr. Rappr. 24 juillet 1929, Gaz. Pal. 1929-2-p.682 (analyse contractuelle pour des acteurs amenés sur le lieu d'un tournage).

(7) Civ. 2e 11 janvier 1956, Bull. civ., II, n°31, p.19 ; Civ. 2e 9 avril 1957, Bull. civ., II, n°312, p.206 ; Chambéry 3 mars 1959, Gaz. Pal. 1959-1-p.290 ; Civ. 2e 20 décembre 1960, Bull. transp. 1961, p.62. Rappr. Com. 13 février 1956, Bull. civ., III, n°63, p.54. Comp. Civ. 1e 25 avril 1951, Bull. civ., I, n°127. Adde : Com. 5 octobre 1954, Bull. transp. 1955, p.303 (transport de l'acheteur du frêt convoyé au retour ; l'arrêt retient à tort l'intérêt de l'acheteur, pour écarter la gratuité (la cause de l'acheteur est constituée par le déplacement), alors que c'est celle du transporteur qui importe (cf. M.-F. SOINNE-BARRAT, Thèse précitée, p.84). En l'espèce, la présence de l'acheteur permettait l'achat du frêt du retour, amortissant au mieux le voyage)).
Adde : Civ. 25 mai 1940, S. 1941-1-p.41 (déménageur transportant sa cliente-transport bénévole). Apparemment, la motivation est rigoureuse : non intégration implicite en un contrat unique des deux déplacements, affirmation que le caractère accessoire ne suffit pas à l'onérosité (ce qui est vrai, s'agissant d'un accessoire non nécessaire, preuve en l'espèce que le transporteur n'en retirait aucun avantage. Pourtant, avec du recul, l'exclusion de l'avantage est surtout fondée sur l'absence de prix, ce qui est insuffisant et le refus d'intégration n'est pas expliqué.
Adde pour un véritable transport onéreux global du cercueil d'un défunt et de sa famille au retour du cimetière : Civ. 1e 30 décembre 1953, Bull. civ., I, n°388, p.374.

(8) Req. 1 mars 1933, Gaz. Pal. 1933-1-p.865 (passager transporté devant aller donner des soins (onéreux ?) à la fille du transporteur).

intéressée du transport est alors évidente et elle s'identifie au caractère accessoire du déplacement : ce dernier est accompli pour faciliter l'exécution du contrat antérieur.

633.– Ce raisonnement analogique du domaine délictuel au domaine contractuel ne peut être poursuivi sans limites. Ce contentieux n'avait pas pour objet de distinguer une cause onéreuse d'une cause gratuite[1]. Sa perspective était différente : il s'agissait de préciser les hypothèses où la nature purement gracieuse du transport justifiait l'éviction de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil. La jurisprudence a donc adopté une conception restrictive du transport bénévole[2], tendance qui ne pouvait aller qu'en s'accentuant jusqu'au revirement de 1968. Il en résulte que de nombreux cas de transport délictuel intéressé mériteraient, dans une analyse contractuelle de rester de véritables contrats gratuits. La Cour de cassation a fourni un élément de distinction pertinent en rappelant que le transport ne pouvait devenir intéressé, que si l'avantage recherché par le transporteur était d'ordre patrimonial : en l'espèce, le transport d'une maîtresse par son amant ne répondait pas à cette condition[3]. Force est de constater que la jurisprudence, et la Cour de cassation la première, n'a pas respecté ce critère : les tribunaux se sont contentés d'intérêts faiblement patrimoniaux (au mieux...) pour écarter le caractère bénévole du déplacement[4] : temps gagné parce que le passager indique l'itinéraire pour parvenir à une destination commune[5], fatigue épargnée parce que l'invité prendra le volant[6]. Même l'hypothèse du partage des frais est discutable :

---

(9)Paris 4 mars 1936, Gaz. Pal. 1936-2-p.648 (l'arrêt retient d'ailleurs une nature contractuelle pour le transport aller, mais pour le retour, ce qui, en l'espèce, est absurde).

(10)Rappr. pour des hypothèses particulières : Colmar 11 mars 1933, Gaz. Pal. 1933-2-p.143 (mécanicien acceptant d'être copilote dans un rallye) ; Civ. 25 janvier 1943, DA 1943, p. 30 (transport d'un savant avec des ingénieurs d'une société, qui... pouvaient s'instruire en discutant avec lui !) ; Civ. 2e 2 mars 1961, Bull. civ., II, n°184, p.133 (directeur d'une agence de crédit profitant du déplacement avec une future collaboratrice (passagère) pour en apprécier les capacités...).

(1)En ce sens : A. PONSARD, note D. 1950, p.179, sous Dijon 26 janvier 1950.

(2)En ce sens : AUBRY et RAU, op. cit., p.621 ; A. PONSARD, note précitée, p.178 ; J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°71.

(3)Civ. 2e 19 mai 1958, D. 1959, p.294, note H. ABERKANE ; v. aussi Dijon 26 janvier 1950, précité et sur pourvoi (rejet) : Civ. 2e 16 novembre 1956, D. 1957, p.180, note A. PONSARD, JCP 1957, II, 9704, note ESMEIN. Adde : Civ. 2e 4 mars 1965, Bull. civ., II, n°225, p.158 (invitation à un mariage ne retirant pas au déplacement son caractère bénévole).

(4)Cf. ESMEIN, note JCP 1958, II, 10674 sous Civ. 2e 14 mars 1958, D. 1958, p.385, note SAVATIER ; rappr. MARTY et RAYNAUD, op. cit., loc. cit. ; H. ABERKANE, note précitée ; approuvant cette solution : A. PONSARD, note précitée, D. 1950, p.178-179.

(5)Civ. 2e 11 juin 1958, précité. L'arrêt n'est pas net, car il y avait aussi un mobile supplémentaire tiré de l'exécution d'une affaire commune. La Cour a semblé d'ailleurs refusé de se contenter de cet élément (Civ. 2e 19 décembre 1961, Bull. civ., II, n°632). Mais, signe d'évolution, elle s'est ravisée (Civ. 2e 11 juillet 1966, Bull. transp. 1966, p.338 ; il faut remarquer, aussi, en l'espèce, une participation aux frais).

(6)Le premier arrêt semble se limiter à un pur problème probatoire (Civ. 2e 14 mars 1958, précité), mais un arrêt ultérieur est plus net (Civ. 2e 28 février 1964, Gaz. Pal. 1964-1-p.352 ; adde

la Cour de cassation a refusé d'y voir un contrat de transport synallagmatique onéreux[1], mais elle a admis le caractère intéressé de ce genre de déplacement[2]. Or, l'exemple de la donation avec charge, montre qu'un contrat peut demeurer gratuit, tout en étant synallagmatique[3] : une compensation minime, telle qu'une participation aux frais d'essence ne peut donc, d'un point de vue contractuel, conférer systématiquement un caractère intéressé à l'accord. Il serait, à cet égard, judicieux d'utiliser l'indice supplémentaire proposé par un auteur : reste gratuit le déplacement que le transporteur aurait accompli de toute manière, même en l'absence de compensation[4].

634.- L'étude du transport gratuit de personnes en matière aérienne s'avère aussi riche d'enseignements. Plusieurs régimes se sont succédés, dont les solutions divergent.

En matière internationale, la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 limite son champ d'application aux transports aériens effectués «contre rémunération» (article 1-1), mais le texte introduit une extension originale : la Convention «s'applique également aux transports gratuits effectués par aéronef par une entreprise de transports aériens», autrement dit par un professionnel du déplacement(5). L'explication de cette dérogation avancée par la doctrine est, en général, la suivante : «on ne croit pas à la philanthropie d'une entreprise de transports aériens»(6) et derrière toute intervention

---

Poitiers 8 décembre 1954, JCP 1955, II, 8510, note SAVATIER, critiqué par J. CARBONNIER, «Flexible droit», 6e édit., p.35, note 21). Contra, plus convaincant : Amiens 5 octobre 1955, Gaz. Pal. 1955-2-p.276.

(1)Civ. 1e 11 octobre 1972, précité ; sur renvoi : Montpellier 16 décembre 1974, Bull. transp. 1975, p.84.

(2)Civ. 2e 17 octobre 1957, Bull. civ., II, n°633, p.407 ; Cass. 7 novembre 1957, JCP 1957, IV, p.179 ; 2 juillet 1964, Bull. civ., II, n°535, p.399 ; 15 octobre 1964, Gaz. Pal. 1964-2-p.456 ; comp. Ch. mixte 20 décembre 1968, 3e espèce, précité, qui semble abandonner cette solution au moment où elle n'a plus d'intérêt... sauf en l'espèce pour faire jouer l'assurance.
En revanche, l'arrêt parfois présenté comme contredisant cette tendance (Civ. 2e 16 octobre 1964, Bull. civ., II, n°622, p.455) n'est nullement contradictoire : la participation n'y était pas prévue dès le départ et le passager l'avait décidée de son propre chef, à titre de remerciement, en cours de transport (il convient de noter, au passage, qu'un tel raisonnement est fort proche de l'analyse d'une qualification contractuelle, où la nature du contrat s'apprécie lors de l'échange des consentements, une modification ultérieure unilatérale restant sans influence).

(3)Cf. en ce sens, très clair, H. ABERKANE, note précitée, p.296 ; F. GRUA, Juris. civ., art. 1875-1879, n°65.

(4)H. ABERKANE, note précitée, p.296.

(5)V. en matière maritime la disposition équivalente de la loi du 18 juin 1966 (art. 34) et l'explication identique par RODIERE, «Affrètements et transports», T.3, n°1017-B. V. aussi pour l'article L. 330-2 du Code de l'aviation : Crim. 23 octobre 1991, D. 1992, IR, p.48.

(6)RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°124-1° ; RODIERE, 1e édit., T.3, n°1314 et T.2, n°388-1° ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 11e édit., n°2784, note 1.
Cette explication n'est pas la seule. Cf. : D. LUREAU, «La responsabilité du transporteur aérien», LGDJ 1961, n°182 (prévention des fraudes par dissimulation de la contrepartie - voyages gratuits grâce au bénéfice de titres de faveurs) ; V. GRELLIERE, «La responsabilité du transporteur aérien

gratuite, il est facile de présumer l'existence d'un intérêt commercial[1]. En définitive, la qualité du transporteur laisse à penser que le transport est intéressé et non pas véritablement bénévole[2]. La qualité d'une partie prime la gratuité ou la rémunération[3]. Cette position, adoptée par la convention de Varsovie, mérite d'être soulignée, car elle constitue une des rares situations, où une cause intéressée est clairement assimilée à une cause onéreuse, dont elle subit le régime. Pour une fois, la classification générale des contrats, qui rattache plutôt la cause intéressé à la cause onéreuse[4], est respectée, et des conséquences pratiques en sont déduites. La situation est sensiblement différente en droit interne.

635.- Dans le domaine du transport aérien interne de passagers, la loi du 2 mars 1957 marque une étape fondamentale. Avant la mise en vigueur de ce texte[5], la jurisprudence transposait au transport aérien gratuit les règles gouvernant le transport routier. Elle considérait qu'aucun contrat n'était conclu dans ce genre d'hypothèses et en déduisait l'application des règles délictuelles. Elle procédait alors à une sous-distinction : lorsque le transport était purement bénévole, la victime devait prouver la faute du transporteur[6] ; lorsque le déplacement était intéressé, la victime pouvait au contraire se prévaloir de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil[7].

Cette solution était critiquable, à un double point de vue. En premier lieu, l'absence de contrat était moins convaincante en matière aérienne, qu'en matière terrestre[8]. Ensuite, et surtout, le régime du transporteur non rémunéré était incohérent, puisqu'il

---

international», Thèse Toulouse 1973, p.44-45 (absence de discrimination entre passagers payants et gratuits ; souci d'équité, pour que le passager gratuit ne soit pas traité plus favorablement).

(1)Cf. RODIERE, op. cit., loc. cit., à propos de vols publicitaires.

(2)En ce sens : RODIERE, op. cit., n°263 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°124-1° ; M. GODFROID, «Les transports à titre onéreux et gratuits dans la Convention de Varsovie et en droit belge», Rev. fr. dr. aérien 1987, n°8, p.29.
P. CHAUVEAU, «Traité de droit aérien», 1951, n°202 et s.

(3)En ce sens : RODIERE, op. cit., n°263. Pour RODIERE, l'intéressement du transporteur est le fondement de cette dérogation, il n'en est pas une condition précise. Contrairement à l'analyse effectuée par un auteur (V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.48-49), la conception défendue par le doyen RODIERE n'autorise pas une entreprise de transport à échapper à la convention en prouvant in concreto sa motivation généreuse. La présomption d'intéressement est irréfragable.
Comp. aussi P. CHAUVEAU, «Droit aérien», 1951, n°202 et s., qui adopte une définition originale de l'entreprise de transport, reposant moins sur la qualité de la personne, que sur la nature de chaque vol concerné.

(4)Cf. supra n°528 et s.

(5)Sur la situation avant 1957, cf. P. CHAUVEAU, «Le transport aérien gratuit», JCP 1960, I, 1556 ; «Transport aérien gratuit et loi du 2 mars 1957», D. 1962, p.147 ; «Droit aérien», 1951, n°447 et s. ; D. LUREAU, op. cit., n°337.

(6)Civ. 27 mars 1928, DP 1928-1-p.145, note RIPERT ; S. 1928-1-p.353, note GENY.

(7)Civ. 13 mai 1947, Rev. fr. dr. aérien 1948, p.103, note LEMOINE ; Rev. gén. air 1947, p.469, note J. LACOMBE ; JCP 1947, IV, p.114.

(8)Et l'est toujours... cf. supra n°100 ; en ce sens : P. CHAUVEAU, chr. précitée, D. 1962, p.147 ; V. GRELLIERE, note Rev. fr. dr. aérien 1979, p.319 ; contra : M. DE JUGLART, «Le pilote d'aéro-club : quelles responsabilités ?», JCP 1983, I, 3096, n°11 ; RODIERE, op. cit., n°693.

était plus sévère que celui encouru par un transporteur professionnel et rémunéré[1] ; les transporteurs bénévole ou intéressé ne pouvaient pas invoquer les limitations de responsabilité prévues par la Convention de Varsovie et le transporteur intéressé voyait même sa responsabilité mise en jeu plus facilement que celle d'un professionnel.

636.– En 1955, commentant le projet de loi sur la responsabilité du transporteur par air, le doyen Chauveau a suggéré au législateur, à la fin de sa chronique, de profiter de son intervention pour régler l'épineuse question du transport gratuit[2]. L'éminent auteur a proposé d'étendre au transport gratuit l'application des limitations de réparation prévues par la Convention et a exprimé le souhait de voir subordonner la responsabilité des transporteurs gratuits à la preuve d'une faute. L'appel a été entendu et la loi du 2 mars 1957 a été adoptée avec un article 2 rédigé de la manière suivante : «la responsabilité du transporteur de personnes est régie par les dispositions de la Convention de Varsovie, comme prévu aux articles 41 à 43 ci-dessus. Toutefois, sauf stipulations conventionnelles contraires, la responsabilité du transporteur effectuant un transport gratuit ne sera engagée, dans la limite prévue par ladite convention, que s'il est établi que le dommage a pour cause une faute imputable au transporteur ou à ses préposés. La responsabilité du transporteur par air ne peut être recherchée que dans les conditions et limites prévues ci-dessus, quelles que soient les personnes qui la mettent en cause et quel que soit le titre auquel elles prétendent agir»[3].

637.– Cette disposition a fait l'objet de deux interprétations doctrinales opposées. Pour M. De Juglart, la loi ne concerne que les transports contractuels onéreux ou gratuits, s'il s'agit d'une entreprise de transport ; le transport intéressé, qui n'est pas un contrat, échappe à ce texte et demeure régi par l'article 1384 alinéa 1 du Code civil[4]. Pour le Doyen Chauveau, au contraire, une telle solution est totalement contraire à la volonté du législateur d'unifier les régimes de tous les transports aériens, qu'ils soient internes ou internationaux, gratuits, intéressés ou onéreux. La distinction transport gratuit et intéressé n'a plus de raison d'être et tous deux doivent être soumis

(1)Cf. P. CHAUVEAU, «Projet de loi sur la responsabilité du transporteur par air», D. 1955, p.81 et s., spéc. p.84 ; chr. précitée, JCP 1960, I, 1556 ; E. GEORGIADES, «Les fondements de la responsabilité dans le transport aérien gratuit», Rev. fr. dr. aérien 1952, p.91.

(2)Chr. précitée, D. 1955, p.84, note 1.

(3)D. 1957, lég., p.84, devenu, avec quelques modifications, l'article L. 322-3 du Code de l'aviation civile.

(4)Notes JCP 1960, II, 11511, sous Paris 4 mars 1959 ; JCP 1961, II, 12214 ; JCP 1962, II, 12642 ; JCP 1965, II, 14124, sous Civ. 2e 17 décembre 1964, (rendu dans une espèce antérieure à la loi du 2 mars 1957) ; JCP 1965, II, 14458 ; adde la thèse intermédiaire, soutenue par l'auteur du pourvoi, dans Civ. 2e 4 juin 1973, D. 1973, p.673 : 1384 alinéa 1 et jeu du plafond prévu par la convention.

au régime allégé de la loi de 1957, l'article 1384 alinéa 1 étant désormais inapplicable[1]. Par un arrêt du 31 mars 1965, la Cour de cassation a clairement pris parti pour cette seconde thèse : «les dispositions de l'article 2 de la loi du 2 mars 1957 ont exclu la possibilité d'invoquer, en cas de transport aérien, le bénéfice de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, au prétexte que le transport, sans être onéreux, aurait cependant un caractère intéressé»[2]. La jurisprudence postérieure n'a jamais remis en cause cette solution[3]. Elle a même confirmé l'analyse du Doyen Chauveau en assimilant transport intéressé et bénévole pour la mise en œuvre de la responsabilité du transporteur : dans les deux cas, la victime doit prouver que ce dernier a commis une faute[4] et la distinction existant sous l'empire des textes délictuels est abandonnée.

638.– Cette position n'est pas satisfaisante et les deux thèses en présence sont excessives. La solution proposée par M. de Juglart était sans aucun doute contraire aux textes et à l'intention du législateur : la loi du 2 mars 1957 régit tous les transports aériens internes[5]. Cependant, les adversaires de cette opinion, en la combattant, sont allés trop loin : le maintien de la distinction transport intéressé-transport bénévole, prôné par M. de Juglart[6], garde un intérêt, même en restant dans le cadre de la loi de

---

(1)P. CHAUVEAU, chr. précitées, JCP 1960, I, 1556 et D. 1962, p.147 ; dans le même sens : RODIERE, op. cit., n°695 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°124-3° ; L. CARTOU, «Droit aérien», 1963, p.339 ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12ème édit., n°2784-2° ; J.-P. TOSI, J.-Cl. Com., Fasc. 935, n°10 et «Responsabilité aérienne», n°423-426 (et les références citées) ; RODIERE, obs. RTD civ. 1965, p.659 ; G. CAS et J. BORRICAND, chr. Rev. gén. air 1964, p.371 ; R. MALEZIEUX, «La responsabilité aérienne en dehors des transports commerciaux», Rev. gén. air 1962, p.162 ; L. NOELL, «Les aspects nouveaux de la responsabilité des aéro-clubs», Thèse 3e cycle Aix-Marseille 1976, p.39 et s. ; V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.49 et s.

(2)Civ. 2e 31 mars 1965, D. 1965, p.441, note CHAUVEAU, JCP 1965, II, 14458, note M. DE JUGLART, Rev. fr. dr. aérien 1965, p.221, RTD civ. 1965, p.657, obs. RODIERE ; Civ. 2e 4 juin 1973, D. 1973, p.673, note P. CHAUVEAU. Rappr. déjà Civ. 2e 5 mars 1964, JCP 1964, II, 13696, note M. DE JUGLART.

(3)Dans le même sens : TGI Caen 24 janvier 1981, D. 1961, p.779, note R. SAINT-ALARY, JCP 1961, II, 12214, note M. DE JUGLART ; Rennes 20 novembre 1963, Rev. fr. dr. aérien 1964, p.102 ; Montpellier 10 mars 1964, Rev. fr. dr. aérien 1964, p.366, confirmant (à l'économie...) TGI Perpignan 28 mai 1962, même référence ; Lyon 2 juillet 1970, Rev. fr. dr. aérien 1970, p.319, obs. E. GEORGIADES ; Dijon 11 juin 1974, Rev. fr. dr. aérien 1975, p.68 ; TGI Angers 15 mars 1982, Rev. fr. dr. aérien 1982, p.229 ; Paris 28 septembre 1984, Bull. transp. 1985, p.318 ; TGI Créteil 31 juillet 1985, Rev. fr. dr. aérien 1986, p.256.

(4)TGI Perpignan 28 mai 1962, Rev. fr. dr. aérien 1964, p.336 ; TGI Paris 21 juin 1969, Rev. fr. dr. aérien 1969, p.420 ; TGI Grenoble 2 février 1971, Rev. fr. dr. aérien 1971, p.191 ; TGI d'Alençon 6 mars 1973, JCP 1974, IV, p.338 ; Riom 21 novembre 1974, JCP 1975, II, 18005, note A. CHAO ; TGI Chateauroux 5 juin 1984, Rev. fr. dr. aérien 1985, p.200 ; TGI Créteil 31 juillet 1985, Rev. fr. dr. aérien 1986, p.256 ; TGI Lille 3 octobre 1985, Rev. fr. dr. aérien 1985, p.495 ; Bourges 30 octobre 1985, Rev. fr. dr. aérien 1986, p.103 : Douai 31 octobre 1986, Rev. fr. dr. aérien 1986, p.541 (ballon), confirmant. TGI Lille 3 octobre 1985, précité.

(5)Sous réserve, cependant, qu'il s'agisse d'une opération (contractuelle ou pas) où le déplacement est l'élément principal, cf. supra n°632.

(6)Cf. note JCP 1961, II, 12214, II, 1°).

1957[1]. Il convient, en effet, de déterminer quels sont les «transports gratuits» qui peuvent bénéficier du régime de responsabilité pour faute prouvée. La situation est ici l'inverse de celle rencontrée d'habitude pour les contrats de transport ou d'entreprise : il ne s'agit plus de prendre position par rapport à une structure synallagmatique onéreuse, mais par rapport à une structure unilatérale gratuite.

Or, les arguments avancés à l'appui d'une assimilation du transport bénévole au transport intéressé n'emportent pas la conviction. Tout d'abord, il n'est pas sûr que ces transports soient deux variétés de transports gratuits : un tel raisonnement procède d'une confusion déjà dénoncée entre le caractère unilatéral et la gratuité[2]. L'inclusion de ces deux sortes de transport dans la catégorie des transports «gratuits» est certainement une conséquence du cadre général dans lequel se déroulait, autrefois, cette discussion : la responsabilité délictuelle. Qualifier le transport intéressé d'onéreux risquait de la faire basculer du côté de la responsabilité contractuelle. Mais, derrière cet artifice de présentation, se cachait une différence de régime assez considérable, l'article 1384 alinéa du Code civil, qu'il est difficile de comprendre s'il s'agit véritablement de deux transports «gratuits». Ensuite, la conformité d'une telle solution avec la Convention de Varsovie et la loi du 2 mars 1957 n'est pas flagrante[3]. L'instauration d'un régime spécial atténué pour le transporteur gratuit par la loi de 1957, s'insère dans le cadre d'un renvoi général aux règles conventionnelles[4] ; il ne fait pas obstacle au maintien de l'assimilation à un transport onéreux du déplacement gratuit effectué par une entreprise de transport[5]. Or, cette identité de traitement est fondée sur une présomption d'intéressement du transporteur. C'est ce critère qui doit prévaloir : un déplacement intéressé par un pilote occasionnel ne doit pas être soumis au régime de responsabilité atténué[6]. La qualité du débiteur n'a qu'un seul effet : alors que l'entreprise de transport est irréfragablement présumée intéressée, la preuve de ce caractère doit être apportée pour les autres contractants. Il convient simplement d'être

---

(1)Il n'est plus contesté que les transports bénévoles et intéressés ne sont pas concernés par l'article 1384 alinéa 1 du Code civil et qu'ils subissent les limitations de réparation, la déchéance et les règles de compétence des transports onéreux internes (cf. RODIERE, op. cit., n°695).

(2)Cf. supra n°551 (texte et note). La proximité de la cause intéressée et de la cause onéreuse a au contraire été précédemment soulignée. L'opinion inverse est pourtant fréquente, v. par exemple : J. et A. POUSSON, «L'affection et le droit», Edit. CNRS, p.176-177.

(3)Contra P. CHAUVEAU, chr. précitée, JCP 1960, I, 1556 et D. 1962, p.147 et s.

(4)Cf. article L. 322-3 et L. 321-3 du Code de l'aviation civile.

(5)Cf. les références citées supra n°99 et n°634 ; Crim. 23 octobre 1991, Bull. transp. 1992, p.71 ; comp. TGI Paris 10 juin 1983, Rev. fr. dr. aérien 1983, p.348 (qui refuse la distinction, mais est-ce pour l'application de la convention dans son ensemble, où la solution joue-t-elle aussi pour le régime de responsabilité atténué ?).

(6)Cf. en faveur d'une identité de traitement entre le transport onéreux et intéressé : M. GODFROID, chr. précitée, p.23, qui prend acte de la position de la jurisprudence, p.26 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, note 49, p.220 ; adde, semble-t-il, V. GRELLIERE, Rev. fr. dr. aérien 1979, p.321.

suffisamment strict dans la définition de cette notion. Ainsi, un vol de démonstration en vue d'une vente est incontestablement intéressé[1]. Pour le partage des frais la solution ne peut être systématique. La gratuité peut être maintenue lorsqu'un pilote qui doit effectuer un déplacement, emmène à son bord un passager, qui désire se rendre au même endroit. Elle mérite d'être écartée lorsque le déplacement n'aurait pas eu lieu sans cette participation, ce qui est notamment le cas pour les baptèmes de l'air organisés lors d'une journée portes ouvertes. La jurisprudence est, en cette matière, très confuse[2] et il faut noter que les tribunaux ont souvent une conception large du caractère intéressé, voire du caractère onéreux, ce qui implique alors l'exclusion du régime atténué que la jurisprudence réserve au transporteur intéressé ou gratuit[3].

---

(1)Rappr. en matière de transport terrestre : Grenoble 2 mai 1932, DH 1932, p.355, Civ. 3 juin 1942, Gaz. Pal. 1942-2-p.91.

(2)Cf. *avant la loi de 1957* : Tb. civ. Roanne 3 avril 1947, Rev. fr. dr. aérien 1947, p.327 (intéressé - baptême de l'air réservé aux personnes adhérant au club en payant une cotisation) ; Civ. 13 mai 1947, précité (intéressé - présence d'un passager nécessaire pour participer à un rallye) Bourges 29 juin 1954, Rev. gén. air 1954, p.289 (intéressé - carte d'adhérent au club payante) ; Paris 4 mars 1959, JCP 1960, II, 11511, note M. DE JUGLART (gratuit - preuve non rapportée d'un vol de démonstration en vue d'une vente) ; Paris 17 février 1960, JCP 1961, II, 12214, note M. DE JUGLART (intéressé - compétition avec participation aux frais d'essence) ; Civ. 2e 17 décembre 1964, précité (gratuit - vol n'ayant pas pour but la vérification de l'appareil réparé bénévolement par le passager).
Après la loi de 1957 : Montpellier 10 mars 1964, précité (ambigu) ; Paris 21 juin 1969, précité (ambigu) ; TGI Grenoble 2 février 1971, précité (intéressé «participation aux frais extrêmement limitée»-assimilation à un transport gratuit) ; TGI Alençon 6 mars 1973, précité (participation aux frais - refus d'assimilation à un transport onéreux) ; Riom 21 novembre 1974, précité (gratuit - carte de membre bienfaiteur d'un coût de 10 francs, donnant droit à un baptême de l'air gratuit) ; Civ. 1e 5 février 1980, JCP 1980, II, 19461, note P. CHAUVEAU (onéreux - adhésion à l'aéro-club à titre de membre d'honneur qualifiée de «pure forme», baptême de l'air contrepartie de la somme versée) ; Grenoble 30 avril 1981, Rev. fr. dr. aérien 1981, p.338 (refus de qualification de transport onéreux, malgré le versement de 350 et 800 francs, qualifié de participation aux frais ; à noter qu'en l'espèce, l'enjeu était différent : absence d'infraction à la réglementation aérienne) ; TGI Angers 15 mars 1982, Rev. fr. dr. aérien 1982, p.229 (onéreux - baptême de l'air voltige payé 170 francs) ; TGI Créteil 31 juillet 1985, précité (gratuit, mais le Tribunal ajoute qu'il aurait été intéressé en cas de partage des frais) ; TGI Chateauroux 5 juin 1984, précité (intéressé - opération commerciale, baptême de l'air en montgolfière offert à titre publicitaire par un supermarché, à une gagnante de sa tombola) et sur appel Bourges 30 octobre 1985, précité, (gratuit) ; Aix 6 février 1990, Rev. fr. dr. aérien 1990, p.217 (gratuit - participation aux frais).

(3)V. en ce sens P. CHAUVEAU, note précitée, JCP 1980, II, 19461 ; E. GEORGIADES, chr. précitée, p.94 ; G. CAS et J. BORRICAND, «Aéro-club et transport», Rev. gén. air 1964, p.365 ; G. PALLARUELO, «Les aéroclubs en droit français», Thèse Toulouse 1961, p.105 (qui limite cette conception large aux transports rémunérés) ; L. NOELL, «Aspects nouveaux de la responsabilité des aéro-clubs», Thèse 3e cycle Aix 1976, p.32 (même restriction).
Contra : J.-P. TOSI, «Responsabilité aérienne», n°420 ; V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.43.
En jurisprudence ; Paris 17 février 1960, Civ. 1e 5 février 1980, précités; adde pour des participations aux frais discutables : TGI Grenoble 2 février 1971 ; TGI Alençon 6 mars 1973 ; TGI Créteil 31 juillet 1985, précités. Rappr. plus généralement : M.-F. SOINNE-BARRAT, Thèse précitée, p.83.
Quelques décisions paraissent totalement en sens inverse. Cf. critiquables : Grenoble 30 avril 1981 et Bourges 30 octobre 1985, précités.

639.– Pour conclure, l'examen de la qualification des structures intéressées de prestation de service et de déplacement, vient compléter utilement les constatations déjà dégagées précédemment, à propos du bail et de la vente, soit en les confirmant, soit en les nuançant. Quatre enseignements peuvent en être retirés.

En premier lieu, malgré un contenu fluctuant et un environnement variable (délictuel ou contractuel), le principe de l'existence d'engagements intéressés, intermédiaires entre les obligations assumées à titre onéreux et celles prises à titre gratuit, en sort renforcé. La notion est connue depuis longtemps et elle bénéficie souvent d'un traitement original, y compris dans certains textes.

Ensuite, il apparaît que la spécificité de cette structure n'emprunte pas la voie d'une trilogie de qualification jointives, telle qu'elle existe pour le bail, le prêt intéressé et le commodat. Deux qualifications suffisent (entreprise - prestation de service unilatérale) et le transport aérien se contente même de n'en utiliser qu'une seule. Les deux techniques se séparent pour le régime global (identique dans la deuxième hypothèse), mais possèdent pour point commun de spécifier, au sein d'une même qualification, la structure intéressée par rapport à la structure gratuite, en durcissant le régime de sa responsabilité. Une triple «qualification» n'apparaît, de facto, que lorsque certaines prestations gratuites sont exclues du champ contractuel, pour être intégrée dans le domaine des accords dépourvus de force obligatoire, soumis aux règles délictuelles. Si trois structures de qualification peuvent être bâties autour d'une même obligation caractéristique, il est acquis que le droit positif n'entérine que rarement cette vision théorique , en consacrant trois qualifications distinctes. La situation rencontrée pour les transferts de jouissance n'est pas généralisable. Le nombre de qualifications réelles ne se détermine pas in abstracto ; il est étroitement dépendant de l'intervention du législateur, du nombre de qualifications nommées qu'il a créées et du contenu du régime qu'il leur a conféré.

La troisième constatation qu'il convient de faire concerne le rôle concret de la structure intéressée. Par rapport aux exemples précédents, il paraît bien moindre. Les trois structures ont un régime global identique en matière aérienne. La loi Badinter a unifié les «responsabilités» en matière terrestre. Dans le domaine des prestations de service, une tendance se manifeste, également, dans le sens d'un rapprochement des régimes des obligations onéreuses, intéressées et gratuites.

Cependant, et c'est la dernière remarque, tout intérêt n'a pas disparu. En matière de transport aérien de personnes, la spécificité de l'engagement intéressé demeure : sa distinction du déplacement gratuit permet d'éviter que le passager victime n'ait à rapporter la preuve d'une faute du pilote. Sous réserve de garder à la notion une

conception suffisamment stricte, il faut souhaiter que la jurisprudence prenne conscience de cette utilité. La conclusion vaut également pour les contrats de prestation de services gratuits, même si sa portée est plus limitée : elle aurait le mérite, quand même, d'offrir un moyen technique satisfaisant pour durcir la responsabilité des professionnels qui parent abusivement certaines de leurs interventions d'une gratuité factice, derrière laquelle se dissimule une volonté commerciale évidente[1].

Conclusion du chapitre

640.– 2 x 2 = 3. Telle pourrait être la conclusion condensée de ce chapitre ! En combinant dans une pure optique de technique des qualifications les caractères les plus traditionnels des contrats, unilatéral/synallagmatique et gratuit/onéreux, ce ne sont pas quatre combinaisons qui apparaissent, mais seulement trois. Les structures de qualification des contrats simples peuvent posséder trois armatures fondamentales en fonction de la cause du débiteur de leur obligation caractéristique : synallagmatique onéreuse, unilatérale onéreuse, unilatérale gratuite. Le législateur, selon les cas, consacre une qualification unique pour les trois variantes causales d'une même prestation ou isole une structure spécifique, en pratique gratuite ou synallagmatique, créant dès lors des difficultés de qualification aux frontières du contrat nommé[2], spécialement pour la structure intermédiaire unilatérale onéreuse qui dans les deux cas est concernée...

C'est d'ailleurs la mise au jour de cette structure qui oblige à modifier les analyses traditionnelles, sur deux points essentiels. En premier lieu, il ne semble plus niable que la notion de cause intéressée a désormais sa place en droit positif et que la consécration de son autonomie est préférable à sa dilution dans une notion large de la gratuité, fût-elle d'affaires. Les éventuels obstacles à sa mise en évidence dans une espèce concrète ne remettent pas en question son concept et, comme les développements qui précèdent l'ont montré, les craintes d'une valorisation excessive des mobiles d'un contractant sont infondées, de multiples moyens de les objectiver étant techniquement disponibles. Ensuite, il semble qu'il faille également revoir la typologie traditionnellement adoptée pour les contrats unilatéraux onéreux. D'une part, l'abandon des contrats réels conduit à sortir certaines conventions de cette catégorie.

---

(1) Cf. par exemple les hypothèses (curieusement absentes du prétoire) de prestations de services «gratuits» proposées à un nouveau client, pour le convaincre de conclure ultérieurement des contrats onéreux ou au contraire, à un client habituel, afin de conserver les relations contractuelles préexistantes.

(2) «Des» contrats nommés, si les deux structures extrêmes (gratuite et synallagmatique) ont été consacrées.

Ensuite, ainsi que l'examen des donations a permis de l'indiquer, il convient de distinguer entre les avantages passés et les avantages futurs. Les premiers sont déjà réalisés ; par leur certitude, ils déclenchent la survenance de contrats strictement unilatéraux onéreux comme le paiement de dettes civiles préexistantes ou la rémunération proportionnée de services précédemment rendus et appréciables en argent. Dans ces hypothèses, il est alors justifié d'assimiler la cause de ce contractant à une variété de cause onéreuse. Au contraire, les conventions au sein desquelles le débiteur de la prestation caractéristique s'engage dans l'espoir d'un avantage futur sont de véritables contrats intermédiaires entre les contrats onéreux et les contrats gratuits. L'examen du droit positif laisse à penser que la cause de ce contractant n'est pas une variété de cause onéreuse mais qu'elle réalise une figure originale d'engagement intéressé.

La diversification des structures de qualification n'atteint pas seulement la cause. Elle concerne aussi l'objet. Paradoxalement moins connu, un tel procédé emporte cependant des conséquences techniques souvent plus radicales.

CHAPITRE 3

STRUCTURE DE QUALIFICATION ET PLURALITE D'OBJET

641.– Les développements qui précèdent ont permis de montrer qu'une qualification contractuelle peut être attachée à une obligation particulière, quelle que soit sa cause : onéreuse, intéressée ou gratuite. Tel est le cas, par exemple, pour le mandat ou le dépôt consensuel : que le mandataire ou le dépositaire soient rémunérés, qu'ils aient un intérêt à la conclusion et à l'exécution du contrat ou qu'ils agissent pour rendre service, la nature de la convention reste la même. La structure de qualification est alors réduite au minimum puisqu'elle ne comporte qu'une obligation caractéristique, en l'occurrence représenter ou conserver. Autrement dit, une même qualification regroupe plusieurs structures d'obligations principales, toutes organisées autour des différentes variantes causales d'une même prestation. Dans ce genre d'hypothèses, l'objet de l'obligation reste identique, mais la cause objective de celui qui l'assume est variable.

Il convient désormais de s'intéresser à la situation inverse où la cause est stable, mais où l'objet de l'obligation peut changer sans modifier la qualification du contrat[1]. Une même qualification englobe plusieurs structures d'obligations, organisées autour de prestations caractéristiques ou principales de natures distinctes, puisque leur objet diffère[(2)]. La variabilité de l'obligation principale, contrepartie de l'obligation

---

(1)Il est ici impossible de dire que la cause est stable et l'objet variable. Dans les exemples étudiés plus loin, il apparaît que la liste des obligations est toujours limitée (cf. infra n°672).

(2)Pour qu'une qualification entre dans le cadre de ce chapitre, il est indispensable que l'obligation de nature variable soit principale (une même structure de qualification regroupe bien entendu de multiples structures d'obligations, lorsque les prestations accessoires sont prises en compte), que les différentes obligations occupent la même place dans la structure et que l'option concerne bien deux obligations de nature différente et non une obligation et l'absence d'obligation (tel est le cas pour les qualifications qui recouvrent plusieurs structures causales : la structure synallagmatique

caractéristique, est sans doute l'hypothèse la plus connue : généralement, une convention conserve sa qualification lorsque le prix en argent est remplacé par un prix en nature. La variabilité de l'obligation caractéristique, pourtant bien plus spectaculaire, semble moins bien perçue en doctrine, en tout cas en tant que phénomène global. Ses exemples d'application sont pourtant nombreux. Pour fixer les idées, il suffit d'évoquer ici le contrat d'entraide agricole qui régit les échanges de services entre agriculteurs «en travail et en moyens d'exploitation», ce qui peut recouvrir de multiples obligations : travail indépendant, dépôt, transport, louage, etc.

642.– Cette méconnaissance vient sans doute du fait que cette technique s'est surtout développée dans des qualifications récentes. Ce désintérêt est néanmoins surprenant : maintenir une qualification malgré la différence de nature d'une des obligations caractéristiques (ou, à un moindre titre, principales) constitue un choix technique hardi, beaucoup plus en tout cas que la prise en compte de plusieurs structures causales. A la limite, une utilisation extrême du procédé pourrait totalement bouleverser la technique des qualifications. L'affirmation est facile à illustrer. Il serait tout à fait concevable de qualifier un contrat uniquement d'après la qualité de ses contractants (au hasard, un consommateur et un professionnel...) et la nature de l'objet de la prestation. Le premier critère permettrait de déterminer l'état des rapports de force entre les parties et le second ferait apparaître certaines contraintes matérielles tenant à la nature de l'objet considéré. Ces deux éléments pourraient se combiner pour fixer les grandes lignes du régime de cette qualification, quelle que soit par ailleurs la nature des obligations stipulées. Apparaîtraient alors des «contrats d'automobile» ou des «contrats d'ordinateur» ! Bien évidemment, la projection est volontairement caricaturale, à condition de prendre le terme dans son sens premier : la déformation et le grossissement qu'elle réalise se fondent sur des phénomènes dont l'existence est par ailleurs incontestable.

En effet, le système actuel des qualifications contractuelles repose tout entier sur un postulat rarement explicité, selon lequel la nature d'une obligation est toujours suffisamment spécifique pour justifier un régime propre : une obligation de donner doit être réglementée différemment d'une obligation de transporter ou de transférer la jouissance. Ce postulat reste vrai dans la plupart des cas, mais il plane sur lui deux lourdes épées de Damoclès. La première tient au fait que la spécificité de chaque obligation quant à sa nature n'est plus le seul élément à prendre en compte dans la

---

onéreuse inclut une obligation principale qui constitue la contrepartie de l'obligation caractéristique, alors que les structures intéressée et gratuite sont unilatérales ; en ce sens, ces qualifications regroupent plusieurs structures qui diffèrent par la cause et aussi par l'objet).

détermination du régime d'une convention. Le droit des contrats subit toujours davantage l'influence de pressions diverses, comme la volonté étatique de protéger le contractant le plus faible ou celle de s'arroger un droit de regard sur le contenu et l'équilibre des relations individuelles. La seconde épée est de nature technique. Il est illusoire de penser qu'il est impossible, d'un strict point de vue de technique juridique, de négliger la nature d'une obligation pour en fixer le régime. Est ici en cause la traditionnelle et épineuse distinction du droit des obligations en général et du droit des contrats spéciaux. Or, le droit des obligations dispose désormais d'un arsenal tout à fait impressionnant de concepts généraux, susceptibles de régler la plus grande partie des difficultés posées par l'exécution d'un contrat, quel qu'il soit : obligations de résultat ou de moyens, de sécurité, de renseignement ou de conseil, de collaboration ou de bonne foi, d'assistance, de surveillance, etc. La jurisprudence en apporte la démonstration de façon permanente, en définissant au fil des espèces le régime du contrat d'entreprise en matière mobilière, malgré l'infinie variété des prestations concernées. De même, si les lois Scrivener ne consacrent pas un contrat autonome de crédit, dont le régime serait original et qui transcenderait les qualifications traditionnelles, elles n'en sont plus très loin.

Il semble donc particulièrement intéressant de mesurer les implications théoriques de ce procédé de qualification (Section 2) mais, auparavant, il convient d'en rappeler les diverses manifestations (Section 1).

SECTION 1

LES HYPOTHESES

643.– L'obligation dont la variabilité demeure compatible avec la qualification peut indifféremment constituer une obligation neutre de paiement d'un prix ou une obligation caractéristique.

Dans la première hypothèse, deux structures d'obligations synallagmatiques onéreuses peuvent être construites à partir d'une même obligation caractéristique, l'une avec une obligation de payer une somme d'argent, l'autre avec prix en nature, expression un peu vague qui recouvre tant une obligation de faire, qu'une obligation de donner portant sur autre chose que du numéraire. Les deux obligations sont de nature différente[1] mais, en règle générale, la stipulation d'un prix en nature reste sans influence sur la qualification. En revanche, la disparition de l'obligation de payer une somme d'argent exerce une influence directe sur le régime du prix et éventuellement sur celui du contrat dans son ensemble. Cette pluralité de structures d'obligations relevant d'une même qualification est relativement classique et elle possède la particularité de posséder un champ d'application particulièrement étendu, puisqu'elle se rencontre dans toutes les qualifications synallagmatiques onéreuses qui ne font pas de la présence d'un prix en argent un de leurs critères. Toutefois, le problème essentiel est ailleurs. Pour bien le comprendre, il suffit de prendre l'exemple de la vente. La Cour de cassation a admis qu'une convention pouvait conserver la nature d'une vente,

---

(1) Il serait possible de discuter l'exactitude de cette affirmation pour les obligations de donner, puisque seul l'objet de la prestation les sépare (argent ou chose différente). Mais, d'une part, l'obligation de payer une somme d'argent possède un particularisme très marqué. D'autre part, même en estimant que les deux obligations ont la même nature, elles n'ont pas le même objet de la prestation ; or, justement, il s'agit de savoir si la qualification nommée en cause, fait de cet objet particulier, l'argent, un critère de qualification ; en définitive, peu importe ici la solution de ce problème théorique.

bien que le prix stipulé ne le soit pas en argent[1]. Comment dans ces conditions distinguer la vente de l'échange ? En réalité, ce procédé de qualification soulève le problème de la distinction des contrats simples avec prix en nature et des contrats mixtes, qui appartiennent, comme l'échange, à la catégorie des contrats complexes. Il est donc impossible, pour l'instant, d'examiner ce problème, qui ne pourra être abordé que lorsque la notion de contrat mixte aura été préalablement définie[2].

Il convient de s'attarder davantage sur la seconde hypothèse où la variabilité concerne une obligation caractéristique. Le phénomène était assez peu utilisé à l'époque du Code civil (I) mais il connait un développement remarquable dans la législation, voire dans la jurisprudence, contemporaines (II).

I - LES PRECEDENTS

644.- Cette technique, qui s'épanouit dans les législations récentes, semble largement méconnue par le législateur napoléonien qui définit et réglemente les contrats en fonction d'une obligation caractéristique précise : donner (vente), déplacer (transport), conserver (dépôt), transférer la jouissance (bail), etc. Il serait cependant erroné de croire que le Code civil ignore complètement le procédé, comme quelques exemples plus ou moins significatifs peuvent le montrer.

La première illustration susceptible d'être invoquée concerne le dépôt. Dans sa conception réelle, cette qualification se structure autour des obligations de conservation et de restitution du dépositaire. L'analyse consensuelle complète cet inventaire par l'adjonction d'une obligation accessoire du déposant de remise de la chose au dépositaire. Or, il convient de rappeler que le dépôt peut être régulier ou irrégulier, selon la nature de la chose déposée[3]. La qualification demeure identique, alors que l'obligation de restitution, dans l'analyse réelle, prend la nature d'une obligation de donner, solution que l'analyse consensuelle étend à l'obligation de remise de la chose. Le dépôt pourrait ainsi apparaître comme une qualification englobant plusieurs structures d'obligations. L'affirmation reste fragile cependant. Il

---

(1) Civ. 3e 9 décembre 1986, Bull. civ., III, n°177, p.139.

(2) Cf. infra n°1232 et s. pour la distinction des deux notions et infra n°1483 dernière note pour les différences de régime.

(3) V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit. n°854-855 et n°871 ; MAZEAUD et DE JUGLART, op. cit., n°1517 et s. Cf. supra n°257 (note) et infra n°803 (note).

est en effet concevable de considérer que cette dénaturation de l'obligation de restitution (analyse réelle) ou des obligations de remise et de restitution (analyse consensuelle) ne change rien à l'élément caractéristique du contrat : l'obligation de conservation[1].

Une analyse comparable peut être appliquée au prêt de consommation. Dans cette qualification, l'obligation de restitution (analyse réelle) ou les obligations de remise et de restitution (analyse consensuelle) ont la nature d'une obligation de donner. A cet égard, le prêt de consommation se distingue du simple commodat, où les obligations de remise et de restitution sont des obligations de faire. Bien entendu, la transposition du raisonnement utilisé pour le dépôt se heurte à une objection évidente : il est impossible de soutenir qu'une même qualification recouvre plusieurs structures d'obligations, puisque justement le Code prend soin de distinguer le commodat du mutuum. L'argument est irréfutable, mais il est d'une portée limitée, car les rédacteurs ont réglementé ces deux qualifications de manière voisine, en leur attribuant un régime souvent commun[2]. Cette objection ramenée à de plus justes proportions, l'exemple du prêt de consommation s'avère plus significatif que celui du dépôt. En effet, le prétendu caractère réel du contrat a longtemps dissimulé le fait que la dénaturation concerne ici une obligation caractéristique. L'obligation de transférer la jouissance de la chose prend, selon les cas, la nature d'une obligation de faire ou d'une obligation de donner sans que la nature du contrat, même si elle relève de deux qualification nommées, ne soit fondamentalement modifiée[3].

645.– Une troisième illustration peut être découverte dans le contrat de transaction. Pour qu'il y ait transaction, il est nécessaire que les parties se fassent des concessions réciproques[4]. Le plus souvent, chaque contractant renonce partiellement à une de ses prétentions. La transaction s'apparente alors à un contrat complexe, à savoir un contrat mixte par opposition[5]. Mais la réciprocité des sacrifices ne s'identifie pas à une réciprocité des renonciations. Une partie de la doctrine admet aussi la qualification de transaction lorsque un seul contractant abandonne en totalité sa prétention, en échange d'une contrepartie qui peut être une obligation de faire, de ne

---

(1)Cf. supra n°408.

(2)V. notamment l'article 1898 du Code civil qui dispose que «dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'article 1891 pour le prêt à usage».

(3)Cf. supra n°257 et n°

(4)V. L. BOYER, Rép. civ., v° Transaction, n°22 et s. ; P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, J.-Cl. Civ., art. 2044 à 2058, Fasc. 1, n°66 et s.

(5)Cf. infra n°1249 (note).

pas faire ou de donner[1]. Par exemple, si deux voisins sont en litige sur une servitude de passage, constitue une transaction la convention par laquelle le propriétaire du fonds prétendument dominant renonce à sa prétention, contre une promesse de vente d'une autre parcelle appartenant au propriétaire du fonds prétendument servant ou contre la concession d'un droit de chasse ou de pêche sur un autre terrain. Il suffit, en définitive, pour faire apparaître cette qualification, qu'un contractant au moins renonce à sa prétention originaire quant à l'objet du litige[2] et que les deux parties poursuivent le but commun d'éteindre ce litige. La transaction recouvre donc plusieurs structures d'obligations, une structure complexe et plusieurs structures simples.

De manière indiscutable, il est possible d'invoquer aussi l'exemple de la donation. Il n'est guère nécessaire d'y insister longtemps, puisque cette question a fait l'objet de développements spécifiques dans le chapitre précédent[3]. L'illustration est ici d'une particulière netteté. Au fil du temps, doctrine et jurisprudence ont dégagé les multiples structures pouvant correspondre à cette qualification. Alors que les variantes onéreuses de diverses prestations translatives ou extinctives de droits utilisent de multiples qualifications (vente, cession de créance, renonciation, etc.), leurs correspondantes gratuites sont regroupées au sein d'une qualification unique de donation.

Enfin, une dernière illustration mérite d'être citée, car elle se situe à la frontière des précédents et des situations nouvelles : le contrat de travail. Monsieur Terré étudie longuement, dans sa thèse, la qualification de cette convention. Pour cet auteur, le lien de subordination caractéristique du contrat de travail s'exprime par le biais de la cause. Or, dans certaines hypothèses, Monsieur Terré constate que le législateur consacre des contrats de travail sans lien de subordination : la qualification se sépare de la cause[4]. A partir du moment où la référence à la cause est abandonnée pour rendre compte du lien de subordination et où il est admis que le contrat d'entreprise et le

---

(1)L. BOYER, Thèse précitée, p.14-15 et Rép. civ., n°24. Comp. : P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, J.-Cl. Civ., art. 2044 à 2058, Fasc. 1, n°69 et s. et n°94 et s. Ces auteurs restent muets sur cette possibilité, et semblent considérer qu'une vente conclue en exécution de la transaction est un contrat distinct et extérieur à celle-ci (Fasc. 6, n°48). L'analyse ne peut être admise dans tous les cas. La transaction est un contrat synallagmatique : si le transfert de propriété est l'élément unique ou un des éléments constituant la contrepartie de la renonciation, il est assurément une prestation à part entière de la transaction. L'explication ne vaut que pour les transactions où un des sacrifices constitue une promesse de conclure un contrat onéreux ou gratuit avec un tiers ou un contrat onéreux avec le cocontractant (dans cette hypothèse, la donation n'est pas concevable car le transfert est onéreux et fait partie intégrante de la transaction).

(2)Cf. supra n°57. V. en doctrine : L. BOYER, Thèse précitée, p.14-15 et Rép. civ., n°24 et n°235.

(3)Cf. supra n°576.

(4)F. TERRE, Thèse précitée, n°329 et s. Adde : J. HAUSER, «Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique», Thèse LGDJ 1971, n°153, p.268.

contrat de travail sont séparés par la nature de leur prestation caractéristique[1], ces exemples constituent en réalité des hypothèses de qualification recouvrant plusieurs structures d'obligations. A cet égard, la tendance n'a fait que se renforcer. Cependant, les préoccupations qui conduisent le législateur à élargir le domaine de la qualification de contrat de travail, par leur nature extra-juridique, annoncent déjà l'utilisation contemporaine de la technique.

II - L'EVOLUTION RECENTE

646.- La construction d'une qualification autour de deux ou plusieurs structures d'obligations, comportant une obligation caractéristique dissemblable est devenue une technique fort utilisée dans les contrats nommés récents (A). Sa généralisation est telle qu'il est permis de penser que la doctrine et les tribunaux l'utilisent implicitement pour les contrats innommés (B). Il reste enfin quelques qualifications, pour lesquelles il est difficile de déterminer si elles ont recours ou non à ce procédé, le cas le plus topique étant celui «du» contrat d'agence de voyages (C).

A) Les contrats nommés

647.- La présentation des contrats concernés peut sembler relever d'une énumération fastidieuse, mais un inventaire assez complet est indispensable pour mesurer l'ampleur d'un phénomène méconnu et peu systématisé, malgré sa grande importance théorique. Avant d'entreprendre cet examen, il convient de remarquer que la plupart des conventions étudiées appartiennent à la catégorie des contrats complexes, comme si le législateur, faute de pouvoir préciser suffisamment nettement la structure juridique de ces opérations économiques, ou par peur des fraudes (car ces qualifications sont aussi très souvent dotées d'un régime d'ordre public), préférait «viser large»[2].

---

(1)Cf. supra n°171 et s.

(2)Plus prosaïquement, cette constatation explique que l'examen de ces contrats ne sera pas développés au delà de ce qui est indispensable à la compréhension de ce passage, puisque ces qualifications feront l'objet de commentaires plus détaillés lors de l'étude des contrats mixtes.

1) L'entraide agricole (1962)

648.– Par une loi du 8 août 1962, le législateur a consacré une nouvelle qualification : le contrat d'entraide agricole. Selon l'article 20 de ce texte, «l'entraide est réalisée entre agriculteurs par des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation. Elle peut être occasionnelle, temporaire, ou intervenir d'une manière régulière»[1]. La loi de 1962 consacre un régime original de responsabilité, qui se distingue de celui des conventions d'assistance traditionnelles[2]. Pour éviter que l'aide apportée par un agriculteur à un autre puisse entraîner l'obligation pour le bénéficiaire d'indemniser le collaborateur bénévole de ses pertes, règle qui pourrait dissuader les agriculteurs de s'entraider, chaque partie assume seule les risques de son intervention sans pouvoir recourir contre son (ou ses) cocontractant(s) (bénéficiaire ou co-prestataire)[3]. La loi prévoit en effet, dans son article 20 alinéa 5, que «le prestataire reste responsable des accidents du travail survenus à lui-même», aux membres de sa famille ou à ses employés et cette solution a été étendue par la Cour de cassation au bénéficiaire de l'entraide[4]. Cependant, le régime restrictif de la loi de 1962 est réservé aux seuls préjudices corporels et les dommages subis par les matériels utilisés ou par le fonds lui-même relèvent de la responsabilité contractuelle de droit commun[5], en tenant compte, cependant, d'un élément aussi fondamental que critiquable : la nature gratuite du contrat imposée par la loi, malgré le caractère synallagmatique de l'accord[6].

649.– Le contrat d'entraide agricole inaugure une série d'interventions législatives consacrant des qualifications qui utilisent largement tous les critères de

---

(1)Loi n°62-933 du 8 août 1962, JO du 10 août 1962, p.7962.
V. en doctrine : A. JALLAIS, J.-Cl. Rural. Agriculture de groupe. Entraide en agriculture, fascicule 2 ; D. LEFEBVRE, «L'entraide agricole», JCP 1964, 1, 1846 ; J. MEGRET, «Le régime juridique de l'entraide», Gaz. Pal. 1978-1-doct. p.158 ; J. LE CALONNEC, Chroniques à la Revue de droit rural, 1976, p.319 ; 1978 p.248 ; 1981 p.41 ; 1983 p.350.

(2)D. LEFEBVRE, chr. précitée, n°1 à 4 ; A. JALLAIS, J.-Cl. précité, n°49-50.

(3)Cf. infra note n°924 (texte et note) et n°1264 (note in fine), pour plus de précisions.

(4)Soc. 17 novembre 1977, D. 1978, p.571, note J. LE CALONNEC, «les dispositions de la loi du 8 août 1962, en précisant que le prestataire reste responsable des accidents du travail survenus à lui-même...[ont] exclu qu'il puisse être recherché sur le fondement du droit commun par le bénéficiaire de l'entraide qui n'est pas un tiers à son égard» ; Soc. 6 janvier 1988, Bull. civ., V, n°1, p.1 ; D. 1988, IR, p.17 ; Gaz. Pal. 1988-1-pan p.65. La même exclusion du droit commun prévaut entre les prestataires d'un même bénéficiaire : Soc. 3 juillet 1985, Gaz. Pal. 1987-1-p.311, note J. LE CALONNEC.

(5)La solution a été expressément admise par la Cour de cassation : Civ. 1e 27 février 1980, Bull. civ., I, n°69, p.57 ; Rev. dr. rural 1981, p.41, obs. J. LE CALONNEC ; D. 1981, IR, p.57, obs. E.-N. MARTINE. Adde A. JALLAIS, J.-Cl. précité, n°77-78.

(6)Pour la critique, cf. infra n°1252 et s.

qualification du droit positif : qualité des parties (agriculteurs[1]), cause et objet de la prestation (nature agricole de l'acte d'entraide) et structure complexe d'obligations. En effet, la loi, et à sa suite la jurisprudence[2] et la doctrine[3], font de l'échange des services, de la réciprocité des prestations un élément constitutif de cette qualification. Par conséquent, même si l'affirmation mérite d'être sérieusement discutée[4], cette convention constitue un contrat complexe, plus précisément un contrat mixte par opposition. Toutefois, son particularisme ne s'arrête pas là. Il convient de remarquer que ces services peuvent prendre la forme de prestations de travail ou de fourniture de moyens d'exploitation. Cette caractéristique est une autre originalité de la qualification d'entraide : celle-ci recouvre plusieurs structures d'obligations(5). Les qualifications de référence pouvant se rattacher au contrat d'entraide sont assez nombreuses. Les termes de «services en travail et en moyens d'exploitation» sont relativement imprécis et ils peuvent recouvrir plusieurs obligations. Le prestataire peut tout d'abord s'engager à exécuter un travail déterminé : rentrer les foins, réparer un véhicule(6). Les auteurs s'accordant à penser que le contrat d'entraide ne comporte aucune subordination juridique véritable entre les deux parties[7], c'est le contrat d'entreprise qui semble se rapprocher le plus de cette situation. La prestation peut aussi constituer un simple déplacement : remorque d'un véhicule en panne, transport de bestiaux ou de

---

(1)Cf. infra n°923.

(2)V. par ex : Soc. 5 juillet 1965, Bull. civ., IV, n°538, p.453 ; Soc. 3 mai 1968, Bull. civ., V, n°224, p.189 ; Soc. 17 mai 1972, Bull. civ., V, n°358 p.330 ; Soc. 19 février 1976, Bull. civ., V, n°106, p.86. La Cour de cassation fait souvent référence aux «services que les agriculteurs échangent habituellement entre eux».

(3)A. JALLAIS, J.-Cl. précité, n°20 et s. ; D. LEFEBVRE, chr. précitée n°7 ; J. MEGRET, chr. précitée, p.158 ; J. LE CALONNEC, obs. Rev. dr. rural 1981, p.42 ; 1978, p.249 ; 1983, p.350.

(4)Il semble en effet possible de soutenir que le contrat d'entraide peut indifféremment constituer un contrat simple ou un contrat mixte (cf. infra n°1260 et s.). Cette analyse ne remet pas en cause l'affirmation selon laquelle cette qualification recouvre plusieurs structures d'obligations : bien au contraire, ceci ne fait qu'augmenter le nombre de structures possibles, en y incluant des structures gratuites.

(5)Les termes de la loi invitent même à une autre distinction : l'entraide peut être occasionnelle ou régulière. Ce qui pourrait susciter l'apparition d'un véritable contrat-cadre. Cependant, la loi ne réglemente que l'opération d'entraide proprement dite. Autrement dit, si l'assistance régulière entre-deux agriculteur fait l'objet d'une convention séparée, celle-ci est un contrat innommé et seules les contrats d'application souscrits en exécution de la convention cadre sont des contrats d'entraide. Il faut d'ailleurs signaler que ces accords cadres prennent souvent (voire exclusivement ?) la forme de groupement d'agriculteurs dénommés «banque de travail» ou «banque d'entraide», cf. J. MEGRET, chr. précitée, p.159.

(6)Un arrêt récent (Soc. 28 octobre 1987, Bull. civ., V, n°595, p.378 ; D. 1988, p.344, note J. LE CALONNEC) admet l'application de l'entraide à une agricultrice dont le rôle «n'a pas été purement passif» (elle gardait l'issue d'une étable pour éviter qu'un taureau ne s'en échappe). Est-ce à dire que le droit commun reprend son empire lorsque une personne n'a eu qu'un rôle passif ? La solution peut être admise, car c'est l'acte d'entraide lui-même qui dans cette hypothèse fait défaut.

(7)J. LE CALONNEC, Rev. dr. rural 1981, p.42 et les références citées ; A. JALLAIS, J.-Cl. précité, n°38 et s.

récoltes[1]. Le contrat de transport peut alors servir de référence, à condition que l'agriculteur soit un professionnel du déplacement. Cette qualité n'est pas forcément exclue : elle pourrait être remplie par un éleveur qui déplace régulièrement ses bêtes. A ces prestations de services, un auteur rattache à juste titre d'éventuels dépôts : le bénéficiaire peut confier au prestataire la garde d'une récolte ou d'animaux[2]. La fourniture de «moyens d'exploitation» quant à elle, s'exécute principalement par le transfert de jouissance de biens meubles (tracteur) ou immeubles (hangar) relevant du contrat de bail[3]. Seule la fourniture de produits prête à discussion. Il est difficilement contestable qu'elle peut être accomplie sous la forme de prêt de consommation : le prestataire remet, par exemple, du fourrage ou des aliments pour bestiaux, voire des semences ou des engrais au bénéficiaire, lequel s'engage à les restituer ultérieurement[4]. Mais l'hypothèse d'une vente est plus délicate. La Cour de cassation semble avoir admis la qualification d'entraide, mais sa décision, unique en cette matière, est ambiguë[5]. Au sens strict, un transfert de propriété n'est ni un service, ni un moyen d'exploitation. Derrière cette querelle terminologique, se dissimule en réalité un débat beaucoup plus important. Si la fourniture de produits est admise avec autant de réticences, c'est parce qu'elle pourrait apparaître comme une rémunération du collaborateur bénévole, or la loi impose que l'entraide soit gratuite. Cette obligation de fourniture concerne donc moins l'explicitation de l'énumération légale des prestations d'entraide, que les caractères généraux de cette qualification. Cette gratuité par

---

(1)V. par exemple : Soc. 19 février 1976, Bull. civ., V, n°106, p.86.
Rappr. pour des transports annexes d'autres opérations : Soc. 22 avril 1971, Bull. civ., V, n°295, p.249 (vendanges) ; Soc. 19 février 1976, Bull. civ., V, n°105, p.85 (traite de vaches) ; Soc. 21 octobre 1976, Bull. civ., V, n°511, p.420 (récolte d'orge).

(2)D. LEFEBVRE, chr. précitée, n°10.

(3)Comp. pourtant : Rép. min. Agriculture et Forêt, JO Déb. Sénat, 18 janvier 1990, p.105 ; Rev. dr. rural 1990, p.185.

(4)En ce sens D. LEFEBVRE, chr. précitée, n°10.

(5)Soc. 8 janvier 1976, Bull. civ., V, n°7, p.6 ; Rev. dr. rural 1976, p.319, note J. LE CALONNEC. Un agriculteur venu charger du foin devait à cette occasion recevoir de son voisin pour les besoins de son cheptel des betteraves et du foin. Pour la Cour de cassation, «en l'état de ces éléments de fait, la Cour d'appel a pu estimer qu'il n'y avait eu en la circonstance qu'un échange de bons procédés entre agriculteurs, peu important que l'on eût remis à l'autre quelques produits de son exploitation, en échange du service rendu». La fourniture de betteraves constitue-t-elle une simple prestation accessoire correspondant au remboursement (en nature) des frais du prestataire visé par l'alinéa 3 de l'article 20 ? Il est possible d'invoquer en ce sens l'indication antérieure de la Cour selon laquelle les agriculteur pratiquent «habituellement l'échange de service» : ce qui pourrait laisser penser que la fourniture de produit était restée isolée (adde l'expression «peu important»). En sens contraire, il faut toutefois remarquer la formule finale de l'attendu : les produits sont bien remis en échange du service rendu lui même et non en contrepartie des frais que l'opération d'entraide a pu occasionner (en ce sens : J. LE CALONNEC, Rev. dr. rural 1978, p. 249 et note précitée ; plus restrictif A. JALLAIS, J.-Cl. précité, n°16).
Adde : Soc. 10 février 1977, Rev. dr. rural 1978, p.248 ; Soc. 16 mars 1983, Rev. dr. rural 1983, p.350 (fourniture de piquet d'acacias - qualification d'entraide admise).

détermination de la loi oblige à réviser les références adoptées, en forçant à recourir à des qualifications gratuites (commodat, prestations de services gratuits, etc., mais cette disqualification ne remet pas en cause la variété des obligations pouvant constituer l'objet d'un contrat d'entraide.

2) L'intégration agricole (1964)

650.– Aux termes de l'article 17-1 de la loi du 6 juillet 1964, «sont réputés contrats d'intégration tous contrats, accords ou conventions conclus entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une ou plusieurs entreprises industrielles comportant obligation réciproque de fournitures de produits ou de services». L'article 17-II précise cette définition en ajoutant que «les contrats de fournitures de produits ou de services nécessaires à la production agricole conclus entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales ne sont pas réputés contrats d'intégration s'ils ne comportent d'autre obligation pour le ou les producteurs agricoles que le paiement d'un prix mentionné au contrat». Cette définition décrit la structure d'un contrat complexe, au sein duquel chaque contractant doit assumer au moins une obligation principale qui ne se résume pas à une obligation neutre de paiement d'une somme d'argent. Cet aspect du contrat n'est pas celui qu'il convient ici de détailler[1]. Au contraire, il importe d'insister sur la souplesse admise par la loi dans la détermination de la nature juridique des obligations qui peuvent faire apparaître l'intégration et la constatation vaut aussi bien du côté de l'intégrateur que de l'intégré.

En pratique, le cocontractant du producteur agricole est le plus souvent un fabricant de produits destinés à la culture ou à l'élevage et il est toujours débiteur d'une prestation autre que celle de verser une somme d'argent. L'expression légale de «fournitures de produits ou de services» permet d'englober des obligations de nature diverses : fourniture d'aliments, prêt, caution, assistance technique.

La difficulté essentielle suscitée par la qualification du contrat est donc d'identifier l'obligation caractéristique assumée par le producteur agricole, autre qu'une prestation neutre de numéraire et qui traduit juridiquement sa dépendance. La Cour de cassation a eu fréquemment l'occasion d'intervenir en cette matière. Pour qu'apparaisse la qualification d'intégration, il importe que l'agriculteur soit tenu d'autres obligations que celles de payer un prix ou de rembourser un emprunt[2]. De simples garanties, qui

---

(1)Cf. infra n°1264 (note).
(2)Cf. note J. PREVAULT sous Com. 2 février 1976, JCP 1976, II, 18448.

ne sont que des accessoires du prix ou du prêt, un warrant par exemple, ne peuvent suffire[1]. Mais, au delà, la nature des prestations supplémentaires pesant sur le producteur agricole est variable et la jurisprudence construite progressivement par la Cour de cassation n'a fait qu'accentuer cette diversité : obligation de revente à un tiers déterminé ; pacte de préférence pour la vente des bêtes au fournisseur d'aliments ; obligation de nourrir et soigner ces animaux, donc de s'acquitter de divers services ; obligation d'élevage ou d'engraissement ; etc.[2] Initialement, la qualification d'intégration n'a pas été systématiquement retenue lorsque l'achat d'aliments pour bestiaux se doublait d'une clause d'approvisionnement exclusif[3]. Cette réticence, qui peut surprendre[4], provient sans doute de la nature d'obligation accessoire généralement revêtue par cette clause[5]. La Cour de cassation a fini par prendre en compte cette exclusivité d'approvisionnement [6] et cette jurisprudence a été entérinée en matière d'élevage, par la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980, créant un article 17-1 bis dont les termes sont les suivants : «dans le domaine de l'élevage sont réputés

---

(1)Jurisprudence constante : Com. 21 octobre 1975, D. 1976, p.140, note G.-C. ; Com. 2 février 1976, JCP 1976, II, 18448, note J. PREVAULT ; Civ. 1e 5 janvier 1978, JCP 1979, II, 19030 note J. PREVAULT ; Bull. civ., I, n°6, p.6 ; Civ. 1e 2 mai 1984, Gaz. Pal. 1985-1-pan agraire p.9 ; Grenoble 27 janvier 1981, D. 1982, p.625 (motif).

(2)Civ. 1e 14 octobre 1975, Bull. civ., I, n°264, p.223 (obligation d'engraissement et obligation de revente à un tiers déterminé) ; Civ. 1 18 mai 1976, JCP 1976, II, 18449 note J. PREVAULT (exclusivité d'approvisionnement et pacte de préférence pour la vente des bêtes au fournisseur d'aliments) ; Civ. 1e 14 décembre 1976, D. 1978, p.177 ; Rev. dr. rural 1977, p.205, obs. L. LORVELLEC («obligation de nourrir et soigner ces animaux, donc de s'acquitter de divers services») ; Civ. 1e 27 avril 1977, Bull. civ., I, n°190, p.150 ; Civ. 1e 5 janvier 1978, JCP 1979, II, 19030, note J. PREVAULT (obligation d'engraissement et exclusivité d'approvisionnement auprès de l'entreprise industrielle) ; Civ. 1e 14 juin 1978, D. 1979, p.382, note L. BOY (inventaire très complet : obligation d'achat des bêtes maigres chez un fournisseur agréé, exclusivité d'approvisionnement, plan de rationnement, revente des bêtes contrôlée) ; Civ. 1e 18 octobre 1978, Bull. civ., I, n°309, p.238 ; JCP 1979, II, 19216, note J. PREVAULT (exclusivité d'approvisionnement et revente à un tiers agréé) ; Civ. 1e 17 juillet 1979, Bull. civ., I, n°212, p.170 (obligation d'élevage et exclusivité d'approvisionnement) ; Civ. 1e 5 décembre 1979, Bull. civ., I, n°306, p.249 («obligation d'acheter la production» de l'entreprise industrielle) ; Civ. 1e 8 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980-1-pan p.215 (production devant «fournir son industrie et diverses prestations») ; Civ. 1e 7 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981-1-pan 17 (obligation d'engraissement et exclusivité d'approvisionnement) ; Civ. 1e 3 février 1981, Gaz. Pal. 1981-2-pan p.193 (exclusivité d'approvisionnement) ; Civ. 1e 17 février 1981, Gaz. Pal. 1981-2-pan p.242 (obligation d'élevage et d'approvisionnement exclusif) ; Civ. 1e 16 juin 1981, JCP 1982, II, 19774, note J. PREVAULT (obligation d'élevage et exclusivité d'approvisionnement) ; Civ. 1e 18 novembre 1986, Seetaa/Morin, Gaz. Pal. 1987-1- p.307 (exclusivité d'approvisionnement et de livraison au travers d'une coopérative) ; Civ. 1e 18 novembre 1986. Rambaud, Gaz. Pal. 1987-1-pan p.2 (obligation d'exclusivité et contrôle technique)

(3)Cf. Com. 21 janvier 1975 ; 21 octobre 1975 et 2 février 1976, précités.

(4)Pour la discussion, cf. infra n°1264 (note).

(5)Cf. supra n°524.

(6)V. en ce sens : Civ. 1e 18 mai 1976 ; 5 janvier 1978 ; 14 juin 1978 ; 17 juillet 1979 ; 7 octobre 1980 ; 3 février 1981 ; 17 février 1981 ; 16 juin 1981, précités.

contrats d'intégration les contrats par lesquels le producteur s'engage envers une ou plusieurs entreprises à élever ou engraisser des animaux, ou à produire des denrées d'origine animale, et à se conformer à des règles concernant la conduite de l'élevage, l'approvisionnement en moyens de production ou l'écoulement des produits finis». Le texte va même plus loin que la jurisprudence, puisqu'il n'est plus nécessaire que l'obligation soit principale : même considérée comme accessoire, une clause d'exclusivité ou un plan de rationnement entraînent la qualification d'intégration[1].

3) Le crédit-bail[2] (1966-1967)

651.- La structure du crédit-bail mobilier semble assez stricte : le contrat doit comporter l'engagement du crédit-bailleur d'acheter le bien, celui de le louer et la promesse de le vendre. Hormis, quelques difficultés de détail, comme la nature du contrat d'acquisition du bien par le crédit-bailleur ou la possibilité de conclure deux conventions de crédit-bail successives sur un même bien avec deux crédits-preneurs différents, difficultés qu'il conviendra d'examiner plus loin[3], le crédit-bail mobilier ne semble pas recouvrir plusieurs structures d'obligations, sauf pour certains objets de la prestation comme un logiciel[4]. Tel n'est pas le cas pour le crédit-bail immobilier. Depuis l'ordonnance n°67-837 du 28 septembre 1967, le législateur distingue les deux hypothèses et définit les contrats de crédit-bail immobilier, comme «les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire».

---

(1) Rappr. admettant difficilement qu'une qualification unitaire puisse être attachée à une multitude de structures d'obligations : B. PUILL, «Les contrats d'élevage», Thèse Rennes 1971, n°129 et s.

(2) Pour une bibliographie plus complète, cf. infra n°1624 (note). V. déjà : A. SOLAL, «Le crédit-bail immobilier», AJPI 1974, p.89 et s. ; J. CALAIS-AULOY, Rép. com., v° Crédit-bail (leasing) ; E.M. BEY et Ch. GAVALDA, «Le crédit-bail immobilier», Que sais-je ? n°2082, spéc. p.35 à 48 ; E.M. BEY, J.-Cl. Cont. distr., Fasc. 860, spéc. n°46 et s. ; Ph. CROIZAT, «Le crédit-bail (ou leasing)», Thèse Lyon 1966, p.162 et s. ; Y.-A. OUEDRAOGO, «Le crédit-bail immobilier», Thèse Toulouse I 1980, spéc. p.198 et s., p.329 et s.

(3) Cf. infra n°1006 pour la nature du contrat d'acquisition (vente ou entreprise) et infra n°1629 pour les contrats successifs.

(4) Cf. infra n°798 (note) et n°885 et s., selon que le logiciel est standard ou réalisé sur mesure ou même selon que les droits d'auteur sont ou non transférés.

A la lecture de cette définition, la variabilité de la structure du crédit-bail immobilier ne saurait faire de doute. Elle est même expressément affirmée par le législateur qui, non content d'énumérer plusieurs possibilités, affirme péremptoirement que toute convention répondant à la définition est un crédit-bail immobilier «quelle que soit [sa] qualification»[1] ! En pratique, cette souplesse autorise de nombreux montages. Si le crédit-preneur est déjà propriétaire du terrain, il peut le mettre à disposition du crédit-bailleur en vertu d'un bail à construction[2] ou d'un bail emphytéotique[3]. Ce dernier fait alors construire les bâtiments convenus et en confère la jouissance au propriétaire du terrain par le biais d'un crédit-bail. A l'expiration des conventions de mise à disposition du terrain et de crédit-bail, le crédit-preneur devient automatiquement propriétaire des constructions édifiées par le crédit-preneur. Si le crédit-preneur n'est pas propriétaire du terrain, tout dépend de la nature du bien concerné. Un immeuble déjà bâti peut être acheté par le crédit-bailleur et mis à la disposition de son client par un crédit-bail, l'acquisition se réalisant par la levée de l'option d'une classique promesse unilatérale de vente[4]. Le schéma du crédit-bail immobilier est alors semblable à celui d'un crédit-bail mobilier. Lorsque les constructions n'existent pas encore, le crédit-bailleur peut acheter le terrain, procéder à leur édification(5) et mettre à disposition l'ensemble dans des conditions similaires à l'hypothèse précédente[6]. Il peut également constituer avec le crédit-preneur une société civile immobilière chargée d'acquérir le terrain et de faire construire l'immeuble[7]. Dans ce cas, la promesse consentie par le crédit-bailleur concerne la cession des parts sociales qu'il détient. Le crédit-preneur, en levant l'option, à l'issue du bail que lui a consenti la société civile immobilière, devient seul détenteur du capital social de celle-ci, ce qui le rend, après dissolution, seul propriétaire de son actif[8].

---

(1)La version initiale du texte était plus mesurée et sans doute plus exacte, qui indiquait : quelle que soit leur dénomination». C'est la substance qui compte et non la terminologie. Cf. infra n°1624 (note).

(2)V. E.M. BEY et Ch. GAVALDA, op. cit., p.40-44 ; E.M. BEY, J.-Cl. précité, n°63-82 ; A. SOLAL, chr. précitée, p.91 ; J. CALAIS-AULOY, Rép. précité, n°72.

(3)V. A. SOLAL, chr. précitée, p.91 ; E.M. BEY et Ch. GAVALDA, op. cit., p.44-47 ; E.M. BEY, J.-Cl. précité, n°83-86.

(4)V. J. CALAIS-AULOY, Rép. précité, n°70 ; A. SOLAL, chr. précitée, p.91.

(5)Ou, pourquoi-pas, conclure une vente d'immeuble à construire.

(6)V. A. SOLAL, chr. précitée, p.91.

(7)E.M. BEY et Ch. GAVALDA, op. cit., p.47 ; E.M. BEY, J.-Cl. précité, n°87 ; A. SOLAL, chr. précitée, p.91.

(8)E.M. BEY et Ch. GAVALDA, op. cit., p.47.

4) Contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire[1] (1967)

652.– Dans le secteur protégé de la promotion immobilière, il est possible de conclure directement une vente d'immeubles à construire. Mais, dès lors que les parties ont décidé de recourir à un avant-contrat, l'article L.261-15 impose la conclusion d'un contrat déterminé et répute «nulle toute autre promesse d'achat ou de vente». Ce texte décrit le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire comme la convention par laquelle «en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble»[2]. D'après cette disposition, deux obligations apparaissent

---

(1)Sur le point de savoir s'il s'agit d'un contrat nommé ou sui generis, cf. infra n°1265.

(2)- *Ouvrages spéciaux* : A. BOITUZAT, «Le régime du secteur protégé de la promotion immobilière» Thèse Paris I, 1978, n° 10 et s. ; M. DAGOT, «La vente d'immeuble à construire», Litec 1983, n°191 et s., p.105 et s. ; T. MASSIS, «Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire, Thèse Paris II 1979. ; F. COLLART-DUTILLEUL, «Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble», Thèse dactyl. Tours 1983, n°96 et s., publiée ultérieurement, dans une version remaniée, dans la collection immobilier droit et gestion, Sirey, 1988 (les références renvoient à cette édition) ; F. STEINMETZ, «Les ventes d'immeubles à construire», Thèse Montpellier 1970, n°300 et s.

- *Ouvrages généraux* : J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°265, p.186 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°140 et s. p. 91 et s. ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, «Droit la promotion immobilière», 1991, n°361 et s. ; MAZEAUD, T.3 Vol.2, n°925-3 ; R. SAINT-ALARY et C.SAINT-ALARY-HOUIN, «Droit de la construction», Memento Dalloz, 1991, p.92.

- *Articles* : J.-L. BERGEL, «Les contrats préliminaires de réservation dans la vente d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? », JCP 1974, I, 2669 ; A. BRUN, «Les contrats préliminaires aux ventes d'immeubles à construire», AJPI 1973, p. 14 et s. ; J. CABANAC, «Le contrat préliminaire», AJPI 1968, doct., p.10 ; C. GIVERDON, «La commercialisation de l'immeuble par la voie des contrats de vente», Gaz. Pal. 1969-1-doct. n°15, p.24 ; H. HENRY, «Les problèmes posés par le contrat préliminaire de vente d'immeubles à construire», AJPI 1978, p.374 ; P. LANCEREAU, «La loi nouvelle sur les ventes d'immeubles à construire ou en cours de construction», Gaz. Pal. 1967-1-doct. p.26 et s. spéc. p. 32 et s. ; Ph. JESTAZ, «Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière, D. 1972, p.193 ; F. MAGNIN, J.-Cl. Civ., art. 1601-1 à 1601-4, Fasc. 20, n°114 et s. ; P. MALAURIE, Rép. civ., v° Vente d'immeubles à construire, n° 163 et s. ; Ph. MALINVAUD et P. JESTAZ, «Le contrat préliminaire à la vente d'immeubles à construire», JCP 1976, I, 2790 ; P. MEYSSON, «Formules commentées», JCP éd. N 1968, I, n°2132 ; «Le contrat préliminaire à la vente d'immeubles à construire», JCP éd. N 1981, I, p.73 ; P. MEYSSON, J.-Cl. Construction Fasc.83-5 ; R. SAINT-ALARY, «La vente d'immeubles à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction», JCP 1968, I, 2146, n°46 et 47 ; J. VIATTE, «Les conventions relatives aux ventes d'immeubles à construire», Gaz. Pal., 1977-1-doct, p.203 ; «Le contrat préliminaire aux ventes d'immeubles à construire», Rev. loyers 1973, p.245.

- *Notes* : J. L. BERGEL, JCP 1975, II, 18151 et erratum 18160 bis ; conclusions COMITI, Gaz. Pal. 1972-1-p.312 ; obs. G. CORNU, RTD civ. 1972 p.609, 1974 p.432, 1975 p.733, 1976 p.363 et 1978 p. 373 ; E.-E. FRANCK, D. 1976, p.97 ; Defrénois 1978, 31592 ; S. GALLE, JCP 1979, II, 19228 ; J.-C. GROSLIERE, D. 1974, p.688 ; F. MAGNIN, D. 1980, p. 587 ; P. MEYSSON et M. TIRARD, JCP 1972, II, 17098 et 17237, JCP 1976, II, 18340, JCP 1977, II, 18524 ; NGUYEN PHU DUC, D. 1979, p.571 ; conclusions PAUCOT, JCP 1978, II, 18785 ; M. PEISSE, Gaz. Pal. 1974-1-p.258, Gaz.Pal. 1976-1-p.67 ; H. SOULEAU, Defrénois 1980,

explicitement : le vendeur doit réserver en tout ou partie l'immeuble qu'il projette de construire et l'acheteur doit verser une somme d'argent. La détermination de la nature juridique de cette qualification suscite un important contentieux et un âpre débat doctrinal. Cette discussion peut en définitive être tranchée en faveur de la reconnaissance d'une qualification complexe, correspondant à une structure mixte mêlant pacte de préférence et promesse d'achat, mais tel n'est pas en l'occurrence le problème. En effet, cette solution correspond à l'analyse du contrat minimal prévu par la loi, or ce n'est pas ce contrat minimal qui doit ici retenir l'attention. L'interdiction de stipuler «toute autre promesse d'achat ou de vente» doit être replacée dans son contexte : l'ordre public de protection. S'il est interdit d'augmenter les obligations de l'acquéreur, il est en revanche loisible aux contractants d'accroître celles du vendeur. Les parties peuvent aller au delà du minimum légal. Elles peuvent stipuler une promesse synallagmatique de vente, lorsque le projet est certain et suffisamment déterminé. Cette modification éventuelle n'a pas pour effet de disqualifier la convention qui demeure un contrat préliminaire. Cette particularité marque l'originalité de l'intervention du législateur qui a institué en l'espèce une qualification commune à plusieurs structures d'obligations[1]. La nature juridique du contrat préliminaire est donc variable, ce que la doctrine a traduit par l'idée de «dualisme» du contrat préliminaire[2] ou de «moule légal» au sein duquel diverses conventions peuvent se glisser[3] ou encore de qualification à géométrie variable. Et pour finir, il semble que la Cour de cassation ait fait sienne cette analyse(4).

32363, p.951 ; B. STEMMER et H.-J. RAYNAL, JCP éd. N, 1975, II, 18002 bis ; M. VION, Defrénois 1974, p.735.

(1)Rappr. M. DAGOT, «La vente d'immeuble à construire», n°118, p.59.

(2)J.-L. BERGEL, chr. précitée ; Ph. MALAURIE, Rép. précité, n°222-223 ; M. DAGOT, op. cit., n°251 et s.

(3)Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, chr. précitée n°17, ouvrage op. cit. n°371, p.422 ; J. GHESTIN, op. cit. ; M. DAGOT, op. cit. n°259 ; Ph. LE TOURNEAU, «Quelques aspects de l'évolution des contrats», Mélanges RAYNAUD, p.349 et s., spéc. n°23.

(4)Civ. 3e 21 juin 1977, D. 1979, p.571, note NGUYEN PHU DUC ; Civ. 3e 10 octobre 1978, JCP 1979, II, 19228, note S. GALLE. Le promoteur peut donc augmenter ses obligations en s'engageant dès le départ à vendre l'immeuble. Pour être valable, cette promesse doit définir de manière précise son objet et son prix. Cette possibilité n'est plus contestée. En revanche les conditions nécessaires à l'apparition d'une promesse restent discutées. Pour certains auteurs, c'est l'état d'avancement de l'immeuble qui est déterminant (J.-L. BERGEL, op. cit. ; NGUYEN PHU DUC, précitée ; J. GHESTIN, op. cit.). Mais il paraît plus exact de s'en tenir à la volonté des parties et aux obligations effectivement stipulées (en ce sens Ph. MALAURIE, Rép. civ., n°223 ; M. DAGOT, op. cit., n°252 et s.). Le promoteur peut ainsi conclure une promesse de vente avant le début du projet et se contenter d'un contrat préliminaire minimal même après sa mise en route. Contra (?), D. SIZAIRE, JCP 1987 éd. N, Prat, p.655.

653.– Bien entendu, cette liste se contente de reprendre les exemples les plus significatifs et elle ne doit pas être considérée comme limitative. D'autres illustrations pourraient être citées : la sous-traitance[1] (1975), le bail à construction (1964)[2], les contrats de réservation de logements H.L.M. (1982)[3], voire à un moindre titre, la location-accession[4] (1984). Il importe surtout de constater que cet inventaire permet d'affirmer la réalité du phénomène dans le domaine des qualifications nommées. Force est de constater que la jurisprudence n'hésite pas à emboîter le pas du législateur, lorsque les circonstances le lui permettent, c'est à dire pour les contrats innommés.

B) Les contrats innommés

654.– Les nombreuses illustrations qui viennent d'être étudiées démontrent que le procédé qui consiste à regrouper plusieurs structures d'obligations sous une même qualification a trouvé son plein épanouissement dans diverses interventions législatives récentes. L'ampleur du phénomène est telle, qu'il semble déborder maintenant le secteur des contrats nommés, pour trouver une place dans la qualification des conventions sui generis. Une telle évolution ne doit pas surprendre. D'une part, il a déjà été souligné que le souci du législateur de «viser large»

---

(1) Ici, la situation est originale : la sous-traitance est une qualification complémentaire qui catégorise, dès lors qu'ils sont insérés dans un groupe de contrats particulier, un contrat d'entreprise, un contrat de transport ou un contrat mixte mêlant ces deux qualifications (cf. infra n°979 et s.).

(2) Article L.251-1 du Code la construction et de l'habitation : «Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail» (MAZEAUD, T.3, Vol.2 n°1064, p.381 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°619 ; R. SAINT-ALARY, Rép. civ., v° Bail à construction, n°41 et s.). Le propriétaire est obligé de concéder la jouissance de son terrain. Le preneur a lui pour obligation d'édifier des constructions. Chacune de ces prestations est économiquement originale et la convention possède la structure d'un contrat mixte par opposition. Cette structure est toutefois modulable et le constructeur peut également être tenu de verser un loyer en argent : dans cette dernière hypothèse, il est alors débiteur de deux obligations principales (cf. infra n°1393).

(3) V. à ce sujet : B. WERTENSCHLAG, «La réservation conventionnelle des logements HLM», AJPI Juin 1991, p.403 et s.
Par ces contrats, régis par les articles L. 411-1 et s. du Code la Construction et de l'Habitation, une personne publique ou privée (hypothèse seule retenue ici) fournit une aide à un organisme HLM ; en contrepartie, ce dernier s'oblige à conférer à cette personne le droit de désigner des candidats à l'attribution d'un logement. Or, l'aide apportée peut prendre différentes formes : apport de terrain (par transfert de propriété ou conclusion d'un bail à long terme), financement direct ou octroi d'une garantie financière (B. WERTENSCHLAG, chr. précitée, p.404).

(4) En effet, dans le contrat de location-accession, la loi admet que le paiement du prix puisse être fractionné, c'est à dire inclus dans le redevance périodique, ou différé (v. Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°543 et 570 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, «La réglementation de la location-accession», Rev. dr. immob. 1985, p.11 et s., spéc. p.12-13 ; v. aussi R. DARNAULT, Rev. dr. immob. 1985, p.7). Toutefois, cette question de la présence d'une soulte concerne en définitive les modalités du paiement du prix et n'attache pas la qualification à plusieurs structures d'obligations dont la nature serait différente.

correspond souvent à la difficulté d'appréhender des opérations économiques nouvelles. Or, ces opérations pénètrent initialement le monde juridique par le biais de qualifications innommées, comme le montre l'exemple du crédit-bail. D'autre part, les juges, qui ont un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les éléments constitutifs d'une qualification innommée, peuvent estimer qu'une même opération économique peut se traduire par plusieurs structures d'obligations. La technique pouvant répondre au besoin, l'extension de ce procédé de qualification aux contrats innommés est donc compréhensible. Le crédit-bail aurait certainement illustré cette constatation, mais la rapidité d'intervention du législateur en ce domaine n'a pas laissé à la jurisprudence le temps de démontrer l'unité de cette qualification, en dépit de l'existence de structures d'obligations différentes, notamment dans le secteur immobilier. Deux autres exemples retiendront donc l'attention : l'affacturage et la franchise(1).

655.– L'affacturage ne dispose d'aucune réglementation légale[2]. Par cette convention, l'affactureur (ou factor) s'engage vis à vis d'un industriel ou d'un commerçant, son client, à régler les factures que celui-ci établit sur ses acheteurs, moyennant le transfert à l'affactureur des créances correspondantes[3]. La convention

---

(1)La *location-vente* appelle des commentaires similaires à la location-accession. Cette qualification peut s'organiser autour de structures d'obligations comprenant ou non une soulte (cf. infra n°1597 et s.), mais il ne s'agit cependant que de modalités du paiement du prix et non d'obligations de natures véritablement différentes.
En revanche, le contrat de *sponsor* relève sans doute de cette analyse, même si le contentieux est encore réduit. Rappr. en doctrine : D. GRILLET-PONTON, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 1565, Contrats de parrainage publicitaire, n°16 ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, «Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring», Mélanges DERRUPPE, p.125 et s., spéc. p.126 et p.130-131 (mais cet auteur inclut ensuite le tout dans un contrat d'entreprise, p.131, à la manière des raisonnements utilisés en matière d'agence de voyage).

(2)Sur le contrat d'affacturage, v. en doctrine :
- *Ouvrages* : Ch. GAVALDA, Rép. com., v° Factoring ; J. GERBIER, «Le factoring», Dunod 1970 ; L.-E. SUSSFELD, «Le factoring», PUF 1968 ; J.-L RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Droit bancaire», 5e édit., 1990, n°550 et s. ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édit., n°2400 et s. ; R. LALLEMANT, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 870, Affacturage.
- *Articles* : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, «Le contrat dit de "factoring"», JCP 1966, I, 2044 ; R. ROQUETTE, «Le factoring», Journ. agréés 1970, p.203 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE, «Le factoring», Bull. transp. 1973, p.314 ; Anonyme (parfois attribué à J. GUYENOT), «La pratique du factoring par les sociétés spécialisées», Petites Affiches 25 janvier 1982, p.13 et s. ; A. CROSIO, «L'affacturage (ou factoring)», Petites Affiches 18 mars 1983, p.19 et s.
- *Thèses* : J. LE TOUX, «Le contrat de factoring», Thèse Rennes 1977 ; Ph. DELEBECQUE, «Les clauses allégeant les obligations dans les contrats», Thèse Aix 1981, n°267, p.301 ; M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, p.16 et s., p.110 et s., p.150 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°131.

(3)L'affacturage peut également comporter une fourniture de services commerciaux qui peut donner à la convention la structure d'un contrat mixte par addition (cf. infra n°1358 (note). Mais cet aspect du contrat n'est pas concerné par la variabilité des obligations étudiée ici.

peut prévoir diverses modalités, notamment quant à la date du paiement, le factor pouvant octroyer un certain crédit en réglant les factures avant leur échéance[1]. En revanche, il semble que constitue un élément caractéristique de cette convention le fait que l'affactureur assume les risques de l'encaissement, soit dans la limite d'un encours convenu, soit pour les seules factures qu'il a approuvées[2]. L'opération s'est développée en France, avec l'approbation d'une doctrine unanime, en utilisant le mécanisme de la subrogation[3]. De là à soutenir que la subrogation est un élément qualificatif de l'affacturage, il y a un pas qui semble difficile à franchir. En effet, le choix de cette technique s'est surtout opéré de façon négative, par élimination de la cession de créance, dont les formalités semblaient dissuasives[4]. Pour la doctrine, une convention d'affacturage pourrait très bien se contenter de ce procédé[5]. La discussion, dont l'enjeu pouvait paraître théorique, a repris un intérêt depuis l'instauration par la

---

(1) Sur ces variantes possibles : R. LALLEMANT, J.-Cl. précité, n°8 et s. ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°21-28.

(2) V. en ce sens : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°19 et 40 ; Ch. GAVALDA., Rép. précité, n°16 (contrat dont l'essence «est la garantie de bonne fin et divers services») ; J.-L. RIVES-LANGE, chr. précitée, p.314 (trois éléments constitutifs : paiement de la facture, transfert de la créance, risque de non-paiement assumé par le factor) ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°267 note 5, p.302 («la garantie de bonne fin constitue l'essence de l'affacturage»).
Sur les problèmes que pourrait poser cette faculté potestative d'échapper au risque d'encaissement, cf. supra n°113 (note).

(3) V. en jurisprudence : Com. 21 novembre 1972, D. 1974, p.213, note R. RODIERE ; Com. 5 novembre 1974, Bull. civ., IV, n°277, p.227 ; Com. 4 octobre 1982, Bull. civ., IV, n°287, p.246.
La solution est désormais admise implicitement par les tribunaux, et elle sert de point de départ pour trancher les difficultés suscitées par le régime de l'affacturage, notamment les conflits avec d'autres créanciers : Tb. com. Paris 6 septembre 1990, Rev. jurispr. com. 1991, p.275 (bordereau Dailly).

(4) V. en ce sens : J.-L. RIVES-LANGE, chr. précitée, p.314 ; J.-L RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°551 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°46 ; Ch. GAVALDA., Rép. précité, n°10 et n°37 ; J. GERBIER, op. cit., p.46 ; R. ROQUETTE, chr. précitée, p.206 ; J. LE TOUX, Thèse précitée, n°119 ; art. anonyme, précité, p.14.
Selon un auteur, un factor pourtant, spécialisé dans le secteur médical où les créances sont peu nombreuses et d'un montant élevé, aurait recours à la cession de créance (J. LE TOUX, Thèse précitée, n°119 et n°167).

(5) V. notamment : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°39 et n°45-46 ; J.-L. RIVES-LANGE, chr. précitée, p.314 ; J. LE TOUX, Thèse précitée, n°119 et n°120 et s. ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°2400 ; J. STOUFFLET, «L'usage de la propriété à des fins de garantie», in «Les sûretés», Colloque de Bruxelles, 20-21 octobre 1983, Feduci, p.319 et s., spéc. p.327. Comp. les réserves, peu convaincantes, de R. ROQUETTE, chr. précitée, p.206-207.
Plusieurs auteurs ont d'ailleurs souligné qu'une réglementation de l'affacturage pourrait judicieusement réaliser une simplification des cessions commerciales de créances (Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, notes n°76 et 105 ; R. ROQUETTE, chr. précitée, p.212). Certains remarquent aussi que la facture protestable, délaissée par la pratique, aurait pu servir de support adéquat à l'opération (R. ROQUETTE, chr. précitée, p.213 ; J.-L. RIVES-LANGE, chr. précitée, p.314 et p.315 in fine ; J. LE TOUX, Thèse précitée, n°112-113 ; v. aussi, juste après l'ordonnance du 28 septembre 1967 : L.-E. SUSSFELD, op. cit., p.56 ; J. GERBIER, op. cit., p.49).

loi Dailly, des cessions simplifiées de créances professionnelles. Les rédacteurs du texte semblent avoir envisagé que cette technique pourrait être utilisée par les affactureurs[1] et plusieurs auteurs soutiennent la solution, avec plus ou moins de réserves[2]. La conclusion est simple à tirer : l'affacturage, convention innommée, peut recouvrir au moins deux structures d'obligations bâties, l'une autour d'une subrogation conventionnelle, l'autre autour d'une cession de créance.

656.– L'exemple du contrat de franchise mérite aussi d'être explicité[3]. Défini de manière très générale, le contrat de franchise «réalise une intégration partielle dans une unité économique, dominée et dirigée par un de ses membres. Un commerçant

---

(1)V. les références citées par R. LALLEMANT, J.-Cl. précité, n°74 ; Ch. GAVALDA., Rép. précité, n°11.

(2)V. admettant la solution : Ch. GAVALDA., Rép. précité, n°10 et n°44 et s. (très net) ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°2400 note 1 et 2428[1] ; J.-L RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°551 et n°557 ; A. CROSIO, chr. précitée, p.19 ; M. GUINGAND, «Affacturage et bordereau Dailly», Banque et droit 1988, p.15 ; J. STOUFFLET, art. précité, note 15, p.327. Plus réservé : R. LALLEMANT, J.-Cl. précité, n°74 à 77.

(3)Sur le contrat de franchise, cf. entre autres : *-Ouvrages spéciaux* : J. GUYENOT, «Qu'est ce que le franchising ?», Dunod 1973 ; J.-M. LELOUP, «Droit et pratique de la franchise», Edit. Delmas 1983 ; Ph. BESSIS, «Le contrat de franchisage», Les Guides Montchrestien, 1986 ; Aspects juridiques de la franchise. Journée d'étude de la faculté de Droit de Lyon, 21 mai 1986, CEIPI. Litec ; J.-M. MOUSSERON et autres, «Droit de la distribution», 1975, n°348 et s., p.278 et s. ; W.-Y. KARAM, «Le contrat de franchisage commercial à travers les réseaux de franchise», Thèse Lyon 1982.

-Ouvrages généraux : Lamy Droit économique 1992, Concurrence distribution consommation, n°5901 et s. ; R. SAINT-ALARY, Rép. com., v° Franchising (contrat de franchise) ; Y. GUYON, «Droit des affaires», 6e édit., n°835 et s. ; Y. CHARTIER, «Droit des affaires», 1986, T.1, p.227 ; G. FARJAT, «Droit économique», 1982, p. 308 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°836 ; MAZEAUD, T.3, Vol.2, n°768-2, p.40 ; Ph. LE TOURNEAU, J.Cl. Contrats distrib., Fasc. 565 e 566 ; RIPERT et ROBLOT, T.1., 14e édit., 1991, n°488[2], p.107 ; R. RODIERE et B. OPPETIT, «Droit commercial», 1978, n°223, p.229 ; R. HOUIN et M. PEDAMON, «Droit commercial», 9e édit., n°457 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, T.1, 4e édit., n°101-3, p.352 et s. ; M. VASSEUR, «Les cours du droit», p.612 et s. ; M. BRUSETTI, Thèse précitée, p.39 et s.

-Articles : P. DURAND et J. LATSCHA, «Le franchising», JCP éd. CI 1970, n°87634 ; R. SAINT-ALARY, J.-C. TESTON, Mlle BAROUDY, «Le franchising. Actualités de droit de l'entreprise». Nouvelles techniques contractuelles, Litec 1970, p.55 et s. ; «Un groupement vertical de distribution : le franchising», Cah. dr. entr. 1972, n°2, p.20 et s. ; F.-M. GALIMIDI, «Le franchisage», Journ. not. av. 1986, art.58628, p.779 ; J. GUYENOT, «La franchise commerciale», RDT com. 1973, p.162 et s. ; J.-M. LELOUP, «La définition du contrat de franchise», Cah. dr. entr. 1980, n°5, p.5 ; F. CAQUELIN, «La franchise et le droit», Gaz. Pal. 1982-2-p.565 ; G. AMEDEE-MANESME et J.-P. CLEMENT, «Le droit de franchise», JCP éd. CI 1979, ADG., 7942 ; G. AMEDEE-MANESME, «La franchise», Rev. jurispr. com. 1981, p.165 ; Ph. LE TOURNEAU, «Le Franchisage», JCP éd. N 1985, I, p. 13 et s. ; D. FERRIER et J.-M. LELOUP, «Nouvelles approches de la franchise commerciale», Cah. dr. entr. 1986, n°3, p.14.

Adde : sur le contrat de corner : G. AMEDEE-MANESME, «Le contrat de «corner»», Rev. jurispr. com. 1983, p.41 (sorte de franchise en réduction, mais l'article ne décrit pas suffisamment les obligations des parties pour donner une appréciation plus précise).

-notes : F. BORIES, D. 1974, p.105 ; J. AZEMA, JCP éd. CI 1981, 13605 ; J.-J. BURST, D. 1982, p.553.

indépendant s'intègre dans un réseau dont il devient un des maillons, par un contrat cadre»[1]. Il est toutefois impossible de se contenter d'une définition aussi vague de la franchise, fondée sur la seule idée d'intégration du franchisé dans le réseau fondé par de franchiseur. Derrière la réalité économique résultant de la conclusion d'un contrat, il convient d'isoler la structure d'obligations spécifique de la franchise, étant admis que l'unité de ce contrat n'est désormais plus discutée(2). Cette structure correspond à celle d'un contrat complexe, en l'occurrence un contrat mixte par addition, c'est à dire une convention où un même contractant est débiteur de deux obligations caractéristiques. Dans le contrat de franchise, c'est la franchiseur qui assume ces deux obligations. En effet, la quasi-unanimité de la doctrine exige, pour caractériser cette convention, que le franchiseur s'oblige simultanément à transmettre un savoir-faire et à concéder un signe distinctif[3]. Le contrat de franchise est avant tout un contrat de «réitération» : le franchisé va tenter de rééditer le succès commercial obtenu par le franchiseur[4].

La première obligation mérite déjà quelques commentaires particuliers. L'origine de ce succès provient de l'élaboration par le franchiseur d'une méthode originale. Si cette méthode concerne un type particulier de prestations de services, une méthode de gestion ou de distribution, et si l'ensemble des ces informations a été organisée et structurée par le franchiseur afin d'assurer sa transmissibilité, elle peut constituer un savoir-faire dont le franchiseur va faire bénéficier d'autres commerçants

---

(1)Ph. LE TOURNEAU, «Le franchisage», chr. précitée, n°3, p.14 ; adde la définition de la Fédération française de franchisage : «méthode de collaboration entre une entreprise franchisante d'une part et une ou plusieurs entreprises franchisées, d'autre part» et celle du Rapport du groupe de travail techniques de vente et de distribution du conseil national de la consommation, JCP éd. N 1989, Prat, n°934, p.166 : «accord par lequel un distributeur vend des produits sous la raison sociale et la marque d'un franchiseur en appliquant le savoir-faire de ce dernier».

(2)Cf. en ce sens : D. FERRIER et J.M. LELOUP, op. cit., I, B, p. 15 ; R. SAINT-ALARY, op. cit., n°4 ; Ph. LE TOURNEAU, article précité, JCP 1985, n°26, p.18. Les trois premiers auteurs cités affirment clairement la nature «complexe» du contrat de franchise.

(3)*Cf. en ce sens* : Norme AFNOR, n°2-1, p. 112-113 ; Codes de déontologie de la franchise (européen et français) ; Enquête du CECOD, op. cit., p. 23 et s. et 31 et s. ; Paris 28 avril 1978, Cah. dr. ent. 1980, n°5, p. 5 et s. ; Colmar 9 juin 1982, D. 1982, p.553.
-*V. en doctrine* : RIPERT et ROBLOT, op. cit., loc. cit. ; Y. GUYON, op. cit., loc. cit. ; G. FARJAT, op. cit. ; G. CORNU, «Vocabulaire juridique» V° Franchisage ; J.-M. LELOUP, «Aspects juridiques de la franchise», op. cit., p. 15 ; J.-M. MOUSSERON, op. cit., p. 42 et 46 ; R. SAINT-ALARY, Rép. com. précité, n°6 à 9 et article précité, p.58 ; E. CATZEFLIS, Cah. dr. ent. 1972, n°2, p.27 ; G. AMEDEE-MANESME et J.-P. CLEMENT, op. cit., loc. cit. ; J.-J. BURST, note précitée ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, op. cit., loc. cit. ; M. VASSEUR, op. cit. (définition) ; J.-M. MOUSSERON et autres, op. cit., loc. cit.
-*Comp.* : 1) F. CAQUELIN, op. cit, p.565 et 566 ; P. NUSS, in «Aspects juridiques de la franchise», op. cit., p.42 qui semblent faire de l'usage d'un signe une prestation dominante.
2) Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1985, n°12 et 20 et s. qui semble au contraire ériger le savoir-faire en prestation centrale.

(4)L'expression est de J.M. LELOUP, dans toutes ses publications précitées.

indépendants[1]. Mais cette méthode peut aussi constituer un procédé de fabrication inédit (franchise industrielle). La transmission de savoir-faire peut alors être remplacée[2] par une licence de brevet, assortie d'une assistance industrielle[3]. Si la convention comporte également une licence de marque pour la commercialisation ultérieure des produits fabriqués, la qualification de franchise est possible[4]. La variabilité des obligations se rencontre donc pour cette première prestation du franchiseur, avec la particularité de concerner alternativement une qualification nommée et une qualification innommée.

Cette variabilité se retrouve aussi pour la deuxième obligation assumée par le franchiseur et caractéristique de la franchise, celle de mettre à la disposition du franchisé certains éléments de ralliement de la clientèle[5]. Cette jouissance d'un signe distinctif prend diverses formes. Elle peut d'abord consister en une licence (ou sous-licence) de marque (onéreuse[6]) dont le franchiseur est titulaire. Il peut aussi s'agir de la concession de l'usage d'un nom commercial et/ou d'une enseigne. Ce dernier élément en particulier est important, car l'établissement du franchisé doit en tout point ressembler à ceux des autres franchisés mais aussi aux succursales du franchiseur[7].

La faculté pour la franchise d'englober plusieurs structures d'obligations se vérifie enfin en matière de relation d'approvisionnement[8]. Il est maintenant solidement acquis que la qualification de contrat de franchise concerne aussi les franchises de distribution[9]. La solution résulte notamment de l'arrêt Pronuptia rendu par la Cour de

---

(1)Il doit s'agir de connaissances techniques, transmissibles, non brevetées et secrètes (cf. par exemple : Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1985, n°28 et s. ; J.-M. LELOUP, ouvrage précité, B[3] et s. et les références citées ; article précité, Cah. drt ent. 1980, n°5, p.9). De plus, comme la franchise doit être la réitération d'un succès, il est indispensable que le savoir-faire soit éprouvé (cf. Code de déontologie de la Fédération française de Franchisage (préambule) ; Code de déontologie européen de la franchise (préambule) ; projet de norme «franchise» AFNOR n°2 et 2-2 ; J.-M. LELOUP, Cah. dr. ent. 1980, n°5, p.9 ; «Aspects juridiques de la franchise», op. cit., p.16 et 17 ; Colmar 9 juin 1982, précité) et comme le contrat de franchise est une convention à exécution successive, la transmission de savoir-faire s'inscrit dans le temps : les connaissances fournies doivent donc être périodiquement réactualisées par le franchiseur (cf. Codes de déontologie, précités ; Normes AFNOR, n°2-1, p.113).

(2)Faut-il dire : prend la forme ?

(3)Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., loc. cit. ; Ph. Le TOURNEAU, article précité, n°7.

(4)Cf. cependant les réserves de Ph. LE TOURNEAU, op. cit., loc. cit.

(5)Pour reprendre l'expression de M. BURST, «Eléments de ralliement de la clientèle et franchise», Cah. dr. ent., 1988, n°2, p.40 et s.

(6)Sur cette discussion, cf. infra n°1378.

(7)Cf. par exemple, Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1985, n°27, p.18.

(8)Il n'est plus discuté, non plus, que la relation d'approvisionnement fait désormais partie intégrante du contrat de franchise et qu'elle ne constitue pas un contrat séparé.

(9)Sur cette discussion, cf. infra n°1372.

Justice des Communautés Européennes[1]. Néanmoins, la constatation possède une portée plus limitée, car la nature accessoire ou principale de la relation d'approvisionnement est discutée[2]. Ce caractère principal semble pouvoir être admis, notamment dans certaines franchises de distribution prétendument gratuites[3]. Dans ces hypothèses, la contrepartie des obligations du franchiseur est constituée pas la clause d'exclusivité que souscrit, à titre principal, le franchisé. La variabilité des structures de qualification de la franchise s'étend donc aussi aux obligations du franchisé qui peut, selon les cas, être tenu d'une obligation d'exclusivité ou/et d'une obligation de somme d'argent.

C) Le cas discuté : l'agence de voyages

657.– La qualification des contrats conclus entre une agence de voyages et ses clients suscite une doctrine abondante[4] et un contentieux fourni. La profession

---

(1) CJCE 28 janvier 1986 161/84. Gaz. Pal. 1986-1-p.198, point n°13 et sur cet arrêt : Ph. LAURENT, «La légitimité communautaire de la franchise», Gaz. Pal. 1986-1- doct. p.172 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE et J.-P. CLEMENT «La franchise et le droit européen de la concurrence», Gaz. Pal. 1986-1- doct. p.228 ; J.-J. BURST et R. KOVAR, «La mariée est en blanc», Gaz. Pal. 1986-1- doct. p.392.

(2) Sur cette discussion, cf. infra n°1387 et s.

(3) Cf. infra n°1388.

(4) Sur l'agence de voyages, v. en doctrine :

- *Ouvrages* : P. COUVRAT, «Les agences de voyages en droit français», Thèse LGDJ 1967, spéc. p.175 et s. ; J. LEONNET et P. FONTAINE, «Le droit du tourisme et des voyages», Delmas 1971, p.191 et s. ; P. PY, «Droit du Tourisme», Dalloz 1989, p.202 et s. ; J.-L. FIOUX, «Droit des transports de personnes - Route Rail Agences de voyages», Delmas 1989 ; V. GRELLIERE, «La responsabilité du transporteur aérien international», Thèse Toulouse 1973, p.66 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, op. cit., n°1477 et s. ; R. LANQUAR, «Agences et associations de voyages», Que sais-je ? n°1787, 1979 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°685 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°17, n°530, n°714 et n°750 ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édit, n°2631 ; R. RODIERE, «Droit des transports», 1977, n°686 et s. ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°385 et s ; A. CHEMEL, J.-Cl. Commercial, Fasc. 880 et 885 ; P. COUVRAT, Rép. civ., v° Agence de voyages ; R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.163 et s. ; O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°266 et s. ; M. GENINET, Thèse précitée, n°531, p.517 (contrat d'entreprise).
- *Articles* : R. RODIERE, «La responsabilité des agences de voyage», D. 1958, p.241 ; P. CHAUVEAU, «La croisière maritime», JCP 1959, I, 1498 ; J. HEMARD, «La responsabilité des agences de voyages», Bull. transp. 1960, p.165 ; J. BUDIN et M. PONELLE, «Agences de voyages», Gaz. Pal. 1963-2-p.37 ; P. COUVRAT, Le projet de convention internationale relative au contrat de voyage», D. 1969, p.57 ; L. PROSCOUR, «Réflexions sur le contrat d'agence de voyages», Rev. jur. com. 1979, p.81 ; F. BOULANGER, «Les relations juridiques entre les agences de voyages et leur clientèle après l'arrêté du 14 juin 1982», JCP 1983, I, 3117 ; L. RAPP, «Pour une réglementation européenne du contrat de voyages», Cah. dr. entr. 1989/3, p.18 ; A. BATTEUR, «De la responsabilité des agences de voyages organisés», JCP éd. E 1992, I, 131, p.129.

d'agents de voyages est réglementée actuellement par une loi du 11 juillet 1975[1] et un décret du 28 mars 1977[2], complétés par un arrêté du 14 juin 1982[3], mais il est admis en doctrine que ces textes n'ont tranché aucune question relative à la qualification(4). Le problème reste donc entier : est-il possible de retenir une qualification unique de contrat d'agence de voyages, dont la nature resterait stable, malgré la variété des rôles que tous les auteurs s'accordent à reconnaître à ces agences[5] ? Ce contrat serait caractérisé par la qualité d'une des parties, un agent de voyages, et par la nature de l'objet de la prestation, un voyage, quelle que soit la nature précise de l'obligation.

658.– Dans une première approche, l'examen des conclusions de la doctrine[6] et de la jurisprudence conduit à répondre par la négative. Une jurisprudence constante estime en effet que les contrats conclus entre une agence de voyages et ses clients sont d'une nature variable, qui est fonction du type d'obligations assumées par l'agence. Initialement, les agences se sont limitées à un rôle d'intermédiaire entre leurs clients et des prestataires de services, qui peuvent être des transporteurs ou des hôteliers, voire des organisateurs de spectacles. Pour les tribunaux, dans ce type d'intervention, l'agence possède la qualité de mandataire de son client, qui la charge de conclure les diverses conventions nécessitées par le voyage prévu[7]. Cette qualification est toujours

---

(1)D. 1975, lég., p.274 ; RTD com. 1975, p.903, présentation par J. HEMARD..

(2)D. 1977, lég., p.163 ; RTD com. 1977, p.155, présentation par J. HEMARD.

(3)D. 1982, lég., p.455 ; RTD com. 1982, p.609, présentation par B. BOULOC et J. HEMARD.

(4)V. en ce sens : P. COUVRAT, Rép. précité, n°56 et 57 ; J.-L. FIOUX, op. cit., N1-N2 ; P. PY, op. cit., n°202, p.220 ; L. RAPP, chr. précitée, p.18.
L'affirmation semble valable aussi pour la directive du 13 juin 1990 (JOCE 23 juin 1990, N° L 158/59). Le texte entend régir les «forfaits» offerts à la «vente» (article 2). Il ne précise pas la nature du contrat mais il distingue clairement les purs intermédiaires des organisateurs (art. 2-2 et 2-3).

(5)Cette diversité des rôles est également reconnue par le législateur depuis 1959 : au contraire de la loi du 24 février 1942 qui ne visait que l'activité de mandataire, le texte du décret du 8 avril 1959 et celui de la loi du 11 juillet 1975 (art.1) prennent en compte la mise sur pied de voyages organisés. Sur les textes antérieurs, v. plus généralement : P. COUVRAT, Rép. précité, n°8 et s.
Comp. la diversité des contrats de déménagement : transport, commission de transport et, selon l'opinion classique, contrat d'entreprise.

(6)V. en ce sens : R. RODIERE, chr. précitée, p.241 ; J.-L. FIOUX, op. cit., N2 ; Ph. LE TOURNEAU, op. cit., n°1477 ; F. BOULANGER, chr. précitée, n°8 ; A. CHEMEL, J.-Cl. précité, Fasc. 880, n°1, n°5 et n°12 et s., n°44 ; P. COUVRAT, chr. précitée, n°2 et 5 ; Thèse précitée, p.247 ; J. LEONNET et P. FONTAINE, op. cit., p.192-193 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°685 et s. ; P. PY, op. cit., n°203 et s.

(7)V. pour des décisions retenant le *mandat salarié* : Tb. civ. Seine 15 juillet 1920, S. 1926-2- p.58 ; Req. 14 novembre 1939, DH 1940, p.75 ; Paris 29 octobre 1942, DC 1943, p.129, note R. ROGER (décision particulièrement bien motivée) ; Paris 6 février 1943, Gaz. Pal. 1943-1-p.182 (sous-mandat) ; affaire Duchiron, dite du taxi de Rio : Tb. com. Seine 14 janvier 1955, Gaz. Pal. 1955-1-p.141 ; sur appel Paris 25 novembre 1955, JCP 1956, II, 9240, note R. RODIERE ; pourvoi rejeté par Civ. 1e 5 janvier 1961, D. 1961, p.340 ; sur renvoi Amiens 11 février 1963, JCP 1963, II, 13261 ; Civ. 1e 13 novembre 1956, JCP 1957, II, 9799, note R. RODIERE ; Paris

largement utilisée, mais elle n'est plus la seule. Devant le souhait toujours plus vif des clients de se voir offrir des services complets, les déchargeant de tout souci, les agences ont accepté d'assumer l'organisation complète de voyages individuels ou collectifs. Dans ces hypothèses, les tribunaux admettent de plus en plus souvent une qualification de prestataire de services correspondant à un contrat d'entreprise[1].

---

10 janvier 1957, Bull. transp. 1957, p.151 ; Douai 2 mai 1958, Gaz. Pal. 1958-1-p.443 ; RTD civ. 1958, p.603, obs. H. et L. MAZEAUD ; Tb. com. Seine 20 décembre 1963, Rev. fr. dr. aérien 1964, note E. GEORGIADES (malgré le terme de mandataire-commissionnaire) ; Civ. 24 juin 1964, Bull. transp. 1964, p.261 ; Civ 1e 13 janvier 1965, Bull. transp. 1965, p.115 ; RTD civ. 1965, p.675, obs. G. CORNU (aucune faute retenue) ; Tb. com. Seine 16 mai 1967, Gaz. Pal. 1968-1- p.125, note J.-P. D. ; Paris 23 février 1968, Bull. transp. 1968, p.178 et sur pourvoi (rejet) Civ. 1e 15 décembre 1969, D. 1970, p.326, note P. COUVRAT ; TGI Paris 26 mars 1968, D. 1969, somm. p.30 ; TGI Paris 26 mars 1969, Rev. fr. dr. aérien 1969, p.321 ; Paris 17 février 1970, JCP 1970, IV, p.216 et sur pourvoi Civ 1e 10 novembre 1971, JCP 1972, II, 17069, note R. RODIERE (sous-mandat) ; Angers 3 avril 1973, JCP 1973, II, 17478, note R. RODIERE ; Paris 29 mars 1973, Gaz. Pal. 1973-2-somm. p.214 (mandat, semble-t-il) ; Civ 1e 15 octobre 1974, Bull. transp. 1975, p.334 ; RTD com. 1975, obs. J. HEMARD ; TGI Paris 2 juillet 1976, JCP 1977, IV, p.190 ; Civ. 6 novembre 1979, Bull. transp. 1979, p.599 (pas de faute) ; Civ 1e 29 mai 1980, Bull. civ., I, n°163, p.131 (sous-mandat) ; Paris 1e ch 26 février 1982, Juris-Data n°24687 (semble-t-il : pas de faute dans le choix d'une école de ski et pas de responsabilité pour l'imprudence d'un moniteur) ; Paris 25e ch B 25 février 1983, Juris-Data n°20597 ; Paris 8e ch A 12 juillet 1983, Juris-Data n°27742 ; Paris 17e ch A 21 novembre 1984, Juris-Data n°26418 (sous-mandat) ; Reims 9 septembre 1987, Juris-Data n°45212 ; Paris 25e ch A 28 mars 1989, Juris-data n°21083 ; Civ. 1e 24 mai 1989, Resp. civ. et assur. Juillet 1989, n°266 ; Paris 29 octobre 1991, Bull. transp. 1992, p.72. Rappr. Paris 9 ch B 28 novembre 1990, Juris-Data n°26107 (mandat de vente de titres de transport pour le compte du transporteur, application de l'article 408 du Code pénal) ; Paris 7e ch 30 juin 1982, Juris-Data n°23517.

Adde pour un contrat complexe mandat+transport : Civ 1e 15 février 1977, JCP 1977, II, 18757, note R. RODIERE (croisière maritime ne relevant pas de la loi de 1966) et les décisions des juges du fond rendues dans cette affaire ; Paris 24 février 1975, D. 1975, somm. p.84. V. P. PY, op. cit., n°207 et 209.

V. en doctrine la description de JOSSERAND, «Les transports», 1926, n°798 (qui décrit un simple rôle de mandataire et réfute la qualification de commissionnaire).

Contrairement à ce que semblent soutenir certains auteurs (Ph MALAURIE et L. AYNES, op. cit. n°714), il importe de préciser que l'agence est normalement mandataire du client. Cependant, elle est parfois mandataire des transporteurs, pour «placer» leurs billets (Civ 1e 10 novembre 1971 et Paris 9 ch B 28 novembre 1990, précités). Sur cette question : P. PY, op. cit., n°295 et s.

(1)V. en faveur du *contrat d'entreprise* : TGI Seine 29 février 1960, Gaz. Pal. 1960-2-p.230 et sur appel Paris 23 mai 1961, Gaz. Pal. 1961-2-p.283 ; RTD civ. 1962, p.130, obs. G. CORNU (article 1794 du Code civil) ; Paris 12 juin 1964, D. 1965, somm. p.13 (apparence) ; TI Paris 16 juillet 1964, Rev. jurispr. com. 1967, p.462, note J.-F. BOIRON (article 1794) ; Tb. com. Nice 2 juillet 1965, Gaz. Pal. 1965-2-p.327 ; Civ. 1e 27 octobre 1970, D. 1971, p.449, note P. COUVRAT ; JCP 1971, II, 16624, note R. RODIERE ; RTD civ. 1971, p.392, obs. G. CORNU (malgré sa formulation (cf. la note RODIERE), il s'agit de l'arrêt de principe, ce qui montre une fois de plus qu'une décision vaut autant par son contenu réel que par l'autorité qu'on lui porte, surtout pour les arrêts qui interviennent dans le cadre d'un contentieux abondant et qui doivent être analysés en tenant compte du contexte) ; Civ 1e 3 mai 1977, Bull. civ., I, n°195, p.155 (qualification peu claire - obligation de fournir un accompagnateur) ; Paris 30 septembre 1980, Gaz. Pal. 1981-1- somm. p.15 ; Paris 5e ch 6 novembre 1980, Juris-Data n°923 (qualification implicite - obligation de fournir un accompagnement du client par une vedette) ; Paris 7e ch 20 janvier 1982, Juris-Data n°21356 ; Paris 19e ch 17 mai 1982, Juris-Data n°23754 ; Bordeaux 9

Certaines décisions, notamment pour les excursions en autocar ou pour les croisières maritimes avant la loi de 1966, qualifient l'agence de transporteur[1]. La qualification de

---

juin 1982, Gaz. Pal. 1983-2- somm. p.265 ; Paris 5e ch 12 novembre 1982, Juris-Data n°26545 (club de vacances) ; Paris 7e ch A 4 mai 1983, Juris-Data n°23350 (club de vacances - violation de l'obligation de sécurité-moyens) ; Paris 7e ch B 21 octobre 1983, Juris-Data n°28024 (faute dans le choix de l'hôtel - agence assumant un tiers de la responsabilité en raison d'une grave faute du client qui a plongé dans une piscine d'une profondeur d'un mètre... alors que des baigneurs s'y trouvaient déjà, de l'eau jusqu'à mi-cuisse) ; Paris 7e ch B 4 mai 1984, Juris-Data n°22487 ; Aix 24 janvier 1985, Drt. marit. fr. 1987, p.420 (croisière maritime) ; Paris 31 octobre 1985, Bull. transp. 1986, p.65 ; Paris 10 juin 1987, Bull. transp. 1987, p.580 (entreprise ? - violation de l'obligation de fournir un véhicule en bon état de marche et un accompagnateur expérimenté) ; Paris 1e ch B 8 décembre 1988, Juris-Data n°27612 (aucune violation des obligations de conseil de sécurité et d'assistance, en présence d'une chute d'un client lors d'un transbordement facile - événement présentant la nature d'un cas fortuit et imprévisible) ; TGI Paris 31 mars 1989, Juris-Data n°44787 et sur appel Paris 9e ch B 12 juillet 1989, Juris-Data n°24683 (exclusion de l'article 408 du Code pénal).

Bien que ces décisions ne précisent pas la qualification retenue, il semble que le mandat soit exclu pour les agences propriétaires de clubs de vacances, le contrat ne pouvant relever que de la prestation de services (c'est même certain pour toutes les prestations que ces clubs assurent personnellement, où la référence au contrat d'entreprise ne concerne plus un travail intellectuel, mais une véritable prestation matérielle ; v. d'ailleurs Paris 5e ch 12 novembre 1982, précité) : TGI Seine 16 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963-1-p.306 ; Civ. 1e 19 novembre 1968, D. 1969, p.165 ; Civ 1e 29 juin 1976, Bull. civ., I, n°235, p.191 ; JCP 1978, II, 18995, note A. CHEMEL (obligation de renseignement et prospectus mensonger) ; Civ. 1e 22 février 1977, Bull. civ., I, n°102, p.79 ; Paris 7e ch 5 décembre 1980, Juris-Data n°788 ; Paris 7e ch 13 novembre 1981, Juris-Data n°25445 (Le club méditerranée/Raffenel ; accident lors d'une leçon d'équitation - faute de l'agence) ; Paris 7e ch 13 novembre 1981, Juris-Data n°25446 (Roques/Le club méditerranée ; accident lors d'une leçon d'équitation - pas de faute) ; Paris 7e ch 3 février 1982, Juris-Data n°21162 ; Paris 7e ch 24 février 1982, Juris-Data n°20540 ; Paris 7e ch 2 juillet 1982, Juris-Data n°24749 (obligation de sécurité-moyens) ; Paris 17e ch 9 décembre 1982, Juris-Data n°28412 ; Civ 1e 25 mai 1987, D. 1987, IR, p.144. Contra : Civ. 1e 24 mai 1989, Resp. civ. et assur. Juillet 1989, n°266 (pas de responsabilité - circonstances de l'accident trop indéterminées).

(1) V. en faveur d'un *contrat de transport* : Lyon 20 mai 1926, S. 1926-2- p.58 (excursion en car) ; Lyon 23 juillet 1952, D. 1952, p.586 (voyage organisé en car) ; Paris 11 décembre 1952, JCP 1953, II, 7650, note M. DE JUGLART, qui se fonde sur la confusion qu'aurait entretenue l'agence sur sa qualité, mais ce raisonnement n'a pas été admis par la Cour de cassation : Civ. 1e 28 février 1956, Rev. fr. dr. aérien 1956, p.217 ; Bull. civ., I, n°83 ; Paris 26 mars 1958, JCP 1958, II, 10617 (croisière maritime) et sur pourvoi (rejet) Com. 11 mai 1960, Bull. transp. 1960, p.231 (affaire du M/S Batory ; v. pour des analyses différentes, dans la même affaire, les décisions citées par P. CHAUVEAU, chr. précitée, notes 8 et 9) ; Tb. com. Seine 22 janvier 1960, Gaz. Pal. 1960-1- p.227 (excursion en autocar) ; Civ. 26 avril 1966, Bull. transp. 1966, p.304 (décision intéressante, qui contrairement à celle de 1956, retient la qualification de transporteur sur le fondement de l'apparence qu'une agence mandataire avait donnée à ses clients) ; TGI Strasbourg 14 février 1977, D. 1978, p.248, note J.-P. BRILL ; Paris 17e ch B 28 janvier 1983, Juris-Data n°20457.

Réfutant cette qualification : Paris 29 octobre 1942, précité ; Paris 6 février 1943, précité ; TGI Paris 2 juin 1969 et Paris 8 décembre 1976, inédits cités au J.-Cl. Contr. distr. précité, n°97 ; Paris 19e ch 17 mai 1982, précité ; Paris 8e ch A 17 octobre 1990, Juris-Data n°24285.

Adde pour un contrat complexe mandat+transport : Civ 1e 15 février 1977, JCP 1977, II, 18757, note R. RODIERE (croisière maritime ne relevant pas de la loi de 1966) ; Paris 24 février 1975, D. 1975, somm. p.84.

Pour retenir cette qualification, il faut que l'agence assure le déplacement avec son propre matériel ou, mais l'hypothèse suscite plus de difficultés, qu'elle ait loué ou affrété ce matériel pour le

commissionnaire de transport reste en revanche quasiment théorique[1] et une seule décision, semble-t-il, a qualifié une agence de voyage de commissionnaire[2]. Curieusement, il convient de souligner l'absence de référence, tant en doctrine[3] qu'en jurisprudence, au contrat d'hôtellerie, alors que cette qualification paraît tout à fait concevable lorsque l'agence exploite elle-même un hôtel ou un club de vacances, la transport prenant un ici caractère d'accessoire nécessaire.

Malgré cette apparente unanimité, la question de l'unité du contrat demeure pourtant posée, pour deux raisons au moins.

659.– La première vient de certaines critiques doctrinales qualifiant de «verbalisme» les solutions jurisprudentielles qui, sous des étiquettes différentes, consacrent un régime commun[4]. Ces affirmations sont certainement excessives, mais elles recèlent quand même une large part de vérité. Les tribunaux ont fortement estompé les différences de régime pouvant exister entre le contrat d'entreprise et le mandat, en insérant à la charge de l'agence mandataire une multitude d'obligations qui

---

voyage, en conservant la direction des opérations de déplacement (pour des exemples : Lyon 23 juillet 1952, précité ; Paris 26 mars 1958, précité ; TGI Seine 13 mars 1963, Gaz. Pal. 1963-1-p.387 et sur appel Paris 30 juin 1964, Gaz. Pal. 1964-2-p.295 ; Tb. com. Nice 2 juillet 1965 ; en doctrine, cf. : R. RODIERE, note JCP, II, 9240 ; A. CHEMEL, J.-Cl. précité, Fasc. 880, n°85 et s. ; O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°269 et s.).
Sur le rôle de l'apparence en la matière : P. COUVRAT, Thèse précitée, p.201 et s. ; O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°274 et s. ; A. CHEMEL, J.-Cl. précité, Fasc. 880, n°94 et s. ; V. GRELLIERE, Thèse précitée, p.69 et s. (pour le transport aérien) ; P. COUVRAT, Rép. précité, n°61. En jurisprudence : Paris 11 décembre 1952, précité, cassé par Civ. 1e 28 février 1956, précité. Rappr. Paris 7 juin 1962, Rev. gén. air 1963, p.185, note C. CAS (pour un transport aérien).

(1) V. quand même : Tb. com. Seine 4 janvier 1957, JCP 1957, II, 9932, note crit. R. RODIERE (parce qu'il s'agissait d'un transport) ; adde, ne tranchant pas clairement entre transport et commission de transport : Tb. civ. Lyon 11 juin 1924, S. 1926-2- p.58 ; Lyon 23 juillet 1952, précité. Adde l'allusion dans les motifs de Tb. com. Nice 2 juillet 1965, précité.
Contre la commission de transport : Req. 14 novembre 1939, DH 1940, p.75

(2) Com. 20 novembre 1967, D. 1968, p.362. Cette décision semble assez méconnue (v. quand même infra n°664 (note). Elle est pourtant intéressante. La qualité de commissionnaire y est en effet reconnue à une agence française qui devait s'occuper de réservations d'hôtel à Paris, sur la demande d'une agence de voyages américaine. L'agence française est considérée comme s'étant engagée en son nom propre et doit par conséquent désintéresser l'hôtelier impayé.

(3) V. quand même RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°2631 ; P. PY, op. cit., n°205 et n°209 (où la mention n'est jamais détaillée) ; J. BONNARD, «Les problèmes juridiques posés par les centres de vacances et de loisirs», Thèse Paris X 1985, p.367.

(4) Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit, n°714. V. aussi : J.-F. BOIRON, note Rev. jur. com. 1967, p.464-465 (qualification relative et qualification-moyen d'arriver au résultat souhaité) ; F. BOULANGER, chr. précitée, n°2 (idée de qualification-moyen) ; P. COUVRAT, Rép. précité, n°55 (qualification-moyen) ; P. PY, op. cit., n°220. Comp. L. RAPP, chr. précitée, p.19-20 (la description dans la gradation des obligations n'est pas du tout conforme à la jurisprudence).

apparaissent difficilement compatibles avec cette qualification[1] et en retenant, en définitive, une conception assez restrictive de l'agence-prestataire de services.

Les décisions anciennes et quelques décisions plus récentes ont une conception raisonnable du rôle de l'agence en tant qu'intermédiaire et leurs solutions sont compatibles avec la qualification de mandat. Notamment, la faute (par excellence) de l'agence mandataire dans le choix des prestataires est appréciée de façon réaliste. Pour des qualités de fait, telles que la capacité ou la solvabilité d'un chauffeur, les décisions mentionnent que l'inaptitude doit être notoire[2]. Pour des qualités juridiques, comme l'existence d'une assurance couvrant la responsabilité civile du prestataire, les tribunaux sont plus exigeants, mais cette sévérité reste encore compatible avec le mandat, car un tel contrôle est matériellement réalisable[3]. De même, imposer une obligation de résultat quant à l'efficacité du titre de transport reste étroitement attaché au rôle habituel d'un mandataire[4]. Il semble normal, aussi, que la mission de conclure des contrats englobe celle de renseigner le client sur leur contenu, ce qui peut conduire à faire peser sur l'agence une obligation de renseignement[5] ou la rendre responsable

---

(1)Comp. la remarque du Doyen RODIERE : «l'objet du mandat a souvent, depuis JOSSERAND, démesurément grossi» (note JCP 1956, II, 9240). L'assertion vise plus la multitude de contrats à conclure que le contenu obligationnel du mandat. Adde : P. COUVRAT, notes D. 1970, p.326 et D. 1971, p.449 ; Rép. précité, n°65 ; P. PY, op. cit., n°203, n°220, n°223 et s.

(2)V. par exemple : Req. 14 novembre 1939, DH 1940, p.75 ; Paris 29 octobre 1942, DC 1943, p.129 (chamelier pas «particulièrement mal choisi») ; Tb. com. Seine 14 janvier 1955, Gaz. Pal. 1955-1-p.141 (chauffeur de taxi notoirement insolvable, mais le jugement mentionne aussi son incapacité, indication qui disparaît en appel) et sur appel Paris 25 novembre 1955, JCP 1956, II, 9240 ; Paris 10 janvier 1957, Bull. transp. 1957, p.151 (pas de faute retenue).

(3)V. Tb. com. Seine 14 janvier 1955, Paris 25 novembre 1955 et Civ. 1e 5 janvier 1961, précités, rendus dans l'affaire du taxi de Rio : chauffeur de taxi notoirement insolvable, hélé dans la rue et non assuré (l'assurance n'était pas obligatoire au brésil à ce moment et tous les chauffeurs n'étaient pas assurés) ; Civ. 24 juin 1964, Bull. transp.1964, p.261. Comp. Civ. 1e 19 décembre 1979, D. 1980, IR, p.189 ; RTD civ. 1980, p.356, obs. G. DURRY, où la qualification retenue (mandat ou entreprise) est inconnue, alors qu'en première instance le Tribunal retenait un mandat : TGI Paris 2 juillet 1976, JCP 1977, IV, p.190. V. en doctrine : R. RODIERE, chr. précitée, p.242 ; Traité précité, n°686.

(4)Civ. 1e 31 mai 1978, D. 1979, p.48, note J. FOULON-PIGANIOL ; D. 1979, IR, p.62, obs. Ch. LARROUMET ; Civ. 1e 12 juin 1985, Bull. civ., I, n°185, p.167 (mandat - pas de responsabilité, car ce sont des raisons extérieures au contrat qui ont rendu le titre inefficace, en l'espèce l'embarquement en dernière minute d'un blessé sur une civière).
Rappr. aussi : Civ 1e 10 novembre 1971, précité (délivrance des titres de transport en pleine connaissance d'une grève).
La décision de 1978 semble concerner un mandat (cf. le pourvoi qui invoque cette qualification, que la Cour ne réfute pas) et c'est comme cela qu'elle a été comprise (cf. la note FOULON-PIGANIOL ; contra : J.-L. FIOUX, op. cit., N5-N6). Pourtant, à y regarder de plus près, la formule utilisée est volontairement générale et devrait englober aussi les agences prestataires (rappr. d'ailleurs Paris 8 mars 1984, Gaz. Pal. 1984-2- somm. p.273, qui ne précise pas la qualification retenue).

(5)V. Douai 2 mai 1958, Gaz. Pal. 1958-1-p.443 (nécessité de se munir d'une carte d'identité) ; Amiens 11 février 1963, JCP 1963, II, 13261 ; Civ 1e 10 novembre 1971, JCP 1972, II, 17069

d'une publicité trompeuse[1]. Lorsque l'agence fait appel à un sous-mandataire, elle est tenue conformément au droit de commun d'en surveiller les agissements[2]. Enfin, la qualification de mandat n'est pas remise en cause, lorsque la multiplication des contrats conclus pour le client fait apparaître une obligation de les «synchroniser»[3]. Toutes ces illustrations montrent que le contenu des obligations de l'agence mandataire peut considérablement s'enrichir au fil des espèces, sans remettre en cause la nature du contrat : dans tous ces cas, c'est encore la conclusion du contrat qui est en jeu, par le biais de la détermination du cocontractant ou du contenu de l'accord.

Mais la jurisprudence est allée beaucoup plus loin et il est alors permis de douter de la pertinence de la qualification de mandat, en particulier, lorsque l'interprétation laxiste d'obligations traditionnelles ou la création d'obligations nouvelles aboutissent à rendre l'agence responsable de l'exécution des conventions conclues. Non parce qu'un principe général exclut le mandataire de cette exécution : l'intermédiaire chargé d'acheter un bien peut aussi être chargé de sa réception et du contrôle de sa conformité. Tout simplement, parce que dans le cas de l'agence de voyages, le mandataire se tient forcément éloigné du lieu d'exécution du voyage. Pourtant, la jurisprudence montre de multiples exemples de ce genre de dépassements. En étendant jusqu'à la démesure l'obligation de choisir un contractant présentant toutes les garanties, les tribunaux arrivent à rendre l'agence «mandataire» responsable d'une mauvaise exécution du contrat qu'elle a conclu pour le compte de son client[4]. Tel est le cas notamment pour les accidents de la route dus à des chauffeurs imprudents[5].

(absence d'explication de la mention de confirmation et dissimulation d'une grève). Rappr. Reims 9 septembre 1987, Juris-Data n°45212 ; Paris 29 mars 1973, Gaz. Pal. 1973-2- somm. p.214.
Pour la doctrine, v. : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°750.

(1)Pour un refus : Tb. corr. Toulouse 14 avril 1977, JCP 1979, II, 19029, note D. ANDREI et P.-F. DIVIER.

(2)V. Civ 1e 29 mai 1980, Bull. civ., I, n°163, p.131 ; Paris 17e ch A 21 novembre 1984, Juris-Data n°26418.

(3)V. par exemple : Civ. 1e 13 novembre 1956, JCP 1957, II, 9799, note R. RODIERE ; Douai 2 mai 1958, Gaz. Pal. 1958-1- p.443 (faute d'organisation).
Dans le même genre d'idées, une agence pourrait très bien se voir reprocher l'omission de la conclusion d'un contrat nécessaire au bon déroulement du voyage. Rappr. Civ 1e 3 mai 1977, Bull. civ., I, n°195, p.155 (obligation de fournir un accompagnateur) ; Paris 5e ch 6 novembre 1980, Juris-Data n°923 (qualification implicite de prestation de services - obligation de fournir un accompagnement du client par une vedette). Les solutions rendues par ces deux arrêts pourraient être appliquées à une agence mandataire. D'ailleurs, si la qualification de prestation de services est implicite d'après l'abstrat de la seconde décision, la qualification n'est pas indiquée dans la première, même si le terme d'organisateur évoque plutôt le contrat d'entreprise.

(4)Rappr. B. TEYSSIE, «Les groupes de contrats», Thèse LGDJ 1975, n°410 («des décisions, y compris en matière d'accidents corporels, font d'ailleurs état d'une véritable responsabilité contractuelle du fait d'autrui»).

(5)V. Paris 23 février 1968, Bull. transp. 1968, p.178 et sur pourvoi (rejet) Civ. 1e 15 décembre 1969, D. 1970, p.326, note P. COUVRAT ; Angers 3 avril 1973, JCP 1973, II, 17478 ; Civ 1e

Comme le remarque un auteur, c'est l'accident qui révèle que le choix était mauvais[1] ! Il est matériellement impossible de prévoir à l'avance un tel comportement. La formule utilisée régulièrement par la Cour de cassation selon laquelle l'agence commet une faute en ne s'assurant pas que les contrats sont exécutés dans des conditions normales ou suffisantes de sécurité est artificielle et elle constitue un moyen commode de trouver des fautes dans quasiment tous les cas d'espèce[2]. Dans le même sens, certains arrêts retiennent des obligations d'assistance dans l'exécution du contrat conclu[3] ou des obligations de surveillance de celle-ci[4], qui permettent de faire supporter à l'agence l'échec du recours du client contre un prestataire.

660.- Le rapprochement du mandat et du contrat d'entreprise est donc patent[5] et l'examen du régime jurisprudentiel des agences prestataires le confirme. Pour la doctrine et les tribunaux, en effet, le rattachement au contrat d'entreprise est justifié par le travail d'agencement intellectuel que suppose l'organisation d'un voyage dans tous ses détails[6]. L'agence ne s'engage pas à titre personnel à exécuter toutes les prestations promises, sous réserve de les sous-traiter ultérieurement et elle est tenue, de manière générale[7], d'une simple obligation de prudence et de diligence. Par

---

15 octobre 1974, Bull. transp. 1975, p.334 (faute dans le choix d'une entreprise de transport qui employait des chauffeurs de mauvaise qualité...) ; Civ 1e 29 mai 1980, Bull. civ., I, n°163, p.131 ; Paris 17e ch A 21 novembre 1984, Juris-Data n°26418 ; Paris 29 octobre 1991, Bull. transp. 1992, p.72 (transporteur incompétent et ivrogne). Rappr. Paris 26 avril 1984, Bull. transp. 1985, p.173 (mauvais choix du bateau affrété - agence responsable du débarquement prématuré des passagers et de la mauvaise qualité des services).

(1) P. COUVRAT, notes précitées : D. 1970, p.327 ; D. 1983, p.482.

(2) Civ. 1e 15 décembre 1969, Civ 1e 29 mai 1980, précités ; Civ. 1e 24 mai 1989, Resp. civ. et assur. Juillet 1989, n°266 (pas de responsabilité). Adde aussi Paris 23 février 1968, précité.

(3) Paris 23 février 1968 et Civ. 1e 15 décembre 1969, précités (obligation d'assister les victimes dans leurs démarches contre le transporteur).
Comp. Paris 25e ch A 28 mars 1989, Juris-data n°21083 (qui considère que l'intervention de l'agence mandataire pour remédier à l'incurie du transporteur n'est pas l'exécution d'obligations contractuelles, mais relève de la gestion d'affaires).

(4) V. par exemple, très caractéristiques : Civ 1e 29 mai 1980, Bull. civ., I, n°163, p.131 ; Paris 17e ch A 21 novembre 1984, Juris-Data n°26418, où l'agence doit surveiller que le contrat est exécuté dans des conditions de sécurité suffisantes, alors que le litige provient d'un accident de la route et que les deux espèces sont rendues dans des hypothèses de sous-mandat.

(5) Pour un auteur, la jurisprudence continue à qualifier de mandat des contrats qui relèvent de l'entreprise, ce qui explique la proximité des obligations (A. CHEMEL, J.-Cl. précité, Fasc. 885, n°7 et Fasc. 880, n°49, n°119), mais cette présentation permet de masquer l'inadéquation de la qualification d'entreprise.

(6) V. notamment R. RODIERE, chr. précitée, p.241 ; note JCP 1971, II, 16624 ; Traité précité, n°688 ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°386 ; P. COUVRAT, Rép. précité, n°66 ; note D. 1971, p.450, Thèse précitée, p.239 (pour une position un peu différente, où le travail d'organisation est qualifié de matériel) ; A. CHEMEL, J.-Cl. précité, Fasc. 885, n°21 ; P. PY, op. cit., n°205 ; adde remarquant cette caractéristique : J. BONNARD, Thèse précitée, p.369.

(7) V. pour une obligation de résultat limitée à une prestation particulière : Civ. 1e 31 mai 1978, précité (efficacité du titre de transport).

conséquent, de nombreux points communs, voire des obligations communes, peuvent être décelés entre les deux qualifications. Comme les agences mandataires, les agences prestataires se voient reprocher le mauvais choix de l'exécutant(1). La formule précédemment indiquée, imposant à l'agence de surveiller que le voyage se déroule dans des conditions de sécurité suffisantes, se retrouve dans des décisions retenant une qualification de contrat d'entreprise ou restant muette sur la nature du contrat[2]. De même, les tribunaux mettent à la charge des agences organisatrices, en cas d'incident, une obligation d'assistance de leurs clients, tant matérielle que juridique[3]. Un autre indice du rapprochement du régime des deux qualifications est également fourni par les nombreuses décisions qui tranchent le litige qui leur est soumis sans préciser la nature du contrat conclu, en consacrant des choix qui pourraient relever de l'une ou l'autre des qualifications[4].

---

(1)V. par exemple : Paris 7e ch B 21 octobre 1983, Juris-Data n°28024 ; Aix 24 janvier 1985, précité.
La jurisprudence semble se livrer aux mêmes débordements que ceux évoqués pour le mandat. Ainsi, un avocat général n'a pas hésité à révéler qu'un arrêt de la Cour avait retenu une faute à l'encontre d'une agence qui n'avait pas choisi un hôtel italien assuré contre les incendies d'origine criminelle, alors qu'à l'époque, les compagnies d'assurances italiennes n'assuraient pas ce risque ! L'arrêt d'appel avait retenu un contrat d'entreprise avec obligation de résultat, la qualification adoptée par la Cour de cassation n'étant pas précisée (conclusions GULPHE sur Civ 1e 23 février 1983, JCP éd. CI 1983, II, 14006 ; D. 1983, p.481, note P. COUVRAT ; RTD com. 1984, p.336, obs. B. BOULOC et J. HEMARD). L'arrêt évoqué est inédit (18 décembre 1979), même si une autre décision du lendemain a semble-t-il été rendue à propos du même incendie et sur un problème voisin de défaut d'assurance (Civ. 1e 19 décembre 1979, D. 1980, IR, p.189 ; RTD civ. 1980, p.356, obs. G. DURRY : l'auteur critique la solution (sans connaître cet élément de fait...qu'il découvre plus tard : RTD civ. 1984, p.322) en faisant remarquer qu'un incendie criminel peut constituer un cas de force majeure exonérant l'hôtelier). Il semble que dans la même affaire, la Cour de cassation se soit rabattue sur un autre fondement : Civ. 1e 3 novembre 1983, JCP 1984, II, 20147, conclusions GULPHE ; RTD civ. 1984, p.322, obs. G. DURRY (manquement à l'obligation de conseil).

(2)Paris 30 septembre 1980, Gaz. Pal. 1981-1- somm. p.15 ; Paris 13 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981-2- somm. p.185 ; Paris 17e ch 4 décembre 1981, Juris-Data n°27060 ; Paris 17e ch 9 décembre 1982, Juris-Data n°28412 ; Civ 1e 23 février 1983, JCP éd. CI 1983, II, 14006, conclusions GULPHE ; D. 1983, p.481, note P. COUVRAT ; RTD com. 1984, p.336, obs. B. BOULOC et J. HEMARD ; Paris 7e ch A 1 février 1984, Juris-data n°21133 ; Lyon 7 juin 1985, Bull. transp. 1986, p.634 ; Paris 20 novembre 1985, Bull. transp. 1986, p.186 ; Paris 14e ch B 28 mars 1989, Juris-Data n°22823 ; Paris 17e ch A 22 mai 1989, Resp. civ. et assur. Juillet 1989, n°266 ; Civ. 1e 29 janvier 1991, JCP 1991, IV, p.117.

(3)Civ. 1e 27 octobre 1970, D. 1971, p.449 et les obs. G. CORNU ; RTD civ. 1971, p.392 et s. ; Paris 30 septembre 1980, Gaz. Pal. 1981-1- somm. p.15 ; Paris 7e ch 5 décembre 1980, Juris-Data n°788 ; Paris 19e ch 17 mai 1982, Juris-Data n°23754.

(4)V. par exemple : TGI Paris 12 décembre 1967, JCP 1968, II, 15619, note R. RODIERE ; TI Paris 9 janvier 1975, Gaz. Pal. 1975-1-somm. p.152 ; Civ. 1e 19 décembre 1979, D. 1980, IR, p.189 ; RTD civ. 1980, p.356, obs. G. DURRY (défaut d'assurance d'un hôtel) ; Paris 13 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981-2- somm. p.185 (accident de la route - obligation de supprimer les excursions qui ne peuvent être réalisées dans des conditions de sécurité suffisantes) ; Paris 7e ch A 7 mai 1981, Juris-Data n°22261 (accident de ski - aucune faute) ; Paris 17e ch 4 décembre 1981, Juris-Data n°27060 (accident de la route - obligation de veiller à l'exécution du transport dans des conditions

A la limite, il est permis de se demander s'il reste des différences de régime entre les deux qualifications[1]. Les plus flagrantes ne sont pas forcément les plus connues : possibilité d'appliquer l'article 1794 du Code civil[2], impossibilité d'utiliser l'article 408 du Code pénal[3], impossibilité pour les prestataires d'agir en paiement contre les clients[4]. Au delà, il semble que l'affirmation de l'existence d'une obligation de sécurité-moyens autonome est plus nette pour les agences prestataires que pour les agences mandataires, notamment parce que la présence d'un préposé de l'agence sur

---

de sécurité suffisantes) ; Paris 23e ch 19 février 1982, Juris-Data n°20165 (mise à la disposition des clients de petits cars qualifiée d'obligation de résultat - plutôt entreprise quand même) ; Paris 25e ch 6 juillet 1982, Juris-Data n°22436 (obligation de vérifier les conditions d'hébergement et de service offertes au client) ; Civ 1e 23 février 1983, JCP éd. CI 1983, II, 14006, conclusions GULPHE ; D. 1983, p.481, note P. COUVRAT ; RTD com. 1984, p.336, obs. B. BOULOC et J. HEMARD ; RTD civ. 1984, p.322, obs. G. DURRY (cet arrêt est un des plus importants rendus par la Cour de cassation ces dernières années et il ne précise pas explicitement la qualification, sauf la mention du terme organisateur ; rappr. RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°2631, qui le classent dans le mandat) ; Paris 25e ch A 27 octobre 1983, Juris-Data n°28051 (retard d'un avion faisant manquer une correspondance et rendant le voyage épuisant - violation de l'obligation de conseil, l'agence ne fournissant aucune directive sur la conduite à tenir devant cette difficulté) ; Civ. 1e 3 novembre 1983, JCP 1984, II, 20147, conclusions GULPHE ; RTD civ. 1984, p.322, obs. G. DURRY (manquement à l'obligation de conseil) ; Paris 7e ch A 1 février 1984, Juris-data n°21133 (touriste ayant sa main écrasée entre deux embarcations en raison d'une faute du marin - obligation de surveillance du prestataire pesant sur l'agence) ; Paris 8 mars 1984, Gaz. Pal. 1984-2- somm. p.273 (efficacité du titre de transport) ; Paris 26 avril 1984, Bull. transp. 1985, p.173 (la qualification de mandat paraît la plus probable) ; Paris 4e ch A 25 juin 1984, Juris-Data n°25256 (publicité trompeuse) ; Lyon 7 juin 1985, Bull. transp. 1986, p.634 ; Paris 20 novembre 1985, Bull. transp. 1986, p.186 (décès du client à cause d'un chauffe-eau défectueux - responsabilité de l'agence pour défaut de surveillance...) ; Paris 17e ch B 26 juin 1986, Juris-Data n°24470 (violation de l'obligation de conseil et de prudence par l'organisation d'une excursion dont l'agence connaissait les risques) ; Civ. 1e 8 juillet 1986, D. 1986, IR, p.320 ; Paris 14e ch B 28 mars 1989, Juris-Data n°22823 (accident de la route causé par une vitesse excessive - violation de l'obligation de surveillance et défaut d'organisation du voyage dans les meilleures conditions de sécurité) ; Paris 17e ch A 22 mai 1989, Resp. civ. et assur. Juillet 1989, n°266 ; Paris 8e ch A 17 octobre 1990, Juris-Data n°24285 (l'abstrat indique expressément que l'obligation de l'agence est de moyens, que le contrat soit un mandat ou un contrat d'entreprise, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un contrat de transport ; l'agence est en revanche rendue responsable des médiocres conditions d'hébergement) ; Civ 1e 29 mai 1990, D. 1990, IR, p.151 (obligation de sécurité - plutôt entreprise) ; Civ. 1e 29 janvier 1991, JCP 1991, IV, p.117 (accident de la route - utilisation de la formule classique).

(1) V. pour des analyses voisines : P. COUVRAT, notes D. 1970, p.327 («on utilise volontiers d'autres procédés pour arriver à un résultat semblable») et D. 1971, p.450 ; P. COUVRAT, chr. précitée, n°3.

(2) TGI Seine 29 février 1960, Gaz. Pal. 1960-2- p.230 et sur appel Paris 23 mai 1961, Gaz. Pal. 1961-2-p.283 ; RTD civ. 1962, p.130 ; TI Paris 16 juillet 1964, Rev. jurispr. com. 1967, p.462. Le mandat risque cependant d'arriver à une solution voisine, car sa nature d'intérêt commun ne fait pas de doute (v. J. LEONNET et P. FONTAINE, op. cit., p.195).

(3) TGI Paris 31 mars 1989, Juris-Data n°44787 et sur appel Paris 9e ch B 12 juillet 1989, Juris-Data n°24683.

(4) Paris 31 octobre 1985, Bull. transp. 1986, p.65.

les lieux est fréquente[1] ou que l'agence est véritablement prestataire matérielle, comme c'est la cas pour les villages de vacances. Ensuite, lorsque l'exécutant ne respecte pas le programme annoncé, ce comportement est plus difficile à imputer à une agence qui a eu un simple rôle d'intermédiaire[2]. Quant aux actions directes des clients contre les exécutants, la situation est simple pour le mandat : le client est le cocontractant direct du prestataire. Pour le contrat d'entreprise, la matière semble confuse : l'organisation du voyage absorbe-t-elle ou non les mandats ? Le doyen Rodière considérait le point comme secondaire[3] et la généralisation des actions contractuelles directes en matière de groupes de contrats semble conforter cette opinion. Seule pourrait poser problème, la question des clauses limitatives de responsabilité : le mandat ne rend opposable au client que la clause insérée par le prestataire, alors que l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 21 juin 1988 en matière de groupes de contrats impose une double-limite à l'action de la victime, qui oblige à prendre en compte la clause insérée par l'agence. Le récent revirement de l'Assemblée plénière, en obligeant le client de l'agence prestataire à agir sur un fondement délictuel, remet en cause ce rapprochement et contribue à éloigner fortement le régime des deux qualifications.

661.- Le deuxième argument provient des textes. Il n'est pas totalement exact de considérer que la loi de 1975 reste muette sur le contenu du contrat d'agences de voyages. Son article 12 précise que l'agence «répond de tout manquement à l'une de ses obligations, dont [elle] est tenu[e] de s'acquitter avec diligence, en veillant notamment à la sécurité des voyageurs». Cette disposition, qui figure dans la partie commune aux agences et aux associations et organismes sans caractère lucratif, consacre donc l'existence d'une obligation de sécurité-moyens, que l'agence intervienne en tant que mandataire ou prestataire. L'intervention légale, si elle

---

(1)V. par exemple : TGI Seine 16 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963-1- p.306 ; Civ. 1e 19 novembre 1968, D. 1969, p.165 ; Civ. 1e 22 février 1977, Bull. civ., I, n°102, p.79 ; Paris 7e ch 5 décembre 1980, Juris-Data n°788 ; Paris 30 septembre 1980, Gaz. Pal. 1981-1- somm. p.15 ; Paris 7e ch 20 janvier 1982, Juris-Data n°21356 ; Paris 7e ch 3 février 1982, Juris-Data n°21162 ; Paris 7e ch A 4 mai 1983, Juris-Data n°23350 ; Civ. 1e 29 janvier 1991, Bull. civ., I, n°40 (où l'absence de représentant expérimenté de l'agence est critiquée ; la référence à la notion de mandat dans les mots-clefs est tout à fait critiquable).

(2)V. par exemple : Tb. com. Seine 22 janvier 1960, Gaz. Pal. 1960-1- p.227 ; Paris 12 juin 1964, D. 1965, somm. p.13.
Néanmoins, le mandat aurait pu produire des résultats semblables dans certaines affaires : Paris 26 mars 1958, JCP 1958, II, 10617 (raccourcissement du voyage pouvant être imputé à une mauvaise synchronisation : deux croisières se succédaient à des dates si proches, que le moindre retard rendait impossible le respect du programme prévu) ; Paris 26 avril 1984, Bull. transp. 1985, p.173 (qui malgré l'absence de choix explicite d'une qualification paraît relever du mandat) ; Paris 8e ch A 17 octobre 1990, Juris-Data n°24285.

(3)Note JCP 1971, II, 16624.

confirme le rapprochement des régimes, demeure sans influence sur la qualification du contrat puisque, d'une part, l'obligation de sécurité est une prestation accessoire et que, d'autre part, rien n'empêche d'apprécier le contenu exact de cette obligation en fonction du rôle d'intermédiaire ou de prestataire joué par l'agence. L'arrêté de 1982 est beaucoup plus lourd de conséquences. Le décret de 1977 prévoit en effet dans son article 33 que «les conditions générales de vente ayant pour effet de régler les rapports entre les agents de voyages et leur clientèle, sont fixées par arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances et du ministre chargé du tourisme». S'appuyant sur cette disposition, les autorités réglementaires ont imposé des conditions générales impératives dont le contenu va fort loin. La plupart des dispositions de l'annexe à l'arrêté du 14 juin 1982 n'intéressent pas la qualification. L'article 1 revêt cependant une grande importance. Son alinéa 2 reprend mot pour mot le passage précité de la loi de 1975. Son alinéa 3 ajoute en revanche une disposition tout à fait novatrice : «[l'agent de voyages] est garant de l'organisation du voyage ou du séjour et responsable de sa bonne exécution, à l'exception des cas de force majeure, cas fortuits ou faits de tiers étrangers à la fourniture des prestations prévues au contrat de voyages» et l'alinéa 4 précise que «les défaillances de l'agent de voyages résultant de son fait ou de celui de ses prestataires de services prévus» au contrat sont couvertes par une assurance de responsabilité civile professionnelle.

L'interprétation de cette disposition soulève trois difficultés, mais l'enjeu est d'importance et il ne semble pas que la doctrine ait pour l'instant mesuré la portée exacte du texte[1].

662.– Le premier problème réside dans la combinaison des alinéas 2 et 3. L'alinéa 2 reprend de la loi de 1975 l'obligation de diligence, alors que l'alinéa 3 vise une obligation plus lourde de résultat[2], ou plus exactement de garantie. Il est permis de penser que l'alinéa 2 concerne les obligations personnelles de l'agence[3] (conception du voyage, obligation de renseignement ou d'assistance, obligation de sécurité-moyens), alors que l'alinéa 3 se rapporte à l'exécution proprement dite du voyage. Il

---

(1)V. par exemple : P. COUVRAT, Rép. précité, n°56, n°57 et n°93 ; note D. 1983, p.482 ; G. DURRY, obs. RTD civ. 1984, p.322. L'argument invoqué est le plus souvent que l'interprétation de ce texte est incertaine (v. invoquant cet argument : A. BATTEUR, chr. précitée, n°11-12.
Contra, relevant l'importance du texte : H. GROUTEL, Resp. civ. et assur. Juillet 1989, chr. n°21, p.1-2 ; J.-L. FIOUX, op. cit., N6-N7, p.200-201 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°687 ; N. HOFFMANN, «La responsabilité contractuelle des agences de voyages», Mémoire DEA Droit privé, Nancy 1989-1990, p.30-33 et p.42-43 ; adde avec plus d'hésitation : F. BOULANGER, chr. précitée, n°9 ; P. PY, op. cit., n°221.

(2)Selon P. COUVRAT, Rép. précité, n°56. Adde : P. PY, op. cit., n°222.

(3)V. en ce sens : H. GROUTEL, chr. précitée, p.1.

est possible de concevoir une faute de l'agence, en dehors de toute responsabilité des prestataires : par exemple, le programme était trop chargé ou épuisant et l'agence n'en a pas averti ses clients ou encore l'hôtel était de mauvaise qualité au regard du standing du voyage. La répartition ne sera pas toujours facile à réaliser, mais elle semble possible[1].

663.- La seconde difficulté concerne l'appréciation des conséquences de ce texte sur la nature du contrat et de ses obligations. L'alinéa 2 et sa référence à une obligation de moyens ne pose pas de problèmes et la nature retenue reste compatible avec le mandat et l'entreprise. L'alinéa 3 est au contraire d'une grande importance[2]. Par la précision que l'agence ne peut s'exonérer que pour des faits étrangers à l'activité des prestataires, précision confirmée par l'alinéa 4 qui oblige les agences à s'assurer pour la défaillance de ceux-ci, l'arrêté rend l'agence de voyages garante du fait des prestataires qu'elle utilise, autrement dit, celle-ci est désormais responsable contractuellement du fait d'autrui[3]. Il ne s'agit pas, en effet d'une obligation de résultat[4], qui rendrait l'agence automatiquement responsable sauf les cas

---

(1)Cette summa divisio est toujours celle utilisée par le Doyen RODIERE, qui a recours à la même distinction pour l'examen de la responsabilité du commissionnaire de transport... (cf. infra n°664).

(2)Il est surprenant que la teneur d'une convention soit fixée par arrêté (P. COUVRAT, Rép. précité, n°56 ; F. BOULANGER, chr. précitée, n°3), mais la répartition constitutionnelle des articles 34 et 37 oblige les civilistes à modifier leurs habitudes...(D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°195 ; comp., pour mesurer le chemin parcouru : R. RODIERE, chr. précitée, p.243). Cette réserve étant faite, il est permis de penser que cet arrêté réalise une manœuvre subtile : lié par l'article 12 de la loi de 1975 qui parle d'obligation de moyens pour les obligations propres de l'agence, le durcissement du régime a pu se réaliser par une responsabilité du fait d'autrui.

(3)V. en ce sens : R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°389 ; H. GROUTEL, chr. précitée, p.1 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°687 ; J.-L. FIOUX, op. cit., N6. Pour Monsieur GROUTEL, cette réforme ne devrait pas entraîner beaucoup plus de déclarations judiciaires de responsabilité, mais elle dispensera les Tribunaux de rechercher des fautes inutiles.
Contra : P. COUVRAT, Rép. précité, n°94 ; A. CHEMEL, J.-Cl. précité, Fasc. 885, n°2. Adde les réserves de M. REMOND-GOUILLOUD, D. 1992, somm. p.82.
L'article 5 de la directive du 13 juin 1990 dispose que les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que l'organisateur soit responsable en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution à moins que celle-ci «ne soit imputable ni à leur faute ni à celle d'un autre prestataire de services...». Le texte est en définitive fort ambigu. D'une part, l'énumération positive des causes d'exonération vise la faute de la victime, le fait d'un tiers non prestataire imprévisible et insurmontable et la force majeure (article 5-2 et 4-6). La liste évoque davantage l'obligation de résultat que la présomption de faute, sauf à considérer que derrière la force majeure se cache une obligation comparable à celle du transporteur aérien (cf. article 5-2 qui évoque un événement insurmontable malgré «toute la diligence nécessaire», qui rappelle la «due diligence» de la Convention de Varsovie). D'autre part, le fait du tiers n'est pas exonératoire, ce qui se rapproche des textes français. La réglementation française semble néanmoins plus sévère : la responsabilité pour autrui pesant sur l'agence dans l'arrêté de 1982 peut faire peser sur cette dernière une obligation de résultat (transport terrestre), alors que le texte européen se contente d'une présomption de faute.

(4)Contra : J.-L. FIOUX, op. cit., N7, p.201.

d'exonération mentionnés précédemment, mais d'une garantie, c'est à dire d'une responsabilité calquée sur celle des prestataires. Si la responsabilité de ceux-ci est engagée, celle de l'agence aussi. Cette interprétation vient d'être consacrée par la Cour de cassation, dans un arrêt de la première chambre civile du 10 mai 1989, qui affirme qu'en application des textes de 1975, 1977 et 1982, un «tribunal de commerce a *exactement* décidé que [l'agence], *directement tenue de la même responsabilité que les divers prestataires de service auxquels elle avait eu recours pour l'exécution du contrat* proposé par elle à [sa cliente], devait indemniser celle-ci de la perte de ses bagages survenue au cours des opérations de transport»[1]. La solution est d'un intérêt pratique considérable, car elle évite au client d'avoir à agir contre un prestataire qui aura le plus souvent son siège à l'étranger. Mais il importe de s'interroger également sur ses conséquences théoriques.

664.– La détermination du régime de responsabilité des agences de voyages et la recherche de la nature des contrats qu'elles concluent avec leurs clients ont présupposé, dès l'origine, l'éviction de toute responsabilité contractuelle du fait d'autrui. En portant atteinte à ce postulat, l'arrêté de 1982 invite à reconsidérer la nature de cette convention, en réexaminant le pertinence d'une qualification jusqu'alors écartée : la commission[2].

Le régime de responsabilité résultant des conditions générales figurant dans l'annexe à l'arrêté de 1982 paraît correspondre parfaitement à cette solution. Il suffit, pour s'en convaincre, de le comparer avec les règles s'appliquant au commissionnaire de transport[3]. La responsabilité de celui-ci relève de trois régimes distincts. Le premier

---

Le texte ne devrait donc pas modifier la nature des obligations de l'agence lorsqu'elle exécute elle-même certaines prestations : elle ne sera pas tenue systématiquement d'une obligation de résultat, mais sera responsable selon les régles de l'obligation accomplie : hôtellerie, transport, etc.

(1) Civ. 1e 10 mai 1989, Bull. civ., I, n°183, p.122 ; Resp. civ. et Assur. Juillet 1989, chr. n°21, H. GROUTEL. V. depuis : Civ. 1e 21 mai 1990, Bull. civ. I, n°122, p.86 ; Civ. 1e 15 janvier 1991, Bull. civ., I, n°21.
Les juges du fond semblent pour l'instant moins fermes dans leurs positions, en mêlant notamment l'idée de garantie avec des références aux obligations traditionnelles : Paris 12 juin 1989, D. 1989, IR, p.212 ; Paris 19 septembre 1989, D. 1989, IR, p.249 ; Paris 28 novembre 1990, D. 1992, somm. p.82, obs. M. REMOND-GOUILLOUD. V. également : Toulouse 29 janvier 1991, Bull. transp. 1992, p.136 (dont le sommaire évoque sans autre précision l'application de l'arrêté de1982).
Rappr. déjà : Paris 7e ch 20 janvier 1982, Juris-Data n°21356 (qui évoque une garantie du fait des prestations de service).

(2) Sur la liaison de ces deux questions : P. COUVRAT, Thèse précitée, p.161, texte et note 96 ; p.207.

(3) Les textes du Doyen RODIERE serviront de référence («Droit des transports», 1977, n°696 et s. (définition) et n°707 et s. (responsabilité) ; «Etudes sur la commission de transport», RTD com. 1957, p.1 et s. (définition) et p.535 et s. (responsabilité)).

concerne sa responsabilité personnelle pour les obligations qui découlent de son rôle de commissionnaire : choix d'un mode de transport adapté, conclusion (dans certains cas) d'une assurance, conservation des recours de son commettant, etc. Il s'agit alors d'une responsabilité pour faute[1]. Le deuxième met encore en cause la responsabilité personnelle du commissionnaire, mais il joue seulement pour les prestations dont ce dernier a assuré personnellement l'exécution : dépôt ou transport, par exemple. Le commissionnaire se voit appliquer les règles normales de responsabilité du dépositaire ou du transporteur. Enfin, en vertu de l'article 99 du Code commerce, le commissionnaire est garant du fait des transporteurs ou des commissionnaires intermédiaires auxquels il a eu recours. Il ne s'agit ni d'une obligation de résultat, ni d'une assurance, mais d'une garantie légale qui le rend responsable quand le voiturier ne peut pas se libérer de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui. Depuis l'arrêté de 1982, cette triple distinction se retrouve pour l'agence de voyages. L'agence est tenue d'une obligation de diligence pour ses propres obligations (art. 12 de la loi de 1975 et art. 1 alinéa 2 de l'annexe). Elle est responsable comme un transporteur, un hôtelier ou un prestataire de services pour les prestations qu'elle exécute personnellement, effectivement ou en apparence. Enfin, elle est garante du fait des prestataires dont l'intervention est prévue par le contrat.

Cependant, une telle identité de régime n'est pas suffisante et il convient de vérifier que la définition de la commission correspond aussi à la physionomie du contrat de voyage organisé. Le commissionnaire de transport est un professionnel qui promet de «soigner» un déplacement de bout en bout, avec une certaine liberté dans le choix des voies et moyens d'exécution, mais qui ne s'engage pas à déplacer la marchandise lui-même. L'agence de voyages, dans son rôle moderne, promet d'organiser dans ses moindres détails un périple nécessitant l'accomplissement de multiples prestations de natures différentes, en ayant recours, la plupart du temps, à des prestataires pour l'exécution de celles-ci[2]. La comparaison de ces définitions appelle deux remarques. Tout d'abord, elle montre clairement que l'arrêté de 1982 ne doit pas être considéré comme la consécration d'une commission de transport de personnes. La référence à la commission de transport, pour qualifier le contrat d'agence de voyages, n'est pas une idée nouvelle[3]. Mais cette qualification est trop étroite : la mission de l'agence est en

---

(1)R. RODIERE, op. cit., n°707.

(2)Dans le sens d'une telle identité : P. COUVRAT, Thèse précitée, p.211 et s.
Contra : P. CHAUVEAU, chr. précitée, note 2.

(3)V. déjà : note anonyme S. 1926-2- p.58 ; R. ROGER, notes DP 1929-2- p.29 sous-note (a), sous Tb. com. Tourcoing 24 avril 1928 et DC 1943, p.129, précitée ; «Travaux de la commission de réforme du Code de commerce», T.III, p.137-138 et art. 34 et s. de l'avant-projet, p.232 ; J. HEMARD, chr. précitée, p.170 ; R. PLICHON, Thèse précitée, p.174-180 (pour cet auteur,

général beaucoup plus large qu'un déplacement[1]. Le contrat consacré par l'arrêté constitue simplement une variété nouvelle de commission, dans un secteur particulier. Le régime de cette qualification ne doit donc pas être complété par une reprise systématique par analogie des solutions de la commission de transport de marchandises[2] : par exemple, l'obligation d'assistance lors des recours peut éventuellement garder le régime que la jurisprudence a élaboré, sans se transformer en une obligation directe de conserver les recours comparable à celle qui pèse sur un commissionnaire de transport. Ensuite, malgré la différence qui vient d'être évoquée, la proximité de ces deux définitions montre l'inadéquation de la qualification d'entreprise. Doctrine[3] et jurisprudence[4] ne voulant pas charger les agences d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, il est a fortiori exclu de rendre celle-ci personnellement débitrice de toutes les prestations que le voyage comprend. La référence au contrat d'entreprise se résume donc à la construction intellectuelle du voyage. Cette conception limite cependant les vertus explicatives du contrat d'entreprise[5]. L'agence pourrait se contenter de ce simple travail d'architecture intellectuelle : la qualification de louage d'ouvrage serait ici pleinement justifiée. Mais justement, tel n'est pas le cas et l'agence conclut toutes les conventions nécessaires au déroulement du voyage. Comment intégrer cette obligation dans un louage[6] ? La doctrine est à cet égard fort discrète. La référence au sous-contrat ne convient pas puisque l'agence n'a pas souscrit à titre principal et personnel l'obligation de déplacer

---

l'absence d'intervention du législateur n'est pas un obstacle insurmontable, note 2, p.177) ; O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°251, n°278-281 (même remarque : note 1, p.139). Comp. avec la description de J. BUDIN et M. PONNELLE, chr. précitée, qui font du mandat l'armature d'une qualification accueillant d'autres prestations.
Contra : R. RODIERE, chr. précitée, p.241 ; notes JCP 1957, II, 9799 et JCP 1972, II, 17079 ; Traité précité, n°688 ; P. CHAUVEAU, chr. précitée, note 2 ; P. COUVRAT, Rép. précité, n°59, Thèse précitée, p.205 et s. ; A. CHEMEL, J.-Cl. précité, Fasc. 885, n°2 et Fasc. 880, n°45 et n°105 et s.

(1)Cette idée est rarement perçue en doctrine : P. COUVRAT, Thèse précitée, p.212-213. L'auteur voit la diversité des services et maintient la référence à la commission de transport.

(2)V. en ce sens : O. EL SAYED MOUMEN, Thèse précitée, n°281 ; comp. cep. note 1, p.126 (qui semble exclure de façon discutable la garantie du fait des prestataires).

(3)V. P. COUVRAT, Thèse précitée, p.159 et s. et les auteurs cités, notamment le doyen RODIERE, dont la position était beaucoup plus radicale. Adde également : P. CHAUVEAU, chr. précitée, II.

(4)V. quand même : Paris 7e ch 20 janvier 1982, Juris-Data n°21356 (qui évoque une garantie du fait des prestations de service)

(5)V. déjà : G. CORNU, obs. RTD civ. 1965, p.675. Adde M. REMOND-GOUILLOUD, obs. D. 1992, somm. p.82-83.

(6)Comp. avec le promoteur immobilier, qualifié de mandataire, et sur qui pèse pourtant la responsabilité des constructeurs. Rapp. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°687, qui évoquent aussi cette comparaison à propos de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, mais qui maintiennent la qualification d'entreprise.

son client, de le loger, etc.[1] Le Doyen Rodière, après avoir considéré comme secondaire le point de savoir si l'entreprise absorbait ou non le mandat, est revenu dans son traité sur cette difficulté, dans des termes qui paraissent très significatifs[2]. L'éminent auteur affirme que l'agence conclut avec les fournisseurs de prestations divers contrats «pour le compte de ses clients, de sorte que ceux-ci pourraient à l'occasion s'en prévaloir auprès des dits fournisseurs» et il ajoute que «le jeu de la commission (non pas de transport, mais courante) pourrait expliquer que l'agence fût tenue envers ces fournisseurs des dettes des croisiéristes»[3]. Faut-il comprendre que le contrat d'entreprise contient également une commission ? Si c'est le cas, il est permis de penser que la référence au contrat d'entreprise n'est plus d'aucune utilité[4], car le travail intellectuel d'organisation du voyage entre parfaitement dans la mission et dans les obligations d'un commissionnaire. Simplement, le rôle conceptuel de ce contractant, par rapport à la commission de transport, est encore renforcé par la diversité des prestations prévues[5]. De plus, le client sait parfaitement que l'agence avec qui il contracte n'exécutera pas personnellement toutes ces prestations, ce qui correspond parfaitement au contrat de commission. Inversement, vis à vis des prestataires, l'agence agit en son nom propre pour les compte de ses clients, ce qui est le mode d'action normal du commissionnaire[6]. Si ce n'est pas le cas, si l'agence exécute à titre principal un déplacement ou un hébergement, cette qualification peut disparaître au profit d'un contrat de transport ou d'un contrat d'hôtellerie. De toute façon, peu importe, car il en est de même pour le contrat d'entreprise : le choix entre le louage et la commission ne concerne que les hypothèses où l'agence n'accomplit à titre principal aucune prestation matérielle.

665.- Tout problème n'est pas pour autant écarté et l'arrêté de 1982 suscite une troisième difficulté. Il convient en effet de déterminer si ce texte crée une qualification

---

(1)V. cependant : Paris 17e ch 9 décembre 1982, Juris-Data n°28412 (rendu il est vrai à propos d'un club de vacances, qui est un prestataire matériel).

(2)R. RODIERE, op. cit., n°688, p.790. Adde : R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°386 (qui estiment que l'entreprise intellectuelle est un «contrat que viennent *doubler* les contrats de transport et d'hébergement», ce qui n'est pas plus clair) ; v. aussi n°389.

(3)Cette argumentation est soutenue pour tenter de rendre compte de l'arrêt de la Chambre commerciale du 20 novembre 1967 précité.

(4)Contra : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°688.

(5)Cf. J. HEMARD, chr. précitée, p.170.

(6)Cf. J. HEMARD, chr. précitée, p.170.
Rappr. l'opinion de RIPERT et ROBLOT, T.2, n°2669, qui estiment que la commission de transport est impossible en matière de transport de personne puisque le transporteur connait le commettant (passager).
Peu importe que l'agence s'engage sans ordre antérieur du client (cf. P. CHAUVEAU, chr. précitée, II, à propos du mandat).

unique, transcendant la nature des obligations assumées par l'agence, ou s'il laisse encore une place pour une autre qualification. Il ne faut pas s'attendre sur ce point à trouver une réponse dans les textes, puisque l'arrêté, comme d'ailleurs la loi, le décret et la directive du 13 juin 1990[1] évoquent la vente, qualification qui a d'ailleurs été admise une fois par la la Cour de Paris[2] ! Au contraire, le problème est rendu encore plus délicat par la rédaction approximative de ces textes quant à leur champ d'application. La loi semble large. Son article 1-a vise «l'organisation de voyages ou de séjours individuels ou collectifs ou la vente des produits de cette activité», ce qui paraît concerner les contrats d'entreprise conclus par les agences. L'article 1-b envisage «la prestation des services pouvant être fournis à l'occasion de voyages ou de séjours, notamment la délivrance de titres de transport, la réservation de places dans les moyens de transports de voyageurs, la mise à disposition ou la location, même partielle, de ces moyens de transport, la réservation de chambres dans les établissements hôteliers ou dans les locaux d'hébergement collectif, la délivrance de bons d'hébergement ou de restauration», ce qui englobe l'activité de mandataire des agences[3], sous réserve de l'exclusion indiquée par l'article 2-c des personnes qui se contentent de délivrer des titres de transport par route ou voie ferrée pour le compte de transporteurs de voyageurs. L'article premier du décret est à première lecture plus ambigu. Son alinéa 1 précise en effet que le texte n'est applicable aux personnes qui fournissent les diverses prestations visées à l'article 1 de la loi «que si ces prestations sont fournies à l'occasion de voyages ou de séjours organisés». Le décret ne concernerait-il que les contrats que la jurisprudence qualifie de contrat d'entreprise ? La solution aurait une grande importance, car elle entraînerait automatiquement une restriction identique du champ d'application de l'arrêté, lequel n'a pu être pris qu'en application de l'article 33 du décret. Une lecture attentive de l'alinéa 2 laisse à penser que telle n'a pas été la volonté des auteurs du décret. La suite de l'article, en effet, semble préciser le régime des opérations qui ne relèvent pas du décret : l'alinéa 2 énumère ainsi la délivrance de titres de transport, la réservation de places dans les moyens de transport et la mise à disposition ou la location de ces moyens de transport.

---

(1)JOCE 23 juin 1990, N° L 158/59, spéc. article 2 p. 60.

(2)Paris 9 février 1988, D. 1988, IR, p.73. Rappr. aussi : Paris 5 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963-1-p.124 ; RTD civ. 1963, p.546, obs. A. TUNC (promesse de vente d'un billet sous condition suspensive de trouver une place, générant une obligation de moyens) ; Rouen 4 octobre 1984, Bull. transp. 1985, p.150 («surbooking» ; contrat de vente de billet avec garantie de délivrance...). V. en doctrine, favorable à cette solution : M. REMOND-GOUILLOUD, obs. D. 1992, somm. p.82.

(3)V. dans la sens de cette interprétation de l'article 1-b, malgré l'expression maladroite de prestation de service : J.-L. FIOUX, op. cit., N2.

La liste ne précise pas les modes de transport concernés, ce qui montre que l'exclusion réalisée par le décret ne recoupe pas celle, déjà mentionnée, de l'article 2 de la loi. Surtout, elle ne concerne que les déplacements et bien qu'elle se rapproche de l'article 1-b de la loi, elle omet la réservation des titres de restauration et d'hébergement. En définitive, les deux qualifications jurisprudentielles de mandat et d'entreprise entrent bien dans le champ d'application du décret[1]. Surgit alors le dernier problème ! Cette interprétation du domaine du décret est transposable à l'arrêté, ce qui signifie que même les agences dont le rôle est de pur mandataire doivent se voir imposer la garantie des prestataires. Il n'est pas certain qu'une telle solution soit raisonnable[2]. Elle alourdit de façon considérable la responsabilité des agences. S'il est contestable de dénier à l'article 1 de l'annexe toute portée, au motif que son interprétation est incertaine, il serait également critiquable de retenir le sens le plus lourd de conséquences pour les agences, sans aucune distinction d'après la nature de leur intervention. Il ne s'agit pas, ici, de rechercher à tout prix des illustrations d'une technique particulière de qualification, mais d'analyser les hypothèses qui en relèvent véritablement. Or, il semble que l'article 1 de l'annexe offre une ouverture. Selon l'alinéa 2 de ce texte, l'agent qui est tenu d'une obligation de diligence et qui est garant de l'organisation du voyage et du séjour est celui «qui fait une offre» et qui «reçoit l'inscription d'un client»[3]. Une telle précision n'est pas anodine, car la doctrine souligne souvent que le passage du mandat à l'entreprise s'accompagne d'une interversion de l'ordre des opérations. Au client qui vient demander à l'agence de conclure en son nom divers contrats pour accomplir un voyages sur mesure, a succédé l'agence qui organise un parcours préétabli, agrémenté de diverses attractions, et qui le propose, à grands renforts de publicité, à des voyageurs potentiels indéterminés[4]. Il est donc possible de soutenir que l'arrêté de 1982 n'a pas fait disparaître la qualification de mandat pour les agences de voyages, tout au moins lorsque celles-ci se contentent de monter à la demande de leurs clients des combinaisons simples de

---

(1)V. en ce sens : J. HEMARD, RTD com. 1977, p.155. La solution est d'ailleurs logique, car la plus grande part du décret est consacrée au statut professionnel des agences de voyages qui concerne à l'évidence tant les activités découlant du mandat que celles dérivant du contrat d'entreprise (v. en ce sens : J.-L. FIOUX, op. cit., M2).

(2)Comp. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°687, qui semblent implicitement, d'après le plan adopté, réserver la responsabilité contractuelle du fait d'autrui aux agents entrepreneurs. Comp. plus ambigu : R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°389. C'est également la solution de la Convention internationale relative au contrat de voyage (P. COUVRAT, chr. précitée, n°9-10).

(3)Comp. F. BOULANGER, chr. précitée, n°4.

(4)V. par exemple : P. COUVRAT, chr. précitée, n°5, Thèse précitée, p.179 ; Rép. précité, n°6 ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°386.

contrats de transport et d'hébergement[1]. Même si la solution peut sembler sévère et bien que leur qualité de mandataire ne fasse aucun doute[2], il semble difficile d'exclure du champ d'application de l'arrêté les agences locales qui se contentent de proposer à leur clientèle la commercialisation de voyages organisés par des grands tour-operator[3]. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que ceux-ci peuvent avoir leur siège à l'étranger, ce qui rendrait complexe un recours des clients contre eux, situation que les auteurs de l'arrêté ont, semble-t-il, voulu écarter. Enfin, toute médaille a son revers : en excluant certains mandats du domaine de l'arrêté de 1982, c'est non seulement la garantie des prestataires, mais aussi le reste du régime des conditions générales qui est écartée[4]. Cette énième difficulté, ajoutée à toutes les autres, laisse à penser qu'une intervention réglementaire serait la bienvenue et qu'elle pourrait prendre la forme relativement indolore d'une rédaction plus claire des conditions générales des agences de voyages, par la publication d'un nouvel arrêté ou d'un texte modificatif de l'article 1 de l'annexe de 1982. Il suffirait de faire apparaître plus clairement les nouvelles obligations des agences de voyages, en écartant la responsabilité contractuelle du fait d'autrui pour les agences qui se contentent d'un rôle véritable d'intermédiaire.

666.– Au terme de ces développements, la conclusion peut sembler décevante. La constatation initiale demeure valable : il n'y a pas de contrat unique d'agence de voyages qui, sous une qualification commune, regrouperait des conventions dont les

---

(1)Cette distinction en rappelle une autre : celle des produits préfabriqués et des produits réalisés sur mesure, qui oppose l'entreprise et... la vente !
Cette dualité n'a pas disparu dans la Convention internationale relative au contrat de voyage (élaborée en 1968, signée le 23 avril 1970 mais ratifiée par peu de pays), qui distingue le contrat d'intermédiaire de voyages qui correspond à un mandat et le contrat d'organisation de voyages. Sur ce texte : R. LANQUAR, op. cit., p.35-36 ; P. COUVRAT, chr. précitée, spéc. n°5-11 ; R. RODIERE, Traité précité, n°690 ; R. RODIERE et B. MERCADAL, op. cit., n°391 ; J. LEONNET et P. FONTAINE, op. cit., p.209 et s.

(2)TGI Paris 26 mars 1968, D. 1969, somm. p.30 (la décision affirme que l'agence est la mandataire de la société organisatrice et engage pourtant sa responsabilité à l'égard du client sur le fondement du mandat et non d'une responsabilité délictuelle). Rappr. Crim. 13 octobre 1981, Juris-Data n°3253. V. aussi L. PROSCOUR, chr. précitée, p.82-83 (double-mandat du client et du transporteur). Contra : P. PY, op. cit., n°295 et s. (l'agence distributrice serait exceptionnellement mandataire et en principe commissionnaire du tour-opérateur. La solution emporte une conséquence difficilement admissible : le client n'aurait qu'une action délictuelle contre le tour-opérateur (n°298)). Sur cette question, cf. L. RAPP, chr. précitée.

(3)V. pour des illustrations : Civ. 6 novembre 1979, Bull. transp. 1979, p.599 ; Paris 25e ch B 25 février 1983, Juris-Data n°20597 ; Reims 9 septembre 1987, Juris-Data n°45212. Rappr. déjà : Paris 6 février 1943, Gaz. Pal. 1943-1- p.182
La loi de 1975 prévoit une dispense de licence pour les correspondants agissant sous la responsabilité d'un titulaire de licence (P. COUVRAT, Rép. précité, n°30), mais il est douteux que la solution puisse s'étendre au contenu civil du contrat (cf. art. 1-a de la loi de 1975).

(4)Il n'est pas sûr, qu'en pratique, cela change quelque chose, car les agences n'ont certainement qu'une formule de conditions générales et de plus, celles figurant dans l'annexe de l'arrêté s'inspiraient déjà largement des conditions générales proposées par la profession.

prestations caractéristiques seraient de natures différentes. L'intervention de l'agence peut prendre, selon les cas, la nature d'un mandat ou d'une commission. Il convient cependant de souligner que la commission possède au plus haut point la faculté de «lier entre elles des obligations disparates»[1]. D'une certaine manière, elle réalise une intégration supérieure à celles qu'il est possible de rencontrer dans les qualifications qui regroupent plusieurs structures d'obligations et, a fortiori, dans les situations contractuelles qui relèvent de qualifications distinctes avec un régime extérieur commun.

(1)R. RODIERE, Traité précité, n°697.

SECTION 2

LES CONSEQUENCES THEORIQUES

667.– Si la réalité du phénomène et la diversité de ses manifestations peuvent être considérées comme acquises, il reste à en mesurer les implications théoriques sur la technique des qualifications. La variabilité de l'obligation neutre, contrepartie d'une obligation caractéristique, c'est à dire le maintien d'une qualification malgré la stipulation d'un prix en nature au lieu d'un prix en argent ne soulève guère de difficultés. Le critère de qualification n'est guère modifié : à partir du moment où cette obligation est un véritable prix et non une obligation caractéristique[1], sa nature devient seulement indifférente. La structure de la convention doit simplement être synallagmatique onéreuse, quelle que soit la nature de la contrepartie. L'article L.411-1 du Code rural, dans sa rédaction du premier août 1984, illustre parfaitement cette idée, en édictant que «toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter est régie par les dispositions du présent titre» ; en effet, comme le précise l'article L.411-12, «le prix du bail est réglable soit en nature, soit en espèces, soit partie en nature, partie en espèces». Une telle situation n'a cependant rien d'extraordinaire, puisque dans certaines qualifications comme le mandat et le dépôt, qui couvrent toute la palette causale d'une même obligation caractéristique, c'est l'existence même de la contrepartie qui est indifférente. Quant au régime, seules les règles de la prestation initiale de paiement d'une somme d'argent vont se trouver, en principe, modifiées[2].

Lorsque la variabilité atteint l'obligation caractéristique, les conséquences peuvent être plus importantes. L'obligation neutre a pour effet principal de rendre le contrat onéreux et par conséquent de renforcer les attentes de chaque contractant. Mais la modification du régime qui en résulte joue en quelque sorte à l'intérieur d'un cadre

---

(1)Sur cette distinction, cf. infra n°1232 et s.
(2)Cf. infra n°1483 dernière note.

fixé par l'obligation caractéristique. Cette dernière détermine l'esprit du régime du contrat ; la présence d'une contrepartie en provoque des variations au sens musical du terme. Multiplier les obligations caractéristiques au sein d'une même qualification remet profondément en cause ces principes. Deux problèmes se posent, qui sont d'ailleurs souvent liés. Le premier concerne les critères de qualification (I). Il est permis de se demander si les obligations constituent toujours un critère de qualification. Jouent-elles encore un rôle et, dans la négative, par quoi sont-elles remplacées ? Le second problème se rapporte au régime de ces contrats (II). Comment marier au sein d'une même qualification plusieurs régimes d'obligations aux «esprits» différents ?

I - INFLUENCE SUR LES CRITERES

668.– En examinant les diverses hypothèses du droit positif, il apparaît qu'une analyse globale est vouée à l'échec. Il existe plusieurs manières d'assurer la variabilité d'une obligation caractéristique et toutes ne sont pas aussi novatrices. Deux tendances se mêlent à des degrés divers : le rôle des obligations diminue et celui des autres critères se renforce. Mais ce que les obligations abandonnent n'est pas réparti également entre les différents critères disponibles et le caractère novateur de la qualification se mesure sans doute plus sûrement dans l'analyse des critères qui sortent renforcés, que dans la constatation de la diminution du rôle des obligations.

669.– Une première méthode, sans aucun doute la plus prudente, consiste à lier la qualification à une obligation ou à une cause bien déterminée[1]. Dans la transaction, la nature du contrat est déjà clairement circonscrite par la présence d'une obligation au moins de renoncer à sa prétention. Qu'il n'y ait qu'une obligation de renoncer en totalité à sa prétention ou deux obligations d'y renoncer partiellement, c'est dans tous les cas une obligation d'une nature particulière, jointe à une cause commune d'éteindre

---

(1)Pour le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire, plusieurs techniques se mêlent : objet et cause, puisqu'il s'agit d'un avant-contrat et objet de la prestation : un immeuble à construire du secteur protégé.
Rappr. l'hypothèse de la chirurgie esthétique. Liée au départ à un but thérapeutique, elle correspond souvent à des motifs de convenance. Elle conserve cependant son appartenance au sein des contrats médicaux à but thérapeutique (rappr. P. ANCEL, «L'indisponibilité des droits de la personnalité», Thèse Dijon 1978, n°115 et s., sur l'élargissement de la notion d'intérêt médical). La nature de l'obligation (intervention chirurgicale) et l'objet de la prestation (le corps humain) permettent d'englober sous une même qualification des structures dont une cause médiate diffère.

le litige, qui sert de critère[1]. De même, dans le dépôt, c'est l'obligation de conservation qui constitue la prestation caractéristique autour de laquelle s'ordonnent des obligations de remise ou de restitution qui, selon la nature du bien conservé, seront des obligations de faire ou de donner. Quant au prêt de consommation, c'est grâce à la présence d'une cause spécifique de l'emprunteur, qui désire obtenir la jouissance d'une chose, que la proximité des contrat de mutuum et de commodat peut être réalisée[2]. Seule la cause reste stable et c'est elle qui permet de limiter les obligations possibles : un transfert de jouissance ne peut s'accomplir par n'importe quelle obligation. Le choix est en définitive assez restreint et dépend de la nature du bien. De cette convention, il est possible de rapprocher le contrat de sponsor dont toutes les manifestations ont pour point commun le but de promotion publicitaire poursuivi par le sponsor[3].

670.– Une seconde méthode consiste à appréhender une notion économique en faisant dépendre la qualification d'un concept juridique plus global qu'une obligation[4]. Le procédé peut encore être considéré comme modéré, car le rôle principal de ce concept n'est en définitive que de réunir plusieurs obligations considérées comme voisines au regard d'une qualification donnée.

Dans une première série d'hypothèses, la qualification dépend d'un résultat juridique et non des moyens utilisés pour y parvenir. D'une certaine manière, en effet, une obligation constitue un moyen d'obtenir une fin. Dans certains cas, seul le résultat est pris en compte et tous les moyens pour y parvenir conviennent[5]. La discussion reste dans le domaine juridique et aucun critère véritablement nouveau n'apparaît. Cette situation est illustrée par les qualifications qui exigent un transfert de droit, quel

---

(1)V. ayant recours à des procédés voisins : - *le contrat de réservation de logements HLM* semble relever d'une analyse voisine (sur lesquels : B. WERTENSCHLAG, «La réservation conventionnelle des logements HLM», AJPI JUIN 1991, p.403 et s.). C'est la nature originale de la prestation caractéristique de l'organisme HLM qui permet d'identifier la qualification du contrat quelle que soit la nature de l'aide fournie par le cocontractant. Il convient d'ajouter, cependant, que la variabilité de la prestation de ce dernier est «encadrée» par la prise en compte de sa qualité (pour la liste des personnes autorisées à conclure ces contrats : art. R. 441-9 Code de la Construction et de l'habitation).
- *la fiducie* telle qu'elle est conçue par l'avant-projet de loi récemment divulgué, puisque la qualification envisagée regroupe la fiducie-sûreté et la fiducie-gestion, dont les structures d'identification différent profondément : leur point commun est l'inclusion d'une prestation originale : un transfert fiduciaire (cf. supra n°253).

(2)Cf. supra n°257, et le rôle joué aussi par la cause du prêteur.

(3)V. en ce sens : D. GRILLET-PONTON, J.-Cl. précité, n°16.

(4)V. G. CORNU, «L'évolution du droit des contrats en France», Rev. int. dr. comp., n°spéc. 1979, p.447 et s., spéc. n°51.

(5)V. pour un raisonnement semblable en matière d'affacturage : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°45.

que soit le procédé employé. Ainsi, dans le crédit-bail, le crédit-bailleur doit devenir propriétaire pour obtenir sa garantie et pour pouvoir ensuite offrir une option d'achat au crédit-preneur. En matière immobilière, il peut acquérir cette qualité par divers procédés : vente, contrat d'entreprise, bail à construction et même indirectement par le biais d'une société civile immobilière[1]. De même, le crédit-preneur peut acquérir le bien mis à disposition, directement par son achat ou par accession, indirectement par acquisition des parts sociales de la société qui en est propriétaire. L'analyse est similaire pour l'affacturage. L'affactureur doit acquérir les créances : ce transfert est un moyen juridique d'assumer le risque de recouvrement[2] qui n'existerait pas s'il n'y avait qu'un mandat. Mais peu importe le moyen utilisé pour obtenir ce résultat, subrogation ou cession de créance.

Une autre variante consiste à regrouper plusieurs obligations en attachant la qualification à une classification plus large. Ainsi, dans l'entraide agricole, le législateur vise les assistances qui se réalisent «par des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation». Ici encore, le critère demeure juridique. Toutefois, deux remarques complémentaires méritent d'être formulées. Tout d'abord, une telle définition ne peut être interprétée que de façon souple et il n'est pas étonnant que la Cour de cassation ait accepté de voir un contrat d'entraide dans une convention qui comportait une fourniture de betteraves et de foin. Une telle obligation n'est pas stricto sensu un travail mais, dans un sens large, elle peut correspondre à un moyen d'exploitation[3]. Ensuite, cette souplesse d'interprétation peut d'autant plus être admise que le législateur enferme cette variabilité des obligations dans un cadre limité, en ayant recours à une structure externe de qualification qui prend en compte la qualité des parties et la nature agricole de l'acte d'entraide : ce ne sont donc pas n'importe quels travaux ou services qui peuvent correspondre aux exigences légales.

671.– Une dernière technique, plus novatrice, consiste à fonder la qualification du contrat sur des critères extra-juridiques. Pour éviter de laisser échapper certains aspects d'une opération nouvelle, le législateur préfère parfois attacher plus ou moins directement la nature d'une convention à des concepts économiques. Toutefois, il

---

(1)Ceci incite d'ailleurs à interpréter largement les termes de la loi en matière mobilière, pour viser l'acquisition par le crédit bailleur aussi bien par la vente que par le contrat d'entreprise (cf. infra n°1006).

(2)J. LE TOUX, Thèse précitée, n°197

(3)Rappr. pour le crédit-bail, la discussion sur le point de savoir si un logiciel peut constituer un bien d'équipement (pour l'affirmative : E.M. BEY, «Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ? », Gaz. Pal. 1985-2-p.396 et semble-t-il... la pratique ; pour la négative : M. VIVANT et A. LUCAS, JCP éd. E 1988, II, 15093, n°7, p.19 ; sur ce problème, cf. infra n°885 et s.).

s'agit là d'une technique difficile à manier et le souci de réalisme économique ne fait pas forcément bon ménage avec celui de sécurité juridique. L'exemple de l'intégration agricole le démontre. L'intégration est une notion d'origine économique, mais la loi de 1964 ne pose pas directement en critère la notion économique d'intégration[1], ce qui supposerait une appréciation délicate, au cas par cas, de la situation concrète de chaque producteur agricole[2]. La loi suppose que cette intégration se manifeste par certaines obligations de fourniture réciproque de produits ou de services, ce qui aboutit à revenir à des critères juridiques. Le concept économique est-il pour autant dépourvu de toute influence ? Il ne le semble pas. En effet, après un temps d'adaptation, les tribunaux ont adopté une interprétation souple du texte. En particulier, une obligation structurellement accessoire peut suffire : l'influence du concept économique ne conduit en l'occurrence, ni à dénier tout rôle aux obligations, ni même toute influence à leur nature (le texte précise qu'il doit s'agir de fournitures de produits ou de services), mais elle permet de négliger la hiérarchie juridique des obligations, ce qui constitue déjà une altération appréciable. Comme pour l'entraide, il convient toutefois de remarquer que la grande variabilité des obligations est tempérée par un critère externe, la qualité des deux contractants[3].

La jurisprudence utilise un procédé voisin pour la qualification de la franchise. Cette convention s'est constituée autour des notions plutôt économiques d'intégration dans un réseau et de réitération du succès du franchiseur. La doctrine s'est efforcée d'en assurer la traduction juridique, en relevant les deux aspects nécessaires de cette

---

(1)Cf. aussi infra n°1264 (note).

(2)Une évolution jurisprudentielle s'amorce-t-elle ? Plusieurs décisions invitent à poser la question : Civ. 1e 19 décembre 1989, Rev. dr. rural 1990, p.137 (la Cour estime inopérant et surabondant le moyen tiré d'une référence à la dépendance économique réelle du producteur, mais elle précise qu'il est inopérant «en ce qui concerne le présent litige non soumis à la loi du 4 juillet 1980» relative à l'intégration en matière d'échange) ; Civ. 11 juin 1991, D. 1991, IR, p.183 (la Cour conclut qu'il n'y avait pas de subordination, mais la précision est-elle une simple résultante de l'absence d'obligations spécifiques à la charge de l'éleveur, ou une exigence supplémentaire ?).
De plus, par deux fois, la Cour de cassation a admis la qualification d'intégration agricole en se référant soit à une exclusivité de fait (Civ. 1e 6 mars 1990, Rev. dr. rural 1990, p.349), soit à une situation de fait (Civ. 1e 20 mars 1990, Rev. dr. rural 1990, p.395 ; en l'espèce, la réciprocité d'obligations ne semblait faire aucun doute !).
La proposition d'un auteur d'analyser le texte de la loi comme une présomption (B. PUILL, «La complémentarité de l'analyse juridique et économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration», Rev. dr. rural 1978, p.41, spéc. p.47-48) était insoutenable car l'auteur choisissait une présomption simple. Dès lors que les obligations réciproques sont constatées, la qualification d'intégration est acquise. Cependant, en évinçant une analyse de ces obligations réciproques en conditions de fond, pour celle fondée sur une présomption, même irréfragable, il peut en résulter que le critère véritable de la qualification deviendrait la dépendance économique, présumée (s'il y a des obligations réciproques) et devant être spécialement prouvée dans les autres cas.

(3)Cf. infra n°672. V. pour une remarque identique à propos des contrats de réservation de logements HLM (supra n°669 (note).

intégration : l'intégration interne, parce que le franchisé met en pratique les méthodes du franchiseur, et l'aspect externe, parce que le point de vente ou les produits du franchisé empruntent l'apparence commune à tout le réseau du franchiseur. Une telle définition s'avère alors suffisamment souple pour englober plusieurs structures d'obligations, comme les développements antérieurs ont permis de le montrer(1).

672.– Une conclusion sur la remise en cause des critères ne peut donc être que mesurée. Même reléguées au second plan, les obligations gardent une influence, tous les exemples évoqués l'attestent. Si véritablement elles n'en avaient aucune, cela signifierait que le contrat peut être qualifié quelle que soit la nature de l'obligation caractéristique, à partir d'autres éléments : qualité des parties, objet de la prestation, nature globalement onéreuse, intéressée ou gratuite de l'accord. La situation correspondrait aux exemples évoqués précédemment des contrats de «voiture» ou «d'ordinateur». Force est de constater, qu'heureusement, de telles qualifications demeurent de pures fictions[2]. Le législateur (implicitement ou explicitement) ou le juge fixent toujours une liste d'obligations déclenchant la qualification. Simplement, les moyens de déterminer celle-ci sont plus ou moins directs et plus ou moins souples, en fonction des méthodes utilisées. Les critères externes tels que la qualité des parties ou l'objet de la prestation ne sont jamais utilisés comme des critères uniques et directs de qualification, mais comme des critères complémentaires dont le rôle est au contraire d'encadrer la variabilité des obligations caractéristiques[3].

673.– Les deux techniques qui consistent à réunir, au sein d'une même qualification, plusieurs structures qui diffèrent par la cause ou par l'objet de leurs obligations caractéristiques, aboutissent donc à des solutions différentes. Une pluralité

---

(1)Bien entendu, cette typologie n'est pas toujours tranchée et certaines hypothèses apparaissent comme intermédiaires. Ainsi, la donation relève d'une appréciation économique d'un transfert de valeur du patrimoine du donateur à celui du donataire : le premier s'appauvrit alors que le second s'enrichit. Un tel critère permet d'atteindre une multiplicité de situations, au travers de montages contractuels complexes. Mais il serait faux d'en déduire que n'importe quelle obligation peut convenir et la qualification de donation est refusée aux prestations de services gratuits. La doctrine contemporaine préfère s'attacher à des critères plus juridiques, même si elle en arrive à une définition très large de la donation : cette convention se caractérise par «l'abandon gratuit d'un droit patrimonial» (J.-J. DUPEYROUX, Thèse précitée, n°303, p.304.), qui peut se réaliser par la translation ou l'abdication, d'un droit réel ou personnel (cf. supra n°576).

(2)Rappr. F. COLLART-DUTILLEUL, «Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats», Le droit contemporain des contrats, p.223 et s., spéc. n°4 : «les contrats de l'informatique ne relèvent d'aucun statut spécial en raison de leur objet».

(3)Ces critères externes présentent un autre intérêt. Le droit contemporain se méfie de la substance des choses, les obligations, qui peuvent être sous l'empire des volontés, suspectes de pression ou de fraude. En visant les manifestations extérieures et apparentes de l'exécution du contrat ou des critères objectifs tels que la qualité des parties ou l'objet de la prestation, d'éventuelles manœuvres sont déjouées.

de structures causales peut rendre indifférente la nature ou l'existence d'une contrepartie, alors qu'une pluralité d'obligations séparées par l'objet ne rend jamais la nature de celles-ci totalement négligeables. Cette différence s'explique de deux manières. D'une part, la typologie des causes est, somme toute, assez pauvre, puisqu'elle se contente d'offrir trois déclinaisons d'une même obligation, alors que la variété des objets d'obligation est quasiment infinie. D'autre part, la pluralité de structures causales ne joue qu'au sein d'un cadre déjà bien délimité. L'obligation caractéristique est déterminée ; elle assure l'armature du contrat et l'incertitude qui demeure sur l'existence ou la nature de la contrepartie doit respecter ces données fondamentales. A l'inverse, la variabilité des obligations caractéristiques porte atteinte à la définition de ce cadre et admettre une indifférence totale de la nature de ces obligations aboutirait même à en remettre en cause l'existence. L'efficacité de la qualification en sortirait réduite : une réglementation d'un «contrat d'automobile» serait forcément vague et générale.

674.- Toutefois, cette présentation serait incomplète et la caractère novateur de cette technique de qualification serait par trop réduit si un autre phénomène n'était pas mentionné. En attachant la qualification d'une convention à une notion économique ou à un résultat indépendant des moyens utilisés pour y parvenir, des perspectives résolument nouvelles s'ouvrent : une qualification unique peut être assise sur plusieurs contrats, y compris, par une sorte d'utilisation de la notion de transparence, des conventions créatrices de personnes morales. Le législateur a déjà eu recours à cette technique en deux hypothèses au moins. Dans l'intégration agricole, la qualification peut être admise même si l'intégration de l'agriculteur résulte de plusieurs contrats conclus avec des partenaires différents[1]. Dans le crédit-bail immobilier, la qualification peut résulter, au travers de mécanismes sociétaires, d'une convention de mise à disposition du terrain et des immeubles conclue entre le crédit-preneur et la société immobilière qui a acheté le terrain et fait construire les bâtiments, et d'une promesse de cession des parts qui est passée entre les deux associés. Sauf à évoquer le concept encore peu étudié de contrat multilatéral, il y a deux conventions entre des contractants différents, la société immobilière ayant une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, en particulier du crédit-bailleur.

---

(1)Rappr. Civ. 1e 18 novembre 1986, Seetaa/Morin et autres. Gaz. Pal. 1987-1-p.307 note X. MASSART, A. GUILLOU, J. BREBION ; Civ. 1e 16 avril 1991, Rev. dr. rural 1991, p.349.

II - INFLUENCE SUR LE REGIME

675.- L'influence sur le régime peut prendre diverses formes, agissant de manière plus ou moins profonde sur le régime du contrat et de ses obligations. Le plus souvent, l'influence reste mesurée en ce sens qu'elle n'affecte que le régime global du contrat, c'est à dire les régles qui ne sont pas propres à telle ou telle obligation (forme du contrat ; durée ou faculté de résiliation, etc.[1]) ou qu'elle crée des obligations accessoires supplémentaires générales comme des obligations accessoires de renseignement, de collaboration, de sécurité, etc. Tel est le cas pour le contrat d'intégration agricole, dont le régime spécifique concerne principalement la rédaction à peine de nullité d'un écrit comprenant certaines mentions spécifiques. Le contrat préliminaire à la vente d'immeubles à construire pour certains de ces aspects, notamment son formalisme relève d'une analyse identique.

Ce premier type d'intervention qui n'affecte pas le régime des obligations caractéristiques est, somme toute, le plus logique. En effet, chaque obligation caractéristique possède son régime propre étroitement attaché à la nature de sa prestation. Il est plus difficile de toucher à ce régime qu'aux règles générales de la convention. Il est facile de rapprocher, dans cette hypothèse, cette technique de qualification de certains procédés concernant directement le régime du contrat : instaurer un régime unique pour des obligations différentes[2] ou créer une qualification unique pour des structures d'obligations différentes emporte alors des effets voisins[3]. C'est un problème de politique législative en matière de qualification contractuelle, souvent lié à des questions d'ordre public. A cet égard, une double constatation semble pouvoir être faite.

Historiquement, notamment entre les années 1962-1967, il semble que le recours à des qualifications uniques ait été privilégié, ainsi que l'a montré l'examen des nombreuses qualifications nommées créées selon ce principe pendant cette période. Depuis, et c'est notamment les cas pour la plupart des textes en matière de

---

(1) Sur cette notion, cf. infra n°1661 et s.

(2) Cf. les textes sur les consommateurs qui transcendent plusieurs contrats (prêt ; location-vente ; leasing ; cautionnement) ou encore les textes qui appliquent la responsabilité des constructeurs à divers contrats (vente d'immeuble à construire ; promotion immobilière ; contrat de construction de maison individuelle). Sur cette technique : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°339.

(3) La distinction des deux techniques n'est pas forcément simple, comme le montre l'exemple des cessions exclusives de fruit depuis la réforme de leur régime par la loi de 1984 (cf. infra n°732 et s.) : l'application impérative du statut des baux ruraux à des cessions exclusives de fruit maintient-elle ou non deux qualifications ou deux prestations distinctes ?

consommation, le législateur ne consacre plus de qualification unique, mais des régimes uniques communs à plusieurs contrats et déclenchés par des critères tenant à la qualité des parties (consommateur, non-professionnel et professionnel) et à l'objet de la prestation (secteur protégé dans le secteur immobilier ou montant du crédit dans la loi de 1978). L'article 20 de la loi 89-1010 du 31 décembre 1989 illustre parfaitement ce propos. Selon ce texte, «tout acte sous seing privé ayant pour objet l'acquisition ou la construction d'un immeuble neuf d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles neufs à usage d'habitation, les contrats préliminaires de vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, ne devient définitif qu'au terme d'un délai de sept jours pendant lequel l'acquéreur non-professionnel a la faculté de se rétracter...». Comme le remarquent certains commentateurs[1], le domaine du droit de repentir ainsi créé est lié à l'objet de la prestation, puisqu'il ne concerne que des immeubles neufs à usage d'habitation et à la qualité des parties, puisque «l'acquéreur» doit être un non-professionnel : «ainsi peut-on constater que progressivement le droit de la consommation envahit le droit civil et que son champ d'application ne dépend pas des produits ou services offerts mais de la disparité de la situation des contractants». La proximité des deux techniques se marque par l'utilisation de critères externes comme la qualité des parties ou l'objet de la prestation.

Pourtant, il semble que cette explication historique n'est pas la plus pertinente. En premier lieu, elle peut être prise en défaut : l'utilisation d'une réglementation directe et commune à plusieurs contrats ne date pas du droit de la consommation. Parmi les quelques contre-exemples qu'il est possible de citer[2], celui des contrats relatifs au droit d'auteur est particulièrement significatif. La loi du 11 mars 1957, selon des modalités complexes qui comprennent de multiples exceptions, consacre une réglementation commune à tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur. Il s'agit notamment du principe de rémunération proportionnelle[3] (art. 35) et, avec quelques exceptions, des règles de forme[4] (art. 31). Il est intéressant de retrouver dans cette

---

(1)J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN, Rev. dr. imm. 1990, p.91.

(2)V. par exemple : - la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure (prêt et vente à tempérament).
- l'article 43 de la loi du 2 janvier 1968 relative aux brevets d'invention. Le texte impose que les actes portant transmission ou licence soient constatés par écrit, à peine de nullité, mais l'exigence légale est étendue à tous les contrats portant sur les brevets (J. FOYER et M. VIVANT, «Le droit des brevets», Thémis PUF 1991, p.359 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. com., v° Brevet d'invention, n°528-529).

(3)Cf. C. COLOMBET, «Propriété littéraire et artistique», 1990, n°302 et s. : H. DESBOIS, «Le droit d'auteur en France», 1978, n°550 et s. ; R. DUMAS, «La propriété littéraire et artistique», Thémis PUF 1987, p.265 et s.

(4)Cf. C. COLOMBET, op. cit., n°316 et s. ; H. DESBOIS, op. cit., n°518 et s.

hypothèse, certaines tendances relevées plus haut : d'une part, c'est l'objet de la prestation, le droit d'auteur, qui constitue le critère premier du champ d'application de ce régime commun ; d'autre part, certaines interprétations doctrinales extensives, d'une disposition prévue pour un contrat, à tous les autres[1], évoquent la généralisation jurisprudentielle du procédé dans le cadre des contrats innommés. Ensuite, les qualifications nommées des années soixante correspondent à des interventions du législateur dans des secteurs nouveaux : entraide, intégration, crédit-bail, etc. La marge de manœuvre est alors plus importante et l'instauration, d'emblée, d'une nouvelle qualification est concevable. Au contraire, le droit de la consommation s'attaque à des secteurs où les qualifications juridiques sont implantées depuis longtemps : vente à crédit, prêt, louage d'ouvrage, cautionnement. La création de qualifications uniques supposerait de profonds et inutiles bouleversements. Il est dès lors normal que le législateur préfère intervenir en imposant une réglementation commune à plusieurs qualifications.

676.– L'influence est plus profonde lorsque la réunion de plusieurs structures d'obligations s'accompagne d'un régime original, même pour les obligations dont les règles normales sont altérées. Ici encore, plusieurs situations peuvent se présenter.

Dans certains cas, la modification provient plus des caractéristiques générales de la convention, que du fait qu'elle réunit plusieurs structures d'obligations. Tel est le cas pour la donation : c'est la gratuité de l'accord qui justifie un régime spécifique et chaque prestation particulière comme le transfert d'un droit réel ou la cession d'un droit personnel peut conserver son régime propre. De cette hypothèse, il est possible de rapprocher le contrat de sponsor. En effet, lorsque le but de promotion poursuivi par le sponsor se surajoute à un contrat synallagmatique, il risque d'apparaître comme un mobile n'exerçant qu'une influence assez faible sur la qualification et le régime du contrat. En revanche, lorsque cet objectif se greffe sur un contrat unilatéral, il donne à l'accord une nature intéressée susceptible de faire apparaître une convention intermédiaire entre le prêt et le bail[2] ou un transfert de propriété unilatéral onéreux sui generis. L'influence sur le régime passe alors par la transformation du caractère gratuit du contrat en caractère intéressé.

---

(1) V. par exemple la règle du consentement personnel et écrit (art. 53 alinéa 1) ou celle relative aux incapables (art. 53 alinéa 2), qui figurent dans la réglementation du seul contrat d'édition et que la doctrine considère comme des principes généraux (C. COLOMBET, op. cit., n°292 et n°293 ; H. DESBOIS, op. cit., n°502 ; R. DUMAS, op. cit., p.260).

(2) Cf. supra n°570-572.

Dans d'autres cas, l'influence sur le régime est importante car, derrière la pluralité de structures d'obligations, se dissimule une opération économique unitaire. Cette situation est illustrée par l'exemple du prêt de consommation ou du dépôt, ainsi que par celui du crédit-bail. Il s'agit là d'illustrations fort intéressantes, car les altérations du régime de chaque obligation sont en quelque sorte naturelles, ce qui autorise les tribunaux à les consacrer en l'absence de tout texte précis. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer la jurisprudence relative au crédit-bail qui, malgré le laconisme du législateur, a réussi à bâtir un régime original pour cette convention.

Il peut arriver, enfin, que le législateur impose à une obligation un régime contre nature. Les accidents corporels dans le contrat d'entraide sont ainsi traités d'une façon spécifique, qui contredit le régime normal de chaque prestation d'assistance qui, sans cela, aurait du relever des règles distinctes du bail, du transport, de l'entreprise, etc. Chaque obligation ne retrouve un régime conforme à sa nature que pour les dommages aux biens ; encore faut-il noter que dans cette hypothèse, la loi impose de se référer aux version gratuites de ces prestations malgré le caractère synallagmatique de l'accord. Les qualifications de contrat de travail imposées en l'absence de lien de subordination constituent une autre illustration de ce genre d'interventions. Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire appartient aussi, pour certains aspects de son régime, à cette catégorie si cette convention est analysée, ainsi que le fait une part importante de la doctrine, comme un pacte de préférence à titre onéreux[1]. Le versement du dépôt constitue le prix de la préférence lorsque les contractants concluent un contrat conforme au minimum légal, le prix de l'indemnité d'immobilisation s'ils stipulent une promesse unilatérale de vente et un dédit s'il s'agit d'une promesse synallagmatique. La nature de l'obligation du «réservataire» change, mais le régime de celle-ci et la nature du contrat restent stables ! En réalité, ce particularisme disparaît si la convention légale minimale est analysée comme un contrat complexe opposant un pacte de préférence à une promesse d'achat : dans tous les cas, le dépôt constitue un dédit autorisant le «réservataire» à se délier de sa promesse[2]. Dans toutes ces hypothèses, les conséquences de l'intervention du législateur sont importantes et cette technique de qualification laisse alors apparaître les liens étroits qui l'unissent souvent à des réglementations d'ordre public. C'est cette influence du caractère impératif du régime d'un contrat sur sa qualification qu'il importe maintenant d'examiner.

---

(1)Cf. infra n°1272 et s.

(2)Adde pour les cessions exclusives de fruit, infra n°732 et s.

CHAPITRE 4

L'INFLUENCE DES REGIMES IMPERATIFS SUR LA TECHNIQUE DES QUALIFICATIONS

677.– Si tant est qu'elle ait jamais existé, l'idée d'un abandon de la qualification et du régime des conventions à l'entière discrétion des contractants n'est plus de mise aujourd'hui. Toute l'évolution contemporaine du droit des contrats est marquée par un déclin de l'autonomie de la volonté et par la multiplication des interventions contraignantes du législateur. Sous la pression d'un ordre public toujours plus envahissant, qu'il soit de protection ou de direction, la liberté des parties s'est réduite dans tous les domaines : conclusion du contrat (interdiction ou obligation de contracter), détermination du contenu de l'accord (adjonction forcée, d'origine légale ou jurisprudentielle, ou retranchement des clauses illicites), imposition d'un régime impératif. Par rapport au Code civil, les dispositions isolées d'ordre public laissent la place à des ensembles cohérents, constituant de véritables statuts contractuels[1]. Le phénomène est trop connu, pour qu'il soit nécessaire d'insister[2]. L'objet de ce chapitre est beaucoup plus mesuré : il s'agit seulement d'essayer de préciser

---

(1)Ph. JESTAZ, «L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945», Journées R. SAVATIER, p.117 et s.

(2)V. en dernier lieu : J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°93 et s. ; FLOUR et AUBERT, «L'acte juridique», 1991, n°118 et s. ; J. CARBONNIER, «Introduction», Journées R. SAVATIER, p.35 et s. ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°49 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., 1991, n°28 et s. et n°116 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°611 et s. ; A. RIEG, «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand», LGDG 1961 ; G. FARJAT, «L'ordre public économique», LGDG 1963 ; R. OTTENHOF, «Le droit pénal et la formation du contrat civil», LGDJ 1970.
Le phénomène marque-t-il un essoufflement ? (B. MERCADAL, «De l'exception d'ordre public ? », Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, p.241).

l'influence de la consécration de régimes impératifs[1], qu'ils le soient ponctuellement ou globalement, sur la technique traditionnelle des qualifications[2].

678.– Dans un premier temps, l'introduction de dispositions impératives dans le régime d'un contrat ne remet pas en cause la technique habituelle des qualifications. Qu'elle soit supplétive ou d'ordre public, toute règle juridique ne peut s'appliquer que si certaines conditions sont remplies. Même un statut contractuel d'ordre public, «par le biais de la qualification juridique, nécessite le recours à un certain contrat»[3]. Loin de contredire l'opération normale de qualification, le caractère impératif du régime encouru en renforce même l'utilité[4]. Lorsqu'un régime est aménageable, la nature du contrat est moins importante, puisque certaines difficultés peuvent être résolues par une stipulation particulière ou même, par l'exclusion implicite, mais certaine, de la disposition supplétive. Sur une base commune, liée à la nature intrinsèque de l'accord, des variantes sont possibles pour réaliser une meilleure adaptation aux circonstances concrètes. Par exemple, dans un système supplétif, il n'est pas indispensable de disqualifier un contrat de remorquage, prévoyant une obligation de déplacement moyens en un contrat d'entreprise : il suffit d'aménager la responsabilité du remorqueur[5]. Au contraire, lorsque le régime d'une qualification est impératif, la nature du contrat devient essentielle. En imposant une sanction, le législateur cristallise les qualifications. Ainsi, la richesse du contentieux relatif à la qualification du contrat de transport s'explique en grande partie par le caractère d'ordre public de la responsabilité du voiturier, notamment quant aux clauses élisives, et par celui de la courte prescription de l'article 108 du Code de commerce.

679.– Une approche plus technique permet d'établir cependant que l'instauration d'un régime impératif, surtout lorsqu'il s'agit d'un statut contractuel d'ordre public, entraîne quelques modifications dans l'opération de qualification.

Il est possible, tout d'abord, de constater un certain enrichissement de la technique traditionnelle, se traduisant par une multiplication des critères de qualification. La plupart des contrats nommés récents utilisent selon une large palette, tous les critères

---

(1)Sur la différence entre règle impérative et règle d'ordre public, et sa neutralité pour les développements qui suivent : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°288 et n°294 et s.

(2)Cette question est rarement évoquée en doctrine ; v. cependant : Ph. MALAURIE, «Les contrats contraires à l'ordre public», Thèse Paris 1951, n°240 et s., p.167 et s. ; F. TERRE, Thèse précitée, n°597 et s., p.475 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°288 et s. ; Ph. JESTAZ, art. précité.

(3)Ph. JESTAZ, art. précité, p.120.

(4)Rappr. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°286, p.330 : «la multiplication des textes impératifs, depuis lors, renforce l'intérêt des contrats innommés, en même temps qu'un mouvement de suspicion à leur encontre».

(5)Cf. supra n°231 et s.

connus. Les structures d'obligations retenues sont souvent compliquées. Elles se réfèrent à des prestations dont les modalités sont précisées dans le détail (exigence d'un délai dans la vente d'immeuble à construire[1] «travaux d'amélioration» dans le bail à réhabilitation[2]). La cause objective médiate d'un contractant est parfois retenue (destination du bien loué pour les statuts impératifs des baux immobiliers[3]) et le législateur n'hésite plus à consacrer directement des conventions dont la structure est complexe : contrats mixtes par opposition (entraide agricole[4]) contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire[5], contrats mixtes par addition (promotion immobilière[6]), et même contrat par fusion (location-accession[7], crédit-bail[8]). De plus, la technique des structures externes de qualification est largement mise à contribution, que celles-ci concernent la qualité des parties (intégration agricole[9], entraide agricole[10], bail à réhabilitation[11]), ou l'objet de la prestation (définition du secteur protégé en matière de construction, définition de la vente d'immeuble à construire).

680.– Dans certains cas, le législateur va plus loin, en élargissant la gamme des critères de qualification. L'originalité de ses interventions est d'une intensité inégale. Par exemple, la prise en compte d'une obligation accessoire pour qualifier un contrat est parfaitement concevable, même dans le cadre de la technique traditionnelle des qualifications[12]. Elle est cependant rarement pratiquée et ce procédé est surtout utilisé dans des contrats nommés récents, au régime impératif[13]. D'autres critères sont en revanche beaucoup plus novateurs. Tel est le cas, notamment, lorsqu'une qualification recouvre plusieurs structures d'obligations, construites autour de prestations caractéristiques de natures différentes[14] : entraide agricole, statut du fermage lorsqu'il recouvre certaines ventes d'herbes[15]. Mais la technique la plus originale est sans conteste l'imposition d'une qualification unique à plusieurs contrats distincts, comme

---

(1)Cf. infra n°687.
(2)V. C. BOSGIRAUD-STEPHENSON, «Le bail à réhabilitation», Rev. dr. imm. 1991, p.19 et s., spéc. p.22 et s.
(3)Cf. infra n°746.
(4)Cf. infra n°1250 et s.
(5)Cf. infra n°1265 et s.
(6)Cf. infra n°921.
(7)Cf. infra n°1584 et s.
(8)Cf. infra n°1624 et s.
(9)Cf. infra n°923 et s.
(10)Cf. infra n°923.
(11)Cf. infra n°923 (note).
(12)Cf. supra n°503 et s.
(13)Cf. supra n°523 (note) et infra n°687, pour l'exigence d'un versement avant l'achèvement, dans le cadre du secteur protégé de la vente d'immeuble à construire.
(14)Cf. chapitre précédent.
(15)Cf. infra n°733.

le prévoient les textes relatifs à l'intégration agricole[1], à la vente d'immeuble à construire, lorsque le constructeur fournit «indirectement» le terrain qui recevra l'édifice[2] ou la récente loi modifiant le champ d'application du contrat de construction de maison individuelle[3]. Un tel procédé n'est pas totalement inconnu et les tribunaux y ont parfois recours, en l'absence de toute disposition spécifique, lorsque la décomposition d'une opération économiquement unitaire en deux contrats, n'est qu'un artifice frauduleux, destiné à échapper à une règle impérative[4]. Cette différence de situation est révélatrice de l'évolution de la technique des qualifications, sous la pression des régimes impératifs : relevant initialement d'une analyse subjective des mobiles des contractants, le regroupement de plusieurs contrats au sein d'une seule qualification accède désormais au rang de critère objectif, d'origine légale.

Il convient d'ajouter que cette multiplication et cet élargissement des critères traduisent la volonté du législateur d'adapter très étroitement la qualification à certaines opérations économiques précises. Lorsque de surcroît, le régime impératif constitue un ensemble cohérent, ce sont alors les techniques de qualification relatives au régime qui sont perturbées(5).

---

(1)Cf. supra n°674.

(2)Cf. infra n°686 (note).

(3)C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Champ d'application de la loi», Rev. dr. imm. 1991, p.143 et s., spéc. n°11 : la loi du 19 décembre 1990 réalise une extension de la qualification à la construction de deux logements «dont l'objet est de permettre l'appréhension dans un acte unique d'une dualité de contrats».

(4)V. par exemple : Civ. 1e 24 janvier 1967, Bull. civ., I, n°33, p.21 (père boucher-chevalin qui se porte locataire d'un bâtiment à usage d'écurie, alors que son fils, par un second contrat, achète l'herbe environnant le bâtiment, le propriétaire ne lui accordant un droit de pacage... que pour les chevaux) ; Req. 27 janvier 1941, Gaz. Pal. 1941-1-p.263 (dissociation pour des raisons fiscales de la vente d'un terrain et de la construction d'un immeuble sur celui-ci ; v. Ph. BIHR, «Le droit pénal de la construction», Thèse Nancy 1969, n°123, p.254).

(5)Trois altérations peuvent être soulignées (pour plus de détails, cf. infra seconde partie).

- Le contrat au régime d'ordre public se referme sur lui-même et n'accepte plus la reprise par analogie de dispositions provenant du droit commun ou de qualifications voisines, pour combler les éventuelles lacunes de sa réglementation (pour une illustration, v. Ph. JESTAZ, art. précité, p.119-120).

- Inversement, le régime impératif est intransposable par analogie à des contrats complexes, qui intègrent l'opération économique impérativement réglementée, dans un ensemble plus vaste (cf. infra n°1468 et s., pour les cessions de terrains contre remise de locaux à construire). Contrairement au contrat du Code civil, dont le régime est souvent «dépeçable», les statuts contractuels d'ordre public sont monolithiques (rappr. déjà : R. PERROT, «De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques», Thèse Paris 1947, p.19). Sur ce point, une évolution est peut-être en train de se faire jour (cf. infra n°1465 et s.).

- Enfin, contrairement à la solution que devrait autoriser l'autonomie de la volonté et la liberté des conventions, l'extension conventionnelle d'un régime d'ordre public à un contrat qui se situe normalement en dehors de son champ d'application, rencontre certaines résistances.

- *V. en faveur de cette extension en doctrine* : J. VIATTE, «L'extension volontaire du statut des baux commerciaux», Rev. Loyers 1970, p.254 (avec prudence, quand même) ; J. DERRUPPE, «Locations et loyers», Memento Dalloz, 3e édit., p.78 ; J. LAFOND, «L'application volontaire du statut des baux commerciaux», Administrer 1991, août-sept., p.9 et s. ; M. DAGOT, «La clause d'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux», JCP éd. N 1991, I, p.315 ; B. MERCADAL, art. précité, p.243 ; L. PEYREFITTE, «Le contrat de déménagement», JCP éd.

681.- Derrière cette évolution technique ponctuelle, se dissimule en réalité un des phénomènes majeurs causés par l'instauration des régimes d'ordre public : la lutte constante qui oppose les praticiens au législateur, les premiers fuyant les cadres trop rigides et trop protecteurs d'une partie, le second s'acharnant inlassablement à ramener dans le domaine d'application des régimes impératifs, les formules contractuelles qui essaient de s'y soustraire. Dans ce combat éternellement renouvelé, deux situations peuvent être distinguées. Lorsque le législateur se contente de réglementer le régime d'une qualification, le caractère impératif de celui-ci a des effets contradictoires : s'il entrave le plus souvent la liberté des contractants, aux abords du statut, il suscite parfois l'apparition de qualifications nouvelles (section 1). Cette contradiction est une incitation à pousser plus avant l'encadrement légal : condition normale de l'application de la réglementation impérative, la qualification devient l'objet à part entière de cette réglementation, lorsque le législateur précise lui-même les critères de qualification (section 2).

E 1986, II, 14655, n°22-23 (à propos des déménagements qui ne constituent pas des transports) ; C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. citée infra, RTD com. 1987, note 43, p.337 (et les références citées) ; P. BEAUCHAIS, «L'application du décret du 30 septembre 1953 aux baux de bureaux : une pratique qui mérite réflexion», JCP 1991 éd. N, I, p.29.

En jurisprudence : Com. 30 juin 1975, Bull. civ., IV, n°184, p.152 (réglementation des ventes à crédit) ; Civ. 3e 10 juillet 1978, Bull. civ., III, n°290, p.223 («il est toujours loisible aux parties de soumettre volontairement au statut du fermage les baux de parcelles qu'elles concluent») ; Civ. 3e 6 juillet 1982, Rev. dr. imm. 1983, p.114-115, obs. J. DERRUPPE (décret de 1953 ; extension possible en principe, mais pas en l'espèce) ; Civ. 3e 28 janvier 1987, Loyers et copr., mars 1987, n°79 ; Civ. 1e 6 juillet 1988, BRDA 1988, n°15-16, p.15 (loi du 10 janvier 1978 relative au crédit mobilier) ; Civ. 3e 3 novembre 1988, Bull. civ., III, n°153 (décret de 1953 ; révision du prix) ; Saint-Denis de la Réunion 18 novembre 1988, D. 1990, somm. p.260, obs. L. ROZES (décret de 1953) ; Paris 25 octobre 1990, Contr. conc. cons. janvier 1991, n°23, p.14, obs. G. RAYMOND (loi de 1979 sur le crédit immobilier) ; Paris 6 décembre 1991, D. 1992, IR, p.74 (décret de 1953 ; l'arrêt distingue extension globale et ponctuelle).

Contra en doctrine : C. ROY-LOUSTAUNAU, «Le déclin de la propriété commerciale dans la société post-industrielle», Thèse Aix 1975, p.99 et s. (deux arguments intéressants sont avancés : -le décret de 1953 est organisé autour d'un fonds de commerce, qui fait défaut - certaines dispositions (notamment relatives à la procédure) sont intransposables, ce qui va aboutir à un dépeçage de ce qui n'est qu'un bloc monolithique) ; N. REUTER, «La notion d'assistance en mer», Litec 1975, n° 172, p.217 ; adde réservé Ph. MALAURIE, Rép. civ., v° Vente d'immeuble à construire, n°141-142.

En jurisprudence : Paris 22 janvier 1982, Rev. fr. dr. aérien 1982, p.218 (interprétation restrictive d'une extension conventionnelle de la Concention de Varsovie) ; Paris 7 mars 1989, D. 1989, IR, p.110 ; JCP éd. E 1990, II, p.753, obs. crit. J. MONEGER (refus du statut des baux commerciaux à une association) ; Civ. 3e 20 décembre 1989, JCP 1990, IV, p.72 (refus d'un droit au maintien dans les lieux résultant de dispositions conventionnelles) ; Paris 22 mai 1990, D. 1990, IR, p.159 ; Rev. dr. imm. 1990, p.370, obs. crit. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI (sous-traitance).

SECTION 1

LES EFFETS CONTRADICTOIRES DES REGIMES IMPERATIFS SUR LA TRAME DES QUALIFICATIONS

682.- L'institution d'un régime contractuel impératif entraîne deux conséquences contradictoires. Par crainte de la fraude, les conventions de structure voisine sont attirées dans le champ d'application du contrat réglementé de manière contraignante (I). Cependant, sous la pression des nécessités économiques, une intervention législative d'une sévérité irréaliste peut aboutir au résultat inverse, en suscitant l'apparition d'une qualification innommée (II).

I - L'EFFET NATUREL : L'ATTRACTION DES STRUCTURES CONTRACTUELLES VOISINES

683.- En combinant, de toutes les manières concevables, les critères utilisés par la technique des qualifications, il est possible de recenser un très grand nombre de structures de qualification, nommées ou innommées, couvrant toute la matière contractuelle et s'apparentant à la trame continue d'un gigantesque tissu contractuel. Chaque prestation originale peut y être déclinée selon toutes ses variantes, en fonction de la cause de son débiteur, qu'elle soit immédiate (gratuité, intéressée ou onéreuse) ou (parfois) médiate de la qualité de son débiteur (par exemple, professionnel ou pas), de son objet, de la structure globale du contrat dans lequel elle s'insère (simple, faux-contrat mixte, mixte par addition ou par opposition), voire du groupe de conventions dont ce dernier fait partie. Les contractants peuvent resserrer encore cette trame, en complétant les structures de qualifications par l'adjonction d'obligations accessoires, ou par la stipulation de modalités particulières, selon un nombre infini de combinaisons.

Dans ce maillage structurel homogène, l'instauration d'un régime impératif est une source de perturbations et d'irrégularités : certaines structures d'obligations, potentiellement stipulables, vont disparaître, absorbées par le contrat impérativement réglementé dont elles sont proches. De façon imagée, les statuts impératifs jouent, en quelque sorte, le rôle de «trous noirs»[1]. Cette absorption se manifeste de deux manières différentes, d'un intérêt inégal.

684.– En premier lieu, puisque pour une structure de qualification donnée, le régime est imposé par la loi, la diversification illimitée de cette structure par les parties n'est plus possible : certaines clauses sont interdites, d'autres, au contraire, doivent figurer dans l'accord. Les contractants ne sont plus libres, à l'intérieur d'une qualification, d'aménager leur contrat et ils doivent nécessairement «emprunter le modèle légal»(2). En définitive, structure normative et structure concrète se rapprochent considérablement[3]. Toutefois, cette première manifestation du phénomène d'absorption est relativement banale. La seconde s'avère beaucoup plus intéressante.

685.– En instituant un régime impératif, le législateur entend réglementer une opération économique précise, que les parties réalisent habituellement par la conclusion d'une qualification donnée. Normalement la qualification est un moyen d'identifier cette opération. Dès lors, cependant, que le régime du contrat est contraignant et incontournable, certains contractants vont immanquablement tenter d'éviter son application, en stipulant une qualification plus ou moins différente de celle visée par le texte obligatoire. Un tel comportement est parfois paralysé par les tribunaux, lorsque ceux-ci estiment que la manœuvre est frauduleuse. Seuls les accords d'une nature suffisamment différente du contrat impérativement réglementé peuvent échapper à un tel soupçon[4]. Il en résulte que les conventions trop proches de ce dernier ne sont plus stipulables. Par le biais technique général de la notion de fraude ou en vertu de dispositions législatives spécifiques, les statuts impératifs manifestent ainsi une «force d'expansion»[5], qui réduit la liberté des contractants : ceux-ci peuvent entrer dans le moule légal ou s'en éloigner suffisamment, mais entre ces deux

---

(1)Rappr. F. TERRE, Thèse précitée, n°695.

(2)Ph. JESTAZ, art. précité, p.118.
Pour des illustrations : l'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation (nécessité de prévoir un délai de livraison).

(3)Une identification absolue supposerait qu'aucun aménagement, même minime, ne soit possible, ce qui n'existe pas encore (rappr. Ph. JESTAZ, art. précité, p.119-120, pour des contrats qui ne sont pas très loin de cette situation, comme l'assurance construction).

(4)Cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°290, p.333 et plus généralement, n°283 et s., p.327 et s. ; F. TERRE, Thèse précitée, n°536, p.451.

(5)Cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°289, p.332. Rappr. G. RIPERT, «Le régime démocratique et le droit civil moderne», 1936, n°141, p.277.

solutions s'étend une zone intermédiaire d'illégalité . Du fait de cet effet attractif, les régimes impératifs sont souvent liés à la notion de domaine d'application[1] : le phénomène d'absorption n'est justifié que pour les opérations économiques que le législateur veut encadrer. Les définitions légales du champ où s'exerce l'attraction sont donc, très logiquement, partiellement fondées sur des notions de fait, extérieures aux obligations : nature du bien objet de la prestation pour le secteur protégé en matière de construction, qualité de consommateur ou de non-professionnel, éléments objectifs et apparents résultant de l'exécution du contrat (acquisition des fruits par la personne qui les cueille, pour le statut du fermage).

686.- Les modifications de ce phénomène d'attraction sont très nombreuses. Un inventaire exhaustif ne s'impose pas et quelques exemples peuvent suffire pour en bien comprendre l'importance.

- Bien entendu, les statuts contractuels d'ordre public en constituent la terre d'élection. L'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation en fournit une illustration particulièrement nette. Selon ce texte, une vente d'immeuble à construire conclue dans le secteur protégé, «peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble» et le dernier-alinéa de l'article précise explicitement qu'est «nulle toute autre promesse d'achat ou de vente». La simple perspective de conclure une vente d'immeuble à construire[2] impose par conséquent une forme unique d'avant-contrat[3] et toute les autres structures d'obligations concevables sont prohibées. La liberté des parties ne réapparaît pas plus lors de la convention définitive, puisque l'article L. 261-10 précise que «tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles L. 261-2 et L. 261-3 du présent code. Il doit, en outre, être conforme aux dispositions des articles L. 261-11 et

---

(1)Rappr. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°288, p.331.

(2)Ou même une vente après achèvement, si le contrat de réservation est conclu, alors que le bien n'est pas encore achevé ou commencé : Civ. 3e 5 février 1985, Defrénois 1986, p.406, obs. H. SOULEAU ; D. 1986, IR, p.45, obs. F. MAGNIN.

(3)Même si celui-ci a un contenu variable, les aménagements contractuels jouent à l'intérieur du cadre légal (cf. supra n°652 et infra n°1265 et s.). Rappr. A. BOITUZAT, «Le régime juridique du secteur protégé de la promotion immobilière privée», Thèse Paris I 1978, n°12, p.23-25 (sur l'absence de réglementation du contrat préliminaire dans le statut des sociétés coopératives de construction et la tentation d'étendre le régime du contrat préliminaire en secteur protégé).

L. 261-14 ci-dessous». Comme l'explicite la Cour de Lyon[1]... le législateur a entendu [...] proscrire en ce qui concerne ces ventes, [...], toutes les conventions relatives au transfert de propriété qui ne répondraient pas aux conditions qu'il définit aux articles 6 à 10 de la loi»(2). La consécration de ce phénomène d'attraction n'est pas d'origine

---

(1)Lyon 6 février 1980, D. 1980, p.586, note F. MAGNIN.

(2)***Pour d'autres exemples*** : - ***L'article L 261-10 al. 2 du Code de la construction et de l'habitation***. Le régime impératif de la vente d'immeuble à construire est entendu, en secteur protégé, aux opérations où l'édificateur de l'immeuble fournit indirectement le terrain. Le découpage en deux contrats est inefficace (cf. Ph. JESTAZ, art. précité, p.122-123 ; J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN, Rev. dr. imm. 1987, p.252, qui jugent l'application d'une qualification unique à deux contrats, conclus entre des contractants distincts, malaisée à fonder ; cf. infra n°738).
Rappr. aussi l'impossibilité de découper une vente d'immeuble à construire sur un immeuble en cours de construction en une vente de la carcasse et un contrat d'entreprise pour l'achèvement (F. STEINMETZ, «Les ventes d'immeubles à construire», Thèse Montpellier 1970, n°35).
- ***Rappr. de l'hypothèse précédente en matière de construction de maison individuelle*** : - l'annulation du contrat parce que le maître de l'ouvrage n'est pas encore propriétaire du terrain : TGI Rouen 12 juin 1979, Rev. dr. imm. 1980, p.442, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ.
- l'extension de la proposition directe du plan à la situation où le maître d'œuvre le «fait proposer» (art. L 231-1 du Code de la construction) ; Paris 14 janvier 1983, AJPI 1984, p.414 ; Rev. dr. imm. 1983, p.477, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ (plan proposé par un démarcheur) ; rappr. Rép. QE. n°53553, JCP éd. N 1984, Prat., p.606 ; Tb com. Rouen 14 juin 1976, D. 1977, p.369, concl. D. FORTIN.
- l'extension de la proposition d'un plan non négociable à un plan susceptible d'être modifié : Civ. 3e 5 décembre 1990, D. 1991, IR, p.6 ; Rev. dr. imm. 1991, p.232, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- l'extension par la loi du 19 décembre 1990 à deux autres hypothèses : plan fourni par un tiers à la suite d'un démarchage à domicile ou d'une publicité faite pour son compte et plan fourni par une personne qui ne réalise qu'une partie des travaux : C. SAINT-ALARY-HOUIN, chr. précitée, Rev. dr. imm. 1991, p.147 ; R. MARTIN, «Le contrat de construction d'une maison individuelle», D. 1991, p.133 ; A. GOURIO, «La nouvelle réglementation de la construction d'une maison individuelle», JCP éd. N 1991, I, p.131 ; P. MELMOUX, «Le nouveau contrat de construction d'une maison individuelle», AJPI janvier 1992, p.8 et s., spéc. p.9 ; M.-C. FORGEARD, «Les nouvelles règles applicables à la construction de maisons individuelles», Defrénois 1992, 35156, p.3 et s., n°8.
- la méfiance accusée vis-à-vis de la possibilité d'un contrat de maîtrise d'œuvre sans engagement de construire : Versailles 18 décembre 1985, D. 1988, somm. p.112, obs. F. MAGNIN ; contra, plus tolérant : Paris 23e ch. B 3 octobre 1986, Juris-Data n°27477.
- la méfiance, voire l'hostilité à la conclusion d'un contrat d'études préliminaires : P. MELMOUX, «L'article 45-I de la loi du 16 juillet 1971 et le contrat de construction de maisons individuelles», Mém. DESS Montpellier 1978-79, n°118 et s.
- ***Pour la possibilité de contrats innommés entre bail rural et métayage*** : R. SAVATIER, note D. 1953, p.19 (réponse négative) ; F. TERRE, Thèse précitée, n°600 et s., p.478 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°290, p.333 (réponse positive pour les deux auteurs, conformément à la jurisprudence).
- ***Pour la location-accession*** : faute d'indication expresse, le caractère impératif du texte est discuté. Cependant, le souci de protection de l'accédant qui pénètre la loi du 12 juillet 1984 et la précision de la réglementation mise en place n'ont de sens que dans un texte d'ordre public (cf. en ce sens les auteurs cités infra note n°1585 (note)). Ce contrat complexe est bâti autour de plusieurs éléments : un transfert immédiat de la jouissance d'un immeuble, une promesse unilatérale de vente et le paiement par l'accédant d'une redevance complexe représentant pour partie le paiement anticipé du prix. Cette anticipation caractéristique des locations-ventes est au cœur de la loi de 1984 qui, pour protéger l'option de l'accédant, fixe de manière rigoureuse pour le propriétaire, les modalités de restitution de cette fraction du prix. Le caractère impératif de cette disposition n'est pas douteux : il conduit à considérer que les locations-ventes voisines où l'option n'est

purement législative. La jurisprudence confirme aussi l'existence de cette tendance. A titre d'exemple, il convient de citer l'extension par la Chambre criminelle des règles de la vente d'immeubles à construire, en secteur protégé, à la vente d'immeuble ancien à rénover[1].

- Les dispositions impératives isolées peuvent aboutir à un résultat identique. Quelques exemples permettent de l'attester. Ainsi, bien que le tractionnaire, pour des raisons pratiques, ne vérifie pas l'état des marchandises contenues dans la remorque ou le conteneur qu'il va déplacer, cette modalité d'exécution est insuffisante pour différencier assez nettement cette convention d'un contrat de transport pur et simple, sous peine de remettre en cause la responsabilité d'ordre public qui pèse sur les voituriers professionnels[2]. Le régime impératif s'oppose ici à une catégorisation de la

---

qu'artificielle et où la restitution du prix n'est pas assurée (où ne l'est que trop partiellement) ne sont plus possibles. (rappr. R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY-HOUIN, Rev. dr. imm. 1985, p.1 et s., spéc. note 22, p.8 ; contra : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°809).
Paradoxalement, avant la loi de 1984, c'est le foisonnement des autres textes qui rendait très difficile l'élaboration d'un contrat de location-accession dans le secteur protégé ! (M. DAGOT et D. LEPELTIER, «La location-accession», Litec 1985, n°17, texte et note 21 ; M. DAGOT, «La vente d'immeuble à construire», n°122, p.60, sur l'impossibilité pratique de conclure une location vente dans le secteur protégé ; adde même dans le sens d'une interdiction : J. TARTANSON, «La vente d'immeuble à construire avant la délivrance», Thèse Aix 1971, p.16 et p.24).
- ***Pour l'interprétation du décret du 10 novembre 1954*** (sur la protection de l'épargne dans le contrat de construction, avant les lois de 1967, 1971 et 1972) : A. BOITUZAT, Thèse précitée, n°84, p.144, citant Crim. 15 juillet 1965, G.P. 1965-2-p.210 ; Ph. BIHR, «Le droit pénal de la construction», Thèse Nancy 1969, n°126 et s., p.257 et s. ; F. STEINMETZ, Thèse précitée, n°248 et s., p.257 et s.
- ***Pour le contrat d'édition***, cf. infra n°850 et s.
- ***Pour la licence de brevet***, cf. infra n°851 (note).

(1) Crim. 23 octobre 1978, JCP éd. N 1979, II, p.45, note B. STEMMER. La troisième Chambre civile, après avoir adopté une solution contraire (Civ. 3e 2 mai 1978, JCP éd. N 1979, II, p.13, note P. MEYSSON ; l'interprétation de cet arrêt est discutée, au motif, qu'en fait, la vente était intervenue après l'achèvement, cf. M. DAGOT, op. cit., n°180), s'est semble-t-il rapprochée de la Chambre criminelle (Civ. 3e 18 mars 1981, JCP éd. N 1981, II, p.235, note B. STEMMER). Les juges du fond ont parfois une attitude plus nuancée, d'après l'importance des travaux (Paris 9 février 1977, JCP éd. N 1979, II, p.13, 1e espèce, note P. MEYSSON ; TGI Paris 13 mai 1982, Rev. dr. imm. 1983, p.237, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ ; Paris 29 novembre 1983 et 10 février 1984, D. 1985, IR, p.28, obs. F. MAGNIN ; Paris 26 juin 1984, Rev. dr. imm. 1985, p.163, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Paris 12 septembre 1990, Rev. dr. imm. 1991, p.231, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN. Adde encore, dans le sens de l'application de la loi de 1967 : Paris 19e ch. A 10 mai 1983, Juris-Data n°23280.
Sur cette question, v. plus généralement : M. DAGOT, op. cit., n°166 et s. ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°306 ; J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, «Droit de l'urbanisme et de la construction», 3e édit., 1991, n°1487 ; J. BAUDIN, «Les ventes par marchands de biens de locaux en rénovation ou de locaux rénovés», Defrénois 1991, 34984, p.321 et s.
Rappr. pour un contrat de construction de maisons individuelles : Paris 7 mai 1982, D. 1985, IR, p.36, obs. F. MAGNIN (réglementation impérative applicable à construction partielle de la maison, sans son achèvement intérieur).

(2) Cf. infra n°981. Rappr. d'ailleurs le raisonnement de M. MERCADAL (infra n°981), opposé à cette solution, qui aboutit à une interprétation téléologique de la règle impérative, pour en limiter la portée.

qualification, en fonction des conditions matérielles d'exécution du déplacement[1]. Par comparaison, il convient de rappeler qu'au contraire le rôle actif du remorqué est considéré comme une spécificité suffisante pour écarter la qualification de transport, au profit de celle d'entreprise[2]. De même, la consécration d'un contrat innommé de fiducie-sûreté, se heurte, à la prohibition du pacte commissoire : le caractère impératif de la règle posée pour le gage manifeste, par là-même, son pouvoir d'attraction à l'égard d'une convention dont la structure de qualification est pourtant différente[3].

687.- La constatation de ce pouvoir d'attraction a des conséquences théoriques. Lorsque le régime d'un contrat est d'ordre public, les liens se resserrent entre la structure d'obligations permettant de qualifier la convention et le régime de celle-ci, puisque ce dernier en constitue un effet nécessaire et automatique, que ni le juge, ni les parties ne peuvent remettre en cause[4]. Il serait tentant de considérer que c'est la totalité du modèle contractuel légal qui permet d'identifier les contrats concrets soumis au statut impératif[5]. Ainsi, dans le secteur protégé, la vente d'immeuble à construire doit comprendre une modalité précise : la fixation d'un délai de livraison. Cette précision étant obligatoire, n'est-elle pas devenue un élément de cette qualification ? Une réponse négative s'impose : si aucun délai n'est indiqué, le contrat n'est pas disqualifié en un contrat innommé[6], il est nul[7]. La situation est donc bien différente de celle déjà rencontrée pour l'obligation d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction. Cette modalité accessoire du paiement du

---

(1)Il faut d'ailleurs noter que si cette responsabilité n'était pas impérative, l'aménagement du régime du tractionnaire pourrait se réaliser à l'intérieur de la qualification de transport.

(2)Cf. supra n°214 et s.

(3)Cf. supra n°256 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, note 1, p.328.

(4)Sur ce resserrement, cf. H. CROZE, Thèse précitée, n°56, p.61 ; Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n°246, p.171.

(5)Rappr. les articles 18 et 19 de la loi Quilliot, qui «noient» les obligations caractéristiques du bail dans une énumération impressionnante d'obligations principales.

(6)Pour une vente conclue en secteur libre, l'absence de délai précis est possible et, s'agissant d'une modalité, reste sans influence sur la qualification. V. en ce sens : F. STEINMETZ, «Les ventes d'immeubles à construire», Thèse Montpellier 1970, n°25. Contra : M. DAGOT, «La vente d'immeuble à construire», n° 105 (contrat innommé) et peut-être Civ. 3e 20 mai 1980, évoqué note suivante.

(7)M. DAGOT, op. cit., n°104 ; F. MAGNIN, obs. D. 1981, IR, p.409 ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°304.
Comp. avec Civ. 3e 20 mai 1980, Bull. civ., III, n°104, p.76 ; Rev. dr. imm. 1980, p.439, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ ; D. 1981, IR, p.409, obs. F. MAGNIN ; Defrénois 1980, p.409, obs. H. SOULEAU (très ambigu : la Cour d'appel avait qualifié de vente d'immeuble à construire la vente d'un garage non encore achevé ; l'arrêt est cassé pour défaut de base légale, faute d'avoir recherché si un délai était stipulé. L'arrêt pose deux problèmes. Faute de délai, le contrat est-il disqualifié ou nul ? La décision est-elle rendue dans le secteur protégé ? (rappr. M. DAGOT, op. cit., n°141). Une disqualification en secteur protégé ou une nullité en secteur libre seraient très contestables).

prix est un critère de délimitation du secteur protégé à part entière[1]. Si, hypothèse théorique, aucun versement ou dépôt n'est exigé avant l'achèvement, le contrat n'est pas nul et son régime ne relève plus du statut impératif.

Par conséquent, même si, en apparence, le modèle légal peut sembler constituer un «bloc» impératif, tous les éléments de ce «bloc» ne sont pas d'importance égale. Si l'élément est un vrai critère de qualification, sa disposition modifie la nature du contrat et évince par là-même l'application du régime obligatoire[2]. Si l'élément du modèle, légal n'est pas un vrai critère de qualification, son omission entraîne, soit la nullité de la clause qui l'écarte, soit celle du contrat tout entier. Or, la description d'une telle distinction recoupe celle du pouvoir d'absorption du régime impératif : si la loi impose une seule structure très détaillée, cela signifie qu'un grand nombre de structures détaillées voisines sont prohibées. Les véritables critères de qualification sont constitués par le plus petit dénominateur commun de toutes ces structures. Encore une fois, un lien apparaît entre le concept de régime impératif et celui de domaine d'application, où s'exerce cet effet attractif.

II - L'EFFET INDUIT : LE DEDOUBLEMENT D'UNE QUALIFICATION

688.– La consécration d'une règle impérative se fonde toujours sur sa nécessité ou/et son opportunité. La légitimité du but poursuivi par le législateur conduit à se montrer rigoureux vis-à-vis des contractants, en les empêchant de se soustraire au système légal. Cependant, l'expérience accumulée au fil de l'instauration de dispositions d'ordre public montre qu'en pratique les choses sont moins simples. Inlassablement, la réalité s'avère mouvante, imprévisible, rebelle à toute systématisation ou encadrement excessifs. Comme chacun sait, commenter une loi récente est un exercice ardu : certains problèmes abondamment développés lors de la promulgation perdent rapidement de leur intérêt, alors que des discussions imprévues surgissent là où personne ne les attend. Le législateur ne peut échapper à ces contraintes. Ses prévisions sont souvent déjouées. Des situations, dont la spécificité

---

[1] J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, op. cit., n°1492 ; M. DAGOT, op. cit., n°147, p.72. De même, l'obligation d'exploitation dans un bail rural soumis au statut du fermage est d'ordre public (J. HUDAULT, op. cit., n°123-124). En l'absence de cette obligation, le contrat (avant 1980) peut-être, soit une vente d'herbe licite, soit un bail rural dont une stipulation illicite doit disparaître. C'est en définitive la nature de la prestation caractéristique qui permet de trancher.

[2] Ou sort la convention du domaine d'application du régime impératif sans changer sa nature (cf. justement l'exemple cité du versement ou du dépôt de fonds avant achèvement).

n'était pas apparue initialement, se révèlent à l'usage inadaptées aux règles impératives qui font alors figure de carcan inutile et néfaste : que serait devenu, par exemple, le crédit-bail immobilier, s'il avait été soumis au décret de 1953 ?[1]. En l'absence d'une gestion souple et intelligente des frontières des statuts d'ordre public[2], les magistrats, dont le rôle est ici essentiel, trouvent dans la technique des qualifications un outil commode, leur permettant de faire respecter l'objectif du législateur, sans laminer les hypothèses voisines, que ce dernier avait omises et dont l'utilité sociale justifie le maintien raisonnable et contrôlé. Paradoxalement, selon une tendance rigoureusement inverse de celle qui constitue son effet naturel, la consécration d'une disposition ou d'un statut contractuel d'ordre public peut engendrer l'apparition d'une qualification innommée nouvelle dont l'originalité structurelle est faible ou inexistante et dont la finalité essentielle est d'évincer la règle impérative[3]. Au «trou noir», succède la scissiparité[4] ; à l'absorption des conventions voisines, fait place le dédoublement structurel. L'exemple le mieux connu, et simultanément le plus discuté, est sans conteste celui de la convention d'occupation précaire[5]. Après avoir évoqué la

---

(1)Cf. infra n°1639.

(2)Cf. infra II.

(3)Cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°278 et s., p.323 et s., sous-titre 3 : «Le contrat innommé, instrument d'éviction de règles légales». L'éviction peut concerner des règles impératives ou des règles supplétives lorsque les contractants n'ont rien précisé (cf. n°297 et s.), mais, bien entendu, c'est la première hypothèse qui est la plus intéressante.

(4)Cf. A. TUNC, «Le contrat de garde», p.49.

(5)V. parmi une bibliographie très abondante :

- *Ouvrages généraux* : AUBRY et RAU, T.6, 7e édit., 1979, p.31 ; Y. GUYON, «Droit des affaires», T.1, 6e édit., n°658 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°42, n°608, n°665 et n°671 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°57 ; MAZEAUD, T.3, vol.2, n°1190 et n°1237-3 ; PLANIOL et RIPERT, T.10, n°418 bis, p.537 ; RIPERT et ROBLOT, T.1, 14e édit., n°391 ; STARCK, 3e édit., n°104.

L'absence de développements sur ce contrat dans les traités classiques est à noter (COLIN et CAPITANT, RIPERT et BOULANGER).

- *Thèses* : R. TORTAT, «L'occupation en droit civil français», Thèse Bordeaux 1955, p.244 et s. ; J. AZEMA, «La durée des contrats successifs», LGDJ 1969, n°126 et s., p.99 et s. ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°262 et s., p.295 et s. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°135 et s., p.146 et s., n°291, p.334, n°302, note 3 ; E. GUILLET, «Les modes volontaires de cession temporaire d'usage des sols selon le droit privé», Thèse Paris 2 1978, p.283-285, p.294 et s., p.301, p.312 et p.364 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°603, p.480, texte et note 86, n°614, p.485 et n°619-621, p.490 et s. ; M. GAREAU, «Domaine d'application de la loi sur le statut du fermage», Thèse Paris 1956, p.113 et s. ; Ph. DE JUGLART, «Les traits distinctifs du bail rural», Thèse Paris 1968, p.75 et s.

- *Articles généraux* (par ordre chronologique) : J. ARCHEVEQUE, «Baux précaires et conventions d'occupation», Gaz. Pal. 1950-I-doct-p.48 ; R. PATEL et L.-H. MEUNIER, «Les conventions d'occupation précaire», Rev. Loyers 1950, p.703 ; P. ESMEIN, «Les conventions d'occupation précaire d'un immeuble», JCP 1952, I, 1059 ; J.-M. BISCHOFF, «La protection des engagements temporaires», Etudes DURAND, LGDJ 1960, p.109 et s. ; M. DUNI, «De la convention de bail à la relation légale d'occupation», D. 1964, p.161, spéc. p.162 ; J. VIATTE, «Les conventions d'occupation précaire», Rev. Loyers 1966, p.351 ; J.-P. PIZZIO, «La notion de convention d'occupation précaire et son application jurisprudentielle», JCP 1980, I, 2975 ; A. VIANDIER, «La complaisance», JCP 1980, I, 2987, n°28 ; R. BERAUD, G. FAU et A. DEBEAURAIN, «Le statut des baux commerciaux», Ann. Loy. 1960, août-sept., n°52-53, p.508-509 ; N.

jurisprudence (A) Il conviendra d'essayer d'expliciter le fondement de cette qualification (B).

A) L'émergence jurisprudentielle de la convention d'occupation précaire

689.– Le deuxième quart du vingtième siècle a été marqué par plusieurs interventions législatives qui ont encadré impérativement le régime du bail d'immeuble, en renforçant les droits du locataire. Il s'agit, chronologiquement, de la loi du 30 juin 1926 pour les baux commerciaux, de l'ordonnance du 17 octobre 1945 pour les baux ruraux[1] et de la loi du premier septembre 1948 pour les baux d'habitations ou à usage professionnel[2]. Dans tous les cas, le preneur s'est vu accorder des prérogatives importantes, notamment quant à la durée de son occupation, directement, par l'octroi d'un droit au renouvellement (bail rural) ou celui d'un droit au maintien dans les lieux (bail d'habitation ou professionnel) ou indirectement, par la consécration d'un droit à une indemnité d'éviction (bail commercial).

DECOOPMAN, «La notion de mise à disposition», RTD civ. 1981, p.300 et s., spéc. n°14 et s., p.306 et s. ; J. LAFOND, «Les conventions d'occupation précaire et les statuts protecteurs du locataire», Administrer, janvier 1984, p.9 et s. ; E.-E. FRANK, «La convention d'occupation précaire», Administrer, août-septembre 1986, p.2 et s. ; C. ROY-LOUSTAUNAU, «Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire...», D. 1988, p.216.

- *Ouvrages relatifs aux baux commerciaux* : R. PATEL, G. LEJEUNE, G. AZEMA-MEUNIER, n° spécial Rev. Loyers 1951, spéc. n°7, p.28 ; R. BERAUD, G. FAU et A. DEBEAURAIN, «Le statut des baux commerciaux», Ann. Loyers 1960, août-septembre, n°52-53, p.508-509 ; J. ARCHEVEQUE, J. LEGRAND et Ph. DE BELOT, «Le statut des baux commerciaux», 2e édit., n°23 et s. ; J. LASSIER et A. MORAND, «Baux commerciaux», Ce qu'il vous faut savoir, Edit. Delmas, C_2 à C_7 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, «Le déclin de la propriété commerciale dans la société post-industrielle», Thèse Aix 1975, p.116 et s. ; J. DERRUPPE, R. MAUS, G. BRIERE de L'ISLE et P. LAFARGE, «Baux commerciaux», 1979, n°56, p.32-33 ; Y. GUYON, «Droit des affaires», 6e édit., n°658 ; F. GIVORD, J.-Cl. Bail à loyer Commercial, Fasc. 1250, n°27 et s.

- *Articles relatifs aux baux commerciaux* : J. VIATTE, «La convention d'occupation précaire de locaux commerciaux», Rec. gén. lois et jurispr. 1971, p.377 et s. ; Y. GUYON, «Les conventions conférant la jouissance d'un local commercial sans entraîner l'application du décret du 30 septembre 1953», JCP 1974, I, 2628 ; V. DELAPORTE, «La liberté contractuelle et le statut des baux commerciaux», JCP éd. N 1978, I, p.169, spéc. 19 et s. ; C. ROY-LOUSTAUNAU, «Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux», RTD com. 1987, p.333 ; «Les conventions d'occupation précaire en matière de baux commerciaux», Administrer avril 1988, p.9.

- *Ouvrages ou articles relatifs aux baux ruraux* : J. LACHAUD, «Echecs au renouvellement du bail rural», Gaz. Pal. 1972-2-p.453 ; J. HUDAULT, «Droit rural», Dalloz 1987, n°95, p.169 et s. ; L. LORVELLEC, «Droit rural», Masson, n°256 et s. ; R. SAVATIER, «Baux ruraux», n°19 et n°21 ; Rép. civ., v° Baux ruraux, n°31 et s. et 36 et s. ; J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», Litec 1979, n°23 et s.

(1) L'ordonnance annule la loi du 4 septembre 1943, conformément aux principes constitutionnels s'attachant à l'activité normative du Gouvernement de Vichy, mais elle en reprend, au fond, un grand nombre de dispositions.

(2) Cette loi n'est en réalité que l'aboutissement d'une longue série de textes : loi du 9 mars 1918 (DP 1918-4-p.49 et s., spéc. art. 56, p.125) ; loi du 31 mars 1922 (DP 1922-4-p.73) ; loi du 1 avril 1926, (DP 1926-4-p.113) ; loi du 1 février 1944 (DA 1944, lég., p.39).

La consécration de ces réglementations d'ordre public a été accompagnée, assez rapidement, par l'apparition en jurisprudence de conventions, dites d'occupation ou de jouissance précaire, dont l'effet principal est d'échapper aux statuts ainsi créés. En matière de baux commerciaux, la première intervention de la Cour de cassation date de 1929[1]. Elle semble être restée relativement isolée[2] et la Cour, après quelques hésitations[3], n'a réaffirmé sa position initiale qu'en 1951[4]. Pour les baux ruraux, après deux arrêts non décisifs[5], c'est une décision de 1953 qui a admis la validité et l'efficacité de ce genre d'accords[6]. Quant aux baux d'habitation, l'adoption d'une solution similaire est acquise depuis 1948[7]. Amorcée par ces arrêts-pionniers, la tendance ne s'est jamais démentie. Un contentieux abondant fait de la convention d'occupation précaire une figure familière du droit positif, qui a résisté à plusieurs tentatives d'encadrement législatif[8].

690.– Il est difficile de présenter objectivement cette jurisprudence, sans anticiper sur la justification théorique de la qualification de convention d'occupation précaire. Trois courants se dégagent néanmoins.

Dans le premier, qui doit être distingué des deux autres, les contrats conclus portent sur des immeubles d'un type un peu particulier, pour lesquels une véritable jouissance privative est malaisée à concevoir : porte cochère, hall d'un immeuble, voire emplacement dans un supermarché. Une jurisprudence, souvent ancienne, décide dans sa grande majorité, que ces conventions échappent à la loi de 1926, du fait de la nature du contrat ou de l'absence d'un véritable fonds de commerce[9].

Lorsque le contrat porte, en revanche, sur un immeuble «banal», deux conceptions de la précarité de la jouissance se font jour. Celle-ci peut résulter d'une cause objective, circonstance plus ou moins extérieure aux parties, mais entrée dans le

---

(1) Req. 19 novembre 1929, Gaz. Pal. 1929-2-p.966 (comp. avec l'arrêt attaqué, qui évoque plutôt une société).

(2) Adde : Req. 2 mars 1938, Gaz. Pal. 1938-1-p.851 (pour une convention d'occupation de porte cochère, où l'éviction du statut est fondée sur l'absence de fonds de commerce).

(3) V. pour deux refus : Com. 20 décembre 1949, S. 1950-1-p.61, note R. MEURISSE ; RTD civ. 1950, p.197, obs. J. CARBONNIER ; Com. 13 juin 1951, Gaz. Pal. 1951-2-p.256 ; RTD civ. 1952, p.79, obs. J. CARBONNIER.

(4) Com. 22 octobre 1951, JCP 1951, II, 6648, note J.G.L. ; RTD civ. 1952, p.79, obs. J. CARBONNIER.

(5) Soc. 26 avril 1951, Bull. civ., III, n°134, p.222 (gratuité) ; Soc. 15 février 1952, D. 1952, p.613, note R. SAVATIER (affirmation de sa compétence par le Tribunal paritaire, alors que celui-ci avait constaté la nature sui generis (sans doute de convention d'occupation précaire) du contrat, ce qui était incompatible : la décision est cassée sans que la nature du contrat soit discutée).

(6) Soc. 3 décembre 1953, D. 1954, p.505, note R. SAVATIER.

(7) Soc. 20 mai 1948, Gaz. Pal. 1948-2-p.29.

(8) Cf. infra, section 2, paragraphe 1.

(9) Pour les références et l'examen de ce contentieux, cf. infra n°781 et s.

champ contractuel, et qui explique que l'occupation convenue soit nécessairement temporaire. Elle peut aussi, plus subjectivement, provenir d'une volonté spécifique des contractants de stipuler une jouissance fragile, avec des droits réduits. Toute l'analyse de la convention d'occupation précaire dépend de l'appréciation de l'importance exacte de ces deux tendances, laquelle ne peut faire abstraction, bien entendu, de la recherche et de la sanction des hypothèses frauduleuses, dans lesquelles les parties ont utilisé la convention d'occupation précaire comme un moyen détourné d'échapper aux statuts impératifs.

Le second courant jurisprudentiel réunit, par conséquent, toutes les décisions qui ont reconnu l'autonomie de la convention d'occupation précaire, en relevant une circonstance objective, justifiant qu'il puisse être mis fin à la jouissance sans encourir de sanction financière, de renouvellement ou de maintien dans les lieux. L'inventaire de ces hypothèses peut être dressé en fonction du contractant qui est à l'origine de ces circonstances(1).

691.- Dans une première série de cas, la convention est conclue dans l'intérêt du locataire. Elle peut lui permettre de faire face à une difficulté passagère : acte d'entraide, notamment pendant la guerre ou après celle-ci, à l'occasion des sinistres qu'elle a causés[2] ; manière de délai de grâce laissé au locataire dont le titre d'occupation est expiré, afin qu'il puisse retrouver un nouveau logement (ou local)[3].

---

(1)La présentation sera effectuée en fonction des circonstances rencontrées, quelle que soit la nature du bail (rural, commercial ou d'habitation), pour éviter les répétitions et parce que cette nature semble, somme toute, indifférente. Rappr. pour d'autres présentations : C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.134 et s. (circonstances conjoncturelles, guerre notamment ; opérations de construction et d'urbanisme ; nature litigieuse des droits sur l'immeuble) ; chr. précitée, RTD com. 1987, p.364 et s. (l'auteur distingue les circonstances particulières étrangères aux parties (conjoncture économique, opérations de construction et d'urbanisme, droits litigieux du concédant) et les situations de convenances personnelles) ; R. TORTAT, Thèse précitée, p.250 et s. (l'auteur, qui estime la liste quasiment limitative, retient trois catégories de conventions d'occupation précaire, fondées sur une idée d'entraide (p.256) : absence ou faiblesse de la rémunération, délai de grâce, nature de la chose empêchant une jouissance privative).

(2)V. *pour les baux d'habitation* : Soc. 21 décembre 1950, Bull. civ., III, n°943, p.634 (propriétaire louant à un ami dont le logement était occupé par un tiers) ; Tb. paix de Versailles 31 octobre 1952, Gaz. Pal. 1953-1-p.31 (maître de l'ouvrage louant un logement au chef de chantier d'un entrepreneur) ; Soc. 22 décembre 1952, Bull. civ., IV, n°949, p.682 (réquisition par l'armée allemande de l'hôtel du preneur) ; Soc. 2 mars 1960, Bull. civ., IV, n°246, p.195 («à titre de service»). Rappr. Tb. civ. Amiens 17 juillet 1947, D. 1948, p.144, note J.-Ch. LAURENT (pas de loyer, aucune référence, ni au prêt, ni à la convention d'occupation précaire) ; Lyon 22 juillet 1952, Gaz. Pal. 1952-2-Tables v° Bail, n°550 (occupation à titre provisoire et précaire autorisée bénévolement en raison de liens familiaux désormais dénoués) ; Soc. 3 juillet 1953, Gaz. Pal. 1953-2-p.308 (prêt à usage).
- *Pour les baux ruraux* : Soc.17 février 1955, Bull. civ., IV, n°143, p.103 (fermier privé de logement après la cession de son exploitation à son fils ; la Cour se réfère à une «convention d'entraide» et non à une convention d'occupation précaire) ;
Rappr. Soc. 26 avril 1951, Bull. civ., III, n°314, p.222 (convention de jouissance gratuite et précaire limitée au temps nécessaire pour que l'occupant construise sa maison).

692.– Parfois, l'intérêt du preneur est relatif à l'utilité que peut représenter pour lui la conclusion d'un bail. La convention d'occupation précaire joue en quelque sorte le rôle d'une location à l'essai : test commercial[1], vérification in situ de l'opportunité de lever l'option d'une promesse unilatérale de vente ou de bail, dont la convention

---

- *Pour les baux commerciaux* : Rennes 10 février 1948, JCP 1948, IV, p.107 (durée limitée à six mois après les hostilités) ; Rouen 13 mai 1948, JCP 1948, IV, p.159 (commerçant évacué et accueilli, à titre précaire, jusqu'à deux mois après les hostilités, «contrat d'entraide») ; Orléans 15 février 1950, D. 1950, somm. p.50 (relogement d'un commerçant sinistré, jusqu'à trois mois après la fin des hostilités) ; Caen 27 janvier 1950, Gaz. Pal. 1950-1-p.341 (banque sinistrée, accueillie «dans un but d'entraide» jusqu'ici sa réinstallation... qui semble avoir un peu tardé !) ; Paris 29 avril 1950, Gaz. Pal. 1950-1-p.340 ; RTD civ. 1952, p.79, obs. J. CARBONNIER et sur pourvoi (rejet), Com. 19 janvier 1953, Bull. civ., III, n°24, p.18 (locataire voyant son local réquisitionné, puis subissant des persécutions du fait de sa judéité) ; Com. 22 janvier 1952, JCP 1952, II, 6851 ; D. 1952, p.508 ; RTD civ. 1956, p.147 (rejetant le pourvoi contre Orléans 15 février 1950, précité) ; Rouen 8 octobre 1965, AJPI 1966, p.409, obs. J.V. ; TGI Seine 24 février 1967, Rev. Loyers 1968, p.188 («local de dépannage») ; Paris 23 juin 1981, Loyers et copr. Octobre 1981, n°344 et sur pourvoi (rejet) Civ. 3e 8 décembre 1982, Loyers et copr. mars 1983, n°86 ; JCP 1983, IV, p.65 (locaux du preneur détruits par un incendie, convention provisoire pendant les pourparlers en vue d'un nouveau bail) ; Civ. 3e 25 juin 1986, Loyers et copr. octobre 1986, n°374.

Contra : Tb. civ. Rennes 26 mai 1950, Rev. Loyers 1950, p.725. Rappr. Bordeaux 20 juin 1950, Rev. Loyers 1950, p.741 (prêt gratuit).

(3)Cf. *pour les baux d'habitation* : Soc. 20 mai 1948, Gaz. Pal. 1948-2-p.29 ; Tb. civ. Seine (réf.) 7 novembre 1949, D. 1950, p.30, note R.D. (réquisition caduque, recul conventionnel de la date de prise d'effet) ; Paris 6 mars 1950, D. 1950, p.338 (maintien d'un militaire dans le logement qui lui avait été attribué, malgré son désengagement des cadres) ; Pau 17 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953-1-p.244 (relogement provisoire d'un ancien salarié, mais le contrat était gratuit) ; Nancy 2e ch. 28 juin 1990, Juris-Data n°46041. Comp. Civ. 3e 30 novembre 1977, Rev. Loyers 1978, p.210 (simple tolérance).

- *Pour les baux commerciaux* : Com. 25 juin 1952, Bull. civ., III, n°251 ; JCP 1952, IV, p.154 ; Com. 27 octobre 1954, Bull. civ., III, n°319, p.241 ; Lyon 9 octobre 1958, Ann. Loy. 1959, p.704 ; Grenoble 4 février 1959, D. 1959, p.185 ; Tb. civ. Limoges 3 novembre 1959, Gaz. Pal. 1960-1-p.51 ; Com. 11 janvier 1965, Bull. civ., III, n°24, p.21 ; Com. 31 mai 1965, Bull. civ., III, n°347, p.315 ; Com. 28 avril 1966, Bull. civ., III, n°120, p.102 ; Civ. 3e 30 avril 1969, Bull. civ., III, n°344, p.264 (semble-t-il) ; Paris 25 novembre 1983, Juris-Data n°29164 ; Civ. 3e 4 mars 1987, Rev. Loyers 1987, p.201 ; BRDA 1987, n°12, p.23. Rappr. Civ. 3e 8 décembre 1982, JCP 1983, IV, p.65.

Contra : Com. 20 décembre 1949, précité ; Douai 29 octobre 1954, Gaz. Pal. 1955-1- Tables v° Bail, n°198 (opération, semble-t-il, frauduleuse).

- *Pour les baux ruraux* : Soc. 24 février 1960, Bull. civ., IV, n°212, p.167 ; comp. Soc. 1 juillet 1955, JCP 1956, II, 9142, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART (dans une espèce particulière, puisqu'elle est mêlée de transaction) ; rappr. Soc. 8 octobre 1964, Bull. civ., IV, n°660, p.542.

Certains auteurs estiment qu'un délai de grâce ou un maintien conventionnel ne relèvent pas de la convention d'occupation précaire (J. VIATTE, chr. précitées, Rec. gén. lois et jur., p.377 et Rev. Loyers 1966, p.352 ; P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note précitée ; J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», Litec 1979, n°23, en faveur d'une occupation non conventionnelle).

(1)Civ. 3e 16 avril 1973, AJPI 1973, p.318, note J.V. ; Paris 29 octobre 1982, Juris-data n°27246 (location d'un emplacement en vue d'une manifestation commerciale temporaire).

Rappr. Civ. 3e 16 décembre 1970, Bull. civ., III, n°703, p.511 (contrat d'essai d'un an qualifié de contrat sui generis, mais, semble-t-il, consenti à titre gratuit).

d'occupation précaire est l'accessoire[1]. En matière commerciale la création de baux dérogatoires de deux ans a cependant quasiment supprimé l'intérêt de cette hypothèse, laquelle a d'ailleurs rencontré des résistances avant, semble-t-il, de s'imposer, en matière rurale[2].

693.- Enfin, il convient de rattacher à cette première catégorie, certains contrats d'occupation, pour lesquels la qualité du preneur joue un rôle important. Un arrêt de la Cour de cassation a qualifié de convention d'occupation précaire, le contrat conclu annuellement par la République de Côte d'Ivoire avec des étudiants ivoiriens, en formation en France[3]. Il est parfois proposé d'étendre cette analyse aux «logements-loyers» des immigrés[4], mais la jurisprudence n'adopte pas cette solution[5] et fonde l'éviction du bail sur la complexité des prestations assumées par le bailleur[6]. Certaines

---

(1)TGI Seine 10 mai 1963, Rev. Loyers 1963, p.347 ; Gaz. Pal. Tables 1961-1965, v° Bail, n°1709 ; Versailles 27 mars 1979, Rev. Loyers 1980, p.306 ; Paris 14e ch. C 16 janvier 1986, Juris-Data n°20863.
Rappr. : Paris 28 février 1968, Rev. Loyers 1968, p.247, note J. VIATTE (entrée dans les lieux avant l'accord sur le prix d'un bail futur : convention «d'hébergement») ; Civ. 3e 20 décembre 1971, Bull. civ., III, n°643, p.459 et supra n°557-558 et n°569 ; Versailles 3e ch. 20 octobre 1989, Juris-Data n°45734 (entrée dans les lieux avant la perfection d'une vente sous condition suspensive).
V. aussi, en matière rurale, pour une hypothèse curieuse de convention d'occupation précaire, onéreuse, accessoire d'un prêt de maison d'habitation : Rouen 22 mars 1984, Gaz. Pal. 1985-1-somm. p.84.

(2)Soc. 20 juillet 1965, Bull. civ., IV, n°599, p.503 (convention d'essai ou d'épreuve d'un an, constituant une promesse de bail ; la Cour refuse d'y voir un contrat sui generis et estime que la disposition fait échec à la durée minimale des baux ; la motivation n'emporte pas la conviction : elle omet de préciser si la promesse était unilatérale, avec option pour le preneur-essayeur ; si tel était le cas, un tel accord s'avère favorable au fermier et il est difficile de comprendre pourquoi la Cour le prohibe) ; comp. Soc. 26 octobre 1967, Bull. civ., IV, n°673, p.569 (déjà plus souple, qui valide une convention d'occupation précaire, «arrangement entre voisins, à titre d'essai», conclue «pour des raisons de commodités réciproques») ; Civ. 3e 20 février 1970, Bull. civ., III, n°137, p.100 (l'arrêt, bien que rendu dans des circonstances très particulières, ne remet pas en cause la validité du premier contrat d'essai d'un an, sans le qualifier de convention d'occupation précaire, mais il approuve la Cour d'appel d'avoir ordonné une expertise pour apprécier la véritable nature du contrat renouvelé ; s'agissant du premier point, il convient de remarquer que l'accord ne prévoyait pas de loyer et laissait seulement à l'essayeur la charge de tous les frais d'exploitation).
Rappr. Soc. 16 janvier 1964, Bull. civ., IV, n°54, p.43 (promesse de bail conclue sous condition suspensive du paiement du prix de vente d'une monture de ferme achetée par l'occupant) ; Colmar 15 septembre 1983, Juris-Data n°43813.

(3)Civ. 3e 15 avril 1975, Bull. civ., III, n°118, p.90. La décision est ambiguë, car la modicité du loyer (30 francs par mois) évoque le commodat ; or, la Cour qualifie cette somme de «participation aux frais», terme qui était utilisé pour distinguer le transport bénévole du transport intéressé, lesquels appartenaient, tous les deux, pour la jurisprudence (à tort, plus qu'à raison, mais c'est une autre question), à la catégorie des transports gratuits. Comp. Aix 10 janvier 1986, D. 1986, IR, p.433, obs. C. GIVERDON, qui évoque dans ses motifs une location saisonnière pour étudiants.

(4)F. GIANVITI, «Le rapport de la Cour de cassation de l'année 1981», JCP 1983, I, 3123, n°67.

(5)Rappr. quand même, pour l'armée du salut : Lyon 17 mars 1955, AJPI 1955, p.217 ; Gaz. Pal. Tables 1951-1955, v° Bail, n°5114 («convention d'occupation provisoire»).

(6)Cf. infra n°1545 (note). Comme les logements attribués ou loués en considération d'un emploi ou d'une fonction, les logements-foyers sont expressément exclus du domaine d'application des textes

décisions ont utilisé également la convention d'occupation précaire, pour des logements de fonctions ou des logements accessoires à un contrat de travail[1]. L'analyse est inexacte, lorsque la jouissance du bien est une obligation accessoire de l'employeur, intégrée dans un contrat unique (de travail) : le régime des obligations accessoires suffit à rendre compte des solutions du droit positif en ce domaine, notamment de l'éviction des statuts impératifs[2]. Cette analyse est de surcroît devenue inutile, depuis l'exclusion de ce genre d'hypothèses du champ d'application des lois récentes sur les baux d'habitation[3].

694.- Dans une seconde série de cas, la convention d'occupation est affectée d'un caractère précaire, dans l'intérêt du propriétaire du bien mis à disposition. Les circonstances prises en compte par les tribunaux sont là encore très variées. Cette qualification est admise lorsque le propriétaire est dans l'impossibilité temporaire d'occuper personnellement les lieux, notamment pour des raisons tenant à sa santé (bail rural), à celle de ses proches (bail d'habitation)[4] ou à des difficultés financières (bail commercial).

---

récents consacrés aux baux d'habitation : article 2 de la loi du 22 juin 1982, article 1 de la loi du 23 décembre 1986, article 2 de la loi du 6 juillet 1989.

(1)V. par exemple : Paris 10 juin 1987, Loyers et copr. octobre 1987, n°331, p.6 ; Paris 15 novembre 1985, Juris-Data n°27434. Rappr. Nancy 26 novembre 1951, Gaz. Pal. Tables 1951-1955, v° Bail, n°5118 (application de l'article 24 de la loi de 1948).

(2)Cf. infra n°1162. V. en ce sens, B. VIAL-PEDROLETTI, J.-Cl. Civ., Bail à loyer, Fasc. 85, n°65.

(3)Article 2 de la loi du 22 juin 1982, article 1 de la loi du 23 décembre 1986, article 2 de la loi du 6 juillet 1989 ; v. déjà, pour l'exclusion du droit au maintien, l'article 10-8 de la loi du 1 septembre 1948, et, par exemple : Soc. 29 octobre 1957, D. 1958, somm. p.34 ; Soc. 10 juin 1954, D. 1954, p.640.

(4)V. - *Pour les baux d'habitation* : Paris 16 janvier 1952, Gaz. Pal. 1952-1-p.196 (épouse qui se «réfugie» chez ses parents, après son divorce, laissant son appartement à un tiers - décision peu convaincante et faiblement motivée) ; Paris 20 mars 1954, Gaz. Pal. 1954-1-p.364 (locataire principal obligé de rejoindre sa mère malade, puis de garder une propriété en indivision et concluant d'abord un prêt, puis une convention d'occupation précaire) ; Soc. 22 juin 1957, Bull. civ., IV, n°762, p.541 (rez-de-chaussée occupé par un locataire, location du premier pour une durée calquée sur celle du rez-de-chaussée, afin de reprendre la totalité des deux étages).
Rappr. Montpellier 2 mars 1949, D. 1950, somm. p.7 (application de l'article 24 de la loi de 1948 à un bailleur résistant) ; Soc. 20 novembre 1963, Bull. civ., IV, n°803, p.666 (application de l'article 24 de la loi de 1948, à un bailleur obligé de retourner vivre auprès d'un parent malade ; la Cour qualifie de «location précaire et limitée» le contrat soumis à l'article 24).
- *Pour les baux ruraux* : Soc. 3 décembre 1953, D. 1954, p.505, note R. SAVATIER («circonstances exceptionnelles et de force majeure», incendie de la ferme du propriétaire par les allemands) ; Soc. 13 avril 1967, Bull. civ., IV, n°291, p.243 (l'arrêt admet la précarité initiale, du fait de l'état de santé du bailleur, mais estime que les renouvellements successifs l'ont fait disparaître) ; Toulouse 14 octobre 1982, Gaz. Pal. 1983-2-p.450, obs. J. LACHAUD ; Civ. 3e 18 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984-2-somm.-p.257, obs. J. HUDAULT (bailleur surpris par le départ inopiné de son précédent preneur et voulant éviter le dépérissement du fonds, dans l'attente du choix d'un nouveau fermier).
Comp. Civ. 3e 21 novembre 1969, Bull. civ., III, n°744, p.564 (bail, l'état de santé du bailleur n'étant pas susceptible d'amélioration justifiant la reprise).

695.- Elle est surtout fréquemment consacrée, lorsque l'immeuble occupé doit faire l'objet d'une transformation matérielle (démolition[1], construction[2] ou reconstruction[3], changement de destination[4]) ou d'une mutation juridique (vente[5], expropriation[6]).

- *Pour les baux commerciaux* : Paris 8 mars 1955, AJPI 1955, p.257 (La Belle Jardinière) ; Paris 2 octobre 1958, JCP 1959, II, 10920 (La Belle Jardinière), note J.G.L. ; Paris 6 janvier 1959, Rev. Loyers 1959, p.357 (La Belle Jardinière) ; Com. 20 juin 1961, Gaz. Pal. 1961-2-p.244 ; Com. 19 février 1962, Bull. civ., III, n°102, p.82 (La Belle Jardinière) ; Com. 25 avril 1963, Bull. civ., III, n°195, p.158 et n°196, p.159 (La Belle Jardinière) ; Com. 29 novembre 1965, Bull. civ., III, n°611, p.549.

(1)V. *pour des baux commerciaux* : Paris 5 mai 1947, D. 1947, p.291 ; dans la même affaire Paris 29 juin 1949, Gaz. Pal. 1950-1-p.17, et sur pourvoi (rejet), Com. 22 octobre 1951, précité ; Paris (réf.) 12 novembre 1951, Gaz. Pal. 1951-2-p.367 (la nature du bien loué, un baraquement vétuste, renforce la précarité et la certitude de la démolition) ; Com. 8 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955-1-p.88 ; Com. 7 juin 1963, Bull. civ., III, n°267, p.221 ; Civ. 3e 16 avril 1970, Bull. civ., III, n°245, p.181.
Contra : Com. 28 février 1966, Bull. civ., III, n°122, p.104 (immeuble frappé d'alignement).
Rappr. Civ. 3e 4 juin 1986, Rev. Loyers 1986, p.376 (qualification non précisée).

(2)Cf. *pour des baux commerciaux* : Com. 31 octobre 1956, D. 1957, somm. p.41 ; Gaz. Pal. 1957-1-p.129 (terrain destiné à une construction, provisoirement retardée pour des raisons matérielles et administratives) ; Com. 6 juillet 1964, Bull. civ., III, n°349, p.307 ; Com. 28 février 1966, Bull. civ., III, n°120, p.102 ; Paris 5 mai 1972, RTD com. 1973, p.75, obs. M. PEDAMON ; Civ. 3e 28 octobre 1987, Rev. Loyers 1988, p.20 et chr. R. MARTIN et S. MEYER, Ann. loyers 1988, p.542 (terrain situé dans une zone d'édification d'un barrage).
- *Pour des baux ruraux* : Civ. 3e 7 décembre 1971, Bull. civ., III, n°600, p.429 ; Toulouse 14 octobre 1982, Gaz. Pal. 1983-2-p.450 (projet de lotissement, en définitive refusé).
Contra : Soc. 13 janvier 1966, Bull. civ., IV, n°45, p.37 (mais la cause de précarité était bien floue : «un jour, des constructions seraient élevées sur ces terrains» et «ainsi, la location se serait pas perpétuelle» ; en l'espèce, le contrat avait duré dix ans) ; Civ. 3e 26 juin 1970, Bull. civ., III, n°452, p.326.

(3)V. *pour des baux commerciaux* : Paris 17 janvier 1953, Gaz. Pal. 1953-1-p.377 ; TGI Marseille 8 décembre 1959, Ann. Loyers 1960, p.365 (projet d'agrandissement entamé et interrompu par la guerre) ; Lyon 22 janvier 1970, Ann. Loyers 1970, p.1725 ; Civ. 3e 20 décembre 1971, Bull. civ., III, n°639, p.457 ; Paris 22 décembre 1973, Gaz. Pal. 1974-1-p.174, note Ph. H. BRAULT ; AJPI 1974, p.991, obs. J.V. ; Lyon 12 novembre 1981, Loyers et copr. 1982, p.444.

(4)Cf. *pour des baux commerciaux* : Com. 1 avril 1963, Bull. civ., III, n°180, p.147 (pas très net) ; Civ. 3e 24 novembre 1981, Loyers et copr. mars 1982, n°100, p.9 ; Civ. 3e 16 mars 1988, Loyers et copr. mai 1988, n°209, p.6.
- *Pour des baux ruraux* : Soc. 17 mai 1958, Bull. civ., IV, n°597, p.444 (terrain loué par EDF tant qu'elle n'en aurait pas besoin pour le bon fonctionnement du service public) ; Soc. 12 mai 1960, JCP 1960, II, 11760, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART (culture de terrains à usage de carrières, avant leur remblaiement, provisoirement interrompu) ; Civ. 3e 16 avril 1970, Bull. civ., III, n°241, p.178 (pâtures destinées à recevoir une zone industrielle - cassation très nette pour dénaturation) et sur renvoi Rouen 7 juin 1973, Gaz. Pal. 1974-1-p.478 ou (?) Rouen 10 octobre 1973, Gaz. Pal. 1974-1-p.135 (même texte) ; Civ. 3e 17 avril 1970, Bull. civ., III, n°255, p.188 ; Civ. 3e 17 juin 1971, D. 1971, p.545, note J. GHESTIN ; Civ. 3e 18 juin 1975, Bull. civ., III, n°207, p.159 ; Civ. 3e 11 janvier 1983, Rev. dr. rur. 1983, p.248, obs. P. OURLIAC ; Civ. 3e 20 mai 1987, JCP éd. N 1987, II, p.230, obs. J.-P. MOREAU ; Dijon 24 novembre 1987, Juris-Data n°51564 (lotissement et vente des parcelles).
Contra : Civ. 3e 10 mai 1983, Bull. civ., III, n°111, p.87.

(5)V. *pour un bail d'habitation* : Amiens 11 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953-1-p.243 ; Soc. 14 janvier 1955, Bull. civ., IV, n°39, p.27 (contrat conclu par les Domaines, sur un immeuble d'une

Dans le même ordre d'idées, plusieurs décisions ont admis qu'une incertitude sur le propriétaire du bien légitime le recours à une convention d'occupation précaire : indivision[1], attente de l'issue d'un procès[2], mise en valeur d'un bien sous séquestre[3].

---

succession vacante, avant sa mise en vente) ; Soc. 23 février 1956, Bull. civ., IV, n°179, p.131 ; Pau 12 février 1965, Rev. Loyers 1966, p.20.

Contra : Soc. 21 juin 1966, Bull. civ., IV, n°630, p.524 (fraude manifeste : aucune diligence du bailleur pour vendre pendant quatre ans et indemnité près de quatre fois supérieure au loyer calculé selon la loi de 1948).

- *Pour un bail rural* : Soc. 31 mai 1957, Bull. civ., IV, n°633, p.450 ; Civ. 3e 4 juin 1973, Bull. civ., III, n°390, p.282 ; Civ. 3e 18 mai 1976, D. 1976, IR, p.223 ; Paris 26 octobre 1976, Gaz. Pal. 1977-2-p.392 ; Civ. 3e 30 novembre 1977, Rev. dr. rur. 1978, p.202, obs. P. OURLIAC ; Dijon 24 novembre 1987, Juris-data n°51564 (précité) ; rappr. Civ. 3e 7 mai 1974, Bull. civ., III, n°182.

Contra : Civ. 3e 4 mai 1983, Defrénois 1983, p.1231, obs. G. VERMELLE.

- *Pour un bail commercial* : Req. 19 novembre 1929, précité : Tb. Marseille 28 septembre 1960, Ann. loyers 1960, p.737 ; rappr. pour une sous-occupation laissée à la discrétion de l'acquéreur éventuel du fonds : Com. 1 juin 1959, Bull. civ., III, n°223 (arrêt discutable).

Rapp : pour une promesse de bail consentie à un tiers : Orléans 15 février 1950, D. 1950, somm. p.50 et sur pourvoi (rejet), Com. 22 juin 1952, JCP 1952, II, 6851 ; RTD civ. 1956, p.147, obs. J. CARBONNIER ; pour un locataire principal ayant reçu congé et sous-louant à titre précaire : Paris 1 octobre 1987, Loyers et copr. novembre 1987, n°401, p.7.

Adde, en doctrine : Ch. ATIAS, Rev. dr. imm. 1979, p.249. L'auteur propose la qualification de convention d'occupation précaire pour la location-attribution : le contrat n'est-il «pas justifié par une circonstance très particulière, savoir l'attente du prochain transfert de propriété». L'analyse est concevable, si, comme cet auteur, les conventions d'occupation précaire sont assimilées à des baux du Code civil.

(6) Civ. 3e 12 janvier 1977, Bull. civ., III, n°20, p.18 (acquisition déclarée d'utilité publique dans une zone de restauration) ; Civ. 3e 15 mars 1977, D. 1977, IR, p.302 ; Paris 8 janvier 1980, D. 1980, IR, p.107 ; Paris 29 juin 1984, Gaz. Pal. 1985-2-somm. p.285 ; Paris 14 février 1985, Juris-Data n°20575.

Rappr. Paris 15 novembre 1988, Loyers et copr. février 1989, n°63, p.6 (locaux frappés d'une servitude d'aménagement public).

(1) - *Pour des baux d'habitation* : Soc. 4 novembre 1960, D. 1961, p.11 (le défaut de réponse à conclusions diminue la portée de l'arrêt, mais présuppose, quand même, que les conclusions pouvaient modifier le cours du procès).

Contra : Tb. civ. Seine (réf.) 4 novembre 1953, Gaz. Pal. 1953-2-p.369 (termes utilisés, fixation du prix par référence aux règles posées par la loi du 1948, intention des parties : qualification de bail ; la décision paraît discutable, mais il faut remarquer que la durée, indéterminée, était fixée à la fin de l'indivision ; la stipulation a un parfum de fraude, car la précarité pour cause d'indivision ou de vente, suppose une volonté affirmée d'apurer la situation à brève échéance).

- *Pour des baux ruraux* : Civ. 3e 26 avril 1979, inédit, cité Gaz. Pal. 1982-2-p.378 ; Toulouse 14 octobre 1982, Gaz. Pal. 1983-2-p.450, obs. J. LACHAUD (simple prévision d'une indivision, le propriétaire sentant sa fin proche) ; Dijon 22 juin 1984, Gaz. Pal. 1985-1-somm. p.100.

(2) TGI Paris réf. 19 janvier 1971, JCP 1973, II, 17361, note Y. ASSOULINE ; confirmé par Paris 13 janvier 1972, même référence et Gaz. pal. 1972-1-p.340, note J. AZEMA ; TGI Paris 16 juin 1972, JCP 1973, II, 17361, note Y. ASSOULINE ; confirmé par Paris 30 mai 1973, JCP 1973, II, 17505, note Y. ASSOULINE ; Pau 11 mai 1982, Juris-Data n°41531 (logement familial pendant la procédure de divorce).

(3) Soc. 24 juillet 1952, JCP 1952, IV, p.148 (bail consenti par l'Administration des Domaines en qualité de séquestre ; application de l'article 45 de la loi du 1 septembre 1948) ; Com. 6 février 1956, Bull. civ., III, n°55, p.47 ; Com. 20 novembre 1956, Bull. civ., III, n°294, p.255 ; Civ. 3e 4 janvier 1979, D. 1979, IR, p.400, obs. G. CHESNE et E.-N. MARTINE.

Rappr. Civ. 3e 2 mars 1982, Loyers et copr. juin 1982, n°221, p.7 ; J. LAFOND, chr. précitée, Administrer 1984, n°24 : «cas où le bailleur n'a pas le pouvoir de conclure un véritable bail» ;

De même, certains contrats portant sur la jouissance d'un immeuble ou d'un terrain, conclus avec l'Etat, une commune ou toute autre personne publique[1], sont souvent qualifiés de conventions d'occupation précaire, lorsque les nécessités du service public justifient une reprise à tout moment du bien mis à disposition[2]. Bien entendu, une telle liste n'est pas limitative[3] et il n'est pas interdit aux contractants de mêler plusieurs causes de précarité dans l'intérêt d'un seul d'entre eux[4] ou de réaliser une opération dans leur intérêt commun[5].

696.- Un examen impartial de la jurisprudence amène à constater la présence d'un troisième courant de décisions, au sein duquel les magistrats consacrent la validité de conventions d'occupation précaire, sans relever la présence d'aucune circonstance particulière(6), en se contentant d'une précarité subjective, résultant d'une

---

Soc. 13 février 1964, Bull. civ., IV, n°135 (en matière rurale ; attente de l'acceptation d'une donation-partage).

(1)Les hypothèses envisagées ne concernent pas des contrats administratifs, contenant des clauses exorbitantes du droit commun (cf. Tb. conflits 17 novembre 1975, JCP 1976, II, 18480, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART). Sur cette variété de convention d'occupation précaire, v. plus généralement : E.-E. FRANK, chr. précitée, p.6 ; J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», op. cit., n°25 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.171 et s.

(2)Paris 12 janvier 1965, D. 1965, p.295, note P. LECOURTIER et sur pourvoi, rejet, Soc. 26 janvier 1967, D. 1967, p.233 ; Com. 10 avril 1967, Bull. civ., III, n°137, p.138 ; Civ. 3e 16 avril 1970, Bull. civ., III, n°241, p.178 ; Civ. 3e 17 juin 1971, D. 1971, p.545, note J. GHESTIN ; Tb. par Bourges 7 juillet 1972, Gaz. Pal. 1973-2-p.681 (dépendances d'un terrain militaire) ; Rouen 10 octobre 1973, Gaz. Pal. 1974-1-p.135 ; (renvoi de Civ. 3e 16 avril 1970, précité) ; Paris 25 mars 1986, Juris-Data n°22207 ; TGI Nanterre 10 février 1988, Gaz. Pal. 1988-2-p.509, note J.-Y. PLOUVIN.
Contra : Tb. par Hyères 4 juin 1973, Gaz. Pal. 1973-2-p.583.
La précarité affectant les relations entre le particulier et la personne publique s'étend nécessairement aux sous-contrats d'occupation conclus avec des tiers : Paris 19 mars 1963, D. 1963, somm. p.101 ; Civ. 3e 3 octobre 1973, AJPI 1974, p.317 ; Civ. 3e 19 novembre 1985, JCP 1986, IV, p.46.

(3)Soc. 26 octobre 1967, Bull. civ., IV, n°673, p.569 ; Civ. 3e 10 mai 1977, AJPI 1978, p.550, obs. J.V. (bail de deux ans (art. 3-2 du Décret de 1953) afin de permettre l'installation du fils des bailleurs) ; Paris 12 juillet 1984, Gaz. Pal. 1985-1-somm. p.229 (bailleur usufruitier n'ayant pas qualité pour consentir seul un bail commercial).

(4)Toulouse 14 octobre 1982, Gaz. Pal. 1983-2-p.450, obs. J. LACHAUD (exploitant malade qui ne peut plus, momentanément, cultiver, puis, son état s'aggravant, qui cherche à réaliser une opération de lotissement et enfin, devant l'échec de cette tentative, et sentant sa fin proche, qui se contente de préserver les droits de ses héritiers).

(5)V. *pour les baux d'habitation* : Tb. paix Versailles 31 octobre 1952, Gaz. Pal. 1953-1-p.31 (logement du chef de chantier de l'entrepreneur profitant au maître de l'ouvrage «bailleur») ; Soc. 7 mai 1954, Gaz. Pal. 1954-2-p.39 (convention conclue pour éviter une réquisition ; rappr. Soc. 16 janvier 1953, Bull. civ., IV, n°54, p.40).
- *Pour un bail rural* : Soc. 24 mai 1967, Bull. civ., IV, n°417, p.347 (occupant tenu de quitter rapidement sa précédente exploitation, propriétaire ayant un besoin urgent de main d'œuvre, le tout dans le cadre de pourparlers pour la signature d'un contrat définitif).
- *Pour un bail commercial* : TGI Paris 13 décembre 1979, D. 1980, p.503, note G. BRIERE DE L'ISLE.

(6)Cette tendance ne doit pas être confondue avec celle regroupant les décisions qui adoptent une conception large, voire laxiste des causes objectives (ce courant est souligné par quelques auteurs :

intention certaine et non frauduleuse des parties[1]. Pour établir cette volonté, divers indices sont utilisés : courte durée[2], possibilité de rupture unilatérale à tout moment[3], absence de clauses incompatibles avec la précarité[4], nature du bien[5]. En revanche, la

---

J. LAFOND, chr. précitée, n°21 et n°26, à propos de la vente que l'auteur qualifie de cause subjective ; v. surtout C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, Rev. Administrer, n°13, p.11 et RTD com. 1987, p.367, qui affirme qu'aux circonstance particulières étrangères aux parties, se sont ajoutées des situations de convenances personnelles : essai, vente de l'immeuble... Cette dernière analyse n'emporte pas la conviction. S'il est exact que certains motifs de précarité, comme la vente, la démolition ou la construction, plus généralement tout changement de destination, peuvent être conçus d'une manière vague, permettant à n'importe quel bailleur de se prévaloir d'une convention d'occupation précaire, ces motifs sont forts anciens. L'essentiel n'est pas que le changement de destination soit imposé par des circonstances extérieures, mais qu'il soit suffisamment certain pour être «objectif». Néanmoins, il est indéniable que le risque d'une dérive existe et que les magistrats doivent rester vigilants (cf. d'ailleurs les références citées infra ; adde, s'appuyant sur l'existence d'une mise en vente effective du fonds mis à disposition : Civ. 3e 11 juin 1986, JCP éd. N 1987, II, p.49, obs. J.P. MOREAU ; Dijon 24 novembre 1987, Juris-Data n°51564)).

(1)V. *pour des baux d'habitation* : Tb. civ. Lille 13 décembre 1949, JCP 1950, IV, p.67 ; Civ. 26 avril 1950, Gaz. Pal. Tables 1946-1950, v° Bail, n°4860 ; Soc. 9 mai 1953, D. 1953, p.602 ; Soc. 24 janvier 1959, Bull. civ., IV, n°114, p.95 ; Paris 15 décembre 1962, JCP 1963, II, 13021, note P.L. ; Versailles 3 juin 1988, Rev. Loyers 1989, p.87. Rappr. insuffisamment motivés : Lyon 12 février 1952, D. 1953, somm. p.23 ; Civ. 3e 4 mars 1987, Rev. Loyers 1987, n°154, p.4, note B. VIAL-PEDROLETTI.

- *Pour des baux commerciaux* : Paris 18 et 21 mars 1959, D. 1959, somm. p.57 ; TGI Marseille 28 janvier 1960, Ann. Loyers 1960, p.365 ; Com. 4 juillet 1960, Bull. civ., III, n°266, p.246 (mais il s'agissait d'un contrat à titre gratuit) ; TGI Paris (réf.) 19 janvier 1971, JCP 1973, II, 17361 (motifs) ; Civ. 3e 25 mai 1977, Bull. civ., III, n°220, p.168 (ambigu) ; Paris 16e ch. 9 octobre 1984, Loyers et copr. janvier 1985, n°23 ; rappr. insuffisamment motivé : Civ. 3e 2 mars 1988, Loyers et copr. juin 1988, n°270, p.8 ; Paris 26 février 1991, Administrer mai 1991, p.58.

- *Pour les baux ruraux* : il est intéressant de noter l'absence de jurisprudence : Civ. 3e 30 novembre 1977, cité par J. HUDAULT (op. cit., loc. cit.), n'est pas décisif ; rappr. peut-être, Soc. 26 octobre 1967, précité, mentionné par J. LACHAUD, chr. précitée, p.454.

Rappr. pour des décisions qui évoquent, dans leurs motifs, les deux courants : Paris 3 mai 1948, Gaz. Pal. Tables 1946-1950, v° Bail, n°4868 (durée déterminée assez courte ou événement précis) ; Paris 8 mai 1950, D. 1950, p.399 ; Paris 30 avril 1982, Gaz. Pal. 1983-1-somm. p.20 (moins net).

Adde : Com. 5 mars 1991, D. 1991, IR, p.94 (mise à disposition précaire d'une clientèle...).

(2)V. par exemple : Paris 3 mai 1948, Gaz. Pal. Tables 1946-1950, v° Bail , n°4868 (motifs) ; Paris 8 mai 1950, D. 1950, p.399 (motifs) ; Paris 30 avril 1982, Gaz. Pal. 1983-1-somm. p.20.

(3)V. par exemple : Tb. civ. Lille 13 décembre 1949, précité ; Civ. 26 avril 1950, précité ; Com. 6 février 1956, Bull. civ., III, n°55, p.47 (l'analyse était en l'espèce inutile puisqu'il s'agissait d'un occupant sans droit ni titre ; il s'agissait de plus d'une personne publique).

(4)Lyon 5 novembre 1946, Gaz. Pal. 1947-2 Tables v° Bail, n°153 ; Paris 19 novembre 1954, JCP 1955, IV, p.52 ; Civ. 3e 18 décembre 1968, Bull. civ., III, n°565, p.433.

(5)V. pour des baraquements légers ou vétustes : Paris 19 mars 1953, La loi, 28 avril 1953 (convention d'occupation précaire, pas de cause objective, mais interdiction de faire des aménagements) ; comp. Paris (réf.) 12 novembre 1951, Gaz. Pal. 1951-2-p.367 (même qualification, mais démolition envisagée) ; Paris 19 novembre 1954, JCP 1955, IV, p.52 (objet vétuste, mais autorisation de faire tous les aménagements, refus d'une qualification de convention d'occupation précaire).

Cour de cassation refuse de se laisser lier par les termes employés par les contractants, notamment en cas de délivrance de «quittances de loyers»[1].

Il convient, cependant, d'apprécier l'importance de cette dernière tendance. Certains auteurs paraissent mettre sur un pied d'égalité précarité subjective et objective[2]. Or, une telle présentation n'emporte pas la conviction et contribue à donner une image déformée de la convention d'occupation précaire. Une simple comparaison quantitative des deux courants montre le caractère très minoritaire de la tendance subjective. Le déséquilibre est encore accentué par la présence d'un nombre assez important de décisions qui réfutent la qualification d'occupation précaire au profit de celle de bail, dans des espèces où aucune circonstance particulière, aucun motif légitime de précarité n'apparaissent[3], ce qui est presque toujours le cas lorsque le contrat est verbal[4]. Certes, les partisans de la tendance subjective peuvent invoquer plusieurs jugements ou arrêts, dans lesquels une cause objective de précarité n'a pas empêché la qualification de bail d'être adoptée[5]. Mais l'argument n'est pas sans

---

(1)Quelques arrêts peu nets (v. par exemple : Soc. 9 mai 1953, précité) ont été effacés par plusieurs prises de position claires : Soc. 7 mai 1954, Gaz. Pal. 1954-2-p.39 ; Soc. 14 janvier 1955, Bull. civ., IV, n°39, p.27 ; Soc. 4 novembre 1960, D. 1961, p.11.

(2)V. par exemple : E.-E. FRANK, chr. précitée, p.2 ; Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.83 («les tribunaux en viennent finalement à un critère purement subjectif») ; J. DERRUPPE, R. MAUS, G. BRIERE DE L'ISLE et P. LAFAGE, op. cit., n°56. Comp. N. DECOOPMAN, chr. précitée, n°15 : le courant subjectif serait moins important mais en évolution croissante.

(3)V. *pour des baux d'habitation* : Paris 3 mai 1948, Rev. Loyers 1948, p.502 ; Tb. civ. Seine 20 mars 1950, D. 1950, p.273 ; Amiens 19 novembre 1953, Gaz. Pal. 1954-1-p.48 ; Paris 20 janvier 1954, D. 1954, p.210 ; Paris 24 juin 1959, JCP 1960, II, 11400, note R. DESIRY ; Soc. 10 novembre 1966, Rev. Loyers 1967, p.160 ; Paris 21 janvier 1987, Rev. Loyers juin 1987, n°204, p.7 ; Paris 4 juin 1987, Loyer et copr. novembre 1987, n°384, p.4.
- *Pour des baux ruraux* : Soc. 8 octobre 1964, Bull. civ., IV, n°657, p.540 (hypothèse de surcroît frauduleuse, semble-t-il) ; Civ. 3e 23 janvier 1969, Bull. civ., III, n°67, p.53 ; Civ. 3e 11 juin 1974, JCP 1975, II, 17949, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; Civ. 3e 15 janvier 1975, Rev. Loyers 1975, p.182 ; Ord. Tb. Seine 16 janvier 1948, Rev. Loyers 1948, p.416 ; Civ. 3e 4 juillet 1978, Bull. civ., III, n°276, p.212 ; Civ. 3e 8 janvier 1980, Rev. dr. rur. 1980, p.222.
- *Pour des baux commerciaux* : Lyon 5 novembre 1946, Gaz. Pal. 1947-2- Tables v° Bail, n°153 ; Tb. Lyon 20 avril 1950, JCP 1951, IV, p.78 ; Com. 18 décembre 1951, Bull. civ., II, n°398, p.292 ; Com. 6 mai 1952, Rev. Loyers 1952, p.266 ; Civ. 2e 13 janvier 1955, Bull. civ., II, n°18, p.11 ; Paris 28 février 1966, AJPI 1966, p.801 ; Com. 15 décembre 1966, Bull. civ., III, n°483, p.428 ; TGI Seine 2 février 1967, Rev. Loyers 1967, p.216 ; Com. 18 décembre 1967, Rev. Loyers 1968, p.137 ; Paris 5 novembre 1971, Gaz. Pal. 1972-1-p.128, note Ph.-H. BRAULT ; Com. 13 novembre 1972, Bull. civ., IV, n°288, p.271 ; Civ. 3e 25 février 1976, Bull. civ., III, n°90, p.70 ; Civ. 29 avril 1980, et Paris 24 juin 1980, cités J.-Cl. Bail à Loyer Commercial, Fasc. 1250, n°27 ; Paris 19 décembre 1986, Juris-Data n°27525 ; Limoges 3 décembre 1987, Loyers et copr. mai 1988, n°210, p.7.
- *Pour un terrain relevant du domaine privé de la Marine Nationale* : Tb. par. Hyères 4 juin 1973, Gaz. Pal. 1973-2-p.583.

(4)Cf. infra n°722 (note).

(5)V. *pour des baux d'habitation* : Tb. civ. Seine réf. 4 novembre 1953, Gaz. Pal. 1953-2-p.369 (indivision) ; Soc. 21 juin 1966, Bull. civ., IV, n°630, p.524 (intention de vendre).

réplique : d'une part, si la cause objective est une condition nécessaire, elle ne saurait suffire quand, malgré elle, les contractants ont stipulé une convention de stabilité normale[1] ; d'autre part, parmi ces espèces, nombre d'entre-elles évoquent des montages plus au moins nettement frauduleux[2] ou des causes objectives parfaitement inconsistantes[3] : ces cas éliminés, il ne reste que fort peu de décisions significatives(4).

La conclusion s'impose d'elle même : dans son immense majorité, la jurisprudence tient compte de l'existence d'une circonstance particulière, cause objective de précarité, pour retenir ou écarter la qualification de convention d'occupation précaire. Une partie de la doctrine soutient cette position[5]. Et à la longue liste de décisions ayant

---

- *Pour des baux ruraux* : Soc. 20 juillet 1965, Bull. civ., IV, n°599, p.503 (essai) ; Soc. 13 janvier 1966, Bull. civ., IV, n°45, p.37 (construction) ; Civ. 3e 26 juin 1970, Bull. civ., III, n°452, p.326 ; Civ. 3e 4 mai 1983, Defrénois 1983, p.1231, obs. G. VERMELLE ; Civ. 3e 10 mai 1983, Bull. civ., III, n°111, p.87

- *Pour des baux commerciaux* : Tb. civ. Lille 3 décembre 1946, JCP 1947, IV, p.96 (entraide pendant la guerre) ; Com. 20 décembre 1949, S. 1950-1-p.61, note R. MEURISSE (délai de grâce) ; Tb. civ. Rennes 26 mai 1950, Rev. Loyers 1950, p.725 ; Com. 13 juin 1951, Gaz. Pal. 1951-2-p.256 (entraide) ; Douai 29 octobre 1954, AJPI 1955, p.24 (délai de grâce) ; Com. 5 octobre 1965, AJPI 1966, p. 303, obs. crit. J. VIATTE ; Com. 28 février 1966, Bull. civ., III, n°122, p.104.

(1) V. G. VERMELLE, obs. Defrénois 1983, p.1233 ; Paris 5 novembre 1971, Gaz. Pal. 1972-1-p.128, note Ph.-H. BRAULT («aucune référence aux pourparlers relatifs à la vente de l'immeuble»).

(2) Douai 29 octobre 1954, précité ; Soc. 21 juin 1966, précité.

(3) Tb. civ. Seine 4 novembre 1953, précité (la présence d'une indivision ne suffit pas, si elle n'est pas accompagnée, d'une volonté certaine d'y mettre rapidement fin) ; Soc. 13 janvier 1966, précité (construction passablement hypothétique) ; Com. 5 octobre 1965, précité (utilisation à des fins de voirie lointaine et vague) ; Com. 28 février 1966, Bull. civ., III, n°122, p.104 (simple «affirmation» du bailleur que l'immeuble est frappé d'alignement, et non précarité convenue du fait de cette circonstance) ; Civ. 3e 4 mai 1983, précité (cf. notamment les observations G. VERMELLE).

(4) Tb. civ. Lille 3 décembre 1946, précité ; Com. 20 décembre 1949, précité ; Com. 13 juin 1951, précité ; Soc. 20 juillet 1965, précité. En reste-t-il, d'ailleurs ? Les trois premières ont été rendues en matière commerciale, avant la réaffirmation de la validité de ces conventions par l'arrêt du 22 octobre 1951 (précité) et de nombreuses décisions ont adopté ultérieurement des positions inverses, dans les mêmes hypothèse de fait. De même, l'arrêt de la Chambre sociale a été ultérieurement nuancé (cf. supra n°692 (dernière note)). Demeurent quand même : Civ. 3e 26 juin 1970, précité ; Civ. 3e 10 mai 1983, précité (durée très longue quand même).

(5) J. CARBONNIER, RTD civ. 1949, p.274, 1952, p.79, 1956, p.147 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°665 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., loc. cit. ; M. DUNI, chr. précitée, p.162 ; B. VIAL PEDROLETTI, note Loyers et copr. mai 1987, n°154, p.4 ; V. DELAPORTE, chr. précitée, n°21 ; P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note JPC 1975, II, 17949 (qui soulignent que la jurisprudence en matière rurale a toujours fait état de circonstances spéciales) ; R. SAVATIER, «Baux ruraux», n°21 (très net) ; J.-P. MOREAU, op. cit., n°26 ; J.-M. BISCHOFF, art. précité, p.125 ; J. AZEMA, Thèse précitée, n°131, p.103-104 ; J. VIATTE, Thèse précitée, p.129, p.133 et s., p.142 ; chr. précitée, Rev. Loyers 1981, p.57 et s., spéc. p.60 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.363 et s. ; Y. GUYON, chr. précitée, n°5 ; M. GAREAU, Thèse précitée, p.115 ; G. VERMELLE, obs. Defrénois 1983, p.1233 ; G. BRIERE DE L'ISLE, note D. 1980, p.506 ; J. LAFOND, chr. précitée, Rev. Administrer janvier 1984, n°20 et s. ; rappr. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°135, p.151 ; R.L., note JCP 1963, II, 13021, qui sans réfuter le principe (III) d'un motif légitime, lui confère un régime probatoire trop favorable (VI).

expressément exigé cette condition[1], il convient d'ajouter un arrêt récent, fort net, qui, sous le visa de l'article 3-2 du décret du 30 septembre 1953, casse un arrêt de la Cour de Bordeaux qui avait retenu que les deux parties «avaient intérêt à passer un contrat précaire», alors «qu'en statuant par ces seuls motifs, aucune donnée objective ne caractérisant la précarité de la convention», les juges de fond ne donnaient pas de base légale à leur décision(2).

B) Justifications théoriques de la qualification de convention d'occupation précaire

1) La convention d'occupation précaire, contrat innommé

697.– Par référence implicite à l'article 1709 du Code civil, qui définit le louage de choses, il est fréquent, en doctrine, d'attribuer à la convention d'occupation précaire la nature d'un contrat innommé, au motif qu'il lui manque l'un des éléments constitutifs du bail : un prix, un transfert de jouissance d'une chose ou une certaine durée[3]. Pourtant, quel que soit l'élément concerné, l'analyse n'emporte pas la conviction.

698.– S'agissant tout d'abord du prix, la critique est assez aisée. En effet, de deux choses l'une. Si la convention possède une structure unilatérale gratuite ou unilatérale onéreuse, elle constitue une qualification véritablement distincte du bail et n'entre pas dans le domaine d'application des statuts contractuels d'ordre public,

---

(1)V. *pour des baux d'habitation* : Paris 20 janvier 1954, D. 1954, p.210 ; Paris 24 juin 1959, JCP 1960, II, 11400, note R. DESIRY ; Paris 1e ch. urg. 8 juin 1983, Juris-Data, n°25900 ; Paris 8 juillet 1985, Loyers et copr. novembre 1985, n°353 ; Paris 21 janvier 1987, précité ; Aix 3 mars 1988, Juris-Data, n°44871.
- *Pour des baux ruraux* : Civ. 3e 4 juin 1973, Bull. civ., III, n°390, p.282 ; Civ. 3e 4 juillet 1978, Bull. civ., III, n°276, p.213 ; Toulouse 14 octobre 1982, Gaz. Pal. 1983-2-p.450, obs. J. LACHAUD ; Civ. 3e 11 juillet 1968, Bull. civ., III, n°263 ; Civ. 3e 11 janvier 1983, Rev. dr. rur. 1983, p.248.
- *Pour des baux commerciaux* : Tb. Lyon 20 avril 1950, JCP 1951, IV, p.78 ; Paris 19 novembre 1954, JCP 1955, IV, p.52 ; Grenoble 4 février 1959, D. 1959, p.185 ; Com. 19 février 1962, Bull. civ., III, n°102, p.82 ; TGI Seine 10 mai 1963, Rev. Loyers 1963, p.347 ; Com. 15 décembre 1966, Bull. civ., III, n°483, p.428 ; TGI Paris 13 décembre 1979, précité ; Lyon 12 novembre 1981, Rev. Loyers 1982, p.444 ; Agen 16 octobre 1986, Loyers et copr. mars 1987, n°72 ; Paris 19 décembre 1986, Juris-data n°27525 ; Civ. 3e 28 octobre 1987, Rev. Loyers 1988, p.20.

(2)Civ. 3e 12 octobre 1988, Loyers et copr. décembre 1988, n°529, p.7. Vu la masse des antécédents, comment affirmer qu'il s'agit d'un arrêt de principe ? La référence à l'article 3-2 est cependant fort intéressante : elle rejoint l'idée que les baux de deux ans, contrairement aux conventions d'occupation précaire, n'ont pas à être motivés par une circonstance spéciale (cf. infra n°715).

(3)V. pour une telle présentation : E.-E. FRANK, chr. précitée, p.2 ; rappr. pour une discrimination sur deux éléments seulement, le prix ou/et la durée : J. AZEMA, note Gaz. Pal. 1972-1-p.342 ; R. DESIRY, note JCP 1960, II, 11400.

lesquels sont réservés aux accords de structure synallagmatique onéreuse. La nature de la convention peut, dans ces hypothèses, être déterminée, indépendamment de toute «pression» d'une règle impérative et le recours à la notion d'occupation précaire demeure sans intérêt : selon les cas, le contrat sera qualifié de commodat[1] (gratuité totale, loyers symboliques ou dérisoires, «participation aux frais»[2]) ou de prêt intéressé sui generis[3]. Si, en revanche, la convention d'occupation stipule, une rémunération suffisante pour écarter le commodat, au profit d'une structure synallagmatique, une fois dépassé ce seuil, l'importance de l'indemnité, n'est pas un critère de cette qualification. Certes, il est normal qu'une jouissance d'une durée incertaine et n'entraînant pas de droit au maintien ou au renouvellement soit remunérée plus faiblement que celle résultant d'un bail soumis au statut, qui possède ces avantages, mais il peut s'agir, tout au plus, d'un indice permettant d'établir la précarité voulue par les parties, et de confirmer l'absence de caractère frauduleux de l'opération[4]. La doctrine[5], comme la jurisprudence[6], admettent parfaitement la qualification d'occupation précaire en présence d'indemnités comparables à un loyer ou celle de bail, lorsque le loyer est modéré.

699.– De manière apparemment plus convaincante, le caractère innommé de la convention d'occupation précaire, par rapport au bail, est parfois fondé sur la nature(7) des droits accordés à l'occupant. Celui-ci ne disposant pas d'un droit de jouissance comparable à celui d'un preneur, mais seulement d'un droit d'occupation «fragile»,

---

(1)C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.348, note 233, p.371 et note 239, p.372 ; J. AZEMA, Thèse précitée, n°129 ; J. VIATTE, chr. précitée, Rec. gén. lois 1971, p.377 ; J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°7 ; J. LAFOND, chr. précitée, n°7 ; contra : J.-Ch. LAURENT, note précitée, D. 1948, p.144 ; adde infra n°702.
V. en jurisprudence : Bordeaux 20 juin 1950, Rev. Loyers 1950, p.741.

(2)Sur les obligations de l'emprunteur ne disqualifiant pas le commodat, cf. supra n°554.

(3)Sur cette qualification, cf. supra n°553 et s. ; comp. Tb. paix Rodez 13 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949-1-p.162 ; RTD civ. 1949, p.273, obs. J. CARBONNIER (prêt intéressé qualifié de bail).

(4)Un montant supérieur à un loyer moyen, pour un immeuble comparable, risque de constituer un indice de fraude : Paris 20 juin 1954, D. 1954, p.210 ; Soc. 10 novembre 1966, Rev. Loyers 1967, p.160 ; Paris 19 décembre 1986, Juris-data n°27525.

(5)J. VIATTE, chr. précitée, Rec. gén. lois 1971, p.378 ; V. DELAPORTE, chr. précitée, n°20, p.178 (très clair) ; J. LAFOND, chr. précitée, Rev. Administrer janvier 1984, p.9 et s., spéc. n°9, p.10 ; J. AZEMA, Thèse précitée, n°130, p.102-103.

(6)Civ. 2e 13 janvier 1955, Bull. civ., II, n°18, p.11 ; Civ. 3e 17 janvier 1971, D. 1971, p.545, note J. GHESTIN ; Caen 27 janvier 1950, Gaz. Pal. 1950-1-p.341 ; Paris 2 octobre 1958, JCP 1959, II, 10920 ; rappr. Civ. 3e 15 mai 1973, AJPI 1974, p.517 (la modicité du loyer ne fait pas perdre au bail son caractère propre).

(7)La présence d'un engagement du propriétaire est, dans certaines hypothèses (rares), discutable. C'est alors l'existence même du contrat qui est en cause (cf. supra n°94 et s.). Rappr. pour une espèce où tel était peut-être le cas : Soc. 31 mai 1957, Bull. civ., IV, n°633, p.450 (rémunération variable et pas bien définie).

correspondant, corrélativement à un refus du propriétaire d'assumer les obligations d'un bailleur : entretien, réparation, vice caché, jouissance paisible[1].

Comme l'a nettement montré un auteur[2], cette analyse est exacte lorsque la convention n'accorde pas à l'occupant un droit de jouissance exclusive sur l'immeuble. Mais ce genre de situation est en pratique fort rare et correspond à la mise à disposition de biens d'une nature particulière, qui ne peuvent faire l'objet, en principe, d'un usage privatif : portes cochères, halls d'entrée d'un immeuble, escalier, etc.[3] Lorsque l'occupation porte sur un immeuble «traditionnel», utilisé de façon continue[4] par l'occupant, tous les éléments d'une jouissance comparable à celle d'un locataire sont réunis. Il est impossible de déduire l'éviction de la qualification de bail d'un allégement des obligations du bailleur, puisque tout le régime du louage de droit

(1)Cf. en jurisprudence : Paris 24 juin 1949, Gaz. Pal. 1950-1-p.17 ; Orléans 15 février 1950, D. 1950, somm. p.50 ; Soc. 23 février 1956, Bull. civ., IV, n°179, p.131.
Cf. en doctrine : J. LAFOND, chr. précitée, n°16, p.11 ; A. VIANDIER, chr. précitée, n°28 («bail au petit pied») ; Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.77 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.339 et s., spéc. p.340 et 342 et s. ; STARCK, op. cit., 3e édit., n°102.
Il convient de rattacher à ce courant la thèse de R. MEURISSE (note S. 1950-1-p.61) : en effet, la référence au commodat, revendiquée par cet auteur, n'est nullement fondée sur la gratuité de la convention d'occupation précaire, mais sur la précarité de l'occupation de l'emprunteur et la faiblesse des obligations du prêteur. Selon cet auteur, ces caractéristiques qui découlent du régime du commodat dans le Code civil, ne sont que partiellement la conséquence de la gratuité de ce contrat : un commodat onéreux serait donc convenable. Cette position est restée isolée (c. cep. dans le même sens : R. BERAUD, «Du prêt d'immeubles à titre onéreux», Ann. Loyers 1958, p.117 ; R. TORTAT, Thèse précitée, p.244-248, p.254, p.256 ; l'auteur en tire une conséquence originale : l'indemnité d'occupation doit être inférieure à un loyer, sinon elle serait réductible par le juge (p.246 et p.254)) et n'est en aucun cas celle du droit positif (cf. infra n°705).

(2)J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°9 et s.

(3)Sur ces conventions, cf. infra n°781 et s.. Cette dualité de conventions d'occupation précaire n'est pas toujours perçue en doctrine (v. par ex : J. ARCHEVEQUE, chr. précitée, p.51 ; R. DESIRY, note JCP 1960, II, 11400 ; R.L., note JCP 1963, II, 13021 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°135, p.150 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, p.339 et s.).
Lorsque c'est le cas (J.-P. PIZZIO, chr. précitée, spéc. n°10 ; E.-E. FRANK, chr. précitée, p.3 ; N. DECOOPMAN, chr. précitée, n°15), c'est alors le lien avec les hypothèses de fait réellement concernées qui fait problème : la rareté des hypothèses et leur correspondance avec des biens d'une nature particulière est assez peu remarquée (v. cep. obs. J. CARBONNIER, précitées ; R. TORTAT, Thèse précitée, p.259 et s.).

(4)L'influence de l'intermittence de la jouissance est délicate à déterminer. Elle peut incontestablement constituer un indice de précarité (Tb. civ. Seine 16 décembre 1947, Gaz. Pal. 1948-1-somm. p.39 ; Com. 16 avril 1953, Bull. civ. III, n°122, p.87 ; Civ. 3e 14 novembre 1973, AJPI 1974, p.993 ; rappr. Paris 28 novembre 1989, D. 1990, somm. p.252, obs. L. ROZES), mais soulève deux difficultés.
- L'intermittence est-elle une cause de précarité qui affecte le droit de jouissance («vraie» convention d'occupation précaire) ou seulement la durée de celui-ci («fausse» convention d'occupation précaire) ? A priori, c'est cette dernière solution qui semble la plus exacte : la jurisprudence admet parfaitement la qualification de bail en présence d'une occupation intermittente et l'éviction de cette qualification est en général confortée par d'autres éléments, notamment la nature de l'objet de la prestation (cf. infra n°787).
- L'intermittence peut-elle constituer à elle-seule une cause objective de précarité ? Une réponse négative s'impose, toujours pour la même raison : à partir du moment où la nature du droit n'est pas modifiée, la durée n'est plus soumise à la liberté contractuelle et seul un motif légitime autorise l'éviction des règles impératives.

commun est supplétif[1]. Pour en décider différemment, il faudrait que cet allégement soit «poussé trop loin»[2]. Or, tel n'est pas le cas dans l'immense majorité des hypothèses : l'allégement des obligations du bailleur et la «précarité» du droit d'installation de l'occupant ne sont le plus souvent qu'une conséquence de la précarité qui affecte la durée de la jouissance. De plus, pour éviter tout soupçon de fraude, cette réduction drastique de l'engagement du bailleur devrait s'accompagner d'une diminution corrélative de l'indemnité d'occupation. Celle-ci se rencontre parfois, mais lorsque ce n'est pas le cas, il paraît très contestable de tirer argument d'un prétendu caractère innommé, pour alléger les obligations du bailleur, sans clause expresse en ce sens[3]. cette position procède, en réalité, d'un raisonnement à l'envers : pour justifier que la convention d'occupation précaire ne soit pas soumise aux statuts impératifs, il est posé a priori que les obligations du bailleur sont différentes, alors que c'est justement ce qu'il faut démontrer. Il en résulte des conséquences parfaitement excessives : d'un régime trop protecteur du locataire, l'occupation devient soumise à un régime beaucoup trop favorable au bailleur, notamment au regard du bénéfice financier que celui-ci tire en général du contrat.

700.– Dans la plupart des cas, la seule véritable originalité de la convention d'occupation précaire, concerne en fait la durée de la jouissance. Comme l'expose clairement un auteur, «la notion même de bail implique en effet, une convention de durée, implique que le bailleur s'engage à assurer la jouissance des locaux au preneur «pendant un certain temps». Or, la convention d'occupation précaire, telle qu'elle est définie, exclut tout engagement de ce genre, la durée de l'engagement étant en quelque sorte «potestative». Cette précarité qui interdit à l'occupant «de fonder un espoir d'avenir pour la création et l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie», constitue ainsi le critère de distinction entre les deux conventions»[4]. D'un point de vue technique, doctrine et jurisprudence se réfèrent parfois à la condition[5] mais, plus

---

(1)En ce sens, J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°10 ; contra : R. TORTAT, Thèse précitée, p.267.

(2)Cf. Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°263, p.297.

(3)Est-il plausible de croire que, par exemple, le commerçant qui désire tester un emplacement éventuel pour une prochaine succursale, se moque de l'entretien des lieux ou des vices cachés pouvant les affecter ? Ou que le locataire, qui bénéficie d'un local que le propriétaire ne peut provisoirement occuper, fait son affaire de tous les incidents pouvant survenir en cours d'occupation ? En analysant la convention d'occupation précaire comme un bail dérogatoire, les choses sont claires : le bailleur ne sera exonéré que s'il l'a expressément stipulé. Au cocontractant d'en tirer les conséquences : acceptation du contrat, négociation d'un loyer réduit ou, en cas d'échec, refus de conclusion du contrat.

(4)Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°263, p.296.

(5)Amiens 11 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953-1-p.243 ; Soc. 3 décembre 1953, D. 1954, p.505, note R. SAVATIER ; Soc. 23 février 1956, Bull. civ., IV, n°179, p.131 ; Civ. 3e 17 février 1981, Gaz. Pal. 1981-2-pan. p.242.
Contra : Paris 17 janvier 1953, Gaz. Pal. 1953-1-p.374.

souvent encore, à l'idée de cause : la précarité de la jouissance constituerait la cause impulsive et déterminante de l'engagement du propriétaire, qui ne se serait pas lié, si la durée de la jouissance devait lui échapper, directement, ou indirectement par le biais d'une indemnité d'éviction[1].

Une telle analyse ne saurait convaincre. Réduite à son schéma essentiel, son raisonnement aboutit, ici encore, à supposer prouvé, ce qu'il convient de démontrer : la convention d'occupation ne peut être a priori distinguée du bail, parce que sa durée est «fragile», puisque justement la durée dans les baux soumis aux statuts d'ordre public est soustraite à la volonté des contractants[2] et que, dès lors, ce n'est qu'à la condition de ne pas être un bail, qu'une convention d'occupation précaire pourra prévoir de manière licite une durée différente de celle prévue par les statuts impératifs[3]. Le recours à la théorie de la cause est, de plus, insuffisant. S'agissant, en effet, d'un contrat dont la structure est synallagmatique onéreuse, l'intégration éventuelle de la précarité dans la cause du bailleur ne peut s'accomplir qu'au rang d'une représentation supplémentaire, venant compléter sa cause objective immédiate : le paiement de l'indemnité[4]. Or, sauf rares exceptions, c'est le législateur qui détermine si une représentation causale médiate doit être érigée en critère de qualification. L'autonomie du juge est encore plus limitée, a fortiori, lorsque la qualification innommée qui prétend prendre en compte ce motif déterminant, est au voisinage immédiat d'une convention au régime d'ordre public. Dès lors, comme la

---

Adde en doctrine, les réserves de J. LACHAUD, chr. précitée, Gaz. Pal. 1972-2-p.454.

(1) Tb. civ. Seine 7 novembre 1949, D. 1950, p.30, note R.D. ; Paris 17 janvier 1953, précité ; TGI Paris 5 mars 1974, Rev. Loyers 1975, p.234 ; Lyon 12 novembre 1981, Rev. Loyers 1982, p.444.
En doctrine : J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°14 ; R.D., note D. 1950, p.30 ; R. DESIRY, note JCP 1960, II, 11400 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°135.

(2) Cf. J. CARBONNIER, RTD civ. 1952, p.79 ; J. ARCHEVEQUE, chr. précitée, p.49 ; J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°16 ; A. SAYAG, «Essai sur le besoin créateur de droit», LGDJ 1969, p.255.

(3) V. particulièrement clair et convaincant, V. DELAPORTE, chr. précitée, n°20.

(4) Rappr. l'opinion défendue par Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.78 et s. : «il semble que la validité des conventions d'occupation précaire ne peut être admise que dans le cadre et par analogie avec le contrat de prêt» (p.79) et «la fin essentielle des conventions d'occupation précaire doit se rapprocher de celle d'un prêt à usage ; il faut que la convention ait pour but de rendre service à l'occupant» (p.80). L'idée de départ de cette position semble provenir des premières hypothèses jurisprudentielles de conventions d'occupation précaire, survenues pendant la guerre, à des fins d'entraide (v. déjà dans le même sens : R. TORTAT, Thèse précitée, p.256). Mais, cette qualification a largement débordé ce cadre et cet auteur semble omettre que la cause «serviable» du prêteur gratuit, n'est plus qu'un mobile médiat dans une convention synallagmatique onéreuse, rendant toute référence au prêt inadaptée. L'auteur est d'ailleurs obligé, in fine, de nuancer très fortement son système, en recourant à un critère purement subjectif de «sincérité», qui éloigne fortement du commodat. Rappr. pour un commodat devenu onéreux, sans perdre sa nature (!) : Paris 17 novembre 1988, Loyers et copr. février 1989, n°45, p.2.

qualification de bail n'a jamais dépendu de mobiles médiats du bailleur[1], il est impossible d'admettre que l'adjonction d'une cause précaire, à une structure d'obligations similaire à celle d'un louage de choses, suffit à faire apparaître un contrat innommé, distinct du bail régi par les statuts d'ordre public(2). En réalité, une telle consécration ne peut s'opérer qu'avec l'accord implicite de ces réglementations impératives. En instituant un contrat de bail, doté d'une stabilité d'ordre public, le législateur a simultanément permis l'éclosion d'un contrat d'occupation, incluant une précarité-cause déterminante, si celle-ci peut correspondre à un motif légitime et sérieux d'éviction du statut. La présentation utilisée par plusieurs auteurs est, par conséquent, fort contestable ; ceux-ci, après avoir indiqué que la précarité de la durée est le critère caractéristique de cette qualification, ajoutent que, pour éviter les fraudes, les magistrats exigent la présence de circonstances exceptionnelles, confortant cette précarité[3]. C'est un ordre radicalement inverse qu'il convient d'adopter : loin de constituer un indice de l'absence de mobile subjectif frauduleux[4], l'exigence de circonstances particulières, suffisamment précises et objectives est un moyen de délimiter le domaine d'application des règles impératives[5]. Lorsque cette condition est remplie, la durée de la jouissance retombe sous l'emprise de la volonté des contractants : elle peut être précaire[6], parce que le statut ne joue plus[7]. Cette analyse emporte, cependant, une conséquence fondamentale : il n'est plus nécessaire de

---

(1)Comp. avec le mobile médiat du preneur, l'utilisation de la chose louée, qui constitue, au contraire, un élément de spécification des statuts d'ordre public, infra n°746.

(2)Cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°303 et n°135, p.150-151 : «l'instabilité introduite par les parties dans leur accord ajoute à la définition du contrat nommé voisin un élément de précarité que celui-ci ne comporte pas». Il faudrait dire, ne comporte plus, depuis l'apparition des statuts impératifs (comp. plus réaliste, n°291).
La cause peut constituer un facteur de dénaturation d'une obligation (cf. supra n°243 et s.), mais deux obstacles existent en l'occurrence : en premier lieu, il doit s'agir de la cause du débiteur de l'obligation, ici le bailleur, or la précarité trouve souvent son origine dans un but médiat du preneur ; ensuite, cette faculté ne peut se développer librement qu'à l'écart des dispositions d'ordre public (cf. déjà, pour la fiducie, supra n°256), or, en l'espèce, la qualification est jointive d'un statut contractuel impératif.

(3)C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.362-363 ; J. LAFOND, chr. précitée, n°18 et n°20 et s. ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°263, p.296-297 ; rappr. J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°14.

(4)Comp. F. TERRE, op. cit., n°614-621.

(5)Comp. P. ESMEIN, chr. précitée, n°3 : «en théorie, la solution consistera alors à décider que la convention d'occupation précaire est valable, sauf dans les cas où il apparaît qu'elle a été imaginée en vue d'éviter l'un des droits au maintien dans les lieux. Mais, comme précisément ladite convention a pour caractère d'être une location formulée pour éviter ces droits, c'est dans les circonstances dans lesquelles elle est intervenue et dans la teneur des clauses qu'il faut rechercher si elle doit être considérée comme constituant une fraude à la loi ou si, au contraire, elle apparaît comme justifiée».

(6)Sur la compatibilité du régime du bail et des règles relatives à la durée des conventions d'occupation précaire : J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°8 ; comp. les réserves de B. VIAL, J.Cl. précité n°64 ; J. AZEMA, Thèse précitée, n°126, p.100 (qui vise l'obligation du congé, ce qui peut se discuter, car la règle n'est pas d'ordre public).

(7)Et non : le statut ne joue pas, parce qu'elle est précaire.

recourir à une qualification innommée pour justifier la convention d'occupation précaire.

2) La convention d'occupation, bail dérogatoire pour un motif légitime

701.- Face à l'échec de ces premières explications, la conclusion s'impose : la convention d'occupation précaire n'est pas un contrat innommé spécifique. Elle ne présente aucune originalité structurelle par rapport à un bail correspondant au droit commun du Code civil, dont elle possède tous les éléments : un transfert de jouissance, à titre onéreux, pour une durée déterminée très courte ou pour une période indéterminée, affectée d'un terme ou d'une condition résolutoire[1]. Les statuts d'ordre public des baux immobiliers ne sont pas une «entrave» potentielle à «l'éclosion de l'innommé», que la «singularité» de la convention d'occupation précaire permettrait de contourner[2]. Bien au contraire, ils constituent la cause efficiente de l'apparition de cette qualification[3]. Sanctionnée par un régime souple, une qualification unique de bail peut rendre compte de tous les transferts de jouissance à titre onéreux. En rigidifiant à l'excès le régime de ce contrat, sans prendre suffisamment en considération les

---

(1)Cette analyse est clairement adoptée par une partie de la doctrine. V. notamment les excellents développements de : P. ESMEIN, chr. précitée, n°6 ; J. VIATTE, chr. précitées, Rev. Loyers 1966, p.353 ; Rec. gén. lois 1971, p.378-379 et Rev. Loyers 1981, p.60-61 ; V. DELAPORTE, chr. précitée, n°19 et n°22 ; Ch. ATIAS, obs. Rev. dr. imm. 1980, p.96-97 ; Rev. dr. imm. 1979, p.112 et p.248-249 ; B. VIAL-PEDROLETTI, J.-Cl. Civ., Bail à loyer, Fasc. 85, n°61 ; adde : E. GUILLET, Thèse précitée, p.364 ; L. LORVELLEC, op. cit., n°252 et s., p.114 et s. (sous le titre commun «les autres baux ruraux», l'auteur distingue «les baux ruraux innommés» (baux de parcelle et convention d'occupation précaire) et «les baux ruraux nommés» (bail à cheptel, à domaine congéable, à complant, etc.)) ; B. VIAL, obs. Loyers et copr. novembre 1985, n°349 ; J.-Cl. Civ., Bail à loyer, Fasc. 85, n°60 et s. ; J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°12 et n°17 (sur la position de cet auteur, cf. infra n°781 et s.). En jurisprudence, v. par exemple : TGI Seine 24 février 1967, Rev. Loyers 1968, p.188 (explicite).
Rappr. : J. ARCHEVEQUE, chr. précitée, p.49 et 51, mais cet auteur en déduit la soumission des conventions aux règles impératives.
Contra : J.-Ch. LAURENT, note précitée ; R. DESIRY, note précitée, JCP 1960, II, 11400 ; F. TERRE, Thèse précitée, n°614 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°135 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.124 et s. ; chr. précitée, RTD com. 1987, p.337 et 352-353 ; J. AZEMA, note Gaz. Pal. 1972-1-p.340, spéc. p.342 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°262 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°608 et 665. Ambigu : J. LAFOND, chr. précitée, n°12, p.10 et n°15, p.11.
En jurisprudence : Civ. 3e 30 avril 1969, Bull. civ., III, n°344, p.264 ; Civ. 3e 8 novembre 1976, D. 1977, IR, p.59 (convention «qui ne constitue nullement un bail commercial») ; v. aussi Soc. 12 mai 1960, JCP 1960, II, 11760.

(2)Les expressions entre guillemets sont de F. TERRE, Thèse précitée, n°603, p.480. V. aussi : F. TERRE, Thèse précitée, n°614 : «c'est aussi parce que les contractants ont imaginé des conventions d'occupation précaire que celles-ci ont été admises par les tribunaux» ; J.-M. BISCHOFF, art. précité, p.125 (existence «freinée» par le caractère impératif). Cette présentation oublie que ces conventions sont «inimaginables», en l'absence d'un statut d'ordre public.

(3)V. en ce sens, très clairs : R. PATEL et L. HENRI-MEUNIER, chr. précitée, Rev. Loyers 1950, p.703.

hypothèses pratiques socialement utiles qui ne méritaient pas un tel durcissement, le législateur a provoqué un dédoublement de qualification, à partir d'une structure d'obligations commune[1] : les baux précaires, jusqu'alors inclus dans la qualification de bail, sont alors apparus comme possédant une spécificité justifiant leur exclusion du domaine des statuts impératifs[2]. Comme l'expose clairement un auteur[3], ce dédoublement n'est rien d'autre qu'une délimitation du champ d'application des règles d'ordre public, à partir d'une structure de qualification similaire. Avant de tenter d'expliquer comment les magistrats en sont arrivés à déterminer, de leur propre chef, les contours de ce domaine, il convient d'expliciter davantage l'idée selon laquelle la convention d'occupation précaire n'est qu'un bail dérogatoire. Trois arguments principaux peuvent être invoqués au soutien de cette solution.

a) Mise en évidence de la solution

702.– Le premier argument découle, en quelque sorte, d'un raisonnement par l'absurde : si les conventions d'occupation précaire sont réellement originales, l'autonomie de leur qualification doit se maintenir, que les statuts impératifs existent ou non. Or, tel n'est pas le cas : la dépendance de ces contrats vis-à-vis de la réglementation d'ordre public des baux immobiliers peut être mise en évidence dans plusieurs situations. Historiquement, tout d'abord, il est incontestable que l'apparition d'hypothèses jurisprudentielles de conventions d'occupation précaire est toujours postérieure à l'instauration des statuts impératifs[4]. En particulier, avant la seconde guerre mondiale, toutes les espèces concernent les baux commerciaux (loi de 1926), et non les baux ruraux ou d'habitation, dont la réglementation date des années quarante. Ensuite, une jouissance précaire, d'origine objective ou subjective, est parfaitement concevable pour un bail de meubles. Pourtant, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'évoquent une telle convention. S'agissant d'un schéma contractuel connu depuis près de soixante ans, une telle absence est incompréhensible si la convention d'occupation précaire est véritablement un contrat innommé. Elle s'explique très facilement, à l'inverse, si cette qualification n'est qu'un bail dérogatoire aux statuts

---

(1)L'analyse est différente des contrats d'alpage. Convention d'occupation précaire et bail soumis au statut sont deux sous-catégories de bail, séparées par un critère supplémentaire : une cause de précarité, mobile médiat supplémentaire qui est présent ou non. Le contrat d'alpage et le bail rural ont la même structure de qualification et sont séparés seulement par leur régime.

(2)Rappr. P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note JCP 1960, II, 11760, I, 2e colonne.

(3)Ch. ATIAS, article cité infra, Loyers et copr. février 1987, n°4, p.4.

(4)Cf. en ce sens : V. DELAPORTE, chr. précitée, n°19 ; comp. E.-E. FRANK, chr. précitée, p.2 : «toutefois, depuis que la législation protectrice... a fixé la durée minimales des baux... la légalité des conventions précaires s'est posée» ; J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°2 et C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.334, qui estiment, à tort, que les statuts n'ont fait qu'accentuer le recours à ce contrat dans le même sens ; J. AZEMA, Thèse précitée, n°126-127, p.99-100.

d'ordre public, puisque ceux-ci n'existent pas en matière mobilière. Enfin, dans le même ordre d'idées, les régimes impératifs, des baux immobiliers sont réservés aux contrats transférant la jouissance à titre onéreux. Ils ne concernent pas le commodat d'immeuble. La notion de convention d'occupation précaire gratuite n'a donc pas lieu d'être(1). Force est de constater, cependant, qu'un certain nombre de décisions ont visé des contrats d'occupation gratuite et précaire[2]. Ces arrêts ne sont nullement décisifs. D'une part, la jurisprudence décide plus fréquemment, dans le cas de contrats gratuits, d'évincer les règles impératives, en qualifiant l'accord de prêt, sans se référer à la convention d'occupation précaire[3]. D'autre part, dans les quelques espèces citées, la référence à une cause objective de précarité est très affaiblie, ce qui montre, qu'implicitement les magistrats ne traitent pas les deux situations de manière identique : ils se contentent de faire allusion à un service d'ami, que la gratuité présuppose, sans rechercher d'événement plus précis. Enfin, il semble que ces décisions doivent en réalité être rattachées à un courant plus général, qui, par l'utilisation d'une terminologie approximative, qualifie de convention d'occupation précaire tous les transferts de jouissance échappant aux statuts d'ordre public[4] : occupation accessoire d'un contrat de travail ou d'une fonction[5] ; bail avec prix en nature[6]. Cette dérive terminologique est discutable, mais, en définitive, elle renforce

---

(1)La jouissance de l'emprunteur est d'ailleurs naturellement précaire dans sa durée (cf. article 1889 du Code civil).

(2)Soc. 26 avril 1951, Bull. civ., III, n°314, p.222 (rural) ; Lyon 22 juillet 1952, Gaz. Pal. 1952-2-Tables, v° Bail n°550 (habitation) ; Com. 4 juillet 1960, Bull. civ., III, n°266, p.246 (commercial) ; Colmar 19 novembre 1984, Rev. Alsace-Lorraine 1985, p.69 ; Paris 8 juillet 1986, Juris-Data n°23921 ; Paris 11 juillet 1986, Juris. Data n°23937 ; Paris 15 septembre 1988, Juris-Data n°27847 ; Paris 11 juillet 1990, Juris-Data n°23222. Rappr. ambigus : Civ. 3e 21 février 1973, Bull. civ., III, n°148, p.107 ; Civ. 3e 15 avril 1975, Bull. civ., III, n°118, p.90, évoqué supra n°693 (note).
Adde : Civ. 3e 7 mai 1974, Bull. civ., III, n°182, p.135 (le raisonnement est assez discutable : l'existence d'un prix déterminé est une condition du bail ; l'impossibilité de déterminer cette existence est donc un élément de conviction en faveur de la convention d'occupation précaire... Il est vrai qu'il existait peut être en l'espèce une cause objective de précarité, la mise en vente).

(3)V. par exemple : Soc. 3 juillet 1953, D. 1954, p.615 ; RTD civ. 1954, p.118, obs. J. CARBONNIER ; Tb. civ. Seine 17 mai 1954, D. 1954, p. 581 ; Com. 12 mai 1959, Bull. civ., III, n°201, p.180 ; Civ. 1e 29 avril 1963, Bull. civ., I, n°231, p.195 ; Paris 1e ch. urg. 12 juillet 1984, Juris. Data n°25735 (loi de 1948) ; Civ. 3e 6 novembre 1986, JCP éd. N 1987, II, p.49, obs. J.-P. MOREAU.
Adde les nombreuses décisions citées supra n°554 admettant le commodat d'immeuble, sans se référer à la convention d'occupation précaire.

(4)Cf. en ce sens : J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°4.

(5)Paris 15 novembre 1985, Juris. Data n°27434 ; Paris 10 juin 1987, Loyers et copr. octobre 1987, n°331, p.6.
Contra, à propos d'un garage : Paris 29 novembre 1985, Loyers et copr. février 1986, n°36, p.4 («la mise à disposition de l'emplacement constituait non une convention de jouissance précaire, mais une location accessoire au bail principal»).

(6)Angers 1e ch. 30 novembre 1981, Juris-Data n°41657 ; Colmar 1 octobre 1990, Juris-Data n°47231 ; Paris 3 mars 1983, Loyers et copr. mai 1983, n°146, p.8 (le contrat aurait du être

l'idée que la convention d'occupation précaire est principalement caractérisée par sa relation avec ces règles impératives.

703.- Le second argument soutenant cette analyse est tiré des conditions de validité des conventions d'occupation précaire. L'examen de la jurisprudence démontre que, dans l'immense majorité des cas, cette qualification n'est admise que lorsqu'une circonstance particulière justifie un assouplissement de la durée de l'occupation. Cette exigence correspond bien à l'assimilation de la convention d'occupation précaire à un bail dérogatoire : l'événement requis constitue un motif légitime d'exclusion de la règle impérative, qui réalise une délimitation du champ d'application de celle-ci. Elle se comprend beaucoup moins bien dans l'hypothèse d'une convention d'occupation précaire, véritable contrat innommé : l'autonomie de la volonté devrait conduire à admettre la possibilité d'une jouissance précaire, d'origine purement subjective, sans être systématiquement frauduleuse.

704.- Le troisième argument résulte des diverses interventions du législateur. De nombreux événements, considérés par la jurisprudence comme des causes objectives de précarité, justifiant l'adoption d'une qualification de convention d'occupation précaire, ont été intégrés ponctuellement dans certains textes afin d'exclure, partiellement ou en totalité, l'application des statuts contractuels d'ordre public : acte d'entraide en faveur du preneur (article 45 de la loi du 1 septembre 1948) délai de grâce (article L. 411-2 du Code rural ; article 17 alinéa 4 de la loi Quilliot), impossibilité temporaire d'occuper du propriétaire (article 24 et 25 de la loi du 1 septembre 1948 ; article 5 de la loi Quilliot ; article 10 de la loi du 23 décembre 1986 ; article 11 de la loi du 6 juillet 1989) ; modification de l'état matériel de l'immeuble (article 5 et 12 de la loi du 30 juin 1926 ; article L. 314-3 du Code de l'urbanisme), de sa destination (article L. 411-2 du Code rural ; article L. 221-2 du Code de l'urbanisme) ou, enfin, incertitude sur son propriétaire (article L. 411-2 du Code rural). Dans la plupart de ces hypothèses, les contrats visés par le législateur possèdent la nature d'un bail : lois de 1948, 1982, 1986 et 1989[1]. Or, le législateur n'a pas entendu régir des contrats distincts de ceux qualifiés par la jurisprudence de convention d'occupation précaire. Son intervention n'a nullement pour but de modifier

---

annulé, faute de détermination du prix, sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, et ce, quelle que soit sa qualification ; comp. avec les observations, tout aussi critiquables).
En revanche, une convention d'occupation précaire avec prix en nature est possible (cf. en ce sens G. CORNU, obs. RTD civ. 1980, p.779 et s.) et la jurisprudence, en matière rurale, en a rencontrée (v. par exemple : Soc. 12 mai 1960, JCP 1960, II, 11760 ; Civ. 3e 17 juin 1971, D. 1971, p.545, note J. GHESTIN).

(1)Rappr. aussi l'article 5 du décret de 1953.

la nature de ces contrats, mais simplement d'en encadrer et d'en préciser le régime. Il est, dès lors, difficile d'admettre, qu'avant ces dispositions législatives, la convention d'occupation précaire n'était pas déjà un bail dérogatoire[1].

En définitive, seules les «vraies» conventions d'occupation précaire, tenant à la spécificité de l'objet de la prestation du propriétaire, s'avèrent indépendantes des statuts d'ordre public. Dans ces contrats, la nature du bien mis à disposition, une porte cochère par exemple, empêche la naissance d'une véritable jouissance privative. Il est, par conséquent, impossible d'assimiler ces contrats à un bail, fût-il régi par le seul droit commun du Code civil[2].

705.- Il existe un moyen d'essayer de confirmer cette analyse de la convention d'occupation précaire en un bail dérogatoire : il suffit de rechercher si les tribunaux appliquent à cette convention les règles du louage de droit commun[3]. De manière générale, la jurisprudence se préoccupe surtout de l'éviction des statuts impératifs, ce qui fournit d'ailleurs un indice significatif supplémentaire de la dépendance de cette qualification vis-à-vis de ces dispositions. Mais, il y a des exceptions, et quelques décisions, souvent inédites, ont examiné cette difficulté.

Un auteur[4], défenseur de l'analyse innommée, cite à l'appui de sa position un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 1985[5]. Le bénéficiaire d'une convention d'occupation précaire est assigné par le propriétaire en paiement de l'indemnité d'occupation prévue. Il demande alors sa réduction, arguant de troubles de jouissance causés par le mauvais état de l'immeuble et de la suppression de l'usage du jardin. Débouté par la Cour d'appel, il forme un pourvoi en cassation, que celle-ci rejette en ces termes : «un arrêt énonce à bon droit que la convention d'occupation précaire ne

---

(1)Il paraît très contradictoire d'affirmer que la convention d'occupation précaire est un contrat innommé tout en reconnaissant, par ailleurs, que les lois récentes en ont diminué le domaine d'application (C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.352-353 et p.336).

(2)Cf. infra n°781 et s. A supposer, bien entendu, que les parties n'aient pas contrarié cette précarité «naturelle».

(3)Une partie de la doctrine reste hésitante : Y. GUYON, chr. précitée, n°5, in fine ; F. TERRE, Thèse précitée, n°619-621 ; N. DECOOPMAN, chr. précitée, n°17 (pour ces deux auteurs tout dépend du degré d'autonomie de ce contrat, par rapport au bail ; pour N. DECOOPMAN, celle-ci est faible).
V. cependant, dans le sens de l'application des règles du bail : Ch. ATIAS, obs. Rev. dr. imm. 1980, p.97, sous Civ. 3e 4 juillet 1979 ; B. VIAL, J.-Cl. Civil, Fasc. 85, n°64 ; Fasc. 220, n°14 ; fasc. 289, n°4 ; «Le droit nouveau de la location. Loi Quilliot du 22 juin 1982», Economica, p.58 ; V. DELAPORTE, chr. précitée, n°19 ; E. GUILLET, Thèse précitée, p.299.
Ne sont pas probants, les textes généraux (ex : article 2277 du Code civil, cf. le dernier alinéa de ce texte) et l'exclusion de la convention d'occupation précaire du domaine de l'article 595 alinéa 4 du Code civil (Civ. 3e 4 juillet 1978, Bull. civ., III, n°276, p.212) puisque, par sa finalité, ce texte vise les baux soumis à un statut impératif.

(4)C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.357 et s.

(5)Civ. 3e 12 juin 1985, Loyers et copr. novembre 1985, n°349, obs. crit. B.V.

[permet] pas à un locataire d'exiger du propriétaire de l'immeuble qu'il se conforme aux obligations d'un bailleur, et que l'indemnité d'occupation fixée d'un commun accord ne [peut] être modifiée judiciairement». Cette décision ne paraît pas décisive, pour deux raisons.

Elle est tout d'abord discutable, en elle-même. En premier lieu, il est parfaitement normal d'interdire toute révision de l'indemnité convenue par les parties : il s'agit là, purement et simplement, de l'application de l'article 1134 du Code civil et la solution vaut pour le bail (sauf loi de 1948), comme pour la convention d'occupation précaire. Mais (sous réserve d'un pourvoi mal formulé), tel n'était pas la question en l'espèce : le «locataire» demandait, en réalité, une compensation entre l'arriéré d'indemnité d'occupation et les dommages-intérêts dûs par le propriétaire pour inexécution de ses obligations. Ensuite, indépendamment du problème posé par les réparations, la suppression de la jouissance du jardin est une inexécution flagrante de la part du propriétaire de ses obligations. Même dans une analyse innommée de la convention d'occupation précaire, il est difficile d'admettre, tant l'absence d'obligation de délivrance, que celle d'un maintien de la mise à disposition de la chose promise. Le propriétaire peut mettre fin au contrat, à tout moment (sauf durée déterminée, comme en l'espèce), dans sa totalité, mais il ne peut diminuer unilatéralement sa prestation, en continuant de percevoir une indemnité identique : en décider autrement revient à valider un engagement affecté d'une condition purement potestative[1].

De toute manière, même en admettant la solution posée par l'arrêt, la portée de celui-ci est assez réduite. Le régime du louage de droit commun est en effet supplétif. Le bailleur, notamment, peut diminuer ou supprimer ses obligations de réparation ou d'entretien, sans que le contrat ne perde sa nature de bail. Or, une telle stipulation peut découler implicitement, de certaines circonstances entourant la conclusion d'une convention d'occupation précaire. Tel est le cas, notamment, des contrats conclus parce que l'immeuble va bientôt être démoli : il serait absurde d'exiger du propriétaire qu'il entretienne les lieux loués[2]. Dans cette hypothèse extrême, c'est l'obligation qui disparaît. Dans d'autres cas, elle peut être atténuée, notamment lorsque le contrat est d'une durée très courte. Or, en l'espèce, la convention avait une durée déterminée de 6 mois. De plus, elle correspondait à un délai de grâce accordé à l'occupant d'un logement de fonction. Un allégement des obligations du propriétaire était donc

---

(1) V. déjà, pourtant, Civ. 1e 16 janvier 1961, Bull. civ., I, n°34, p.27. Rappr. Orléans 1e ch. 29 octobre 1987, Juris-Data n°43863 (voie de fait du propriétaire qui, sans autorisation judiciaire, enlève les vitrines de l'occupant et stocke ses marchandises de manière déplorable, 264 000 francs de dommages-intérêts).

(2) V. en ce sens : Paris 15e ch. B 14 février 1985, Juris-Data n°20575.

concevable[1]. Seul demeure, par conséquent, un motif général, rendu dans une espèce peu significative. Ceci paraît insuffisant pour refuser d'assimiler la convention d'occupation précaire à un bail, d'autant plus que les rares décisions qui abordent cette question sont souvent en sens contraire[2].

706.– En premier lieu, l'exonération du propriétaire de toute obligation d'entretien n'est pas la règle. Il n'y a aucune raison de lui épargner cette charge, en l'absence de clause expresse ou de circonstances particulières, notamment lorsque l'indemnité d'occupation est proche de celle d'un loyer. C'est ce, qu'a admis très nettement un arrêt de la Cour de Pau[3]. S'agissant des obligations du preneur, plusieurs décisions ont appliqué les règles du bail : si la résiliation de la convention aux torts de l'occupant, pour changement de la destination des lieux mis à disposition, n'est pas très significative[4], l'application, par la Cour de cassation, de l'article 1733 du Code civil à l'occupant précaire l'est bien davantage[5]. Les solutions adoptées en matière de compétence d'attribution sont également intéressantes(6). Ainsi, l'article R.321-2 du Code de l'organisation judiciaire décide que le Tribunal d'instance

---

(1)Contra : B.V. obs. précitées. Il serait possible de discuter, cependant, de l'importance de l'inexécution : en hiver, la privation d'eau et de chauffage n'est-elle pas assimilable à une privation totale de jouissance ? La solution pourrait être admise, si les travaux de réparations étaient nécessairement hors de proportion avec l'indemnité (remplacement de la chaudière ou réfection totale de la tuyauterie). Si tel n'était pas le cas, l'occupant aurait pu faire effectuer, ces travaux, à ses frais.

(2)Juris-Data, question posée : convention d'occupation précaire, croisé avec les termes compétence ou réparation ou entretien ou vice ou trouble de jouissance ou avec les articles 1719 ou 1751 ou 2277 du Code civil.

(3)Pau 14 décembre 1988, Juris-Data n°50902 : effondrement d'un hangar dû au mauvais entretien de la charpente, octroi de 150 000 francs à titre de dédommagement pour le préjudice subi par l'occupant (trois camions endommagés). Rappr. Paris 16e ch. A 5 janvier 1988, Juris-Data n°20180, qui considère que l'inexécution des réparations par le bailleur n'est pas un motif légitime, pour l'occupant, de ne pas payer l'indemnité : la solution est exactement la même en matière de bail.

(4)Versailles 18 mars 1988, Juris-Data n°41294. Rappr. Tb. civ. Béthune 26 mars 1957, JCP éd. N 1958, II, 10638, D. 1957, somm. p.134 (taxation des loyers instaurée par la loi de 1948 déclarée applicable à tous les locaux donnés en jouissance, même en vertu d'une convention d'occupation précaire).

(5)Civ. 3e 28 octobre 1975, D. 1976, IR, p.13 ; RGAT 1977, p.38. Paris 5 octobre 1990, D. 1990, IR, p.247 (motif contestable : «cet article est applicable dès lors qu'une convention est passée entre les parties»). Deux autres décisions, parfois citées, ne concernent pas la convention d'occupation précaire : Civ. 3e 16 décembre 1970, Bull. civ., III, n°703, p.511 (contrat gratuit ; l'arrêt précise que l'article 1733 concerne «exclusivement le contrat de louage») et Civ. 3e 2 juin 1977, D. 1977, p.694 (location saisonnière).

(6)En matière rurale ou commerciale, l'exclusion de la compétence du Tribunal paritaire ou du Tribunal de grande instance (pour un problème autre que la qualification, cf. note B. BEIGNIER, précitée) n'est pas significative (contra, semble-t-il, D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°337), car la compétence de ces juridictions est limitée aux litiges mettant en jeu les statuts d'ordre public, ce qui par définition est exclu, s'agissant d'une convention d'occupation précaire (cf. art. L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire et l'article 29 du décret de 1953). Rappr. Paris 4 juin 1981, Juris-Data n°23913 ; Paris 24 novembre 1988, Juris-Data n°26392.

connaît, en dernier ressort ou à charge d'appel, selon les cas, «des actions dont le contrats de louage d'immeuble est l'objet, la cause ou l'occasion». Si la convention d'occupation précaire est analysée comme un bail dérogatoire, c'est devant cette juridiction que doivent être portées les contestations tenant à son exécution ou à l'expulsion de l'occupant. Plusieurs décisions ont adopté cette analyse[1]. Enfin, deux dernières dispositions suscitent difficulté. Un arrêt de la Cour de cassation a refusé de faire jouer l'article 1743 du Code civil au profit d'étudiants étrangers, occupants à titre précaire d'un immeuble, pour une durée d'une année après la décision d'une commission d'admission[2]. La portée de cette décision est cependant sujette à caution, car la modicité du loyer et l'utilisation par la Cour de l'expression de «participation aux frais» laissent à penser qu'il s'agissait en l'espèce d'un commodat, plutôt que d'une véritable convention d'occupation précaire onéreuse[3]. Le refus du jeu de l'article 1743 pour la convention d'occupation précaire est, au fond, difficilement justifiable[4], d'autant plus que la charge pour l'acheteur est beaucoup moins importante que pour un bail : si la convention est à durée déterminée, elle sera nécessairement courte et si elle est à durée indéterminée, l'acheteur pourra y mettre fin(5). Le second texte en litige est l'article 1751 du Code civil. Deux arrêts ont refusé d'appliquer cette disposition à une convention d'occupation précaire[6], mais ces deux espèces ne sont

---

(1)Paris 16e ch. B 25 novembre 1983, Juris-Data n°29164 ; Paris 27 mars 1984, cité par C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.352, note 127 ; Paris 14e ch. C 16 janvier 1986, Juris-Data n°20863 ; Paris 13 janvier 1988, D. 1988, IR, p.40 (implicitement) ; Pau 14 décembre 1988, Juris-Data n°50902. Rappr. Pau 11 mai 1982, Juris-Data n°41531 (à propos de l'expulsion d'un occupant précaire, qui se réfère, par analogie, à la solution habituelle en matière de bail, autorisant l'expulsion en référé).
Contra : TGI Nanterre 10 février 1988, Gaz. Pal. 1988-2-p.509, note J.-Y. PLOUVIN ; Nimes 7 mai 1987, D. 1988, p.248, note B. BEIGNIER.

(2)Civ. 3e 15 avril 1975, Bull. civ., III, n°118, p.90 ; comp. plutôt en sens inverse, Paris 16e ch. B 11 juillet 1986, Juris-data n°23937. Contre l'application de l'article 1743 : C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.126.

(3)Le contrat était de surcroît verbal et, n'avait donc pas date certaine. Il est cependant difficile de penser qu'en l'espèce, l'acheteur ait pu l'ignorer (cf. la qualité du vendeur).

(4)En ce sens : B. VIAL-PEDROLETTI, J.-Cl. Civ., Bail à loyer, Fasc. 289, n°4 ; contra : Ph. MALAURIE et LAYNES, op. cit., n°671. Rappr. pour un logement de fonction : Paris 12 février 1969, AJPI 1970, p.531, obs. J. VIATTE (application de 1743).

(5)D'autant plus facilement, que la jurisprudence est dans ce domaine indulgente : lorsqu'un événement précis est attendu, le propriétaire peut résilier avant même sa survenance, solution qui semble discutable, si elle est adoptée systématiquement, et non en fonction d'une interprétation de la volonté des parties. Cf. respectant cette idée : Paris 8 janvier 1980, D. 1980, IR, p.107 ; plus discutable : Civ. 3e 7 décembre 1971, Bull. civ., III, n°600, p.429 ; contra, plus satisfaisant : Civ. 3e 17 février 1981, Gaz. Pal. 1981-2-pan, p.242.
Rappr. ce fait que l'occupant précaire ne peut prétendre à rien en cas d'expropriation ; rappr. Versailles 31 mai 1983, JCP 1983, IV, p.351 ; Civ. 3e 6 mars 1991, AJPI 1991, p.602. La solution est indiscutable quand la proximité de l'expropriation est la cause objective de précarité. Dans les autres cas, la disparition du principe de l'indemnité n'emporte pas la conviction, même si le montant ce celle-ci doit être inférieure à celle reçue par un locataire.

absolument pas probantes. Elles ont, en effet, été rendues toutes les deux à propos d'attribution de logements de fonction à des militaires. Or, d'une part, il ne s'agit pas en ce cas de véritables conventions d'occupation précaire, d'autre part, c'est de toute manière la règle de l'accessoire qui prime. Le logement étant attribué en raison de la qualité de militaire d'un des conjoints, il est certain que l'autre époux (non-militaire) ne peut invoquer l'article 1751 pour se maintenir dans les lieux. Dans le cas général, en revanche, aucun obstacle ne s'oppose à l'application de l'article 1751 à une convention d'occupation précaire. Ici encore, la facilité de la rupture de ce genre d'accord rend cette application peu contraignante pour le propriétaire[1].

Malgré certaines hésitations, la tendance de la jurisprudence semble donc plutôt d'appliquer les règles du louage de droit commun, aux conventions d'occupation précaire. Cette constatation confirme l'analyse de cette qualification en bail dérogatoire. Il reste alors à expliquer le fondement d'une telle solution.

b) Justification de la solution

707.– C'est l'utilité, voire la nécessité pratique de la convention d'occupation précaire qui constituent sa justification initiale profonde[2]. Cette qualification est la résultante d'un conflit opposant l'excessive rigidité des premières réglementations impératives des baux immobiliers, à l'inexorable contrainte de la réalité. Les magistrats, qui réalisent en permanence la confrontation des faits aux normes du droit positif, ont rapidement pris conscience du dilemme. Dans certaines hypothèses, la conclusion de contrats d'occupation d'une durée conforme aux statuts d'ordre public n'était pas concevable[3]. Il ne restait alors que deux possibilités : la consécration d'une qualification au régime dérogatoire ou... l'absence de contrat, les propriétaires

---

(6)Paris 15 novembre 1985, Juris-Data n°27434 ; Paris 10 juin 1987, Loyers et copr. octobre 1987, n°331, p.6 ; adde (non consulté) Paris 6e ch. 16 juillet 1979, cité par B. VIAL-PEDROLETTI, J.-Cl. Civ., Bail à loyer, Fasc. 220, n°14.

(1)En ce sens : B. VIAL-PEDROLETTI, J.-CL. précité ; contra : J. VIATTE, note Rev. Loyers 1968, p.249, sous Paris 28 février 1968.

(2)Cette analyse est désormais admise par de nombreux auteurs : MAZEAUD, op. cit., n°1190 ; P. ESMEIN, chr. précitée, n°3 ; E.-E. FRANK, chr. précitée, p.2, p.3 et p.6 ; R. SAVATIER, «Baux ruraux», n°21 ; J. HUDAULT, «Droit rural», n°95, p.169 ; V. DELAPORTE, chr. précitée, n°21-22 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.162 ; chr. précitée, Rev. Administrer, n°17, p.11 ; R. TORTAT, Thèse précitée, p.227.
Rappr. pour la généralisation de cette idée, au-delà de la convention d'occupation précaire : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°306 et s., p.348 et s., spéc. n°307 : «dispositions dont la rigueur paraît inadaptée» ; J.-M. LELOUP, «La création de contrats par la pratique commerciale», Journées R. SAVATIER, p.167 et s., spéc. p.168 : «l'élément moteur de la création du droit par la pratique commerciale, c'est l'utilité économique» et plus loin, p.169 : «en pratique, utilité emporte validité».

(3)Rappr. l'article 490-2 du Code civil relatif au logement de l'incapable, lequel doit pouvoir le reprendre dès son retour.

préférant l'absence d'engagement, à la conclusion de conventions trop contraignantes, obérant leur liberté future. Dans cette alternative du tout ou rien[1], la seconde branche de l'option est immédiatement apparue inopportune. D'abord parce qu'elle allait à l'encontre de l'intérêt des occupants, lorsque la convention était conclue en leur faveur. Ensuite, parce qu'au-delà de l'intérêt égoïste des propriétaires, elle allait à l'encontre de l'intérêt général, par le gel des richesses qu'elle entraînait. Comme le souligne un auteur[2], la pénurie de logements de l'après-guerre fonde simultanément la consécration d'un droit au maintien et celle de la convention d'occupation précaire, qui s'insinue dans les interstices laissés par ce dernier et permet une utilisation maximale de tous les biens susceptibles d'être mis à disposition d'un tiers. Toute l'évolution contemporaine du droit positif tend vers une exploitation maximale du potentiel du pays ; à sa manière, la convention d'occupation précaire est un instrument technique au service de cette politique juridique[3].

708.– Cela étant, pour les tribunaux, constater les lacunes d'un texte impératif est une chose, décider de les combler en est une autre[4]. Même s'ils la trouvent mauvaise et rigide, les juges ne peuvent contrer ouvertement la loi. La nécessité d'une interprétation assouplie des statuts impératifs des baux immobiliers ne s'est insinuée que progressivement dans la conscience juridique des magistrats et des commentateurs. L'analyse de la jurisprudence laisse à penser que cette évolution n'est pas fortuite et qu'elle découle, historiquement, de plusieurs circonstances précises[5].

L'événement majeur est sans aucun doute la seconde guerre mondiale. Les crises importantes ont toujours des conséquences profondes sur l'évolution du Droit. Le phénomène est connu et a déjà été décrit en doctrine[6], mais quarante cinq ans de relative prospérité en ont atténué le souvenir. Confronté à des situations exceptionnelles, le législateur est amené à prendre des mesures qui ne le sont pas

---

(1)MAZEAUD, op. cit., loc. cit. ; P. ESMEIN, chr. précitée, n°3 ; R. TORTAT, Thèse précitée, p.224 ; G. BRIERE DE l'ISLE, D. 1980, p.503, spéc. p.506 ; J.-L. AUBERT et Ph. BIHR, «La location d'habitation», Sirey 1990, n°224 ; rappr. C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.159, p.162.

(2)P. ESMEIN, chr. précitée, n°3 ; rappr. A. SAYAG , «Essai sur le besoin créateur du droit», LGDJ 1969, spéc. p.255 et s., sur le droit-besoin à l'habitat, qui ne parle pas de la convention d'occupation précaire.

(3)La réapparition du gel des terres agricoles dans la réglementation européenne, loin de contredire cette tendance, n'est qu'un effet secondaire d'une trop grande réussite de cette politique...

(4)V. à ce sujet les pénétrantes observations de P. ESMEIN, chr. précitée, n°6.

(5)Comp. avec la présentation historique (différente) de Paris 8 mai 1950, Gaz. Pal. 1950-1-p.340.

(6)Cf. notamment : A. BARREYRE, «L'évolution et la crise du contrat», Thèse Bordeaux 1937, p.86 et s. ; Ph. REMY, «La jurisprudence des contrats spéciaux», Journées R. SAVATIER, PUF 1986, p.103 et s., spéc. p. 106 à 108 ; M. LABORDE-LACOSTE, «Les métamorphoses du louage des immeubles», Mélanges R. SAVATIER, p.423 et s., spéc. n°14 et s., p.430 et s. (et les références citées).

moins. L'expérience montre cependant, qu'un retour à la normale dans les faits, s'accompagne rarement d'un mouvement aussi complet dans le droit positif. Applicable au législateur, cette évolution concerne aussi la jurisprudence. La guerre a, sans aucun doute, joué un rôle décisif dans l'apparition de la convention d'occupation précaire[1]. Le conflit a multiplié les hypothèses pratiques où, dans l'alternative du tout ou rien, le «rien» était une position insupportable : juif ou résistant obligés de quitter leur logement contre leur gré, avec la ferme intention d'y revenir après la guerre ; victimes de l'exode, des réquisitions, des destructions bénéficiaires d'actes d'entraide, etc. A la libération, l'approche des statuts d'ordre public avait irrémédiablement changé : pendant les hostilités, de nombreux contrats d'occupation (!) avaient été conclus qui, à l'évidence, ne rentraient pas dans les cadres rigides imposés par la loi. L'apurement des comptes ne pouvait se faire qu'en autorisant les propriétaires à mettre fin aux conventions provisoires qu'ils avaient conclues. Il faut souligner, qu'à cette occasion, nombre d'occupants ont adopté, en réclamant un renouvellement ou un droit au maintien, une attitude des plus blâmables, en trahissant tant la parole qu'ils avaient donnée, que l'amitié dont ils avaient bénéficié[2].

A cette époque, l'assouplissement était nécessaire et il paraissait juste. Il restait cependant à en préciser le moyen technique. La qualification du contrat était de ce point de vue intéressante, car elle constituait une condition d'application des statuts impératifs : une loi d'ordre public n'est pas violée lorsqu'elle est écartée parce qu'une des conditions de son application n'est pas remplie. Consacrer une qualification innommée de convention d'occupation précaire a pu légitimement apparaître aux tribunaux comme le moyen le plus indolore d'instaurer une gestion souple des frontières des statuts impératifs en matière de baux immobiliers[3]. Cette solution présentait un avantage supplémentaire : l'apparence de la continuité. Contrairement à la présentation adoptée par un auteur[4], la consécration des véritables conventions d'occupation précaire, fondées sur une précarité du droit concédé dans sa substance, a précédé l'avènement des «fausses» conventions, qui ne remettent en cause que la durée du transfert de jouissance. La plupart des décisions rendues avant la guerre

(1)V. en doctrine : J. ARCHEVEQUE, chr. précitée, p.48, p.50 et p.52 ; P. ESMEIN, chr. précitée, n°5 ; R. PATEL et L. HENRI-MEUNIER, chr. précitée, Rev. Loyers 1959, p.703 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précité, p.118 ; chr. précitée RTD com. 1987, p.334 ; J.-Ch. LAURENT, note D. 1948, p.144 (qui pensait que la qualification ne survivrait pas à l'arrêt des hostilités).

(2)V. les réflexions de P. LECOURTIER, note D. 1965, p.295.

(3)Cf. P. ESMEIN, chr. précitée, n°5 ; J. VIATTE, chr. précitée, Rec. gén. lois et jur. 1971, p.379 («subterfuge»).

(4)N. DECOOPMAN, chr. précitée, n°16. Comp. J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°5, où l'ordre est bon, mais où l'influence des statuts d'ordre public est plutôt réservée aux fausses conventions d'occupation précaire, alors que même les véritables contrats de jouissance précaire ont été révélés par ces statuts (spécialement par la loi de 1926).

concernent en effet les contrats d'occupation de portes cochères, où la nature du bien altère le caractère privatif de l'usage concédé. Sans prendre vraiment conscience de l'amalgame ainsi réalisé, les magistrats sont passés d'une précarité, cause objective immédiate constituant la représentation d'un droit précaire, à une cause objective médiate, mobile licite et légitime d'une durée précaire. L'assimilation est discutable. Elle trouve sa justification historique dans l'évolution qui vient d'être décrite. Avec le recul, cependant, il est désormais possible d'y voir plus clair et il est souhaitable de revenir à une analyse juridique plus rigoureuse.

709.– Un point reste encore à éclaircir. La technique du dédoublement structurel peut théoriquement concerner tous les contrats dont le régime est impératif(1). Or, en pratique, il reste cantonné quasi-exclusivement à l'hypothèse de la convention d'occupation précaire(2) et ne joue pas, par exemple, dans le secteur réservé relatif à la construction immobilière. Pour résoudre cette difficulté, trois pistes d'explications peuvent être proposées. La première a trait à la nature de la prestation concernée. Il semble que le caractère successif du transfert de jouissance facilite la diversification de ses traductions juridiques. Pour un transfert de propriété, la palette semble beaucoup plus restreinte. Néanmoins, l'explication reste limitée et l'exemple du contrat de remorquage montre que le dédoublement structurel peut s'appliquer à une obligation instantanée[3]. La nature de la prestation est plus significative, lorsqu'elle n'est plus considérée isolément, mais par rapport au régime impératif qu'elle entraîne. Successif, le transfert de jouissance est également temporaire. De ce fait, l'éviction du régime protecteur est également provisoire[4]. La situation est toute différente dans le secteur de la construction. L'immeuble acquis ou construit entre définitivement dans le

---

(1)Rappr. l'idée d'équivalence des prestations dont la portée pourrait également être extrêmement large : le régime impératif, qui renforce toujours les obligations du débiteur de l'obligation caractéristique, entraîne un surcoût (cf. J. CARBONNIER, «Introduction», Journées R. SAVATIER, p.36) : à une diminution suffisamment sensible du prix, pourrait correspondre une éviction systématique du statut (rappr. le système des clauses de valeur déclarée, dans le contrat de transport ; pour un exemple de refus : Civ. 3e 9 juillet 1973, Bull. civ., III, n°470, p.343 ; comp. Civ. 3e 26 novembre 1970, Bull. civ., III, n°636, p.462).

(2)L'hypothèse du contrat de remorquage paraît relever du dédoublement structurel : le caractère impératif de la responsabilité du voiturier a restreint, selon la jurisprudence, la structure de qualification de ce contrat aux obligations de déplacement-résultat. Par contrecoup, l'obligation de déplacement-moyen sort de la qualification de transport. Ce dédoublement est masqué par un élément contingent : aucun contrat innommé n'apparaît, puisque l'obligation de déplacement-moyen relève du contrat d'entreprise, dont le transport n'est qu'une variété particulière.

(3)Cf. note précédente.

(4)Comp. avec les disparités de solutions affectant l'extension conventionnelle d'un régime impératif à un contrat qui n'en relève normalement pas (supra 680 (note). La jurisprudence paraît refuser aux preneurs le bénéfice des dispositions qui assurent la pérennité de son occupation. Le transfert de jouissance manifeste là aussi son particularisme, par rapport à des prestations instantanées (vente d'immeuble à construire, crédit).

patrimoine du client du vendeur ou du constructeur. Evincer le régime impératif revient à diminuer définitivement ses droits, ce qui n'est pas admissible. De même, l'occupant ne perd pas les sommes qu'il verse, puisque celles-ci compensent une jouissance effective, même si sa durée est précaire. Au contraire, les versements effectués, par exemple, par l'acquéreur d'un immeuble à construire risquent d'être définitivement perdus si le constructeur n'achève pas l'immeuble et dépose son bilan. La dernière piste d'explication est peut-être à rechercher dans les conséquences éventuelles d'une interdiction des conventions d'occupation précaire, non plus sur le plan du déficit général que peut causer l'absence de conclusion d'une convention socialement utile, mais sur le plan individuel. La possibilité pour le preneur de perpétuer son occupation est une atteinte aux prérogatives du droit de propriété du bailleur. L'option du tout ou rien, déjà évoquée, en est une seconde, puisqu'elle risque d'interdire au propriétaire de recueillir les fruits civils de son bien, alors qu'il dispose d'un motif légitime de ne pas consentir une jouissance dont la durée lui échapperait. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause la constitutionnalité des réductions des prérogatives attachées au droit de propriété[1], mais simplement de considérer que l'intérêt en jeu, le droit de propriété, justifie que cette réduction soit clairement imposée par le législateur, et qu'à défaut, les statuts impératifs puissent être interprétés strictement par le juge[2]. C'est grâce à cette étroite marge de manœuvre que la jurisprudence a pu consacrer la qualification de convention d'occupation précaire.

710.- Ces effets contradictoires, résultant de la consécration de régimes d'ordre public, ne peuvent se résoudre que par une nouvelle intervention du législateur. Comme le constate un auteur, «le drame de l'ordre public, c'est l'escalade : toute réglementation impérative appelle une nouvelle réglementation impérative pour boucher les trous de la précédente !»[3] L'étude de ces réglementations de second rang est particulièrement intéressante, puisqu'elles touchent directement l'opération de qualification.

---

(1)Constitutionnalité qui ne fait aucun doute. Cf. les intéressants développements de F. ZENATI, «Sur la constitution de la propriété», D. 1985, p.171, surtout p.173.
Rappr. l'intéressante décision de la Cour de Dijon 31 mai 1989, Rev. dr. imm. 1990, p.126, obs. J. DERRUPPE et G. BRIERE DE L'ISLE et sur pourvoi : Civ. 3e 27 février 1991, JCP 1991, IV, p.158 ; Rev. dr. imm. 1991, p.518. Le statut des baux commerciaux ne viole pas la Convention européenne des droits de l'homme, spécialement l'article 1 du protocole additionnel.

(2)Rappr. Dijon 31 mai 1989, précité, notamment les motifs sur l'équilibre à respecter entre l'intérêt général et celui des propriétaires. L'existence du statut n'est pas en lui-même constitutif de déséquilibre, mais son extension démesurée, au-delà de sa finalité pourrait l'être.

(3)Ph. JESTAZ, art. précité, p.127.

SECTION 2

LA GESTION LEGISLATIVE DES CONTOURS DES STATUTS CONTRACTUELS D'ORDRE PUBLIC

711.– L'emploi du terme de «gestion» législative peut paraître excessif ou inadapté. Il résume pourtant, sous une forme condensée, plusieurs idées qui devraient gouverner l'action du législateur en ce domaine. En premier lieu, toute gestion suppose l'existence d'une richesse matérielle ou humaine, qu'il convient de préserver, sinon de développer. Or, l'instauration d'un ensemble contraignant de règles impératives entraîne nécessairement deux effets : elle incite à la fraude, ce qui, par contrecoup, conduit à la disparition d'hypothèses-frontières, structurellement trop proches des critères d'application du statut pour qu'aucun soupçon d'illicéité ne pèsent sur elles. Potentiellement, deux gaspillages peuvent en résulter : institutionnel, par le contentieux que la poursuite des montages frauduleux va susciter et social, par l'élimination de conventions, pourtant utiles, qu'une excessive rigidité peut provoquer. Dans tous les cas, l'abstention ne saurait constituer la meilleure solution. Ensuite, toute gestion suppose une confrontation avec la réalité. A cette occasion, le législateur peut adopter plusieurs attitudes, que ce soit d'un point de vue général (dogmatique ou réaliste) ou technique (analytique ou synthétique). A bien des égards, l'organisation des contours d'un statut contractuel d'ordre public peut susciter l'élaboration et la mise en œuvre d'une véritable politique juridique. Enfin, l'idée de gestion évoque celle d'un contrôle et d'une appréciation des résultats : en d'autres termes, il y a de bonnes et de mauvaises gestions, et la délimitation du champ d'application des règles impératives n'échappe pas à cette constatation.

Les relations mouvementées unissant la convention d'occupation précaire et les régimes d'ordre public des baux immobiliers, illustrent clairement les difficultés que le législateur rencontre dans cette gestion, lorsqu'il entend, du moins, faire prévaloir des solutions équilibrées et suffisamment réalistes (I). L'intervention est parfois plus

brutale, la réforme récente des ventes d'herbes en témoigne[1]. Dans ces cas extrêmes, la volonté prééminente d'éviter les fraudes et d'aboutir à une application maximale de la règle impérative, aboutit à des choix techniques qui n'ont plus grand chose à voir avec les concepts traditionnels régissant l'opération de qualification (II). Pourtant, paradoxalement, un excès d'intervention peut aboutir à redonner un certain rôle à la volonté des parties, notamment lorsque celles-ci bénéficient d'un choix entre plusieurs qualifications (III).

I - LA DIFFICULTE D'UNE GESTION SOUPLE : LA CONVENTION D'OCCUPATION PRECAIRE

712.– Même dans les premiers textes instituant un régime impératif pour les baux d'immeuble[2], le particularisme de certaines situations est pris en considération par le législateur, qui leur réserve un régime spécial, beaucoup plus favorable au bailleur. En pratique, ces dérogations se sont avérées insuffisantes, soit parce qu'elles visent un nombre trop réduit d'hypothèses, soit parce que leur régime demeure trop rigide.

713.– Ainsi, les articles 5 et 12 de la loi du 30 juin 1926 autorisent le propriétaire à reprendre, sans verser d'indemnité, soit le local loué «pour reconstruire l'immeuble» (article 5), soit le terrain loué «dans le but de construire des immeubles à usage principal d'habitation ou des constructions ayant ce caractère d'utilité générale» (article 12). L'étroitesse de telles dispositions est évidente et la jurisprudence a rapidement été débordée par l'apparition de situations qui, bien que non visées par les textes (et, en l'absence de fraude), ne semblaient pas mériter de subir le régime impératif. Il importe de souligner, de surcroît, que les articles 5 et 12 peuvent s'appliquer à une décision du bailleur de construire, prise en cours de bail, alors que la convention d'occupation précaire suppose la présence, dès l'échange des consentements, d'un motif objectif de précarité. Cette différence de perspective a pu conforter les magistrats dans l'idée que les deux hypothèses étaient distinctes et que le législateur n'avait pas envisagé expressément les conventions d'occupation précaire[3].

---

(1)V. aussi pour le contrat de travail, supra n°83 et n°84 (notes) (statut des V.R.P.).

(2)V. faisant déjà cette constatation, P. ESMEIN, chr. précitée, n°3.

(3)Rappr. aussi l'article 5 du décret de 1953, texte qui ne semble guère rencontrer un grand succès pratique, ce qui ne saurait étonner, vu la rigidité de son régime (cf. Civ. 3e 3 octobre 1973, Bull. civ., III, n°500, p.365).

714.- Une telle conclusion est moins facile à admettre dans le cadre de la loi du 1 septembre 1948. Plusieurs dispositions de ce texte, qui refusent le droit au maintien dans les lieux au preneur, s'appuient expressément sur des circonstances précises, entrées dans le champ contractuel lors de la formation du contrat : «propriétaire ayant fait construire un logement sans avoir pu l'occuper immédiatement» (article 24) ; «propriétaire ou locataire principal obligé de quitter provisoirement son logement qui l'a loué ou sous-loué sous la condition, écrite et acceptée par le preneur, qu'il pourrait reprendre les lieux à sa demande» (article 24) ; location sous la condition expresse de reprise lors de la cessation des fonctions du bailleur (article 25) ; et, pour les meublés, location où le bailleur peut prouver «qu'il avait accueilli le preneur en raison de circonstances exceptionnelles pour une location provisoire» (article 45)[1]. Les hypothèses évoquées sont identiques à celles justifiant l'apparition d'une convention d'occupation précaire (entraide, impossibilité temporaire d'occuper), ce qui constitue un argument en faveur d'une interprétation restrictive de ces dérogations[2]. La jurisprudence n'a pas adopté cette position. Elle a tout d'abord interprété largement ces textes[3] et, en raison, sans doute, du caractère trop limitatif de la liste légale[4], elle n'a pas réfuté le principe de la validité des conventions d'occupation précaire[(5)], même si, en pratique, les articles 24, 25 et 45 semblent avoir quelque peu réduit le champ d'application de cette qualification[6].

---

(1)Sur ces textes, cf. J. ARCHEVEQUE, chr. précitée, p.49-50 ; P. ESMEIN, chr. précitée, n°2 ; E.-E. FRANK, chr. précitée, p.2.

(2)En ce sens, J. ARCHEVEQUE, op. cit., loc. cit.

(3)V. notamment, pour une interprétation souple des «circonstances exceptionnelles» de l'article 45 : Soc. 24 juillet 1952, JCP 1952, IV, p.148 (texte non limité à la perte d'habitation et laissant au juge «une entière liberté d'appréciation quant à la nature exceptionnelle des circonstances invoquées», en l'espèce, séquestre) ; Soc. 29 avril 1955, Bull. civ., IV, n°353 ; comp. avec les décisions initiales plus restrictives : Tb. civ. Gap 7 décembre 1949, JCP 1950, IV, p.99. En doctrine, admettant cette souplesse : P. ESMEIN, chr. précitée, n°4 ; contra E.-E. FRANK, p.2.

(4)En ce sens : P. ESMEIN, chr. précitée, n°5. Comp. plus réservé : J. VIATTE, chr. précitée, Rev. Loyers 1966, p.355.

(5)Cf. les nombreuses décisions évoquées supra. Il convient de remarquer la coexistence des deux qualifications, à propos de circonstances identiques : bailleur obligé d'aller assister un parent malade (Soc. 20 novembre 1963, Bull. civ., IV, n°803, p.666 pour le jeu de l'article 24 et Paris 16 janvier 1952, Gaz. Pal. 1952-1-p.196, pour une convention d'occupation précaire), acte d'entraide en faveur du preneur jusqu'à la fin des hostilités (Soc. 27 novembre 1952, Bull. civ., IV, n°846 ou Soc. 5 décembre 1952, Bull. civ., IV, n°893, pour l'article 24 et Soc. 21 décembre 1950, Bull. civ., III, n°943 ou Soc. 22 décembre 1952, Bull. civ., IV, n°949, p.682 pour la convention précaire). La Cour de cassation qualifie d'ailleurs de «location précaire» un bail relevant de l'article 24 (Soc. 20 novembre 1963, précité).

(6)Le contentieux reste permanent, mais d'une ampleur bien moindre qu'en matière commerciale, par exemple.

715.- Avec la loi du 12 mai 1965, réformant le décret du 30 septembre 1953, le législateur change de technique[1]. Plutôt que de viser certaines circonstances particulières, il préfère ouvrir une faculté générale de dérogation aux contractants, en l'enfermant dans une durée courte (deux ans au plus) et en encadrant strictement les conditions de sortie de ces baux dérogatoires. Pour certains auteurs cette modification devait sonner le glas de la convention d'occupation précaire[2], mais, après une période d'hésitation[3], la jurisprudence a fermement maintenu les solutions antérieures[4]. Cette position était inévitable. Sous une apparente généralité, l'article 3-2 du décret de 1953 ne peut satisfaire toutes les nécessités pratiques révélées par la jurisprudence. Le délai de deux ans n'est pas adapté à des causes objectives de précarité dont la survenance est certaine, bien que la date en soit imprécise (formalités administratives en vue d'une opération de construction ou de rénovation, par exemple). De plus, même à l'intérieur de ce délai, le régime rigide prévu par la loi conserve tout son intérêt à la convention d'occupation précaire. Entre les deux contrats, la frontière est simple à tracer : seul l'article 3-2 autorise une précarité sans motif[5].

716.- La conclusion à tirer de ces premières interventions législatives est claire : à partir de solutions parcellaires, au régime inadapté, la jurisprudence, sous la contrainte des faits, a du consacrer une qualification (faussement) originale, en généralisant les circonstances qui, selon le législateur, méritaient un traitement de faveur, tout en leur appliquant un régime souple[6]. Quelle qu'ait été la technique utilisée par le législateur, ses prévisions ont été déjouées par les faits et débordées par la jurisprudence. Contrairement à ce qu'il aurait été légitime de penser ou en tout cas

---

(1)V. aussi l'article 1 de la loi du 30 juin 1926, qui, en ne protégeant que les locataires exploitant le fonds depuis deux ans, peut permettre au bailleur d'échapper au statut en stipulant une durée déterminée courte, ou en délivrant congé rapidement dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (cf. P. ESMEIN, chr. précitée, n°1).

(2)J. VIATTE, chr. précitées, Rev. Loyers 1966, p.356 ; Rec. gén. loi et jur. 1971, p.380 ; obs. AJPI 1971, p.226 ; J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°3 ; J. AZEMA, Thèse précitée, n°128, p.102. Contra : J. AZEMA, note citée infra ; C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.154 et s.

(3)Paris 29 octobre 1970, AJPI 1971, p.226, obs. J. VIATTE.

(4)TGI Paris réf. 19 janvier 1971, JCP 1973, II, 17361, note Y. ASSOULINE et, sur appel, Paris 13 janvier 1972, même référence et Gaz. Pal. 1972-1-p.340, note J. AZEMA ; Paris 5 mai 1972, RTD com. 1973, p.75, obs. M. PEDAMON ; Civ. 3e 16 avril 1973, AJPI 1974, p.317, note J.V. ; Bull. civ., III, n°287 ; Paris 22 décembre 1973, Gaz. Pal. 1974-1-p.174, obs. Ph.-H. BRAULT, AJPI 1974, p.991, obs. J.V. ; Civ. 3e 25 mai 1977, Bull. civ., III, n°220, p.168 ; TGI Paris 13 décembre 1979, D. 1980, p.503 ; Lyon 12 novembre 1981, Rev. Loyers 1982, p.444.

(5)V. C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.160 (très net) ; rappr. chr. précitée, RTD com. 1987, note 186, p.362 (en ce sens aussi, semble-t-il) ; comp. moins net p.357 et chr. précitée, Administrer, n°6, p.9 (influence de la cause objective réservée aux cas litigieux).

(6)Rappr. MAZEAUD, op. cit., n°1190, à propos de la loi de 1948 (articles 24 et 25).

d'espérer, ces expériences n'ont pas été profitables. Les interventions récentes du législateur n'ont guère tenu compte des leçons du passé : à chaque fois, l'incertitude persiste sur la validité des conventions d'occupation précaire que les textes ont négligées. La situation est d'autant plus regrettable que, désormais, la validité de la convention n'est plus le seul enjeu de la qualification, puisque les «baux précaires» légalement consacrés voient leur régime précisé[1].

A) Les textes relatifs aux baux ruraux

717.- La première disposition récente qu'il convient de signaler est bien entendu constituée par l'article L. 411-2 du Code rural, dont le contenu trouve son origine dans la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980[2]. Ce texte revêt une importance toute particulière, par la consécration officielle des conventions d'occupation précaire qu'il contient, qui dépasse, de beaucoup, les quelques dispositions déjà existantes[3]. L'article L. 411-2 écarte du champ d'application du statut des baux ruraux, les conventions d'occupation précaire conclues pour trois catégories de motifs : «la mise en valeur de biens compris dans une succession, dès lors qu'une instance est en cours devant la juridiction compétente ou que le maintien temporaire dans l'indivision résulte d'une décision judiciaire prise en application des articles 815 et 815-1 du Code civil»[4], le maintien total ou partiel du preneur ou de son conjoint, «lorsque le bail est expiré ou résilié et n'a pas fait l'objet d'un renouvellement» et «l'exploitation temporaire d'un

---

(1)La tendance générale semble être à l'«appauvrissement du domaine de la convention d'occupation précaire» en matière de baux ruraux ou de baux d'habitation (cf. C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.336).

(2)Avant la numérotation actuelle, l'article L. 411-2 correspondait à l'article 809-1.

(3)- *Article 12 de la loi du 30 décembre 1967* (D 1968, lég. p.62) : «les immeubles acquis pour la constitution de réserves foncières»... «ne peuvent faire l'objet que de concessions temporaires qui ne confèrent au preneur aucun droit de renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux lorsque l'immeuble est repris en vue de son utilisation définitive». Pour les terres à usage agricole, le texte exige un préavis d'un an au moins (le texte constitue aujourd'hui l'article L.221-2 du Code de l'urbanisme).
Rappr. article L.314-3 du Code de l'urbanisme (relogement provisoire donnant lieu à la conclusion d'un bail précaire) Civ. 3e 12 janvier 1977, Bull. civ., III, n°20, p.18.
- *Article 490-2 alinéa 2 du Code civil* (rédaction loi du 3 janvier 1968) : logement de l'incapable majeur ne pouvant faire l'objet que de convention de jouissance précaire.
- *Article 17 de la loi du 5 août 1960* (JCP 1960, III, 25924) sur les baux passés par les S.A.F.E.R. à titre conservatoire, qui échappent partiellement au statut du fermage.

(4)V. Civ. 3e 6 novembre 1991, Rev. dr. rur. 1992, p.40.

bien dont l'utilisation principale n'est pas agricole[1] ou dont la destination agricole doit être changée[2]».

718.– Ces trois hypothèses ne sont pas originales. Elles correspondent à trois «circonstances particulières», que les tribunaux retenaient, avant la loi de 1980, pour valider des conventions d'occupation précaire sur des fonds ruraux : indivision entraînant une incertitude sur le propriétaire et changement de destination, pour les conventions conclues dans l'intérêt du propriétaire, et délai de grâce, pour celles conclues dans l'intérêt du preneur. Malheureusement, cette référence aux solutions jurisprudentielles est fort incomplète[3]. L'inventaire légal oublie, en effet, les actes d'entraide ou les contrats à l'essai[4], passés par faveur pour l'occupant et néglige certaines hypothèses d'impossibilité personnelle d'exploiter du propriétaire, notamment la maladie[5] ou les calamités agricoles[6].

Devant ces lacunes, l'attitude à adopter divise la doctrine. Pour certains auteurs, cette liste est limitative et il n'est plus possible de conclure une convention d'occupation précaire dans des cas autres que ceux visés par le texte[7]. Trois arguments peuvent être invoqués au soutien de cette opinion : la grande rigidité du statut des baux ruraux, où les conventions d'occupation précaire ont toujours été

---

(1) Nîmes 7 mai 1987, D. 1988, p.248, note B. BEIGNIER. V. déjà Paris 7 décembre 1970, Gaz. Pal. 1971-2-p.515 (mise a disposition des herbages d'un terrain d'aviation, mais la qualification reste incertaine : convention d'occupation précaire (vraie ou fausse ?), location ou vente d'herbe ?). Rappr. ambigu : Civ. 3e 18 février 1987, Rev. dr. rur. 1987, p.290 («vocation essentiellement urbaine»).

(2) Nîmes 7 mai 1987, précité (vu la longueur de l'occupation, l'analyse n'est pas satisfaisante ; rappr. article L.415-11 du Code rural, qui ne laisse pas les personnes publiques démunies) ; Paris 22 juin 1988, D. 1988, IR, p.230 ; AJPI 1989, p.25, note J. MEGRET et sur pourvoi (rejet) ; Civ. 3e 4 avril 1990, Rev. dr. rural 1990, p.396 ; Rev. huissiers 1991, p.264, obs. M. BARCQ.
Pour des refus : TI Longjumeau 30 novembre 1987, Rev. loy. 1988, p.23, note J.-F. LE PETIT ; Civ. 3e 11 juillet 1990, Rev. dr. rural 1990, p.493 (changement d'affectation pas imminent).

(3) Cf. J.-F. LE PETIT, «La loi d'orientation agricole», Gaz. Pal. 1982-1-doct. p.198 et s., qui qualifie le texte de «pilori de l'imagination» (p.201).
Contra : A. LASSAUBATJEU-ANDRE, «Aménagements apportés au statut du fermage par la loi d'orientation agricole», Defrénois 1980, art. 32500, p.1498 et s., spéc. n°9, p.1502.

(4) V. J. FOYER, «Les dispositions nouvelles en matière de baux ruraux», Rev. dr. rur. 1981, p.256 et s., spéc. n°69, p.267 ; J.-M. GILARDEAU, «Commentaire du volet foncier de la loi n°80-502 du 4 juillet 1980, JCP éd. N 1980, 7644, p.407 et s., spéc. n°89, p.420.

(5) J.-M. GILARDEAU, op. cit., loc. cit. ; J. LACHAUD, note Gaz. Pal. 1983-2-p.450, sous Toulouse 14 octobre 1982.

(6) J.-M. GILARDEAU, op. cit., loc. cit.

(7) V. en ce sens : J.-M. GILARDEAU, op. cit., loc. cit. ; J. FOYER, chr. précitée, n°69, p.267 ; Ch. DUPEYRON, J.-P. THERON et J.-F. BARBIERI, «Droit agraire», T.1, n°172 ; MAZEAUD, T.3, Vol.2, n°1237-3 ; J.-P. MOREAU, obs. JCP éd. N 1987, II, p.49 ; L. LORVELLEC, op. cit., n°256 ; Ph. REMY, obs. RTD civ. 1987, p.111 ; J. VIATTE, chr. précitée, Rev. Loyers 1981, p.60-61 ; J.-L. AUBERT et Ph. BIHR, «La location d'habitation-loi du 6 juillet 1989», note 39, p.170 ; adde ambigu : P. OURLIAC, chr. Rev. dr. rur. 1980, p.475 (loi «en retrait» sur la jurisprudence).

admises avec plus de prudence qu'ailleurs ; l'emploi exprès par le législateur du terme de convention d'occupation précaire, qui marque une volonté de régir ce qui restait autrefois à la discrétion des magistrats ; l'esprit général de la réforme de 1980, dont le caractère dirigiste ne fait aucun doute[1]. Cependant, avec le recul[(2)], une telle solution ne paraît plus s'imposer avec évidence et une fraction de la doctrine semble admettre que l'article L.411-2 ne fait pas obstacle au maintien de la validité traditionnelle des conventions d'occupation précaire non frauduleuses, justifiées par une circonstance précise[3]. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de trancher nettement la difficulté, mais après quelques divergences[4], une tendance au durcissement semble s'amorcer[5].

B) Les textes relatifs aux baux d'habitation

719.– La qualité des textes régissant les baux d'habitation n'est guère meilleure. Elle est même bien inférieure pour le premier d'entre eux, la loi du 22 juin 1982, dite loi Quilliot. Certes, l'article 2 de ce texte écarte de son champ d'application, les logements attribués en raison de l'exercice d'une fonction ou de l'exécution d'un contrat de travail et les logements-foyers, parfois analysés comme des conventions d'occupation précaire[6], mais, en dehors de ces deux hypothèses, le bilan est maigre. L'article 5 autorise la conclusion d'un contrat d'une durée réduite, lorsqu'un

---

(1)V. en particulier, pour les ventes d'herbes, infra II.

(2)Une évolution en sens inverse aurait davantage été prévisible, puisque la loi du 1 août 1984 a ajouté à l'article L.411-1 alinéa 1 : «cette disposition est d'ordre public» ; pour une réplique à cet argument : J. HUDAULT, obs. Gaz. Pal. 1984-1-somm. p.257-258 (la mention ne concernerait que l'article L.411-1, mais comme l'article L.411-2 fixe la limite des dérogations à l'article qui le précède, il est difficile de concevoir que l'ordre public attaché au premier texte, ne se contamine pas au second).

(3)E.-E. FRANK, chr. précitée, p.4 ; G. VERMELLE, obs. Defrénois 1983, p.1231 et s., spéc. p.1234, sous Civ. 3e 4 mai 1983 ; J. HUDAULT, op. cit., n°95, p.171 et obs. Gaz. Pal. 1984-2-somm. p.257, sous Civ. 3e 18 novembre 1983 ; J. LACHAUD, «Guide des baux ruraux», Ann. loyers 1985, p.121-122.
Rappr. laissant la question ouverte : C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.336.

(4)Dijon 22 juin 1984, Gaz. Pal. 1985-1-somm. p.100 (caractère limitatif affirmé dans un motif surabondant) ; Civ. 3e 11 juin 1986, RTD civ. 1987, p.111, obs. crit. Ph. REMY ; JCP éd. N 1987, II, p.49, obs. crit. J.-P. MOREAU ; J.-F. LE PETIT, Rev. Loyers 1986, p.368 (l'arrêt vise la mise en vente, qui ne figure pas dans le texte).

(5)Civ. 3e 17 juin 1987, JCP éd. N 1987, II, p.230, obs. J.-P. MOREAU (à propos d'une vente d'herbe) ; surtout Civ. 3e 12 juillet 1988, JCP éd. N 1989, II, p.81, obs. J.-P. MOREAU (l'annotateur nuance la portée de l'arrêt, qui casse pour défaut de réponse à conclusion, mais un tel motif de cassation suppose quand même que la réponse puisse avoir une influence sur l'issue du procès) ; Civ. 3e 14 mars 1990, Rev. dr. rural 1990, p.349 ; Rev. huissiers 1991, p.263, obs. M. BARCQ ; Civ. 3e 26 novembre 1991, Rev. dr. rur. 1992, p.40 (vente).
Ce durcissement paraît se manifester aussi dans l'appréciation des événements prévus par la loi (cf. Civ. 3e 11 juillet 1990, précité).

(6)Cf. supra n°693.

propriétaire personne physique, qui s'établit hors de France, entend reprendre sa résidence dès son retour et l'article 17 alinéa 4 permet l'octroi d'un délai de grâce d'un an au plus au locataire qui a reçu congé[1]. De nombreuses circonstances retenues par la jurisprudence sont donc omises : entraide et contrat à l'essai pour le preneur ; changement de destination, indivision, attente de l'issue d'un procès, impossibilité provisoire d'occuper pour le bailleur. L'article 5 est inutilement restrictif et aurait pu englober des hypothèses voisines parfaitement légitimes : parent malade, établissement dans un département ou territoire d'outre-mer, etc. Lors des travaux préparatoires, un cas supplémentaire concernant l'organisation anticipée par le bailleur de sa future retraite a été examiné, puis repoussé[2]. L'existence d'une telle discussion est révélatrice d'un flagrant défaut de méthode qu'une connaissance de la jurisprudence aurait du éviter : dans une matière aussi foisonnante, un traitement ponctuel d'un nombre très réduit d'hypothèses (plus réduit même qu'en 1980), est voué à l'échec. La pression des faits se manifeste inévitablement et la consécration d'un bail sexennal, pouvant contenir une clause de reprise annuelle, ne peut l'endiguer : un tel régime apparaît trop rigide lorsque l'événement suscitant la reprise est connu dès la conclusion du contrat. Aussi, il n'est guère étonnant qu'une doctrine quasi-unanime considère que la loi Quilliot n'a pas supprimé la validité des conventions d'occupation précaire[3], même si elle peut inciter à une interprétation plus

---

(1)Le législateur est nettement plus indulgent lorsque le bailleur est une collectivité locale, cf. art. 75-5°.

(2)Cf. A. BOITUZAT, «La loi Quilliot du 22 juin 1982», Lib. journ. not. et av. 1982, n°29, p.24 ; J. HUGOT, D. LEPELTIER, H. THUILLIER, «Locataires et propriétaires : loi Quilliot commentée article par article», Litec 1982, n°26 et s.

(3)V. en ce sens : Ph. DE BELOT et J. LEGRAND, Gaz. Pal. 1982-2-doct. p.406, spéc. n°30 ; Ph. DE BELOT, J.-M. LEGRAND, M.-F. CORNILLE et Ph. LEGRAND, «Le statut du droit à l'habitat», Manuel Dalloz 1985, n°36, p.26 ; C. GIVERDON, «Nouveaux rapports de location (loi du 22 juin 1982)», Litec 1984, n°119, p.93 ; B. VIAL, «Le droit nouveau de la location-loi Quilliot du 22 juin 1982», ouvrage collectif, Economica, p.58 (qui refuse clairement un raisonnement a contrario sur l'article 5) ; P. GALAND, «Le bail des locaux d'habitation ou à usage professionnel», Litec, n°140, p.146 ; Ch. ATIAS et B. VIAL, «Principes généraux du nouveau droit au bail», JCP éd. N 1982, I, p.197, n°1 et n°14 ; même article, Loyers et copr. juillet 1982, n°1 et n°14 (qui soulignent l'attitude dogmatique du législateur) ; R. PORTE, G. FAU et A. DEBAURAIN, «Locataires et bailleurs», Ann. loyers 1985, p.835 et s., spéc. n°42, p.857 ; B. SOINNE et F. WAREMBOURG-AUQUE, «La loi «Quilliot»...», JCP 1983, I, 3098, n°28 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p. 336 ; J. LAFOND, chr. Rev. Administrer : janvier 1984, n°27. Adde, laissant la question ouverte : E.-E. FRANK, chr. précitée, p.3.
Contra : J.-L. BERGEL, RRJ 1982-3, n°VII-14, p.16 et s.
Il est souvent tiré argument de l'emploi par la loi du mot «location» (C. GIVERDON, op. cit., loc. cit. ; B. SOINNE, op. cit., loc. cit.), mais l'explication paraît faible, au vu des qualités de rédaction du texte et même inopérant, si on analyse cette qualification comme un bail (cf. supra n°701 et s.).

restrictive[1]. Les rares décisions rendues dans ce domaine, confirment cette conclusion[2].

720.– Sur sa lancée, la doctrine maintient une solution identique, pour l'application de la loi du 23 décembre 1986, dite loi Méhaignerie[3] et pour celle du 6 juillet 1989[4], dont les dispositions sont à cet égard fort proches. Sans vouloir remettre en cause ce résultat, il paraît pour le moins hâtif d'assimiler ces trois textes, alors que les deux lois de 1986 et 1989 contiennent une innovation tout à fait originale, dont la portée doit être mesurée. En effet, outre le maintien de l'exclusion des logements-foyers et des logements «attribués ou loués en raison de l'exercice d'une fonction ou de l'occupation d'un emploi»[5], ainsi que celle des logements «donnés en location à titre exceptionnel et transitoire par les collectivités locales»[6], l'article 10 de la loi Méhaignerie et l'article 11 de la loi du 6 juillet 1989 consacrent la possibilité de la conclusion d'un contrat de durée réduite : «quand un événement précis justifie que le bailleur personne physique ait à reprendre le local pour des raisons professionnelles ou familiales, les parties peuvent conclure un contrat d'une durée inférieure à trois ans

---

(1) R. PORTE, G. FAU et A. DEBAURAIN, op. cit., loc. cit. Adde, par exemple, pour la vente, l'influence du droit de préemption reconnu au locataire.

(2) Paris 2e ch. B 14 février 1986, Juris-Data n°21529 ; Bordeaux 5e ch. 18 septembre 1986, JCP éd. N 1987, II, p.67 (a contrario rendu possible par la référence à l'absence de circonstance particulière).
Pour des conventions conclues avant la loi, mais échappant, du fait de leur nature, aux dispositions de droit transitoire : Paris 3 mars 1983, Loyers et copr. mai 1983, n°146, p.8 ; Paris 12 juillet 1984, Loyers et copr. novembre 1984, n°346. Contra : TGI Basse-Terre 14 février 1984, Gaz. Pal. 1985-1-somm. p.207, obs. crit. Ph. DE BELOT. (Juris-Data : question posée : convention d'occupation précaire ETP 22 juin 1982).
Rappr. les hésitations, voire les contradictions des deux réponses ministérielles commentées par Ch. ATIAS, Loyers et copr. janvier 1983, p.6.

(3) V. notamment : C. GIVERDON, «Nouveaux rapports de location», Supplément 1987, n°6, p.12 ; J. LAFOND et F. LAFOND, «Les baux d'habitation du secteur privé après la loi Méhaignerie», Litec, n°68, p.49 ; Ch. ATIAS, «La loi tendant à favoriser l'investissement locatif : réforme, refonte ou reformulation ?», Loyers et copr. février 1987, p.1 et s., spéc. n°4, p.4 ; Ph. DE BELOT, «Commentaire de la loi du 23 décembre 1986», Gaz. Pal. 1987-1-doct. p.112 et s., spéc. n°27, p.119 ; J. REMY et M. PIALOUX, «La loi du 23 décembre 1986 sur les nouveaux rapports locatifs», Gaz. Pal. 1987-2-p.718, spéc. p.721 ; R. PORTE, G. FAU et A. DEBAURAIN, «Bailleurs et locataires», Ann. loyers 1987, p.99 et s., spéc. n°35, p.117 ; J.-P. BLATTER, «La loi Méhaignerie du 23 décembre 1986», AJPI 1987, p.20, spéc. p.21 ; J.P. CORDELIER, «Les rapports de location modifiés», AJPI 1987, p.159, spéc. p.21 ; J.-P. CORDELIER, «Les rapports de location modifiés», AJPI 1987, p.159, spéc. p.161.

(4) J.-L. AUBERT et Ph. BIHR, «La location d'habitation-loi du 6 juillet 1989», Sirey 1990, n°223 et s., p.169 et s. ; «Le nouveau contrat de location à usage d'habitation et à usage mixte», ALD 1989, p.147 et s., n°11, texte et note 17, p.150 ; Ph. DE BELOT et J.-M. LEGRAND, «Commentaire de la loi du 6 juillet 1989», Rev. Administrer août-septembre 1989, p.2 et s., spéc. n°37.

(5) Article 1 de la loi du 23 décembre 1986 et 2 de la loi du 6 juillet 1989.

(6) Article 50 de la loi du 23 décembre 1986 (cf. C. BOSGIRAUD-STEPHENSON, «La loi Méhaignerie», Montchrestien 1987, note 8, p.21, qui estime que le contrat de l'article 50 paraît s'analyser comme une convention d'occupation précaire) et article 40-V de la loi du 6 juillet 1989.

mais d'au moins un an. Le contrat doit mentionner les raisons et l'événement invoqués»[1]. Malgré le relatif silence de la doctrine sur ce point[2], ces dispositions renouvellent considérablement l'analyse des conventions d'occupation précaire.

721.– Tout d'abord, ces deux textes contiennent une nouveauté qui n'a pas été assez soulignée : pour la première fois, la rigidité de la durée d'un bail soumis à un statut impératif est écartée pour un motif légitime défini de manière souple. Le législateur renonce enfin à instaurer une casuistique arbitraire : la cause objective de précarité peut être constituée par toute raison professionnelle ou familiale, à partir du moment où celle-ci ne correspond pas à une vague intention, source de toutes les fraudes, mais où elle s'incarne dans un «événement précis». L'infinie variété des situations concrètes, dont la jurisprudence s'était faite la porte-parole, est désormais reconnue. Un grand progrès a donc été accompli, mais toute difficulté n'a pas pour autant disparu. S'agissant de mises à disposition dans l'intérêt du propriétaire, la définition légale paraît pouvoir englober les hypothèses jurisprudentielles d'impossibilité temporaire d'occuper et d'incertitude sur le propriétaire du bien, lorsque celle-ci est liée à un événement familial, comme le règlement d'une succession. L'analyse est moins facile pour les changements de destination et les mutations matérielles ou juridiques. La reconstruction ou la rénovation seront rarement liées à une circonstance professionnelle ou familiale. De même, la vente de l'immeuble divise la doctrine[3] et son inclusion dans le champ d'application de l'article 10 (ou 11) suppose une interprétation large et très «patrimoniale» de l'intérêt familial. Malgré les apparences, la formule légale est donc assez restrictive et elle ne recouvre pas toutes les circonstances concrètes que les tribunaux ont rencontrées. Ce caractère partiel est, de surcroît, renforcé par deux autres lacunes : de manière parfaitement dogmatique, les personnes morales sont exclues du bénéfice de ces dispositions, qui, par ailleurs, ne font aucune allusion à d'éventuelles locations qui pourraient être conclues en faveur du preneur : acte d'entraide ou bail à l'essai. La référence explicite de la loi Quilliot à une prorogation limitée, à titre de délai de grâce, a disparu dans la loi Méhaignerie et n'a pas été reprise en 1989. Devant ces nombreuses omissions, il est à craindre que l'attitude habituelle de la jurisprudence ne se perpétue : les articles 10 et 11, tout en

---

(1)J.-P. BLATTER, «La durée du contrat de location dans la loi du 23 décembre 1986», JCP éd. N 1987, I, p.361, spéc. n°19 et s., p.365 et s.

(2)Le lien n'est pas toujours fait entre les deux situations, comme l'atteste la présentation courante qui consiste à traiter la convention d'occupation précaire dans le champ d'application et les articles 10 et 11 à propos de la durée du contrat. V. cep. J.-P. CORDELIER, chr. précitée, p.161, qui souligne que la loi de 1986 envisage expressément le recours à ce type de convention.

(3)Pour l'application de l'article 10 de la loi du 23 décembre 1986 : J.-P. BLATTER, chr. précitée, n°27. Plus réservée : F. WAREMBOURG-AUQUE, chr. précitée, n°71-72.

«rétrécissant»[1] le champ d'application de la convention d'occupation précaire, n'en auraient pas supprimé le principe.

Cependant, pour admettre une telle solution, un élément supplémentaire doit être intégré dans le raisonnement. Contrairement à la loi d'orientation agricole, les locations des articles 10 et 11 ne relèvent pas du régime du droit commun du bail. Sauf pour la durée, et dans la loi de 1989, pour le renouvellement, ces contrats demeurent soumis au statut impératif. De plus, même la mise en œuvre de la prise en compte de l'événement professionnel ou familial est soigneusement encadrée par le législateur : modalité de confirmation de la survenance de l'événement, report éventuel du terme, conséquence d'une défaillance de la conditions[2]. Dès lors, la position adoptée quant au maintien ou à la suppression des conventions d'occupation précaire ne peut aboutir qu'à des systèmes peu satisfaisants. Si la validité de ces contrats demeure admise, dans les hypothèses non visées par les textes, la situation qui en résulte est paradoxale : les événements expressément envisagés par le législateur ont un régime plus contraignant que ceux que celui-ci a omis, ce qui semble tout à la fois injuste et illogique, un arrangement frauduleux étant plus à redouter dans la seconde hypothèse, que dans la première(3). Devant cet état de fait, il ne serait guère surprenant qu'un retournement complet se produise en jurisprudence. Soit, au minimum, par l'adoption d'une interprétation large du champ d'application des articles 10 et 11, alors que jusqu'à présent, les statuts d'ordre public étaient, sauf peut-être en matière rurale[4], interprétés strictement. Soit, de manière plus radicale, par l'interdiction de recourir à une convention d'occupation précaire(5). Cette seconde solution serait tout à fait inopportune, car elle aboutirait à la suppression de contrats dont l'utilité pratique a depuis longtemps été démontrée.

722.- En conclusion, il paraît évident que la matière est encore loin d'avoir atteint son point d'équilibre. Les développements qui précèdent permettent de dégager certaines directives, qui devraient régir l'intervention du législateur. En premier lieu, s'agissant du régime des locations dont une circonstance particulière justifie la

---

(1)Cf. C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.336.

(2)Sur tous ces points, cf. J.-P. BLATTER, chr. précitée, loc. cit.

(3)La situation n'est pas du tout comparable à celle qui résulte de la coexistence des conventions d'occupation précaire et des baux de deux ans de l'article 3-2 du décret de 1953. En effet, les baux dérogatoires, du fait de leur courte durée, sont valables indépendamment de la présence d'une circonstance particulière. La dispense d'une référence à un motif légitime précis et objectif se paie, très normalement, par un régime plus rigoureux (ce qui maintient, d'ailleurs, un intérêt à des conventions d'occupation précaire d'une durée inférieure à deux ans).

(4)Cf. J.-P. MOREAU, obs. JCP éd. N 1987, II, p.230.

(5)Contrairement à la plupart des auteurs, il est permis de penser que les lois de 1986 et 1989 ne sont pas comparables à la loi Quilliot et que la prohibition des conventions d'occupation précaire est beaucoup plus plausible dans le cadre des premières que dans celui de la seconde.

précarité, il convient d'éviter une dualité de réglementation, soit en s'abstenant de poser toute règle spécifique (loi d'orientation agricole), soit en consacrant des règles identiques pour tous les baux précaires, sauf à isoler l'hypothèse du bail à l'essai, qui suscite des problèmes originaux(1). Ensuite, s'agissant des cas de locations précaires méritant d'être consacrés, deux techniques sont envisageables. Le législateur peut recourir à une liste limitative, mais en respectant deux conditions : il doit préciser expressément le caractère limitatif de son énumération et, par souci de réalisme[2], éviter tout inventaire trop restreint. Il convient, notamment, de ne jamais oublier que la précarité peut trouver son origine, aussi bien chez le bailleur que chez le preneur. Toutefois, cette technique ne paraît guère adaptée à la souplesse naturelle de la convention d'occupation précaire. Il semble préférable, à l'instar des lois de 1986 et 1989, mais en généralisant leurs solutions, d'utiliser des définitions générales, se rapportant à des circonstances particulières, constituant un motif légitime de précarité, que celui-ci provienne du propriétaire ou de l'occupant. L'effort d'encadrement du législateur ne doit pas porter sur la nature de l'événement invoqué, mais sur sa certitude et sa proximité temporelle[3]. A cet effet, une réglementation probatoire est indispensable : les circonstances justifiant la précarité doivent être précisées par écrit(4). De même, la survenance de l'événement pourrait être inscrite dans une durée

---

(1)Il serait possible d'exiger une durée déterminée courte (quelques mois pour un bail d'habitation, un an au moins pour un bail rural) et non renouvelable (sauf, par exemple, pour les baux ruraux, lorsque des circonstances climatiques particulières ont empêché l'essai d'être significatif).

(2)L'expérience (1948, 1953, 1982) montre qu'immanquablement un excès de rigidité et une absence de réalisme se brisent sur la contrainte des faits et l'usure du temps, aboutissant au résultat inverse de celui espéré : une fuite du statut impératif, par le biais des qualifications.

(3)Les occupations précaires de longue durée (plusieurs dizaines d'années, parfois) ne sont pas satisfaisantes, non pas tant vis-à-vis de l'expulsion justifiée du preneur, qu'a l'égard des modalités de son indemnisation ou de son départ (préavis suffisant). Rappr. article L.411-32 (830-1 ancien) du Code rural et note P. OURLIAC et M. DE JUGLART, JCP 1975, II, 17949.

(4)Il est concevable, à l'instar de la réglementation allemande des clauses abusives, de distinguer des circonstances normales de précarité (énumérées limitativement par le législateur), de circonstances plus spécifiques, devant être justifiées in specie. En tout cas, c'est au bailleur qu'il appartient de démontrer la précarité (rapp., en ce sens, pour l'application de l'article 45 de la loi de 1948 : Soc. 9 avril 1957, Bull. civ., IV, n°466), et non au preneur de prouver que celle-ci n'existe pas ou est de nature frauduleuse (contra : P.L., note JCP 1963, II, 13021).
La jurisprudence n'est d'ailleurs pas très loin de consacrer une telle solution, car les tribunaux se montrent résolument hostiles à des conventions d'occupation précaire verbales : Paris 28 février 1966, AJPI 1966, p.801 ; Paris 6e ch. B 10 février 1983, Juris-Data n°20988 ; Paris 1e ch. urg. 8 juin 1983, Juris-Data n°25900 ; Paris 6e ch. A 21 novembre 1983, Juris-Data n°28528 ; Paris 6e ch. A 9 janvier 1984, Juris-Data n°20190 ; Paris 6e ch. A 12 juin 1984, Juris-Data n°23969 ; Toulouse 13 décembre 1984, Juris-Data n°42857 ; Bordeaux 2e ch. 16 avril 1986, Juris-Data n°41322 (commercial) ; Poitiers 22 octobre 1986, Juris-Data n°47602 (rural) ; Aix 3 mars 1988, Juris-Data n°44871 ; Paris 6e ch. B 7 février 1991, Juris-Data n°20255 (absence de prise en compte des relations amicales) ; Angers 16 avril 1991, Juris-Data n°43496 ; Paris 6e ch. A 28 mai 1991, Juris-Data n°21991 (question posée : convention occupation précaire ETP verbal).
V. en doctrine, doutant de la possibilité de conventions d'occupation précaire verbales : C. ROY-LOUSTAUNAU, Thèse précitée, p.137).

déterminée, variable selon le type de cause de précarité (courte pour la vente et l'indivision, par exemple), la nature du bien concerné (terrain ou immeuble) et la qualité du propriétaire (personne publique ou privée, morale ou physique).

II - LES BOULEVERSEMENTS D'UNE GESTION RIGIDE : LA CESSION EXCLUSIVE DE FRUITS

723.– Le législateur n'est pas toujours si... tolérant, comme l'atteste la réglementation récente des cessions exclusives de fruits, pour l'application du statut des baux ruraux. Il est inutile de revenir en détail sur le conflit classique opposant le bail rural, soumis au statut du fermage, à la vente d'herbe, qui échappe à ce régime impératif. Il suffit de rappeler que la jurisprudence, pour le trancher, s'attachait à déterminer la nature de l'obligation principale et caractéristique assumée par le propriétaire de l'herbage, transfert de jouissance ou de propriété, à partir de plusieurs indices, dont le principal était l'obligation pour l'occupant d'exécuter certains travaux[1].

Ce contentieux classique est désormais obsolète, depuis la mise en vigueur de deux lois de 1980 et 1984, qui ont réglementé de manière de plus en plus précise et impérative, le domaine d'application du statut du fermage. L'optique générale des deux textes est claire : il s'agit d'éviter que les contractants ne se soustraient trop facilement à la réglementation d'ordre public, en élaborant des accords d'une nature ambiguë ou douteuse, aux contours trop fuyants ou aux critères trop subjectifs pour que le juge puisse en apprécier facilement la qualification[2].

Ce courant jurisprudentiel confirme d'ailleurs que l'existence d'une cause objective de précarité est un élément de définition de cette qualification, car une telle cause objective ne peut être prouvée dans le cas d'une convention verbale (ce que certaines décisions relèvent expressément : Paris 8 juin 1983 et Aix 3 mars 1988, précités). Une véritable convention d'occupation précaire, en raison de l'objet loué (porte cochère) serait en revanche parfaitement concevable. Certaines décisions sont en apparence en sens contraire, mais elles ne constituent pas de véritables hypothèses de conventions d'occupation précaire (v. pour des contrats sans contrepartie sérieuse : Paris 1e ch. urg. 8 juillet 1986, Juris-Data n°23921 ; Paris 6e ch. B 15 septembre 1988, Juris-Data n°27847 ; Paris 11 juillet 1990, Juris-Data n°23222 ; v. pour des contrats avec un prix en nature : Angers 30 novembre 1981, Juris-Data n°41657 ; Paris 3 mars 1983, Juris-Data n°21554 ; Colmar 1 octobre 1990, Juris-Data n°47231 ; v. pour une occupation accessoire à une promesse unilatérale de vente : Paris 23 novembre 1984, Juris-Data n°26843).

Rappr. Limoges 24 septembre 1987, Juris-Data n°44807 (refus d'un bail verbal de deux ans).

(1) Cf. supra n°512 et s.

(2) V. Ph. REMY, obs. RTD civ. 1987, p.111 ; A. LASSAUBATJEU-ANDRE, chr. citée note suivante, n°4 ; interventions CORNETTE devant l'Assemblée Nationale et le Sénat, citées par J. FOYER, chr. Rev. dr. rur. 1981, p.264.

724.– Dans sa rédaction résultant de la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980, l'ancien article 809-1 du Code rural, devenu l'article L.411-1, après la révision de la codification opérée par le décret 83-212 du 16 mars 1983[1], dispose que «toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter» est régie par le statut du fermage. L'alinéa 2 de ce texte ajoute qu'«il en est de même de toute cession exclusive des fruits de l'exploitation lorsqu'il appartient à l'acquéreur de les recueillir ou faire recueillir, à moins que le cédant ne démontre que le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue du bien»[2].

725.– La rédaction actuelle de l'article L.411-1 date de la loi du premier août 1984, qui a retouché le texte, dans un sens encore plus restrictif : «toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter est régie par les dispositions du présent titre, sous les réserves énumérées à l'article L.411-2. Cette disposition est d'ordre public. Il en est de même, sous réserve que le cédant ou le propriétaire ne démontre que le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue ou répétée des biens et dans l'intention de faire obstacle à l'application du présent titre : - de toute cession exclusive des fruits de l'exploitation lorsqu'il appartient à l'acquéreur de les recueillir ou de les faire recueillir...»[3]. Cette nouvelle formulation apporte trois modifications à la loi de 1980, d'importance inégale. La référence à l'absence d'intention frauduleuse ne présente aucun intérêt : le principe va de soi, et la jurisprudence l'a toujours respecté, tant pour les ventes d'herbe que pour les conventions d'occupation précaire. En ce domaine, d'ailleurs,

---

(1) J. MEGRET, «Codification des textes concernant les baux ruraux», Gaz. Pal. 1983-2-p.367.

(2) Sur cette loi, cf. en doctrine : J. LACHAUD, «Les retombées de la loi d'orientation agricole. Feu le contrat de vente d'herbe», Gaz. Pal. 1981-1-doc. p.126 ; Y. JEGOUZO, Rev. dr. imm. 1980, p.351 ; J. MEGRET, «La loi d'orientation agricole de 1980», Gaz. Pal. 1980-2-doct. p.510 ; «Quelques problèmes posés par les baux ruraux à la suite de la loi du 4 juillet 1980», Gaz. Pal. 1982-1- doc., p.267 ; A. LASSAUBATJEU-ANDRE, «Les aménagements apportés au statut du fermage par la loi d'orientation agricole», Defrénois, art. 32500, n°6 ; M. ECARY, «Le contrat de vente d'herbe et le statut du fermage depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi d'orientation agricole», Defrénois 1981, art. 32625, p.575 ; J. FOYER, «Les dispositions nouvelles en matière de baux ruraux», Rev. dr. rur. 1981, p.256 et s., spéc. n°62 et s., p.265 et s. ; P. OURLIAC, «Les innovations en matière de statut du fermage et de contrôle des structures», Rev. dr. rur. 1980, p.473 et s. ; J.-F. LE PETIT, «La loi d'orientation agricole», Gaz. Pal. 1982-1-doc p.198 ; J. VIATTE, «Baux ruraux et statut du fermage (à propos de l'article 809-1 du Code rural)», Rev. Loyers 1981, p.57.

(3) Sur cette loi, cf. en doctrine : J. LACHAUD, «Commentaire de la loi du 1 août 1984», Gaz. Pal. 1984-2-doc. p.548 ; P. OURLIAC et M. DE JUGLART, «Statut du fermage et structure agricole», JCP 1985, I, 3179, n°19-20 ; J. MEGRET, «La loi du 1 août 1984 n°84-741», Gaz. Pal. 1985-1-doc. p.97 ; A. LASSAUBATJEU-ANDRE, «Les nouveaux aménagements apportés au statut du fermage par la loi du 1 août 1984», Defrénois 1984, p.1265 ; J.-M. GILARDEAU, «Commentaire de la loi 84-741 du 1 août 1984», JCP éd. N 1984, Prat. p.433 et s., spéc. n°99 et s., p.443 et s. ; Ch. DUPEYRON, J.-P. THERON et J.-J. BARBIERI, «Droit agraire», 1° vol., «Droit de l'exploitation», Economica, n°712 et s., spéc. n°721 ; J. HUDAUT, «Les ventes d'herbes en Corse», Gaz. Pal. 1990-1-p.172.

l'essentiel ne réside pas dans l'établissement de grands principes, mais dans la difficulté de leur application pratique, notamment sur le plan probatoire, problème que la loi prend justement à bras le corps...[1] L'affirmation du caractère d'ordre public laisse perplexe et elle semble trouver sa justification dans les péripéties parlementaires : elle était prévue, à l'origine, pour conférer à la réforme une nature interprétative, que la Cour de cassation avait refusé à la loi de 1980, mais l'article 27 de la loi définitivement votée, qui affirme que «les dispositions de la présente loi sont applicables aux baux en cours», paraît supprimer la difficulté[2], et, semble-t-il l'intérêt du texte[3], pour les ventes d'herbe en tout cas[4]. En définitive, l'apport majeur de la loi de 1984 est sans aucun doute la restriction des moyens d'éviter l'application du statut : la cession des fruits ne doit avoir été conclue, ni en vue d'une utilisation continue, ni en vue d'une utilisation répétée du fonds rural.

726.- Dans une première approche, l'article L.411-1 paraît instituer un pur système probatoire, en créant une présomption d'application du statut du fermage, qui supporte la preuve contraire(5). En examinant le mécanisme de ce texte de façon plus approfondie, il est facile de se convaincre que cette disposition va beaucoup plus loin que les systèmes déjà rencontrés de présomption de la structure d'obligations de l'accord concret voulu par les parties[6] : ce sont les critères même de qualification qui sont modifiés.

Trois éléments conditionnent préalablement l'application du statut du fermage.

---

(1)Comp. J. LACHAUD, chr. précitée, p.549. Même si l'utilisation n'est ni continue, ni répétée, il faudrait vérifier qu'il y a fraude. L'hypothèse sera rare, mais concevable, par exemple dans le cas de conventions conclues pour une seule saison avec un agriculteur, le propriétaire changeant chaque année de cessionnaire, mais contractant, en fait (sur plusieurs années), toujours avec les mêmes acquéreurs (sorte de ventes d'herbe «tournantes», avec un cycle).

(2)J. LACHAUD, chr. précitée, p.549 ; A. LASSAUBATJEU-ANDRE, chr. précitée, n°7 ; cf. cependant infra n°734.

(3)V. cep. J. LACHAUD, chr. précitée, p.549 (nullité des renonciations même postérieures à la conclusion). Comp. J. HUDAULT, obs. Gaz. Pal. 1984-1-pan 258, qui y voit la confirmation du caractère simple de la présomption posée par la loi de 1980. Mais cette analyse paraît inexacte, même au regard de la loi de 1980, qui pose une règle de fond (cf. infra n°727).

(4)L'adjonction incite à une interprétation limitative de la liste des conventions d'occupation précaire visées par l'article L.411-2 (cf. supra n°718).

(5)Si présomption il y a, elle ne résulte pas, de toute manière, du seul alinéa 1 de l'article L.411-1 : en visant une «mise à disposition», le texte n'empêche pas les discussions traditionnelles sur l'existence ou pas de ce transfert de jouissance (cf. en ce sens : J. FOYER, chr. précitée, n°61, p.264-265, qui ne parle de présomption que pour l'onérosité ; J. MEGRET, chr. précitée, p.510, qui ne parle de présomption que pour les cessions de fruits ; contra, semble-t-il, J. HUDAULT, obs. précitées, Gaz. Pal. 1984-1-pan. p.258 ; P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note JCP 1985, II, 20516). La réglementation impérative de la qualification ne concerne que les cessions de fruits et depuis 1984, la prise en pension d'animaux. Il n'est pas possible de tirer argument d'une mise à disposition «à titre onéreux» pour présumer la soumission de la vente d'herbe au statut du fermage : la cause de la jouissance du terrain dans ce contrat est de permettre la récolte (accessoire par destination) ; elle ne constitue pas la contrepartie principale du paiement du prix.

(6)Cf. supra n°81-83.

En premier lieu, les parties doivent avoir conclu un contrat onéreux[1]. L'article L.411-1, ne peut jouer à défaut d'accord de volontés et le statut du fermage ne pourrait s'appliquer au simple fait d'occupation d'un terrain, à défaut du consentement de son propriétaire. L'exigence paraît aller de soi, mais elle suscite un contentieux important[2], qui ne peut aller qu'en augmentant, puisqu'une fois acquis le principe d'une convention, la détermination de son régime échappe quasi-complètement aux parties.

Ensuite, le contrat doit porter sur une «cession exclusive des fruits de l'exploitation». La formule est assez malheureuse et chacun de ses termes pose problème. Dans l'optique du texte, qui est de poursuivre les accords d'une nature douteuse qui peuvent dissimuler un bail sous une vente, l'emploi du mot cession est trop précis, car il ne correspond qu'à un contrat de vente[3]. En réalité, le système légal, pour s'appliquer, ne s'intéresse qu'au résultat : l'occupant du sol devient, après l'exécution de la convention, propriétaire des fruits[4]. De plus, l'adjonction du qualificatif «exclusif» reste ambiguë. Certains auteurs appliquent ce terme aux fruits : le mécanisme légal serait inapplicable si la cession ne porte pas sur tous les fruits de l'exploitation[5] ou si elle porte, en même temps, sur autre chose qu'eux[6]. D'autres le rattachent à la personne de l'acquéreur : est exclusive la cession de fruits qui est faite en faveur d'un acheteur unique et qui n'est partagée, ni avec d'autres cessionnaires[(7)], ni avec le bailleur[8]. Surtout, la mention selon laquelle les fruits doivent provenir de l'exploitation, est une source d'hésitation. Pour une juridiction, cette indication

---

(1)Il existe un contentieux non-négligeable sur les mises à disposition gratuites, v. par ex : Civ. 3e 1 mars 1989, Rev. dr. rur. 1989, p.317 (2e espèce) ; Civ. 3e 31 octobre 1989, Rev. dr. rur. 1990, p.98 ; Civ. 3e 8 novembre 1989, Rev. dr. rur. 1990, p.140 (Godet/Robinet) ; Civ. 3e 21 février 1990, Rev. dr. rur. 1990, p.293 ; Civ. 3e 21 mars 1990, Rev. dr. rur. 1990, p.399 ; Civ. 3e 20 juin 1990, Rev. dr. rur. 1990, p.457 ; Civ. 3e 30 janvier 1991, Rev. dr. rur. 1991, p.226 ; Civ. 3e 4 avril 1991, Rev. dr. rur. 1991, p.311 ; Civ. 1e 9 juillet 1991, Rev. dr. rur. 1991, p.397. Comp. J. FOYER, chr. précitée, n°61, qui estime qu'une rémunération symbolique peut suffire.

(2)V. en doctrine : L. LORVELLEC, «Droit rural», n°141 et s. ; R. SAVATIER, Rép. civ., v° Baux ruraux, n°136 et s. V. déjà : R. TORTAT, Thèse précitée, p.230 et s.

(3)Cf. supra n°512 et s. ; cf. aussi infra n°726 (dernière note), sur l'exclusion de l'usufruit.

(4)Comp. avec l'intervention R. DE BRANCHE, citée par J. FOYER, chr. précitée, note 82, p.265 (l'exemple invoqué, faute de cession, ne peut entraîner l'application du statut du fermage).

(5)J. MEGRET, chr. précitée, p.510 ; Civ. 3e 17 octobre 1990, D. 1990, IR, p.240 ; Rev. dr. rur. 1990, p.545 ; rappr. dans le même sens, semble-t-il : Riom 4 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985-1-p.2, note J. LACHAUD ; Riom 4 mars 1985, Gaz. Pal. 1988-1-somm. p.218 ; Rev. dr. imm. 1991, p.113, obs. crit. J. FOYER et J. HUDAULT. La solution n'est pas convaincante. Le texte parle «des» fruits, non de tous les fruits et rien n'empêche une dissociation.

(6)Ch. DUPEYRON et autres, op. cit., n°717.

(7)Riom 4 mars 1985, Gaz. Pal. 1988-1-somm. p.218 ; J. VIATTE, chr. précitée, p.59. Ici, la solution s'impose avec évidence, car la vente n'est rien d'autre que le mode normal de commercialisation des produits d'un exploitant agricole. Si celui-ci autorise, par exemple, des particuliers à venir cueillir eux-même des fruits dans sa propriété, il n'entend pas, pour autant, en faire des fermiers ! (dans l'hypothèse de conventions répétée, depuis 1984, cf. J. FOYER, chr. précitée, note 102, p.266).

(8)J.-F. LE PETIT, chr. précitée, p.202 ; J. VIATTE, chr. précitée, p.59.

réserve le texte aux fruits nécessitant un travail agricole et exclut ceux qui poussent «naturellement»[1]. Pareille interprétation aboutit à vider de son contenu l'intervention du législateur de 1980, en excluant les ventes d'herbe de son domaine d'application. Son exclusion s'impose, ce qu'admettent la doctrine(2) et le législateur de 1984[3].

Enfin, pour pouvoir jouer, le mécanisme de l'article L.411-1 suppose que c'est l'acquéreur qui recueille, ou fait recueillir pour son compte, les fruits qu'il acquiert. La précision est intéressante, car cette exigence était déjà présente, implicitement, avant 1980[4] et, une fois n'est pas coutume, c'est le législateur qui l'explicite plus clairement que la jurisprudence. En effet, une confusion bail-vente, donc une faculté de fraude, n'est pas possible quand le propriétaire de l'herbage coupe l'herbe lui-même et la délivre à l'acheteur, qui n'occupe jamais le terrain. L'ambiguïté entre les deux qualifications ne surgit que lorsque l'acquéreur est présent sur la pâture pour l'exécution du retirement, en particulier par le biais du simple pâturage de ses bêtes. En ce cas, la situation apparente résultant de l'exécution du contrat peut se rattacher, a priori, aussi bien au bail qu'à la vente(5).

727.- Dès que ces trois conditions sont remplies, le statut du fermage a vocation à s'appliquer, sauf pour le propriétaire à ramener la preuve contraire. A s'en tenir là, les lois de 1980 et 1984 instituent une présomption simple[6] ; elles n'ont modifié les solutions antérieures, qu'en introduisant un renversement de la charge de la preuve : «c'est désormais au cédant et non plus au cessionnaire de détruire les apparences»[7].

---

(1) Aix 8 décembre 1982, JCP éd. N 1983, II, p.225, obs. crit. J.-P. MOREAU ; Gaz. Pal. 1983-1-p.56, note J. LACHAUD ; Riom 21 mars 1988, Gaz. Pal. 1989-2-p.537, note J. PREVAULT. Adde en doctrine, nuancé G. VERMELLE, obs. Defrénois 1984, p.1488-1489.
Contra, semble-t-il : Civ. 3e 15 mai 1991, Rev. dr. rur. 1991, p.354, obs. J.-M. GILARDEAU.

(2) J.-P. MOREAU, obs. précitées. Les conventions pluriannuelles de pâturage (loi du 3 janvier 1972) sont-elles concernées par ce texte ? Non, selon un auteur, qui justifie sa position moins par le fait que l'herbe de montagne n'est pas le fruit d'une exploitation, que parce qu'il existe, en l'espèce, un texte spécial (J. LACHAUD, chr. précitée, p.127 ; comp. déjà beaucoup plus hésitant, note Gaz. Pal. 1983-2-p.59). Mais cette opinion a été émise dans un commentaire de la loi de 1980, qui visait ces textes spéciaux et qui, par la seule exigence d'une jouissance continue, s'appliquait difficilement à des transhumances saisonnières. Depuis la loi de 1984, sauf conclusion d'un contrat unique, seules les conventions pluriannuelles peuvent permettre d'échapper au statut mais, faut-il le rappeler, ces contrats sont des baux. Il ne resterait donc que trois possibilités : une vente d'herbe conclue pour une seule année, des conventions pluriannuelles de deux ans au moins et des baux ruraux de neuf ans au moins.

(3) Cf. J. LACHAUD, chr. précitée, p.548, citant le rapport MICHEL.

(4) cf. supra n°512 et s.

(5) L'apparence pourrait d'ailleurs correspondre aussi à un usufruit conventionnel. Or, celui-ci échappe au statut du fermage (cf. J. MEGRET, chr. précitée, p.510 ; J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», Litec 1979, n°16) et aussi, au mécanisme de l'article L.411-1, bien le fondement technique de l'exclusion reste flou (semble-t-il, parce qu'il n'y a pas de «cession»).

(6) J. HUDAULT, obs. précitées, Gaz. Pal. 1984-1-pan. p.257.

(7) J. FOYER, chr. précitée, n°64, p.265. Sur le principe de ce renversement la doctrine est unanime : M. ECARY, chr. précitée, n°2, p.576 ; A. LASSAUBATJEU-ANDRE, chr. précitée, n°6 in fine ; Ch. DUPEYRON et autres, op. cit., n°719.

Une telle présentation demeure pourtant fort approximative : l'incertitude doctrinale qui affecte la détermination de l'objet de la présomption en constitue un bon indice. Selon les auteurs, il s'agit d'une présomption de fait[1], de fraude[2], d'application du statut du fermage[3] ou de bail rural[4].

Pour trancher cette difficulté, il convient de s'attacher au contenu de la preuve exigée du cédant. Si cette preuve était libre, il serait adéquat d'évoquer l'existence d'une présomption de bail rural ou d'application du statut du fermage : à certaines conditions, la loi présumerait que les parties ont conclu un bail, mais le présumé «bailleur» serait autorisé à démontrer que l'accord passé correspondait en réalité à une vente d'herbe. Telle n'est pas la solution adoptée par l'article L.411-1. Le contenu de la preuve contraire que le cédant doit apporter est soigneusement encadré[5]. Il ne peut échapper à l'application du statut du fermage, qu'en prouvant que la jouissance du fonds n'est ni continue, ni répétée(6). Autrement dit, la loi pose en définitive quatre conditions pour déclencher la mise en œuvre du statut impératif : un contrat onéreux, une acquisition de la propriété des fruits, une occupation du terrain par l'acquéreur, qui en jouit de manière continue ou répétée. Si ces quatre conditions sont remplies, le statut du fermage régit obligatoirement l'accord conclu par les parties, sans aucune échappatoire possible. L'article L.411-1 contient bien une règle probatoire, en l'occurrence une présomption simple, renversable par tout moyen, mais son objet est très limité : la présence des trois premières conditions (contrat, cession exclusive des fruits et occupation du terrain) fait présumer celle de la quatrième (continuité ou répétition)[7]. Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, l'article L.411-1 aboutit effectivement à une présomption d'application du statut du fermage. L'aspect

---

V. en jurisprudence : Civ. 3e 14 décembre 1988, Rev. dr. rur. 1989, p.214 ; Soc. 8 février 1989, Bull. civ., V, n°102, p.62.

(1)A. LASSAUBATJEU-ANDRE, chr. précitée, n°5.

(2)M. ECARY, chr. précitée, n°2 ; J. HUDAULT, obs. précitées Gaz. Pal. 1984-1-pan. p.257, chr. précitée, p.173-174 ; P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note JCP 1986, II, 20662 (ces derniers auteurs constatent d'ailleurs que cette analyse conduit à une impasse, puisque la preuve de l'absence de fraude ne suffit pas à faire échapper au statut du fermage un contrat comportant une jouissance continue ou répétée).

(3)J.-P. MOREAU, obs. JCP éd. N 1984, II, p.209 ; J. HUDAULT, obs. JCP éd. N 1984, II, p.73, spéc. 74 ; chr. précitée, p.173.

(4)J. FOYER, chr. précitée, n°64, p.265 ; J.-F. LE PETIT, chr. précitée, p.202 ; J. HUDAULT, obs. JCP éd. N 1984, II, p.73, spéc. p.73-74-75 ; P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note JCP 1985, II, 20516.
En jurisprudence : Tb. par. Bayonne 7 mai 1985, JCP 1986, II, 20662 ; Pau 28 novembre 1985, même référence.

(5)Cf. en ce sens : J. FOYER, chr. précitée, n°64, p.265.

(6)Pour la rédaction actuelle du texte. Entre 1980 et 1984, la preuve de l'absence de continuité suffisait.

(7)Cf. en ce sens : J. VIATTE, chr. précitée, p.59 ; G. VERMELLE, obs. Defrénois 1984, p.1488 ; J. MEGRET, chr. précitée, p.510 : «il y a présomption que le contrat portant cession exclusive de fruits a été conclu à cette fin» (utilisation continue).

probatoire de ce texte demeure cependant secondaire, par rapport à la règle de fond[1] qu'il dissimule : en précisant impérativement les conditions d'application du statut du fermage, le législateur est intervenu directement dans l'opération de qualification dans une mesure dont la portée reste délicate à préciser.

728.– Incontestablement, l'article L.411-1 a modifié les critères de détermination des contrats soumis au statut du fermage.

Avant 1980, le domaine d'application du statut reposait, malgré son caractère impératif, sur un système classique : le statut correspondait au régime, global et inévitable, d'une qualification contractuelle, d'une structure précise d'obligations, à savoir une mise à disposition à titre onéreux . Si le contrat conclu par les parties n'était pas un bail mais, par exemple, une vente d'herbe, il échappait à l'application du statut. Ce système n'était qu'une illustration de la trilogie habituelle : structure concrète stipulée par les contractants (objet à qualifier), structure normative (critère de qualification) et régime (conséquence de la qualification). La nature du contrat demeurait une condition nécessaire de l'application du statut. La jurisprudence respectait cette idée, puisqu'en recherchant la présence éventuelle d'une obligation d'exploiter à la charge de l'occupant, c'est en réalité la nature de l'obligation caractéristique assumée par le propriétaire du terrain qu'elle entendait déterminer.

729.– Depuis les réformes récentes, tout est changé et, sous une réserve précisée plus loin[2], les critères anciens n'ont plus cours[3].

Pour la loi de 1980, cette rupture ne fait pas l'unanimité et certains auteurs estiment qu'au delà de l'exigence d'une jouissance discontinue, il est facile de retrouver l'ancienne distinction[4] : derrière la continuité de l'occupation, ce serait toujours la

---

(1)V. admettant le mélange de conditions de fond et de preuve : Ph. REMY, obs. RTD civ. 1987, p.113 ; J. VIATTE, chr. précitée, p.59.
Contra : J. HUDAULT, obs. précitées Gaz. Pal. 1984-1-pan. p.257 ; JCP éd. N 1984, II, p.75 et 76.

(2)Cf. infra n°731 in fine.

(3)V. en ce sens : Ph. REMY, obs. précitées, RTD civ. 1987, p.113 ; J. FOYER, chr. précitée, n°63-64, p.265-266 ; J.-F. LE PETIT, chr. précitée, p.202 ; J. VIATTE, chr. précitée, p.59 ; G. VERMELLE, obs. Defrénois 1984, p.1489 ; J. LACHAUD, chr. précitée, Gaz. Pal. 1981-1-p.216.
En jurisprudence, cf. en ce sens : Pau 28 novembre 1985, JCP 1986, II, 20662, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; contra : Tb. par Bayonne 7 mai 1985, JCP 1986, II, 20662 ; Riom 21 mars 1988, Gaz. Pal. 1989-2-p.537 ; ambigu : Tb. par Murat 19 février 1988, Gaz. Pal. 1989-1-p.125, note J. PREVAULT (le jugement indique que la présomption «de ruralité» tombe si le propriétaire démontre «que la qualification de vente d'herbe correspond à la réalité, en établissant notamment» l'absence de continuité ou de répétition ; le tribunal finit par se référer au critère légal, mais en le déformant complément).

(4)Cf. A. LASSAUBATJEU-ANDRE, chr. précitée, n°6 : l'exploitation continue «suppose nécessairement un travail d'entretien cultural» ; M. ECARY, chr. précitée, n°2 et 3.

nature de l'obligation principale assumée par le propriétaire qui servirait de critère. L'analyse est partiellement convaincante. Malgré les incertitudes portant sur la définition de cette notion[1], l'utilisation «continue» semble correspondre à une occupation qui se maintient même pendant les périodes qui ne sont pas nécessaires à la récolte[2]. Elle rejoint ainsi l'un des indices utilisés par la jurisprudence pour distinguer le bail de la vente : la jouissance de l'acheteur est limitée, «finalisée» par le seul objectif du retirement[3]. L'analogie n'est pourtant pas sans limite. Avant 1980, cette discontinuité n'était que l'indice de la nature d'une obligation principale, qui pouvait être contredite par d'autres éléments : la qualification de vente d'herbe n'était pas incompatible avec une jouissance continue[4]. Tel n'est plus le cas dans la loi de 1980 : le critère légal est impératif et une utilisation continue du fonds entraîne nécessairement l'application du statut du fermage.

730.– Aucune hésitation ne subsiste depuis 1984. Même discontinue, une jouissance répétée suffit à déclencher la mise en œuvre du régime d'ordre public[5]. La rupture est consommée : la jouissance d'un terrain aux seules périodes nécessaires à la récolte de ses fruits, sans obligation de l'exploiter, n'est pas un bail, mais une vente d'herbe. La conclusion de l'accord pour plusieurs saisons n'y change rien. Or, depuis 1984, seul un contrat conclu pour une seule récolte peut échapper au statut. Cette situation emporte deux indications essentielles. D'une part, le statut du fermage a désormais vocation à régir des contrats qui n'avaient pas la nature d'un bail avant 1980. D'autre part, la nature de l'obligation caractéristique du propriétaire du terrain n'est plus le critère déterminant la frontière de ce statut. Le législateur n'appuie plus le régime de la convention sur une structure normative qu'il faudrait rechercher dans le contrat réellement conclu par les parties ; il rattache directement ce régime (en l'occurrence, le statut) à quelques éléments caractéristiques apparents de l'accord

---

(1)V. J. LACHAUD, chr. précitée, Gaz. Pal. 1981-1-doc. p.127 ; A. LASSAUBATJEU-ANDRE, chr. précitée, n°6 ; M. ECARY, chr. précitée, n°3 ; J.-F. LE PETIT, chr. précitée, p.202 ; P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note JCP 1985, II, 20516.

(2)V. en ce sens : M. ECARY, chr. précitée, n°3 et obs. Defrénois 1982, p.203, spéc. p.204 ; rappr. la position voisine, semble-t-il de Ch. DUPEYRON et autres, op. cit., n°717-718 ; contra : J. MEGRET, Gaz. Pal. 1982-1-doct. p.267. Adde l'amendement socialiste évoqué par J. FOYER, chr. précitée, n°62, p.265, qui exigeait, d'une manière très précise, que «l'acquéreur ou un tiers ne participe pas autrement qu'à la récolte à la mise en valeur de l'exploitation».

(3)Comp. les objections de J. LACHAUD, chr. précitée, Gaz. Pal. 1981-1-p.126, qui estime que ce critère était abandonné, analyse dont l'inexactitude a déjà été démontrée (cf. supra n°514 (note)) ; adde aussi la critique de J. FOYER, chr. précitée, n°64, p.266).

(4)V. (pour l'hypothèse de fait) : Riom 4 octobre 1984, précité (jouissance continue sans obligation d'entretien). Rappr. aussi les coupes de bois (exemple cité par Ch. DUPEYRON et autres, n°712), qui peuvent se pratiquer toute l'année.

(5)Sur la notion de jouissance répétée, cf. en doctrine : J. LACHAUD, chr. précitée, Gaz. Pal. 1984-2-p.549 ; A. LASSAUBATJEU-ANDRE, chr. précitée, Defrénois 1984, n°9, p.1269. Rappr. en jurisprudence, contestable : Tb. par Murat 19 février 1988, précité.

concret voulu par les parties -occupation du terrain par un contractant, continuité ou répétition de celle-ci- sans se préoccuper du reste de la structure d'obligations. Le statut du fermage n'est pas encore rattaché à une pure situation de fait(1). La jouissance doit avoir une origine contractuelle. De plus, en se référant à l'absence d'une conclusion «en vue» d'une utilisation continue ou répétée, le législateur semble conserver la solution antérieure, selon laquelle c'est l'utilisation convenue d'un commun accord qui importe, à l'exclusion de tout comportement unilatéral ultérieur de l'acquéreur. Ce dernier ne peut bénéficier du statut en occupant de son propre chef, de manière continue, un terrain dont il ne peut jouir, contractuellement, que de façon discontinue[2]. L'existence du contrat et son contenu conservent donc un certain rôle. Néanmoins, ce rôle s'est modifié, et c'est désormais la loi qui précise impérativement les critères dont il convient de tenir compte, pour déclencher l'application du statut du fermage[3].

731.- Ce nouveau système légal appelle d'ores et déjà deux remarques. Tout d'abord, il constitue une indiscutable rupture avec ces solutions jurisprudentielles antérieures. Aboutissant à soumettre des contrats dont la nature peut correspondre à une vente, à un régime normalement conçu pour le bail, il était normal, à défaut de prise de position expresse du législateur sur ce point, de lui refuser tout caractère interprétatif[4]. Ensuite, cette modification s'accompagne d'une réduction drastique des possibilités de conclure un contrat de vente d'herbes[5]. Une telle convention suppose à

---

(1)Le statut n'est pas encore attaché au fait brut de l'occupation (v. par exemple : Civ. 3e 13 novembre 1975, D. 1976, IR, p.39).
Rappr. R. SAVATIER, «Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui Structures matérielles et Structures juridiques», Etudes RIPERT, T.1, p.74 et s. et spéc. p.76 : «le donné réel immédiat est en train de se débarrasser du construit». L'auteur cite en exemple la relation de travail et illustre la catégorie des «structures de fait», par l'occupation d'un logement, source d'un droit au maintien (p.83). L'assimilation des «structures de fait» à une «situation de fait» a été critiquée (R. HOUIN, «Rapport général sur les situations de fait», Travaux de l'Association Capitant, T.11, 1960, p.320, spéc. p.323, qui y voit une structure juridique, bien que non contractuelle). V. cep. réintroduisant le maintien dans les lieux dans les situations de fait : J. NOIREL, «Le droit civil contemporain et les situations de fait», RTD civ. 1959, p.456 et s., spéc; n°22, p.469. Contra, pour une nouvelle exclusion : L. LEVENEUR, «Situation de fait et droit privé», Thèse LGDJ 1990, n°3-4, texte et note 24 (l'auteur exige deux conditions : l'absence d'une exigence légale de la situation de droit correspondante et l'application partielle du régime de celle-ci).

(2)En ce sens : M. ECARY, chr. précitée, n°4 (qui recommande une certaine vigilance, cependant).

(3)En ce sens : Ph. REMY, obs. précitées, RTD civ. 1987, p.113.

(4)Tb. par baux rur. Rouen 17 décembre 1980, JCP éd. N 1984, II, p.73, note J. HUDAULT ; Civ. 3e 2 juin 1982, JCP éd. N 1983, II, p.25 ; Civ. 3e 5 décembre 1984, JCP 1985, II, 20516, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART.

(5)La révolution s'est faite ... progressivement. Le contrat de vente d'herbe n'est pas «mort» en 1980, comme l'annonçait un auteur (J. LACHAUD, chr. précitée, Gaz. Pal. 1981-1-doc. p.126, «Feu le contrat de vente d'herbe» ; contra : M. ECARY, chr. précitée, conclusion) et c'est au contraire la loi de 1984 qui lui a donné le coup de grâce (le silence de certains auteurs est à cet égard fort surprenant : P. OURLIAC et M. DE JUGLART, chr. précitée, n°20 ; J. MEGRET, chr. précitée, Gaz. Pal. 1985-1-doc-p.98 ; J.-M. GILARDEAU, chr. précitée, n°107 et s.).

présent une utilisation discontinue et non répétée d'un fonds rural : autrement dit, la vente de récolte ne peut concerner qu'une saison[1]. Même dans ce cas, l'éviction du statut du fermage n'est pas acquise : il faut aussi que l'accord n'ait pas été conclu en vue d'échapper frauduleusement au statut, ce qui n'est nullement certain[2] et il convient également que l'occupant n'ait aucune obligation d'exploitation : en dehors du domaine du mécanisme impératif posé par les lois de 1980 et 1984, le système classique, reposant sur la nature de l'obligation assumée par le propriétaire, reprend le dessus[3]. Cette «raréfaction» de la vente d'herbe commence à se faire sentir en jurisprudence : les espèces qui échappent au statut du fermage sont peu nombreuses. L'examen de la jurisprudence confirme à cet égard les constatations faites précédemment : ce n'est pas la loi de 1980[4], mais celle de 1984[5], dont l'influence est la plus marquante.

---

(1)Conséquence logique : l'acquéreur doit changer tous les ans... (J. HUDAULT, chr. précitée, p.174).

(2)Cf. supra n°725 (note).

(3)V. en ce sens : Ch. DUPEYRON et autres, op. cit., n°718 ; J. HUDAULT, chr. précitée, p.174 ; plus incertain : J. LACHAUD note Gaz. Pal. 1987-2-p.419. Comp. Civ. 3e 11 octobre 1986, JCP éd. N 1987, II, p.49, obs. J.-P. MOREAU (où la qualification de vente d'herbe est maintenue malgré l'exécution des travaux de culture, mais ceux-ci étaient-ils convenus ?). V. aussi Civ. 3e 8 février 1984, Rev. dr. rur. 1984, p.477.
Dans tous les cas, une exclusion du critère classique, même pour les hypothèses échappant à l'article L.411-1, confirmerait deux choses :
- les critères anciens sont abandonnés
- le statut d'ordre public «perturbe» la qualification des contrats voisins (cf. supra n°693 et s.).

(4)Cf. aboutissant à une application du statut : Civ. 3e 12 juillet 1988, JCP éd. N 1989, II, p.81, note J.-P. MOREAU.
En faveur d'une cession échappant au statut : Aix 8 décembre 1982, JCP éd. N 1983, II, p.225, obs. J.-P. MOREAU (peu convaincant, puisque l'article 809-1 est écarte pour un motif discutable tiré de la notion de fruit de l'exploitation) ; Civ. 3e 8 février 1984, Rev. dr. rur. 1984, p.477 ; Riom 4 mars 1985, Gaz. Pal. 1988-1-somm. p.217 (discontinuité et absence de caractère exclusif) ; Civ. 3e 8 octobre 1986, JCP éd. N 1987, II, p.49, obs. crit. J.-P. MOREAU, Gaz. Pal. 1987-1-p.305, note P. CHALLINE et J.-F. LE PETIT (décision très ambiguë qui ne paraît pas respecter les nouveaux critères) ; Civ. 3e 17 décembre 1986, inédit, cité par J.-P. MOREAU, obs. JCP éd. N 1989, II, p.83, rejetant, semble-t-il, le pourvoi formé contre Riom 4 mars 1985, précité ; Civ. 3e 1 mars 1989, Rev. dr. rur. 1989, p.317.

(5)V. aboutissant à une application du statut : Riom 4 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985-1-p.2, note J. LACHAUD (solution sans doute inverse avant la réforme) ; Tb. par Bayonne 7 mai 1985, et sur appel, Pau 28 novembre 1985, JCP 1986, II, 20662, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; sur pourvoi (rejet) Civ. 3e 17 juin 1987, JCP éd. N 1987, II, p.230, obs. J.-P. MOREAU.
Les décisions écartant le statut sont moins nombreuses et... souvent plus discutables : Civ. 3e juin 1986, RTD civ. 1987, p.113, obs. Ph. REMY (difficile à apprécier, vu le caractère inédit de l'arrêt) ; Dijon 24 septembre 1986, Gaz. Pal. 1987-2-p.419, note J. LACHAUD (plus significatif, dans une espèce assez idéale, mais dont il est permis de se demander si elle ne relevait pas davantage de la convention d'occupation précaire, que de la cession de récolte : cession de récolte unique avec jouissance discontinue et sans travail d'entretien) ; Tb. par Murat 19 février 1988, Gaz. Pal. 1989-1-p.125, note J. PREVAULT (décision très critiquable : la répétition était établie pour le premier cessionnaire) ; Riom 21 mars 1988, Gaz. Pal. 1989-2-p.537, note J. PREVAULT (solution incontestable : occupation sans contrepartie et de surcroît non répétée).

732.- La qualification d'un contrat a pour but d'en déterminer le régime. En instituant de nouveaux critères permettant de préciser les conventions soumises au statut du fermage, les réformes de 1980 et 1984 sont intervenues directement dans le processus de qualification. L'influence minimale de ces interventions est facile à isoler : le nouveau système conduit à négliger la nature de l'obligation caractéristique du propriétaire du terrain. Autrement dit, le statut peut concerner des contrats qui, avant 1980, avaient la qualification soit de bail, soit de vente[1]. Toute la question est de savoir si cette nature initiale a été modifiée par les deux réformes : celles-ci se contentent-elles d'appliquer le statut à des contrats dont l'obligation caractéristique demeure celle d'une vente d'herbe (transfert de propriété) ou, de manière plus radicale, aboutissent-elles à changer la nature de cette obligation en mise à disposition ?

733.- La première analyse, qui présuppose le maintien de la nature ancienne de vente aux contrats nouvellement entrés dans le champ d'application du statut du fermage, semble plus prudente. Dans cette conception, le statut gouverne deux qualifications distinctes, deux structures d'obligations spécifiques : une «mise à disposition» onéreuse, correspondant à un bail et une «cession exclusive de fruits», se référant à une vente(2). Cette position, qui paraît être celle d'une partie de la doctrine[3], peut se recommander du texte même des lois de 1980 et 1984. Les deux réformes imposent explicitement la soumission de certaines «cessions» exclusives de fruits au statut du fermage. Or, le terme de cession est approprié dans le cadre d'une vente, non dans celui d'un bail, où le preneur devient directement propriétaire des fruits produits par le fonds, sans que ceux-ci ne transitent par le patrimoine du bailleur. De surcroît, cette définition nouvelle du domaine du statut s'inscrit dans une tendance législative

---

(1)Ce «basculement» d'anciens contrats de vente d'herbe dans le domaine du statut du fermage n'est pas discuté : J. LACHAUD, chr. précitée, p.126 ; J. MEGRET, Gaz. Pal. 1985-1-doct. p.98.

(2)Pour un auteur, certains contrats d'entreprise mériteraient de venir allonger la liste (J.-M. GILARDEAU, chr. précitée, n°109. Rappr. pouvant effectivement renforcer cette opinion : Civ. 3e 28 janvier 1987, D. 1987, IR, p.27 ; Tb. par Murat 19 février 1988, Gaz. Pal. 1989-1-p.125, note J. PREVAULT (montage habile où les travaux sont facturés séparément et où il sont exécutés par quelqu'un d'autre que le cessionnaire : le lien de parenté unissant l'acheteur et l'entrepreneur incite à considérer ce montage comme frauduleux) ; Civ. 3e 11 janvier 1989, Rev. dr. rur. 1989, p.208 ; Civ. 3e 20 novembre 1991, Rev. dr. rur. 1992, p.35 ; JCP éd. N 1992, II, p.112, obs. J.-P. MOREAU (plus sévère, mais la situation semblait avoir évolué).
Cette position rejoint celle adoptée par un auteur avant la réforme de 1980 (J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», Litec 1979, n°17), laquelle était confortée par quelques décisions (Soc. 26 janvier 1956, Bull. civ., IV, n°82, p.60 (contrat de «culture à demi», inassimilable au bail) ; Soc. 24 mai 1962, Bull. civ., IV, n°476, p.382 (qualification d'entreprise rejetée au profit du bail) ; Soc. 8 octobre 1964, Bull. civ., IV, n°657, p.540) (même solution) ; v. aussi Soc. 23 mai 1964, Bull. civ., IV, n°431, p.351, cassant Paris 27 juin 1962, D. 1963, p.5, note V. DELACROIX).

(3)Ph. REMY, obs. RTD civ. 1987, p.113 ; M. ECARY, chr. précitée, n°2.

récente déjà rencontrée : pour mieux cerner certaines opérations économiques, le législateur est de plus en plus souvent amené à consacrer des qualifications qui recouvrent plusieurs structures d'obligations différentes[1]. La réunion de la vente et du bail dans les contrats soumis au statut du fermage en constituerait une nouvelle illustration.

La pertinence d'une telle analyse n'est nullement acquise. Les différences de nature et de régime entre ces deux obligations sont en effet considérables. Or, le statut du fermage est un régime extrêmement typé et étroitement adapté à un bail. Il est difficile de concevoir qu'un transfert de propriété puisse se voir appliquer ces règles sans que sa nature n'en soit altérée. Si certaines dispositions demeurent neutres, comme l'établissement d'un écrit, ou d'un état des lieux (L.411-4)[2], la durée minimale de neuf ans (L.411-5) ou le droit au renouvellement (L.411-46), d'autres paraissent incompatibles avec l'économie normale d'une vente d'herbes. Ainsi, comment admettre que l'obligation de céder les fruits, puisse faire naître un droit de préemption sur le fonds qui les produit (L.412-1) ? Surtout, le statut du fermage comporte, pour le preneur, une obligation d'exploiter (L.411-27) ce qui constitue l'opposé complet de la situation d'un acquéreur qui ne doit, en aucun cas, être tenu par le contrat d'exécuter un travail cultural.

La conclusion s'impose d'elle même. Pour que le statut du fermage puisse véritablement concerner deux qualifications distinctes, le bail et la vente, il est indispensable que la vente puisse conserver une certaine spécificité de régime, justifiant le maintien d'une référence à sa nature ancienne. Ceci suppose que certaines règles du fermage, incompatibles avec la vente soient écartées. L'existence de conventions particulières, soumises en partie seulement à un statut impératif, correspond à une technique aussi ancienne que ces statuts eux-même : c'est le législateur qui précise expressément les dispositions dont l'application, peut être écartée. Il semble assez utopique que la jurisprudence puisse dégager un régime original pour les cessions exclusives de fruits soumises au statut, sans indication expresse du législateur (autre que le maintien du terme «cession» déjà évoqué) et en présence de la mention, explicite celle-là, du caractère d'ordre public de l'article L. 411-1.

734.– Il convient, par conséquent, de se diriger vers une analyse plus logique, même si elle est plus radicale et plus novatrice. Depuis 1984, une cession exclusive de

---

(1)Cf. supra n°641 et s.

(2)La disposition reste d'ailleurs peu importante, puisqu'elle n'est pas d'ordre public (cf. J. HUDAULT, obs. précitées JCP éd. N 1984, II, p.75).

fruits, qui comporte occupation continue ou répétée par le cessionnaire, du terrain qui les produit, ne peut plus être une vente et doit nécessairement avoir la nature d'un bail[1]. Le degré d'interventionnisme du statut impératif est ici extrême. Non seulement, conformément à la tendance naturelle de toute règle d'ordre public, une structure d'obligations voisines (économiquement) de celle régie par la réglementation impérative est prohibée[2], mais la «place» que celle-ci occupait dans la trame des qualifications est remplacée par une autre structure, dont l'obligation caractéristique voit sa nature artificiellement imposée par le statut. La référence à la «cession» contenue dans l'article L.411-1 n'est donc plus adaptée.

Pour les accords conclus après 1984, cette analyse est finalement supportable. Le choisi offert aux contractants est désormais réduit et toutes ses possibilités sont réglementées impérativement par la loi. L'option est claire : si l'occupation est répétée, seul un bail demeure possible[3]. En revanche, l'application de la loi de 1984 aux contrats conclus avant sa mise en vigueur est choquante. L'article 27 de cette réforme réalise une véritable novation d'origine légale, aux conséquences discutables. L'octroi d'un droit de préemption au cessionnaire sanctionne sévérement des accords dont la nature frauduleuse n'est nullement certaine et pour lesquels, toute preuve contraire est inefficace. Ensuite, l'apparition en cours de contrat d'une obligation d'exploitation oblige les contractants à un comportement actif. La novation ne reste pas qu'une requalification abstraite ; elle se manifeste très concrètement, en bouleversant les prévisions des parties. De façon totalement paradoxale, le vendeur-bailleur semble pouvoir obliger le cessionnaire-preneur à exploiter le fonds : si ce dernier refuse, respectant en cela les stipulations initiales du contrat, il encourt... une résiliation ! Le caractère excessif de ces solutions invite à considérer avec faveur une proposition doctrinale. Certains auteurs font en effet remarquer que l'article 27 de la loi du premier août 1984 figure, malgré la généralité de sa formule («les dispositions de la présente loi»), non pas en fin de loi, mais au terme de la section 2 consacrée au métayage[4]. Or, la réforme du champ d'application du statut du fermage figure dans la section 1[5]. Par son opportunité, l'interprétation stricte de ce texte se justifie, même si cette solution ne semble pas faire l'unanimité en doctrine et en jurisprudence[6].

---

(1)V. en ce sens : J. VIATTE, chr. précitée, p.58 ; J. FOYER, chr. précitée, n°64.

(2)Cf. supra n°693 et s.

(3)Les contractants doivent donc modifier la nature de l'obligation caractéristique qu'ils souhaitent stipuler. Dans le même sens : Ph. JESTAZ, art. précité, p.125 (pour le secteur protégé de la construction immobilière).

(4)P. OURLIAC et M. DE JUGLART, note JCP 1985, II, 20516 ; JCP 1986, II, 20662.

(5)Rappr. d'ailleurs l'article 12 de la loi, contenu dans la section 1, qui prévoit lui aussi une application immédiate aux contrats en cours, ce qui est inutile si l'article 27 a une portée générale.

(6)Bourges 21 janvier 1985, JCP éd. N 1986, II, p.42, obs. approb. J.-P. MOREAU.

III - LES PARADOXES DU SURENCADREMENT : LA RENAISSANCE PONCTUELLE D'UNE CERTAINE LIBERTE CONTRACTUELLE

735.- Dans certains domaines, comme l'agriculture ou la construction, le législateur est arrivé, de proche en proche, à mettre en place un réseau impératif de qualifications qui «quadrillent»[1] de façon assez complète(2) les situations de fait qu'elles concernent. Le droit positif n'est alors plus très loin d'un système de «catégories jointives»[3] : dans un secteur délimité, tout contrat valablement conclu ne peut qu'appartenir à des catégories consacrées par la loi. Il n'y a plus de place pour l'émergence de contrats innommés et les accords de structure voisine disparaissent ou sont absorbés dans les catégories légales. La situation mérite d'être soulignée, car elle constitue une exception dans le domaine des qualifications contractuelles[4] où les contrats nommés «baignent» dans un environnement innommé. Le rôle de la volonté des parties apparaît, dans ces conditions, fort limité : les contractants ne peuvent créer des qualifications nouvelles ; les critères des contrats autorisés leurs échappent ; le régime juridique qui en découle est en tout ou partie impératif. Toute influence n'est pas pour autant écartée. Le législateur ne peut imposer aux contractants un type déterminé de contrat susceptible de répondre aux besoins que ceux-ci ont manifesté en échangeant leur consentement. La multiplication des catégories peut offrir aux parties une certaine liberté de choix. Tout dépend alors des critères utilisées par le législateur et des relations qui les unissent.

736.- Le premier exemple de ce genre de situations est constitué par le contrat d'alpage. La création de cette qualification résulte de l'article 13 de la loi 72-12 du 3 janvier 1972[5], devenu ultérieurement l'article L.481-1 du Code rural[6]. En vertu de ce

(1)Le terme est utilisé par J. CARBONNIER, «Flexible Droit», 6e édit., p.29. Adde Ph. JESTAZ, art. précité, Journées R. SAVATIER, p.119 : «réseau» et «grande muraille de Chine» !

(2)Assez, seulement, car les véritables contrats mixtes arrivent encore à passer au travers des mailles du filet, cf. infra n°1468 et s.

(3)Sur cette notion : H. CROZE, Thèse précitée, n°169 et s., p.163 et s.

(4)Cf. H. CROZE, Thèse précitée, n°169, p.165, note 1.

(5)D. 1972, lég. p.72.

(6)G. COTTON, «Les conventions pluriannuelles de pâturage en montagne : des contrats de bail à court terme», Rev. dr. rur. 1972, p.425 ; G. CHESNE et E.-N. MARTINE, «L'herbe et la neige», D. 1974, p.139 ; R. MALEZIEUX, «Les locations à destination agricole dans leur rapport avec le statut des baux ruraux», Rev. dr. rur. 1972, p.69 et s., spéc. p.72 ; J. LACHAUD, «Le contrat d'alpage», Gaz. Pal. 1977-2-p.511 (qui nie la spécificité de ces conventions) ; J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», Litec 1979, n°32 et s.

texte, les terres à vocation pastorale situées les régions d'économie montagnarde «peuvent donner lieu pour leur exploitation : soit à des contrats de bail conclus dans le cadre du statut des baux ruraux ; ... ; soit à des conventions pluriannuelles de pâturages». Ce contrat nouveau a la nature d'un bail[1]. Son régime, qui échappe en totalité au statut du fermage, est partiellement précisé par la loi : durée de deux ans au minimum, loyer limité par arrêté préfectoral, possibilité de prévoir des travaux d'aménagement, d'équipement ou d'entretien qui seront mis à la charge de chacune des parties. Pour le surplus, c'est le régime de droit commun du Code civil qui a vocation à s'appliquer.

Par cette disposition, le législateur offre explicitement aux contractants un choix entre deux régimes contractuels, dont l'un seulement est d'ordre public. La Cour de cassation en déduit logiquement que l'article L.481-1 exclut l'application automatique du statut des baux ruraux[2]. Le pouvoir reconnu aux parties est ici maximal(3), car les conventions pluriannuelles de pâturages ne procèdent d'aucun dédoublement structurel : la structure de qualification de ces contrats est parfaitement comparable à celles des baux soumis au statut du fermage. Le législateur n'a précisé aucun critère de distinction[4], contrairement, par exemple, aux conventions d'occupation précaire, où le motif de précarité constitue une condition supplémentaire. La seule exigence concerne l'objet de la prestation : le terrain concédé doit être situé dans certaines zones géographiques précises et posséder la nature de «terre à vocation pastorale», restriction qui vient d'ailleurs d'être supprimée[5]. Pour tous les terrains remplissant cette condition, c'est la volonté des parties qui détermine seule la qualification retenue. La recherche de la nature de l'accord est alors traditionnelle : les magistrats rechercheront l'intention commune des contractants. Elle risque cependant de s'avérer

---

Pour une autre variété de contrat d'alpage, entraînant une indivision : Soc. 16 juin 1955, Bull. civ., IV, n°535, p.405.

(1)V. en ce sens : G. COTTON, chr. précitée, p.425-426 ; G. CHESNE et E.-N. MARTINE, chr. précitée, p.141.
Le contrat d'alpage se distingue donc de la vente d'herbe selon le critère classique : l'absence d'obligation d'effectuer un travail culturel ou d'entretien (cf. G. COTTON, chr. précitée, p.426 ; G. CHESNE et E.-N. MARTINE, chr. précitée, p.142 ; J.-P. MOREAU, op. cit., n°33 ; rappr. les hésitations de O. FOUQUET, concl. sur Cons. d'Et. 10 juin 1985, Rev. dr. rur. 1986, p.11 ; contra, qualifiant de convention pluriannuelle ce qui était une vente d'herbe : Aix 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983-1-p.56, note J. LACHAUD.

(2)Civ. 3e 10 février 1981 (deux arrêts), JCP 1981, IV, p.141 (pourvoi contre Toulouse 11 octobre 1979) ; Rev. dr. rur. 1981, p.488 (pourvoi contre Toulouse 17 octobre 1989), obs. P. OURLIAC ; adde obs. J.-P. MOREAU, JCP éd. N 1983, II, p.226 ; JCP éd. N 1989, II, p.83.

(3)V. aussi le «petit choix» laissé dans le cadre du secteur protégé entre vente à terme et vente en état futur d'achèvement pour la vente d'immeuble à construire (Ph. JESTAZ, art. précité, p.125).

(4)En ce sens : R. MALEZIEUX, chr. précitée, p.72 («le domaine n'est pas délimité»).

(5)Cf. la réforme de l'article L.481-1, par l'article 24 de la loi n°90-85 du 23 janvier 1990, D. 1990, lég. p.111 ; J.-M. GILARDEAU, «Les aspects notariaux de la loi complémentaire à la loi d'orientation agricole...», JCP éd. N 1990, Prat., n°1349, p.201 et s., spéc. p.207.

fort délicate : comment distinguer deux contrats dont la structure d'obligations est identique ? Des indices normalement secondaires ou inopérants peuvent devenir importants : les modalités et le montant du loyer[1] et même, pourquoi pas, la dénomination utilisée par les parties[2]. En l'absence de tout indice, la prééminence du statut du fermage pourrait exceptionnellement réapparaître sous la forme d'une présomption de bail rural[3].

737.– Le rôle reconnu à la volonté des contractants est rarement si net. Le plus souvent, ceux-ci s'octroient une certaine marge de manœuvre en jouant sur les imperfections du système de qualification mis en place par le législateur. Une faille peut apparaître lorsque les critères de qualification retenus ne se situent pas sur un même plan. Encore une fois, ce sont les mises à disposition de terres agricoles qui en fournissent une illustration. Le statut du fermage ne concerne pas tous les baux : il laisse échapper, entre autres, le bail à domaine congéable, le bail à complant, le bail emphytéotique, les contrats de pâturages de montagne, et les conventions d'occupation précaire[4]. Inversement, à la suite des réformes de 1980 et 1984, le statut s'applique à des contrats qui sont, au plutôt qui étaient[5], des ventes d'herbes. Dans tous les cas, les frontières du statut sont désormais impérativement réglementées par la loi. Cependant, cette réglementation s'est faite, pour les ventes d'herbe et les conventions d'occupation précaire, selon des modalités et une intensité différentes, qui peut inciter les parties à préférer une de ces qualifications, à l'autre.

Ainsi, avant les interventions du législateur de 1980 et 1984, le contrat de vente d'herbe ne relevait pas du statut du fermage, en raison de la nature même de sa prestation caractéristique et il était inutile d'invoquer de surcroît une circonstance particulière constitutive d'une cause objective de précarité. Depuis ces deux lois, rares sont les ventes d'herbe qui peuvent encore échapper au statut du fermage. Comme il n'existe aucune possibilité de conclure une «vente d'herbe précaire»[6], il peut s'avérer intéressant de se placer sous le régime de l'article L.412-2. Pour opérer ce glissement,

---

(1)Cf. G. COTTON, chr. précitée, p.427.

(2)V. d'ailleurs G. COTTON, chr. précitée, p.427, 1e colonne, in fine. Le principe général est pourtant inverse, cf. supra n°10 et s.

(3)G. COTTON, chr. précitée, p.427.

(4)V. par ex : J. VIATTE, chr. précitée, Rev. Loyers 1981, p.62 ; L. LORVELLEC, «Droit rural», n°252 et s. ; R. MALEZIEUX, chr. précitée, p.69 et s.

(5)Cf. supra n°703 et s.

(6)Rappr. Civ. 3e 17 juin 1987, JCP éd. N 1987, II, p.230, obs. J.-P. MOREAU (à propos d'une vente d'herbe : «il importe peu que celles-ci aient eu pour cause l'altération prolongée de l'état de santé du propriétaire»). Le texte semble formellement l'interdire, mais faudra-t-il y venir, puisqu'il est possible d'arriver à un résultat voisin par la convention d'occupation précaire ? Seule (!) la nature de l'obligation principale change, mais justement, cette différence, conséquence nécessaire du «détour» requis pour évincer l'article L.411-1, se justifie-t-elle vraiment ?

il faut bien entendu pouvoir invoquer un motif de précarité[1], mais cette condition paraît suffisante. En effet, si la vente d'herbe est incompatible avec l'exécution de travaux de culture ou d'entretien, l'exclusion de ce genre d'obligations est concevable dans une convention d'occupation précaire : cette dernière est soumise au régime de droit commun du Code civil, dont la nature supplétive autorise les aménagements particuliers. D'ailleurs, la précarité de la durée de l'installation de l'occupant, incite naturellement à un allégement de ses obligations, comparativement avec un locataire à part entière[2]. Il n'en reste pas moins que, pour opérer ce glissement, les parties doivent changer la nature de la prestation caractéristique de leur accord, en stipulant un transfert de jouissance, à la place d'un transfert de propriété[3]. La jurisprudence est pour l'instant peu abondante, mais quelques décisions commencent à témoigner de cette tendance[4].

Un mouvement inverse, de la convention d'occupation précaire vers la cession exclusive de fruits est a priori exclu, puisque le régime de la vente d'herbe est plus contraignant. Il convient, cependant, de ne pas omettre que la consécration des conventions d'occupation précaire par l'article L.411-2 du Code rural s'est limitée à certaines hypothèses particulières. Pour les causes de précarité, rencontrées par les tribunaux avant la réforme, qui ne figurent pas dans ce texte, la licéité d'une telle qualification est fort incertaine. Tel est le cas notamment des contrats conclus pour réaliser un essai ou pendant une période de négociation d'un autre contrat (vente ou bail rural, par exemple). Dans ce genre de situation, il peut être opportun de conclure

---

[1] Correspondant à ceux figurant dans ce texte, si la liste qu'il contient est analysée comme limitative. Cette «fuite» du régime strict des cessions exclusives de fruit est un des éléments du débat sur le caractère limitatif de l'énumération de l'article L.411-2 (cf. supra n°718) : considérée comme une soupape nécessaire d'un régime trop strict, elle incite à une interprétation large des cas de précarité ; jugée inopportune, elle constitue un argument supplémentaire en faveur de l'analyse limitative.

[2] V. pour une illustration de cette proximité vente d'herbe conversion d'occupation précaire : Paris 7 décembre 1970, Gaz. Pal. 1971-2-p.515 (autorisation de pacage dans un terrain d'aviation ; le contrat qualifié de «location d'une nature très particulière» se rapproche de la vente d'herbe (pas d'obligation d'entretien) et de la convention d'occupation précaire véritable (droit précaire sous la domination constante de la destination principale du terrain)).

[3] Ce faisant, elles vont d'ailleurs dans le même sens que le législateur ! (cf. supra n°734). Encore un paradoxe : c'est en adoptant la démarche du législateur (qui vise pourtant à imposer le statut au plus grand nombre de conventions), que les contractants parviennent à échapper au statut.

[4] V. surtout Dijon 24 novembre 1987, Juris-Data n°51564 (convention d'occupation précaire admise du fait que les parcelles étaient «notoirement mises en vente» et que leur destination agricole devait être changée, mais la décision évoque aussi l'absence d'obligation d'entretien du cessionnaire de l'herbe) ; adde Pau 3e ch. 6 août 1987, Juris-data n°43236 (moins net, du fait de l'absence de contrepartie).
La «proximité» des ventes d'herbe et des conventions d'occupation précaire est sensible dans d'autres décisions (par ailleurs cantonnées plus nettement à une seule qualification) : Civ. 3e 17 juin 1987, précité ; Tb. par Murat 19 février 1988, Gaz. Pal. 1989-1-p.125, spéc. p.126, deuxième colonne ; Civ. 3e 1 mars 1989, Rev. dr. rur. 1989, p.317 (2e espèce) ; rappr. difficile à interpréter (dans la version consultée) : Colmar 15 septembre 1983, Juris-Data n°43813.

une cession unique de récolte, en veillant bien à ce que le cessionnaire n'ait qu'une jouissance discontinue du bien[1]. De toute manière, quel que soit le sens du glissement, celui-ci révèle l'existence d'un jeu sur les qualifications, qui démontre un certain renouveau du rôle de la volonté des contractants.

738.– Même dans le secteur protégé de la construction immobilière, apparemment parfaitement verrouillé, la volonté des contractants peut également jouer un rôle, lorsque certaines qualifications au régime impératif ont des domaines qui se chevauchent[2]. Pour bien comprendre, la situation un bref rappel s'impose.

Avant les interventions législatives de 1967 et 1971, il convient de distinguer selon que le terrain est fourni par le constructeur ou son client. Dans le premier cas, le contrat peut constituer une vente d'immeuble à construire ou un louage d'ouvrage, mais la primauté traditionnelle du sol, exprimée par l'adage «superficies solo cedit» incite plutôt à retenir la qualification de vente[3]. Si le client est déjà propriétaire du terrain, une jurisprudence constante se réfère au contrat d'entreprise, sous la seule réserve, récente, de la possibilité d'une qualification mixte entreprise-vente[4].

Plusieurs lois, en particulier celles du 3 janvier 1967, du 7 juillet 1967 et du 16 juillet 1971 ont considérablement modifié ce panorama, notamment, pour s'en tenir aux qualifications dotées d'un régime impératif, dans le secteur protégé de la construction d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation. Si le terrain est fourni par le constructeur[5], les contractants sont obligés de recourir à l'une des deux formes légales de vente d'immeuble à construire : la vente à terme ou la vente en état futur d'achèvement[6]. Pour éviter les fraudes, avant la loi du 19 décembre 1990[7], ces deux qualifications demeurent applicables lorsque le constructeur

---

(1)V. par exemple, très significatif : Dijon 24 septembre 1986, Gaz. Pal. 1987-2-p.419, note J. LACHAUD (vente d'une vendange ; l'annotateur évoque la possibilité de placer le conflit dans le cadre de l'avant-contrat).

(2)Cf. Ph. JESTAZ, art. précité, p.127 : «double-emploi».

(3)Cf. supra n°462.

(4)Cf. supra n°461.

(5)La condition est indispensable. V. par exemple : Paris 2 mars 1979, Juris-Data n°140.

(6)M. DAGOT, «La vente d'immeuble à construire», Litec 1983, n°149 et s. ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°293 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°77, n°189 et s. ; MAZEAUD, op. cit., T.3, Vol. 2, n°925-2 et s. ; J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, «Droit de l'urbanisme et de la construction», 3e edit., 1991, n°1483 et s. L'obligation suppose que le vendeur de l'immeuble inachevé s'engage à le terminer : Civ. 3e 22 février 1984, D. 1985, IR, p.28, obs. F. MAGNIN ; 9 juillet 1986 (M.A.A.F.), JCP éd. N 1987, Prat., p.214.

(7)Un nouvel article L.231-5 dispense d'appliquer l'article L.261-10 lorsque c'est le constructeur qui fournit indirectement le terrain (S. SAINT-ALARY-HOUIN, chr. précitée, Rev. dr. imm. 1991, p.149-150 ; A. GOURIO, «La nouvelle réglementation de la construction de maison individuelle», JCP éd. N 1991, I, p.131, n°20 ; P. MELMOUX, «Le nouveau contrat de construction d'une maison individuelle», AJPI janvier 1992, p.10 ; M.-C. FORGEARD, «Les nouvelles règles applicables à la construction de maisons individuelles», Defrénois 1992, p.3 et s., n°11.

«procure directement ou indirectement le terrain ou le droit de construire sur le terrain»[1]. Lorsque le client est déjà propriétaire du terrain, la qualification traditionnelle de louage d'ouvrage reste applicable[2], mais son domaine d'application s'est sensiblement réduit. Tout d'abord, en vertu de l'article 45-I de la loi du 16 juillet 1971 modifié par la loi du 11 juillet 1972, devenu l'article L.231-1 du Code de la construction et de l'habitation, les contractants doivent conclure un contrat de construction d'une maison individuelle[3], si leur accord porte sur un seul logement édifié d'après un plan fourni directement ou indirectement par le constructeur[4].

---

(1) Art. L.261-10 du Code de la construction et de l'habitation. La distinction jurisprudentielle et doctrinale antérieure sort renforcée de ces dispositions, qui demeurent cependant, difficiles à mettre en œuvre. V. en doctrine : B. STEMMER, «Le lien entre la vente du terrain et la construction, critère d'application de la réglementation des ventes d'immeubles à construire», JCP éd. N 1984, prat., p.61 ; J.-L. VIGUIER, «Le terrain procuré», JCP éd. N 1986, I, p.143 ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°305 et n°354 ; M. DAGOT, op. cit., n°126 et s., p.62 et s. ; J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, op. cit., n°1491 ; P. MELMOUX, «L'article 45-1 de la loi du 16 juillet 1971...», Mém. DESS Montpellier 1978-79, n°113 et s.
Pour la jurisprudence : TGI Lorient 9 mars 1977, JCP éd. N 1978, II, p.59, note B. STEMMER (achat du terrain par le constructeur) ; Paris 19e ch. 8 juillet 1981, Juris-Data n°27799 (fourniture indirecte du terrain constituant un fait de nature à changer la qualification du contrat et donc une contestation sérieuse) ; Paris 15e ch. 15 avril 1982, Juris-Data n°23247 (contrat de construction de maison individuelle en présence d'une simple indication grâcieuse du terrain par l'entrepreneur) ; Rennes 3e ch. 17 décembre 1982, Juris-Data n°43132 (fourniture indirecte déduite de la présence du constructeur chez le notaire avec ses clients, et de son intervention auprès du vendeur pour qu'il baisse son prix) ; Civ. 3e 9 juillet 1986 (Société maison populaire/Kost), Bull. civ., III, n°105, p.83 ; JCP éd. N 1986, II, p.236, note B. STEMMER ; Rev. dr. imm. 1987, p.251, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN ; D. 1988, somm. p.109, obs. F. MAGNIN (constructeur abandonnant l'option qu'il possédait sur le terrain fourni par une commune) ; Paris 15 mai 1987, JCP éd. N 1989, II, p.117, note A. GOURIO (expression devant être entendue largement, mais supposant un accord entre le constructeur et le propriétaire du terrain, condition non remplie en l'espèce ; pour la critique de cette formule, pouvant exclure des liens financiers d'origine sociétaire, A. GOURIO, note précitée, p.118) ; Civ. 3e 4 décembre 1991, D. 1992, IR, p.43 (intervention dépassant la seule fourniture de renseignements).

(2) Un contrat mixte semble difficile à concevoir dans le secteur protégé, au vu des conditions requises pour qu'une telle qualification puisse apparaître (cf. supra n°461).

(3) Sur ce contrat, v. entre autres : Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°596 et s. ; MAZEAUD, T.3, vol. 2, n°925-4 ; J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, op. cit., n°1651 et s.

(4) Malgré l'absence d'une disposition expresse de la loi, la jurisprudence considère que la propriété du terrain par le maître de l'ouvrage est une condition nécessaire à la qualification de contrat de construction de maison individuelle, et, même parfois, à sa validité : TGI Angers 16 février 1976, Gaz. Pal. 1977-1-somm. p.201 ; TGI Rouen 12 juin 1979, Rev. dr. imm. 1980, p.442, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ (nullité parce que le maître de l'ouvrage n'était pas propriétaire du terrain) ; TI Dijon 14 juin 1985, JCP éd. N 1987, II, p.7 (validité, parce que le même jour, le maître d'œuvre avait signé un compromis de vente sur le terrain ; le tribunal en déduit de façon un peu hasardeuse que le maître de l'ouvrage dispose d'ores et déjà de «droits réels de propriété sur le terrain à bâtir»).
Si la fourniture du terrain permet de distinguer la vente d'immeuble à construire du contrat de construction d'une maison individuelle, c'est la fourniture du plan par le constructeur qui oppose cette qualification au louage d'ouvrage de droit commun (Rennes 25 février 1982, Juris-Data n°41751 ; Paris 15e ch. 15 avril 1982, Juris-data n°23247 ; Rennes 6 mai 1982, Juris-Data n°40736; Rennes 10 juin 1982, Juris-Data n°41184 ; Rennes 6 janvier 1984, Juris-Data n°40179 ; Toulouse 1e ch. 8 décembre 1986, Juris-Data n°47783 ; Civ. 3e 31 octobre 1989, Gaz. Pal. 1990-1-pan. p.6 ; Rev. dr. imm. 1990, p.221, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-

Ensuite, si l'ouvrage est d'une certaine importance, le contrat peut relever du régime spécial créé par la loi du 19 décembre 1990[1]. Enfin, il est possible aussi, pour les parties, de conclure un contrat de promotion immobilière, au régime alors renforcé[2], lorsqu'un promoteur s'engage «à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou plusieurs édifices ainsi qu'à procéder [lui]-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet»[3].

739.- Du fait du législateur, la coexistence du contrat de construction d'une maison individuelle et du contrat de promotion immobilière soulève certaines difficultés[4]. Le domaine d'application de ces deux conventions peut en effet se recouper : il suffit pour cela que le contrat de promotion porte sur un seul logement à usage mixte ou d'habitation, dont le plan est fourni par le promoteur et que, réciproquement, le constructeur d'une maison individuelle s'engage à exécuter certaines formalités, non seulement administratives[5], mais aussi financières et juridiques. Lorsqu'une telle situation se produit, plusieurs thèses s'affrontent. Il est possible de concevoir, tout d'abord, qu'une qualification ait priorité sur l'autre. Curieusement, les auteurs divergent d'ailleurs sur la nature de celle-ci : certains

---

HOUIN). Le critère du plan est essentiel. Il exprime sans doute la nature de contrat d'adhésion du contrat de construction d'une maison individuelle (J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ, obs. Rev. dr. imm. 1983, p.240 sous Civ. 3e 20 avril 1982 ; F. MAGNIN, obs. D. 1985, IR, p.36), mais cette expression n'est qu'indirecte et cette convention n'est pas forcément un contrat d'adhésion (v. Rennes 6 mai 1982, Juris-data n°40736 ; Rennes 10 juin 1982, Juris-Data n°41184 ; (v. Rennes 6 janvier 1984, précité (plan type modifié) ; rappr., pour un décalage comparable entre le critère juridique et l'opération économique qui le justifie, à propos de l'intégration agricole, infra n°671 (texte et note)). Sur la fourniture indirecte, cf. supra n°686 (note).

(1)C. SAINT-ALARY-HOUIN, chr. précitée, Rev. dr. imm. 1991, p.147, n°17 et s.

(2)Article L.222-1 du Code de la construction et de l'habitation.

(3)Article 1831-1 du Code civil.

(4)Cf. Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°614-616 ; Ph. JESTAZ, art. précité, p.127-128 ; J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, op. cit, n°1659 ; R. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Droit de la construction», Memento Dalloz, 1991, p.101-102 ; R. SAINT-ALARY, «Droit de la construction», p.420 et 421 ; F. MAGNIN, note D. 1983, p.39, sous Crim. 31 mars 1981 ; Ph. MALINVAUD, «Le contrat de construction de maisons individuelles dans son état actuel», AJPI 1980, p.39 ; M. BARRE, «L'accession à la propriété d'une maison individuelle. Etude socio-juridique du contrat», LGDJ 1986, spéc. n°409 et s., p.197 et s.
Sur l'influence dans cette discussion de la loi du 19 décembre 1990 : C. SAINT-ALARY-HOUIN, chr. précitée, n°28 et s. ; A. GOURIO, chr. précitée, n°19 ; P. MELMOUX, chr. précitée, p.10 ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°616-1 (pour lesquels le critère unique devient celui de la représentation) ; J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, op. cit., n°1677 et s. ; M.-C. FORGEARD, chr. précitée, n°12.

(5)Cf. article L.222-2.

privilégient le contrat de construction de maison individuelle[1] ; d'autres celui de promotion immobilière[2]. Cette dernière solution pourrait sembler justifiée, en considérant les formalités supplémentaires que le constructeur de maison individuelle doit accomplir, pour que sa situation ressemble à celle d'un promoteur, mais, en définitive, une telle adjonction est assez conforme à la nature de contrat d'adhésion de cette convention et la jurisprudence admet parfaitement qu'un constructeur procède ainsi[3]. En dépit d'un arrêt assez laconique de la Cour de cassation, parfois interprété de manière discutable, en faveur du contrat de construction de maison individuelle[4], les tribunaux, approuvés en cela par une partie de la doctrine[5], semblent laisser une faculté d'option aux contractants, puisqu'ils ne font jamais prévaloir automatiquement une qualification sur l'autre, et qu'ils recherchent, au coup par coup, quelle a été la volonté réelle des parties[6]. Pour se déterminer, les magistrats reconnaissent le promoteur au pouvoir de représentation que le maître de l'ouvrage lui a conféré[7], alors que le constructeur, lorsqu'il conclut des marchés avec des tiers, sous-traite en son nom propre[8]. Même si la jurisprudence semble utiliser ce critère avec succès, il faut constater, qu'en pratique, les situations sont fort proches[9].

---

(1)J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, op. cit., n°1659 in fine ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°615 (spécialia generalibus derogant).

(2)C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., loc. cit. ; rappr. aussi, semble-t-il, Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°615, qui évoquent la solution, en l'écartant tout de suite.

(3)TGI Compiègne 8 novembre 1977, D. 1979, IR, p.122, obs. C. GIVERDON, JCP 1978, II, 18973, note P. MEYSSON, Rev. dr. imm. 1979, p.92, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ ; Reims 2 mai 1983, Gaz. Pal. 1983-2-somm. p.335 ; Rev. dr. imm. 1984, p.420. Comp. avec les réserves de R. SAINT-ALARY, op. cit., p.420-421.

(4)Civ. 3e 17 février 1981, Juris-Data n°580 ; Rev. dr. imm. 1982, p.529, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ. Certains auteurs déduisent de cet arrêt que, «si aux plans fournis s'ajoute le mandat, le contrat de construction de maisons individuelles est encore le seul à pouvoir être employé» (J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, op. cit., loc. cit.). L'analyse n'emporte pas la conviction car, outre que le mandat n'est pas explicite, l'absence de toute référence à l'accomplissement des formalités juridiques, administratives et financières exclut la promotion immobilière (contra : J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ, obs. Rev. dr. imm. 1979, p.92).

(5)Cf. en faveur d'une option : Ph. JESTAZ, art. précité, p.128 (l'auteur souligne qu'une telle option n'est pas susceptible de nuire au client, puisque par hypothèse, les deux régimes encourus demeurent impératifs et protecteurs) ; M. BARRE, Thèse précitée, n°410 et 413 (semble-t-il).

(6)Poitiers 3 juin 1975, JCP 1978, II, 18945, note P. MEYSSON ; TGI Compiègne 8 novembre 1977, précité ; Poitiers 30 avril 1980, D. 1981, IR, p.411, obs. F. MAGNIN, Rev. dr. imm. 1981, p.519, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ ; Rennes 25 février 1982, Juris-Data n°41751 ; Rennes 6 mai 1982, Juris-Data n°40736 ; Reims 2 mai 1983, précité ; TGI Libourne 6 mai 1986, Rev. dr. imm. 1987, p.251, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Paris 7 décembre 1990, JCP éd. N 1991, II, p.298 (promotion immobilière).
Comp. : Paris 18 novembre 1981, Juris-Data n°28244 (cotraitance partielle) ; Civ. 3e 20 avril 1982, précité.

(7)Ayant constaté un tel pouvoir : Poitiers 3 juin 1975 et TGI Libourne 6 mai 1986, précités.

(8)Cf. : TGI Compiègne 8 novembre 1977, Poitiers 30 avril 1980, Rennes 25 février 1982, Rennes 6 mai 1982, Reims 2 mai 1983, précités. Rappr. Metz 20 septembre 1983, Rev. dr. imm. 1984, p.426, obs. J.-C. GROSLIERE et Ph. JESTAZ

(9)Cf. en ce sens : Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°614, in fine.

L'hésitation et la proximité des deux conventions augmentent encore, lorsque le promoteur fait usage de la faculté qui lui est offerte par le dernier alinéa de l'article 1831-1 du Code civil : «si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations des obligations d'un locateur d'ouvrage». Là-encore, il semble concevable d'éliminer le conflit en exigeant le respect littéral de ce texte qui n'autorise, stricto sensu, le promoteur à n'exécuter qu'une «partie» seulement des opérations, mais une telle limitation paraît peu réaliste[1] et il serait facile de la tourner en confiant à un tiers une faible partie de l'exécution de la construction. Le maintien d'une option rend la situation extrêmement confuse. Les structures de qualification des deux contrats sont en effet quasiment identiques : dans les deux cas, un maître d'œuvre s'engage à réaliser la construction d'une maison individuelle, en fournissait son plan et promet d'accomplir les formalités complémentaires. Théoriquement, il subsiste une différence : principale dans un contrat de promotion, l'obligation d'effectuer les formalités est accessoire dans le contrat de construction de maison individuelle, mais, en pratique, un tel critère s'avère des plus évanescents. En définitive, la volonté des parties semble pouvoir s'exprimer pleinement, mais sa détermination n'en sera que plus difficile. Des éléments habituellement négligés risquent de reprendre une certaine importance : la qualification expressément stipulée par les contractants ou des points saillants du régime, tout spécialement la ventilation des différentes sommes versées au promoteur[2]. Comme toujours, seule une nouvelle intervention impérative, imposant une qualification, pourrait trancher rapidement cette difficulté.

740.- En conclusion, il importe de souligner qu'au départ, la technique de qualification d'un contrat au régime impératif n'est pas radicalement différente de celles des autres conventions : l'«opération, par le biais de la qualification juridique, nécessite le recours à un certain contrat»[3]. L'évolution est progressive de la qualification, moyen d'identifier le contrat conclu, à la qualification, moyen d'obliger une opération économique à entrer dans un des modèles légaux impératifs[4]. A l'enrichissement initial de la technique, succède insensiblement sa déformation. Dans cette modification, quelques textes récents vont désormais très loin. En particulier, la

---

(1)Cf. en ce sens : Ph. JESTAZ, art. précité, note 10, p.123.

(2)Rappr. TGI Compiègne 8 novembre 1977, précité. Le Tribunal estime que les démarches pour l'obtention de prêts ou du permis de construire sont «offertes gratuitement à titre publicitaire». Une telle analyse est très critiquable (cf. infra n°1145 et s.), mais la situation décrite correspond à une absence de ventilation qui n'est pas conforme à la promotion immobilière. Sur la rémunération du promoteur, cf. A. BOITUZAT, Thèse précitée, n°136, p.226.

(3)Ph. JESTAZ, art. précité, p.120.

(4)Ph. JESTAZ, art. précité, p.119, p.125.

qualification d'une convention indépendamment de la nature de son obligation caractéristique est une proposition révolutionnaire[1]. Ce changement radical s'opère techniquement par l'établissement d'un lien direct entre le régime du contrat et certains éléments apparents découlant de son exécution, par exemple, la présence de l'acquéreur des fruits sur le terrain qui les produit. Un tel procédé est susceptible d'amples développements et pourrait même permettre de surmonter le dernier obstacle qui s'oppose à la consécration d'un lien direct entre une situation de fait et un régime contractuel : l'existence même d'un contrat, dont l'existence serait présumée du simple fait du comportement d'une partie et de l'absence de protestation de l'autre. Ce jour-là, la technique traditionnelle des qualifications aura vécu, mais il n'est pas sûr que la technique qui s'y substituera, concerne véritablement... un contrat[2].

Conclusion du Sous-titre 3

741.– Avec ce troisième sous-titre, s'achève la présentation de la structure interne de qualification. Pour des raisons de logique aussi bien que de clarté, il convenait d'examiner les uns après les autres les éléments de ces structures, à savoir les obligations, puis les outils de leur hiérarchisation et, enfin, les procédés techniques fondamentaux utilisés pour l'agencement de ces structures. En pratique, la démarche empirique est plutôt inverse.

Au cœur de la structure de qualification d'un contrat simple se trouve une obligation caractéristique[3]. Identifiée par la théorie de l'objet du contrat, ce critère essentiel constitue exceptionnellement un effet automatique[4]. Normalement, la qualification dépend d'une obligation ou d'une prestation unique clairement identifiée par son objet (et éventuellement sa cause) mais, dans certaines hypothèses, le contrat

---

(1)Rappr. Ph. JESTAZ, art. précité, p.126 : «cette dissociation de la forme et du contenu me paraît être le phénomène capital du droit actuel des contrats».
Outre l'hypothèse des ventes d'herbes, v. celle du «mandat à deux personnes» (Ph. JESTAZ, art. précité, p.123). Dans le cas où un promoteur immobilier se charge de la totalité des travaux, en raison de sa qualité d'entrepreneur, le contrat reste formellement un mandat, alors qu'aucun contrat n'est conclu avec d'autres entrepreneurs (sous-réserve de sous-traitance, cf. infra n°956). Comme cet auteur affirme par ailleurs que l'obligation d'effectuer les formalités administratives relève plus du louage d'ouvrage, que du mandat, cette situation aboutit à qualifier de mandat (promotion immobilière) un contrat mixte dont les deux prestations caractéristiques sont des louages d'ouvrage.

(2)Un lien direct entre le fait et le régime du «contrat» risque d'ailleurs d'entraîner de profondes modifications de la structure de ce régime. La structuration de l'accord, notamment par la distinction des obligations accessoires et principales, devrait en sortir affaiblie, ce qui pourrait inciter à une réglementation plus autonome de chaque prestation et non d'un contrat, considéré comme un ensemble.

(3)Plusieurs si le contrat est complexe (cf. infra Seconde partie Titre 2).

(4)Si le rejet traditionel de l'obligation de donner et si l'analyse classique de la promesse unilatérale sont maintenus (ou au contraire si la théorie de l'obligatio de créer un droit d'option est admise).

peut englober plusieurs obligations de nature différente. Sur cette base, la structure de qualification se ramifie à partir de la cause du débiteur de l'obligation caractéristique, selon trois déclinaisons : synallagmatique, intéressée ou gratuite. A partir de ces prémisses, le législateur peut alors diversifier son action. D'abord, en choisissant de créer une qualification commune pour toutes les structures causales ou, au contraire, en attachant la nature du contrat à une ou plusieurs causes spécifiques. Ensuite, pour les contrats synallagmatiques, en étant plus ou moins souple sur la nature de la contrepartie de l'obligation caractéristique. Enfin, en prenant exceptionnellement en compte la présence d'une ou plusieurs obligations structurellement accessoires.

Cependant, une telle démarche, rapidement résumée, ne concerne que la structure interne de qualification. La nature d'un contrat peut aussi dépendre d'éléments extérieurs au complexe d'obligations souscrit. C'est cette structure externe de qualification qu'il convient à présent d'examiner.

TITRE 2

LA STRUCTURE EXTERNE DE QUALIFICATION

742.– Les techniques de qualification contractuelle envisagées précédemment présentent toutes un point commun : elles se rattachent principalement au contenu même du contrat. Dans cette optique, la nature d'une convention est déterminée par le nombre, la nature et l'importance de ses obligations, que révèle l'examen de l'objet et de la cause de celles-ci. Cette méthode est parfaitement logique et n'est pas propre au domaine juridique : la classification d'un «objet» quel qu'il soit, matériel ou intellectuel, dépend au premier chef de l'analyse de sa substance. Or, les obligations constituent la «matière» du contrat. Néanmoins, cette démarche, toujours indispensable, peut s'avérer insuffisante. La qualification nécessite parfois l'utilisation d'éléments externes, c'est-à-dire étrangers au complexe d'obligations souscrit[1].

743.– L'affirmation ne saurait surprendre car l'étude des structures internes de qualification en a déjà fait sentir la nécessité. En effet, pour les contrats possédant une structure intéressée, c'est-à-dire unilatérale onéreuse[2], la cause du débiteur de l'obligation caractéristique est extérieure à l'accord : elle réside dans un sacrifice du cocontractant antérieur à l'échange des consentements (remise de la chose dans un contrat réel) ou postérieur, et donc simplement espéré (conclusion du contrat définitif dans une promesse unilatérale)[3]. Mais l'influence d'éléments externes sur la qualification d'un contrat dépasse largement cette première hypothèse. La structure externe permet de situer la convention dans son environnement. Il peut s'agir du

---

(1)V. en ce sens : Ch. ATIAS, «Le droit civil», Que sais-je ? n°2161, p.114 et s.

(2)Cf. supra n°528 et s., n°550 et s.

(3)Cf. supra n°530 et s. Adde : la nature d'une obligation est parfois influencée par la cause de son débiteur ; or, cette cause peut constituer une représentation d'un élément extérieur au contrat. Dans ce cas, la structure externe pénètre la structure interne (cf. par exemple n°570-572 et infra n°989 et s.

contexte concret tenant à l'objet des prestations (chose vendue ou transportée) ou à certaines situations de fait (danger dans l'assistance maritime, litige dans la transaction), de l'environnement humain (qualité des parties) ou de l'environnement juridique (groupe de contrats). Avant d'entrer dans le détail de chacun de ces cas, quelques remarques générales d'imposent, car les structures externes de qualification suscitent deux types de problèmes, relatifs à la technique juridique qu'elles utilisent et à leur portée sur le régime du contrat.

744.- - D'un point de vue technique, c'est la notion de cause qui semble a priori la mieux à même d'intégrer dans le champ contractuel des éléments extérieurs à la structure d'obligations. Par nature, une représentation psychologique s'avère d'une grande souplesse qui la rend susceptible d'englober une pluralité de buts, immédiats ou lointains. Force est de constater l'inexactitude d'une telle analyse. Ici encore se manifeste la complémentarité des concepts d'objet et de cause.

C'est par le biais de l'objet de la prestation que sont inclus dans la structure externe la plupart des éléments concrets, matériels ou intellectuels, dès lors qu'ils subissent directement l'exécution des obligations de chaque contractant : la chose louée, par exemple, constitue l'objet de la prestation de jouissance du bailleur. La notion de cause, quant à elle, permet de rendre compte de buts médiats qu'ont pu poursuivre les contractants, par exemple faciliter l'exécution d'un autre contrat (environnement juridique), ou éviter une situation de danger (contexte concret). Cette notion permet aussi d'intégrer certaines représentations supplémentaires considérées comme des conditions indispensables à l'accomplissement de l'opération contractuelle : la situation se rencontre pour certains groupes de contrats très spécifiques (assurance croisière). Quant à la qualité d'une partie, il est possible d'hésiter. Ainsi qu'il a déjà été indiqué[1], ce critère pourrait être rattaché au concept de la cause catégorique dans le sens strict où l'entend M. Boyer. Bien que l'intuitus personae soit parfois inclus dans la cause, la solution n'emporte pas totalement l'adhésion et il semble préférable de garder à ce procédé de qualification une certaine autonomie technique, que l'examen de son régime permet d'ailleurs de confirmer.

Les notions de cause et d'objet utilisées dans le cadre des structures externes de qualification le sont dans une acception moins traditionnelle que celle employée dans les structures internes. Il en résulte quelques problèmes de définition. L'objet de la prestation demeure un concept discuté, dont les contours ne sont pas toujours nets[2] et

---

(1)Cf. supra n°77.
(2)Cf. infra n°753 et s.

la cause instrument des structures externes suscite certaines hésitations[1] : elle est souvent médiate, mais pas forcément, généralement finale, mais pas obligatoirement et il est parfois difficile de préciser si elle constitue la représentation d'un seul des contractants, ou des deux. Dans cette première approche, cependant, c'est plutôt l'étude des relations entre ces deux notions qui retient l'attention.

745.– La première constatation qui frappe est certainement l'étroitesse des liens qui unissent les concepts d'objet et de cause. Il n'est pas rare que ceux-ci jouent un rôle complémentaire au sein d'une même qualification. La situation se rencontre souvent lorsqu'il s'agit «d'objectiver» une cause médiate. Cette dernière, dans une classification traditionnelle, correspondrait à un mobile subjectif : pour l'ériger en élément normatif, il est indispensable de s'assurer qu'elle figurera systématiquement dans le champ contractuel. Or, pour atteindre ce résultat, il n'est rien de plus efficace que d'exiger la présence dans l'accord d'une obligation spécifique même accessoire, ou celle d'un type particulier d'objet de la prestation (obligation d'acheter le bien loué dans le crédit-bail ou identité d'objet du sous-traité par rapport au marché principal dans la sous-traitance).

746.– Dans d'autres hypothèses, c'est le législateur qui réalise lui-même le mélange des divers procédés. La multiplication des statuts particuliers relatifs aux baux d'immeubles, en constitue la meilleure illustration. Il suffit de prendre l'exemple du bail rural pour s'en convaincre[2]. L'article 1711 du Code civil désigne le bail à ferme comme celui se rapportant aux «héritages ruraux». Cette définition semble faire de l'objet de prestation du bailleur le critère spécifique de ce type de baux. Dans une première interprétation, c'est la situation géographique du fonds qui caractériserait la convention : le bail à ferme porterait sur un bien situé en zone rurale. Cette solution n'est pas celle du droit positif[3] : la location d'une résidence secondaire à la campagne

---

(1)Cf. supra n°74 et infra n°1003.

(2)VOIRIN, «La jouissance d'un exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie», RTD civ. 1930, p.291 et s. ; G. BERTIN, «Le particularisme du bail à ferme dans la législation», Thèse Nancy 1949, p.27 et s. ; J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, «Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français», Thèse Paris 1955 ; A. PELLET, «Le domaine d'application du statut des baux ruraux», Thèse Aix 1952, p.25 et s. ; M. GAREAU, «Domaine d'application de la loi sur le statut du fermage», Thèse Paris 1956 ; H. BOSVIEUX, «L'évolution de la nature juridique des baux d'immeubles sous l'influences des nécessités économiques et sociales», Thèse Aix 1967 ; Ph. DE JUGLART, «Les traits distinctifs du bail rural», Thèse Paris 1968 ; R. SAVATIER, Rép. civ., v° Baux ruraux, n°24 et s. ; J. HUDAULT, «Droit rural», n°77 et s., spéc. n°80 et 82 ; L. LORVELLEC, «Droit rural», Masson, p.66 et s.

(3)V. en ce sens en doctrine : M. GAREAU, Thèse précitée, p.23 ; Ph. de JUGLART, Thèse précitée, p.9, qui précise que cette conception n'était même pas celle des rédacteurs du Code civil ;

constitue un bail d'habitation[1], alors que celle d'une parcelle en banlieue peut parfaitement s'inscrire dans le cadre d'un bail à ferme[2]. Une seconde analyse s'attache à la nature rurale de l'objet de la prestation : constituerait un bail rural la convention portant sur un terrain, voire un immeuble[3] susceptible d'exploitation agricole[4]. Cette conception pourrait d'ailleurs se recommander d'une formule assez ambiguë, souvent employée par la Cour de cassation : «l'héritage rural dont la location constitue le bail à ferme, s'entend du bien foncier destiné à la production agricole»[5]. Cependant, l'intégration de la destination agricole dans les caractères du bien loué[6], donc au sein de l'objet de la prestation de bailleur, ne doit pas faire illusion. La destination d'un bien n'est que rarement de son essence. Beaucoup de fonds, en apparence de nature «rurale», peuvent être utilisés à des fins très diverses, entre lesquelles il appartient aux contractants de choisir. Ainsi un champ peut permettre indifféremment le stationnement d'une caravane, l'exploitation d'un commerce de location de motos de cross ou la poursuite d'un but cultural. Le véritable critère du bail rural est donc tiré de la destination de la chose louée, telle qu'elle résulte de la commune intention des parties, hors le cas de fraude[7]. Le preneur doit conclure la convention dans le but de

---

VOIRIN, chr. précitée ; G. BERTIN, Thèse précitée, p.27 ; J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, Thèse précitée, n°18.

(1)Elle ne bénéficie pas, toutefois, des statuts protecteurs récents (cf. art. 2 loi du 6 juillet 1989 : «habitation principale», reprenant la précision de l'article 1 de la loi du 23 décembre 1986 ; l'omission de celle-ci dans l'article 2 de la loi du 22 juin 1982 a été palliée par la jurisprudence, sur le fondement du droit à l'habitat, rendant la portée de l'exclusion très incertaine : Civ. 3e 29 novembre 1983, D. 1984, p.41, note Cl. GIVERDON ; JCP 1984, II, 20196, note F. WAREMBOURG-AUQUE ; Civ. 3e 11 octobre 1989, JCP 1989, IV, p.394). L'objet de la prestation retrouve donc un rôle direct sur le régime du contrat (adde infra n°746 in fine).

(2)Cf. M. GAREAU, Thèse précitée, p.23 et p.47 et s.

(3)Cf. M. GAREAU, Thèse précitée, p.44 : un bâtiment qui abrite du matériel agricole peut faire l'objet d'un bail rural. Rappr. Dijon 13 mai 1985, Gaz. Pal. 1985-2-p.571, note J. LACHAUD (refus du statut pour le bail d'un entrepôt de stockage en vue de la commercialisation et non en vue d'une production).

(4)Adde la référence à la nature des fruits, naturels ou industriels (bail rural) ou civil (bail à loyer) et les critiques décisives de VOIRIN (chr. précitée, I. A.) ; G. BERTIN, Thèse précitée, p.28-29 ; J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, Thèse précitée, n°18.

(5)Soc. 19 avril 1947, D. 1948, p.1, note R. SAVATIER ; adde pour des formules voisines : Soc. 28 juillet 1950, Bull. civ., III, n°689, p.464 ; Soc. 27 mars 1952, Bull. civ., III, n°260, p.190 ; Soc. 24 mai 1962, Bull. civ., IV, n°476, p.382 ; Civ. 3e 4 décembre 1973, Bull. civ., III, n°610, p.445.

(6)Pour VOIRIN, il semble même qu'il s'agisse d'un objet de la prestation autonome : une exploitation, et non un fonds ; v. aussi G. BERTIN, Thèse précitée, p.25, p.32 et s. ; comp. J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, Thèse précitée, n°20 et n°409 et s., spéc. n°411-412 : l'auteur admet que l'exploitation soit le critère du bail rural, mais estime qu'il s'agit d'une «exploitation-activité», non d'une «exploitation-bien», mettant en cause l'activité d'un sujet et non un simple objet patrimonial (qui constituerait la chose louée). Rappr. G. RIPPERT, «Le statut du fermage sur droit contractuel au droit de l'entreprise», D. 1946, chr. p.1, spéc. p.3 ; R. SAVATIER, «La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à bail rural», D. 1946, chr. p.41, spéc. p.43.

(7)V. très net : Soc. 6 novembre 1964, Bull. civ., IV, n°735, p.605 ; adde Soc. 25 juillet 1952, Bull. civ., III, n°649, p.466 ; Soc. 3 mars 1955, Bull. civ., IV, n°195, p.145 ; Com. 20 janvier 1966, D. 1966, p.484, note R. GARRON ; Bordeaux 23 juin 1983, Gaz. Pal. 1984-1-p.30 ; Paris 12

constituer ou de continuer une exploitation agricole[1], ce qui suppose un double objectif : réaliser une production agricole, tout en préservant le potentiel productif du fonds[2]. Or, comme pour la vente, et compte tenu de la nature synallagmatique de ces deux qualifications, l'utilisation que le preneur ou l'acheteur entend faire de la chose louée ou vendue, relève de la cause médiate de ces contractants[3]. Même si le locataire est tenu d'une obligation, structurellement accessoire, d'exploitation[4], c'est bien la cause qui constitue le critère principal de distinction du bail rural[5]. Cette analyse est renforcée par la rédaction actuelle de l'article L.411-1 du Code rural : «toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole *en vue de l'exploiter* est régie par les dispositions du présent titre...»[6].

Cependant, l'objet de la prestation, s'il est relégué au second plan, ne perd pas pour autant toute influence. En premier lieu, les parties ne peuvent stipuler une destination agricole, que si celle-ci s'avère compatible avec la nature du fonds loué[7]. Ensuite, dans le doute, si les contractants n'ont pas clairement exprimé leur intention,

---

novembre 1986, JCP éd. N 1987, II, p.229, obs. J.-P. MOREAU ; Angers 21 mars 1989, D. 1990, somm. p.38 (discutable en fait) ; M. GAREAU, Thèse précitée, p.40 et p.44 ; H. BOSVIEUX, Thèse précitée, p.4 et p.43, adde p.5, moins net : «aussi le bail sera-t-il défini en tenant compte de la nature du bien sur lequel il porte et de l'activité du sujet de droit».
Contra VOIRIN, chr. précitée, pour qui le but de l'exploitation est indifférent : d'agrément, sportif, ou professionnel et spéculatif (la jurisprudence ultérieure n'a pas retenu cette conception, écartant du domaine d'application du statut des baux ruraux, les baux de terrain de sport, d'hippodromes ou de jardins d'agrément) ; R. GARRON, note précitée, pour qui les Tribunaux utilisent tout autant la destination contractuelle que la destination naturelle ; dans le même sens, J. HUDAULT, op. cit., loc. cit.

(1)Cf. M. GAREAU, Thèse précitée, p.37 et s. ; Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.13 et s. ; VOIRIN, chr. précitée.

(2)Cf. Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.15 et s. et p.21 et s., pour des exemples de résiliation en cas de mauvaise exploitation.

(3)Rappr. J. LAFOND, «Loi du 22 juin 1982 (dite loi Quilliot) et locaux loués pour le logement du personnel», JCP 1984, I, 3159. La location par une entreprise d'un logement, pour le sous-louer à un de ses salariés, n'est pas soumise à la loi de 1982. La cause médiate de l'entreprise (sous-louer) se rattache à son activité, et non à un usage d'habitation, que l'entreprise ne poursuit, de manière doublement médiate, qu'au travers de l'usage envisagé par son salarié.

(4)Rappr. Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.13 et s.. Pour cet auteur, c'est l'emprise active du preneur qui constitue le trait distinctif du bail rural : l'obligation d'exploiter se voit reconnaître un rôle central (p.48 et s., à propos des ventes d'herbes).

(5)L. LORVELLEC, op. cit., n°129 ; M. GAREAU, Thèse précitée, p.36 et s. et p.44 et s. ; Com. par. d'arr de Bar-sur-Seine 22 février 1946, Gaz. Pal. 1946-1-p.201.
Rappr. VOIRIN, chr. précitée, qui, sans se référer à la cause, se préoccupe plutôt des représentations du bailleur ; R. GARRON, «Influence de la destination sur le régime juridique des droits», D. 1965, p.191, n°5, où la destination est nettement associée à l'idée de finalité ; mais cet auteur préfère un jeu combiné de la nature objective et de la destination subjective (n°4).

(6)V. dans le même sens, l'article 39 de la loi n°79-1150 du 29 décembre 1979 : «le contrat de louage d'emplacement privé *aux fins* d'apposer de la publicité ou d'installer une préenseigne se fait par écrit».

(7)M. GAREAU, Thèse précitée, p.42 et s. (qui cite l'exemple de terre arides).

il est normal de se référer à la destination naturelle de l'immeuble[1]. Enfin, l'objet de la prestation retrouve un rôle direct lorsque le législateur exclut certains biens particuliers du champ d'application du statut du fermage[2] : parcelles de petite taille[3], biens forestiers[4] ou biens mobiliers, cheptel notamment[5].

747.– Cet exemple du bail rural permet de pressentir la seconde observation se rapportant aux relations de la cause et de l'objet de la prestation : l'étroitesse des liens est parfois remplacée par une ambiguïté des concepts. Il n'est pas toujours simple de délimiter ces deux notions. S'agissant du bail rural, deux analyses s'opposent : réserver cette qualification à des objets de la prestation particuliers, les fonds «à vocation agricole» ou la limiter aux héritages, susceptibles de destination agricole, qui sont effectivement loués «en vue» d'une telle exploitation. Semblable difficulté a déjà été signalée en matière de transaction. Le litige peut être intégré dans cette qualification par le biais de l'objet de la prestation : la transaction aurait alors un objet complexe, renoncer réciproquement à des droits et éteindre un litige, et deux objets de la prestation, les droits abandonnés et le litige éteint. Mais le litige peut aussi être atteint, de manière sans doute plus satisfaisante, par la cause : chaque contractant abandonne son droit en tout ou partie, pour éteindre un litige[6]. La délimitation des deux notions est d'autant plus délicate, que souvent, le passage d'un concept à l'autre se manifeste par une simple modification de présentation, en apparence purement terminologique. Ainsi, affirmer que dans un contrat de révélation de succession, l'héritier s'engage pour découvrir un secret, c'est se référer à la cause médiate de son obligation[7]. En revanche, imposer au généologiste de rechercher ou révéler une succession «secrète», revient à intégrer l'élément extérieur dans l'objet de la prestation. En définitive, il semble que, bien souvent, il s'agisse davantage d'un différence de degré, que d'une différence de nature : le passage de la cause à l'objet peut se réaliser insensiblement et de manière continue, selon que l'élément extérieur subit les conséquences de l'exécution des obligations de façon directe ou indirecte. Le contrat de sponsoring permet d'illustrer cette idée. Si le sportif s'engage uniquement à participer à une

---

(1)Soc. 12 janvier 1956, Bull. civ., IV, n°29, p.22. La solution ne vaut que sous réserve d'indices contraires. La qualité habituelle des parties, qui n'est pas un critère direct peut aussi fournir une indication (même arrêt).

(2)Pour tout ou partie du régime prévu par ce statut.

(3)Art. L. 411-3 du Code rural ; Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.110 et s. ; G. BERTIN, Thèse précitée, p.49 ; rappr. art. 1 du décret du 30 septembre 1953 pour les terrains nus.

(4)Art. L. 411-2 du Code rural

(5)Sur le bail à cheptel, art. L. 421-1 du Code rural et articles 1800 et s. du Code civil ; Ph. DE JUGLART, Thèse précitée, p.55 et s.

(6)Cf. supra 61 (note).

(7)V. en ce sens, semble-t-il, D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°123.

compétition, en arborant les couleurs de son parrain, les retombées médiatiques recherchées par celui-ci font partie de la cause médiate de son engagement : il espère une amélioration de son image ou une augmentation de son audience, mais celles-ci ne constitueront qu'un effet indirect de l'exécution de sa prestation par le sportif, lequel dépendra d'éléments difficilement prévisibles (résultat obtenu, qualité de la couverture médiatique, dépendant elle-même de l'absence d'autres événements plus importants, etc.). En revanche, si le parrain exige du sportif qu'il participe à des opérations de promotion précises, face à des auditoires déterminés, l'amélioration de son image et de son audience s'intègrent davantage dans les obligations contenues dans le contrat, au point de devenir, dans certains cas, un véritable objet d'une des prestations du sportif[1].

748.– - L'influence de la structure externe de qualification sur le régime du contrat est variable. Normalement, il ne s'agit que d'une catégorisation des principales qualifications contractuelles[2]. En effet, selon une technique courante en matière juridique, il est fréquent qu'à une première typologie de base vienne s'ajouter une différenciation plus fine. Pour reprendre les termes de M. Bergel, il s'agit ici d'une «classification hiérarchisée [consistant] à passer de la catégorie à la sous-catégorie» «par sédimentation successive, en allant du général au particulier»[3]. «Ainsi sera-t-on en présence d'un acte juridique, d'un contrat, variété d'acte juridique et d'un contrat synallagmatique, sorte de contrat». Cette spécification peut parfaitement être poursuivie au sein des qualifications. La qualification principale forme le genre ; les qualifications secondaires en constituent les espèces. Ainsi la qualification de louage de choses, contrat synallagmatique, se subdivise en bail de meuble ou d'immeuble et

---

(1) Adde aussi : - *les liens entre l'objet et la cause dans le cadre des sûretés*, infra n°989 et s.
- *le contrat d'agence matrimoniale* (G. HEIDSIECK, «Le marché de la solitude et le droit», JCP 1990, I, 3432). Ce contrat récemment nommé est une variété de courtage, le point n'est pas discuté (A. WAHL, «Le courtage matrimonial», RTD civ. 1904, p.471 ; A. LASSOUED, «Les contrats préparatoires», Thèse Strasbourg 1987, n°147 ; G. HEIDSIECK, chr. précitée, n°1, 2 et 6). Mais quel critère permet d'isoler la convention des autres variétés de courtage ? L'agence doit permettre le rapprochement de contractants potentiels. Son obligation consiste à faire connaître à chaque client un candidat potentiel. L'objet de la prestation est-il constitué par la personne du candidat ou son identité ? Par l'offre ou l'invitation à entrer en «pourparlers» ? Dans ce second cas, l'objet de la prestation pourrait englober la référence au mariage, critère du contrat d'agence matrimoniale. Dans le premier, le mariage constituerait plutôt le but médiat du rapprochement, donc la cause lointaine du client de l'agence.

(2) En ce sens : Ch. ATIAS, «Le droit civil», Que sais-je ?, n°2161, p.114 ; rappr. R. GARRON, chr. précitée, D. 1965, p.191 et s., n°4 : «spécialisation et concrétisation».

(3) J.-L. BERGEL, «Différence de nature = différence de régime», RTD civ. 1984, n°14, p.264. La terminologie envisageable est variée : qualification secondaire ou complémentaire, hiérarchisation, catégorisation, qualification-mobile, etc..

la nature rurale, commerciale ou d'habitation de l'immeuble loué ramifie encore davantage ce type de convention.

La structure externe de qualification correspond à ce schéma, puisqu'en général elle se contente d'ajouter un critère supplémentaire à une structure interne préexistante. Le contrat de transport en fournit une bonne illustration. Cette qualification se structure autour de l'obligation de déplacement effectué en toute indépendance contre paiement d'un prix. Ces deux obligations se servent mutuellement de cause. En particulier, le but premier recherché par le débiteur de la somme d'argent doit être le mouvement et non la conservation de la chose, auquel cas la convention serait un dépôt. Pour catégoriser cette qualification, il suffit d'exiger un critère supplémentaire, qui ne soit pas tiré de l'objet ou de la cause des obligations assumées par les parties. Il peut s'agir de l'objet de la prestation : personne ou marchandise. L'isolement du contrat ou son insertion dans un groupe est un autre moyen de subdivision utilisable : à la qualification primaire de transport, vient s'ajouter celle de sous-traitance de transport pour les marchandises. Enfin, il ne faut pas oublier de préciser que le contrat de transport est déjà une ramification des qualifications prévoyant un déplacement, puisque ce contrat nécessite l'intervention d'un prestataire de service professionnel : le déplacement par un particulier relève du contrat d'entreprise.

749.– Cette catégorisation dans la nature de la convention et dans ses critères de qualification entraîne normalement une spécialisation du régime du contrat. Cette spécification plus poussée des règles applicables à la convention est normale : la situation réelle, concrète, étant plus strictement délimitée, le droit peut s'adapter plus étroitement à la réalité et aux problèmes spécifiques qu'elle suscite. Au régime propre de la qualification primaire, s'ajoute en général un nouveau corps de règles qui n'altère pas ou peu le régime principal. Le crédit-bail et le «leasing», par exemple, séparés seulement par leur objet de la prestation, ont eu, avant l'apparition des lois protégeant le consommateur, des régimes proches. Il en est de même pour le prêt à usage et le prêt de consommation. Dans le même esprit, la qualification de sous-traitance ne génère que l'apparition d'un régime complémentaire de celui du contrat d'entreprise. Il est difficile, cependant, de généraliser. Deux raisons principales s'y opposent.

Tout d'abord, l'intervention du législateur en matière contractuelle n'est pas tenue de respecter les classements opérés par la théorie juridique. La proximité de deux conventions dans leur définition n'est pas un gage certain de l'unité des règles qui leurs sont applicables. Ainsi, du point de vue de la définition, des critères employés, le transport de marchandises et le transport de voyageurs sont très proches : seul

l'objet de la prestation les différencie. Mais l'étude de leurs régimes montre d'importantes disparités. La remarque vaut bien davantage encore pour le bail, où ce n'est même plus la nature de l'objet loué vis-à-vis du droit des biens qui compte, mais son utilisation, alors que les règles applicables n'ont plus grand chose de commun[1].

Ensuite, même en l'absence d'une intervention du législateur, l'élément externe érigé en critère de qualification pénètre plus ou moins la nature de la convention. Quant à l'objet de la prestation, les conséquences en sont très variables et difficilement synthétisables[2]. Pour les éléments intégrés dans la cause, quelques tendances peuvent être dégagées. En premier lieu, et tout dépend alors de la nature unilatérale ou synallagmatique du contrat concerné, une cause médiate semble moins à même de modifier aussi profondément le régime d'une qualification, qu'une cause immédiate. Sous-traitance (cause médiate)[3] et cautionnement (cause immédiate)[4] illustrent bien cette différence. Celle-ci s'explique d'ailleurs assez facilement : si l'élément extérieur relève d'une cause immédiate d'un contrat unilatéral, il altère ou il caractérise la nature de l'obligation caractéristique de ce dernier (cautionnement, fiducie). Or, la modification de la nature d'une obligation entraîne normalement l'apparition d'un autre régime. Le corollaire de cette règle, l'influence moindre d'une cause médiate, souffre en revanche d'exceptions, ainsi que le démontre le contrat d'assurance[5]. En second lieu, la présence de certains éléments externes est parfois renforcée par leur «incorporation» dans une obligation, qui en accentue les effets. Tel est le cas par exemple de l'achat du bien à crédit-bailler, qui constitue une obligation principale de l'établissement financier, en même temps qu'elle marque la nécessaire insertion de ce contrat dans un groupe spécifique.

750.– Il convient donc d'étudier dans un premier temps les structures externes de qualification ayant recours à la notion d'objet, plus précisément d'objet de la prestation (sous-titre 1), puis d'examiner ensuite celles tenant compte de la qualité d'une des parties (sous-titre 2) avant de s'intéresser aux structures utilisant la cause pour situer le contrat dans un environnement principalement juridique (sous-titre 3).

---

(1)Adde, pour la qualité des parties, l'entraide ou l'intégration agricoles, qui vont plus loin qu'une simple spécialisation.
(2)Cf. infra n°766, n°770.
(3)Cf. infra n°962 et s.
(4)Cf. infra n°989 et s.
(5)Cf. infra n°1001.

SOUS-TITRE 1

STRUCTURE EXTERNE ET THEORIE DE L'OBJET : L'OBJET DE LA PRESTATION

751.– Les contraintes particulières du monde sensible ont depuis toujours pénétré les institutions juridiques. Le droit doit traduire la réalité, en respectant autant que possible sa diversité. Les révolutions industrielles successives et les profonds bouleversements scientifiques et techniques qu'elles ont entraînés ont rendu ce réalisme encore plus indispensables. Tous les secteurs juridiques sont concernés. L'apparition de l'électricité a suscité des difficultés dans la détermination de l'incrimination pouvant en sanctionner l'appropriation frauduleuse. Plus près de nous, les cartes de paiement magnétiques remettent en cause les catégories établies. Les véhicules automobiles ont entraîné la création d'une nouvelle sûreté, la transformation de la responsabilité, etc. Les hypothèses sont innombrables où le réel exerce un rôle dynamique dans l'évolution du droit.

752.– Sur le plan contractuel, cette influence des réalités concrètes opère principalement par le biais de l'objet de la prestation. Ceci se traduit en premier lieu par une action sur le régime du contrat. La vente, par exemple, comporte des dispositions spéciales lorsqu'elle porte sur des animaux domestiques ou sur des engrais. Le transport des marchandises dangereuses obéit à une réglementation très stricte. Cette spécification du régime d'une convention en fonction de l'objet de la prestation est un phénomène connu et souligné par la doctrine[1].

L'influence va parfois plus loin : c'est alors la qualification du contrat tout entier qui se transforme. Les auteurs s'accordent pour reconnaître que l'objet de la prestation

---

(1) Voyez par exemple : A. BARREYRE, «L'évolution et la crise du contrat», Thèse Bordeaux, 1937 ; L. JOSSERAND, «Tendances actuelles de la théorie des contrats», RTD civ. 1937, p.et s., spéc. p.6 ; R. SAVATIER, «Métamorphoses économiques et sociales du Droit civil», T.1. n°52 et s. ; F. TERRE, «L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications», LGDJ 1959, n°592, p.470.

est une notion trop large en elle-même pour constituer un critère valable de classification des contrats[1]. En revanche, l'objet de la prestation devient un outil de catégorisation efficace lorsqu'il s'applique à des types déterminés de contrats.

Avant d'étudier les qualifications contractuelle qui prennent en compte l'objet de la prestation, il est indispensable d'examiner dans un chapitre préliminaire la définition précisé de la notion d'objet de la prestation (section 1) et les principes généraux qui gouvernent son action sur les qualifications (section 2).

(1)J.-F. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», p.146 ; H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux, 1968, p.187 et 189. ; PLANIOL, «Classification synthétique des contrats», Rev. critique 1904, p.470 et s., spéc. p.484. L'apparition des contrats nouveaux peut provenir selon cet auteur de «la création de nouveaux objets de contrats». Deux exemples sont fournis : une hypothèse actuelle (la propriété littéraire et les brevets d'invention) et a contrario, une hypothèse historique (contrats qui existaient sur les esclaves ou les fiefs).

CHAPITRE PRELIMINAIRE

PRESENTATION DU PROBLEME

SECTION 1

LA DEFINITION DE L'OBJET DE LA PRESTATION

753.- Pour ériger l'objet de la prestation en critère de qualification[1], il est indispensable de définir cette notion avec rigueur et de la distinguer nettement de l'objet de l'obligation. Cette mise en évidence théorique a été assez tardive[2] et l'étude de la doctrine montre qu'il subsiste toujours à ce propos une certaine ambiguïté, constatation tout de même surprenante, s'agissant de l'interprétation de textes de 1804...

---

(1)Pour être précis, un élément structurel de la présupposition d'une qualification contractuelle.

(2)Beaucoup d'auteurs ont longtemps ignoré cette distinction : LAURENT, T.16, 1878 n°74 et s., p.103 et s. ; HUC, T.7, 1894, n°64, p.93 ; VIGIE, T.2, 1895, n°1124 et s., p.511 et s. ; LAROMBIERE, «Théorie et pratique des obligations», T.1, 1857, art. 1126, n°3, p.189 et art. 1127, n°3, p.192 (ce à quoi on s'oblige : le prix, la maison !) ; COLIN et CAPITANT, «Cours élémentaire de Droit civil français, T.2., 1948, n°80-81, p.56 et s.
Elle n'apparaît avec clarté que dans des ouvrages récents : MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», 2e édit., n°171 et s. ; WEILL et TERRE, «Les obligations», 1986, n°224 et s. ; Y. BUFFELAN-LANORE, «Droit civil», 2e année, 4e édit., 1991, n°111-113 ; GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°509 et s., p.567 et s. ; G. FARJAT, Théorie des obligations, T.2, p.190 ; M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, «La détermination de l'objet dans le contrat», Annales Clermont-Ferrand, Fasc. 13, 1976, p.441 ; CARBONNIER, «Droit civil», T.4, 1991, § 54 ; G. LAMBERT, «Cours de Droit civil, Licence en Droit», 2e année, 1971.
Adde : ne faisant pas la distinction : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les obligations», 1990, n°485.

L'objet de l'obligation est ce que doit le débiteur. Il constitue la réponse à la célèbre question «quid debetur»[1]. Cette notion d'objet correspond au contenu même de l'obligation. Le Code civil reprend la classification romaine tripartite : obligation de donner (au sens strict : transférer un droit réel), obligation de faire ou de ne pas faire. Certains auteurs modernes préfèrent opposer les obligations translatives (de droit réel, personnel, intellectuel) aux obligations imposant un fait personnel au débiteur[2]. L'objet de l'obligation, en définitive, c'est la prestation.

L'objet de la prestation est au contraire la chose, dans son sens le plus large, sur laquelle porte la prestation promise. Si celle-ci est un transfert ou, au sens étroit, une obligation de donner, aucune hésitation n'est permise : l'objet de la prestation est un droit qui, par translation, va changer de titulaire. Par extension, il est généralement admis que l'objet de la prestation désigne aussi le bien sur lequel le droit peut éventuellement porter[3].

754.– La difficulté apparaît pour les obligations non translatives car deux conceptions de l'objet de la prestation sont envisageables. S'agissant par exemple de l'obligation de déplacement du transporteur, il est possible de qualifier d'objet de la prestation, le déplacement lui-même ou la marchandise transportée.

L'origine de cette ambiguïté provient certainement de la rédaction très maladroite du texte essentiel en la matière, l'article 1126 du Code civil[4]. Cette disposition donne de l'objet la définition suivante : «Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie

---

(1)COLIN et CAPITANT, op. cit., n°81 : PLANIOL et RIPERT, Traité pratique, T. VI, 1930, n°218 ; RIPERT et BOULANGER, «Traité élémentaire de Droit civil de Planiol», 4e édit., T.2, 1952, n°245, p.93.

(2)MAZEAUD et CHABAS, «Les obligations», T.2 vol.1, 8e édit, 1991, n°234 ; J.-F. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», cf. tableau récapitulatif p.257 ; FLOUR et AUBERT, «Les obligations L'acte juridique», Vol. 1, 1991, n°233, spéc. note 4. Ces auteurs ont une conception encore plus large : contrats portant sur une chose matérielle (vente, louage, dépôt) et contrat portant sur une abstention ou une prestation.

(3)MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°234 ; H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux, 1968 ; J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.28 ; Y. BUFFELAN-LANORE, op. cit., 1991, n°112-113.
Comp. vocabulaire juridique sous la direction de G. CORNU, «Vocabulaire juridique», 2e édit, v° Objet du contrat : «en un sens matériel, la chose relativement à laquelle le contrat est conclu».
Cette terminologie est extrêmement critiquable : la notion d'objet du contrat est déjà assez compliquée et équivoque pour y rajouter une distinction entre le sens matériel qui n'est autre que l'objet de la prestation et le sens technique. Le terme d'objet de la prestation est de plus préférable car un contrat comporte plusieurs prestations et souvent plusieurs objets de la prestation : chose et prix par exemple.
Comp. M. GENINET, «Thèse générale des avant-contrats en droit privé», Thèse Paris II 1985, n°875, pour qui l'objet de la prestation tel qu'entendu ici correspond à l'objet du contrat ou de l'obligation... ; A. GHOZI, «La modification de l'obligation par la volonté des parties», Thèse LGDJ 1980, n°166 et n°170 et s., pour qui la modification inclut aussi un changement d'objet de la prestation.

(4)V. aussi les textes cités infra en note.

s'oblige à donner ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire». Cette rédaction appelle plusieurs critiques. La première est très connue : le début du texte, «tout contrat a pour objet» pourrait laisse croire que l'article définit l'objet du contrat, alors que tous les auteurs s'accordent pour dire qu'il ne vise que l'objet de l'obligation ou de la prestation[1]. La deuxième critique porte d'ailleurs sur cette incertitude. L'article 1126 possède une structure grammaticale renversée avec proposition relative : «a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à ...». Cette tournure met l'accent sur la chose : «tout contrat a pour objet une chose». Le texte paraît définir l'objet de la prestation. La comparaison avec une rédaction à l'endroit est intéressante : tout contrat a pour objet l'obligation assumée par une partie de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Ici, c'est l'objet de l'obligation qui accapare l'attention(2). Mais la réserve la plus importante est ailleurs. La rédaction de l'article 1126 semble conférer au mot chose le sens d'objet de la prestation : «Tout contrat a pour objet [de la prestation] une chose...». Or, ce terme, au sens très vague[3], est en quelque sorte mis en facteur commun devant l'obligation de donner et l'obligation de faire ou de ne pas faire. Cette simplification rédactionnelle est la source d'une grave imprécision. Elle risque de conférer au mot chose un caractère unitaire immérité. En effet dans l'expression «donner une chose», la chose symbolise un droit et par extension un bien. Alors que dans la formule «faire ou ne pas faire une chose», la chose est une spécification de la prestation(4). Pour reprendre l'exemple du transport, faire une chose est synonyme de déplacer. Cette question est assez peu abordée en doctrine et rares sont les auteurs qui ont clairement pris position(5). Selon Madame Mayer, l'objet de la prestation dans un

---

(1)Cf. supra n°31.

(2)La contradiction entre objet du contrat et objet de l'obligation est encore plus flagrante dans la rédaction à l'endroit : Tout contrat a pour objet l'obligation... Si on élimine cette contradiction, la phrase devient : toute obligation a pour objet donner, faire ou ne pas faire quelque chose.

(3)MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°234 ; HUC, op. cit. qui en précise l'étymologie. Le mot latin causa, synonyme à l'époque de res, c'est-à-dire objet ou prestation, est à l'origine de deux termes français : chose, qui correspond au res latin, et cause.

(4)L'article 1126 n'est pas le seul texte concerné :
- L'article 1217 met également sur le même pied ces deux conceptions : «l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division...».
- Dans d'autres textes au contraire, l'objet de la prestation de nature matérielle, le bien concret, est désigné sous le terme de chose : «chose qui fait la matière de la convention» (art. 1182) ; adde articles 1136, 1137, 1138, 1141, 1189, 1191, 1193, 1194, 1195 et 1205.
- Mais le terme chose désigne aussi parfois l'objet de l'obligation. Cf. l'article 1200 «oblige à une même chose» et l'article 1189.

(5)H. MAYER, Thèse précitée, p.42-45 et p.109, 112, 120 et s. ; M. GENINET, Thèse précitée, n°875. Adde aussi G. FARJAT, op. cit. et J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, tableau récapitulatif, p.257 ; L. JOSSERAND, «Les transports», 1926, p.823 et p.28 § 3 : «tel fait, tel abstention».

contrat non translatif se définit comme le service attendu du débiteur : la passation d'un acte dans un mandat, le déplacement dans un transport, etc.

Cette analyse respecte donc la lettre de l'article 1126 du Code civil et peut se recommander de certains auteurs classiques qui employaient le mot chose au sens large : bien ou prestation. Mais il faut rappeler qu'à l'époque, l'autonomie de l'objet de la prestation par rapport à l'objet de l'obligation, n'était pas encore clairement perçue. Cette opinion paraît critiquable pour deux raisons majeures.

755.– En application de cette thèse, la notion d'objet de la prestation devient hétérogène. Pour les obligations translatives, il s'agit d'un droit et par extension d'un bien. Pour les obligations non translatives, il s'agit d'un service et non du bien sur lequel porte ce service[1]. Cette solution a des conséquences curieuses. La distinction meubles-immeubles, par exemple, ne concerne pas la même catégorie d'objet dans une vente, un bail ou un crédit-bail. Il est pourtant difficile de soutenir qu'un appartement est un objet de la prestation quand il est vendu mais qu'il ne l'est pas quand il est loué. L'hypothèse du contrat d'entreprise avec fourniture de matière est également très éclairante. Voici l'exemple d'un carrossier qui fournit une aile de rechange, la met en place et la peint. Vis-à-vis de l'obligation accessoire de fourniture, l'aile constitue l'objet de la prestation ; mais tel n'est plus cas lorsque le garagiste la fixe et la recouvre de peinture ! Ces deux exemples sont significatifs. Il y a quelque contradiction à affirmer que l'objet de la prestation est un service, alors qu'un service est... une prestation. Il ne faut pas se laisser abuser par la classification tripartite de l'article 1126 dont les termes ne sont pas immédiatement comparables. Une obligation de donner est déjà un type précis d'obligation, alors que l'obligation de faire est plutôt la définition d'un genre, qui se ramifie considérablement selon chaque qualification : déplacement, représentation, assurance, travail, etc. Dans un contrat de transport, la réponse à la question «quid debetur» est évidente : le transporteur s'engage à déplacer. Le service dans un contrat de prestation de services, n'est pas l'objet de la prestation, mais la prestation elle-même.

---

(1)Comp. pour une confusion inverse : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°114 et s. L'auteur classe dans les nouveaux objets de l'obligation (qu'elle analyse comme des prestations, n°112) à la fois la diversification des services rendus par les entrepreneurs (exemple : profession libérale) et celle des choses prêtées (n°117) ou des droits cédés (n°119 et s.). Les deux dernières catégories relèvent de l'objet de la prestation. Cependant, en raison de l'apparition d'une obligation de faire, qui touche alors l'objet de l'obligation (cf. infra n°891 (note)), il est exact que l'absence de droit privatif fait parfois dégénérer la vente en contrat d'entreprise (choses incorporelles, par exemple, n°121).

756.– La thèse évoquée a ensuite pour conséquence de créer un véritable vide conceptuel. Si l'objet de la prestation du transporteur est le déplacement, il est permis de s'interroger sur le statut juridique de la marchandise transportée. Toutes les catégories d'objet ont été épuisées(1). Il manque un concept qui reste à inventer. Affirmer pour sortir de cette impasse, que l'objet de la prestation est le déplacement d'une marchandise n'est qu'un artifice sémantique. Aucun problème ne se pose plus quand le service reçoit sa véritable qualification. Construire, assurer sont des sous-catégories de l'obligation de faire et relèvent à ce titre de l'objet de l'obligation. La catégorie d'objet de la prestation est alors libre pour spécifier les biens sur lesquels portent les services. Dans cette conception, il peut arriver que l'objet de certaines prestations soit difficile à cerner ou même que son existence puisse se discuter. Ainsi, l'objet de l'obligation d'une clause de non concurrence est constitué par l'engagement de ne pas se rétablir à proximité, mais quel est l'objet de la prestation : l'activité interdite ? De même, dans le contrat de travail, si l'obligation est clairement définie (travailler), l'objet de la prestation sera le plus souvent déterminé ultérieurement par l'employeur. De toute manière, dans ces hypothèses, c'est la nature de l'obligation qui est à l'origine de ces incertitudes. Il ne s'agit plus du tout du vide conceptuel décrit plus haut où matériellement la marchandise existe, mais où juridiquement elle n'est plus qualifiable, toutes les catégories juridiques possibles étant déjà «occupées».

L'analyse la plus exacte nous paraît pouvoir être résumée dans le tableau suivant(2) ::

---

(1)Si la marchandise n'est plus un objet, en toute rigueur elle ne devrait plus pouvoir entraîner l'annulation du contrat. Doit-on en conclure que le contrat de transport d'un ange est valable ?

(2)Un inventaire plus précis des différents objets de la prestation doit être établi (classification utilisée : J.-F.OVERSTAKE, Thèse précitée)

1) *obligations translatives*

- de droit réel : le droit et par extension le bien ;
- de droit personnel : le droit personnel ;
- de droits intellectuels : le droit et par extension l'invention, l'image, l'œuvre artistique, etc.

2) *obligations non translatives*

- contrat d'entreprise : bien ou personne qui subit la prestation de service (client du coiffeur, voiture en réparation) ou bien qui est créé par l'exécution de la prestation de service (maison construite). Comp. Ph. DUBOIS, «Le physique de la personne», Thèse Paris II 1984, p.141 (pour un coiffeur, «l'apparence est l'objet du contrat»).
- contrat de transport : chose ou personne transportée
- contrat de dépôt, de prêt, etc. : chose déposée, prêtée, louée.

Certaines conventions suscitent quelques difficultés et une étude d'ensemble de cette question serait utile :

- *le contrat d'assurance* : l'objet de la prestation est ici le risque (J. NERET, «Le sous-contrat», Thèse LGDG 1979, n°132, p.106 et n°110-111, p.137). Faut-il par extension y assimiler le bien générateur du risque dans une assurance de choses ? Si lors de la conclusion du contrat, le bien n'existe plus (détruit par exemple), le contrat est nul pour défaut d'objet. Mais il est possible d'expliquer cette solution en remarquant, que la destruction du bien a fait disparaître la possibilité du risque qui reste le seul objet de la prestation véritable.

	Obligation translative (sens large)	Obligation non translative
Objet de l'obligation	transférer	faire ou ne pas faire déplacer, travailler, garder, etc.
Objet de la prestation	un droit (par extension : un bien)	un bien, une personne, etc.

En résumé, l'objet de la prestation se définit :

- dans les obligations translatives, comme le droit et, par extension, le bien que le débiteur s'engage à transférer ;

- dans les obligations non translatives, comme la personne ou la chose, au sens le plus large(1), matérielle ou immatérielle, vis-à-vis de laquelle le débiteur s'engage à

- *le contrat transaction* : le droit auquel il est renoncé et, peut-être, le litige, cf. supra n°61 (note).
- *le contrat de mandat* : l'objet de l'obligation est constitué par la conclusion d'un acte juridique. L'objet de la prestation est cet acte proprement dit : vente, transport, etc.. Mais là encore, faut-il y assimiler l'objet de la prestation contenue dans l'acte passé par le mandataire ? (ex : meuble que le mandataire doit vendre). Il paraît impossible, sinon, d'expliquer pourquoi certaines décisions parlent d'indétermination de l'objet quand le prix de la vente n'a pas été fixé. La solution s'harmonise bien aussi avec l'obligation de conservation de la chose à vendre qui pèse sur le mandataire lorsque cette chose lui est remise : l'objet de la prestation est bien ici la chose que le mandataire doit vendre. (Rappr. pour la promesse de porte-fort, le consentement du tiers et le contrat auquel il consent, voire les biens objets des prestations de cet accord).
- *l'obligation de non-divulgation* : l'information conventionnelle.
- *le bail de chasse* : selon certains auteurs, le bail a pour objet le droit incorporel de chasse (J.-C. GUILBAUD, «La chasse et le droit», 13e édit., 1986, n°39 ; comp. J.-P. CONSTANT, «Chasseur et gibier en droit français», Thèse Lyon III 1975, n°56 : «le bail a donc pour objet le droit de chasse, et son support : le territoire de chasse avec ses accessoires...», ce qui évoque l'idée d'un objet à double étage ; v. aussi dans le sens d'une conception mixte : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, note 2, p.129 : bail d'immeuble conférant le droit incorporel de chasser ; en jurisprudence : Tb. civ. Gien 17 septembre 1954, Gaz. Pal. 1954-2-p.232).
Interprétée strictement, cette conception conduit à considérer que l'épidémie de myxomatose ayant décimé les lapins de garenne, ne peut déclencher l'application de l'article 1722 du Code civil : si le gibier a disparu, le droit de chasse existe toujours (en ce sens : Tb. civ. Gien 17 septembre 1954, précité). Cette conception a été rejetée par la Cour de cassation (Civ. 1e 24 février 1959, D. 1959, p.311 rejetant le pourvoi contre Orléans 23 janvier 1957, Gaz. Pal. 1957-1-somm. p.41 ; JCP 1957, II, 9817) et une grande partie de la doctrine (M. BOUCHE, Rép. civ., v° Chasse, n°129 ; J.-P. CONSTANT, Thèse précitée, n°66 ; B. STARCK, «Baux de chasse et myxomatose», JCP 1956, I, 1312). Certains auteurs estiment par conséquent que l'objet du bail est le territoire de chasse, l'immeuble sous l'angle d'une de ses potentialités (M. BOUCHE, Rép. précité, n°90-91 et les auteurs cités). En réalité, il semble que l'argument tiré de l'article 1722 est insuffisant, car la jurisprudence fait application du texte lorsque la jouissance de la chose louée est impossible, bien que celle-ci ne soit pas détruite : l'analyse pourrait fort bien jouer en l'espèce (B. STARCK, chr. précitée, n°31 et n°76).

(1) Le mot chose est entendu dans le sens suivant : «terme le plus général par lequel on désigne tout ce qui existe, en parlant d'êtres concrets ou abstraits, réels ou apparents, connus ou inconnus», (dictionnaire ROBERT). Cette généralité est indispensable car l'objet de la prestation peut constituer un bien mais aussi une abstraction : vente (mandat), risque (assurance), litige (transaction).

faire ou à ne pas faire quelque chose. Dans les contrats non translatifs, la catégorisation des services rendus par le débiteur relève de l'objet de l'obligation.

757.– Une contre-épreuve de cette analyse peut être tentée. L'idée est la suivante. Le Code civil exige de l'objet qu'il remplisse certaines conditions : existence, licéité, détermination. Il suffit de vérifier que les notions d'objet concernées par chaque condition sont les mêmes dans les contrats translatifs et les contrats non translatifs. Par exemple, si l'inexistence concerne l'objet de la prestation d'une obligation translative, il faudra s'assurer que pour une obligation non translative, l'inexistence concerne bien la chose qui subit le service et pas le service lui-même. Les résultats obtenus peuvent être synthétisés dans le tableau ci-dessous(1).

		Inexistence ou impossibilité	Illicéité	Indétermination
Obligation translative	Objet de l'obligation (transférer)	-	-	-
	Objet de la prestation (chose, droit)	Ange	Corps humain Vin frelaté	Quelque chose, sans autre précision
Obligation non translative	Objet de l'obligation (service demandé)	Voler (dans les airs, sans appareil)	Commettre un délit précision (ex: s'évader)	Remise d'une chose sans autre
	Objet de de la prestation (bien, personne)	Mouvement perpétuel (réalisation) Ange (transport)	Construction modifiant un un immeuble classé	Construction d'une maison sans plan

Ces résultats qui peuvent surprendre, méritent quelques commentaires. Ils établissent que l'objet de la prestation dans la conception ici retenue est à même d'entraîner la nullité d'une obligation pour impossibilité, illicéité ou indétermination,

(1)Les ouvrages de MM. MARTY et RAYNAUD (op. cit., n°173 et s.) et MAZEAUD et CHABAS (n°234 et s.) s'avèrent ici fort utiles. MM. MAZEAUD et CHABAS appliquent systématiquement les trois conditions à l'objet de la prestation pour les obligations translatives et au service pour les obligations non translatives.

que cette obligation soit translative ou non translative. L'homogénéité de la notion d'objet de la prestation trouve ici sa confirmation.

Il faut en revanche expliquer la disparité qui apparaît à propos de l'objet de l'obligation qui n'est jamais cause de nullité dans les obligations translatives et qui l'est parfois dans les obligations non translatives. La justification de cette situation se trouve en grande part dans la différence de nature de chacune de ces catégories. L'obligation translative correspond à un type déterminé de prestation : transférer un droit. Avec une délimitation aussi précise, il est normal d'en déduire que le transfert est une prestation possible, licite et déterminée. Au contraire, la catégorie des obligations non translatives est l'expression d'un genre aux multiples espèces. Prises isolément, la plupart des obligations non translatives (transporter, représenter, etc.) sont comme l'obligation de transférer un droit possibles, licites et déterminées. En définitive, le principe global est le même, mais ses exceptions se trouvent dans la catégorie (ouverte) des obligations non translatives.

758.– Il importe d'ailleurs d'examiner plus attentivement ces exceptions. L'indétermination de l'objet d'une obligation signifie que la prestation du débiteur n'est pas clairement identifiée et qu'une hésitation existe entre deux ou plusieurs types de prestations. La situation ne peut se présenter que dans une catégorie qui comprend plusieurs obligations (non translatives) ; elle est dénuée de sens quand la recherche s'applique à une seule obligation (translative)[1]. La remise d'une chose matérielle peut par exemple justifier de nombreuses obligations non translatives : garde, prêt, entreprise, déplacement, etc..

L'analyse de l'impossibilité et de l'illicéité des prestations non translatives est beaucoup plus délicate. Les exemples indiqués sont des cas très marginaux. Il est même permis de se demander si du point de vue de la licéité ou de la possibilité de l'objet, la distinction objet de l'obligation-objet de la prestation présente un quelconque intérêt. Certes l'impossibilité de la construction d'un mouvement perpétuel vient de l'objet de la prestation (le mouvement perpétuel) et non de la prestation (construction). Mais dans certaines hypothèses cependant, la distinction est plus incertaine. L'exemple traditionnellement cité d'impossibilité absolue de l'objet d'une obligation non translative, toucher le ciel ou le soleil, permet d'illustrer cette difficulté.

---

[1]Ceci suppose d'ailleurs que la catégorie des obligations translatives ne comprenne qu'une seule prestation, transférer un droit, dont seule l'objet change : droit réel, droit personnel, droit intellectuel. L'hésitation pourrait peut être se produire néanmoins dans l'hypothèse d'un transfert de propriété pouvant être une vente ou une fiducie. Mais il semble en réalité que cette situation révélerait surtout une erreur sur la cause du transfert : (à titre de sûreté ou définitif) (cf. supra n°251 et s.).

Ni la prestation (toucher), ni l'objet de celle-ci (le soleil ou le ciel) ne sont inexistantes ; c'est leur combinaison qui l'est. La remarque peut être étendue à l'illicéité. Tuer n'est pas en soi illégal. Il est permis de tuer certains animaux en respectant les règles d'exercice du droit de chasse. La prestation devient irrégulière lorsqu'elle s'applique à l'homme. L'existence ou la licéité sont relativement neutres du point de vue de la distinction prestation-objet de la prestation. Cette constatation vaut aussi pour les obligations translatives. Il faut en effet toujours garder à l'esprit que le raisonnement sur les obligations translatives s'applique à une prestation au type déjà déterminé. Ainsi, quand un transfert porte sur une chose hors du commerce, l'illicéité de l'obligation paraît provenir de l'objet de la prestation, de la chose transférée. La formulation est trompeuse et frise parfois le sophisme : souvent la chose est dite hors du commerce juridique parce que son transfert est interdit. Mais une autre prestation sur le même objet serait licite. Le transfert d'un droit sur le corps d'une personne est interdit. Mais cette illicéité provient de la combinaison de l'objet de l'obligation (transférer un droit) et de l'objet de la prestation (corps humain). D'autres prestations (curatives par exemple ou esthétiques) sont autorisées.

759.– Ces quelques remarques permettent de constater que si la contre-épreuve n'est pas totalement concluante, ce n'est pas parce que la conception proposée de l'objet de la prestation est inadéquate, mais parce que les postulats de base de cette vérification (la corrélation entre les conditions de validité de l'objet et les notions d'objet) sont erronés. L'impossibilité, l'illicéité ou l'indétermination de l'objet peuvent se rapporter à l'objet de la prestation (surtout), à l'objet de l'obligation (rarement) où à la combinaison des deux (souvent)[1]. Une fois n'est pas coutume, il faut louer le législateur d'avoir manqué de rigueur en rédigeant l'article 1126 : un excès de précision n'aurait peut être pas permis d'atteindre toutes les hypothèses de nullité[2].

Si l'objet de la prestation n'est pas un concept pleinement efficace pour la nullité des obligations(3), il constitue en revanche un guide précieux pour la qualification. Encore faut-il en préciser les modalités d'action.

---

(1)Un auteur y ajoute même l'objet du contrat (MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°244 et s). Pour la critique de cette conception de l'objet du contrat, cf. supra n°31 et s.

(2)Les travaux de réforme du Code civil ont maintenu cette impression : «Travaux de la Commission de Réforme du Code civil», 1946-1947, p.186 et s.

(3)L'objet constitue peut être vis à vis des conditions de validité du contrat une notion fonctionnelle. Mais ce genre de classification est inutilisable pour catégoriser une qualification.

SECTION 2

PRINCIPES GENERAUX

760.– L'influence de «l'objet de la prestation»[1] sur les qualifications contractuelles est une question souvent discutée, mais de manière partielle. Aucune étude d'ensemble ne pose véritablement le problème en termes généraux. Il s'agit donc de rechercher ici à quelles occasions et selon quelle technique une qualification donnée est transformée lorsque son objet de la prestation change. A ce sujet, deux tendances fondamentales s'affrontent dans une dialectique caractéristique de tout système juridique.

I - LES TENDANCES EN CONFLIT

761.– Le droit, tout d'abord, est inséparable de l'idée d'abstraction. Toutes les constructions juridiques nécessitent l'existence de représentations abstraites de la réalité. En effet, d'un point de vue technique, dès que le législateur veut soumettre une situation particulière à l'application d'une norme, il est obligé de définir cette situation. Souhaitant régir le contrat de vente, il doit spécifier ce qu'est un contrat de vente. Dans cette définition, une référence purement énumérative aux objets susceptibles d'être vendus («on peut vendre une maison, un chien, une machine, etc.») serait inutilisable[2]. Il est largement préférable de regrouper dans des catégories plus

---

[1]Cette expression reviendra souvent. Elle est pourtant un peu elliptique et il faut préciser que dans un contrat synallagmatique il y a au moins deux objets de la prestation (v. en ce sens : M. VIVANT et A. LUCAS, obs. JCP éd. E 1991, I, n°41, p.165). Pour un contrat d'entreprise par exemple, il existe le bien à construire ou à réparer et la somme d'argent à verser. Bien entendu, pour étudier l'influence de l'objet de la prestation sur les qualifications, il est indispensable d'étudier séparément chaque objet de la prestation. Une formule plus exacte serait donc : influence de l'objet d'une prestation d'une partie sur la qualification du contrat où cette prestation figure.

[2]Cf. les très classiques difficultés liées à l'emploi de listes énumératives : liste limitative ou non, attitude à adopter vis-à-vis des oublis, etc.. Ajoutons que dans l'hypothèse d'une liste non

globales (meuble, immeubles, droits, biens d'équipement, etc.) tous les objets de la prestation qui subiront la norme. Ce faisant, le législateur étend le champ d'application du texte ; réciproquement cependant, l'objet de la prestation se voit refuser toute influence sur la qualification.

Cette situation peut d'ailleurs se recommander de nécessités pratiques. Il est totalement exclu de différencier à l'infini toute norme juridique selon chaque situation concrète. Il est matériellement impossible pour le législateur et juridiquement peu souhaitable de multiplier les qualifications en fonction de l'objet de la prestation. Il ne serait guère raisonnable de distinguer le contrat de transport de denrées périssables de celui de machines ou d'animaux vivants. La distinction ne s'impose pas à l'échelon de la qualification, car les obligations principales des parties sont en définitive les mêmes. Il faut ajouter qu'une fois entré dans le principe d'une telle spécialisation des qualifications, il paraît difficile de s'arrêter. Au sein des denrées périssables, il est possible de soutenir que les crèmes glacées ne sont pas comparables aux légumes secs. Le déplacement de tuyaux en fonte peut être opposé à celui des vitres, etc. De par sa technique même, le Droit est un puissant facteur d'abstraction et de généralisation. Il privilégie les points communs. Appliquée aux qualifications contractuelles, cette tendance incite donc à négliger l'objet de la prestation.

762.– Une tendance vigoureuse au réalisme vient cependant tempérer cette nécessité de l'abstraction. La finalité d'un système juridique ne repose pas en lui-même, mais dans les solutions qu'il peut apporter aux difficultés concrètes. L'ensemble des normes juridiques doit constamment prendre en compte la réalité pour s'assurer que la traduction qu'il en donne est fidèle. A cet égard, une trop grande abstraction est néfaste. L'établissement du régime d'un contrat doit parfois tenir compte de l'objet de la prestation. Cette nécessité est instinctivement ressentie chez les praticiens qui sont souvent les premiers à particulariser un contrat en fonction de l'objet concret sur lequel il porte. Ainsi, la simple location de grue avec chauffeur accède au rang de convention innomée de «grutier» et le bail de biens mobiliers à usage industriel devient «un contrat de renting»[1]. Paradoxalement, les non-juristes

---

limitative, de savants interprètes se chargent immédiatement de regrouper tous les termes de l'énumération dans une catégorie plus globale ! Pour éviter toute discussion, autant régler immédiatement la question dans le texte.

(1)Pour le contrat de «grutier» : Paris 4 avril 1974, Rev. jurispr. com. 1974, p.214, note E.-M. Contra : Paris 22 mai 1990, D. 1990, IR, p.159 (louage de choses) et les décisions citées supra (n°156 (note)). Pour une tentative d'explication, cf. supra n°157 (texte et note).
Pour le contrat de «renting» : R. RODIERE, «Droit Commercial», n°219, p.226 ; J. HEMARD, Rép. civ., «Contrats commerciaux», n°41 ; E.-M. BEY, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 851, Crédit-bail mobilier, n°206 et s. ; adde, infra n°1529.

adoptent la même approche pragmatique. Les revendications des consommateurs portent souvent sur des biens et des contrats très précis. La Commission des clauses abusives s'est d'ailleurs fait l'écho de ces préoccupations. Il suffit de lire certaines recommandations aux titres déjà évocateurs : location d'emplacement publicitaire[1], contrat d'achat d'objet d'ameublement[2], contrat d'installation de cuisine[3]. D'un point de vue législatif, la prise en compte de l'objet de la prestation dans les qualifications contractuelles répond à des exigences de natures diverses. Le réalisme contractuel est parfois inévitable[4]. Les incessants progrès des sciences médicales ont suscité par exemple de graves difficultés dans la détermination du régime des conventions portant sur le corps humain. La contrainte des faits a conduit à quelques interventions législatives importantes bien que partielles : don du sang, don de sperme, greffes d'organes. Les manipulations biologiques et génétiques récentes ont ramené cette question à l'ordre du jour. Dans d'autres hypothèses au contraire la pression de la réalité est beaucoup plus faible. L'objet de la prestation est alors une technique commode de délimitation de l'intervention du législateur qui précise par la même le secteur d'activité qu'il veut freiner, encourager ou contrôler. La consécration d'un contrat de construction de maisons individuelles et la limitation du crédit-bail mobilier ou matériel d'outillage et aux biens d'équipement en sont des illustrations.

La conclusion à tirer de ces quelques remarques est assez claire : l'objet de la prestation, sous l'influence de ces deux tendances contradictoires, ne joue pas un rôle uniforme dans les qualifications contractuelles. En principe, l'objet de la prestation n'est pas un critère de qualification. Mais il y a de nombreuses exceptions à cette règle.

Adde : Les contrats-types de transports denrées périssables, animaux vivants et citernes : trois décrets du 7 avril 1988, Bull. transp. 1988, p.233 et s.

(1)Recommandation n°80-02, JCP éd. N. 1980, prat., 7580.

(2)Recommandation n°80-05, JCP 1980, III, 50570.

(3)Recommandation n°82-03, BOCC 22 décembre 1982. Cette prise en compte du bien peut se revendiquer de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 : «en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés».

(4)V. dans le sens d'un réalisme mesuré : J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, «Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français», Thèse Bordeaux 1955, n°15 : «seule la nécessité de créer un régime juridique spécial pour telle ou telle catégorie de biens justifie l'élévation de certaines propriétés physiques des choses au rang de source de discrimination légale. Ainsi, tel donné naturel ne sera pris en considération que s'il rend impossible, pour la catégorie de biens envisagée, l'application des solutions générales».

II - LES REGLES GENERALES D'ACTION DE L'OBJET DE LA PRESTATION SUR LES QUALIFICATIONS

763.- En rester là dans l'analyse serait pourtant décevant. D'un autre côté, la synthèse de cette question semble impossible tant les hypothèses pratiques concernées sont nombreuses et en apparence disparates : contrat informatique, crédit-bail, don du sang, transport de personne, bail à cheptel, etc. Toute tentative est vouée à l'échec si la synthèse est recherchée à partir d'une classification des objets de la prestation : immeubles, biens d'équipements... Les objets envisageables sont innombrables : une seule classification n'en viendrait pas à bout. Seul compte en réalité le type d'influence que l'objet de la prestation exerce sur une qualification donnée. De ce point de vue, un second écueil doit être évité. Aucune explication ne peut aboutir si la recherche prétend synthétiser les effets directs de l'objet de la prestation sur le contrat tout entier. Posé en ces termes, le problème est insoluble[1].

L'étude de l'influence de l'objet de la prestation sur les qualifications contractuelles doit donc s'organiser autour de deux idées fondamentales (A) qui constituent le schéma théorique d'analyse. Ce schéma devra être corrigé par la prise en compte de deux particularités tenant, l'une à l'intervention du législateur, l'autre à la spécificité des obligations translatives (B).

A) Le schéma théorique de base

764.- 1) La première idée, dont l'importance capitale a été insuffisamment soulignée, est que l'objet de la prestation exerce une influence directe sur l'obligation et non sur le contrat[2]. Avant de rechercher si un objet donné, un ordinateur par

---

[1] L'objet de la prestation d'un contrat est une expression incorrecte, puisqu'un grand nombre de conventions contiennent plusieurs prestations. L'expression peut se comprendre comme la contraction «d'objet de la prestation qui est-elle même l'objet du contrat». Ceci fait déjà apparaître la nécessité d'une action de l'objet de la prestation sur l'obligation principale pour que la qualification de la convention soit remise en cause.

[2] Il ne sera envisagé ici que l'influence sur le régime propre du contrat. Certaines réglementations communes à plusieurs qualifications ou, au contraire, plus étroites qu'une qualification peuvent directement prendre en compte un certain type d'objet de la prestation.
V. par ex, pour la coordination des transports : la Cour de cassation a refusé d'en écarter le transport retour des emballages vides (conteneurs, palettes, etc.) : Crim. 3 juin 1986, Bull. transp. 1986, p.459 ; JCP 1986, IV, p.239 (cassation pour défaut de base légale de l'arrêt qui ne s'explique pas «sur le point de savoir en quoi un emballage tel qu'un conteneur qui, comme en l'espèce a fait l'objet d'un contrat de transport, diffère, par sa nature d'une marchandise» au sens de la réglementation relative à la coordination).
Adde, pour une subdivision à l'intérieur d'une qualification, la notion de bâtiment pour l'application de l'article 1793 du Code civil sur le marché à forfait : J. BORRICAND,

exemple, disqualifie un contrat conclu à son sujet, il convient toujours d'examiner au préalable si cet ordinateur modifie d'une manière ou d'une autre la prestation dont il est l'objet. L'idée résulte en définitive d'une constatation très simple : comme son nom l'indique, l'objet de la prestation, qui est le plus souvent une chose concrète appartenant au monde réel, pénètre dans le monde juridique (contractuel) par le biais de l'obligation. Presque toutes les prestations portent sur un objet ; il est logique que toute spécificité de cet objet altère au premier chef, cette prestation. L'obligation est l'élément fondamental, la particule élémentaire du Droit des contrats, alors que les conventions sont déjà des agencements plus complexes. Si l'objet de la prestation doit dénaturer quelque chose, ce ne peut être en premier lieu qu'une obligation. Le transfert de l'usage d'une chose, par exemple, change de nature lorsque la chose est consomptible puisque dans cette hypothèse apparaît un transfert de propriété. Un produit dangereux, lorsqu'il est cédé, fait naître une obligation nouvelle de renseignement. Le déplacement d'animaux vivants nécessite le respect d'un nombre minimum d'arrêts pour abreuver les bêtes. Les illustrations sont innombrables, mais l'idée toujours identique : l'objet de la prestation, s'il manifeste une influence, le fait au niveau de l'obligation. Il la dénature, il la fait disparaître, il augmente ou diminue son importance, il en ajoute une autre ou il modifie sa cause.

765.– La justification de ces transformations n'est jamais la même et échappe à toute généralisation. Elle trouve son fondement dans le lien original et imprévisible qui se crée entre une prestation et son objet. Ce particularisme irréductible a déjà été remarqué lors de l'étude des conditions de validité de l'objet[1]. A titre d'illustration, la consomptibilité d'un bien dénature l'obligation de prêter mais pas celle de donner. La jurisprudence joue un rôle essentiel en cette matière. C'est aux magistrats qu'il appartient de dégager au fil des espèces qui leurs sont soumises, les traits particuliers de tel ou tel objet de la prestation (ordinateur, logiciel, corps humain) et de déterminer les modifications que ces caractéristiques doivent entraîner à l'échelon des obligations.

766.– 2) Ceci ne signifie pas pour autant que le contrat lui-même reste insensible à tous ces changements. Mais, et c'est la deuxième idée fondamentale, corollaire de la première, le contrat ne change de nature que si l'objet de la prestation a disqualifié, ajouté ou supprimé une obligation principale et non une obligation accessoire. L'influence de l'objet de la prestation se compose donc en réalité de deux influences successives : une première sur l'obligation et une seconde sur le contrat. La première

---

«Observations sur le marché à forfait», D. 1965, p.106 et parmi bien d'autres décisions : Civ. 3e 17 janvier 1984, Gaz. Pal. 1984-1-pan p.133, obs. Ph. JESTAZ.

(1)Cf. supra n°757 et s.

échappe à toute synthèse et dépend des caractères concrets de l'objet de sa prestation et de sa relation spécifique avec certaines obligations. La seconde (sur le contrat) obéit aux règles traditionnelles de la théorie générale des qualifications. Le caractère dangereux d'un produit vendu ajoute à l'obligation de délivrance une obligation de renseignement. Mais cette nouvelle prestation est accessoire, et comme de surcroît, la délivrance est une simple conséquence du transfert de propriété, la qualification du contrat de vente n'est pas menacée. De même, le déplacement d'animaux vivants oblige le transporteur à de nouvelles obligations. Si le transport nécessite l'accompagnement des bêtes par leur propriétaire, l'obligation de conservation du transporteur est allégée, donc modifiée. Dans les deux cas pourtant, l'objet de la prestation ne remet pas en cause l'existence et la nature de la principale obligation seul critère de qualification : le déplacement. Tout le schéma théorique de l'influence de l'objet de la prestation est donc ici : il faut examiner au préalable l'influence de cet objet sur l'obligation qu'il concerne puis envisager les conséquences de l'éventuelle transformation de cette obligation sur le contrat. Cette démarche doit cependant être nuancée par deux considérations supplémentaires.

B) Les compléments d'analyse

767.– 1) La «science» juridique est une «science» relative. Il est indispensable de tenir compte dans cette matière de l'intervention du législateur. Cette étude porte sur les qualifications contractuelles en général. Il est alors aisé de constater que dans certains cas la loi érige en critère de qualification l'objet de la prestation. Dans d'autres hypothèses au contraire, l'interrogation provient justement du silence des textes : l'absence de précision fait parfois douter de l'application d'une qualification déterminée à certains objets aux caractéristiques très spécifiques. Le rôle du législateur ne peut donc être négligé, mais il faut souligner la disparité de ses interventions. Certaines qualifications tenant compte expressément de l'objet de la prestation ne font que prendre acte des particularités irréductibles d'un objet de la prestation vis-à-vis d'une obligation donnée (prêt de consommation pour le prêt d'une chose consomptible). La nécessité de cette prise en compte aurait pu tout aussi bien être affirmée par les tribunaux. Tel n'est pas le cas, en revanche, d'une convention comme le crédit-bail dont l'objet de la prestation pouvait rester neutre au regard de la qualification. Ces différences de motivations évidentes du législateur interdisent par conséquent une étude séparée des qualifications utilisant comme critère l'objet de la prestation. Leur rapprochement n'apporterait rien.

768.– 2) Le schéma théorique de base précédemment exposé comporte deux étapes : l'objet de la prestation modifie l'obligation, puis il altère éventuellement la qualification du contrat. Cette analyse doit être complétée lorsque la convention contient une obligation translative. Ce genre de prestation a pour objet un droit et par assimilation la chose sur laquelle porte ce droit. Mais il n'est pas sûr que cette assimilation qui se justifie dans le cadre des conditions de validité du contrat, puisse être maintenue à propos des qualifications. Il semble qu'il faut «ajouter un étage» à la construction : la chose concrète peut modifier le droit dont elle est l'objet, celui-ci pouvant agir sur l'obligation qui seule sera en mesure des transformer la qualification de la convention. Il y a dès lors trois étapes dans le raisonnement et non deux. Posé en ces termes, le problème suscite l'apparition d'une nouvelle difficulté. Il est permis de ses demander si les différences de nature des droits transférés sont susceptibles de modifier l'obligation : le transfert d'un droit, son changement de titulaire, ne sont-elles pas des prestations absolument neutres et universelles ? Une recherche plus approfondie s'impose car l'intervention du législateur joue ici un rôle considérable : les principales conventions translatives prennent expressément en compte l'objet de la prestation, c'est-à-dire le droit transféré (vente, cession de créance).

769.– Tout ceci explique qu'après avoir détaillé l'influence de l'objet la prestation sur les qualifications en général (chapitre 1), il convient d'étudier le cas particulier des contrats translatifs, c'est-à-dire des conventions comportant à titre principal une obligation translative de droit au sens large (chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'INFLUENCE DE L'OBJET DE LA PRESTATION SUR LES QUALIFICATIONS EN GENERAL

770.– Le principe général qui gouverne la matière est la neutralité. L'objet de la prestation ne constitue pas normalement un critère de qualification. Le régime juridique d'une convention est le plus souvent conçu pour s'appliquer aux objets les plus nombreux possibles. Certains textes sont à cet égard très clair. Selon l'article 1713 du Code civil, par exemple, «on peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles»[1]. Les illustrations de cette indifférence des qualifications à l'égard de l'objet de la prestation sont nombreuses[2]. Cependant, en matière juridique comme ailleurs, tout principe à ses exceptions. Certains objets de la prestation sont incompatibles avec une obligation déterminée : le contrat de transport suppose nécessairement une chose détachable du sol[3]. Un fonds immobilier est par conséquent insusceptible de constituer l'objet d'un déplacement. Ces hypothèses ne retiendront guère l'attention. Il est en revanche intéressant de s'attacher à l'étude des cas où l'objet de la prestation modifie ou tente de modifier une convention. Pour examiner cette influence, la nature de la transformation subie par l'obligation servira de guide.

---

(1)Pour une location de vache : Civ. 1e 14 février 1990, Rev. dr. rur. 1990, p.293 (dans sa fonction laitière ; pour sa fonction reproductrice, cf. infra n°872).

(2)Adde pour la vente, l'article 1592, pour le prêt l'article 1878 et pour le dépôt l'article 1918 (pour les meubles seulement).

(3)V. sur ce point R. RODIERE, «Les transports», 1977, n°292, p.342. Ce qui importe est la possibilité d'un déplacement physique et non l'appartenance juridique du bien à la catégorie des immeubles.
Les meubles incorporels sont généralement exclus du dépôt.
Pour les biens détachables, le principe redevient la neutralité. Il est possible de qualifier de contrat de transport le transport de fonds (M. TILCHE, «Convoyeurs de fonds. Transporteurs ou non ?», Bull. transp. 1990, p.687 ; l'importance de la surveillance est permanente pour ce genre de biens : à vouloir la surévaluer, tous les contrats s'y rapportant seraient... des dépôts. La prestation caractéristique des convoyeurs demeure le déplacement) ; le transport de cadavres (X. LABBEE, Thèse citée, infra, p.103 et s.).

L'objet de la prestation emploie en effet deux techniques distinctes. Il peut en premier lieu changer la nature de l'obligation (section 1). Mais il peut aussi agir sur la structure de la convention, sans dénaturer les prestations, en ajoutant ou en supprimant certaines obligations ou en altérant leur caractère principal ou accessoire (section 2). Une dernière remarque s'impose. Les exemples étudiés pourront sembler disparates. Ce choix est volontaire. Il permet de démontrer l'extraordinaire diversité de la matière. Mais la vérification de l'efficacité du système explicatif proposé l'exige aussi. Il faut en effet insister sur ce point : les problèmes de qualification étudiés dans les pages qui suivent ne sont pas seulement l'illustration du schéma théorique avancé précédemment : ils «sont» ce schéma théorique. Un souci de clarté a contribué à rendre indispensable une présentation générale de l'influence de l'objet de la prestation et des règles qui la gouvernent. Cette présentation risque de donner à la recherche une allure déductive injustifiée, alors que la méthode inductive a été largement utilisée.

SECTION 1

LA TRANSFORMATION DE LA NATURE D'UNE OBLIGATION

771.- La transformation de la nature d'une obligation est la première influence que peut exercer l'objet de la prestation. Les caractéristiques originales de certaines choses peuvent modifier le contenu d'une obligation et rendre son régime initial inadéquat. La formule doit être précisée. La modification dépend en fait du rapport particulier qui unit la chose à la prestation dont elle est l'objet. Certaines prestations s'adaptent sans difficulté à toutes sortes de biens. D'autres sont au contraire plus spécifiques, moins malléables. La distinction meubles-immeubles par exemple qui est neutre pour certains contrats (vente, commodat, louage de choses) joue un rôle dans d'autres (transport, dépôt). C'est donc sans a priori et au cas par cas que cette influence doit être étudiée. Cependant, dès lors qu'une dénaturation est relevée, la disqualification du contrat proprement dit obéit aux principes classiques de qualification. Après avoir essayé de mettre en évidence le jeu de ce mécanisme dans des cas concrets (I), il faudra nuancer l'analyse en introduisant une donnée nouvelle, le rôle du législateur (II)[1].

I - L'INFLUENCE NATURELLE DE L'OBJET DE LA PRESTATION

772.- Pour examiner cette influence, deux exemples aux solutions diamétralement opposées retiennent l'attention. Dans le premier, le dépôt de sperme, l'objet de la prestation reste neutre. Dans le second, l'occupation d'une porte cochère pour exercer un commerce, il dénature l'obligation principale et transforme un louage

---

[1] Ce plan est adopté dans la première section pour montrer le rôle du législateur et ses particularités. Il ne sera pas repris dans la seconde section, les problèmes soulevés étant les mêmes.

de choses de droit commun en convention d'occupation précaire, véritable contrat sui generis.

A) Influence de l'objet de la prestation dans la convention de dépôt de sperme

773.- Une espèce récente qui a défrayé la chronique souligne la difficulté de saisir l'influence exacte de l'objet de la prestation et précise... a contrario la méthode à suivre. Il s'agit de la fameuse affaire Parpalaix[1]. Un homme atteint d'un cancer des testicules décide de subir un traitement médical risquant d'entraîner sa stérilité. Pour prévenir ce risque, il s'adresse au CECOS qui recueille un prélèvement de son sperme. Le traitement se déroule pendant deux ans et s'avère un échec. L'homme décède. Il a pu se marier avec sa concubine deux jours avant sa mort, mais n'a manifesté aucune volonté particulière auprès du CECOS.

L'épouse demande alors la restitution du sperme au CECOS qui refuse. L'affaire se plaide. La veuve assigne l'organisme devant le Tribunal de grande instance de Créteil pour obtenir sur le fondement des articles 1915, 1932 et 1939 la remise de la chose déposée. Le CECOS maintient son refus au motif que le contrat n'est pas un dépôt, le sperme n'étant ni une chose mobilière au sens de l'article 1918 du Code civil, ni une chose dans le commerce au sens de l'article 1128. La convention est un accord très proche d'un contrat médical, dont l'obligation thérapeutique assumée par le CECOS s'est éteinte à la suite du décès du patient. L'organisme constate en dernier lieu que le défunt n'a en toute hypothèse émis aucun consentement à une insémination artificielle.

774.- Le Tribunal limite d'emblée son intervention au problème de la restitution qu'il isole nettement de celui de l'insémination post-mortem. Les magistrats procèdent ensuite à la recherche de la volonté des parties dont ils déduisent que le défunt a exprimé la «volonté formelle de rendre son épouse mère d'un enfant commun, que la conception survienne de son vivant ou après sa mort»[(2)]. Le Tribunal analyse alors le contrat passé par le défunt avec le CECOS. Il relève à juste titre qu'il ne s'agit pas

---

(1) TGI Créteil 1 août 1984, Gaz. Pal. 1984-2-p.560 conclusion LESEC ; JCP 1984, II, 20321 note S. CORONE ; X. LABBEE, «L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur», Gaz. Pal. 1984-2-doct. p.401 ; Droit de l'enfance et de la famille, 1985, p. 301, note R. SIAD ; RTD civ. 1984, p.703 obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.
TGI Toulouse 26 mars 1991, JCP 1992, II, 21807, note Ph. PEDROT, D. 1992, somm. p.61, obs. X. LABBEE (qualification sui generis aussi en raison du but thérapeutique mais le tribunal contrairement à la décision précédente refuse de faire droit à la demande de la veuve.
Adde : S. CORONE, «Problèmes juridiques posés par la pratique de l'insémination artificielle et ébauches de solutions», Thèse 3e cycle, Paris X, 1986, p.101 et s.

(2) Le Tribunal ne respecte donc pas sa limitation initiale au simple problème de la restitution. Il affirme d'ailleurs plus loin que l'insémination post-mortem n'est pas illicite !

d'un don d'organe. La solution est exacte : la convention n'est pas translative et le sperme n'est pas un organe au sens de la loi du 22 décembre 1976. De manière plus contestable, les magistrats affirment aussi que «les règles du contrat de dépôt telles qu'elles sont définies par les articles 1915 et suivants du Code civil ne peuvent s'appliquer à la présence espèce qui concerne non pas une chose tombant dans le «commerce», mais une sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation d'un être humain». Ils en concluent que la convention constitue «un contrat spécifique comportant pour le CECOS obligation de conservation et de restitution au donneur ou de remise à celle à qui le sperme était destiné». La veuve obtient en conséquence gain de cause et le CECOS est condamné sous astreinte à restituer le sperme du défunt au médecin choisi par le veuve[1].

Une telle analyse n'est pas convaincante. La solution adoptée pour la qualification du contrat est illogique puisque sous couvert de l'objet de la prestation, elle consacre une convention innommée qui s'avère en réalité en tout point identique à un dépôt (1°). Elle est d'autre part inutile. Un raisonnement plus cohérent permet d'aboutir au même résultat (2°).

775.- 1°) La disqualification du dépôt en contrat sui generis opérée par le Tribunal n'est pas fondée. La nature particulière de l'objet de la prestation n'est pas suffisante pour entraîner une telle transformation et les arguments présentés sont critiquables. Celui retenu par le Tribunal au soutien de sa décision est certainement le plus faible. Le Tribunal affirme que le contrat n'est pas un dépôt parce que le sperme n'est pas dans le commerce. C'est donner à l'article 1128 du Code civil un sens trop restrictif. Il est maintenant solidement établi que ce texte ne donne pas au mot commerce le sens courant de transaction à titre onéreux, mais qu'il vise les choses aptes à servir d'objet à un acte juridique. Une chose dans le commerce n'est pas seulement une chose qu'il est possible de vendre, c'est une chose qui peut faire l'objet de conventions en général[2]. Selon cette interprétation, il est incontestable que le sperme, comme le sang ou les cornées, tombe dans le commerce juridique au sens de l'article 1128. Le dépôt et le don de sperme sont aujourd'hui des opérations courantes et parfaitement licites. De manière contradictoire, le Tribunal l'admet puisqu'il affirme par ailleurs que «les conditions de conservation ou de remise du sperme d'un mari

---

(1) L'insémination, laissée par le Tribunal à la conscience du médecin dans les limites de sa déontologie, a été pratiquée, mais n'a rien donné.

(2) AUBRY et RAU, T.4, 6e édit. § 344 ; FLOUR et AUBERT, «Les obligations L'acte juridique», V. 1, 1991, n°237 ; CARBONNIER, op. cit., T.4, 1991, § 55 ; WEILL et TERRE, op. cit., n°231 ; MAZEAUD et CHABAS, op. cit., 1991, T.2 vol. 1, n°236 ; J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°581 et s. ; X. LABBEE, chr. précitée ; A. JACK, «Les conventions relatives à la personne physique» , Rev. crit. lég. jurispr. 1933, p.366.

décédé... ne sont [pas] interdites ou même organisées par un texte législatif au réglementaire». Le sperme fait partie du commerce juridique. Le vrai problème n'est pas là : même s'il satisfait à l'article 1128, l'objet de la prestation peut générer l'apparition d'une convention distincte du dépôt.

776.- Le CECOS dans ses conclusions avance un autre argument, repris par le représentant du ministère public[1] : le contrat ne peut être un dépôt parce que le sperme n'est pas une chose mobilière au sens de l'article 1918 du Code civil. Cette affirmation est inexacte. «Dans l'état actuel de notre civilisation, tout ce qui existe sauf l'être humain est une chose»[2]. Le sperme n'étant pas une personne, il s'agit d'une chose. Sa nature mobilière est incontestable. Elle résulte de la technique de classification des biens en droit français : tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. Les immeubles étant une catégorie fermée dans laquelle le sperme ne figure pas, force est de constater que ce «germe de vie» est juridiquement une chose mobilière.

777.- Les conclusions du procureur soulèvent enfin une dernière objection. Les textes du Code civil régissant le dépôt sont organisés autour de la nature patrimoniale de l'objet conservé ainsi que plusieurs textes l'attestent (articles 1946 et 1939). Or, le sperme est dépourvu de toute nature patrimoniale. Son utilisation mercantile est illicite et sa cession est toujours gratuite et opérée dans un but thérapeutique. La solution s'impose, pour le procureur, que le sperme soit considéré comme une partie du corps humain ou qu'il soit analysé de façon autonome comme «l'expression génétique d'un droit fondamental de l'être humain».

L'argument ne vise pas à qualifier la convention d'après son régime, ce qui serait critiquable. Il consiste à prétendre que le législateur a pris en compte un objet de la prestation déterminé dans la qualification du contrat de dépôt. Cette technique est concevable. Elle est utilisée dans le contrat de transport, le crédit-bail et dans le dépôt lui même puisque la chose déposée ne peut être un immeuble[3]. Il est douteux, cependant, que l'hypothèse étudiée en soit une application.

Certains textes (article 1922 : «propriétaire», article 1938) évoquent effectivement le droit de propriété du déposant sur la chose. Or, une personne n'a pas sur son corps, sur ses organes ou leurs produits un droit d'une telle nature. Il ne faut cependant pas surestimer l'importance de cette terminologie et ceci pour trois raisons principales.

---

(1)Adde dans le même sens : S. CORONE, note précitée.

(2)René DEKKERS, «Travaux de l'association H. CAPITANT», T.26, 1975, p.1 ; X. LABBEE, chr. précitée : «un organe qui se trouve dans une banque d'organisme, le placenta abandonné à la naissance, une bouteille de sang doivent être qualifiés d'objets».

(3)Sur tous ces points, cf. infra n°791 et s.

Tout d'abord, les textes dont l'interprétation est discutée ont été rédigés à une époque où les droits extra-patrimoniaux en général, et la théorie des droits de l'homme sur son corps en particulier, n'avaient pas émergé dans la conscience juridique. Il est difficile de faire grief au législateur de n'avoir parlé... que de ce qu'il connaissait. Une interprétation téléologique du Code doit pouvoir pallier cette imperfection. La solution se justifie d'autant plus que le législateur n'a pas tiré de conséquences rédhibitoires du caractère patrimonial de la chose qu'il semblait avoir à l'esprit. L'article 1946 du Code civil visé par le procureur est particulièrement mal choisi : «Toutes les obligations du dépositaire cessent, s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée». S'il «est clair que la patrimonialité du bien déposé est supposée par le sens même de cette disposition», il semble tout aussi évident que cette question n'a aucune importance puisque l'hypothèse visée par le texte ne pourra jamais se rencontrer en cas de dépôt de sperme ![1].

778.– S'attacher à la nécessaire patrimonialité de l'objet remis est une mauvaise manière de poser le problème. L'influence de l'objet de la prestation sur les obligations d'une convention ne s'apprécie pas in abstracto, d'après la seule étude de ses caractères particuliers. Il est en revanche indispensable d'examiner le lien entre un objet de la prestation déterminé et un type précis de prestation. A cet égard, c'est la qualification d'acte thérapeutiques[2] invoquée par le CECOS qui pourrait poser problème. Sauf dans l'hypothèse des contrats incluant dès le départ cette prestation (traitement, réalisation de l'insémination par le centre) la solution avancée n'emporte pas la conviction. C'est le contrat de traitement qui est véritablement un acte thérapeutique et non le dépôt. L'obligation de conservation du dépositaire est d'une grande neutralité vis-à-vis de la nature de la chose déposée et bien davantage encore vis-à-vis de la nature du droit du déposant sur cette chose. S'il s'agit de transférer le droit d'un homme sur son sperme, la nature du droit est importante : les transferts d'un droit réel, d'un droit de créance, d'un droit extra-patrimonial ne s'effectuent pas rigoureusement selon les mêmes règles[3]. Mais s'agissant de la conservation de la chose, la question importe peu. C'est la chose qui est déposée et non le droit[4]. Il faut

---

[1]Il faut ajouter que les dispositions du Code civil étant supplétives, l'éventuelle incompatibilité d'une disposition du régime du dépôt pourrait être écartée par les parties, voire même implicitement, à raison de la nature des choses.

[2]Adde aussi S. CORONE, Thèse précitée, p.67.

[3]Cf. infra Chapitre suivant.

[4]La doctrine enseigne traditionnellement que le dépôt concerne uniquement les meubles corporels : seul l'instrumentum des droits incorporels peut être déposé (COLIN et CAPITANT, T.2., 10e édit. n°1234, p.807 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, 4e édit., 1952, n°2858, p.900 ; VIGIE, T.3., n°1048, p.547). L'hypothèse d'un droit incorporel dégagé de tout instrumentum est assez

donc examiner la nature des obligations du CECOS en tant qu'elles se rapportent à un objet matériel, sans se préoccuper de la nature des droits du déposant sur la chose. Comme tout dépositaire, le CECOS doit veiller à la conservation de la chose pour assurer sa restitution en bon état. L'exécution de cette obligation de conservation exige l'accomplissement de prestations matérielles semblables à celles nécessitées par d'autres biens corporels. Il est en particulier difficile de percevoir une différence entre ce contrat et le contrat de remise de sperme d'un animal, convention dont la qualification de dépôt est indiscutable. La seule particularité du dépôt de sperme (humain ou animal) réside dans la nécessité d'une conservation à basse température. Il se rapproche en cela du contrat de garde de denrées périssables dans un entrepôt frigorifique. La comparaison des deux hypothèses est enrichissante et illustre parfaitement l'infinie variété de l'influence de l'objet de la prestation. La jurisprudence semble douter, à tort, que le contrat d'entreposage frigorifique soit un contrat de dépôt. En effet, l'objet de la prestation, denrée périssable, modifie les conditions matérielles d'exécution de l'obligation de conservation dont l'accomplissement nécessite le maintien dans le local contenant la chose, d'une température négative constante. Or, ces entrepôts contiennent des produits très différents dont seul le déposant connaît avec précision les caractéristiques et par conséquent est le plus à même de déterminer la température la plus adéquate. Le règlement professionnel type exonère en conséquence l'entrepositaire des «avaries dues à un choix inadéquat de la température». «C'est donc au déposant qu'il appartient de prendre toutes initiatives quant à la durée d'entreposage et à la température choisie» et «il appartient au déposant de surveiller et d'examiner ses marchandises en prélevant si nécessaire tous échantillons». Cette disposition a fait hésiter les tribunaux dont plusieurs ont qualifié le contrat de convention sui generis(1). Mais ce doute n'est pas permis pour le sperme.

---

invraisemblable, il faudrait imaginer par exemple un inventeur menacé d'amnésie qui confierait verbalement la formule de sa découverte à un tiers à charge de la lui rappeler !

La solution n'est cependant pas à l'abri de toute critique si le droit incorporel «s'incorpore» en quelque sorte à l'instrumentum. Quand un dépositaire reçoit l'exemplaire unique du manuscrit d'un écrivain, il conserve certes des feuilles de papier, meubles corporels sur lesquelles l'auteur exerce un droit de propriété. Si le manuscrit est détruit, même en réécrivant le livre de mémoire, l'auteur ne retrouvera jamais la même expression. Une œuvre de l'esprit sous une forme déterminée (au sens de succession de mots) est donc perdue à jamais et il en est de même pour le droit incorporel que l'écrivain détenait sur cette œuvre. N'est-ce pas la preuve que dans cette hypothèse le dépôt porte aussi sur le droit incorporel ?

(1)La jurisprudence hésite sur la qualification à donner au contrat d'entreposage frigorifique - *pour un dépôt* : Tb. com. de Dreux 29 mai 1941, Gaz. Pal. 1941-2-p.186.

- pour *un bail assorti d'une vente de froid* : Tb. corr. de Lyon 3 juin 1909, DP 1910-2-p.319.

- pour *un contrat sui generis* : Orléans 12 juillet 1948, Gaz. Pal. 1948-2-p.156 ; RTD com. 1949, p.161, obs. HEMARD ; Lyon 21 juin 1954, D. 1955, p.57.

- d'autres décisions ne prennent pas position : Tb. com. Seine 21 mai 1926, Gaz. Pal. 1926-2-p.386 ; Tb. com. Valenciennes 11 juillet 1951, RTD com. 1951, p.790, obs. HEMARD ; Com. 5 novembre 1976, RTD civ. 1977, p.569 ; Com. 27 novembre 1972, Bull. civ., IV, n°303,

Le déposant est un profane et seul le CECOS dispose des connaissance nécessaires pour déterminer la température et les conditions techniques propres à assurer une parfaite conservation du prélèvement. La spécificité du sperme vis-à-vis des produits nécessitant une réfrigération contrebalance en quelque sorte le particularisme des denrées périssables par rapport aux choses plus communes qui sont remises en dépôt. La congélation n'est qu'une technique particulière de conservation : les conditions d'exécution de l'obligation de garde sont modifiées, mais la nature de la prestation est inchangée. L'objet la prestation du CECOS ne disqualifie donc pas les obligations assumées par cet organisme.

779.– Il ne remet pas en cause non plus l'importance de ces obligations dans la structure du contrat. La convention comporte pour le CECOS obligation de recueillir, traiter et conserver le sperme. Le recueil ne présente aucune particularité et correspond à la nécessaire remise de la chose que suppose tout contrat de dépôt. Plus délicate est l'obligation de traitement. Elle signifie que la chose déposée doit subir certaines opérations pour sa conservation. Il y a là une obligation de prestation de services à la

---

p.283. Cet arrêt semble pencher du côté du dépôt : c'est à cette rubrique qu'il est classé dans le bulletin et l'arrêt évoque par ailleurs «l'obligation souscrite [de rendre la marchandise intacte]» ce qui peut correspondre à l'obligation de conservation du dépositaire. Idem (?) Paris 21 juin 1978, Juris-Data n°521 ; pour un bail : Nîmes 1e ch. 28 janvier 1985, Juris-Data n°88 ; peu clair ; Nîmes 2e ch. 13 juin 1985, Juris-Data n°396.

Ces hésitations paraissent injustifiées : le contrat d'entreposage frigorifique est un contrat de dépôt (en ce sens R. de QUENAUDON, J.-Cl. civ., art. 1915-1920, n°149, J. HEMARD obs. précitées, RTD com. 1949, p.161 ; avec des nuances : R. CAUMEAU, «L'opération de dépôt à titre principal», Mémoire DES Montpellier 1972, p.33 et s. ; comp. A. TUNC, Le contrat de garde, n°44 qui l'assimile à une location de coffre-fort ; contra : Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°223 et s., p.259 et s.). L'incertitude provient des articles 10 et 11 du règlement professionnel type des entrepôts frigorifiques publics (arrêté du 4 décembre 1948, JO du 12 décembre 1948, p. 12128 ; RTD com. 1949, p.159). Ecarter la qualification de dépôt à cause de ces deux dispositions est contestable pour deux raisons majeures :

- globalement, l'arrêté du 4 décembre 1948 est étroitement inspiré du texte similaire pris pour les magasins généraux (arrêté au 20 mars 1947, JO 28 mars 1947, p.2881). Il faut d'ailleurs remarquer que les deux arrêtés sont pris en application de l'ordonnance n°45-1744 du 6 août 1945 sur les magasins généraux. Or ces établissements concluent incontestablement des contrats de dépôt.
- les stipulations du contrat d'entreposage frigorifique telles qu'elles résultent du règlement professionnel-type confirment cette solution. L'entrepositaire doit conserver et restituer la marchandise en bon état. (cf. art. 6 ord. 6 août 1945 auquel l'article 6 de l'arrêté du 4 décembre 1948 renvoie : «responsables... de la garde et de la conservation»). Il assume de la même manière qu'un dépositaire la garde «quantitative» de la marchandise et la conservation «qualitative» de celle-ci pour des avaries ayant une cause autre que l'inadéquation de la température. S'agissant de la réfrigération et pour les raisons exposées plus haut, le dépositaire ne peut que garantir le maintien de la température mais pas l'efficacité de celle-ci quant à la conservation du produit, puisqu'il n'a pas la compétence pour cela (l'arrêt de la Chambre commerciale du 27 novembre 1972 semble durcir les obligations du dépositaire en considération de sa qualité de professionnel : l'entrepositaire ne peut plus dégager sa responsabilité s'il a conservé la marchandise à une température dont il ne pouvait ignorer l'inadéquation).

Une disqualification de ces contrats ne se comprendrait que pour des raisons très différentes, inspirées du raisonnement suivi pour la location de coffre-fort (cf. n°1560 et s.), qui ne peuvent jouer en l'espèce.

charge du CECOS. Celle-ci est cependant accessoire par rapport à la conservation. Ce caractère secondaire ressort bien de la cause du traitement : si le sperme est refroidi, c'est dans le but de permettre son maintien en bon état jusqu'à la restitution. L'obligation accessoire poursuit ainsi le même objectif que l'obligation principale à la destination de laquelle elle est affectée. C'est donc bien la conservation qui constitue la prestation essentielle du Cecos et il n'y a plus aucun obstacle à considérer que le dépôt de sperme est régi par les articles 1915 et suivants du Code civil[1]. Il faut bien admettre que la solution du tribunal est pour le moins paradoxale : comment soutenir qu'une convention portant «obligation de conservation et de restitution» d'une chose mobilière corporelle n'est pas un dépôt ?

780.– 2°) L'argumentation du Tribunal est par ailleurs inutile. Elle semble toute entière orientée vers l'éviction de l'article du Code civil selon lequel «en cas de mort naturelle de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier». S'il y a plusieurs héritiers et «si la chose déposée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir». Or, l'accord existait en l'espèce entre les parents du défunt (par hypothèse sans enfant) et leur belle-fille pour que le sperme soit restitué à la veuve. L'application de l'article 1939 aboutit donc au même résultat et présente de surcroît l'avantage d'un raisonnement cohérent. La démarche du Tribunal est au contraire plutôt surprenante : il commence par rechercher la volonté des parties quant à la restitution avant même d'avoir qualifié la convention et vérifié sa licéité (ce problème étant d'ailleurs examiné en dernier !). Un ordre inverse aurait certainement été préférable. La convention est licite. C'est un contrat de dépôt. L'article 1939 est applicable. Ce texte étant supplétif, il faut rechercher si le défunt a prévu une restitution à une personne déterminée en cas de décès. Dans la négative, les héritiers doivent s'accorder, la chose étant indivisible[2]. Mais la restitution est un problème distinct de celui de l'insémination post-mortem. Celle-ci n'est possible qu'à deux conditions : il faut que le défunt l'ait souhaité et que l'acte médical soit considéré comme juridiquement licite. Le procureur rejetait l'article 1939 au motif que ce texte, s'il jouait, «arriverait à un résultat troublant : le sperme d'un homme décédé pourrait être utilisé par ses héritiers sans aucune considération de la volonté de l'homme dont il provient». Argumentation spécieuse et contradictoire. Elle présuppose que les héritiers en obtenant la restitution du sperme en sont propriétaires, alors que le procureur lui-même insistait à juste titre sur le caractère extra-patrimonial du sperme, incompatible

---

(1)En ce sens X. LABBEE, chr. précitée. C'était l'argumentation des demandeurs.

(2)L'exigence d'une telle unanimité est d'ailleurs souhaitable dans l'hypothèse où une insémination post-mortem doit être pratiquée.

avec un droit réel. Encore une fois, c'est lire les textes de manière trop littérale. L'article 1939 parle de propriétaire parce que c'était la seule hypothèse envisagée voire connue à l'époque de sa rédaction. Dès lors que la chose fait l'objet de la part de son titulaire d'un droit d'une autre nature, les héritiers du dépositaire sont dans la même situation que ce dernier. Ils seront même dans une situation aux prérogatives encore plus réduites, puisque l'utilisation du sperme n'est possible que si le défunt l'a expressément voulu. L'interprétation de l'article 1939 offre d'ailleurs une marge de manœuvre beaucoup plus considérable. Rédigée pour un droit de propriété, la lettre du texte n'est peut-être pas applicable à une chose qui n'est pas objet d'un droit réel. La jurisprudence devrait compléter le régime légal en respectant l'esprit de cette disposition : la chose est restituée aux continuateurs de la personne du défunt, mais ceux-ci ne sont pas forcément les héritiers des biens «patrimoniaux». Il existe en effet des régimes de dévolution particuliers pour les droits et objets extra-patrimoniaux qui privilégient en général davantage le conjoint que ne le font les textes du Code civil : propriété littéraire et artistique, souvenirs de famille, dépouille mortelle...[1]. C'est par référence à ces situations que la restitution du sperme déposé devrait être effectuée. Le contrat de dépôt ne constitue donc pas un carcan législatif incompatible avec la nature du sperme. Les obligations de cette convention ne sont pas dénaturées par cet objet de la prestation. La qualification du contrat reste la même, même si l'exemple de l'article 1939 montre que l'objet de la prestation du dépositaire peut modifier le régime supplétif du Code civil.

Le régime juridique est globalement satisfaisant et s'avère en toute hypothèse suffisamment souple pour tolérer certains aménagements si le besoin s'en fait sentir.

B) Influence de l'objet de la prestation dans certaines conventions d'occupation précaire

781.- Certaines conventions d'occupation précaire constituent le modèle parfait de disqualification d'un contrat sous l'influence de l'objet de la prestation. L'obligation y subit la transformation idéale : elle change de nature ce qui est, somme toute, relativement rare. Et du fait de la position centrale qu'elle occupe, cette prestation modifie la qualification de la convention toute entière.

Certaines conventions d'occupation précaire seulement, car cette qualification constitue le plus souvent un moyen détourné d'écarter l'application des statuts d'ordre public qui régissent désormais les baux immobiliers à usage rural, commercial ou

---

(1)Cf. X. LABBEE, chr. précitée et «La condition juridique du cadavre», Thèse Lille, 1981, p. 132 et s. et les références.

d'habitation. Apparue en même temps que ces législations impératives, la convention d'occupation précaire fournit alors l'exemple d'une qualification «à l'envers» où le choix du régime précède celui de la nature véritable de la convention. Cette solution est peut être légitime ; mais elle concourt à rendre la convention d'occupation précaire très difficile, voire même impossible à distinguer du bail sur le plan théorique : cette convention n'est alors rien d'autre qu'un bail à durée indéterminée[1].

782.- Dans l'ombre de ces «fausses» conventions d'occupation précaire, s'en dissimulent pourtant de véritables, qui se distinguent du bail par la nature même des obligations qui y sont souscrites. L'objet de la prestation, c'est-à-dire en l'occurrence le bien dont l'utilisation est transmise, est à l'origine de cette situation. Ces conventions, où la jouissance est vraiment précaire, ont été consacrées par une jurisprudence relativement importante à propos de l'occupation de portes cochères par des commerçants[(2)]. L'hypothèse de fait est assez bien délimitée et correspond à une pratique peut être tombée en désuétude : un commerçant installe pour la journée (ou parfois moins) un étalage démontable ou une simple table volante sous une porte cochère pour présenter à la clientèle ses articles. Cette protection contre les intempéries est généralement conclue à la journée contre une rémunération modique. De nombreuses décisions, des juges du fond à la Cour de cassation, ont qualifié ces contrats de conventions d'occupation précaire et ont refusé par conséquent au preneur le bénéficie de la propriété commerciale[3]. La jurisprudence n'est pourtant pas unanime[4].

---

(1)Sur tous ces points : cf. supra n°697 et s. ; PLANIOL et RIPERT, T. 10, 1956, n°418 bis, p.537.

(2)Cette hypothèse pratique la plus courante pourrait laisser son nom à la convention (convention de porte-cochère), ce qui permettrait d'éviter la confusion avec les autres conventions d'occupation précaire. En toute rigueur, l'inverse serait préférable car seules les portes cochère entraînent véritablement une jouissance précaire. La terminologie de convention d'occupation précaire paraît cependant trop bien ancrée pour être désormais combattue.

(3)*Pour des portes cochères* : Paris 24 janvier 1935, Gaz. Pal. Tables Quinq. 1935-1940, v° Bail n°528, Rev. Loyers 1935, p.202 ; sur pourvoi, Req. 2 mars 1938, Gaz. Pal. 1938-1-p.851 ; Tb. civ. Seine 16 décembre 1947, Gaz. Pal. 1948-1-somm. p.39 ; Tb. civ. Seine 18 juillet 1949, D. 1949, p.562 ; Gaz. Pal. 1949-2-p.279 ; Paris 23 avril 1953, Gaz. Pal. 1953-2, Tables v° Bail n°376 ; la loi 15 mai 1953, Civ. 21 mai 1954, Gaz. Pal. 1954-2-p.38, Com. 8 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955-1-p.88 ; Bull. civ., II, n°332 ; Rev. Loyers 1955, p.317 ; D. 1955, somm. p.51 (ambigu) ; Paris 13 avril 1956, D. 1957, somm. p.13, Rev. Loyers 1956, p.420 ; TGI Seine 14 janvier 1961, AJPI 1961, p.54 ; Gaz. Pal. Tables Quinq. 1961-1965, v° Bail, n°1707 ; TGI Paris 21 février 1976, Gaz. Pal. 1976-2-somm. p.223 ; AJPI 1976, p.705 note THOMAS-DUGOUY ; Rev. Loyers 1976, p.501 et dans la même affaire, Civ. 3e 16 octobre 1979, D. 1980, IR, p.95 ; Gaz. Pal. 1980-1-pan p.11. Rappr. refusant l'assimilation avec une sous-location prohibée : Tb. civ. Avignon 9 janvier 1952, JCP 1952, IV, p.178.
Décisions rendues dans des hypothèses voisines : moitié de porte dans la hall d'entrée d'un cinéma (Paris 24 février 1934, Gaz. Pal. 1934-1-p.853 sous-note b, Rev. Loyers 1934, p.482) ; hall d'entrée d'un hôtel en transformation (Paris 15 16e ch. sect. B novembre 1984, Juris-Data n°26774 ; mais la décision semble jouer aussi sur le service d'ami) ; escalier (Civ. 3e 11 mai

783.– Sauf à considérer l'hypothèse d'école du mendiant autorisé à passer la nuit sous la porte[1], l'utilisation de ce genre de biens paraît supposer une destination commerciale. Certains auteurs et quelques décisions[2], assimilent d'ailleurs ce problème à une simple interprétation des textes régissant les baux commerciaux. Il s'agirait de définir le sens du terme «local» qui figurait dans l'article 1 de la loi du 30 juin 1926 et qui se retrouve toujours dans le premier article du décret du 30 septembre 1953. Un local est «une sorte de réceptacle à l'échelle humaine»[3] qui suppose une certaine délimitation. Cette restriction dans la détermination du champ d'application de la propriété commerciale serait envisageable si l'expression visée était la seule employée par les deux articles. En réalité la formule est plus large : il s'agit des baux d'immeubles ou/et de locaux[4]. La généralité du premier terme, immeuble, interdit semble-t-il toute restriction de cet ordre.

La jurisprudence écarte d'ailleurs parfois cette solution puisque certaines décisions qualifient la convention de bail et la soumettent au statut d'ordre public. Point n'est besoin d'éluder le problème : c'est la nature même de la convention qui est en jeu.

1988, Loyers et copr. août-septembre 1988, n°374, p.6) ; hangar (Paris 18 mars et 21 mars 1959, D. 1959 somm. p.57) ; vitrine (Paris 2 octobre 1958, JCP 1959, II, 10920, note J.G.L. ; Com. 7 mai 1962, Bull. civ., III, n°238, p.195) ; emplacement dans une halle (Civ. 3e 26 novembre 1970, Bull. civ., III, n°636, p.462) ; emplacement dans la galerie marchande d'un supermarché (TGI Lyon 18 février 1976, D. 1977, p.306 note Y. REINHARD, RTD com, 1977, p.273, obs. M. PEDAMON ; Civ. 3e 16 mars 1983, JCP 1983, IV, p.170 ; Paris 17 mars 1989, D. 1989, IR, p.118) ; partie sur rue d'un garage (Tb. civ. Seine 21 juillet 1950, Gaz. Pal. 1950-2-p.211). Rappr. pour le refus d'un bail rural, sur les herbages d'un aérodrome : Paris 7 décembre 1970, Gaz. Pal. 1971-2-p.515.

(4)Contra en effet : Tb. civ. Seine 18 avril 1935, Loyers 1935, p.606, Gaz. Pal. Tables Quinq. 1935-1940, v° Bail, n°527 ; Tb. civ. Seine 18 novembre 1948, JCP 1949, II, 4640 note J.G.L. ; 5 juin 1954, D. 1955, somm. p. 5 ; Com. 23 février 1959, D. 1959, somm. p.61 (même affaire) ; Paris 9 juin 1971, RTD com. 1972, p.54, n°1, obs. M. PEDAMON ; TGI Paris 25 octobre 1973, Rev. Loyers 1975, p.377 ; Gaz. Pal. Tables 1974-76, v° Baux Commerciaux, n°16 ; Paris 14 février 1980, Loyers et copr. avril 1980, n°150, p.9.

(1)Rappr. pour une utilisation non autorisée par des clochards de l'entrée d'un immeuble : Civ. 3e 10 novembre 1987, Bull. civ., III, n°138, p.107 ; Loyers et copr. janvier 1988, n°8, p.6 ; D. 1987, IR, p.235 ; JCP 1988, IV, p.20 (pas de garantie du bailleur pour les troubles de fait provenant de tiers).

(2)C. THOMAS-DEGOUY, note précitée, AJPI 1976, p.705 ; M. PEDAMON, RTD com. 1972, p.54 ; J. LASSIER et A. MORAND, Baux commerciaux, Delmas, C7, 4° ; Tb. civ. Seine 17 mai 1933, Gaz. Pal. 1933-2-p.183 ; Paris 24 janvier 1935, Gaz. Pal. Tabl. Quinq. 1935-40, v° Bail n°528 ; Rev. Loyers 1935, p.202 ; TGI Paris 21 février 1976, AJPI 1976, p.705. Les toutes premières décisions (1934-38) associent une double motivation : nature précaire de la convention et champ d'application de la loi du 30 juin 1926.

(3)TGI Paris 21 février 1976, AJPI 1976, p.705 ; adde Paris 28 novembre 1989, D. 1989, IR, p.319 ; JCP éd. N 1991, Prat., p.4, obs. J. MONEGER.

(4)Article 1 de la loi 30 juin 1926 : «... le renouvellement des baux à loyers des *locaux et immeubles* où s'exploite depuis au moins deux années un fonds de commerce ou d'industrie».
Article 1 du décret 30 septembre 1953 : «... baux des *immeubles ou locaux* dans lesquels un fonds est exploité...».

784.- L'idée n'est pas nouvelle. Dès 1952, le doyen Carbonnier qui contestait fortement la qualification de bon nombre de conventions d'occupation précaire comme étant des baux déguisés, admettait néanmoins que le caractère précaire, s'il ne pouvait pas résulter de la durée, pouvait en revanche provenir du caractère provisoire de l'installation[1]. Cette analyse a été ultérieurement développée par M. Pizzio dans sa remarquable chronique[2]. Qu'il soit permis d'en reprendre ici les idées essentielles, en faisant toutefois une remarque. Cet auteur décrit une convention originale par la nature spécifique du droit d'utilisation de l'occupant. Mais à l'instar du reste de la doctrine[3], il n'affirme pas clairement que l'hypothèse des portes cochères est celle qui convient juridiquement à ce genre de contrat. Il nous semble au contraire qu'il y a une adéquation parfaite entre la qualification mise en lumière par M. Pizzio et les conventions portant occupation de porte cochère, à tel point qu'il est permis de se demander si elles n'en constituent pas l'hypothèse exclusive.

785.- Selon l'article 1709 du Code civil, «le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer». Pour qu'il y ait bail, il est par conséquent nécessaire que le preneur bénéficie d'un droit de jouissance exclusive exercé à titre privatif[4]. L'utilisation du bien peut être partielle dans sa durée ou dans l'étendue du droit concédé (spécification de la destination par exemple), mais elle ne peut être troublée par le bailleur[(5)]. De plus, il est exclu que le locataire soit

---

(1)Obs. J. CARBONNIER, RTD civ. 1952, p.79 ; adde R. TORTAT, «L'occupation en droit civil français», Thèse Bordeaux 1955, p.259 et s.

(2)J.-P. PIZZIO, «La notion de convention d'occupation précaire et son application jurisprudentielle», JCP 1980, I, 2975, n°9 à 11. ; adde aussi : J.-L. AUBERT et Ph. BIHR, «La location d'habitation», Sirey 1990, n°223.

(3)Les décisions relatives aux portes cochère sont souvent perçues comme un ensemble homogène par les auteurs mais qui ne présente pas de particularité juridique par rapport aux autres cas d'occupation précaire. V. par exemple : F. GIVORD, J.-Cl. Civ., Art. 1708-1762, Bail à Loyer, Baux commerciaux, Fasc. 1250, n°27 et s. et v. quand même n°35 ; Y. GUYON, «Les conventions conférant la jouissance d'un local commercial sans entraîner l'application du décret du 30 septembre 1953», JCP 1974, I, 2628, n°5 ; J. JOURDAN-LAFARGE et P. LAFARGE, Rép. com., v° Baux commerciaux, n°194 et s. ; Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 110, n°117 ; Thèse précitée, n°263, p.296 qui fait de la précarité du droit une particularité de toutes les conventions d'occupation précaire ; N. DECOOPMAN, «La mise à disposition», RTD civ. 1981, p.300 et s., spéc. n°10 à 13, sur les emplacements concédés dans un supermarché, qui réfute à juste titre la qualification de bail, «faute d'une jouissance suffisante» ; dans le même sens, pour ces emplacements dans les galeries commerciales : C. ROY-LOUSTAUNAU, chr. précitée, RTD com. 1987, p.343-344 (absence de jouissance privative).

(4)J.-P. PIZZIO, chr. précitée, n°9 ; B. VIAL-PEDROLETTI, J.-Cl. Civ., art. 1708 à 1762, Bail à loyer, Définition du contrat de bail, n°13 et s. ; pour l'absence de jouissance privative dans un prêt, cf. note infra.

(5)Comp. avec la solution plus souple, retenue en matière de bail de droit de chasse : la convention garde sa qualification de bail, même si le propriétaire se réserve un droit de chasse pour lui-même

obligé de subir une utilisation conjointe par une autre personne, quand lui-même se sert de la chose[1]. Cette jouissance privative suppose aussi que le preneur ait «un accès libre et permanent à la chose louée, sans être assujetti à un contrôle d'aucune sorte de la part du bailleur»[2]. Cette occupation exclusive justifie dans une large mesure le régime du contrat et les obligations du loueur. Tout dépend donc de l'étendue du droit d'installation sur les lieux. Si le droit concédé est un véritable droit de jouissance du bien, la convention est un louage de choses. Si au contraire l'usage privatif fait défaut et que les prérogatives du preneur sur le bien sont réduites au minimum, le contrat est une convention d'occupation précaire, dont la nature originale écarte la qualification de bail et par la même la législation protectrice des baux commerciaux.

786.- La convention d'occupation d'une porte cochère répond parfaitement à cette seconde analyse. L'étude de la jurisprudence le démontre. Tout concourt à rendre précaire le droit de l'occupant. La durée d'accès aux lieux est très réduite. Elle ne porte que sur certains jours de la semaine pendant tout ou partie des heures ouvrables (les dimanches en particulier sont exclus). De plus l'accès lui-même à l'immeuble est limité au strict nécessaire à l'exercice du commerce. Le matériel ne peut en aucun cas demeurer sur place en dehors des périodes autorisées[3]. Enfin le «local» n'est absolument pas aménagé en faveur du preneur. Au contraire, le commerçant se doit de ne laisser aucune trace de son passage. L'installation se réduit à la pose d'un étal portatif ou d'une simple table roulante. Tous ces éléments mettent en relief le caractère extrêmement provisoire de l'occupation. L'activité autorisée ne doit pas gêner en quoi

---

ou pour des personnes qu'il inviterait (v. par ex : Amiens 15 novembre 1888, DP 1884-5-p.55 ; Req. 31 octobre 1898, Gaz. Pal. 1898-2-p.559 ; Caen 26 mars 1925, DP 1928-2-p.128 ; Orléans 26 janvier 1932, DH 1932, p.244). Cette réserve est cependant interprétée restrictivement (v. en ce sens : Req. 31 octobre 1898, précité ; réserve intuitu personae, donc incessible) et la nécessité d'un usage privatif réapparaît pour les autres personnes (rappr. Orléans 26 janvier 1932, précité : pour un propriétaire, «monnayer cette réserve en la transportant à un tiers» revient à créer «une autre location venant se surajouter à la première», ce que la Cour refuse). Sur cette question : J.-P. CONSTANT, «Chasse et gibier en droit français», Thèse Lyon III 1975, n°62, qui y voit une exception à l'article 1719 du Code civil ; M. BOUCHE, Rép. civ., v° Chasse, n°98.

(1)La jurisprudence distingue, subtilement, cette situation de celle où le prêteur et l'emprunteur ont une utilisation commune de la chose prêtée (Civ. 1e 19 mars 1975, D. 1975, p.648, note A. PONSARD ; RTD civ. 1976, p.158, obs. G. CORNU, Civ. 1e 5 janvier 1978, Bull. civ., I, n°10, p.9 ; Civ. 1e 18 juillet 1978, Gaz. Pal. 1978-2-somm. p.417. ; Civ. 1e 29 avril 1985, Bull. civ., I, n°133, p.124 (tous rendus dans une hypothèse de prêt partiel d'une grange). La qualification de prêt demeure, seule la responsabilité de l'emprunteur est altérée : elle n'est plus présumée et il appartient au prêteur de prouver que la perte de la chose prêtée est imputable à l'emprunteur (comp. pour le bailleur, les art. 1733 et 1734 du Code civil, et, en jurisprudence : Civ. 23 janvier 1884, DP 1884-1-p.254 (la réserve par le bailleur de la jouissance des parties inoccupées du bâtiment loué n'est pas contraire à l'essence du louage)).

(2)J.-P. PIZZIO, chr. précitée.

(3)Tb. civ. Seine 18 juillet 1949, D. 1949, p.562 ; Gaz. Pal. 1949-2-p.279. Cette décision est particulièrement bien motivée.

que ce soit la vie habituelle de l'immeuble. Ces particularités découlent toutes de la spécificité du lieu où s'exerce le commerce. Outre l'indétermination habituelle de l'emplacement utilisé[1], l'utilisation nécessaire commune de la porte cochère par l'ensemble des habitants de l'immeuble est souvent soulignée par les magistrats qui estiment dès lors impossible un véritable usage privatif de la chose[2].

Le commerçant est donc obligé de subir la jouissance concurrente des autres utilisateurs de la porte. Toutes les conventions précisent à l'évidence que le preneur doit laisser le passage libre[3]. Il est possible de songer par exemple à l'hypothèse d'une porte cochère donnant accès à une cour intérieure à usage de garages. L'occupant doit alors laisser sortir les automobiles qui le désirent, en interrompant son activité. Le droit conféré à l'utilisateur de la porte cochère est extrêmement fragile dans son contenu même, c'est-à-dire dans l'étendue des prérogatives qu'il confère à son titulaire. Il est ici particulièrement approprié de parler de jouissance précaire(4).

787.- Cette précarité dans l'étendue du droit, conséquence de la nature originale de l'objet de la prestation, ne doit pas être confondue avec l'intermittence dans la jouissance[5]. Il n'a jamais été contesté que la jouissance du preneur dans un contrat de

---

(1)Cf. Paris 24 janvier 1935, Rev. Loyers 1935, p.202 ; Tb. civ. Seine 16 décembre 1947, Gaz. Pal. 1948-1-somm. p.39.
Cette indétermination n'est pas systématique : v. pour «une moitié de porte du cinéma impérial», Paris 28 février 1934, Gaz. Pal. 1934-1-p.853 sous note b. Elle disparaît même lorsqu'une installation fixe est installée. Cf. les références citées n°788 in fine.

(2)Tb. civ. Seine 16 décembre 1947, Gaz. Pal. 1948-1-somm. p.39 ; Tb. civ. Seine 18 juillet 1949, D. 1949, p.562 ; Paris 23 avril 1953, Gaz. Pal. 1953-2-Tables, v° Bail n°376 («par sa nature même, une entrée d'immeuble est un passage commun à tous les locataires et ne peut faire l'objet d'une jouissance privative de l'un d'entre eux»).
Contra : Paris 14 février 1980, Loyers et copr. avril 1980, n°150, p.9. En l'espèce la Cour estime que le «preneur pouvait occuper une partie de la voûte d'entrée d'un immeuble à usage exclusif».

(3)Tb. civ. Seine 21 juillet 1950, Gaz. Pal. 1950-2-p.211. Adde : Tb. civ. Seine 18 juillet 1949, D. 1949, p.562 (il est expressément précisé que la table ne peut dépasser deux mètres de long).

(4)Une décision (Tb. civ. Seine 18 juillet 1949) compare cette convention aux autorisations accordées ou aux contrats conclus pour l'occupation du domaine public de l'Etat. Ces deux modes d'utilisation sont traditionnellement affectés d'un caractère précaire et révocable : le bien, en raison sa nature, nécessite une protection particulière et un maintien permanent à la disposition de l'administration. Ceci les rapproche des conventions de porte-cochère. Il semble cependant que la précarité de l'utilisation du domaine public concerne surtout sa durée et non la nature même du droit : «jusqu'à la révocation de son titre, l'usager privatif peut occuper en permanence l'emplacement qui lui a été attribué» (J. DUFAU, J.-Cl. admin., Fasc. 406-2, Domaine public, n°14 ; adde : P. GODFRIN, «Droit administratif des biens», 3e édit., 1987, p.97 et s. ; R. CHAPUS, «Droit administratif général», 5e édit., n°527 et s., spéc. n°547 ; J. GEORGEL, J.-Cl. admin., Fasc. 500, n°55 et s. ; F. GIVORD, J.-Cl. Civ., Bail à loyer, Fasc. 1250, n°43 et s.). Il peut y avoir un point de contact entre convention d'occupation précaire (fausse) et utilisation du domaine public dans le cas du titulaire d'une autorisation administrative d'occupation d'un trottoir qui passe un contrat de droit privé pour l'utilisation d'une partie de l'emplacement concédé (Paris 19 mars 1963, Rev. Loyers 1964, p.288 ; D. 1963, somm. p.101 ; Civ. 3e 19 novembre 1985, Bull. civ., III, n°145, p.111).

(5)La doctrine les assimile pourtant fréquemment. Cf. J.-P. PIZZIO, chr précitée. Cf. supra n°196.

bail n'était pas forcément complète et permanente. Une limitation dans le temps, quelques jours par semaine, ou dans les prérogatives est licite et ne disqualifie pas la convention[1]. La Cour de cassation l'a expressément admis à plusieurs reprises. Elle a par exemple considéré qu'une convention accordant la jouissance d'une salle de cinéma deux soirs par semaine était un bail commercial, soumis au décret de 1953[2]. Cette confusion semble provenir d'un arrêt de la troisième Chambre civile du 14 novembre 1973[3]. Un particulier, en l'espèce, mettait à la disposition d'une société anonyme de banque deux pièces les jours de marché et de foire, pour l'exploitation d'un bureau. La Cour de cassation, suivant en cela les juges du fond, admet que cette convention est une convention d'occupation précaire «en raison même de l'intermittence de la jouissance des lieux». Ce motif paraît pourtant insuffisant. La différence de solution entre ce cas de figure et celui de l'exploitation épisodique des salles de cinéma est incompréhensible si l'analyse n'est pas complétée par un élément de fait essentiel. Les deux pièces constituaient une partie du domicile personnel de leur propriétaire. Cette caractéristique est très importante. Elle rapproche incontestablement cette affaire des conventions d'utilisation de porte cochère. En particulier, dans les deux cas, le local n'est pas spécifiquement adapté à l'activité du preneur ; au contraire le commerce doit laisser les lieux intacts. L'usage privatif fait défaut et les employés de la banque sont, pour l'accès au local occupé, sous la dépendance complète du propriétaire. Là encore, c'est bien la nature de l'objet de la prestation et non l'intermittence de la jouissance qui joue un rôle décisif. La précarité n'apparaît pas dans les périodes où l'occupant n'utilise pas la chose, mais au contraire au moment où il s'en sert.

788.– L'objet de la prestation, la nature du bien utilisé constituent l'élément essentiel : ils assurent simultanément à cette jurisprudence son fondement et ses limites. C'est pourquoi l'extension de la solution à la location des halles dans un

---

(1)Cf. LAURENT, T.25, n°2, p.6 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2643, p.835 ; R. BERAUD, «L'exploitation théâtrale ou cinématographique dans des salles de spectacles municipales», Ann. loyers 1957, p.522.

(2)Com. 22 novembre 1966, Bull. civ., III, n°446, p.394 et Com. 18 octobre 1967, Bull. civ., III, n°331, p.316 ; Montpellier 17 février 1981, Rev. Loyers 1981, p.487 («le caractère d'intermittence régulière n'est pas exclusif d'un contrat de location»). Comp. Pau 30 avril 1965, JCP 1965, IV, p.127 (contrat de droit public) ; Com. 5 mai 1966, Bull. civ., III, n°229, p.203 (refus du bail ; qualification non précisée, mais la Cour relève les nombreuses clauses contraignantes imposées par la commune concédante).

(3)Civ. 3e 14 novembre 1973, AJPI 1974, p.993 ; D. 1974, p.139 ; Gaz. Pal. 1974-1-somm. p.13 ; JCP 1973, IV, p.420. Adde Tb. civ. Seine 16 décembre 1947, Gaz. Pal. 1948-1-somm. p.39 ; Com. 16 avril 1953, Bull. civ., III, n°122, p.87 (cinéma ; l'arrêt relève le caractère précaire «et» intermittent de l'occupation).

marché[1], de stands dans la galerie marchande d'une grande surface[2] voire de vitrine[3] ou de hangars[4], même de manière discontinue, est injustifiée, sauf à y voir bien entendu, de «fausses» conventions d'occupation précaire.

Il faut même aller plus loin. Certaines conventions d'utilisation de portes cochères peuvent mériter parfois la qualification de bail. Rien n'empêche les parties de contrecarrer la fragilité naturelle du droit concédé. Dans toutes les décisions où les magistrats ont appliqué le statut des baux commerciaux, l'occupant bénéficiait d'une emprise plus grande sur la chose matérialisée par certains aménagements[5] : pose d'un éclairage avec compteur[6], bénéfice d'un local accessoire de réserve dans le même immeuble[7], armoires scellées dans le mur avec téléphone et enseigne[8]. Alors qu'une seule décision admet la qualification de convention d'occupation précaire malgré la présence d'un étal scellé[9].

789.- Certains objets de la prestation sont donc, dans les limites étroites indiquées plus haut, incompatibles avec un usage privatif. Lorsque le droit de les utiliser est transféré, l'apparition d'une véritable obligation de jouissance est impossible. Le propriétaire ne concède sur sa chose qu'un droit au contenu précaire. Le caractère provisoire de l'installation entraîne alors nécessairement une précarité de la durée du contrat, mais cet effet n'est qu'une conséquence de la nature spécifique du droit lui-même.

---

(1)Civ. 3e 26 novembre 1970, Bull. civ., III, n°636, p.462. Adde pour un bail : Aix 18 décembre 1968, Ann. loyers 1970, p.1000 ; pour une convention d'occupation précaire : Aix 6 novembre 1968, Ann. loyers 1970, p.999.

(2)TGI Lyon 18 février 1976, D. 1977, p.306, note Y. REINHARD ; RTD civ. 1977, p.273, obs. M. PEDAMON ; Civ. 3e 16 mars 1983, JCP 1983, IV, p.170.

(3)Com. 7 mai 1962, Bull. civ., III, n°238, p.195.

(4)Paris 18 mars et 21 mars 1959, D. 1959, somm. p.57.

(5)Rappr. pour un raisonnement similaire à propos de «fausses» conventions d'occupation précaire, portant sur des baraquements légers ou vétustes : Paris 12 novembre 1951, Gaz. Pal. 1951-2-p.367 ; Paris 19 mars 1953, La loi 28 avril 1953 ; Paris 19 novembre 1954, JCP 1955, IV, p.52 ; Soc. 22 mars 1962, Bull. civ., IV, n°318, p.240 ; Civ. 3e 6 février 1969, JCP 1969, IV, p.68.

(6)Tb. civ. Seine 18 novembre 1948, JCP 1949, II, 4640, J.G.L.

(7)Tb. civ. Seine 5 juin 1954, D. 1955, somm. p.5 et Com. 23 février 1959, D. 1959, somm. p.61.

(8)Paris 9 juin 1971, RTD com. 1972, p.54 n°1. Adde Paris 14 février 1980, Loyers et copr. avril 1980, n°150 qui parle «d'usage exclusif».

(9)Paris 13 avril 1956, D. 1957, somm. p.13. La décision du Tb. civ. Seine du 21 juillet 1950 (Gaz. Pal. 1950-2-p.211) n'est pas décisive. Tout d'abord il ne s'agissait pas véritablement d'une porte-cochère, mais d'une entrée de garage. Ensuite et surtout, si l'occupante laissait son matériel, avait posé des tringles et fait installer l'électricité, c'était en vertu d'une simple tolérance du bailleur. Or une convention est qualifiée au vu de ses obligations le jour de la conclusion du contrat. Le comportement ultérieur des parties est sans influence. La décision deviendrait critiquable en revanche, s'il était possible de déduire du comportement des contractants une véritable novation du contrat initial.

Comme l'utilisation du bien constitue l'objet du contrat, l'obligation essentielle qui absorbe l'utilité économique de la convention et autour de laquelle celle-ci se structure, la qualification de bail ne peut être conservée[1]. Il apparaît dès lors une convention nouvelle, véritablement distincte du bail.

L'institution du statut protecteur des baux commerciaux a permis de la mettre en évidence, mais elle conserverait sa spécificité même si ceux-ci n'existaient pas, ce qui n'est pas le cas de la plupart des autres conventions d'occupation précaires[2]. Comme l'affirme la Cour de cassation, le propriétaire n'est pas tenu «de se conformer aux obligations du bailleur»[3]. Il n'y aura donc pas d'application automatique des règles du bail, ce qui n'empêche pas les magistrats de recourir ponctuellement à elles, si l'économie du contrat l'autorise, puisque l'objet de la prestation catégorise les qualifications qui restent en principe très proches.

790.– Ces deux exemples établissent clairement la nécessité d'une démarche en deux temps pour expliquer le rôle de l'objet de la prestation dans les qualifications. Un premier examen pragmatique s'attache à évaluer les modifications ressenties par une obligation d'une convention déterminée. Selon la place de cette obligation transformée dans la structure du contrat, la qualification est altérée ou non. Mais les hypothèses envisagées sont en quelque sorte «pures» de toute intervention du législateur : les qualifications mises en cause ne prennent pas en compte d'emblée l'objet de la prestation puisque le dépôt et le bail peuvent s'appliquer à toutes sortes de choses (mobilières pour le dépôt). Tel n'est cependant pas toujours le cas. Il faut maintenant considérer les perturbations que le législateur suscite parfois.

---

(1) En ce sens J-P. PIZZIO, chr. précitée n°10.
L'obligation de payer le prix est généralement d'un montant inférieur à celui d'un bail. Mais ceci est la conséquence logique de la faiblesse plus grande du droit accordé. C'est une conséquence et non une cause. La même solution se rencontre pour le contrat de prêt : cette qualification est écartée lorsque la jouissance privative n'existe pas. L'hypothèse se rencontre lorsqu'une personne donne à son appartement «une meilleure utilisation familiale par une vie en commun, exclusive d'affectation privative des lieux, avec ses plus proches parents, précairement admis à son foyer» (Civ. 1e 7 février 1962, JCP 1962, II, 12727, note R. DESIRY ; Gaz. Pal. 1962-1-p.324 ; adde Soc. 13 janvier 1960, Bull. civ., IV, n°28, p.23). L'article 34 bis de la loi du 1er septembre 1948 dans sa rédaction antérieure au décret 59-1060 du 10 septembre 1959, pour s'opposer à cette solution, présumait sous -locataires les personnes vivant de façon continue au foyer du locataire ou de l'occupant, dès lors qu'elle ne présentent avec ce dernier aucun lien de parenté ou d'alliance au sens de la loi ou qu'elles ne sont ni à sa charge, ni à son service (Soc. 26 mars 1963, Bull. civ., IV, n°303).

(2) Il y a donc deux types de conventions d'occupation précaire : celles découlant de la nature du droit accordé (conséquence de l'objet de la prestation) et celles constituant une technique contractuelle d'éviction d'un statut d'ordre public pour motif légitime.

(3) Civ. 3e 12 juin 1985, Loyers et copr. novembre 1985, n°349, p.3. Cette solution est justifiéepour une véritable convention d'occupation précaire. Or, la décision a été rendue à propos d'un logement de fonction d'un salarié, ce qui la rend extrêmement contestable (cf. supra n°705).

II - LA PRISE EN COMPTE LEGISLATIVE DE L'OBJET DE LA PRESTATION

791.- Le contrat de transport de personnes permet d'effectuer une transition parfaite avec les développements précédents. La stricte application des principes exposés plus haut conduit à conclure que transport de personne et de marchandise ne font qu'un. Seul le contenu du régime du contrat de transport édicté par le législateur permet en dernière analyse de repousser cette solution.

La personne humaine paraît intuitivement l'objet de la prestation idéalement capable de dénaturer l'obligation à laquelle elle se rapporte[1]. Mais l'intuition est mauvaise conseillère en cette matière et un examen plus approfondi s'impose[2].

792.- La première obligation du voiturier consiste à déplacer la personne. Il doit l'emmener d'un point à un autre ou même la ramener à son point de départ après exécution du déplacement. Certes, la nature de l'objet de la prestation influe sur les conditions d'exécution de cette prestation. Il n'est guère envisageable de transporter des êtres humains comme pourrait l'être du bétail et certains modes de transport (pipe-line...) sont techniquement impossibles. Malgré ces quelques particularités secondaires, l'obligation de transporter s'avère tout à fait neutre vis-à-vis de la nature de l'objet de la prestation. La solution ne doit pas surprendre. Le transport est une variété de louage d'ouvrage. Et il semble que l'obligation d'effectuer un certain travail en toute indépendance possède une grande souplesse d'adaptation tant vis-à-vis du travail réalisé, que de l'objet auquel il se rapporte. Le contrat de coiffure par exemple est un contrat d'entreprise comme un autre(3).

---

(1)Si tant est bien sûr que la personne transportée soit considérée comme l'objet de la prestation du voiturier. Contra : L. JOSSERAND, «Les transports», p.823 ; pour la critique, cf. supra n°754 et s. et adde infra n°794 (note).

(2)V. en ce sens, implicitement : B. BOULOC, Rép. civ. v° Bail à nourriture, n°5 et n°73 et s. qui distingue le bail à nourriture de personnes et d'animaux «compte tenu de la nature même des obligations assumées et de l'objet propre du contrat».

(3)Cf. Ph. Le TOURNEAU, «La responsabilité civile», 3e édition, n°1437 sur la responsabilité du coiffeur. La solution est la même pour un contrat d'embaumement ou de crémation. Le contrat médical est néanmoins présenté par les auteurs spécialisés comme une convention spécifique (R. et J. SAVATIER, J.-M. AUBY et H. PEQUIGNOT, «Traité de Droit médical», 1956, n°238, p.213 ; L. MELENNEC, «Traité de Droit médical», T.2 par G. MEMETEAU, 1982, p.16 ; G. MEMETEAU, «Le Droit médical», 1985, n°431, p.284) alors que la doctrine classique en fait une variété du contrat d'entreprise (Ph. LE TOURNEAU, «La responsabilité civile», 3e édition», n°1382 et 1385 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, T.3, Vol.2, 1980, n°1328, p.741). Si l'autonomie du contrat médical il y a, elle semble provenir dans une large mesure de la spécificité

793.- Mais le transporteur n'est pas seulement obligé de déplacer une marchandise ; il doit aussi la maintenir en bon état. Il est tenu à cet effet d'une obligation de conservation des colis qui lui sont remis. L'article 1782 du Code civil y fait directement allusion. «Le voiturier, est mis en possession des objets, choses inanimées, incapables de se surveiller elles-mêmes, l'expéditeur est contraint de se dessaisir et d'abdiquer toute surveillance»[1]. Titulaire d'un pouvoir de fait sur la chose pendant l'exécution du déplacement, le transporteur doit prendre toute mesure nécessaire pour assurer la pérennité de la marchandise. Il peut ainsi être amené à modifier la place de la chose dans son véhicule, ou son arrimage. Il lui appartient, dans le cadre des délais conventionnels, de choisir la date de déplacement la plus favorable (conditions de circulation ou météorologiques). Toutes ces prérogatives justifiées par la conservation d'une marchandise sont incompatibles avec l'objet de la prestation-personne humaine[2]. La liberté individuelle reconnue à tout être humain s'oppose farouchement à ce que celui-ci soit traité comme un vulgaire ballot. Même «emporté à grande allure par une machine sur laquelle il n'a aucune prise»[3], le voyageur garde toujours une liberté d'allure et une indépendance de comportement qui empêchent le voiturier de prendre à son égard des mesures autres que consenties. Une autre différence irréductible apparaît à la fin de l'exécution de la convention. Le transporteur de marchandise devenu par la convention un détenteur précaire perd cette qualité lorsqu'il restitue la chose à destination. Or, il est insoutenable de prétendre que le voiturier «restitue» le passager... à lui-même. Transport de personne et obligation de conservation sont donc incompatibles.

794.- La jurisprudence l'a assez vite compris et la Cour de cassation dans un célèbre arrêt du 10 novembre 1884 a considéré que l'article 1784 du Code civil ne

---

de l'obligation de soins et de la cause thérapeutique que doit poursuivre la convention (cf. supra n°247 et s.). C'est l'association de cette prestation à un objet particulier (la personne) qui fait du contrat médical une convention originale. Dans ce couple formé par la prestation et son objet, la prestation nous paraît être la majeure. Il n'y a d'ailleurs qu'une différence assez faible entre ce contrat et celui de vétérinaire alors que l'objet de la prestation est différent. En résumé, la prestation spécifie la qualification au sein des contrats d'entreprise et l'objet de la prestation agit directement sur le régime.

(1)Extrait d'un mémoire rédigé dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 10 novembre 1884, rapporté par l'annotateur (DP 1885-1-p.434).

(2)Le transport de cadavre semble au contraire constituer un véritable transport de chose, réglementé de façon spécifique (v. X. LABBEE, «La condition juridique du cadavre», Thèse Lille 1981, p.103 et s. ; O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°88).

(3)R. RODIERE et B. MERCADAL, «Droit des transports», 1990, n°357. Pour un auteur ancien, en tirant un argument en faveur de la responsabilité délictuelle : M. COCAT, «Du fondement de la responsabilité du voiturier», Thèse Grenoble 1922, n°22 et n°28.

pouvait s'appliquer au transport de personnes[1]. La Cour constate en particulier «que la règle édictée par cet article 1784 n'est que l'application au dépôt nécessaire de la chose transportée entre les mains du voiturier du principe général posé par les articles 1302 et 1315 du même Code sur la preuve de la libération, principe d'après lequel le voiturier doit comme tout autre dépositaire d'une corps certain le rendre en bon état». Le transporteur de personne n'étant pas débiteur de corps certain, «ce principe ne saurait [lui] être appliqué». La référence au dépôt est inexacte, puisque l'obligation de conservation du professionnel occupe dans le contrat une place accessoire et n'est pas l'obligation principale comme elle l'est dans un dépôt[2]. Cette réserve mise à part, la solution est incontestable et la doctrine quasi-unanime l'approuve[3]. La Cour de cassation en 1884 en a malheureusement tiré une conséquence qui ne s'imposait pas en soumettant le transporteur de personnes aux règles de la responsabilité civile des «articles 1382 et suivants». La décision a suscité alors une ferme opposition doctrinale et la rébellion de certaines juridictions, en particulier parisiennes. Cette contestation était fondée car le dommage ayant son origine dans l'inexécution d'un contrat, l'application des règles délictuelles était injustifiée. Cette jurisprudence s'avérait d'autre part d'une extrême rigueur pour le voyageur qui se voyait contraint de prouver la faute du transporteur. De ce point de vue, il eût été préférable de l'assimiler à une simple chose. La matière a retrouvé son équilibre en 1911. Dans un arrêt encore plus célèbre que le précédent, la Cour de cassation proclame que «l'exécution du contrat de

---

(1) Civ. 10 novembre 1884, S. 1885-1-p.129, note LYON-CAEN, DP 1885-1-p.433 ; note SARRUT. La Cour de cassation constate aussi que l'article 1784 a été écrit pour des choses ; contra, curieusement : Com. 7 février 1949, D. 1949, p.377, note F. DERRIDA ; JCP 1949, II, 4959, note RODIERE (qui vise 1784, à propos d'un contrat de remonte-pente).
Adde SARRUT note DP 1885-1-p.433 qui applique l'article 1302 sur les corps certains au transport de personnes «Si surprenante que soit, en fait, la prétention de classer les personnes parmi les corps certains, elle ne heurte cependant pas les notions juridiques, car il n'existe en théorie que des corps certains ou des quantités et la personne qui se confie à un voiturier n'est pas une quantité». Il est néanmoins possible de répliquer que la classification avancée, si elle est incontestablement bipartite, est également réservée aux choses. La personne humaine est en dehors du champ d'application de cette classification.

(2) Cf. supra n°309 et s.

(3) LYON-CAEN, note précitée, S. 1885-1-p.129 ; SARRUT, note précitée, DP 1885-1-p.433 ; GUILLOUARD, «Traité du louage», T.2. n°765, p.294 ; L. JOSSERAND, «Les transports», 1926, n°817 et s. et n°865 et s. ; L. MAZEAUD, «Le contrat de remorquage», Ann. dr. com. 1928, p.21-22 ; R. RODIERE, «Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs», JCP 1952, I, 997 ; Traité, 1e édit., n°1189-1190 ; 2e édit. 1977, n°634, p.727 ; en collaboration avec B. MERCADAL, «Droit des transports terrestres et aériens», 1990, n°333 et s., n°348 et s., n°357 et s. ; L. PEYREFITTE, «Quelques aspects de la jurisprudence en matière de transport», Etudes RODIERE, p.441 ; M. BELLAMY, «Le contrat d'hôtellerie», Thèse Lyon 1960, n°96, p.138.
Contra : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, «Traité du louage», T.2., n°3550, p.883, A. ESMEIN, note S. 1900-2-p.58-59 qui évoque une tradition d'assimilation des deux types de transport, argumentation semble-t-il fondée sur la neutralité de l'obligation principale de déplacement ; H. DESBOIS, note DC 1943, p.143 sous Grenoble 11 mars 1941.

transport comporte, en effet, pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination»[1]. L'influence de l'objet de la prestation est à partir de cette date clairement fixée : l'obligation de conservation d'une marchandise qui suppose un transfert de garde est remplacée par une obligation de sécurité[2]. Il reste à mesurer la conséquence de cette dénaturation sur la qualification.

795.– Cette analyse est très simple : indéniablement, l'obligation de sécurité est comme l'obligation de conservation qu'elle remplace une prestation accessoire. L'engagement principal du transporteur reste le déplacement. Or cette obligation est neutre vis-à-vis de l'objet de la prestation. La conclusion s'impose : il n'existe qu'une seule qualification de transport, que celui-ci concerne une marchandise ou une personne[3]. Pour qu'il en aille autrement, il faudrait que l'obligation de sécurité constitue une obligation essentielle. L'hypothèse existe[4]. Il s'agit des contrats de crèche ou de garderie d'enfants qui ne peuvent être assimilés à des contrats de dépôt(5). Mais tel n'est pas le cas de l'obligation de sécurité accessoire du transporteur(6).

---

(1)Civ. 21 novembre 1911, DP 1913-1-p.249, note SARRUT ; S.1912-1-p.73, note LYON-CAEN.

(2)Affirmer à propos de cet arrêt, que «le voyageur est ainsi assimilé, ou à peu près, à un colis», s'avère donc fort discutable (v. pourtant : L. JOSSERAND, «La personne humaine dans le commerce juridique», DH 1932, p.1 et s.).

(3)Comp. pour la commission de transport : RODIERE, «Traité général de droit maritime», T.3, 1970, n°1099, p.325, selon lequel le Droit français ne connaît pas de commission de transport de personne.

(4)Contra : Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Civ., art. 1136 à 1145, Fasc. 3-1, n°4 ; G. DURRY, obs. citées à la note suivante.

(5)Cf. Civ. 1e 13 janvier 1982, Bull. civ., I, n°24, p.20 ; D. 1982, IR, p.363, obs. Ch. LARROUMET ; RTD civ. 1982, p.770, obs. G. DURRY (obligation de sécurité-résultat) ; Paris 8e ch. section B 10 janvier 1985, Juris-Data n°20029 (cette décision ne qualifie pas la convention expressément mais retient une violation de l'obligation de sécurité à la charge d'une association gérant une crèche enfantine ; la Cour énonce que l'obligation de surveillance est particulièrement stricte en raison du jeune âge des enfants (19 mois pour l'enfant blessé) ; tous les termes employés dénotent une référence au concept d'obligation de sécurité et non de dépôt. (Juris-Data question posée : obligation de sécurité ETP (crèche ou garderie)-1 doc ; la question : (crèche ou garderie ou baby sitter) ETP enfant ETC ETP (responsabilité ou sécurité) sélectionne 5 documents, mais ce résultat est bruyant et la seule décision pertinente reste celle de la Cour de Paris du 10 janvier 1985) ; Paris 18 février 1988, D. 1988, IR, p.80 ; Civ. 1e 20 juillet 1988, Bull. civ., I, n°259, p.178.
Rappr. déjà : Civ. 1e 7 juillet 1954, D. 1955, p.589, note P. ESMEIN ; JCP 1955, II, 8745 note R. SAVATIER.
En revanche, dans la convention d'assistance, l'obligation de sécurité pesant sur l'assistant, est accessoire de l'acte d'assistance et elle n'est pas, comme l'affirme un auteur «l'obligation principale résultant de cette «convention»» (R. BOUT, «La convention dite d'assistance», Mélanges KAYSER, T.1, 1979, n°16 in fine ; rappr. la contradiction avec le n°18, où l'auteur évoque l'article 1135 et les «suites» du contrat).

(6)Il est toutefois possible de combiner les deux hypothèses : tel est le cas du transport ferroviaire de jeunes enfants non accompagnés. La S.N.C.F. propose à cet effet une prestation spécifique : le voyage J.V.S. (jeune voyageur service). L'enfant est confié à une hôtesse qui, aux termes du dépliant publicitaire, «veille à la sécurité de [l'] enfant et assure l'animation de son voyage». La

Cette conclusion logique est pourtant fausse en droit positif[1]. Certes, l'article 1779 du Code civil évoque «les voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises». Mais tous les textes essentiels régissant le transport dans le Code civil ou le Code de commerce sont conçus pour des marchandises. Cela résulte clairement des termes employés «choses» (art. 1782) «remises sur le port ou dans l'entrepôt» (art. 1783) «perdues ou avariées» (art. 1784) mais aussi du régime prévu : protestation de l'article 105 et expertise de l'article 106 du Code de commerce. Par conséquent, si en théorie contrat de transport de marchandise et de personne ne font qu'un, l'intérêt pratique de cette solution est affaibli par le législateur qui a surtout réglementé le contrat de transport de marchandises par des dispositions intransposables au transport des personnes. La proximité des conventions demeure cependant, les critères de qualification sont les mêmes : indépendance du voiturier, onérosité du contrat, caractère professionnel du prestataire. Depuis 1911, malgré la différence de technique employée, les régimes de responsabilité se sont rapprochés le passager n'ayant plus à prouver la faute du transporteur. En prenant en compte l'objet de la prestation dans l'élaboration du régime du contrat de transport, le législateur a en définitive scindé une qualification qui aurait pu été unique en deux contrats très proches l'un de l'autre : le transport de personne et le transport de marchandises[2]. Cette hypothèse laisse ainsi apparaître les difficultés posées par la prise en compte expresse de l'objet de la prestation dans une qualification. Trois étapes peuvent être distinguées : existence, proximité et délimitation.

796.– 1) Quand la loi spécifie la nature d'une convention en fonction d'un objet de la prestation déterminé[3], il faut au préalable savoir si un contrat voisin comportant

---

qualification du contrat (transport de personnes) ne semble pas affectée par l'âge du passager, l'obligation principale reste le déplacement. Les prestations rajoutées (surveillance effective et distraction) ne sont qu'accessoires et n'influent donc pas sur la nature de la convention.

(1)Contra : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°80, p.91 («les règles de ce contrat [...] sont indifférentes à la nature du corps déplacé»).

(2)Il y aurait disqualification de la convention pour les «transports» d'objets incorporels : pensée, son, image. En ce sens : R. RODIERE, «Les Transports», 1977, n°292, p.342. Contra : L. JOSSERAND, «Les Transports», 1926, n°91 et n°791.

(3)Il n'est pas toujours facile de déterminer si la loi prend en compte l'objet de la prestation comme critère notamment parce que de nombreux textes datent du Code civil et que, depuis lors, les objets de droits se sont multipliés.
- Ainsi, il est désormais admis que le louage de choses peut concerner des biens incorporels (Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°601 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°360 et n°415 ; P.-Y. GAUTIER, «Du contrat de précaire sur les images de cinéma», D. 1989, p.113 et s., spéc. n°8, texte et références note 20 ; adde pour le prêt : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°117). La jurisprudence en décide ainsi, par exemple, pour la location gérance de fonds de commerce (Com. 9 mars 1953, D. 1953, p.324 : «location d'un meuble incorporel») ou par les licences de brevet (cf. infra n°846 et n°851 (note)).

un autre objet de la prestation peut exister. Dans notre système juridique fondé sur la liberté des conventions et l'autonomie de la volonté, une réponse affirmative s'impose. Certes le contrat conclu sera innommé et le régime légal de la convention nommée ne sera pas applicable, mais la possibilité de la conclusion d'un tel contrat ne fait aucun doute, sauf dans l'hypothèse d'une exclusion «naturelle». Celle-ci correspond au transport d'immeubles déjà évoqué. Une telle convention est impossible en raison de la nature même des choses : une prestation de déplacement présuppose une chose mobile au sens matériel du terme[1].

797.– Cette exception très limitée mise à part, rien n'empêche des contractants de stipuler sur une chose qui n'est pas visée par le texte[2]. Certaines hésitations rencontrées à propos du crédit-bail n'en sont que plus surprenantes[(3)]. La loi du 2 juillet 1966 attache dans son article 1 beaucoup d'importance à l'objet de la prestation. Il faut déjà remarquer la première distinction opérée entre le crédit-bail mobilier et immobilier dont il découle des différences non négligeables dans la structure du contrat. La convention «d'acquisition» du bien donné en crédit-bail est une vente si la chose est mobilière alors qu'elle peut également être un contrat d'entreprise dans un crédit-bail immobilier[4]. Surtout les modalités de transmission de la propriété du bien à l'issue du contrat sont plus variées dans le crédit-bail immobilier. Mais à cette

---

V. aussi : Com. 5 mars 1991, D. 1991, IR, p.94 (convention de mise à disposition précaire d'une clientèle). Cependant, les tentations restrictives ressurgissent souvent. V. pour le prêt de titres consacré par la loi du 17 juin 1987 (M. CHAMBERT et J. TRICOU, «Le prêt de titres dans le cadre de la nouvelle loi sur l'épargne», Rev. Banque juillet-août 1988, p.732 et s.), les réserves de certains auteurs (A. COURET, «Innovation financière et règle de droit», D. 1990, p.135 et s., spéc. p.137-138 et l'auteur cité note 25 ; contra : Y. REICHARDT, «Le prêt d'actions», Thèse Strasbourg III 1981, dont c'est le postulat ; v. plus spéc. p.5 et p.26 et s.).

- S'agissant de la promesse de porte-fort, la définition légale semble large et le fait du tiers peut constituer une prestation matérielle, une abstention ou la passation d'un acte juridique (A. RIEG, Rép. civ., v° Porte-fort, n°2).

- En revanche, le bail à cheptel véritable ne peut porter que sur un fonds de bétail, universalité de fait, au contraire de la mise en pension d'animaux ou contrat improprement appelé cheptel, qui concerne des bêtes individualisées (R. SAVATIER, Rép. civ., v° Bail à cheptel, n°24 ; MAZEAUD et CHABAS, T.3, vol. 2, n°1302 et s., n°1314).

(1)C'est justement ce genre d'impossibilité que semblent viser les auteurs hostiles au prêt de titres (cf. note précédente), lorsqu'ils défendent une conception restrictive des objets de prêt.

(2)V. pourtant la réponse ministérielle estimant illicite le commodat de fonds de commerce, sans qu'aucune justification précise ne soit véritablement invoquée (Rep. quest. écrite n°30022, JO déb. Ass. nat. 25 janvier 1988, p.372 ; BRDA 1988, n°6, p.22 ; JCP éd. E 1988, II, p.220).

(3)La bibliographie suivant se rapporte de manière générale à tout ce qui concerne l'objet de la prestation dans le crédit-bail : J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Droit bancaire», 1990, n°586 ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édition, n°2422 ; D. CREMIEUX-ISRAEL, «Leasing et crédit-bail mobiliers», 1975, p.26 et s. ; M. CABRILLAC, Rép. civ., v° Leasing et Rép. civ., v° Crédit-bail, n°3 et n°6 à 10 ; J. CALAIS-AULOY, Rép. com., v° Crédit-bail, n°27 et s. ; J. APPERCE, J.-Cl. Com. ann., Fasc. 32 bis, n°16 et n°24 ; I. de LAMBERTERIE, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 736, n°6 ; Lamy Droit économique, 1992, n°8279 et s. ; C. CHAMPAUD, «La loi du 2 juillet 1966 sur le crédit-bail», JCP 1966, I, 2021, II.

(4)Cette disparité n'est peut être pas irrémédiable (cf. infra n°1006 et s.).

première prise en compte de l'objet de la prestation s'en ajoute une autre qui nous retiendra davantage. Les biens crédit-baillés meubles ou immeubles, doivent relever d'un usage professionnel. La délimitation est plus précise pour le crédit-bail mobilier pour lequel l'article 1-1° de la loi de 1966 vise «les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage». Assez rapidement, est apparu en doctrine et en jurisprudence un contrat de «leasing»[1] qui comporte la même structure d'obligations qu'un contrat de crédit-bail mais qui porte sur des biens autres que ceux prévus par le législateur. Une telle convention est parfaitement licite. Seule une spécificité de l'objet de la prestation empêchant la conclusion d'un bail ou d'une vente de ce bien pourrait s'y opposer. Un fonds de commerce par exemple peut être cédé ou donné en location gérance. Rien n'empêche donc la conclusion d'un contrat de «leasing» de fonds de commerce(2).

---

(1)La délimitation du champ d'application du crédit-bail s'est accompagnée d'une intervention législative détestable, dans le domaine de la terminologie. La doctrine dénonce souvent l'ambiguïté terminologique qui résulte des différents textes adaptés en ce domaine (v. par ex : D. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p.7 ; G. BACHASSON, «Le crédit-bail mobilier au cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du locataire», Thèse Aix 1978, n°339 et s. ; comp. moins critique : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, note 1, p.214.). Le crédit-bail ne consacre que partiellement l'opération que les praticiens dénommaient avant la loi de 1966, le leasing. Ce texte laisse donc la place à des opérations possédant une structure d'obligations comparables à un crédit-bail mais ne portant pas sur des biens visés par la loi (problème à distinguer de celui de l'influence de la qualité des parties (cf. infra n°922, v. pourtant D. CREMIEUX-ISRAEL, «Leasing et crédit-bail mobiliers, Dalloz 1975, p.17) ou de la distinction avec la location-vente (cf. infra n°1616 et s. ; v. pourtant M. CABRILLAC, Rép. précité, n°23). Pour celles-ci, la solution la plus simple consistait à conserver la dénonciation du leasing. Las ! Un arrêté du 29 novembre 1973 prohibe l'utilisation de ce terme (Arrêté du 29 novembre 1973, JCP 1974, II, 41218) : ce texte remplace le mot leasing par celui de crédit-bail, en omettant dans la définition l'achat en vue de la location et en affirmant que «cette technique fait, en France, l'objet d'une réglementation législative explicite» (ce genre de disposition paraît confondre la forme et l'esprit de la langue française, ce dernier consistant à attribuer à chaque terme un sens précis et à chaque notion un terme). Comment désigner dès lors les opérations échappant au domaine d'application de la loi de 1966 ? A s'en tenir à l'article premier de ce texte, qui évoque en préambule «les opérations de crédit-bail visées par la présente loi», il semble possible de concevoir des opérations de crédit-bail qui échappent à la loi de 1966. Il faut dès lors utiliser une périphrase longue, mais précise : crédit-bail échappant à la loi de 1966 (cf. en ce sens : Y. BOYER, chr. précitée, Rev. jurispr. com. 1980, n°3, p.334 («crédit-bail de bien de consommation») ; semble-t-il : G. BACHASSON, Thèse précitée, n°341). Cette solution est sans doute préférable à l'adoption de la formule «bail avec option d'achat», qui présente la promesse de vente de manière assez singulière et surtout qui fait disparaître l'idée d'achat en vue de la location, donc de crédit, contenue dans tout leasing.

(2)Contre le crédit-bail de fonds de commerce ou d'actions, v. pourtant : M. CABRILLAC, Rép. précité, n°8 (mais l'exclusion vise-t-elle aussi le leasing ?) ; F. CAPORALE, «Litiges et difficultés pratiques suscités par le crédit-bail», Thèse Bordeaux I 1974, p.86 et s.
De même, rien n'empêche un leasing de logement, dès lors que le contrat se distingue suffisamment d'une location-accession. Il ne sera pas, en tout état de cause, qualifié de crédit-bail, se trouvant en dehors du champ d'application de la loi de 1966 (cf. pourtant, contra (semble-t-il) : Rép. question écrite n°29939, JO déb. Ass. nat. 4 janvier 1988, p.56 ; JCP éd. N 1988, prat., p.294). L'explication de cette résistance peut ici s'expliquer par la réglementation impérative du secteur protégé, mais un tel fondement en limite la portée.

798.– Il ne semble pas que cette solution ait été clairement perçue par les auteurs de la loi 86-12 du 6 janvier 1986[1]. Ce texte étend le champ d'application de la loi de 1966 aux «opérations de location de fonds de commerce ou d'établissement artisanal, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers». Le représentant du gouvernement remarque que «pour le commerce, l'emploi du crédit-bail est limité par les textes à l'acquisition éventuelle des murs et du matériel fixe ou roulant». Le fonds de commerce «se trouve exclu du bénéfice du régime du crédit-bail, car il constitue un bien meuble incorporel»[2]. L'affirmation est exacte mais elle doit être immédiatement complétée par la précision que le fonds de commerce peut cependant faire l'objet d'un leasing. Or, cette possibilité n'apparaît jamais dans les débats. L'option qui est offerte aux députés et sénateurs paraît se limiter au crédit-bail ou à l'absence de convention. Cette erreur d'analyse explique la position assez incohérente adoptée par le texte pour le lease-back (cession-bail). L'extension de la loi du 2 juillet 1966 au fonds de commerce exclut «toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal». Contrairement au crédit-bail mobilier et immobilier de biens corporels, la cession-bail de fonds de commerce est donc exclue. «En s'opposant au lease-back, les auteurs du projet de loi ont voulu faciliter l'acquisition des fonds de commerce et des établissements artisanaux dans le cadre de la transmission de ces entreprises et non faciliter le financement des exploitations existantes par des nouvelles commodités de trésorerie»[3]. Cette analyse surestime encore une fois le rôle joué par l'objet de la prestation dans le contrat de crédit-bail mobilier et méconnait, la liberté des conventions. La limitation légale a seulement pour effet de refuser au lease-back de fonds de commerce la qualification de crédit-bail mais pas celle de «leasing». Le régime prévu par la loi de 1966 est si limité, voire contraignant (publicité) que son

---

(1) D. 1986, leg. p.164 ; projet de loi, document Ass. nat. n°3037 ; JO Débats Ass. nat. 1e séance du 26 novembre 1985, p.4875 et s. ; séance du 12 décembre 1985, p.6117 ; séance du 20 décembre 1985, p.6572 ; JO Déb. Sénat, séance du 10 décembre 1985, p.3727 ; séance du 19 décembre 1985, p.4439 et s.
Commentaires de la loi du 6 janvier 1986 : J. DERRUPE, RTD com. 1986, p.230 ; F. ZENATI, RTD civ. 1986, p.451 ; J.-G. RAFFRAY, «Le crédit-bail de fonds de commerce et d'établissement artisanal», JCP éd. N 1986, Prat, p.377 et s. ; G. DAUBLON, «Quelques remarques à propos du crédit-bail sur fonds de commerce», Defrénois. 1986, art. 33718, p.625.
La réforme a encore été étendue au crédit-bail sur bail commercial : J. MONEGER, «Baux commerciaux», JCP éd. N 1991, Prat., p.1.

(2) Cf. J.-M. BOCKEL, JO Débats Ass nat. 1e séance du 26 novembre 1975, p.4878, qui reprend les termes de son rapport (doc. Ass. nat. n°3037).

(3) Intervention ROUQUETTE au nom de la Commission des lois : JO Débats Ass. nat. 1e séance du 26 novembre 1985, p.4875.

éviction n'est pas une perte considérable. L'intérêt aurait pu être important si la loi avait englobé des mesures fiscales incitatrices. Le Sénat les demandait mais ne les a pas obtenues (pas immédiatement en tout cas). La Haute Assemblée s'était d'ailleurs opposée avec lucidité, mais en vain, à l'exclusion lease-back. Il résulte de tout cela un système très confus et manquant de cohérence, la frontière entre le leasing et crédit-bail s'avérant des plus sinueuses[1].

---

(1)Des difficultés du même genre sont apparues dans hypothèses voisines :

-*le leasing d'actions* (Cahiers du Droit de l'Entreprise, 1977, n°2 ; E.M. BEY, «Le leasing d'actions», p.1 et s. et le débat organisé par la fondation nationale pour le Droit de l'entreprise, p.17 et s. ; J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 851, n°223-224 ; F. CAPORALE, Thèse précitée, p.135 et s. ; proposition de loi ANSQUER, n°550 du 15 juin 1973). La convention, vu la nature de l'objet de la prestation, est licite mais ne peut être qu'un leasing. Un actionnaire cède ses parts à une S.O.M.I. (sociale mobilière d'investissement) qui les loue ou en concède l'usufruit à un tiers. Le schéma est réalisable. Il est cependant considéré comme marginal par M. BEY (II, Bull. civ., p.2). Le leasing envisagé par les promoteurs de cette formule est en réalité un lease-back d'actions. Le montage juridique est destiné à favoriser le financement des petits et moyennes entreprises, organisées sous la forme de société anonyme mais non cotées, en bourse en leur permettant d'augmenter leurs fonds propres sans perdre le contrôle de la gestion de leur entreprise. Mais l'opération atteint alors une complexité considérable, qui jointe à des imprécisions juridiques graves, l'a pour une part condamné en pratique (l'autre part revient très largement au statut fiscal du contrat qui n'a pu être déterminé de manière suffisamment favorable). Une société propose à une S.O.M.I. un projet d'investissement qui vise, avec l'accord de tous les intéressés à augmenter le capital de la société par émission d'actions nouvelles. Si le projet est accepté, la S.O.M.I. devient le seul souscripteur des titres créés (les autres actionnaires doivent renoncer à leur droit préférentiel de souscription), la S.O.M.I. accorde alors à la société émettrice la jouissance des actions par une location ou une concession d'usufruit contre paiement d'un loyer périodique et moyennant option d'achat en fin de contrat. Si la société lève l'option, les titres sont annulés, puisque c'est la société qui devient titulaire de ses propres actions. Ceci entraîne une réduction du capital social qui fait apparaître une plus-value. La situation est alors apurée par une augmentation de capital par augmentation du nominal des actions. Par volonté de trop bien faire et de multiplier les avantages en éliminant tous les inconvénients, les inventeurs de ce système l'ont en définitive fragilisé et éloigné sensiblement du crédit-bail. En particulier, le traité d'acquisition n'est ni une vente, ni un contrat d'entreprise, mais un apport en société. L'incertitude la plus grande règne de plus sur la nature juridique du contrat accordant à la société la jouissance de ses titres : bail, usufruit, voire même pour M. BEY «location d'usufruit» ! Le cumul des deux notions est parfaitement inutile dans une opération entre deux personnes. Si l'un est preneur, l'autre sera simultanément nu-propriétaire et usufruitier : à quoi sert le démembrement ? Mais le montage pêche enfin et surtout par sa légalité douteuse. La jouissance des titres est en effet concédée sans le droit au dividende et sans le droit de vote ! Il est permis de se demander quel est le contenu du droit concédé. Le doyen HEMARD y voyait pour sa part une nullité pour défaut d'objet et de cause. La contrepartie invoquée (empêcher le droit de vote du titulaire) peut paraître mince (la recherche des capitaux est aussi invoquée mais ce serait confondre avec le contrat de souscription de l'augmentation de capital).

- *Le crédit-bail de logiciel* . La Cour de paris a admis cette possibilité : Paris 13 janvier 1987 (Juris-Data n°21764 ; JCP éd. N 1987, prat. n°6, p.190, obs. crit. M. VIVANT et A. LUCAS) ; adde : Paris 4 novembre 1983, D. 1984, IR, p.160 (pour un ensemble matériel et logiciel) ; Paris 16 octobre 1987, D. 1987, IR, p.238 (qui évoque une «location adossée»).

Tout dépend du point de savoir, si le logiciel peut faire ou non l'objet d'une vente (cf. E.M. BEY, «Peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?», Gaz. Pal. 1985-2-p.396 (favorable) ; F. TOUBOL, «Le logiciel, Analyse juridique», Feduci : LGDJ 1986, n°262 (neutre, constatant l'existence de contrats de ce genre) et infra n°885 et s.).

799.– 2) La prise en compte de l'objet de la prestation dans un contrat nommé n'interdit donc pas l'apparition d'une convention sui generis voisine portant sur un objet différent. La proximité de ces deux qualifications est cependant variable. Elle dépend avant tout de la nature de l'intervention du législateur.

Celui-ci peut tout d'abord se contenter de consacrer l'influence naturelle d'un objet de la prestation particulier. Il est possible d'imaginer une disposition du Code excluant les personnes du contrat de dépôt[1]. Un tel texte ne ferait qu'entériner l'incompatibilité de la personne humaine avec une obligation de conservation ou de restitution. C'est la démarche utilisée par les rédacteurs du Code civil pour le transport de personnes, à ceci près que l'influence de l'objet de la prestation a été majorée par les textes, passant de l'obligation au stade du contrat. Quand le législateur calque son intervention sur le rôle naturel de l'objet de la prestation, l'objet du contrat de chaque qualification n'est pas le même. Les obligations centrales de ces conventions ne sont pas de même nature : obligation de conservation et de restitution pour un dépôt de choses et obligation de sécurité pour un contrat de garderie d'enfants. Le régime légal du contrat nommé n'est pas applicable par conséquent à la convention dont l'objet de la prestation est différent. Il faut même aller plus loin. Les règles complémentaires dégagées par la jurisprudence dans les lacunes des textes ne sont pas transposables non plus à cause de cette différence de nature des obligations. Seule une analogie ponctuelle dans les situations engendrées par les deux conventions peut éventuellement justifier un rapprochement au cas par cas des deux régimes.

800.– Tel n'est plus le cas lorsque le législateur impose au sein d'une qualification un rôle artificiel à l'objet de la prestation. Dans cette hypothèse, des choses autres que celles prévues par le texte peuvent faire l'objet d'une convention comportant exactement les mêmes obligations insérées dans la même structure. Le contrat nommé et la convention qui en dérive sont donc très proches. Seule la nature de l'objet de la prestation les sépare. Ceci explique qu'encore une fois le régime légal du contrat nommé n'est pas transposable. Mais les règles jurisprudentielles dégagées à propos de ce contrat doivent être appliquées à la convention dérivée, en raison de la similitude des qualifications[2]. Le caractère artificiel du rôle de l'objet de la prestation limite cette influence aux dispositions législatives régissant le contrat. Le meilleur

---

(1)Pour le rôle du législateur quand l'objet de la prestation altère la structure du contrat : cf. section suivante.

(2)Seule une influence naturelle de l'objet de la prestation peut y faire échec.

exemple de cette situation est fourni par le crédit-bail et le leasing[1]. Certains auteurs en ont pourtant douté. Ils prétendent que le leasing est soumis au droit commun. Selon

---

[1]Il est possible de citer un autre exemple de prise en compte artificielle de l'objet de la prestation par le législateur : selon l'article 1918 du Code civil, le contrat de dépôt ne peut porter sur des immeubles. La solution suscite toutefois quelque discussion. Ce texte du Code civil tranche une vieille querelle d'interprétation des textes romains. Les rédacteurs du Code ont suivi l'opinion de POTHIER. Pour qu'il y ait dépôt, il faut qu'une personne confie une chose à une autre et «que ce soit pour la garder, afin que le déposant la trouve chez le dépositaire lorsqu'il en aura besoin». «Or une chose immeuble, telle qu'une maison, n'est pas de nature que celui à qui elle appartient puisse jamais avoir besoin de la donner en garde à quelqu'un, pour qu'il puisse la retrouver, donc elle n'est pas susceptible de contrat de dépôt. C'est pourquoi lorsque quelqu'un, en partant pour quelque voyage, confie à son ami les clefs de sa maison, le dépôt qu'il a fait à son ami est un dépôt de ses clefs, ou même encore des meubles qui sont gardés sous ces clefs dans la maison ; mais ce n'est pas un dépôt de la maison elle-même qui ne pouvant être déplacée, n'a pas besoin qu'on la garde». POTHIER ajoute que si l'ami doit visiter régulièrement la maison et faire des réparations, il s'agit d'un mandat.

Outre cette qualification de mandat tout à fait inappropriée puisqu'il s'agit d'actes matériels et non juridiques, cette analyse appelle plusieurs réserves. L'influence de l'objet de la prestation sur les obligations du «gardien» n'est pas incontestable. Le dépositaire doit conserver et restituer la chose. Il semble tout à fait possible de considérer qu'une personne soit chargée de conserver un immeuble pour le protéger des intempéries, des dépravations, du feu, etc. (BAUDRY-LACANTINERIE). Les réparations qui peuvent s'avérer nécessaires en sont la preuve. POTHIER l'admet, mais élimine le problème par une disqualification douteuse. Rien n'empêche par conséquent l'existence d'une obligation de conservation ou de surveillance d'un immeuble.

Le problème majeur réside peut être davantage dans l'obligation de restitution. Quand POTHIER affirme qu'un immeuble se garde tout seul, il doit songer qu'étant insusceptible de perte ou de vol, ne pouvant être déplacé, l'immeuble ne fait l'objet d'aucune tradition véritable. Et alors qu'un dépositaire mobilier peut cacher la chose remise, le surveillant d'un immeuble ne pourra jamais s'opposer à ce que son propriétaire le retrouve. L'argumentation n'est pas sans faiblesses. Un locataire d'immeuble est tenu d'une obligation de conservation et de restitution : le refus de vider les lieux est une violation de l'obligation de restitution (MAZEAUD et CHABAS, T.3 vol.2, n°1128, p.453). Pourquoi en est-il différemment pour un dépositaire ? Certes, il est possible d'objecter que le locataire occupe les lieux puisqu'il en jouit et pas le dépositaire. Mais ce dernier peut parfaitement s'opposer à la restitution par un acte plus symbolique : le refus de rendre les clefs. Il y a de plus un très fort argument de texte contre le caractère naturel de l'influence de l'objet de la prestation : le Code civil, après avoir donné une définition générale du dépôt (art. 1915 «à charge de la garder et de la restituer») dit qu'il y a deux sortes de dépôt : le dépôt proprement dit et le séquestre. Or, le séquestre peut porter sur des immeubles (art. 1959). Si l'immeuble est incompatible par nature avec l'obligation de restitution, cette incompatibilité vise dépôt et séquestre. Comme la loi admet que tel n'est pas le cas pour le séquestre, il faut conclure que l'objet de la prestation joue ici, grâce au législateur, un rôle artificiel dans la qualification. Selon son caractère gratuit ou onéreux, la convention de garde d'un immeuble est un contrat innommé ou un contrat d'entreprise (PONT, T.8, n°380, p.171 ; LAURENT, T.27, n°78, p.97 ; GUILLOUARD, n°18, p.292 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, T.23, n°1022 et s., p.562 et s. ; VIGIE, T.3, n°1048, p.547 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2858, p.900 ; COLIN et CAPITANT, n°1234, p.807 ; J. CARBONNIER, note D. 1954, p.625, sous Civ. 15 mars 1954 ; R. RODIERE, Rép. civ., Dépôt n°16 ; BEUDANT, T.12, n°269, p.297 ; MAZEAUD et CHABAS, T.3. Vol.2, n°1492 ; R. de QUENAUDON, J.-Cl. Civ., art. 1915 à 1920, Principes généraux, 1985, n°55 et s.

En jurisprudence : Pau 12 février 1987, JCP 1987, IV, p.307, obligation de surveillance - moyens à la charge d'une société de gardiennage - qualification non évoquée ; Paris 26 février 1986, D. 1986, p.397, note A. VIALARD.

Ce refus du dépôt d'immeuble, décrit lorsque la garde est le but principal de l'opération, se retrouve également lorsque celle-ci n'est plus qu'un élément accessoire d'une convention de nature différente. Ainsi, dans un contrat d'entreprise mobilier, le façonnier est tenu d'une obligation de conservation et de restitution de la chose confiée, qui n'est pas un dépôt (cf. infra n°1089 et s.), mais qui en dérive. Dans un contrat d'entreprise de réparation d'un immeuble existant, l'obligation de restitution

M. Caporale, «le leasing n'existe pas». Il ne reprend aucune catégorie contractuelle connue. «Aussi ces opérations de leasing, en échappant à la réglementation de la loi de 1966 relèvent du droit commun. Elles sont, selon les données de l'espèce révélatrices de l'intention des parties, soit des locations avec promesse unilatérale de vente, soit des locations-ventes, soit des ventes à crédit nulles pour non respect des dispositions d'ordre public en cette matière». Le législateur a, toujours selon cet auteur, «en institutionnalisant le crédit-bail, créé un régime unique pour ce type d'opérations»[1]. M. Cabrillac affirme, dans le même sens, que le leasing peut s'appliquer à «des biens qui n'ont pas été achetés par le bailleur de fonds en vue de la location»[2], alors, que la Cour de cassation a dénié à cette opération dénommée leasing ou crédit-bail «adossé» la qualification de crédit-bail lorsqu'elle porte sur un bien d'équipement ou un matériel d'outillage. Ces positions sont contestables. Le crédit-bail est l'exemple même d'une qualification prenant artificiellement en compte l'objet de la prestation. Une chose corporelle autre qu'un bien d'équipement peut être louée ou vendue(3). Les obligations dans un contrat de leasing sont les mêmes que dans un contrat de crédit-bail. L'achat en vue de la location est nécessaire à l'existence d'un leasing : sinon la convention doit être qualifié de location-vente ou de location avec promesse de vente. La détermination du crédit-bail est contingente. En 1966, le législateur a visé les biens à usage professionnel parce que la pratique du crédit-bail se limitait à l'époque à ces objets[4]. Rédigé de manière trop étroite, le texte a vieilli vite. Il faut ajouter que le domaine du crédit est devenu au fil du temps un secteur sensible particulièrement soumis aux directives interventionnistes de l'état. Cette tendance est très perceptible, dans les travaux préparatoires de la loi de 1986 où le crédit-bail de fonds de commerce est institué pour atteindre certains objectifs économiques qui paraissent souhaitables. Les opérations indésirables (lease-back) sont écartées du champ d'application du texte. Mais une telle «sectorisation» d'une convention n'est efficace que dans un système de qualifications d'ordre public. Ce n'est pas le cas du crédit-bail. La liberté des

---

disparaît et selon la Cour de Versailles, seule demeure une obligation accessoire de moyens d'exécution du travail dans des conditions exclusives de tout dommage pour le maître d'ouvrage (Versailles 20 novembre 1987, Gaz. Pal. 1988-1- p.104).

(1)Note F. CAPORALE, D. 1976, p.678, sous Com. 15 décembre 1975; Thèse précitée, p.92.

(2)M. CABRILLAC, Rép. civ. Leasing, n°5.
Comp. : J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Droit bancaire», 1990, n°590, note 5.

(3)Il peut y avoir des exceptions : cf. pour les logiciels I. de LAMBERTERIE, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 740 ; comp. E.-M. BEY, chr. précitée pour une réponse positive.

(4)Cf. en ce sens : J. CALAIS-AULOY, Rép. com. n°35 qui plaide pour une uniformisation ; C. CHAMPAUD, «La loi du 2 juillet 1966 sur le crédit bail», JCP 1966, I, 2021, § II ; cf. d'ailleurs J.-P. CALON, «La location des biens d'équipements ou leasing», D. 1964, chr. p.97 antérieur à la loi de 1966 mais limité aux biens d'équipements ; comp. M.J.C., «Le leasing et les consommateurs», Cah. dr. ent. 1977, n°6, p.35 et s.

conventions autorise parfaitement la création d'un leasing sur d'autres biens que ceux visés par la loi de 1966. S'il est exact que le régime légal du crédit-bail n'est pas applicable au leasing, il n'y a aucune raison pour que le régime jurisprudentiel de ce contrat ne vise pas également le leasing. La similitude des deux qualifications l'exige. Le leasing ne sera donc pas soumis à l'usure et devra respecter les règles dégagées pour déterminer l'influence de la résolution de la vente sur le crédit-bail ainsi que les principes de qualifications admis pour ce même crédit-bail (inapplicabilité de l'article 1840 du Code des impôts pour la promesse, du statut des baux commerciaux, du privilège du bailleur, etc.)[1]. Contrat nommé et contrat dérivé possèdent donc un régime commun.

801.- 3) Après l'existence du contrat dérivé, sa proximité avec la convention nommée, la dernière difficulté suscitée par l'influence artificielle de l'objet de la prestation porte sur la délimitation du domaine de chaque convention. Il s'agit en définitive de définir les choses relevant du contrat nommé pour les distinguer de celles concernant la convention dérivée. Il suffit normalement de respecter la classification employée par le législateur. Une particularité doit cependant être signalée. L'objet de la prestation étant généralement une chose appartenant au monde concret, par opposition aux obligations qui sont des notions purement juridiques, la classification (meuble, bien d'équipement, etc.), revêt une apparence objective, extérieure à l'accord des volontés. Les biens d'équipement ou l'outillage, pour rester dans le domaine du crédit-bail, peuvent être définis in abstracto, la classification étant ultérieurement utilisée pour délimiter leasing et crédit-bail. La jurisprudence ne respecte pourtant pas cette méthode. L'insertion de l'objet de la prestation dans une qualification contractuelle retentit sur sa définition. L'important, en réalité, n'est pas la nature du bien en lui-même, mais sa nature au regard de la convention, des obligations qu'elle contient, donc de la volonté des parties. Un véhicule automobile par exemple n'est pas en soi un bien d'équipement. Il est possible néanmoins de l'utiliser à des fins professionnelles de manière exclusive (entreprise) ou mixte (profession libérale). L'adoption d'un critère objectif du bien d'équipement conduit à éliminer les voitures particulières du domaine du crédit-bail. La position a eu un moment quelque poids car c'était celle des services de la Banque de France[2]. Mais la jurisprudence a préféré un critère plus souple basé sur la destination du bien. La Cour de cassation a reconnu en 1975 qu'une Cour d'appel pouvait «souverainement estimer qu'une voiture

---

(1)Le leasing risque en plus d'être parfois soumis aux règles protégeant le consommateur dans le domaine du crédit.

(2)Cf. D. CREMIEUX-ISRAEL, précité, p.26 et s.

automobile, fût-elle de tourisme, constitue un bien d'équipement dès lors qu'elle est utilisée pour le fonctionnement de la société locataire»[1]. L'interprétation de cette formule est source de difficultés. Il est permis de se demander si la Cour a abandonné au pouvoir souverain des juges du fond la détermination des biens d'équipements ou si «en mettant [...] l'accent sur l'utilisation de la chose [elle n'a] pas entendu indiquer le critère permettant de départager les biens d'équipement des autres biens et ne laisser le pouvoir souverain s'exercer que pour la mise en oeuvre de ce critère»[2]. Quoiqu'il en soit, l'affectation du bien semble être un critère établi tant en doctrine qu'en jurisprudence[3]. Il est possible toutefois de douter de l'efficacité de l'exemple : la notion de bien d'équipement se prête bien à l'adoption d'un critère subjectif par son caractère peu juridique[4]. L'outillage en comparaison semble un concept beaucoup plus rigide et objectif : il semble difficile d'admettre que des contractants puissent qualifier un véhicule automobile d'outillage. Si c'était le cas, cette influence des volontés individuelles sur les qualifications serait plutôt analysée comme un leasing soumis conventionnellement au régime du crédit-bail.

802.- La définition subjective de l'objet de la prestation semble pourtant constituer un principe général que l'étude des contrats de prêt permet de confirmer. Le Code civil fixe dans les articles 1874 et 1892(5) la ligne de partage entre le commodat

---

(1)Com. 15 décembre 1975, Soc. Renault-Bail/Marion, Bull. civ., IV, n°301, p.248 ; D. 1976, p.407, note C. LUCAS DE CEYSSAC ; Cah. jur. élec. gaz. 1976, p.33, note PLEVEN, rejetant le pourvoi formé contre Montpellier 20 novembre 1973. Cette juridiction s'est curieusement ravisée le 22 janvier 1975 (cité par D. CREMIEUX-ISRAEL).

(2)C. LUCAS DE CEYSSAC, note D. 1976, p.409, 2e col. en haut ; pour une analyse voisine : G. BACHASSON, «Le crédit-bail mobilier au cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du locataire», Thèse Aix 1978, n°331 et s. (il faudrait donc distinguer entre le véhicule d'un commercial et un véhicule de luxe, coupé ou cabriolet). Cet auteur émet des réserves sur la pertinence du critère (n°333) et sa conformité avec le principe de l'unité du patrimoine du commerçant.

(3)TGI Montbéliard 9 mars 1976, Rev. synd. ad. jud. 1976, p.267 n°28 ; Lyon 31 mars 1977, JCP 1978, IV, p.317 ; Besançon 4 avril 1979, Rev. synd. ad. jud., 1979, p.104, note R. PLAISANT ; Paris 3e ch. 4 janvier 1980, Juris-Data n°5.
La jurisprudence n'exclut pas du tout les véhicules automobiles par principe du domaine du crédit-bail. Cf. les nombreuses décisions où la qualification de crédit-bail n'est pas discutée ; Paris 5e ch. 13 novembre 1976, Juris-Data n° 795 ; Paris 5e ch. 5 avril 1978, Juris-Data n° 288 ; Paris 5e ch. 9 mai 1978, Juris-Data n° 357 ; Montpellier 17 février 1981, Juris-Data n°186 ; Paris 3e ch. 12 octobre 1982, Juris-Data n° 25356 ; Reims 25 novembre 1982, Juris-Data n°43421 ; Civ. 1e 22 avril 1976, Bull. civ., I, n°137.

(4)C. LUCAS DE CEYSSAC, note D. 1976, p.407. L'auteur dresse un panorama complet de cette question.

(5)Selon l'article 1894, «on ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même espèce, différent dans l'individu, comme les animaux : alors c'est un prêt à usage». La solution est contestée : il s'agirait en réalité d'un échange. (MAZEAUD et CHABAS, T.3 Vol.2, n°1436). Mais le texte n'est pas clair et VIGIE y voit plutôt une présomption réfragable, qu'eu égard à la nature des choses, les parties ont stipulé un commodat.

et le prêt de consommation[1]. Le premier porte sur les «choses dont on peut user sans les détruire» et le second sur celles «qui se consomment par l'usage qu'on en fait». Le critère paraît simple : la nature consomptible ou non de l'objet de la prestation. Qualifiée de «vicieuse» par Aubry et Rau, cette définition du prêt de consommation et du commodat est critiquée par la doctrine qui lui reproche de confondre consomptibilité et fongibilité. Aussi les auteurs adoptent-ils généralement un autre critère. Pour certains, le prêt de consommation porte nécessairement sur des choses fongibles «susceptibles de pouvoir être remplacées par des objets de même nature, en qualité et quantité»[2]. Ces objets sont généralement consomptibles mais cela n'est pas indispensable : il suffit que les parties aient envisagé ces choses non consomptibles comme des choses fongibles. L'exemple traditionnellement évoqué est celui d'un libraire qui, n'ayant pas le livre réclamé par un client, le demande à un de ses collègues à charge de lui rendre ultérieurement un exemplaire identique. Ces auteurs parachèvent leur démonstration en remarquant qu'une chose consomptible peut faire l'objet d'un commodat. Ils citent à l'appui de leur assertion le cas de la pièce de monnaie prêtée pour jouer au bouchon ou celui des fruits remis par un épicier l'espace d'un banquet pour décorer une table. D'autres auteurs ont cependant une position plus restrictive. Selon eux, pour qu'il y ait mutuum, la chose doit être cumulativement fongible et consomptible. «Le contrat par lequel une personne aurait l'usage d'une chose non consomptible, une automobile par exemple, étant stipulé qu'elle rendrait une chose identique – voiture de même type et de même série – serait un échange et non un mutuum»[3]. En réalité, aucune des explications proposées n'est entièrement satisfaisante.

803.– Le premier système qui fait de la fongibilité de l'objet de la prestation le critère du prêt de consommation semble inexact. Certes, dès lors que l'objet restitué par un contractant n'est pas celui qui lui a été remis, force est de constater que les parties ont considéré ces objets comme équivalents. Mais si cette fongibilité se retrouve nécessairement dans un prêt de consommation, elle n'en constitue pas pour autant le critère. A cet égard, l'exemple du libraire n'est pas probant. Si le contrat est

---

(1)Adde dans le même sens conférant un rôle à la volonté des parties dans le cadre de la distinction du prêt de consommation et du prêt d'argent : Civ. 19 mars 1928, DH 1928, p.303 (prêt d'argent au moyen d'un prêt de titres) ; Angers 8 novembre 1960, JCP 1961, II, 11984 (implicitement). Sur cette question : Ch. BRUNEAU, «La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature», Thèse Paris II 1984, n°111.

(2)Extrait de VIGIE, T.3, n°1027, p.540 ; adde AUBRY et RAU, T.6, 7e édit., § 314, n°117, texte et note 3 ; GUILLOUARD, n°3 et s. et 64 et s. ; BAUDRY-LACANTINERIE, n°600 et s., p.361 et s.

(3)MAZEAUD et CHÁBAS, T.3 Vol.2, n°1436. Adde, RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2899, p.910.

un prêt de consommation, c'est parce que le commerçant a demandé à son collègue un exemplaire pour ne pas manquer une vente. L'usage prévu par la convention a donc consommé juridiquement le bien. Le libraire restitue l'équivalent d'une chose remise initialement mais qui a disparu. C'est parce que la chose est consommée que le contractant ne peut plus restituer que l'équivalent. La fongibilité découle de la consomptibilité qui est en réalité le critère principal de la distinction commodat-mutuum[1], la fongibilité n'ayant un rôle déterminant que lorsque l'usage visé n'a pas été précisé par les parties[2]. Il ne s'agit pas cependant d'une consomptibilité in abstracto, d'après la nature habituelle de la chose au regard du droit des biens : il s'agit d'une consommation effective découlant de l'usage prévu au contrat[3]. De la même manière qu'il suffit qu'un bien ait un usage professionnel pour le client de l'établissement de crédit afin qu'il y ait crédit-bail, il suffit que la chose prêtée quelle que soit sa nature soit consommée matériellement ou juridiquement pour qu'apparaisse un mutuum. Paradoxalement, Baudry-Lacantinerie, défenseur de la thèse de la fongibilité, a sur ce sujet quelques lignes d'une grande clarté : «Il y a plusieurs manières d'user des choses. Tel usage n'altérera pas la substance de la chose ; tel autre la détruira. Quel usage l'emprunteur a-t-il le droit de faire de la chose ? Tout dépend de l'intention des parties. S'il a été entendu que l'emprunteur n'aura le droit de se servir de la chose que pour un usage déterminé qui n'en altère pas la substance et qu'il devra ensuite la restituer dans son identique individualité, on est dans l'hypothèse du prêt à usage. Si au contraire, il a été convenu que l'emprunteur pourra faire de la chose un usage définitif, un usage qui ne sera plus susceptible de se renouveler, alors il en devient propriétaire... C'est l'hypothèse du prêt de

---

(1)L'analyse n'est pas contredite par les décisions ayant considéré que le prêt de titres destinés à être nantis est un commodat si ceux-ci sont numérotés (Crim. 14 avril 1870, Bull. crim., n°86 ; Crim. 5 avril 1895, DP 1896-1-p.223 ; Crim. 11 mai 1901, DP 1902-1-p.415 ; Crim. 9 janvier 1903, S. 1906-1-p.430). En effet, si, comme le soulignent ces décisions, la numérotation voulue par les parties fait de ces titres des corps certains, il faut également remarquer que, pour inciter l'emprunteur à une plus grande vigilance, les contractants ont également considéré dans ces hypothèses que l'usage convenu (le nantissement), malgré les risques qu'il comporte, ne doit pas consommer la chose remise.
La solution est différente dans le dépôt, s'agissant de la distinction des dépôts réguliers et irréguliers. La remise n'étant faite que dans un but de conservation et de restitution, c'est bien la fongibilité du bien qui sert de critère, mais celle-ci semble demeurer aussi sous l'emprise de la volonté des parties : Civ. 1e 29 novembre 1983, Bull. civ., I, n°280, p.251. Adde sur cette question, P. JAUBERT, «Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité», RTD civ. 1945, p.75 et s., spéc. p.92.

(2)La fongibilité laisse alors une liberté de disposition de la chose remise à l'emprunteur qui ne se conçoit que dans un mutuum (pour une illustration : Tb. corr. Seine 13 décembre 1904, DP 1905-2-p.215).

(3)Cf. en ce sens, semble-t-il, par une simple incidente : PLESNILA, «Analyse critique des contrats réels», Thèse Paris, 1910, p.84. V. aussi : Y. REICHARDT, Thèse précitée, p.168.

consommation»[1]. Incontestablement, c'est d'abord par la variété des usages prévus que se manifeste la volonté des parties. Elles peuvent autoriser la consommation d'un bien non consomptible (vente d'un livre) ou user sans la détruire d'une chose consomptible (exemple des fruits décorant une table). La nature de l'objet de la prestation dans un prêt de consommation ne relève que d'un critère unique : il doit s'agir non pas d'une chose consomptible, mais d'une chose consommée.

804.– Une telle analyse amène à rejeter également le second système doctrinal qui propose une application cumulative des deux critères de la fongibilité et de la consomptibilité. Cette solution met en définitive sur un même plan l'effet et sa cause : comme il vient d'être vu, c'est la consomptibilité effective qui entraîne nécessairement une fongibilité conventionnelle. Ici encore, l'exemple proposé n'est pas entièrement convaincant. Il n'est pas du tout certain que la remise d'une voiture à charge de restituer un modèle de même type constitue systématiquement un échange. D'une part, si la voiture est remise pour être vendue, la consommation juridique de la chose permet de considérer qu'il y a mutuum. D'autre part, la qualification d'échange exclut en réalité toute référence à l'usage que chaque acquéreur compte faire du bien. C'est cette considération qui doit préalablement servir de critère entre les deux qualifications : il ne peut y avoir mutuum que si c'est la jouissance de la chose qui a été envisagée par les parties, même si techniquement un transfert de propriété s'est avéré nécessaire pour traduire juridiquement l'opération. Ainsi, constitue un échange le transfert réciproque de deux automobiles de même type justifié, par exemple, par la volonté de leurs deux propriétaires de disposer d'un véhicule d'une autre couleur. La hiérarchisation des deux critères de la consomptibilité et de la fongibilité semble d'ailleurs la seule solution permettant de justifier les limites des volontés individuelles en cette matière. En effet, une fongibilité conventionnelle admise sans restriction pourrait conduire à admettre que la somme d'argent remise en contrepartie d'un bien est une restitution par équivalent de ce dernier ! Autrement dit, dans cette hypothèse, toute vente pourrait devenir, par la volonté des parties, un simple prêt de consommation. La référence à la consomptibilité évite de telles dérives en obligeant à considérer que le mutuum ne se conçoit que si les parties ont eu en vue un usage précis pour la chose et que de surcroît cet usage doit consommer cette chose, ce qui n'est pas le cas de la vente.

En toute hypothèse, de telles discussions manifestent clairement l'influence de la subjectivité dans la détermination la nature de l'objet de la prestation (fongible ou

---

(1) N° 600, p.361, il s'agit du début du passage consacré à la distinction mutuum-commodat. Par la suite, les auteurs se rallient à la fongibilité.

consomptible)[1], ce qui démontre encore une fois que toute cette matière est davantage commandée par l'étude du lien qui unit la chose et l'obligation, que par le seul examen de l'objet de la prestation.

---

[1]Ces fluctuations doctrinales découlent de l'imprécision des notions de fongibilité ou de consomptibilité utilisées.
En effet, ces classifications qui relèvent du droit des biens peuvent être envisagées de deux manières différentes (cf. F. TERRE, «L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications», Thèse, LGDJ 1957, n°24 et s., p.27 et s. ; P. JAUBERT, «Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité», RTD civ. 1945, p.75 et s.). Objectivement, c'est-à-dire d'après la nature habituelle des biens, et subjectivement, d'après la nature que leurs ont conférée les parties. Un raisonnement rigoureux doit au préalable s'attacher à la notion objective. Cette optique permet de présenter un premier tableau envisageant la qualification du contrat en fonction de la nature objective des biens et d'un usage correspondant à leur destination habituelle.

nature du bien	exemple	commodat	prêt de consommation
non consomptible corps certain	immeuble	oui	
non consomptible fongible	exemplaire d'un livre automobile de série	commodat ou échange ?	
consomptible corps certain	bouteille d'un cru unique		échange ou mutuum
consomptible fongible	charbon nourriture argent		oui

Ce tableau appelle trois remarques. Tout d'abord, pour les hypothèses sûres, consomptibilité et fongibilité se rejoignent. Ensuite, si la nature in abstracto du bien est respectée, une bouteille unique utilisée de façon naturelle, c'est-à-dire consommée, ne peut être restituée, et le contrat ne peut être qu'un prêt de consommation ou un échange si le buveur fournit une autre bouteille en contrepartie. L'exemple de la voiture ou du livre, enfin, est symptomatique. Il démontre que l'utilisation des catégories objectives est assez peu efficace. En effet, si les voitures d'un même modèle peuvent être considérées comme des choses de genre, ceci n'est vrai que jusqu'à leur individualisation. En respectant les règles habituelles, la remise d'une voiture à l'emprunteur procède à cette individualisation. La restitution de l'identique est un commodat, celle de l'équivalent un échange, l'absence de consomptibilité écartant le mutuum.
- Un second tableau peut dès lors être dressé en comparant la nature objective des biens, tous les usages possibles et les qualifications en découlant

nature du bien	exemple	commodat	prêt de consommation
non consomptible corps certain	immeuble	oui	
non consomptible fongible	livre automobile de série	oui	remise du livre pour être vendu
consomptible corps certain	bouteille d'un cru unique	prêt pour la regarder	?
consomptible fongible	charbon nourriture argent	prêt des fruits pour un banquet	oui

Les cases correspondant au corps certain peuvent être comblées. Le terrain sera vendu et la bouteille bue. Si les parties prévoient la restitution de l'équivalent, un mutuum apparaît ; mais cela exige indéniablement la «fongibilisation» de ces deux corps certains, opération que la volonté individuelle peut réaliser. Il apparaît dès lors que toutes les catégories de biens peuvent faire l'objet d'un commodat ou d'un mutuum. Les classifications objectives du droit des biens ne sont donc pas

805.– La spécificité de cette relation se retrouve lorsque l'objet de la prestation, sans dénaturer l'obligation qu'il subit, modifie le nombre ou l'importance des prestations, ce qui correspond en définitive à une transformation de la structure du contrat (section 2).

un critère de distinction valable. Seule une définition subjective peut rendre compte de toutes les hypothèses.

SECTION 2

LA TRANSFORMATION DE LA STRUCTURE DU CONTRAT

806.- Ici comme ailleurs l'objet de la prestation exerce une influence directe sur l'obligation et non sur le contrat. Cet intitulé veut seulement souligner la différence qui existe parfois dans la technique employée. Au lieu de modifier la nature d'une obligation, l'objet de la prestation peut faire apparaître des obligations nouvelles venant s'ajouter à la prestation initiale qu'il subit. Il arrive aussi qu'il supprime des prestations[1]. Ou encore qu'il affecte la hiérarchie des obligations : une obligation accessoire risque alors d'être élevée au rang d'obligation principale. Toutes ces transformations concernent la structure même de la convention, c'est-à-dire la détermination des obligations essentielles, aptes à la qualifier.

La démarche générale, précédemment utilisée, conserve toute sa valeur. Face à un objet de la prestation particulier, il importe de rechercher en premier lieu si l'obligation subit une quelconque transformation. Voici par exemple une prestation supplémentaire qui vient s'ajouter à la charge du débiteur de l'obligation initiale. Il est alors indispensable d'analyser le rôle joué par cette obligation dans la structure de la qualification : s'il s'agit d'une obligation principale, la nature de la convention ne pourra pas être maintenue.

Après avoir illustré ces propos en examinant des hypothèses d'augmentation du nombre ou de l'importance des obligations sous l'influence de l'objet de la prestation (I), il sera possible de continuer la vérification de l'efficacité de la méthode d'analyse proposée en s'intéressant à l'influence inverse : la diminution du nombre ou de l'importance des prestations (II)[2].

---

[1] Ce cas de figure suppose bien entendu la suppression de certaines obligations, mais pas de toutes.

[2] Ainsi qu'il a déjà été indiqué précédemment, la nature de l'intervention du législateur obéit aux principes dégagés et ne justifie donc plus un examen séparé.

I - L'AUGMENTATION DE L'IMPORTANCE OU DU NOMBRE DES OBLIGATIONS

807.– L'augmentation du nombre d'obligations sous l'influence de l'objet de la prestation est un phénomène courant. Ces prestations nouvelles ne font en général que préciser les conditions d'exécution des obligations principales. C'est par exemple le cas des innombrables obligations de renseignement que la jurisprudence fait peser sur les contractants les plus divers. L'hypothèse des ventes de matériel informatique permet de vérifier aisément que ces obligations suscitées par la spécificité de l'objet de la prestation n'occupent qu'une place secondaire dans la convention dont la nature initiale reste inchangée (A). La situation est parfois beaucoup plus complexe : l'étude des déménagements d'usine en est la preuve (B).

A) La vente de matériel informatique

808.– L'apparition de l'informatique a suscité de profondes remises en cause dans le domaine juridique. Tous les secteurs ont été touchés : droit de la preuve, des biens, des obligations, droit pénal, droit du travail, libertés publiques. Un auteur estime à ce sujet que «c'est peut-être la première fois que Droit se trouve exposé à des modifications aussi diverses que profondes sous la pression d'une technologie nouvelle»[1]. Cette nouvelle technique nécessité l'emploi de matériels spécifiques : les ordinateurs. Leur statut juridique au regard du droit des biens ne soulève aucune difficulté : le droit qui porte sur eux est un droit de propriété[(2)]. Cependant, comme ils permettent la pratique d'une technique radicalement différente de celles qui existaient précédemment, les conventions portant sur du matériel informatique ont fait l'objet de la part de la jurisprudence d'une certaine adaptation par rapport au droit commun. Le raisonnement portera sur la vente d'ordinateur, mais les remarques qui vont suivre pourraient parfaitement s'appliquer à d'autres conventions (location, location-vente, crédit-bail, etc.).

809.– Etant un bien appropriable, l'ordinateur peut changer de titulaire par l'effet d'un transfert de propriété classique qui obéit par conséquent aux règles prévues par le Code civil pour les autres biens. Le vendeur est tenu des diverses obligations habituelles : délivrance, conformité, garantie d'éviction et des vices cachés. L'objet de

---

(1)J. HUET, «La modification du droit sous l'influence de l'informatique», JCP 1983, I, n°3095, n°1.
(2)La question est beaucoup plus délicate pour les logiciels (cf. infra n°885 et s.).

la prestation est donc ici parfaitement neutre. Sa spécificité apparaît ailleurs. Selon la jurisprudence et la doctrine, la vente d'un matériel informatique fait naître à la charge du fournisseur un devoir d'information de l'acquéreur. Le principe en est désormais solidement établi[1].

Cette influence de l'objet de la prestation est généralement justifiée par deux considérations: technicité et risque. Du fait de la très haute technicité du produit, les acheteurs potentiels sont le plus souvent mal informés des possibilités réelles des matériels vendus. Cette situation n'est pas exceptionnelle et se retrouve souvent lorsque la chose vendue est de conception récente. Mais l'originalité du matériel informatique va plus loin. Non seulement l'acheteur ne connaît pas le produit, mais en plus il mesure mal son adéquation à ses propres besoins. Il peut même arriver que l'analyse de ses besoins ou les conséquences de l'utilisation de l'informatique sur l'organisation de son activité lui soient mal perçues. Devant une méthode radicalement nouvelle, l'acheteur a besoin d'être guidé. Un parallèle peut d'autre part être établi avec la vente de produits dangereux, pour lesquels les tribunaux ont fermement imposé au vendeur un devoir d'information. Les matériels informatiques, ne présentent pas véritablement de danger physique pour le personnel qui les utilise. Mais l'informatisation, lorsqu'elle porte sur tout ou partie d'une entreprise est une opération qui peut avoir des répercussions considérables, surtout en cas d'échec. Pénétrant au coeur de l'activité d'un secteur, quel que soit son domaine (fichier d'adresses, comptabilité, gestion, conception assistée par ordinateur), l'informatique, risque, si elle est inefficace, de constituer un puissant ferment de désorganisation.

810.– Ces deux facteurs, technicité et risque, ont convaincu les magistrats d'ajouter à la charge du vendeur de matériel informatique une lourde obligation d'information[2]. Ce devoir d'informer est généralement décomposé par la doctrine en trois obligations qui dénotent une intervention croissante du fournisseur. Celui-ci est tenu d'abord tenu d'une obligation de renseignement au sens strict. Il doit fournir à

---

(1)Cf. Lamy informatique 1992, n°393 et s. ; I. de LAMBERTERIE, «Les contrats en informatique», Litec 1983, p.27 et s., J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 735 n°38 et s. ; X. LINANT DE BELLEFONDS, «L'informatique et le droit», Que sais-je ? 1923, 2e édit., p.16 ; du même auteur avec A. HOLLANDE, «Les contrats informatiques», Delmas, D2 ; F. SARTRE, «Informatique et contrats», Edit. tests, p.27 et s. ; A. VIRICEL, «Le droit des contrats de l'informatique», p.156 et s. ; J.-L. GOUTAL, note JCP 1982, II, 19734.
Cf. la jurisprudence citée en grande partie inédite. V. néanmoins : Com. 17 mars 1981, Bull. civ., IV, n°150, p.118 ; Com. 3 décembre 1985, Bull. civ., IV, n°284, p.242.

(2)Sur la vente d'ordinateur : Lamy informatique, 1992, n°422 et s. ; I. de LAMBERTERIE, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 735, n°59 et s. ; X. LINANT DE BELLEFONDS, op. cit., p.7 ; A. HOLLANDE et X. LINANT DE BELLEFONDS, op. cit. C" et E1 ; F. SARTRE, op. cit., p.78 et s. ; A. VIRICEL, op. cit. p.153 et s. ; J. HUET, article précité, n°26.

son cocontractant des informations précises et compréhensibles sur les caractéristiques des matériels fournis[1]. Le vendeur doit ensuite mettre en garde l'acheteur, en attirant son attention sur les risques et les difficultés pouvant être suscités par la mise en place d'un système informatique[2]. Il est désormais établi que le démarrage du système doit être effectué dans une période creuse de l'activité de l'entreprise et que le système antérieur ne doit pas être abandonné immédiatement. Le vendeur est enfin débiteur d'une obligation de conseil : il doit «proposer au client un équipement conforme à ses besoins, l'assister durant la mise en route de cet équipement, lui donner les directives nécessaires à la réorganisation de son entreprise en fonction de l'informatique, lui suggérer d'embaucher du personnel, de faire former celui-ci, bref, donner tous les avis nécessaires pour que réussisse la greffe de l'informatique sur l'entreprise»[3].

Toutes ces obligations sont complémentaires mais leur impressionnante énumération doit être nuancée. Ces prestations supplémentaires se justifient lors d'une vente relativement importante et «personnalisée». Il est bien évident que l'achat d'un micro-ordinateur de faible prix dans un magasin non spécialisé n'engendrera pas de telles contraintes[4]. Par ailleurs, l'évolution jurisprudentielle a montré que l'acheteur ne peut plus rester passif. Il doit en particulier faire part avec précision de ses besoins. Il paraît même certain que pèse actuellement sur lui une obligation de s'informer[5], voire de collaborer, qui vient quelque peu tempérer le devoir réciproque d'informer du fournisseur.

811.- Il reste dès lors à mesurer l'influence de ces transformations générées par l'objet de la prestation sur la convention elle-même. Certains voient dans ce devoir d'information, une obligation principale[6]. Cette analyse semble confondre exécution du contrat et qualification. Certes, les conséquences pratiques de la mauvaise

---

(1)Paris 17 octobre 1985, D. 1985, Flash n°39.

(2)Tb. com. Paris 19 avril 1971, JCP 1971, Flammarion/IBM, II, 16752, note P.L. ; D. 1971, p.483, note J.-C. FOURGOUX ; Gaz. Pal. 1971-2-401, note J. MEGRET et P. DAUDIER de CASSINI ; sur appel Paris 12 juillet 1972, JCP 1974, II, 17603, note N. S.

(3)Note J.-L. GOUTAL, JCP 1982, II, 19734, n°5 sous Paris 4 janvier 1980 ; adde Gaz. Pal. 1980-2-p.595, note P. de FONTBRESSIN ; Paris 15 mai 1975, JCP 1976, II, 18265, note M. BOITARD et J.-C. DUBARRY.

(4)En ce sens : Lamy informatique 1992, n°396.

(5)Lamy informatique 1992, n°416 et s. ; I. de LAMBERTERIE, «Les contrats en informatique», n°18 et s. ; J.-Cl. Contr. disrtib., Fasc. 735, n°32.

(6)J.-L. GOUTAL, note JCP 1982, II, 19734, n°8, 2° ; C. BIDAN, «La responsabilité du fournisseur de prestation informatique», Rev. jurispr. com. 1985, p.1 (obligation «contractuelle principale, déterminante» ; Paris 4 janvier 1980, JCP 1982, II, 19734 (obligation «primordiale»).
Contra : M. VIVANT et A. LUCAS, obs. JCP éd. E 1990, II, 15751, n°11, p.269 (semble-t-il, puisque ces auteurs souligne qu'il n'y a rien là «de véritablement notable sur le terrain juridique, sauf à avoir identifié quelques obligations spécialement importantes *dans la pratique*» (souligné par nous).

exécution de l'obligation d'information sont considérables. Les conflits liés à des actions en garantie des vices cachés pour panne du matériel sont assez rares, car la technologie des ordinateurs permet, paraît-il, de déceler rapidement les appareils défectueux. Le choix de l'ordinateur ou du système informatique est au contraire souvent décisif dans l'efficacité de l'installation. Comme l'informatisation d'une entreprise met le plus souvent en cause sa bonne marche, il est compréhensible que la responsabilité du fournisseur dans l'exécution de son devoir de conseil soit très lourde et que les professionnels considèrent cette obligation comme fondamentale.

Du strict point de vue de la qualification, en revanche, les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil restent des obligations accessoires. Elles n'existent que pour assurer la pleine efficacité de l'élément essentiel du contrat : le transfert de propriété d'un matériel informatique conforme aux besoins exprimés par le client. Les conséquences financières de l'inexécution d'une obligation ne sont pas un critère de détermination du caractère principal ou accessoire d'une prestation quelle qu'elle soit. Les dommages et intérêts versés par un transporteur de personne à un passager seront beaucoup plus élevés si le voiturier ne respecte pas son obligation accessoire de sécurité (passager blessé) que s'il n'exécute pas son obligation principale de déplacement (passager pas arrivé à destination en raison par exemple d'une panne du véhicule). La qualification de vente de matériel informatique n'est donc pas perturbée par ces obligations d'informer pesant sur le vendeur[1]. L'objet de la prestation limite ses effets à une action sur les obligations. Il n'est pas sûr qu'il en soit ainsi lorsqu'un transporteur s'engage à déplacer une usine.

B) Le déménagement d'usine

812.- La qualification du contrat de déménagement a suscité, tant en doctrine qu'en jurisprudence, de nombreuses controverses[2]. La difficulté provient de l'existence à la charge du déménageur d'obligations multiples, qui dépassent celles accomplies dans le cadre d'un transport traditionnel. Le déménageur s'engage à démonter, emballer, charger la marchandise. Après l'avoir transportée, il la décharge, la déballe et la remonte. Du lustre en cristal à l'usine entière, il s'occupe de tout. Pour reprendre une terminologie en vogue, le déménagement est un transport clefs en main[3].

---

(1)Elle risque de l'être par la présence d'un transfert de droit sur un logiciel (cf. infra n°885 et s.) ou par l'augmentation conventionnelle des prestations à la charge du fournisseur : contrat dit clés en main (cf. infra n°1530).

(2)Cf. supra n°414 et s.

(3)Sur les contrats clefs en main, cf. infra n°1530.

Après quelques hésitations, la jurisprudence semble avoir adopté la théorie du Doyen Rodière[1] : le contrat de déménagement est un contrat de transport si le déplacement constitue l'objet principal des prestations du déménageur et un simple louage d'ouvrage si ce sont les obligations relatives à la préparation et à la mise en place de la marchandise qui prédominent.

L'influence de l'objet de la prestation sur le contrat de déménagement peut être envisagée de deux manières différentes.

813.– Il est permis de se demander en premier lieu si l'objet de la prestation n'est pas, dans l'esprit des auteurs et des magistrats qui refusent d'assimiler le déménagement au transport, un des critères de ce contrat. Il a toujours été admis, en effet, qu'un voiturier puisse se charger de prestations supplémentaires comme le chargement ou le déchargement sans que la qualification de transport soit altérée. Or, ce sont précisément ces obligations qui sont invoquées pour analyser certains contrats de déménagement en contrat d'entreprise. Cette différence de raisonnement entre les deux situations est bien difficile à expliquer sans l'intervention d'un autre élément justifiant une telle disparité[2]. Cet élément pourrait être l'objet de la prestation. A la lecture des premiers arrêts et commentaires, le contrat de déménagement semble caractérisé par le déplacement d'objet mobiliers à usage d'habitation. Contracté par un particulier, incapable de procéder seul à la préparation et à la mise en place, le transport de meubles meublants suppose que le déménageur effectue toutes ces prestations supplémentaires. Cette analyse est envisageable et elle pourrait parfaitement être consacrée législativement. Le droit positif lui oppose cependant deux obstacles majeurs. La jurisprudence tout d'abord ne respecte pas cette définition du contrat de déménagement, puisqu'elle étend le domaine de cette convention au transfert d'usine. Elle qualifie par ailleurs fréquemment de transport le contrat de déplacement de meubles à usage d'habitation si leur préparation est simple. Le critère adopté par les tribunaux réside dans les obligations assumées par le voiturier, que celui-ci transporte un service en porcelaine ou un matériel complexe. Délaissée par la jurisprudence, la conception d'un contrat de déménagement limité aux meubles meublants n'est pas davantage reprise par les textes professionnels qui définissent cette convention. Ainsi, selon l'article 13 de l'arrêté du 19 mai 1987 relatif à la feuille de route, sont considérés comme transports de déménagement «les transports de

---

(1)Rappelons aussi qu'il peut s'agir d'un contrat de commission de transport si le déménageur ne s'est pas engagé à effectuer personnellement le déplacement.

(2)Cf. par ex. Paris 13 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.423 pour le transport d'une baie électronique. L'arrêt emploie exactement le même raisonnement et la même terminologie que pour les déménagements sans prononcer ce dernier terme une seule fois.

meubles ou d'objets mobiliers effectués au départ ou à destination d'un garde-meubles et, lorsque l'expéditeur est également le destinataire, les transports de meubles ou d'objets mobiliers usagés en provenance et à destination d'un local d'habitation ou d'un local à usage professionnel[1], commercial, industriel, artisanal ou administratif, à l'exception de ceux dont le volume n'excède pas cinq mètres-cubes et dont le conditionnement est assuré par l'expéditeur»[2]. Il faut préciser que ce texte relève de la coordination des transports, c'est-à-dire de l'organisation de la profession. Sa portée est limitée. En particulier, un contrat de déménagement au sens de cet article pourrait être qualifié de contrat d'entreprise par les tribunaux. Les précautions prises par les auteurs de cette disposition sont néanmoins très significatives. Il semble que, par crainte, de l'imprécision qu'aurait pu engendrer une définition centrée sur le seul objet de la prestation, les rédacteurs aient multiplié les critères : objet de la prestation (meubles «usagés»), qualité des parties (garde-meubles), charge de l'obligation de conditionnement, importance du transport. Il en résulte une définition très complexe qui dépasse largement le transport des meubles à usage d'habitation même si elle les vise principalement. L'étude du rôle de l'objet de la prestation sur le contrat de déménagement débouche ici sur une impasse.

814.- L'examen de la jurisprudence récente ouvre cependant un nouvel axe de recherche. Depuis l'adoption de la thèse du Doyen Rodière, toute la discussion s'est reportée sur l'appréciation du caractère principal ou accessoire du déplacement par rapport aux autres prestations. En ce domaine, les critères abondent : longueur du transport, temps d'exécution de chaque prestation, coût et risque respectifs de ces obligations, etc. A chaque espèce, les tribunaux apprécient l'importance de chacune des opérations et qualifient la convention en conséquence. La détermination de la nature du contrat s'effectue donc au coup par coup. Une tendance contraire se dessine en jurisprudence lorsque l'objet de la prestation du déménagement est un ensemble industriel ou une usine[3] : de nombreuses décisions qualifient alors systématiquement

---

(1)Sur l'influence du local : cf. supra n° 414 (note).

(2)Une formule identique figurait dans l'article 11 bis de l'arrêté du 6 janvier 1966. Pour le texte complet et les références, cf. Lamy Transports 1992, T.1, n°849.

(3)En ce sens : Com. 25 février 1963, Bull. transp. 1963, p.143 ; D. 1963, p.422 ; Paris 19 février 1970, Bull. transp. 1970, p.91 infirmant Tb. com. Seine 4 juillet 1968, Bull. transp. 1968, p.386 ; Paris 14 mars 1974, Bull. transp. 1974, p.156 ; RTD com. 1974, p.585 ; Tb. com. Paris 27 mai 1983, Bull. transp. 1984, p.155, n°412 ; Paris 21 novembre 1983, Bull. transp. 1984, p.349 ; Juris-Data n°878 ; D. 1984, IR, p.68 ; Paris 27 septembre 1991, Bull. transp. 1991, p.745, obs. M. TILCHE.
Adde : Paris 13 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.423 même tendance mais sans référence au déménagement.

la convention de louage d'ouvrage. Elles estiment que la nature du bien transporté, son importance quantitative et sa complexité, alourdissent la préparation de la marchandise, au point d'en faire une obligation principale. L'appréciation de cette solution doit respecter les deux phases de l'influence de l'objet de la prestation sur une qualification.

815.– Les magistrats doivent être approuvés lorsqu'ils estiment que le transport d'une usine augmente le nombre et l'importance matérielle des obligations du voiturier en comparaison de celles pouvant exister dans le déplacement d'une marchandise commune. Ces modifications sont incontestables. Les phases de préparation du déplacement et de mise en place de l'usine nécessitent un temps d'exécution accru. Elles représentent un coût élevé et obligent le déménageur à se spécialiser, tant dans la formation de son personnel, que dans les techniques de conditionnement ou de chargement utilisées. Cette réalité contractuelle ressort bien d'un attendu de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 novembre 1983[1] qui décrit la convention conclue comme «un transfert d'usine, comportant à la charge de la société de déménagement principalement des prestations de fourniture de caisses, de services de manutention, de chargement et de mise en place de matériels industriels lourds et complexes avec fourniture d'équipes spécialisées et d'engins de levage exceptionnels, prestations dont la durée (trois fins de semaine de trois jours chacune), le coût et les risques étaient beaucoup plus importants que ceux afférents au transport proprement dit sur une distance de quinze kilomètres».

816.– Cette première influence de l'objet de la prestation est certaine. Mais la conséquence qu'en tirent les magistrats au stade de la qualification n'emporte pas la convention. L'augmentation du nombre et de l'importance matérielle des obligations

---

Contra : Tb. com. Seine 4 juillet 1968, précité ; Paris 29 janvier 1970, Bull. transp. 1970, p.52.
Ambigu : Paris 23 février 1983, Bull. transp. 1983, p.407 (convention des parties ?).
La doctrine n'a que peu envisagé cette tendance. Cf. quand même : L. PEYREFITTE, «Le contrat de déménagement», JCP éd. E 1986, II, n°14655, p.105 ; Lamy Transport 1992, T.1, n°6 et n°661.
Rappr. : - Grenoble 4 mars 1981, Bull. transp. 1981, p.336 (qualification non discutée et indifférente, mais les termes utilisés évoquent le transport).
- pour la construction d'une usine, la fameuse affaire TUNZINI : Civ. 3e 16 mars 1977, JCP 1978, II, 18913, note T. HASSLER ; RTD com. 1977, p.426.
- Le problème se pose aussi pour les transports exceptionnels de marchandises très volumineuses : Paris 4 janvier 1977, Bull. transp. 1977, p.50 (pour le déchargement et la mise en place d'une marchandise de dimension exceptionnelle (entreprise)). Contra : Paris 21 novembre 1986, Bull. transp. 1987, p. 44 (transport). V. dans le même sens (transport), le contrat type «objets indivisibles» (décret du 1 mars 1990, Bull. transp. 1990, p.247 et s.).

(1) Bull. transp. 1984, p.349 ; RTD com. 1984, p.343 ; cet attendu est très proche de celui de l'arrêt du 19 février 1970 de la même Cour (Bull. transp. 1970, p.91).

du déménageur ne suffit pas à qualifier systématiquement le contrat de louage d'ouvrage. Les tribunaux relèvent souvent le caractère «complexe» du contrat dans un sens fort contestable. La conséquence logique de cette complexité devrait être une qualification mixte transport-entreprise. Or, telle n'est pas jamais la solution retenue : les magistrats font prévaloir une obligation sur l'autre, en l'occurrence la manutention. Celle-ci est considérée comme l'obligation principale, le déplacement devenant une prestation accessoire. Cette solution est inexacte : si une obligation doit l'emporter, c'est le transport. Le déménageur s'engage à effectuer diverses prestations. Pour déterminer l'obligation principale, il est nécessaire de rechercher ce que désirait avant tout le client du voiturier. C'est lui dont le choix est ici déterminant et doit primer les critères de coût ou de risque exclusivement orientés vers la recherche de l'intérêt du déménageur. Or, dans tous les cas, ou presque, le client conclut le contrat pour le déplacement. Peu importe le jeu sur les mots : un «transfert» d'usine est un transport d'usine. L'unité de production avant l'exécution de la convention se trouve à un endroit donné, différent de celui qu'elle occupera à l'issue du contrat et c'est ce résultat qui était le but recherché.

Une contre épreuve de cette analyse consiste à déterminer la cause des prestations autres que le déplacement. La réponse à cette interrogation ne souffre pas d'ambiguïté. Si le déménageur démonte, emballe et charge, fournit des caisses et des engins de levage, c'est parce qu'il s'est engagé à déplacer la marchandise. L'inverse n'est pas vrai : le voiturier ne déplace pas pour emballer ou décharger. D'autre part, s'il remet tout en place, c'est pour parachever le déplacement, dont le lieu de livraison est repoussé contractuellement, ce qui est toujours possible, à l'emplacement définitif où la marchandise déménagée remplira son rôle productif.

817.– La structure des obligations du déménageur n'est donc pas complexe. Les multiples obligations du voiturier relevant du louage d'ouvrage ne sont ici que l'accessoire du déplacement. Elle y sont affectées pour faciliter sa réalisation. Mais sur le plan de la qualification, seul le transport apparaît[1]. Certaines décisions[2] laissent percer l'idée d'une qualification mixte en distinguant les opérations de main d'œuvre dépendantes du transport (chargement-déchargement) de celles qui s'en détachent, en particulier le conditionnement. L'idée est séduisante mais semble inapplicable en l'espèce : l'emballage n'est pas du tout indépendant du déplacement. Au contraire, si la marchandise est protégée, c'est parce qu'elle doit être véhiculée.

---

(1)Toute référence au louage d'ouvrage n'est pas pour autant écartée, cf. infra seconde partie, titre 1.
(2)Paris 20 octobre 1977, Bull. transp. 1977, p.518 ; 13 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.423.

L'analyse de la convention en contrat clefs en main aboutit au même résultat. Il est possible de soutenir que dans un déplacement industriel (voire même un simple déménagement), le client se désintéresse de la multiplicité de prestations enchevêtrées et qu'il demande au professionnel de s'engager sur un résultat, sur une prestation globale, unique. Or en l'espèce, cette obligation globale, c'est... un transport ! Le déménageur promet de déplacer un centre de production d'un point à un autre. Quelle que soit l'analyse, la qualification reste la même : contrat de transport(1).

818.- Il est nécessaire d'ajouter que cette qualification est de surcroît opportune. L'examen des décisions précitées révèle que dans tous les cas, sauf un qui n'est guère probant(2), l'enjeu du débat portait sur la forclusion de l'article 105 ou la prescription abrégée de l'article 108. Or, le déménagement d'usine oppose deux commerçants. Le client du déménageur n'est pas du tout un contractant occasionnel peu au fait des choses, mais un professionnel qui a souvent affaire à un transporteur pour le déplacement de sa production ou pour son approvisionnement. Son ignorance des règles de mise en œuvre de la responsabilité d'un voiturier est inadmissible. Sauver un industriel de la prescription d'un an au détriment du transporteur est inéquitable(3).

819.- Faire systématiquement du déménagement d'usine un contrat d'entreprise paraît donc critiquable. Si ce type d'objet de la prestation augmente l'importance matérielle et le nombre des obligations autres que le déplacement, il n'en modifie pas l'importance juridique au plan de la qualification de la convention dont l'objet principal reste le déplacement.

Un seule décision pourrait relever d'une analyse différente, mais les circonstances de fait étaient particulières[4]. La convention obligeait le transporteur à déplacer une

---

(1)Cette qualification est d'ailleurs celle retenue sans équivoque par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et garde-meubles, qui a établi un modèle de contrat destiné à régir les déménagements administratifs et industriels (cf. Bull. transp. 1987, p.133).

(2)Paris 13 mars 1986, Bull. transp. 1986, p.423. La qualification y était sans intérêt, sauf peut être pour l'application d'une assurance. Il semblerait assez paradoxale de qualifier une convention en fonction du régime... d'un autre contrat !

(3)Le chemin parcouru par la jurisprudence, à propos de la qualification de déménagement est assez considérable : la qualification de louage retenue à l'origine pour protéger les particuliers, sert désormais à aider des professionnel négligents, alors que les règles rigoureuses du transport pèsent désormais sur les non-professionnels ! La position de L. PEYREFITTE (chr. précitée) paraît à ce sujet surprenante et somme toute contradictoire. Reconnaissant que le particulier est en position de faiblesse, cet auteur estime qu'il faut le protéger, mais admet cependant que c'est la qualification de transport qui s'impose avec son régime rigoureux. Alors qu'entre professionnels, c'est le louage d'ouvrage qui s'applique. Il est vrai qu'à la fin de son article, l'auteur appelle de ses vœux une unification qui paraît théoriquement indispensable. Quant à la protection du client occasionnel, seule une intervention législative abrogeant en particulier la règle tant décriée de l'article 105, pourrait changer la situation actuelle.

(4)Com. 25 février 1963, Bull. transp. 1963, p.143.

sécherie par «démontage de la machine scellée au sol, chargement sur camion et mise en place sur wagon avec calage billage et bâchage». Il apparaît dans ces conditions que le voiturier n'était pas obligé d'effectuer tout le déplacement et qu'au contraire, son intervention visait à préparer un transfert ferroviaire. Si le transporteur déplaçait la chose, c'était pour la charger. L'analyse de la convention en louage d'ouvrage pouvait donc être envisagée mais il faut noter que la Cour de cassation s'est soigneusement retranchée derrière le pouvoir souverain des juges du fond, ce qui limite la portée de cette décision.

II - LA DIMINUTION DE L'IMPORTANCE OU DU NOMBRE DES OBLIGATIONS

820.- De la même manière qu'il peut augmenter l'importance ou le nombre des obligations d'une convention, l'objet de la prestation peut au contraire diminuer le rôle d'une prestation ou même la faire disparaître. L'affaiblissement du poids concret d'une obligation n'appelle guère de commentaires. Alors que certaines marchandises transportées, nécessitent des soins attentifs dans leur conditionnement, leur chargement et leur déplacement, d'autres au contraire comme le charbon s'avèrent d'une parfaite insensibilité aux chocs et aux conditions météorologiques. Le nombre d'obligations à la charge du voiturier ne diminue pas, mais l'exécution de son obligation de conservation en est grandement facilitée. L'avarie n'est pas à redouter et le transporteur n'a plus qu'à se garder du risque de manquants. L'influence de l'objet de la prestation est perceptible. Elle n'atteint pas cependant la qualification.

Deux conflits de qualification extrêmement célèbres mettent au contraire en exergue la disparition d'une obligation sous l'influence de l'objet de la prestation. Il s'agit de l'entreprise avec fourniture de matière et de la concession de l'usage d'une mine ou d'une carrière. Le droit positif, d'origine jurisprudentielle, est dans les deux cas solidement établi. Toute la difficulté réside dans la justification des deux solutions prétoriennes. Si la qualification de l'extraction de matériaux en contrat de vente ne choque pas (II), l'utilisation de la théorie de l'accession en cas de construction d'un immeuble par un entrepreneur sur le terrain du maître de l'ouvrage appelle de sérieuses réserves (I). L'objet de la prestation joue en toute hypothèse un rôle central. L'étude de son influence en deux étapes (sur l'obligation puis sur le contrat) permet de préciser ses effets sur la qualification et leurs limites.

A) La construction d'un immeuble sur un terrain appartenant au maître de l'ouvrage

821.- La qualification de l'entreprise avec fourniture de matière engendre une hésitation entre la vente et le louage d'ouvrage (et même parfois avec une qualification mixte). Cette difficulté est l'objet d'un débat aux origines déjà anciennes mais qui n'est toujours pas clos[1]. Au sein de la construction jurisprudentielle élaborée sur cette question, un point est sûr : il faut distinguer selon la nature mobilière ou immobilière de l'ouvrage promis pour déterminer la qualification de la convention[2]. En matière mobilière, le contrat est une vente ou un louage d'ouvrage selon le caractère de son obligation principale. C'est l'application de la théorie de l'accessoire. En matière immobilière au contraire, et ce depuis fort longtemps, la convention est toujours qualifiée de louage d'ouvrage[3]. La solution n'est plus guère discutée, ayant le mérite de la certitude. L'objet de la prestation joue déjà un rôle minimal puisque sa nature influe sur les critères de qualification employés. Dans un cas une option s'ouvre, dans l'autre pas. Il convient cependant de justifier davantage cet automatisme dans la qualification de louage d'ouvrage.

Dans une première explication, le travail nécessité par la construction d'un ouvrage immobilier est toujours l'obligation principale et la fourniture des matériaux n'occupe qu'un rang secondaire. Le critère reste le même : la théorie de l'accessoire. Mais l'objet de la prestation majore systématiquement l'importance de l'obligation de construire en allongeant la durée de son exécution, en augmentant son coût, etc. Cette solution est envisageable et a déjà été examinée[4]. La discussion de son bien-fondé est ici sans objet. Une seconde explication a été proposée et c'est elle dont il faut faire justice. Si l'entreprise immobilière avec fourniture de matière est toujours qualifiée de louage d'ouvrage, c'est parce que la convention «n'a pas pour objet le transfert de propriété qu'implique la notion de vente»[5]. La propriété des matériaux nécessaires à la construction n'est pas transmise contractuellement, mais par voie d'accession. La nature immobilière de l'objet de la prestation fait donc disparaître l'obligation de

---

(1)Cf. supra n°452 et s.

(2)Civ. 1e 10 juin 1963, Bull. civ., I, n°302, p.257.

(3)Civ. 20 février 1883, DP 1884-1-p.32 ; Civ. 18 octobre 1911, DP 1912-1-p.113, note PLANIOL ; S. 1912-1-p.449, note GAUDEMET (arrêt de principe sans aucune justification, hormis le visa de l'article 1787) ; Civ. 1e 10 juin 1963, Bull. civ., I, n°302 ; Civ. 3e 17 octobre 1973, Bull. civ., III, n°533.

(4)Cf. supra n°486 et s.

(5)Note R. SAINT-ALARY, D. 1968, p.258, 2e colonne en haut.

donner du contrat. Ce dernier ne comporte plus qu'une prestation de travail et la qualification de contrat d'entreprise s'impose.

Cette analyse soulève de nombreuses objections. En premier lieu, son origine récente est assez surprenante. Les auteurs anciens évoquent plutôt l'adage «superficies solo cedit» pour estimer que les matériaux constituent l'accessoire du sol[1]. L'erreur est évidente et a été dénoncée : le sol n'est pas objet de la prestation. Il est donc inexact de prétendre que c'est le maître de l'ouvrage qui fournit principalement la matière en apportant le terrain. Ensuite la référence à l'accession, lorsqu'elle existe, concerne l'application du seul article 1788 et non la qualification[2].

Depuis l'abandon de cette justification, la doctrine se contente d'affirmer que le travail nécessité par la construction dépasse toujours la fourniture des matériaux par la complexité et les risques qu'il engendre. Ce sont les auteurs contemporains qui utilisent la théorie de l'accession : le contrat est toujours un contrat d'entreprise parce que «les matériaux deviennent la propriété du maître par voie d'accession au fur et à mesure de leur incorporation au sol et non par l'effet d'une vente»[3]. Ils invoquent à l'appui de leur thèse des décisions anciennes, dont aucune en réalité ne fait référence à

---

(1)POTHIER, «Traité du louage», édit. Bugnet, T.IV, n°394 ; Rép. civ. Dalloz, édit. 1915, v° Louage d'ouvrage et d'industrie, n°556 ; BAUDRY-LACANTINERIE, «Traité du louage», T.2., n°3911 ; adde J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.91 ; Th. HASSLER, Thèse précitée, p.274 et note 1, p.277.

(2)COLIN et CAPITANT, T.2., n°1091, p.723 ; adde : BEUDANT, T.12, n°180, p.195, édit. 1947 par RODIERE, qui visent l'accession comme critère de qualification, mais la citation (Req. 13 août 1860, DP 1861-1-p.105) sème le doute, car la décision concerne l'article 1788 et la solution posée par l'arrêt a été abandonnée en 1888 par la Cour de cassation ; F. TERRE, Thèse précitée, n°416 et s., p. 342 et s., qui ne semble pas en faire une explication technique ; G. GOUBEAUX, Thèse précitée n°150, p.222 qui n'y fait pas référence. Sur l'article 1788, cf. infra n°826.

(3)B. BOUBLI, Rép. civ., v° Contrat d'entreprise n°16.
Adde dans le même sens : MAZEAUD et CHABAS, T.3 Vol. 2, n°1336 ; G. LIET-VEAUX, J.-Cl. Construction, Fasc. 201-1, n°192 ; DE PAGE, T.IV, n°21, p.44 ; R. SAINT-ALARY, note D. 1968, p.258, 2e colonne ; R. MALINVAUD et B. BOUBLI, Rev. dr. imm. 1980, p.171 ; Ph. MALINVAUD, note JCP 1985, II, 20387 ; H. SOULEAU, Gaz. Pal. 1985-2-p.437-438 ; J. TARTANSON, «La vente d'immeuble à construire avant la délivrance», Thèse Aix 1971, p.106 ; P. LE LOUP, «De certaines formes modernes d'accès à la propriété», Thèse Lyon 1977, p.89 (implicitement) ; Ch. BRUNEAU, «La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature», Thèse Paris II 1984, n°110, p.260 ; M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, p.158 ; P. LANCEREAU et F. SCHAUFELBERGER, «Commentaire de la loi 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière», ALD 1984, p.109, 3, A,1 ; Ph. JESTAZ, «L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945», Journées R. SAVATIER, p.123 ; G. LIET-VEAUX et A. THUILLIER, «Le droit de la construction», 10e édit., p.328 ; J.-B. AUBY et H. PERINET-MARQUET, «Droit de l'urbanisme et de la construction», 3e édit., n°1486.
Comp. B. STEMMER à propos des cessions de terrains contre remise de locaux à construire, JCP 1985, I, 2677, n°5. La situation est différente. Une personne vend une part indivise d'un terrain contre paiement par remise d'immeuble à construire correspondant à la fraction indivise conservée par lui. La Cour de cassation estime qu'il devient propriétaire par accession mais l'acheteur qui construit n'a jamais été propriétaire de l'immeuble : il n'y a pas de transfert de propriété.

l'accession[1], tout en omettant d'autres arrêts qui invoquent l'incorporation ou l'excluent, sans en tirer de conséquences décisives sur la qualification[2]. Leur augmentation repose surtout sur deux arrêts récents de la Cour de cassation, qui semblent constituer le point de départ de toute cette évolution[3].

822.– Dans l'arrêt du 23 avril 1974, l'entrepreneur commence les travaux de construction sur le terrain du maître de l'ouvrage mais, ce dernier ne versant pas les acomptes convenus, il arrête rapidement son activité. Entre temps, la société qui a passé commande fait l'objet d'une procédure de liquidation des biens. Ne se faisant guère d'illusions sur les chances de recouvrement de sa créance, l'entrepreneur invoque l'article 1788 du Code civil. Selon ce texte, «si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose». Son argumentation est la suivante : l'article 1788 est une application de la règle «res perit domino». Si le Code attribue les risques à l'entrepreneur, c'est parce que celui-ci a conservé la propriété des matériaux qu'il a fournis. L'entrepreneur réclame donc la propriété de l'ouvrage construit. Rejetant le pourvoi formé contre la Cour d'Appel de Lyon, la troisième Chambre civile déboute l'entrepreneur au motif que «l'article 1788 n'[a] pour objet que de déterminer celui à qui [incombent] les risques au cas de perte de la chose, que l'immeuble en construction sur le terrain d'autrui auquel il s'incorpore et qui est édifié en exécution d'un contrat de louage d'ouvrage, n'[est] pas la propriété de l'entrepreneur même avant la réception des travaux par le maître de l'ouvrage». Il faut noter que la Cour de cassation ne parle à aucun moment d'accession. Certes, l'immeuble s'incorpore au terrain. Mais il s'agit d'une constatation de bon sens dont il est possible de tirer des conséquences juridiques diverses[4]. La Cour indique clairement que les matériaux ne sont plus la propriété de l'entrepreneur mais n'explique pas comment ils sont devenus celle du maître. La référence à l'accession figure dans le commentaire de l'illustre annotateur de la décision mais pas dans les motifs de l'arrêt. La décision du 9 mars 1977 est un peu plus nette. Devant un contrat obligeant un entrepreneur à construire

---

(1) Civ. 18 octobre 1911 (MAZEAUD et R. SAINT-ALARY). L'arrêt impose le louage sans justification ; Civ. 20 février 1883 (R. SAINT-ALARY et B. BOUBLI). Adde B. BOUBLI, Rép. civ., v° Contrat d'entreprise n°16 et les autres références citées.

(2) Cf. infra n°826.

(3) Civ. 3e 23 avril 1974, D. 1975, p.287 note J. MAZEAUD, rejetant le pourvoi formé contre Lyon 21 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973-1-p.337 ; Civ. 3e 9 mars 1977, JCP éd. N, 1978, II, p.229 note F. STEINMETZ. Adde Com. 24 octobre 1960, Bull. civ., III, n°332, p.302 ; Civ. 3e 19 février 1974, JCP éd. N 1975, II, 17901 bis (cession de terrains contre locaux à construire).

(4) Cf. infra n°825 et s.

une villa sur un terrain appartenant au maître, la Cour d'Appel d'Amiens refuse la qualification de vente d'immeuble à construire et lui préfère celle de contrat d'entreprise. La troisième Chambre civile approuve cette analyse au motif que «la convention litigieuse, intitulée «marché», [contient] l'engagement par Sotecmo de construire suivant devis, pour le compte de Techer, sur un terrain appartenant à celui-ci, lequel [a] signé en qualité de maître de l'ouvrage et non d'acquéreur et qu'elle ne [comporte] aucun transfert de propriété». La mention de l'accession fait toujours défaut, mais la combinaison des deux arrêts semble permettre de pallier cette carence. La propriété des matériaux est transmise au maître de l'ouvrage (premier arrêt) mais pas en vertu du contrat, puisque celui-ci ne contient pas de transfert de propriété (deuxième arrêt). Cette transmission ne peut donc s'effectuer que par la voie légale de l'accession (article 551 et s. du Code civil). L'argumentation paraît séduisante. Elle appelle pourtant les plus vives réserves. D'une part, l'accession n'est pas applicable au contrat de construction d'un immeuble. D'autre part, le recours à cette théorie est inutile, car il n'explique rien.

1) L'accession, une explication déplacée

823.– L'utilisation de la théorie de l'accession en matière contractuelle est d'une manière générale contestable. L'article 555 du Code civil visait, dans l'esprit de ses rédacteurs, les constructions effectuées par un tiers n'étant pas lié au propriétaire du terrain par une convention quelconque[1]. Force est de constater que la jurisprudence n'a pas respecté cette idée. Elle a au contraire considérablement étendu le domaine d'application de l'accession en l'ouvrant à certaines situations contractuelles[2]. L'hypothèse la plus flagrante en est le contrat de bail[3]. Quelle que soit la nature rurale, commerciale, ou à usage d'habitation du bien loué, les tribunaux utilisent l'article 555 pour régler le sort des constructions réalisées par le preneur au cours du bail sur l'immeuble du bailleur. Le régime du Code est pourtant malmené. L'option entre constructeur de bonne foi et constructeur de mauvaise foi perd tout son sens. Le locataire ne sera jamais de bonne foi au sens du droit des biens : il faudrait pour cela qu'il ait cru être propriétaire du bien. Cette prétention est bien entendu insoutenable, au vu de la nature de son titre. Il garde d'ailleurs cette qualité de constructeur de

---

(1)Cf. J. MAZEAUD, note D. 1975, p.287. AUBRY et RAU, T.2, 5e édit. § 204, p.396 et s.

(2)AUBRY et RAU, T.2, § 204, 6e édit. et 7e édit. p.359 et s. ; CARBONNIER, T.3, 1991, § 214 et s., p.320 ; WEIL, TERRE et SIMLER, «Les biens» 1985, n°250 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, 7e édit. 1989, n°1599 et s., p.308 et s. ; MARTY et RAYNAUD, «Les biens», 1980, n°127 et s., p.171 et s. ; L. ROZES, J.-Cl. civ. , art. 553-555, n°69 et s. ; R. SAINT-ALARY, Rép. civ., n°174 et s.

(3)V. par ex : P. LE LOUP, Thèse précitée, p.45 et s.

mauvaise foi même si la construction a été autorisée par le bailleur : cette permission n'équivaut pas en règle générale à une renonciation au droit d'exiger la remise en état. La solution est logique, mais sévère. La Cour de cassation vient cependant de décider que le locataire est de bonne foi lorsque le bailleur a autorisé les constructions[1]. La notion classique de bonne foi au sens de l'article 555 est donc altérée. De même, après bien des hésitations, la jurisprudence a fini par faire reculer la date de l'accession jusqu'à la fin du bail[2]. Malgré ces aménagements, il est désormais indéniable que la théorie de l'accession s'applique à des personnes placées contractuellement en position d'effectuer des construction non autorisées.

824.- La critique doit donc être précisée. L'extension de l'accession au domaine contractuel n'est pas sans limites. Le contrat d'entreprise est l'exemple type de convention où l'application de l'article 555 est exclue. Ce texte, qui n'est pas d'ordre public, doit alors être considéré comme systématiquement écarté par les parties[3]. Il ne s'agit d'ailleurs que de respecter une frontière tracée par la Cour de cassation elle-même. Les hauts-magistrats ont en effet défini le tiers comme «la personne qui n'est pas avec le propriétaire dudit terrain dans les liens d'un contrat se référant spécialement aux constructions, «plantations ou travaux»[4]. C'est peu dire que le louage d'ouvrage «se réfère spécialement» aux constructions ! Il fait bien davantage puisqu'il va jusqu'à obliger une personne à effectuer l'ouvrage. Les constructions ne sont pas une «référence» de la convention, mais l'objet même du contrat[5]. L'hypothèse est tellement invraisemblable, que les auteurs qui examinent l'application

---

(1) Civ. 3e 3 octobre 1990, D. 1990, IR, p.235 ; Gaz. Pal. 1991-1-pan p.19.

(2) Civ. 1e 1er décembre 1964, JCP 1965, II, 14213, ESMEIN ; D. 1965, p.473 ; Gaz. Pal. 1965-1-p.79 ; RTD civ. 1965, p.373 obs. J.-D. BREDIN ; Civ. 1e 23 octobre 1990, Gaz. Pal. 1991-1-pan. p.37.

(3) Cf. Req. 27 juin 1893, S. 1894-1-p.43.

(4) Civ. 1e 15 juin 1953, D. 1953, p.613 ; J. CARBONNIER, op. cit., § 218 ; WEILL et TERRE, op. cit. n°251 a).
Adde : Civ. 1e 11 janvier 1965, D. 1965, somm. p.73 ; Civ. 3e 19 février 1975, D. 1975, IR, p.118 ; Bull. civ., III, n°71, p.54 ; Civ. 3e 24 juin 1975, Bull. civ., III, n°215, p.164 ; Versailles 5 février 1985, Gaz. Pal. 1987-1-somm. p.129 ; Defrénois. 1986, p.393, note H. SOULEAU ; JCP éd. N 1988, Prat. p.18 («si l'article 555 du Code civil, ne règle le sort des constructions, plantations et ouvrages faits sur le terrain d'autrui qu'à défaut de convention réglant le sort des ouvrages litigieux...») ; Civ. 3e 10 avril 1986, JCP 1986, IV, p.163 ; J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, «De l'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation», RTD civ. 1959, p.411.

(5) V. en ce sens : B. AUDIT, obs. D. 1982, IR, p.534 ; adde Civ. 3e 13 novembre 1969, Bull. civ., III, n°727, p.550, à propos d'un contrat de bail qui obligeait le locataire à réaliser certaines constructions : l'article 555 «est inapplicable lorsque des travaux ont été effectués en exécution d'une convention qui fait alors la loi des parties».
Contra : E. GUILLET, «Les modes volontaires de cession temporaire d'usage des sols selon le droit privé», Thèse Paris 2 1978, reprod. Grenoble, p.82.

de la théorie de l'accession en matière contractuelle ne l'évoquent même pas. De plus, le régime de l'accession devient ici totalement inadapté[1]. Il est impossible d'admettre que l'entrepreneur est de mauvaise foi, notion qui n'a d'ailleurs en l'occurrence aucun sens, et que le maître de l'ouvrage dispose par conséquent d'une option entre la conservation de l'ouvrage ou la remise en état des lieux. Les règles d'indemnisation du constructeur prévues par l'article 555 n'ont absolument aucun rapport avec la détermination du prix qui doit être effectuée librement par les parties. Pour toutes ces raisons, il est donc préférable d'abandonner toute référence à l'accession dans le cadre du contrat d'entreprise immobilière avec fourniture de matière[2]. Cette solution est d'autant plus souhaitable que le recours à l'accession est en réalité parfaitement inutile.

2) L'accession, une explication inutile

825.– Déduire de l'application de l'accession à un ouvrage érigé en exécution d'un contrat d'entreprise, la disparition de tout transfert de propriété de cette convention est en réalité inexact. Par l'accession, le propriétaire du terrain devient aussi celui des constructions qui y sont édifiées, ceci dès leur incorporation. Pour l'application de cette règle «peu importe que les travaux aient été faits avec des matériaux appartenant au propriétaire, au constructeur ou à un tiers ; dans tous les cas, ils appartiennent au propriétaire»[3]. La théorie de l'accession est par conséquent neutre à cet égard. Elle joue, a fortiori si le propriétaire du terrain et celui des matériaux sont une seule et même personne. L'accession reste donc sans influence sur le contenu du contrat d'entreprise : celui-ci pourrait très bien contenir un transfert de propriété de nature contractuelle qui se produirait, en l'absence de stipulations contraires, lors de l'incorporation. L'accession n'a qu'un intérêt résiduel, mais incontestable lorsque l'entrepreneur a utilisé des matériaux qui ne sont pas sa propriété. L'article 555 joue alors pleinement et empêche le propriétaire des matériaux d'exercer toute revendication vis-à-vis des produits incorporés.

---

(1)V. en ce sens : B. AUDIT, obs. D. 1982, IR, p.534.

(2)MAZEAUD et CHABAS, T.2, Vol. 2 n°1592.

(3)Il n'est pas possible d'invoquer à l'appui de cette opinion, l'arrêt de la troisième Chambre civile du 28 mai 1986 (Bull. civ., III, n°83, p.64 ; Gaz. Pal. 1987-1- pan annoté p.16, obs. A. PIEDELIEVRE ; AJPI 1986, p.766, obs. D. TALON). Certes, l'attendu principal de cette décision énonce que «les dispositions de l'article 555 du Code civil ne sont pas applicables à l'entrepreneur qui a exécuté des travaux pour le compte d'autrui», mais cette affirmation concerne un tout autre problème. En l'espèce, le locataire d'un terrain avait fait construire une piscine par un entrepreneur. Le locataire insolvable n'avait réglé, ni l'entrepreneur, ni son bailleur. Le bail ayant été résilié, le bailleur était devenu propriétaire de la piscine, conformément aux stipulations du contrat. Se prétendant tiers au sens de l'article 555, l'entrepreneur impayé demandait au bailleur de l'indemniser, puisque ce dernier avait décidé de conserver la piscine et non de la détruire. L'exclusion évoquée de l'article 555 concerne donc les relations de l'entrepreneur avec le bailleur et non celles de l'entrepreneur avec le locataire-maître de l'ouvrage.

La prétendue disparition du transfert de propriété est d'autre part un leurre qui ne donne aucune solution définitive à la qualification de la convention. Il est en effet indispensable d'expliquer pourquoi l'entrepreneur doit incorporer ces matériaux au terrain. Si le locateur n'est tenu que d'un travail et que par ailleurs le maître ne fournit pas les matériaux, la situation est bloquée. Accession ou pas, transfert de propriété ou pas, il est indispensable d'admettre que l'entrepreneur a souscrit deux obligations et non une seule : effectuer un travail (construire) et fournir les matériaux. Il est dès lors possible d'envisager une interprétation radicalement différente de l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle la convention ne comporte «aucun transfert de propriété». Cette phrase vise peut-être davantage la nature de l'obligation, que son existence même. Il n'est pas nécessaire d'obliger le constructeur à transférer la propriété des matériaux puisque ce transfert se réalisera en toute hypothèse par voie d'accession. L'entrepreneur est seulement tenu d'une obligation d'incorporation qui est une obligation de faire et non une obligation de donner.

Cette analyse est artificielle. Le but recherché par les parties est bien le transfert de propriété des matériaux. La disqualification de cette prestation en obligation de faire n'est pas conforme à la volonté des contractants dont l'accord est en définitive recomposé autour de la théorie de l'accession. L'autonomie de la volonté est-elle tombée si bas qu'elle doive subir l'influence de textes qui ne sont pas d'ordre public ? Cette disqualification est ensuite inutile : l'entrepreneur est toujours tenu de deux obligations et la question de savoir quelle est l'obligation principale (le travail ou l'obligation «d'incorporer») reste entière. En toute hypothèse, le systématisme dans l'adoption de la qualification de louage d'ouvrage perd son fondement. Cette solution enfin, n'est plus compatible avec la jurisprudence récente qui autorise le maître de l'ouvrage à agir directement par une action contractuelle contre le fournisseur des matériaux[1]. Le fondement profond de cette transmission de l'action dont dispose l'entrepreneur paraît en effet résider dans l'existence d'une obligation accessoire de donner au sein même du contrat d'entreprise[2].

826.- Un retour à plus de simplicité paraît souhaitable. Dans un contrat d'entreprise immobilière avec fourniture de matière, l'entrepreneur s'engage à une double prestation : construire (obligation de faire) et transférer la propriété des matériaux (obligation de donner). La première est, selon la jurisprudence, toujours l'obligation principale : elle emporte donc la qualification de louage d'ouvrage. Le

---

(1) Ass. Plén. 7 février 1986, D. 1986, p.293, note A. BENABENT ; JCP 1986, II, 20616, note Ph. MALINVAUD.

(2) Cf. infra n°1181 et s.

transfert de propriété s'effectue lors de l'incorporation mais pas à cause de l'incorporation (sauf l'hypothèse évoquée plus haut des matériaux n'appartenant pas à l'entrepreneur)[1]. L'interprétation des deux décisions précitées de la Cour de cassation doit être revue. Initialement la Cour a lié l'application de l'article 1788 à la date du transfert de propriété des matériaux, estimant alors que ce texte est une application de l'adage «res perit domino». Il en est résulté une jurisprudence assez mouvementée[2] : après avoir admis, que l'entrepreneur qui construit sur le terrain d'autrui, reste propriétaire des matériaux jusqu'à la livraison et subit donc la règle prévue par l'article 1788[3], la Cour est revenue sur cette position[4], en faisant référence à l'incorporation des matériaux dans le sol du propriétaire. Le revirement a été cependant de courte durée, et les hauts-magistrats ont de nouveau admis le jeu de l'article 1788 dans cette hypothèse, en justifiant cette solution par la conservation de la propriété de l'édifice par l'entrepreneur[5]. C'est ce lien entre les risques et la propriété qu'a brisé la Cour de cassation en 1974, confirmant en cela quelques décisions plus anciennes qui tranchaient la difficulté relative à l'article 1788, sans faire référence à ce problème[6]. Le fondement de cette disposition est désormais celui de la garde du chantier[7] et en matière immobilière, la réception n'opère plus transfert de propriété : elle concerne seulement la conformité de l'ouvrage et le point de départ des garanties légales. La formule de l'arrêt de 1977, quant à elle, a peut être été surestimée dans sa portée. Elle se justifie sans doute par la nature de la qualification écartée : vente d'immeuble à construire. Dans cette convention, c'est bien le transfert de propriété qui est principalement recherché. Ceci expliquerait la formule excessive employée par la Cour d'Appel et reprise par la troisième Chambre civile.

Ce premier exemple de disparition d'une obligation sous l'effet de l'objet de la prestation n'est pas probant. La convention conférant l'utilisation d'une carrière est à cet égard plus satisfaisante.

---

(1)La solution a un intérêt pénal : l'entrepreneur qui emporte un élément déjà incorporé commet un vol : Crim. 12 octobre 1976, Bull. crim., n°289. Contra : Crim. 18 février 1934, DH 1934, p.183 (la solution est justifiée par l'absence de réception, autorisant l'entrepreneur à croire qu'il était toujours propriétaire de la chose incorporée et détruisant par conséquent l'intention frauduleuse).

(2)Cf. supra n°459.

(3)Req. 11 mars 1839, DP 1839-1-p. 105.

(4)Req. 13 août 1860, DP 1861-1-p.105.

(5)Req. 4 janvier 1888, S. 1891-1-p.290.

(6)Excluant l'article 1788 : Req. 19 juillet 1870, DP 1872-1-p.18 ; appliquant l'article 1788 : Req. 1 août 1929, S. 1930-1-p.175.

(7)Civ. 3e 15 juin 1988, Gaz. Pal. 1988-2-pan. p.184.
Adde : Civ. 3e 18 juin 1980, Gaz. Pal. 1980-2-somm. p.530 ; Civ. 1e 30 novembre 1982, JCP éd. N 1983, Prat., p.546.

B) La convention transférant l'usage d'une mine ou d'une carrière

827.– La détermination de la nature du contrat d'utilisation d'un gisement, souterrain ou non, est une question des plus classiques. Le propriétaire d'un terrain contenant une carrière ou une mine concède à un tiers le droit d'extraire les matériaux qui s'y trouvent. La convention, conclue pour une durée déterminée ou jusqu'à épuisement du gisement, oblige l'exploitant à verser une redevance périodique calculée forfaitairement ou en fonction du tonnage extrait. Deux qualifications sont envisageables. Le contrat peut être analysé comme un bail de la carrière. Le propriétaire accorde au preneur la jouissance de son terrain qui se manifeste par l'exploitation du gisement. Il est possible d'y voir au contraire une vente des matériaux à extraire, cette option ouvrant d'ailleurs une seconde discussion sur la nature immobilière (partie du fonds) ou mobilière (meubles par anticipation) de la cession. La controverse est tranchée depuis 1839 : le contrat est une vente et la Cour de cassation maintient la solution depuis cette date avec fermeté. Il en résulte une jurisprudence abondante, toujours dans le même sens[1] à quelques exceptions près[2],

---

(1) Req. 31 juillet 1839, S. 1839-1-p.675 ; Cass. 22 août 1842, S. 1842-1-p.790 ; 17 janvier 1844, S. 1844-1-p.174 ; 23 avril 1845, DP 1845-1-p.197 ; 26 janvier 1847, S. 1847-1-p.102 ; DP 1847-1-p.80 ; 5 mars 1855, S. 1855-1-p.299 ; DP 1855-1-p.123 ; 6 mars 1855, DP 1855-1-p.83 ; S. 1855-1-p.379 ; 28 janvier 1857, S. 1857-1-p.640 ; DP 1857-1-p.391 ; 4 août 1886, DP 1887-1-p.36 ; S. 1888-1-p.226 ; 24 mai 1909, S. 1911-1-p.9, note NAQUET ; DP 1910-1-p.489, note DE LOYNES ; Req. 13 juin 1925, Gaz. Pal. 1925-2-p.442 ; Tb. com. Marseille 24 mars 1926, Gaz. Pal. Tab. Quinq. 1925-1930, Vente en général, n°19 ; Lyon 8 mars 1928, DP 1929-2-p.91, note FREJAVILLE ; Civ. 26 juillet 1932, DH 1932, p.522 ; Req. 14 mars 1939, DH 1939, p.244 ; Gaz. Pal. 1939-1-p.884 ; affaire des carrières de l'Arboussas : Montpellier 5 juin 1944, DH 1945, p.136, note LALOU cassé par Civ. 27 janvier 1947, D. 1947, p.197 ; S. 1947-1-p.72 ; JCP 1947, II, 3627 note BECQUE et sur renvoi Toulouse 16 février 1948, D. 1948, p.162 confirmé par Civ. 22 juillet 1952, Bull. civ., I, n°235 ; Civ. 23 juin 1952, D. 1952, p.744 ; Civ. 17 avril 1953, D. 1953, p.387 ; Com. 16 novembre 1953, D. 1954, p.146 ; Civ. 12 janvier 1954, JCP 1954, II, 8026, note BECQUE ; RTD civ. 1956, p.555, obs. SOLUS ; Soc. 17 février 1955, D. 1955, p.469 ; Soc. 8 mars 1957, Bull. civ., IV, n°279, p.199 ; Com. 21 avril 1959, Bull. civ., III, n°179, p.163 ; Com.18 novembre 1959, Bull. civ., III, n°387, p.338 ; Soc. 24 octobre 1960, Bull. civ., IV, n°926, p.709 ; Com. 10 mai 1965, Bull. civ., III, n°300, p.273 ; Com. 15 mars 1967, Bull. civ., III, n°119 ; Civ. 30 mai 1969, D. 1969, p.561 ; JCP 1970, II, 16173, note HUBRECHT ; RTD civ. 1970, p.188, obs. G. CORNU ; Civ. 3 octobre 1969, D. 1970, p.49 ; Civ. 3e 25 octobre 1983, Bull. civ., III, n°197, p.151 ; Gaz. Pal. 1984-1-pan p 68, obs. A. PIEDELIEVRE ; JCP 1984, IV, p.3 ; Montpellier 1e ch. 9 mai 1985, Juris-Data n°821 pour un contrat de fortage, art. 107 Code minier.
Il faut ajouter à ces décisions d'autres affaires où la qualification de vente est adoptée sans être cependant discutée : Cass. 19 mars 1816, S. 1817-1-p.7 Tables S. 1791-1850, v° Enregistrement, n°928 ; 13 août 1833, S. 1833-1-p.784 ; Cass. 26 novembre 1845, S. 1846-1-p.240 ; DP 1846-1-p.20 ; 31 décembre 1856, DP 1857-1-p.281 ; S. 1857-1-p.641, note CABANTOUS ; 15 décembre 1857, S. 1860-1-p.536 ; Req. 29 janvier 1902, DP 1902-1-p.196 ; Civ. 28 novembre

dont la persistance ne laisse pas d'étonner. Malgré le caractère plus que centenaire de cette qualification, un contentieux résiduel persiste qu'il faut semble-t-il attribuer à l'acharnement des plaideurs car la proportion d'arrêts de cassation n'est pas significative et ne dénote aucune résistance particulière des juges du fond[1].

828.- La diversité des intérêts attachés à ce conflit de qualifications fournit néanmoins une explication partielle de cette situation. A l'origine[2], l'enjeu est essentiellement fiscal, le droit d'enregistrement de l'acte étant beaucoup plus élevé dans l'hypothèse d'une vente mobilière. La recherche de la qualification de louage de choses a donc suscité de nombreux procès qui ont permis à la jurisprudence de se fixer rapidement. La similitude des espèces limite cependant quelque peu la portée des arrêts de la Cour de cassation : certains auteurs ont estimé que les considérations fiscales sont seules à déterminer la nature de la convention, ce qui empêche toute généralisation de la solution(3). Dès le 31 décembre 1856, cette analyse n'a plus été permise. En préférant une résolution rétroactive du contrat à sa simple résiliation, la Cour a tiré de la qualification de vente des conséquences sur la plan des rapports civils entre les parties(4). La tendance s'est maintenue ensuite, mais depuis 1926[5], l'intérêt

---

1849, D. 1950, p.38 ; RTD civ. 1950, p.203 ; S. 1950-1-p.100 ; Soc. 13 janvier 1950, D. 1950, p.382 ; Civ. 1e 13 juillet 1982, Bull. civ., I, n°262, p.226.

(2)Req. 12 juillet 1892, S. 1894-1-p.333, peu clair ; Req. 10 mars 1914, DP 1916-1-p.112 ; Com. 12 novembre 1956, Bull. civ., III, n°243 ; AJPI 1957, p.39, Gaz. Tabl. 1956-60, v° Bail, n°2507 ; Com. 17 novembre 1987, JCP éd. N 1988, II, p.161, note H. T. (concession d'un droit exclusif d'extraction. La portée de l'arrêt doit être très sérieusement nuancée (cf. la note), puisque la Cour se retranche derrière l'analyse des juges du fond, en relevant que ceux-ci n'avaient pas retenu l'existence d'une «obligation de mettre à la disposition de la société M... des terrains contenant du sable et des graviers à extraire»).
Pour une qualification mixte : Req. 15 février 1893, S. 1894-1-p.149, DP 1893-1-p.292.
Certaines décisions admettent l'exactitude de la qualification de vente en général tout en retenant celle de bail au regard de textes spéciaux. Civ. 24 novembre 1931, DH 1932, p.35 ; Soc. 13 janvier 1950, D. 1950, p.382.

(1)Cf. J. JANOT, «Le droit des carrières alluvionnaires», Thèse Paris II, 1973, p.9. L'auteur indique que, s'agissant des carrières alluvionnaires, l'augmentation des besoins industriels et l'accroissement des progrès techniques, ont rendu possible, sinon courant, un épuisement rapide des gisements (quelques années). L'aspect jouissance du sol, qui pouvait être entretenu par la longueur de l'exploitation, a vécu.

(2)Sur l'évolution au 19e siècle, cf. note CABANTOUS, S. 1857-1-p.641.

(3)Le doute a été entretenu par un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1837 (S. 1838-1-p.91). Une loi du 21 avril 1810 soumettait à une autorisation du gouvernement la vente des mines sous peine de nullité. Cette décision n'a pas annulé un contrat d'extraction de matériaux non agréé, ce qui a pu laisser croire que la Cour optait pour la qualification de bail. Un arrêt du 26 novembre 1845 (S. 1846-1-p.240 ; DP 1846-1-p.20) a dissipé l'équivoque : «la cession du droit d'exploiter une mine concédée n'est autre chose qu'une vente partielle».

(4)Refus du vice de perpétuité, nature mobilière de la vente, conflit entre le créancier saisissant le fonds dans son entier et l'exploitant à propos des matériaux non extraits, moment de la délivrance (Civ. 1e 13 juillet 1982, Bull. civ., I, n°262, p.226), etc.

(5)La première décision à évoquer le problème est l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1932, DH 1932, p.522.

majeur de la discussion s'est déplacé. Il réside désormais dans l'application du statut protecteur des baux commerciaux. A l'expiration du terme de la convention d'exploitation du gisement, les carriers ont à nouveau soutenu la qualification de bail pour bénéficier d'un droit au renouvellement que la Cour de cassation leur a presque toujours refusé. Cette succession ininterrompue de problèmes juridiques dont la solution dépend de la nature du contrat permet de mieux comprendre la persistance du contentieux. Elle ne l'excuse pas cependant, car même pour la propriété commerciale, l'exclusion du bail est déjà ancienne et ne devrait plus souffrir de discussion.

829.– Le fondement théorique de la qualification de cette convention en contrat de vente réside dans la nature spécifique de l'objet de la prestation. L'extraction de produits d'une mine ou d'une carrière ne peut constituer un mode de jouissance de ces biens puisqu'il en altère la substance (1). Cette influence de l'objet de la prestation sur l'obligation détermine généralement la qualification du contrat du fait du rôle principal joué par cette prestation. Les stipulations des parties se limitent pourtant rarement à l'extraction des matériaux. Elles comportent une référence plus ou moins importante à l'utilisation du terrain ou même parfois de bâtiments qui s'y trouvent. Il s'avère alors indispensable de vérifier que ces obligations supplémentaires n'influent pas sur la nature de la convention (2).

830.– 1) L'extraction des matériaux d'une carrière ne peut être considérée comme un mode de jouissance de ce bien. C'est ce qu'affirme la Cour de cassation depuis le milieu du 19e siècle dans une formule élaborée au fil des arrêts et réutilisée, malgré quelques variantes, à de nombreuses reprises : «attendu que ces stipulations ne transféraient pas seulement la simple jouissance de la chose ainsi cédée à temps ; qu'elles transmettaient réellement, moyennant le prix convenu, la propriété des parties de minerai déjà séparées du sol de la mine, ou qui en seraient séparées à l'avenir pendant le temps énoncé dans le traité ; que ces parties, qui étaient l'objet direct et principal de la convention, et qui, une fois retirées du sol, ne pouvaient se reproduire, diminuaient la masse de la mine exploitée, et devaient même finir par l'épuiser entièrement au moyen de la durée de l'exploitation si elle se continuait pendant un temps suffisant pour produire cet effet.... ; attendu, dès lors, que la convention dont il s'agit, bien que les contractants lui aient donné le nom de bail, constituait réellement une vente ou cession de choses mobilières»[1]. Les décisions récentes utilisent une formule plus lapidaire et davantage centrée sur l'objet de la prestation : «attendu que malgré la généralité [de l'article 1713], il est des biens qui sont insusceptibles de faire

(1) Civ. 5 mars 1855, DP 1855-1-p.123 ; S. 1855-1-p.299.

l'objet d'un contrat de louage, notamment quand il est impossible de jouir de la chose louée sans en consommer la substance»[1].

831.– Cette seconde motivation participe d'un souci louable de généralisation mais s'avère en l'espèce moins rigoureuse que la première. Une mine ou une carrière peuvent être louées : une mine pour exploiter une champignonnière ou une carrière pour créer par exemple un circuit de motocross. L'impossibilité évoquée par la Cour de cassation est plus étroite. Elle découle certes de l'objet de la prestation mais aussi de l'usage qui en est fait. Pour être précis, c'est l'extraction des matériaux qui ne peut s'analyser en transfert de jouissance[2]. Ces matériaux tirés du gisement (pierre, sable, argile, beauxite, etc., la jurisprudence fourmille d'exemple variés) sont juridiquement des produits du sol. Ils proviennent de la chose sans périodicité et en épuisent la substance. Leur enlèvement progressif diminue le fonds(3). C'est cette altération du fonds qui rend l'extraction incompatible avec la simple jouissance du bien. Le transfert de jouissance d'une chose présuppose l'existence de deux obligations réciproques. Le bailleur s'oblige à laisser jouir le preneur de la chose et ce dernier s'engage à la restituer. Le corollaire de cette affirmation étant que la jouissance conférée est nécessairement temporaire. L'absence de perpétuité est de l'essence du bail. Si le soi-disant utilisateur du bien acquiert sur celui-ci un droit définitif, la prestation doit s'analyser en un véritable transfert de propriété[4]. La convention d'utilisation d'une carrière ne peut pour cette raison être un bail[5]. La comparaison avec les contrats

---

(1)Civ. 3e 30 mai 1969, D. 1969, p.561 ; Civ. 12 janvier 1954, JCP 1954, II, 8026, note BECQUE.

(2)Il s'agit encore une fois du lien particulier unissant un objet à une prestation, lien qui a déjà été rencontré à plusieurs reprises (conditions de validité du contrat, délimitation prêt de consommation et commodat, etc.).

(3)J. CARBONNIER, T.3., n°22 ; A. WEILL, «Les biens», n°32 ; MAZEAUD et CHABAS, T.2., Vol.2, 1989, n°1672-73. La Cour de cassation a du réfuter une objection des premiers auteurs selon lesquels les matériaux extraits étaient des fruits, ceci par analogie des articles 598 et 1403 anciens du Code civil. Selon le premier de ces textes, en particulier l'usufruitier, qui n'a droit normalement qu'aux fruits, peut jouir de l'exploitation des mines et carrières. La Cour a rapidement écarté l'argument (Cass. 22 août 1842, S. 1942-1-p.790). Ces deux dispositions sont des exceptions reposant sur «une circonstance accidentelle, la destination du père de famille et non sur la nature des choses». Le caractère exceptionnel ressort d'ailleurs nettement du fait que l'usufruitier ne peut que continuer une exploitation déjà commencée et non la débuter : «il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes» (art. 598 al.2). Le système de détermination de la redevance (au temps ou au tonnage) est secondaire.

(4)La solution adoptée par la Cour d'appel de Paris le 11 juin 1985 (pourvoi rejeté par Com. 17 novembre 1987, précité) d'une concession d'un droit d'extraire n'emporte pas la conviction. L'idée de concession évoque le transfert de jouissance à un tiers d'un droit du propriétaire. Or, l'équipement de la carrière aboutit à la disparition du droit ou à un amoindrissement qui excède une «usure» normale. Le droit ne sera pas restitué du tout ou restitué partiellement seulement, ce qui s'oppose à la qualification de bail.

(5)L'impossibilité de restituer empêche également les baux créateurs de droit réel (bail emphytéotique par exemple). Contra, pour la concession immobilière : M. GUERDOU, «La concession immobilière», Thèse Dijon 1972, n°79 et s.

autorisant la perception des fruits le confirme. Une personne confère à un tiers la jouissance de tout ou partie d'un terrain dont elle est propriétaire, les arbres d'un verger par exemple, afin qu'il puisse en récolter les fruits. Dès lors que le preneur jouit véritablement de la chose, en assurant en particulier son entretien et ne limite pas son intervention à la seule perception des fruits, la convention est considérée comme un louage de choses[1]. Le bailleur s'est principalement engagé à concéder la jouissance du bien et à abandonner accessoirement la propriété des fruits. Le preneur s'oblige en contrepartie à verser le prix et à restituer la chose au terme du contrat. Celle-ci sera, sauf incident dans le même état qu'au début de la location ; en particulier, elle aura conservé son aptitude à créer des fruits. Cette structure ne se retrouve pas dans l'extraction de matériaux. L'exploitant verse une redevance, mais la nature originale de l'objet de la prestation fait disparaître l'obligation de restitution. Les produits enlevés le sont définitivement. Ils diminuent la substance de la chose. Et il est essentiel de noter que les parties ne compensent jamais cette disparition par une obligation de restituer l'équivalent. Conférée à titre gratuit, l'utilisation d'une carrière ne pourrait être qualifiée de prêt de consommation[2], mais de donation. Cette suppression de la restitution entraîne la disparition de l'obligation de jouissance puisque les deux vont de paire. La structure de la convention se limite donc à un simple transfert de propriété à titre onéreux, caractéristique d'une vente.

832.– Une nuance supplémentaire paraît s'imposer, mais elle ne remet pas en cause la solution. Il est exact d'affirmer que l'obligation de conférer la jouissance disparaît du fait de l'absence d'obligation de restitution, si cette jouissance se rapporte à la carrière au sens strict, c'est-à-dire au gisement. Le gisement après exploitation n'existe plus. Mais le sol lui-même, considéré comme une partie de l'écorce terrestre est inépuisable et indestructible. Il sera donc toujours restituable. Il est certain par ailleurs que le terrain vidé de sa richesse ne représente plus qu'une coquille vide, dont la valeur a beaucoup diminué. La solution de la Cour de cassation sous-entend que l'accord des parties envisage principalement le sol sous l'angle des matériaux qu'il contient. Ceci signifie que le carrier est tenu de restituer le terrain «vide», qu'il a contribué à faire apparaître mais dont il a joui d'une certaine façon. Cet usage du

---

(1)V. dans le même sens, pour la concession d'une source : Montpellier 21 décembre 1883, DP 1886-1-p.198, alors que l'arrêt de la Cour de cassation (Req. 15 juin 1885) affirme prudemment la neutralité de la qualification pour la solution du problème posé. Les deux qualifications sont effectivement envisageables (comme pour les ventes d'herbes), mais le bail peut prévoir (comme l'espèce) un prix détaché des quantités fournies et surtout le toussément de la source n'engage pas la responsabilité du bailleur, alors qu'un vendeur pourrait promettre de livrer une quantité déterminée d'eau.

(2)Cf. infra n°837 et s.

«contenant» reste de toute manière un élément accessoire des prestations dont la principale demeure le transfert de propriété des matériaux. La solution est désormais bien établie tant en jurisprudence qu'en doctrine[1]. Pour les auteurs récents[2], la difficulté de qualification n'est plus là : l'influence de l'objet de la prestation sur l'obligation est communément admise. L'hésitation persiste parfois quand il s'agit de déterminer le sort de la convention toute entière.

833.– 2) En général, l'objet de la prestation disqualifie toute la convention en contrat de vente. Mais la persistance d'obligations de jouissance plus ou moins étendues vient perturber cette solution selon une gradation subtile.

834.– a) Dans l'hypothèse idéale où la convention se limite à l'utilisation de la mine ou de la carrière par extraction des matériaux qui s'y trouvent, le contrat s'analyse en vente mobilière des produits à enlever, puisque la prestation principale du propriétaire est de transférer la propriété de ces matériaux. Il faut pour cela que la totalité du terrain soit occupé par la carrière et que celle-ci soit directement accessible d'une voie publique ou d'une propriété contiguë appartenant à l'exploitant. Le transfert accessoire de la jouissance d'une chose autre que la carrière est ici réduit au minimum, c'est-à-dire l'incompressible usage du sol qui contient le gisement. La jurisprudence fournit un exemple de ce genre de situation[3]. Le propriétaire d'un terrain avait conféré à un tiers le droit d'extraire le sable qui y était contenu, mais il s'était réservé le droit de faire pacager son troupeau sur l'ensemble des parcelles. La Cour de cassation, visant l'article 1713, casse l'arrêt d'appel retenant une qualification de bail,

---

(1) M. FREJAVILLE, «Des meubles par anticipation», Thèse Paris, 1927, p.95 et s. ; note DP 1929-2-p.91 pour l'exposé de la doctrine ancienne ; R. CORNILLE, «Vente et louage», Thèse Lille 1926, p. 182 et s. ; J. JANOT, «Le droit des carrières alluvionnaires», Thèse Paris II, 1973, p.36 et s. ; VIGIE, T.3, 1892, p.460 note 1 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, «Traité du louage», 1906, n°10, p.9 et n°781, p.447 et s. ; LAURENT, T.25, n°63 et s., p.74 et s. ; PLANIOL et RIPERT, T.10, 1956, n°3, p.5 ; RIPERT et BOULANGER, T.2., 1952, n°2642, p.835 ; COLIN et CAPITANT, T.2., 1953, n°998, p.657 ; AUBRY et RAU, T.5, 6e édit. n°349 note 3-2 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°63 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°351 ; F. GIVORD, J.-Cl. Civ., Bail à loyer, Baux commerciaux, Fasc. 1250, n°20 et s. ;
Plus critiques bien que résignés : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°83.
Added : non consulté : E.M. BEY, «La nature juridique du contrat de foretage», F.N.D.E. 1978, T.7, Litec, p.893.
Contra : TROPLONG, T.1, n°93 ; DUVERGIER, I, n°404 ; GUILLOUARD, «Traité du louage», n°13, p.17.

(2) Note RIPERT, DP 1923-2-p.97 ; obs G. CORNU, RTD civ. 1970, p.188 ; G. HUBRECHT, note JCP 1970, II, 16173.

(3) Com. 21 avril 1959, Bull. civ., III, n°179, p.163. Adde Req. 21 juillet 1839, S. 1839-1-p.675 : «extraction dans les plus brefs délais de toute la tourbe existant dans les cinq portions de terrain désignées».

en affirmant que la convention n'accorde «qu'un droit restreint, celui d'enlever certains matériaux, envisagés dans leur état futur de meubles, la jouissance du terrain continuant d'appartenir au propriétaire».

835.– b) L'économie des conventions d'utilisation de carrière est rarement aussi simple. Une carrière, a fortiori une mine, n'absorbent jamais toute la superficie du terrain qu'elles occupent. Le carrier doit pouvoir accéder au lieu d'extraction, avec ses véhicules. Ceci suppose un droit de passage sur la parcelle environnant la carrière, prérogative qui constitue un mode de jouissance du sol comme un autre. L'utilisation des abords du gisement va souvent plus loin. L'exploitant s'en sert pour édifier des baraquements qui abritent les accessoires nécessaires à l'extraction et pour déposer les matériaux extraits avant leur transport. Le contrat comporte alors à la charge du concédant deux obligations : un transfert de propriété des matériaux puisque la jouissance de la carrière n'est pas possible et un transfert de la jouissance du reste du terrain (l'objet de la prestation est ici un immeuble banal qui peut parfaitement être loué). Il s'agit de savoir laquelle de ces deux prestations constitue l'obligation principale dont va dépendre la qualification du contrat. Cette détermination s'effectue selon les principes traditionnels. Il faut donc rechercher dans l'esprit des parties et surtout dans celui du carrier la prestation dont l'exécution a motivé son engagement. Dans le cadre des hypothèses de fait étudiées, la réponse ne fait aucun doute : c'est le transfert de propriété des matériaux qui constitue l'obligation essentielle. Toutes les obligations tenant à la jouissance du terrain n'existent que pour faciliter l'exploitation du gisement : c'est la définition même de l'accessoire par destination[1]. La jurisprudence adopte cette position[2]. La Cour de cassation admet que la qualification de vente doit l'emporter si la convention a «pour but principal l'exploitation d'une carrière c'est-à-dire de matériaux à extraire» et que l'utilisation du terrain n'est «que

---

(1) Cf. supra n°371 et s. G. GOUBEAUX, «La règle de l'accessoire en Droit privé», n°19, p.35 et s. Contra : RIPERT, note DP 1923-2-p.97. Adde : PLANIOL et RIPERT, T.10, 1956, n°3, p.5.

(2) Com. 18 novembre 1959, Bull. civ., III, n°387, p.338 ; Civ. 3 octobre 1969, D. 1970, p.49 ; Civ. 3e 25 octobre 1983, Bull. civ., III, n°197, p.151 ; Civ. 22 juillet 1952, Bull. civ., I, n°235, p.193. V. cependant Com. 10 mai 1965, Bull. civ., III, n°300, p.273 à la rédaction ambiguë. La Cour d'Appel est confirmée dans son refus de soumettre la concession d'exploitation au statut des baux commerciaux. Mais s'agissant du renouvellement de la location des abords où l'exploitant avait édifié quelque installation, la Cour de cassation constate que le preneur n'avait en réalité jamais demandé la continuation du contrat et ne bénéficiait donc d'aucun droit à renouvellement. Cette motivation présuppose l'existence d'un deuxième contrat de bail ou d'une qualification mixte : si l'utilisation du terrain n'était qu'une obligation accessoire, la recherche de l'existence d'une demande en renouvellement eût été inutile.

l'accessoire et la conséquence même de l'extraction réalisée dans les lieux»[1]. Tel est le cas lorsque toute la convention est orientée vers le gisement et que «l'autorisation a été concédée aux preneurs d'édifier des constructions pour l'exploitation de la carrière, mais non d'une industrie indépendante en droit et en fait»[2]. Cette solution s'impose. La convention constitue un tout, un ensemble homogène agencé dans un but unique : l'extraction des matériaux. Il est par conséquent extrêmement contestable de soutenir que l'utilisation du matériel et d'un hangar se trouvant sur place font «l'objet d'un prêt à usage gratuit»[3]. La division de l'opération en deux conventions est contraire à son unité. De plus, il est impossible de prétendre isoler une prestation gratuite dans les obligations du concédant, alors qu'il perçoit par ailleurs une redevance globale. Cette décision isolée est néanmoins symptomatique de l'hésitation qui apparaît lorsque l'usage de biens autres que la carrière augmente au sein de la convention.

836.– c) Le contrat permet parfois au carrier d'utiliser le terrain pour exploiter une industrie de traitement ou de transformation des produits. Ces installations peuvent être préexistantes : dans ce cas la convention comprend une cession des matériaux à extraire et un transfert de jouissance de l'usine. La qualification s'avère alors très délicate. Le problème est aisément résolu si les parties ont conclu deux contrats distincts de vente des matériaux et de louage des bâtiments[(4)]. L'hypothèse n'est pas courante en jurisprudence[5]. Chaque convention se voit appliquer son régime propre. La location de l'usine en particulier est soumise au statut des baux commerciaux. Le louage peut se poursuivre, alors que le terme du permis d'extraire est échu[6]. La dualité de convention suppose par conséquent l'indépendance de droit et

---

(1) Com. 18 novembre 1959, précité. La Cour admet le principe de l'accessoire mais se retranche derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond quant à l'effectivité du caractère secondaire de l'utilisation du terrain.

(2) Civ. 3 octobre 1969, précité.

(3) Com. 15 mars 1967, Bull. civ., III, n°119, la Cour de cassation ne fait que reprendre l'affirmation de l'arrêt attaqué (Rennes 26 juin 1964) ce qui limite sa portée. En ce sens pourtant, J. JANOT, Thèse précitée, p.38, cf. obs. G. CORNU, RTD civ. 1970, p.188, le sol «serait, en somme, l'objet d'un bail accessoire» affirmation qui nous semble inexacte.

(4) S'il y a deux conventions, la seconde est un bail et non un commodat contrairement à ce qu'affirme. Com. 15 mars 1967, Bull. civ., III, n°119. Cf. J.-L. DE FERRE, «Formules commentées : bail d'usine à usage de briqueterie et bail de carrière», JCP éd. N 1950, I, 863.

(5) Civ. 4 août 1886, DP 1887-1-p.36 ; S. 1888-1-p.226 ; Civ. 26 juillet 1932, DH 1932, p.522 ; Civ. 23 juin 1952, D. 1952, p.744. Adde : Soc. 24 octobre 1960, Bull. civ., IV, n°926, p. 709. La dualité de convention suppose obligatoirement une rémunération distincte de chaque prestation du bailleur-vendeur. L'inverse n'est pas vrai et la ventilation des sommes dues par le carrier n'exclut pas toujours l'unicité de contrat : Paris 21 octobre 1963, JCP 1963, II, 13449, note P. OURLIAC et M. DE JUGLART.

(6) Civ. 26 juillet 1932, DH 1932, p.522 ; l'annulation ou la résolution d'une convention n'entraîne pas forcément celle de l'autre : cf. par analogie. Com. 27 juin 1960, Bull. civ., III, n°253, p.233

de fait de l'exploitation industrielle, dont le fonctionnement doit pouvoir être assuré avec des matériaux autres que ceux provenant de la carrière.

Il est plus fréquent de rencontrer une convention unique accordant contre paiement d'une redevance globale, l'usage d'installations industrielles et le permis d'extraire les produits pouvant les alimenter. Face à cette situation, la nature de l'objet de la prestation est encore une fois un critère insuffisant. Le caractère consomptible du gisement rend impossible l'existence d'un louage des matériaux ; mais lorsque la convention oblige le propriétaire à concéder la jouissance d'autres biens que les produits, le recours aux principes généraux s'impose à nouveau. La doctrine est ici assez hésitante[1]. Tout dépend de la volonté des parties. Une qualification unitaire de bail n'est plus à exclure. Les auteurs classiques admettaient cette solution dans l'hypothèse d'un bail rural autorisant le preneur à extraire tous les produits, les pierres par exemple, nuisibles à la culture[2]. Dans ce cas en effet, toute la convention est orientée vers l'utilisation agricole du fonds : l'obligation de concéder la jouissance du sol est la prestation principale qui détermine la nature du contrat tout entier. S'il apparaît que le carrier recherche en premier lieu l'exploitation de l'usine elle-même, l'extraction des produits étant seulement considérée comme une obligation accessoire de fourniture utile au fonctionnement de l'installation industrielle, la convention est un bail commercial pour le tout. La Cour de cassation l'a justement admis dans un arrêt du 12 novembre 1956[3]. Le contrat prévoyait l'extraction de pierres magnésiennes et la jouissance de fours à chaux, d'un embranchement ferroviaire particulier, d'outillage et de divers bâtiments. La Cour approuve les juges du fond d'avoir adopté la qualification globale de louage, dès lorsqu'ils constataient que la convention portait, non sur la vente du produit de la carrière, mais sur le droit d'exploiter celle-ci et même de la transformer grâce à l'utilisation des installations et qu'il s'agissait en définitive de

---

vente de matériaux plus vente du matériel d'extraction. La résolution de la vente du matériel ne retentit pas sur la première convention.

(1)R. CORNILLE, Thèse précitée, p.196 ; M. FREJAVILLE, Thèse précitée, p.113 ; G. CORNU obs. précitées, RTD civ. 1970, p.188. L'hypothèse d'un bail accessoire de la vente est souvent évoquée, sans qu'il soit possible de savoir avec précision s'il y a un ou deux contrats.

(2)BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, «Traité du louage», n°781, p.447 et s. ; R. CORNILLE, Thèse précitée, p.196.

(3)Com. 12 novembre 1956, Bull. civ., III, n°282, p.243 ; AJPI 1957, p.39 ; Gaz. Pal. Tables Quinq. 56-60, v° Bail, n°2507. Cf. déjà Cass. 7 avril 1857, DP 1857-1-p.171 mais dans cette affaire, il était prévu une obligation de restitution de l'équivalent. Adde : LAURENT, T.25, n°63, p.75 et s.
Comp. Com. 18 novembre 1959, Bull. civ., III, n°387, p.338. La convention est qualifiée de vente, alors que l'exploitant avait installé une industrie de taille et de polissage. Mais la Cour sur ce point se retranche derrière le pouvoir souverain des juges du fond, alors qu'elle les avait nettement approuvés («à bon droit») sur l'exclusion de principe du louage pour les matériaux.
Paris 21 octobre 1963, JCP 1963, II, 13449, P. OURLIAC et M. DE JUGLART pour un bail rural d'un domaine rural indivisible comprenant une carrière.

permettre une exploitation industrielle. Il faut remarquer toutefois que cette analyse n'est possible que si l'activité de production est indépendante de l'extraction. Le commerçant doit pouvoir s'approvisionner ailleurs. Si cette condition n'est pas remplie, l'application des règles protectrices des baux commerciaux n'aurait aucun sens (renouvellement alors que le gisement est épuisé). Ce serait par ailleurs obliger le principal (bail d'usine) à suivre le sort de l'accessoire (gisement épuisé), ce qui est illogique(1).

Il ne reste plus alors qu'une hypothèse intermédiaire : le cas d'un contrat unique prévoyant la double prestation contre une rémunération globale ou non et dans lequel extraction et jouissance des installations sont liés égalitairement. Le preneur-acheteur place sur le même plan les deux activités d'extraction et de transformation mais l'une ne peut aller sans l'autre. Le contrat oblige l'exploitant à utiliser exclusivement les produits extraits et s'achève lors de l'épuisement du gisement. Apparaît alors une véritable qualification mixte bail-vente. Ce contrat innommé obéit au régime des contrats mixtes par addition[2] qui est en principe distributif. Des difficultés dans le choix du régime sont à prévoir. Mais il ne relève pas du statut des baux commerciaux[3]. Le renouvellement du contrat après expiration du gisement serait incompatible avec le lien qui unit les deux prestations du concédant et une révision du prix s'avérerait difficilement déterminable puisque la somme globale concerne une jouissance et un transport de propriété.

837.– L'objet de la prestation, s'il exerce une influence incontestable sur la qualification des conventions d'extraction de produits, n'est pas une explication miracle. Son rôle concerne principalement l'obligation. La modification de la qualification du contrat lui-même n'est pas automatique et dépend de la place de l'extraction dans la structure de la convention. Or cette place ne dépend plus du seul objet de la prestation, mais de la volonté des parties et des prestations supplémentaires que celles-ci ont pu prévoir. Toutes ces constatations confirment les remarques faites précédemment. Elles permettent également de mieux comprendre le fonctionnement de l'intervention du législateur dans le prêt de consommation.

---

(1)Le caractère accessoire de l'extraction peut se rencontrer dans l'hypothèse suivante : les produits extraits doivent être traités dans l'usine louée, mais cette usine peut fonctionner avec d'autres matériaux que ceux extraits.

(2)Cf. infra n°1308 et s. Cass. 15 février 1893, S. 1894-1-p.149. Cet arrêt fournit un exemple du régime distributif limité cependant à un problème fiscal particulier ; cf. dans le même sens Com. 4février 1963, Bull. civ., III, n°81, p.66 ; JCP 1963, II, 13276.

(3)Cf. infra n°1497.

Le prêt à usage, comme le bail, est normalement incompatible avec le caractère consomptible de la chose prêtée. L'usage conféré détruit la chose et supprime l'obligation de restitution[1]. Celle-ci étant indispensable pour qu'existe corrélativement un véritable transfert de jouissance, la convention est purement et simplement une cession de la propriété à titre gratuit, donc une donation(2). Pour qu'apparaisse une convention conférant la jouissance d'un bien consomptible, le préalable indispensable est donc constitué par le rétablissement de l'obligation de restitution. L'article 1892 du Code civil qui définit le prêt de consommation opère ce rétablissement en imposant à l'emprunteur de «rendre autant de même espèce et qualité». Si le législateur n'avait pas consacré expressément cette qualification, rien n'aurait empêché les parties de stipuler la restitution de l'équivalent. La situation relativement curieuse qui en résulte aurait simplement entraîné le risque de qualification de la convention en échange plus souvent que nécessaire. Voici en effet un contrat qui contient un double transfert de propriété et qui est pourtant qualifié de prêt : l'essentiel de la convention ne réside pas dans les dations successives mais dans l'usage de la chose qui s'intercale entre elles. La volonté des parties et le rôle de la cause dans les qualifications manifeste ici sa puissance : c'est le but poursuivi (l'usage de la chose) qui contrecarre la pure technique juridique. Pour éviter d'insolubles problèmes de qualification, le prêt de consommation est néanmoins enfermé dans des limites strictes. La première est expressément mentionnée par les rédacteurs du Code : la chose restituée doit avoir la même nature que la chose remise initialement. La vente se rapprocherait sinon dangereusement du prêt de consommation : il suffit de prendre l'exemple, d'une vente de nourriture qui serait analysée comme un prêt d'aliments contre restitution... d'un prix[3] ! Il faut d'autre part que l'usage prévu au contrat consomme effectivement la chose. Si tel n'est pas le cas, si la chose prêtée survit et que l'emprunteur en restitue une autre, c'est la propriété dont le transfert était recherché et le contrat est un échange. Pour reprendre le très classique exemple du livre prêté par un librairie à un confrère, si l'ouvrage est remis pour le vendre à charge de restituer l'identique, le contrat est un prêt de consommation. Si le libraire remet le livre pour qu'il soit lu à charge de rendre non pas l'exemplaire prêté mais un autre, la convention est un échange.

---

(1)Ce qui n'est pas normalement le cas du dépôt qui vise à conserver une chose sans la consommer. Le maintien de la qualification de dépôt au dépôt irrégulier est donc normal.

(2)Le contrat accordant la possibilité d'extraire les matériaux d'une carrière à titre gratuit est une donation, puisque les parties ne prévaut jamais la restitution de l'équivalent des produits extraits en fin de contrat. Cf. quand même Cas. 7 avril 1857, DP 1857-1-p.171.

(3)Cf. en ce sens : P. JAUBERT, «Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité», RTD civ. 1945, p.88.

L'originalité du prêt de consommation tient donc de ce maintien d'une obligation de restitution que l'influence matérielle de l'objet de la prestation ferait disparaître. Rédigée comme étant une sous-catégorie du prêt, cette qualification s'oppose en réalité simultanément au commodat mais aussi au bail[1].

Conclusion de chapitre

838.– Au terme de ce chapitre, les règles générales régissant l'action de l'objet de la prestation sur les qualifications semblent désormais bien assises. Le particularisme d'un objet déterminé n'est pas synonyme de disqualification d'une convention : il constitue le point de départ d'une double recherche tendant à évaluer au préalable l'influence de l'objet de la prestation sur la nature ou l'importance d'une obligation, pour mesurer ensuite les conséquences des transformations éventuellement constatées sur le contrat lui-même. Il reste désormais à spécifier ce mécanisme dans les contrats comportant une obligation translative (chapitre 2).

---

[1] Le prêt de consommation peut en effet être gratuit ou onéreux, auquel cas il prend le nom de prêt à intérêt (cf. art. 1905 Code civil). Il n'est donc pas nécessaire de créer un «bail de consommation» (contra : Cas. 7 avril 1857, DP 1857-1-p.171 ; cf. à ce sujet LAURENT, T.26, n°514, p.533 ; GUILLOUARD, n°109, p.127 ; BAUDRY-LACANTINERIE, n°701, p.424 et 801 et s., p.467 et s. ; BEUDANT, T.12, 2e édit. n°241, p.266 et 242, p.269 ; VIGIE, T.3, n°1035, p.542 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2904, p.911 ; COLIN et CAPITANT, T.2, 10e édit., n°1209, p.794 et 1218, p.798 ; AUBRY et RAU, § 396, n°124).
L'ordonnancement des qualifications est donc le suivant :

	Chose non consomptible	Chose consomptible
Gratuit	Commodat	Prêt de consommation
Intéressé	Innommé	Innommé ou Prêt de consommation
Onéreux	Bail	Prêt à intérêt

La catégorie intermédiaire est indiquée pour l'hypothèse où serait admise l'existence d'une qualification intermédiaire entre bail et commodat (cf. supra n°550 et s.) conférant la jouissance d'une chose unilatéralement, mais à titre onéreux.

CHAPITRE 2

L'INFLUENCE DE L'OBJET DE LA PRESTATION DANS LES CONTRATS TRANSLATIFS

839.- L'influence de l'objet de la prestation pose des problèmes spécifiques dans les contrats translatifs de droits au sens large[1]. Ce particularisme soulève différentes interrogations, auxquelles il convient d'essayer de répondre. Ainsi, il est traditionnel de considérer que l'objet de la prestation caractéristique d'une vente est constitué tant par le droit transmis que par la chose sur laquelle il porte. Il importe de vérifier si cette assimilation du droit et de la chose est pertinente en matière de qualification. De façon quasi-expérimentale, il sera possible de conserver cette notion large de l'objet de la prestation s'il est possible de découvrir des hypothèses où la qualification est influencée directement par la chose, indépendamment du droit. De même, comme l'objet de l'obligation de tous les contrats translatifs est en apparence identique, transférer un droit, il semble inévitable que l'objet de la prestation constitue un critère de qualification ou tout au moins de catégorisation. Mais, ici aussi, cette approche intuitive mérite d'être éprouvée. Il n'est pas certain que l'approche classique qui confère un domaine étendu à la vente corresponde toujours autant à la réalité (Section 1) et, de façon peut-être plus inattendue, l'examen de certaines qualifications permet de mettre en évidence des situations où la prestation même de transfert voit sa nature altérée (Section 2). Bien qu'orientées de manière assez différente, ces deux sections sont en réalité complémentaires, pour deux raisons. D'une part, leur fil conducteur est identique, puisqu'il s'agit toujours de remonter la chaîne des influences, de la chose au droit, du droit à la prestation, de la prestation au contrat, voire de la chose à la prestation. D'autre part, la première section décrit un noyau dur dont la seconde section permet de mieux comprendre les contours.

---

(1) V. pressentant l'importance de la nature de l'objet transmis dans les contrats translatifs : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°118.

SECTION 1

LA MULTIPLICATION DES REGIMES DE CESSION DES DROITS

840.– Traditionnellement, le contrat de vente est défini de manière large, dans le sens très générique d'un transfert de droit, quel qu'il soit, sans aller toutefois jusqu'à certaines conceptions doctrinales qui appliquent aussi la qualification aux services[1]. Aux droits réels, qui constituent le noyau dur, s'ajoutent les droits personnels de toutes natures (créances, parts d'associés, valeurs mobilières et, aujourd'hui, titres dématérialisés) et les propriétés incorporelles[2]. Des nuances terminologiques existent (vente, cession, constitution...) mais leur importance est négligée[3]. Pourtant, cette présentation semble de plus en plus artificielle et derrière une référence pour ainsi dire protocolaire à la vente, les régimes particuliers de transmission se sont multipliés. Il est peut être temps de prendre la mesure du phénomène, en s'intéressant aussi bien

---

(1)R. SAVATIER, «La vente de services», D.1971, p.223 ; «Théorie générale des obligations», 4e édit., 1979, n°138 et s. Comp. du même auteur : «Les contrats de conseil professionnel en droit privé», D. 1972, p.137 et s. (n°7, où la vente au sens économique est conservée et n°29 pour une qualification juridique sui generis). La thèse de l'éminent auteur suscite maintes réserves (v. par exemple, n°22, chr. D. 1971, p.231, où l'assimilation des contrats de ventes et de services se fait sur la prestation neutre : la contrepartie en monnaie). L'objection majeure réside, semble-t-il, dans le refus de l'auteur d'admettre que le contrat de service est créateur d'une créance au profit du client, créance qui peut ultérieurement être cédée à un tiers, mais qui n'existait pas avant la conclusion du contrat, alors que la vente est le transfert d'un droit préexistant (n°3, n°8, n°16, n°23, chr. précitée, D. 1971).
Pour la jurisprudence : Paris 5e ch. A 5 novembre 1986, Juris-Data n°26686 (vente de sièges de transport aérien) ; Paris 9 février 1988, D. 1988, IR, p.73 (à propos d'un contrat d'agence de voyages, mais il est vrai que la décision peut s'appuyer sur un texte discutable, cf. supra n°665) ; Paris 22 mars 1990, D. 1990, IR, p.98 (vente d'espaces publicitaires, alors que pour la doctrine, entre l'agence et le propriétaire, il s'agit d'un bail (N. CHOLLET-GRACH, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 1560, n°58) et entre l'agence et son client, il s'agit d'un contrat d'entreprise (N. CHOLLET-GRACH, J.-Cl. précité, n°4)).
Contra : F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°625.

(2)V. par exemple : J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°51 ; MAZEAUD, T.3 Vol.2, n°836 ; BEUDANT, T.XI, 1938, n°9, qui juge les articles 1582-1583 trop restrictifs et invoque plutôt l'article 1607.

(3)BEUDANT, T. XI, n°9, p.8.

aux différences qui séparent toutes ces hypothèses qu'aux points communs qui les unissent. La multiplication des droits concerne au premier chef les droits personnels et les propriétés intellectuelles (II), mais elle affecte aussi le secteur plus traditionnel des droits réels (I).

I - LES DROITS REELS

841.- L'usufruit et la nue-propriété, les servitudes constituent des droits réels très proches du droit de propriété. Il s'agit de droits réels principaux, qui n'intègrent pas la fonction de garantie propre aux droits réels accessoires, laquelle constitue un critère justifiant indéniablement l'exclusion de la qualification de vente[1]. De plus, ce sont des démembrements simples de la propriété, qui correspondent à des décompositions élémentaires de ce droit, sans d'autres conditions telles que l'obligation de construire d'un bail à construction. Par conséquent, aucune convention translative de droit ne mérite davantage la qualification de vente au sens strict que les cessions et les constitutions de ces droits réels. Cette conclusion est admise par la quasi-unanimité de la doctrine. Les auteurs trouvent d'ailleurs la solution tellement évidente qu'ils ne lui consacrent que de faibles développements[2].

Cette position semble fondée. La cession ou la constitution conventionnelle d'usufruit et de servitude obéissent au principe du transfert immédiat du droit dès l'échange des consentements[3]. La détermination du prix doit respecter les règles

---

(1)Il s'agit, techniquement, d'une insertion causale dans un ensemble de rapports de droit hiérarchisés qui recouvrent le plus souvent un groupe de contrats (cf infra n°989 et s.).

(2)V. pour ***l'usufruit*** : BAUDRY-LACANTINERIE, T.6, n°455 ; BEUDANT, T. IV, n°424 et T. XI, n°9 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2960 ; COLIN et CAPITANT, T.2, n°255 ; MAZEAUD et CHABAS, T.2 Vol.2, n°1657 ; J. CARBONNIER, T.3, § 93, p.158 ; WEILL, TERRE et SIMLER, «Les biens», 1985, n°730 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°184 ; B. GROSS, J.-Cl. Civil, Art. 578-581, n°5-6 et n°110 ; MARTY et RAYNAUD, «Les biens», n°66. Comp. AUBRY et RAU, T.2, § 228, n°405 (convention à titre onéreux) ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, 1990, «Les biens», n°816 (idem). Comp. J. FOYER et M. VIVANT, «Le droit des brevets», Thémis PUF, 1991, p.418, qui semblent considérer que la constitution est «un autre type de contrat» que la vente.
V. pour ***les servitudes*** : BAUDRY-LACANTINERIE, T.6, n°1094 ; RIPERT et BOULANGER, T.2, n°3139 ; BEUDANT, T. XI, n°9 ; J. CARBONNIER, op. cit., § 161, p.264 ; H.-J. LUCAS, J.-Cl. Civil, Art. 690-710, n°3. Comp. plus vagues : COLIN et CAPITANT, T.2, n°344 (contrat) ; WEILL,TERRE et SIMLER, «Les biens», n°818 (qui parlent de convention à titre onéreux sans viser expressément la vente) ; MAZEAUD et CHABAS, T.2 Vol.2, n°1176 (contrat) ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les biens», n°1133 (contrat).

(3)V. aussi pour un problème de capacité (article 1125-1 du Code civil) : Civ. 1e 12 juin 1990, D. 1991, p.405, note J. MASSIP (vente de droit d'usage et d'habitation).

sévères dégagées par la Cour de cassation pour les transferts de propriété. Les obligations de délivrance et de garantie sont parfaitement concevables dans une cession d'usufruit et leur exécution pose des problèmes très similaires à ceux soulevés par une vente de propriété[1]. Si la garantie d'éviction est applicable aux servitudes, l'abstraction qui les caractérise rend les obligations de délivrance ou de garantie des vices cachés assez théoriques encore que, pour la première, le bénéficiaire d'une servitude de passage puisse fort bien être mis en puissance de son droit par la remise des clefs du portail dont l'ouverture est nécessaire à l'exercice de la servitude[2]. En tout état de cause, la nature accessoire de ces obligations justifie l'exclusion de toute disqualification de la convention. Bien sûr, il est quand même possible de noter certaines différences de régime entre les ventes de propriété, d'usufruit ou de servitude. Notamment, alors que le transfert d'une servitude est soumis, comme la vente immobilière de propriété, aux règles très spécifiques à celle-ci concernant la lésion[3], le transfert d'usufruit échappe à ces dispositions[4], mais ce particularisme est

---

(1)Rappr. RIPERT et BOULANGER, T.2, n°2967.

(2)L'absence d'obligations accessoires de délivrance ou de garantie et le caractère immédiat de l'exécution de l'obligation de donner incitent certains auteurs à considérer la constitution de servitude comme un contrat unilatéral, ce qui l'opposerait à la vente. Pour la critique de ce raisonnement, cf. supra n°337 et s., n°537 et infra n°1287 et s.

(3)V. en ce sens : Rouen 2 juillet 1951, S. 1952-2- p.60 («attendu, au fond, qu'il s'agit bien d'une vente puisque la constitution d'une servitude, contre paiement, correspond à la disparition d'une valeur dans le patrimoine [du constituant] qui est entrée dans celui [du bénéficiaire]»).
Pour la doctrine, en faveur de cette solution : LAURENT, «Principes de droit civil», T.24, n°423 (qui y ajoute même l'emphytéose...) ; BAUDRY-LACANTINERIE, «La vente», n°680 ; PLANIOL et RIPERT, T. 10, n°238 ; A. RIEG, Rép. civ., v° Lésion, n°9 (implicitement) ; F. COLLART DUTILLEUL, J.-Cl. Civil, Art. 1674 à 1685, n°20 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°161 note 6 ; adde les autres références citées dans la note sous l'arrêt de Rouen.

(4)V. notamment les décisions citées par J. DEPREZ, «La lésion dans les contrats aléatoires», RTD civ. 1955, p.1 et s., spéc. p.3-4, note 9 et 11. Adde plus récemment : Civ. 1e 17 février 1964, Bull. civ., I, n°89, p.65 ; Orléans 20 avril 1966, JCP 1967, IV, p.72 ; TGI Privas 27 février 1980, D. 1980, IR, p.488 ; Montpellier 16 février 1982, Juris-Data n°181 (exclusion en principe seulement, susceptible d'exceptions non applicables en l'espèce) ; Nîmes 18 février 1982, Juris-Data n°140 (même remarque) ; Nîmes 13 janvier 1986, Juris-Data n°22 ; Colmar 19 février 1986, Juris-Data n°40524.
Contra : Req. 9 juillet 1855, DP 1855-1- p.385 (implicitement - vente d'un usufruit déjà constitué) et les décisions citées par PLANIOL et RIPERT, T. 10, n°239.
Rappr. aussi : Civ. 1e 13 avril 1988, Bull. civ., I, n°99, p.67 (cession de droits successoraux constitués par une nue-propriété : lésion acceptée). Le correctif classique du défaut d'aléa peut jouer : Civ. 3e 2 octobre 1980, Juris-Data n°5167.
En revanche, la jurisprudence applique la lésion aux ventes avec réserve d'usufruit, lorsque la réserve est d'une importance trop faible pour donner à la vente un caractère alléatoire (Civ. 3e 3 octobre 1991, Defrénois 1992, p.387, note G. VERMELLE).
Pour la doctrine : BAUDRY-LACANTINERIE, «La vente», n°680 ; B. GROSS, J.-Cl. précité, n°26 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°434-435 ; PLANIOL et RIPERT, T. 10, n°239 ; H. DE PAGE, «Traité élémentaire de droit civil belge», T.IV, 1951, n°4, p.16, note 3 ; RIPERT

aisément justifiable par le caractère aléatoire de cette convention qui provient de la nature viagère de l'usufruit[1]. De même, la jurisprudence a initialement refusé au fermier, en matière rurale, le bénéfice d'un droit de préemption, lorsque le propriétaire se contentait d'aliéner sans aucune fraude la nue-propriété ou l'usufruit de l'héritage affermé[2]. Mais là encore, cette spécificité reste d'une faible portée car les tribunaux la fondaient sur la finalité du droit de préemption, qui devait permettre au fermier d'accéder à la propriété pleine et entière du bien loué et cette jurisprudence a de toute façon été brisée par le législateur[3]. Il n'y a donc apparemment aucun obstacle sérieux susceptible d'empêcher de considérer que le transfert et la constitution d'un droit réel démembré sont de véritables contrats de vente.

842.– Pourtant, même pour les contrats translatifs de droit réel, l'objet de la prestation peut exercer une influence sur la qualification. L'usufruit, la nue-propriété, les droits d'usage et d'habitation et les servitudes n'épuisent pas la catégorie des droits réels démembrés. Il existe certains contrats comme le bail emphytéotique[4], le bail à construction[5], le bail à réhabilitation[6], voire la concession immobilière[7] qui font

---

et BOULANGER, T.3, n°1549 (semblant regretter la rigidité de cette solution) ; MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», 2e édit., n°186.
Contra : F. COLLART DUTILLEUL, J.-Cl. Civil, Art. 1674 à 1685, n°20 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°161 note 6.

(1)V. Orléans 20 avril 1966, précité. Pour la doctrine : B. GROSS, J.-Cl. précité, n°26 et n°110.

(2)V. Soc. 22 mars 1962, Bull. civ., IV, n°309, p.234 (vente de l'usufruit d'un héritage affermé - refus du droit de préemption sauf fraude ou sauf si le fermier est déjà nu-propriétaire) ; Civ. 3e 23 avril 1969, Bull. civ., III, n°311, p.237 ; Civ. 3e 17 mars 1975, Bull. civ., III, n°106, p.79.

(3)Loi du 15 juillet 1975 modifiant l'article 790 du Code rural (art. L. 412-2). V. P. OURLIAC, J.-Cl. Rural, fasc. 50-2, n°9 et s. ; J.-P. MOREAU, «Les baux ruraux», Litec 1979, n°124. Le texte exclut seulement les cessions de l'usufruit au nu-propriétaire ou de la nue-propriété à l'usufruitier. Pour une application : Civ. 3e 16 janvier 1991, JCP éd. N 1991, II, obs. J.-P. MOREAU.

(4)Loi du 25 juin 1902, devenue les articles L.451-1 à L. 451-13 du Code rural. Pour la doctrine : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°391 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°619 et «Les biens», n°352 ; C. GIVERDON, Rép. civ., v° Bail emphytéotique ; MAZEAUD et CHABAS, T.2 Vol.2, n°1692 et s. ; WEILL, TERRE et SIMLER, op. cit., n°856 et 861 ; J. VIATTE, «Du bail emphytéotique», Rev. Loy. 1973, p.302 ; E.-E. FRANK, «Le bail à très long terme L'emphytéose», Administrer Février 1988, p.2 et s.

(5)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°619 et «Les biens», n°352 ; R. SAINT-ALARY, Rép. civ., v° Bail à construction, spéc. n°12 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°392 ; G. LIET-VEAUX et J. SCHMIDT, «Le bail à construction», D. 1965, p.71, spéc. n°2 pour l'affirmation du droit réel ; B. BOUSSAGEON, «Vers un nouveau mode d'accession provisoire à la propriété : le bail à construction», AJPI 1964, p.27, spéc. p.28.

(6)V. article 11 de la loi n°90-449 du 31 mai 1990 (articles L.252-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation) ; C. BOSGIRAUD-STEPHENSON, «Le bail à réhabilitation», Rev. dr. imm. 1991, p.19 et s.

(7)La présence d'un droit réel dans le contrat de concession immobilière est très discutée. En faveur de cette solution : F. BOULANGER, «Un des nouveaux aspects des métamorphoses du droit au bail : la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967», D. 1968, p.99 et s., n°11 ; M. GUERDOU, «La concession immobilière», Thèse Dijon 1972, n°90 et s.

bénéficier le «preneur» d'un véritable droit réel. Le régime de ces conventions est original : il s'inspire à la fois des régimes des contrats translatifs et des véritables contrats de bail générateurs d'obligations personnelles[1]. Or, il apparaît que le critère de qualification permettant d'identifier ces contrats est bien le droit réel démembré qui constitue l'objet de la prestation caractéristique de ces conventions. La constatation vaut pour les conflits de qualification existant entre ces accords et les baux de longue durée : selon la judicieuse expression de certains auteurs, «les tribunaux recherchent dans les cas douteux les signes de l'existence d'un droit réel»[2]. Dans cette discussion, c'est la nature réelle du droit qui est en cause. Au contraire, lorsqu'il s'agit de distinguer entre eux les différents contrats créateurs de droits réels démembrés, c'est la

---

Plus mesurés, en faveur d'un droit de superficie : WEILL, TERRE et SIMLER, op. cit., n°871 ; MARTY et RAYNAUD, «Les biens», n°176-2 ; R. SAINT-ALARY, Rép. civ., v° Concession immobilière, n°38-39.

Contra : MAZEAUD et CHABAS, T.2 Vol.2, n°1697-6 ; Ch. LARROUMET, «Les biens Droits réels principaux», n°785 ; B. BOCCARA, «La concession immobilière», JCP 1969, I, 2245, n°33-35 ; adde semble-t-il dans le même sens : J. VIATTE, «Un nouveau type de location : la concession immobilière», Rev. Loyers 1968, p.96 et s. ; R. PORTE, «La concession immobilière», Ann. Loyers 1968, p.636.

Adde : P. LE LOUP, «De certaines formes modernes d'accès à la propriété», Thèse Lyon 1977, p.139-140 (en faveur d'une situation intermédiaire entre droit réel et droit personnel ; l'auteur estime que les deux catégories traditionnelles sont trop tranchées).

(1) V. en matière d'emphytéose : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°391 (pour certaines règles du bail) et C. GIVERDON, Rép. précité, n°42 ; LAURENT, «Principes de droit civil», T.24, n°423 ; PLANIOL et RIPERT, T. 10, n°238 (pour l'application de la lésion) ; BAUDRY-LACANTINERIE, «La vente», n°680 (pour l'application de la lésion).

(2) V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°619.

- Pour la distinction entre le bail et l'usufruit : Grenoble 4 janvier 1860, DP 1860-2- p.190 et sur pourvoi : Req. 6 mars 1861, DP 1861-1- p.417 ; Soc. 25 mai 1976, Bull. civ., V, n°322, p.265 (droit d'usage et d'habitation) ; Civ. 3e 23 juin 1981, JCP 1983, II, 19928, note J.-F. PILLEBOUT (droit d'usage et d'habitation) ; Civ. 3e 1 mars 1989, Bull. civ., III, n°56, p.32. V. en doctrine : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°621 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°353-354 ;

- Pour la distinction entre le bail et le bail emphytéotique : Civ. 26 avril 1853, DP 1853-1- p.145 ; Grenoble 4 janvier 1860, précité ; Req. 6 mars 1861, précité (très net) ; Soc. 6 mai 1964, JCP 1964, II, 13831, note P. OURLIAC et Ph. DE JUGLART ; Civ. 3e 28 novembre 1972, D. 1973, IR, p.6 (pas de libre cessibilité) ; Civ. 3e 12 décembre 1978, D. 1979, IR, p.220 (pas de droit réel et de libre cessibilité) ; Paris 25 février 1982, Gaz. Pal. 1982-1- p.207, note J. VIATTE (résiliation triennale incompatible avec la faculté d'hypothéquer) ; Civ. 3e 15 mars 1983, Bull. civ., III, n°74, p.60 ; RTD civ. 1983, p.757 ; obs. Ph. REMY, pour l'importance de la cessibilité, de l'essence du droit conféré ; Civ. 3e 10 avril 1991, Rev. dr. rur. 1991, p.312, Rev. dr. imm. 1991, p.524, obs. J. HUDAULT et J. FOYER (pas de libre cessibilité) ; D. 1991, somm. p.304, obs. A. ROBERT ; Civ. 3e 15 mai 1991, Rev. dr. imm. p.322, obs. J.-L. BERGEL (exigence explicite d'un droit réel) ; Civ. 3e 3 octobre 1991, D. 1991, IR, p.239 ; Defrénois 1992, 35220, p. 382, obs. VERMELLE (restriction de la faculté de sous-louer). Comp. moins net : Civ. 24 août 1857, DP 1857-1- p.326.

- Pour la distinction entre le bail et le bail à construction : Lyon 20 novembre 1986, Gaz. Pal. 1987-1- somm. p.110 (la décision est particulièrement ambiguë par la référence qu'elle contient à un droit réel du preneur, alors que par ailleurs la qualification de bail à construction est refusée : problème de résumé ?) ; adde, sans référence au droit réel non plus : Paris 8 novembre 1990, Rev. dr. imm. 1991, p.71, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN ; JCP éd. N 1992, II, p.26, note Ph.-H. BRAULT.

nature du droit réel qui compte[1]. L'affirmation pourrait se discuter pour le bail à construction, puisque cette qualification nécessite la présence d'une obligation de construire, dont la nature d'obligation caractéristique confère au contrat une structure complexe (mixte par opposition)[2]. Elle est indiscutable, en revanche, pour le bail emphytéotique : la constitution de ce droit réel démembré se distingue de l'usufruit par la nature du droit transféré, donc par l'objet de la prestation. La conclusion est simple et elle est logique : en multipliant les droits réels et, par voie de conséquence, les contrats en assurant la transmission, tout en leur conférant un régime particulier, le législateur oblige à prendre en considération l'objet de la prestation, c'est à dire le droit transmis, dans l'opération de qualification. Une tendance semblable se retrouve pour les droits personnels et les propriétés incoprorelles.

II - LES DROITS PERSONNELS ET LES PROPRIETES INTELLECTUELLES

843.– La transmission des droits personnels s'inscrit à l'origine dans le mécanisme civiliste de la cession de créance. Le plan du code civil est à cet égard révélateur : les titres 6 et 7 sont respectivement consacrés à la vente et à l'échange, alors que la cession de créance fait l'objet d'un des chapitres du titre 6. Pour les rédacteurs du Code civil, la cession d'un droit personnel n'est qu'une variété de vente, dont il importe seulement de préciser quelques aspects, en adaptant le régime de droit commun à la nature particulière du droit cédé[3]. Ainsi, parmi les articles 1689 à 1695, certains textes se contentent de rappeler ou de préciser des principes traditionnels (art.

---

(1)V. d'ailleurs : Civ. 26 avril 1853, précité (différence entre emphytéose et usufruit).

(2)En ce sens : J. VIATTE, «Bail à construction et bail emphytéotique», Rev. Loyers 1966, p.90 et s., spéc., p.93-94 et p.97. V. d'ailleurs : Civ. 3e 11 juin 1986, Bull. civ., III, n°93, p.74 ; Rev. drt. imm. 1987, p.324, obs. J.-L. BERGEL.
Il ne faut pas oublier, cependant, que les contractants peuvent aussi transformer un bail générateur de droit personnel, en contrat complexe sui generis, en adjoignant une obligation de construction à la charge du preneur (v. d'ailleurs : Req. 6 mars 1861, précité ; rappr. Tb. Bayonne 5 février 1916, Gaz. Trib. 24 février 1916). En pratique, la constitution d'un droit réel constitue donc le critère déterminant pour distinguer le bail à construction des baux de droit commun non générateurs d'un droit réel.

(3)Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°67, qui indiquent que la cession de créance a cessé d'être un contrat spécial pour devenir une technique neutre permettant la vente, la donation de créance, la transmission de contrat, l'exctinction d'une obligation, la constitution d'une garantie ; v. également A. RIEG, Rép. civ., v° Cession de créance, n°4 et s. qui considére la place de la cession dans le Code comme défectueuse, car elle «peut intervenir en exécution de tout autre contrat d'aliénation».

1689 pour la délivrance et art. 1692 pour la transmission des accessoires[1]), alors que d'autres organisent un régime original (art. 1693-1695 pour la garantie de l'existence de la créance sans garantie de la solvabilité du débiteur[2] ; art. 1690-1691 pour l'opposabilité aux tiers de la transmission). Cette solution est classiquement admise par la doctrine, qui pose que la transmission d'un droit personnel est une vente[3] et qui complète le régime sommaire du Code par un retour aux dispositions du droit commun de la vente. Par exemple, entre les parties, la règle du transfert immédiat est applicable[4]. Ou encore, comme dans toute vente, les frais de la cession sont à la charge du cessionnaire[5]. Enfin, sans que la liste soit limitative, les obligations imposées au cédant par le contrat sont celles de tout vendeur : délivrance et garantie[6].

844.- Cette assimilation de la cession de droit personnel à une vente est étendue à la cession de parts sociales et de valeurs mobilières[7]. La jurisprudence en tire les conséquences, en appliquant aux cessions de titres de nombreuses dispositions du droit commun de la vente : transfert immédiat entre les parties[8], détermination du prix[9], clause de réserve de propriété[10], garantie du fait personnel[11], etc. La dématérialisation des titres ne semble pas avoir remis en cause cette solution. Les effets de la cession restent identiques quand aux obligations du cédant et la Cour de cassation vient d'affirmer que le système nouveau de virement de compte à compte, seul susceptible de rendre opposable la cession à la société, ne concerne pas le

---

(1)V. en ce sens : A. RIEG, Rép. précité, n°352.

(2)A. RIEG, Rép. précité, n°376 et s.

(3)V. par exemple : PLANIOL et RIPERT, T.X, dont le titre II (n°227 et s.), consacré aux différentes espèces de vente, distingue les ventes d'immeubles, de meubles corporels et de «biens incorporels» (n°307 et s.) ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°319 ; J. CARBONNIER, T.4, § 315.

(4)PLANIOL et RIPERT, T.X, n°310 ; A. RIEG, Rép. précité, n°341.

(5)PLANIOL et RIPERT, T.X, n°311.

(6)PLANIOL et RIPERT, T.X, n°311.

(7)PLANIOL et RIPERT, T.X, n°311 note 2 ; Lamy Société 1991, n°1126, n°1231 et n°6220 (particulièrement net) ; Th. LAMBERT, «Le prix de cession des actions et parts sociales», Thèse Nancy II 1991, n°13 et s. (pour le rappel de la solution et les références doctrinales et jurisprudentielles). L'auteur émet par ailleurs des réserves (n°18 et les références citées dans les notes qui suivent).
La solution était même encore moins contestable pour ces dernières lorsqu'elles étaient au porteur, puisque l'incorporation du droit dans le titre permettait de considérer qu'il s'agissait d'une véritable vente de meuble corporel (Y. GUYON, «Droit des affaires», T.1, 6e édit., n°729).

(8)Lamy Société 1991, n°1121.

(9)Lamy Société 1991, n°1169 et s. ; Th. LAMBERT, Thèse précitée, n°13, p.10.

(10)Com. 11 juin 1985, Bull. civ., IV, n°190, p.159.

(11)Lamy Société 1991, n°1232.

transfert de propriété entre les parties qui s'opère par l'effet de la convention[1]. La terminologie employée par la Cour dans cette affaire est d'ailleurs caractéristique d'une tendance de plus en plus fréquente à parler de propriété des créances et non de droit de créance[2]. Pourtant, cette assimilation n'est pas sans limites. Spécialement, les cessions d'actions se voient appliquer un régime de garantie qui emprunte à la fois à la vente de droit commun et à la cession de créance[3]. Alors que normalement, du fait de l'écran constitué par la personne morale, la cession de droits sociaux n'est pas une transmission d'une quote-part de l'actif de la société, une tendance jurisprudentielle semble s'amorcer, dans l'hypothèse des cessions de contrôle, en faveur de l'admission de la garantie des vices cachés pour les défauts de l'entreprise elle-même[4]. De même, la stipulation fréquente de clauses de garantie de passif ne devrait pas dépasser, aux termes de l'article 1694 du Code civil, le prix de la cession. Ce texte est impératif mais malgré cela, la jurisprudence semble en écarter l'application en l'espèce[5].

845.- Bien que leur structure soit en définitive assez proche des droits réels, les propriétés intellectuelles confirment, davantage encore que les droits personnels, l'impression que le maintien d'une référence sans nuances à la vente n'est pas satisfaisante. Cependant, une analyse uniforme est approximative et l'inadaptation de la qualification de vente se manifeste à des degrés divers, comme peuvent l'illustrer successivement les hypothèses du fonds de commerce, des brevets et des droits d'auteur.

S'agissant tout d'abord de la transmission à titre onéreux d'un fonds de commerce, la qualification de vente est traditionnellement admise sans difficultés[6], même si la

---

(1) Com. 22 novembre 1988, Bull. civ., IV, n°322, p.216 ; Com. 24 janvier 1989, Bull. civ., IV, n°39, p.23. Pour la doctrine : Lamy Société 1991, n°6222 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°252 note 7.

(2) V. par exemple : Y. GUYON, «Droit des affaires», T.1, 6e édit., n°277.

(3) V. Th. LAMBERT, Thèse précitée, n°13 et n°444.

(4) V. Th. LAMBERT, Thèse précitée, n°444 et s. ; J. PAILLUSSEAU et autres, «La cession d'entreprise», 2e édit., 732 ; Y. GUYON, op. cit., n°605 et s. La solution n'est guère acquise cependant (v. Lamy sociétés 1991, n°1266 et les décisions citées, notamment Com. 13 février 1990, Bull. Joly 1990, p.659, note JEANTIN).
Pour d'autres hypothèses d'affiblissement de l'écran constitué par la personne morale, rappr. Ph. JESTAZ, «L'évolution contemporaine du droit des contrats», Journées R. SAVATIER, PUF 1986, p.121.

(5) Sur toute cette discussion : Th. LAMBERT, Thèse précitée, n°465 et s. et n°524 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°304.

(6) V. par exemple : RIPERT et ROBLOT, T.1, 14e édit., n°581 et s., n°615 (implicitement) ; Y. GUYON, op. cit., n°700 et s. (implicitement), spéc. n°703, n°706 ; A. ROSSIGNOL, «La vente amiable de fonds de commerce», JCP éd. N 1970, I, 2330, n°1.

terminologie (légale) de vente fait parfois l'objet de certaines réserves[1]. Toutefois, il faut constater que cette vente a fait l'objet d'une réglementation particulière, adaptée à la nature du bien, dans l'espoir de concilier les intérêts contradictoires en présence[2]. De plus, certains principes du droit commun de la vente ont été aménagés[3]. L'article 13 de la loi du 29 juin 1935 étend par exemple la garantie due par le vendeur à l'exactitude des mentions légales[4]. De façon encore plus significative, l'application rigoureuse de la garantie du fait personnel pesant sur le vendeur aurait dû conduire à interdire à celui-ci toute activité susceptible de gêner celle de l'acquéreur[5] et le

---

Pour des applications : - transfert immédiat de propriété entre les parties : Civ. 17 juillet 1930, DP 1932-1- p.112. Pour la doctrine : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°252 note 7 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°611 (avec des réserves sur les règles actuelles de réglement des conflits entre deux acquéreurs).

- licéité discutable des clauses réduisant les droits de l'acheteur comme celles imposant le maintien d'une enseigne ou d'un type d'exploitation (Y. GUYON, op. cit., n°707).

La location-gérance est parallèlement assimilée à un bail du fonds de commerce : Y. GUYON, op. cit., n°713 et s. V. avant la réglementation actuelle : R. BERAUD, «Le fonds de commerce en gérance-libre : questions d'actualité», JCP 1951, I, 962 ; A. COHEN, «La location-gérance des fonds de commerce d'après les décrets des 22 et 30 septembre 1953, JCP 1953, I, 1127, n°4 ; contra : G. RIPERT, note DP 1940-1-p.8, 2e colonne (licence d'exploitation) ; P. MARIN, note S. 1949-1-p.197 (contrat innommé mêlant mandant et louage de services).

(1)V. par exemple : Y. GUYON, op. cit., n°701.

(2)Pour un exposé : Y. GUYON, op. cit., n°702 (intérêts du vendeur, de l'acheteur et des créanciers).

(3)V. par exemple pour la capacité, dont les règles sont plus sévères que pour les meubles corporels : RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°583 ; Y. GUYON, op. cit., n°703. La solution est normale vu la valeur des fonds de commerce et le risque pour l'acheteur qui va prendre la qualité de commerçant, s'il ne l'a pas déjà.

L'application de la garantie des vices cachés à la vente de fonds de commerce soulève certaines difficultés. Certains auteurs estiment que le vice doit s'apprécier d'après la nature de la chose vendue : seuls peuvent donc être réparés, dans cette conception, les vices cachés de nature à diminuer la clientèle et les défauts affectant seulement un des éléments vendus ne sauraient déclencher la garantie (RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°618). Cette analyse est sans doute liée à la notion de fonds de commerce adoptée, reposant principalement sur le droit à la clientèle (RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°522 ets.). Elle n'emporte pas la conviction, pour deux raisons (v. en ce sens : Lamy droit commercial 1991, n°844 et les références citées). D'une part, elle est beaucoup trop favorable au commerçant, qui pourrait céder plusieurs éléments défectueux sans encourir de responsabilité, tant que le droit à la clientèle n'est pas atteint. D'autre part, elle permet d'éviter d'aborder la question de la complexité de l'objet transmis. La cession de fonds de commerce mérite en effet d'être approfondie. Nul doute que quelque chose de distinct des éléments ne soit cédé, qu'il s'agisse ou pas d'une universalité. Mais cette cession de l'ensemble efface-t-elle pour autant le principe d'une cession des éléments, avec leurs régimes propres ? (comp. avec les auteurs qui estiment que la cession du fonds entraîne celle des brevets et que le régime propre à celles-ci (forme, publicité) doit être respecté : J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.414-416 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. cité infra, n°535). Une réponse affirmative n'est nullement certaine et les objets de la prestation complexes, à plusieurs «étages», sont des concepts du droit positif et non de pures créations théoriques (transaction (cf. supra n°61 (note)) ; mandat (contrat conclu et chose objet de la prestation caractéristique de ce contrat : la destruction de la chose avant la conclusion rend impossible la conclusion du contrat et annule le mandat ; cf. supra n°756 (note)) ; cessions de titres (cf. supra n°844)). Ce genre de construction doit être étudiée avec attention, car il pourrait s'agir d'une situation originale, différente de cessions à titre accessoire des éléments, et se rapprochant plutôt d'une pluralité de cessions emboîtées les unes dans les autres.

(4)V. par exemple : Y. GUYON, op. cit., n°704 ; A. JAUFFRET, Rép. com., v° Fonds de commerce, n°312 et s. ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., n°615.

(5)V. par exemple : PLANIOL et RIPERT, T.X, n°312.

caractère d'ordre public de cette garantie n'aurait pas dû permettre la licéité de clauses contraires. Les tribunaux ont cependant assoupli cette exigence en enfermant le rétablissement dans certaines limites, sans le prohiber totalement, et en acceptant parfois les stipulations des parties prévoyant en toute connaissance de cause une réinstallation du vendeur à proximité du fonds cédé[1].

846.– Dans une première approche, le droit des brevets conforte également la position classique. La cession à un tiers, par le titulaire d'un brevet, de son droit privatif est unanimement analysée par la doctrine[2] et la jurisprudence[3] comme une véritable vente. La licence quant à elle est assimilée à un bail[4] et le couple cession-licence est souvent comparé au binôme vente-location. Sur de nombreux points, le régime des cessions de brevet s'identifie à celui de la vente. La cession doit avoir un prix déterminé ou déterminable[5]. La règle du transfert immédiat est appliquée[6]. Le vendeur est tenu des obligations traditionnelles de délivrance, de garantie d'éviction ou de garantie des vices. Ainsi, le cédant ne saurait évincer le cessionnaire en agissant en nullité du brevet[7]. De même, la garantie des vices cachés peut jouer pour des vices de

---

(1)Pour la jurisprudence : Req. 21 juillet 1873, D. 1876-1- p.70 ; Com. 2 décembre 1965, RTD com. 1966, p. 309, obs. A. JAUFFRET (pour deux garages situés en face l'un de l'autre).
Pour la doctrine : PLANIOL et RIPERT, T.X, n°313.

(2)P. ROUBIER, «Le droit de la propriété industrielle», Sirey 1954, T.2, 179 et n°181 ; J. FOYER et M. VIVANT, «Le droit des brevets», Thémis PUF 1991, p.414-415 (et l'auteur cité en sens inverse (ancien et isolé), en faveur d'un contrat aléatoire) ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, «Droit de la propriété industrielle», 3e édit., 1990, n°257 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. com., v° Brevet d'invention, n°535-536 (qui estime que les règles de la vente doivent «en principe» être appliquées) ; M. VIVANT et Ch. LE STANC, Lamy informatique, 1992, n°212 ; Lamy droit commercial 1991, n°4435.

(3)Req. 25 mai 1869, DP 1869-1- p.367 ; Paris 12 juillet 1971, PIBD 1972, 3, p.28 ; Toulouse 17 juin 1976, Ann. prop. ind. 1976, p.219, note J.-J. BURST.

(4)J.-J. BURST, «Breveté et licencié», C.E.I.P.I., Litec 1970, n°486 (réfutation très nette de la simple obligation négative soutenue autrefois : v. par exemple : M. PLANIOL, note DP 1893-2-p.329) ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.432 et s. ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°301 ; RIPERT et ROBLOT, T.1, 14e édit., n°502 ; Lamy droit commercial 1991, n°4456 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°576 (qui évoque certaines inadaptations).
Contra : P. ROUBIER, op. cit., n°183-184 (contre une analyse purement négative en obligation de ne pas s'opposer à l'exploitation) et n°190 (en faveur d'un contrat sui generis, même si l'auteur reconnaît des ressemblances avec le bail) ; P. MATHELY, «Le droit français des brevets d'invention», 1974, p.385.
Pour la jurisprudence : Orléans 13 juillet 1892, DP 1893-2- p.239, note M. PLANIOL ; Paris 22 juin 1922, Ann. prop. ind. 1922, p.353 ; Tb. com. Seine 20 octobre 1922, Ann. prop. ind. 1923, p.288.

(5)A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°263 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.417 (assez imprécis quand même : est-ce le régime dur de la vente ?).

(6)V. implicitement : P. ROUBIER, op. cit., n°180 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.419 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°269.

(7)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.418 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°541 et 559.

conception du brevet, tels qu'un danger d'incendie ou d'explosion affectant le produit fabriqué selon le procédé vendu[1].

847.– Au-delà, cependant, des difficultés surgissent. Certaines ne sont pas insurmontables et les particularismes qu'elles suggèrent ne sont pas considérés par la doctrine comme rédhibitoires. En premier lieu, tous les droits ne sont pas transférés et la cession ne concerne pas le droit au nom, le droit aux récompenses industrielles ou le droit de priorité unioniste[2]. La solution est caractéristique des propriétés intellectuelles qui regroupent diverses prérogatives moins imbriquées que celles du titulaire d'un droit réel et elle s'impose nécessairement pour le droit moral, traditionnellement considéré comme incessible. Dans le même ordre d'idées, les cessions peuvent n'être que partielles quant à l'objet du droit cédé (article 43 de la loi de 1968)[3]. Un démembrement classique, par exemple la constitution d'un usufruit, est concevable[4] mais, le plus souvent, le morcellement du droit prend une autre forme et la cession est limitée à certains aspects du brevet[5] ou à certaines zones territoriales[6]. Les modalités du «découpage» du droit sont donc plus variées que pour la vente d'un meuble corporel. S'il en résulte dans ces cas une copropriété[7], celle-ci ne correspond pas exactement à celles rencontrées habituellement pour les droits réels. Néanmoins, cette démultiplication des cessions quant à leur objet reste compatible avec la vente. Une analyse identique semble applicable à l'obligation de délivrance. Le vendeur doit délivrer les accessoires, ce qui pose problème pour les communications de savoir-faire[8] et les perfectionnements du brevet[9]. Toutefois, ces difficultés concernent moins le principe posé par l'article 1615 du Code civil, que sa mise en œuvre quant à la détermination des accessoires visés. Enfin, certains auteurs constatent quelques

---

(1)V. par exemple : Paris 29 octobre 1987, Ann. prop. ind. 1988, p.300 (brevet sur un médicament dont l'application a été interdite) ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°281.

(2)J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°550 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.419 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°273-274 ; P. ROUBIER, op. cit., n°179.

(3)Rappr. d'ailleurs, en matière de droits d'auteur, la règle d'interprétation restrictive des cessions de droits : C. COLOMBET, «Propriété littéraire et artistique», 1990, n°296 ; H. DESBOIS, «Le droit d'auteur en France», 1978, n°492, p.607.

(4)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.418.

(5)P. ROUBIER, op. cit., n°179, p.251 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.418 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°545 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°258.

(6)P. ROUBIER, op. cit., n°179, p.251 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.418 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°545 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°258.

(7)J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°545 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°258.

(8)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.421 et 426 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°557 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°278.

(9)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.420 et 426 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°551-552 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°270.

concours d'actions : si le cédant continue à exploiter, le cessionnaire peut invoquer aussi bien la garantie d'éviction que l'action en contrefaçon[1]. Selon un auteur, l'action en garantie vient «doubler» l'action en contrefaçon[2], ce qui semble sous-entendre que la solution ne soulève pas d'incompatibilités techniques insurmontables.

848.– Pour certaines difficultés, l'exercice de «transposition»[3] devient ardu. Deux problèmes particuliers méritent spécialement d'être évoqués[(4)].

Le premier concerne le traitement juridique des nullités du brevet, notamment lorsque l'invention est dépourvue de nouveauté ou qu'elle est inexploitable industriellement. Cette hypothèse rentre en effet difficilement[5] ou, plus exactement, trop facilement, dans les catégories traditionnelles du droit de la vente, puisqu'elle peut relever simultanément de plusieurs actions. Le défaut de l'invention entraîne la nullité du brevet, qui provoque la disparition du droit transmis. Un enchaînement semblable ne peut se rencontrer en matière de droit réel portant sur une chose corporelle : la présence éventuelle d'un vice caché diminue ou supprime l'utilité de la chose, mais reste sans influence sur le droit. En matière de brevets, au contraire, trois actions sont envisageables. Il semble possible d'intenter une action en nullité pour défaut d'objet (ou défaut de cause)[6]. Ensuite, certains auteurs estiment qu'une action en garantie des vices est possible[7], car cette garantie couvre à la fois les vices juridiques et matériels[8]. Enfin, comme la nullité du brevet aboutit à une éviction du cessionnaire, d'autres auteurs considérent que le vice juridique relève de la garantie d'éviction[9]. La difficulté est d'autant plus sérieuse que les régimes en cause sont

---

(1)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.426 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°559.

(2)J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°559.

(3)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.421.

(4)Une autre difficulté est parfois signalée : comme la protection privative d'un brevet n'est accordée que pour une durée limitée, une licence exclusive d'exploitation consentie pour la totalité de la période n'équivaut-elle pas une vente ? La solution doit, semble-t-il, être repoussée (v. P. ROUBIER, op. cit., n°183, p.262-263). Le licencié ne bénéficie pas d'un droit complet de disposition sur le brevet. Il doit exploiter, sous peine de résiliation, ce qui montre que le breveté est resté le véritable titulaire du droit. D'ailleurs, en pratique, le prix est généralement fixé en fonction de l'exploitation et il est donc échelonné dans le temps. Une cession du brevet est donc parfaitement concevable, le cessionnaire encaissant le solde du prix.

(5)Contra : P. ROUBIER, op. cit., 181. Pour des références plus complètes sur cette question : J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.415.

(6)P. ROUBIER, op. cit., 181 (qui évoque aussi la garantie).

(7)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.426. Contra : P. ROUBIER, op. cit., loc. cit.

(8)J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.422 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°558 ; Lamy droit commercial 1991, n°4448 et s., spéc. 4451.

(9)A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°281 et 284 ; J.-J. BURST, «La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession de brevet d'invention en cas d'annulation du brevet», D. 1976, p.115. La situation évoque d'ailleurs la garantie de l'existence du titre qui pèse sur le cessionnaire de la créance.

différents, particulièrement pour la licéité des clauses élisives et limitatives. Notamment, le cumul entre l'action en nullité et les actions en garantie est inconciliable puisque, pour la première, toutes les clauses exonératoires ou limitatives sont anéanties rétroactivement par la nullité du contrat[1]. Il est impossible de trancher ici un débat d'une telle complexité, mais la spécificité de l'objet de la prestation incite à penser que chacune de ces positions contient une part de vérité. Il y a bien à la fois un vice caché, une éviction et un défaut d'objet. Or, l'exemple de la distinction de l'erreur, du vice caché et de la non-conformité en matière de vente, montre que le problème des concours d'action est particulièrement mal résolu en droit positif, même lorsque l'existence du droit n'est pas en cause. Un régime original, spécifique aux brevets, semble donc fortement souhaitable. Bien que les dispositions d'ordre public soient nombreuses en ce domaine, il faut souligner que les auteurs proposent souvent des aménagements aux règles normales de la vente[2], ce qui montre l'inadaptation au moins partielle de cette qualification .

Ensuite, une doctrine particulièrement autorisée évoque parfois la possibilité de cessions de brevet conclues pour une durée déterminée[3]. A l'issue de la période convenue, le cessionnaire «restituerait» au cédant le brevet acquis. Une telle solution est incompatible avec une vente à réméré, puisqu'aucun prix de rachat n'est stipulé et que, de toute manière, la fonction de crédit des véritables ventes à réméré est ici hors de propos. Elle ne saurait non plus relever d'une analyse fondée sur une qualification de vente pure et simple, car un transfert de propriété limité dans le temps n'est pas concevable. Les transferts temporaires de droit réels ne peuvent constituer que des démembrements, limitativement énumérés, dont aucun ne correspond à la situation évoquée.

---

(1)La jurisprudence semble confuse : RIPERT et ROBLOT, T.1, 14e édit., n°501 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°282 et 287. V. aussi pour la validité des clauses interdisant au cessionnaire d'agir en nullité du brevet : J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°541. L'efficacité de cette stipulation semble très contestable au regard de la nullité pour défaut d'objet, qui devrait invalider la clause en même temps que le contrat.

(2)V. par exemple, pour l'adaptation de la jurisprudence relative aux vendeurs professionnels, même pour les seuls vices matériels : J.-M. MOUSSERON, «L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets d'invention», Mélanges DESBOIS, p.157 et s. ; comp. plus réservés : A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°281-282.

(3)P. ROUBIER, op. cit., n°179, p.251 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°549 (effet translatif définitif et effet obligationnel limitable dans le temps) ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°259.

849.– Initialement, les contrats translatifs relatifs au droit d'auteur sont apparus comme assez proches de la vente[1]. Depuis la loi de 1957, la situation s'est compliquée et la disparition de ces conventions des ouvrages consacrés aux contrats spéciaux n'est pas un hasard. La référence à la vente ne peut plus être admise sans réserves et il est facile de mettre en évidence plusieurs particularismes de ces contrats, tant sur le plan de leur régime juridique que sur celui de leur qualification .

Les contrats translatifs relatifs au droit d'auteur possèdent un régime qui s'éloigne sur de nombreux points des règles traditionnelles de la vente. Il convient tout d'abord de souligner que la loi de 1957 adopte toute une série de dispositions spécifiques concernant le consentement, la capacité, la forme du contrat, la rémunération de l'auteur ou la rescision pour lésion, qui rendent inutile une référence au droit commun de la vente. De plus, la garantie des vices cachés y est quasiment sans objet[2], alors que la garantie d'éviction bénéficie d'un régime propre[3]. L'article 54 de la loi de 1957 dispose que «l'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé». La formule semble bien succincte, comparée aux nombreuses dispositions du Code civil relatives à la garantie d'éviction. En particulier, le régime des clauses exonératoires n'est pas précisé. Cette disposition doit d'ailleurs être complétée par la prise en compte du droit de repentir (ou de retrait) consacré par l'article 32 de la loi de 1957, dont l'exercice est susceptible de réaliser une éviction du fait personnel, radicalement incompatible avec le droit de la vente. En définitive, le régime des contrats translatifs est largement déterminé par la seule loi de 1957 et le recours à la qualification de vente ne s'impose que pour combler d'éventuelles lacunes. Du fait de l'existence d'un corps de règles suffisamment nombreuses et cohérentes, il est douteux que ces transpositions puissent se réaliser automatiquement, sans vérifier au préalable que la disposition de droit commun est conforme à l'économie générale des contrats d'exploitation du droit d'auteur.

850.– S'agissant ensuite de la qualification, les contrats translatifs suscitent certaines divergences en doctrine. Les auteurs s'interrogent sur le point de savoir si les cessions de droit d'auteur doivent obligatoirement emprunter les formes définies par la

---

(1)PLANIOL ET RIPERT, T.X, n°12 ; rappr. n°328 et s. (plus nuancé) ; BEUDANT, T.XI, n°9 ; RIPERT et BOULANGER, T.3, n°1331 (qui rappellent la solution en la nuançant).

(2)J.-L. GOUTAL, «La protection juridique des logiciels», D. 1984, p.197, spéc. n°17, p.202.

(3)Cf. plutôt en sens inverse : C. COLOMBET, «Propriété littéraire et artistique», 1990, n°337. Comp. R. DUMAS, «La propriété littéraire et artistique», Thémis PUF, 1987, p.277 et la formule curieuse employée : la garantie doit jouer pendant toute la période durant laquelle «le contrat à exécution successive est en vigueur».

loi de 1957. Trois théories semblent concevables mais toutes présentent des caractères originaux par rapport au droit commun de la vente.

Pour Desbois, le législateur de 1957 n'a pas retenu la distinction cession-licence assortie d'une obligation d'exploiter que connaît le droit des brevets[1]. Selon l'éminent auteur, la loi impose au cessionnaire de mettre en œuvre les droits acquis[2], car sa finalité profonde est de protéger les auteurs lors de l'exploitation de leurs droits patrimoniaux[3]. Dans cette conception, le mode normal de cession est donc le contrat d'édition qui oblige l'éditeur, en contrepartie du droit de reproduction acquis, à diffuser l'œuvre de l'auteur[4] et les cessions pures et simples sont impossibles[5]. Dès lors, la référence à la vente devient inadaptée. S'il y a bien contrat translatif, cette transmission est organisée de façon originale et obligatoire selon un modèle de contrat, le contrat d'édition, dont la structure est spécifique. Il peut s'agir d'un contrat simple, assurant une transmission à titre onéreux des droits de l'auteur assortie d'une obligation accessoire impérative de diffusion, ou, plus sûrement, d'un contrat mixte par opposition et par addition, la cession des droits étant contrebalancée par deux obligations principales d'exploiter[6] et de payer un prix. Par un classique effet de «trou noir»[7], la conclusion de cessions pures et simples est interdite. Dans les deux cas, la technique de qualification est peu fréquente[8] et elle se distingue des règles habituelles de la vente où l'obligation de faire usage de la chose vendue est soit une obligation secondaire sans influence sur la qualification, soit une clause restreignant les droits de l'acquéreur et qui, par conséquent, pourrait voir sa licéité discutée.

851.– Cette analyse est sans doute excessive. L'auteur a reconnu lui-même qu'elle ne s'appliquait qu'à la cession du droit de reproduction et qu'elle ne valait pas

---

(1)H. DESBOIS, «Le droit d'auteur en France», 3e édit., 1978, n°491 et n°492, p.606 et p.608 ; C. COLOMBET, op. cit., n°289. Pour l'exposé et la critique : M.-E. LAPORTE, «Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle», JCP 1991, I, 3540, n°23 et s.

(2)H. DESBOIS, op. cit., n°492, p.611 ; R. FRANCON, «La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur», D. 1976, p.55, spéc., p.56.

(3)H. DESBOIS, op. cit., n°490 et s., spéc. n°492, p.608.

(4)Rappr. H. DESBOIS, op. cit., n°492-2. L'auteur souligne la structure surprenante du contrat d'édition : naturellement organisé sous la forme d'un louage d'ouvrage, il se voit conférer un effet translatif par la loi de 1957.

(5)H. DESBOIS, op. cit., n°492, p.608.

(6)V. R. PLAISANT, J.-Cl. Civil annexes, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 330, n°69 (obligation «essentielle»).

(7)Cf. supra n°683 et s.

(8)Cf. supra n°385 et s., pour la prise en compte d'une obligation accessoire dans la qualification et infra n°1392 et s., pour les contrats mixtes par opposition et par addition.

pour le contrat de représentation[1]. Il a par ailleurs continué à examiner aussi les cessions pures et simples[2]. La majorité de la doctrine semble en sens inverse et la plupart des auteurs reconnaissent que la cession peut être pure et simple ou assortie d'une obligation d'exploiter, ce qui correspond au contrat d'édition[3]. La situation n'en demeure pas moins originale. La transmission du droit de reproduction, voire d'adaptation ou de traduction, peut prendre deux formes juridiques différentes, dont l'une possède une structure comparable à celle de la vente(4) et dont l'autre utilise un critère de qualification supplémentaire, à savoir l'obligation d'exploitation, qui peut constituer selon les analyses soit une obligation accessoire par destination de l'obligation de payer le prix normalement proportionnel, soit une obligation principale caractéristique d'un contrat complexe. L'objet de la prestation assure donc un effet minimal de démultiplication des qualifications. Un effet similaire se rencontre dans le droit des brevets mais il concerne alors les licences et non les cessions(5).

---

(1)H. DESBOIS, op. cit., n°492-5, p.610. Comp. M.-E. LAPORTE, chr. précitée, n°23 et s., qui étudie un contrat de représentation.

(2)V. par exemple : H. DESBOIS, op. cit., n°601, p.711.

(3)V. par exemple : C. COLOMBET, op. cit., n°330 ; R. DUMAS, op. cit., p.273 ; A. LUCAS, «Droit de l'informatique», Thémis PUF, p.401-402.
Cette position appelle deux remarques. D'une part, si la licéité des cessions pures et simples est affirmée, ces contrats ne font l'objet que de développements très courts et c'est la contrat d'édition qui retient l'attention des auteurs. D'autre part, la situation qui en résulte n'est guère satisfaisante car c'est la convention la plus défavorable à l'auteur qui échappe au régime protecteur de la loi de 1957 (au moins partiellement, cf. note suivante).

(4)Le régime d'une telle convention est des plus incertains. L'inadéquation de la référence à la vente de droit commun apparaît de manière patente. Certains textes généraux de la loi de 1957, comme ceux relatifs au consentement ou à la capacité sont sans aucun doute applicables (cf. supra n°849). D'autres s'avèrent problématiques : article 31 (exigence d'un écrit ; v. C. COLOMBET, op. cit., n°319 ; H. DESBOIS, Rép. civ., v° Propriété littéraire et artistique, n°447), garantie de l'article 54.

(5)L'inventeur qui bénéficie d'un brevet est en effet titulaire de droits mais il lui incombe également certains devoirs, spécialement une obligation légale d'exploiter le brevet, sous peine d'être sanctionné par une déchéance ou une licence obligatoire. Quand le contrat est une cession, l'obligation légale d'exploiter passe sur la tête du nouvel acquéreur : elle est donc sans importance dans la convention. Lors d'une licence, au contraire, l'obligation d'exploiter continue de s'imposer au breveté et il est normal que le contrat intègre une obligation contractuelle d'exploitation (J.-J. BURST, «Breveté et licencié», n°332 (entre autres justifications) ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°616 ; P. ROUBIER, op. cit., n°189 ; l'obligation est implicite lorsque le prix est fonction de l'exploitation ; la solution est différente pour le droit d'auteur où il n'y a pas d'obligation légale d'exploiter et où l'obligation conventionnelle est attachée à la cession). La jurisprudence (v. les décisions citées par J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°615), approuvée par la doctrine (P. ROUBIER, op. cit., n°189 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°615 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.442 et p.448 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°332 et s.), consacre cette solution en imposant, même en l'absence de stipulations précises, une obligation d'exploiter au bénéficiaire de la licence.
Cette diversification des obligations (J.-J. BURST, «Breveté et licencié», n°484) entraîne une démultiplication des qualifications. Il en résulte en effet l'apparition d'une qualification nouvelle ne comprenant pas d'obligation d'exploiter et limitée à la non opposition du monopole d'exploitation (J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°624 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.450-451 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°302 ; pour une application : Com. 5 janvier 1983, JCP

852.- Enfin, une dernière analyse, intermédiaire, consiste à considérer que le législateur de 1957 a entendu lier l'obligation d'exploiter à l'exclusivité des droits acquis[1]. La cession exclusive s'accompagnerait nécessairement d'une obligation d'exploiter, alors qu'une cession non exclusive pourrait s'en dispenser. L'article 54 de la loi de 1957 fait effectivement référence à la possibilité de cessions non exclusives, mais cette théorie reste irréductible au droit de commun de la vente, pour deux raisons. D'une part, les cessions exclusives, seules à se rapprocher d'une vente, doivent emprunter la forme originale du contrat d'édition dont la structure vient d'être analysée et qui appelle par conséquent les mêmes remarques. D'autre part, les «cessions non exclusives» ne sont pas assimilables à des ventes : une vente suppose une aliénation d'un droit, qui passe d'un patrimoine à l'autre. Ce n'est plus le cas en l'espèce et cette qualification est dès lors très discutable, comme l'exemple des logiciels permettra de le montrer[2]. L'hésitation rejoint ici celle affectant la nature des contrats de représentation. Malgré le terme de cession employé par la loi[3], une partie de la doctrine doute à juste titre qu'un droit de représentation puisse être cédé de façon

---

1984, II, 20182, note M. VIVANT ; D. 1984, IR, p.209, obs. J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT). Cette qualification n'est pas discutable lorsque le bénéficiaire de la non-opposition est arrivé par ses propres moyens à mettre au point un procédé similaire ou complémentaire (sur les brevets de perfectionnement, cf. M. VIVANT, note précitée) à celui protégé par le brevet. La possibilité de telles situations provient du particularisme irréductible des biens immatériels : une invention peut être trouvée par plusieurs personnes, alors qu'une chose corporelle ne peut être «trouvée» que par un seul «inventeur» (au sens du droit des biens). Cette convention présente l'avantage pour le breveté de limiter son engagement à une simple prestation négative, sans aucune obligation de garantie, de communication de savoir-faire ou de perfectionnements et, pour le bénéficiaire de la non opposition, de ne pas être tenu d'exploiter. Elle intervient souvent dans des hypothèses où la proximité des inventions rend incertain le régime juridique applicable, faute de savoir si le procédé découvert en second empiète effectivement sur celui déjà protégé et donc si une licence s'impose ou non. La convention de non-opposition se rapproche alors d'une transaction ou plus exactement d'une clause de différend (cf. M. VIVANT, note précitée ; contrairement à la transaction qui a pour but d'éteindre un litige, il semble qu'il s'agisse ici d'empêcher le différend de naître). En revanche, lorque le soi-disant bénéficiaire de la non-opposition ne connait pas le procédé avant la conclusion, l'éviction de la qualification de licence est moins convaincante. Le contrat contient nécessairement une obligation positive de mise à disposition. Le régime du bail étant supplétif, les obligations du breveté peuvent être réduites, mais une difficulté demeure : une licence doit-elle nécessairement prévoir une obligation d'exploiter ? Celle-ci est-elle d'ordre public ? Dans l'affirmative, deux qualifications seulement sont concevables : une licence avec obligation d'exploiter et une convention de non-opposition dans les cas visés plus haut. Par effet de «trou noir» (cf. supra n°683 et s.), les mises à dispositions sans obligation d'exploiter ne sont pas stipulables. Dans la négative, une troisième convention est possible : une «licence» sans obligation d'exploiter. L'objet de la prestation aboutit alors à décomposer une structure unique de bail en deux structures séparées par une obligation accessoire, critère de qualification.

(1)L'idée est déjà présente chez H. DESBOIS (op. cit., n°492-5, p.610). V. S. DURRANDE, J.-Cl. Civil annexes, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 315, «Droit d'exploitation», n°54-56.

(2)Cf. infra n°885 et s.

(3)V. H. DESBOIS, op. cit., n°492, p.606 (le terme concession n'est jamais venu sous la plume du législateur de 1957). Rappr. M. VIVANT, «Le logiciel au pays des merveilles», JCP 1985, II, 3208, n°16 («quand le législateur de 1957 emploie l'expression de cession qui évoque le transfert de propriété, c'est à tout autre chose qu'un transfert qu'il se réfère en général»).

non exclusive[1]. Il faut rappeler qu'en matière de brevets, seules les licences peuvent être exclusives ou pas[2] et que certains auteurs ont tiré argument de cette particularité pour contester la qualification de bail au profit d'une qualification sui generis[3]. Les contrats de représentation devraient donc être, selon les cas, des contrats innommés dont la structure serait proche des licences d'utilisation de logiciels[4] ou de véritables licences non exclusives créatrices d'un simple droit personnel.

853.– Enfin, il convient d'ajouter que la loi de 1957 autorise un dernier particularisme, qui ne cadre pas avec la qualification de vente, quelle que soit la théorie adoptée. Les articles 44 pour les contrats de représentation et, surtout, 56 pour le contrat d'édition[5] prévoient la possibilité de contrats à durée déterminée. Or, il est impossible de transférer un droit réel dans le cadre d'une vente pour une durée limitée dans le temps, sous peine d'amputer le droit transmis du droit de disposer et même, en matière immobilière, au vu des potentialités accordées par les textes récents au preneur, de faire fructifier la chose acquise. La nature incorporelle des prérogatives de l'auteur, en rendant celles-ci indestructibles, modifie les données et un réexamen d'ensemble de la question serait sans doute souhaitable. S'agissant de la loi de 1957, rapportée à la finalité d'exploitation qui s'attache à la cession du droit de reproduction, la possibilité d'une limitation dans le temps est logique, mais elle confirme combien la matière s'est éloignée du droit commun de la vente.

854.– Dégager une conclusion définitive à partir de ces quelques éléments s'avère délicat et une thèse entière serait sans doute nécessaire pour examiner la totalité des problèmes en cause, sous tous leurs aspects. Néanmoins, en simplifiant, il semble que l'affirmation traditionnelle selon laquelle tous les contrats translatifs de droits sont des ventes soit désormais approximative. Au minimum, l'assertion mérite d'être expliquée et sa portée mesurée. Des auteurs classiques indiquent depuis longtemps que la référence aux règles de la vente ne peut être absolue. Ainsi, Planiol souligne que certaines règles légales «tiennent à la nature de l'objet aliéné» (meuble, immeuble, créance) et qu'il faut alors se garder de les transposer à des hypothèses pour lesquelles

---

(1)V. R. PLAISANT, J.-Cl. Civil annexes, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 338, n°24 (ni vente, ni cession inconditionnelle, mais convention de licence non exclusive proche du bail) ; A. R. BERTRAND, «Le droit d'auteur et les droits voisins», Masson 1991, n°8.31, p.335 (pas de transmission en principe).

(2)P. ROUBIER, op. cit., n°185 ; J. FOYER et M. VIVANT, op. cit., p.440 ; J.-M. MOUSSERON, Rép. précité, n°612 ; A. CHAVANNE et J.-J. BURST, op. cit., n°307.

(3)P. ROUBIER, op. cit., n°190.

(4)Cf. infra n°890-891.

(5)V. R. PLAISANT, J.-Cl. précité, Fasc. 330, n°98 et s.

elles n'ont pas été écrites[1]. De même, Ripert et Boulanger, après avoir affirmé que «dans le droit moderne, toute cession de droits faite à titre onéreux est traitée comme une vente», précisent plus loin que «ces différentes cessions obéissent à des règles particulières qui écartent ou permettent d'écarter certaines règles générales», ajoutant même que «les unes sont imposées par la loi, les autres données par les usages»[2]. Les formules employées auraient fort bien pu autoriser des aménagements importants. Que l'expression de ces auteurs ait dépassé leur pensée ou que les implications qui en résultent n'aient pas été clairement perçues par leurs successeurs, en définitive peu importe. Il suffit de constater que les régimes se sont multipliés et que certains prennent des libertés par rapport au modèle, comme la propriété littéraire, alors que d'autres, comme les cessions de brevets, rencontrent des difficultés de transposition sérieuses. La référence au régime de la vente tel qu'il est défini pour le transfert des droits de réel doit donc être assouplie et une analyse nouvelle paraît pouvoir s'ordonner autour de trois propositions.

855.- La première proposition peut sans inconvénient continuer à s'inscrire dans le cadre de la position classique car elle ne concerne qu'un point particulier du régime de la vente : la garantie. Hormis les contrats portant sur des droits réels, toutes les conventions examinées achoppent sur la transposition du régime traditionnel de la vente et de la cession de créance. A cet égard, l'examen du droit positif permet une double constatation. D'une part, parmi les rares dispositions originales du régime de la cession de créance, figurent quelques articles concernant la garantie. De même, la loi de 1957 a réglementé cette question en matière de droit d'auteur. D'autre part, dans les hypothèses où le législateur est resté muet, la jurisprudence a toujours été contrainte de procéder à certains aménagements, y compris lorsque les dispositions sont d'ordre public. Une synthèse de ces deux tendances, s'attachant à l'esprit du Code civil et des textes postérieurs, plutôt qu'à leur lettre, permet d'arriver à la conclusion suivante : la présence d'une réglementation spécifique de la garantie en matière de cession de créance indique que les rédacteurs du Code civil n'ont conçu le régime de la garantie d'éviction et des vices cachés des articles 1625 à 1648 qu'en considération principale de la vente d'un droit réel portant sur une chose corporelle ; ce corps de règles n'est donc pas transposable ipso facto aux autres transferts. Cette interprétation des textes présente le double avantage de justifier la marge de manœuvre que les tribunaux se sont souvent octroyés sans le dire, tout en permettant son élargissement dans les

---

(1)M. PLANIOL, note DP 1893-2- p.329, sous Orléans 13 juillet 1892.
(2)RIPERT et BOULANGER, T.3, n°1331.

domaines où des hésitations subsistent, comme celui des brevets. La latitude ainsi accordée autoriserait à remettre en cause la nature impérative de certaines dispositions[1], à élaborer des définitions plus adaptées des concepts concernés et, peut être, à organiser plus rationnellement les concours d'actions en matière de brevets.

856.- La seconde proposition, de portée plus générale, conduit à remettre en question plus profondément la position traditionnelle. Il est permis de se demander si, parmi les nombreux transferts de droits recensés, une distinction ne peut pas être opérée entre un noyau dur, soumis au régime normal de la vente, sauf exceptions limitées[2], et un second groupe de conventions translatives, plus originales, pour lesquelles les règles de droit commun, même si elles sont d'ordre public, ne doivent être transposées qu'avec prudence, après avoir recherché leurs fondements précis et vérifié leur adaptation aux problèmes posés, en essayant de mettre en lumière toute incompatibilité résultant du particularisme de l'objet de la prestation. La frontière n'est cependant pas facile à fixer et une telle opération nécessite un examen approfondi de tous les régimes en cause, qui dépasse le cadre de cette étude. Les deux extrêmes semblent acquis : les droits réels appartiennent au noyau dur, alors que les cessions de droit d'auteur doivent en être exclues. Entre les deux, il est possible d'hésiter entre diverses conceptions. Dès lors que la transposition automatique du régime de la garantie de droit commun est écartée, les transferts de droits personnels et de droits sociaux, ainsi que les ventes de fonds de commerce paraissent devoir être intégrés dans le noyau dur[3]. L'inadéquation de la qualification de vente se marque surtout pour les propriétés intellectuelles, détachées des choses corporelles (contrairement au fonds de commerce), à savoir les cessions de droits d'auteur et les cessions de brevets[4]. En particulier, tous ces transferts semblent compatibles avec des cessions limitées dans le

---

(1)En n'oubliant pas, cependant, que certaines règles peuvent avoir des fondements multiples : ainsi, la garantie du fait personnel peut tout aussi bien s'expliquer par la notion d'obligation fondamentale. La rupture d'une référence automatique avec le droit commun de la vente ne règle donc pas tout, même si la notion d'obligation fondamentale est susceptible d'être interprétée plus souplement en fonction des droits en cause (cf. la vente de fonds de commerce évoquée précédemment).

(2)Celles-ci pourraient concerner : l'élimination des règles écrites en fonction d'un bien de nature précise, l'élimination de toute référence automatique à la garantie de droit commun.

(3)Selon un auteur, l'inadaptation se manifeste aussi pour les règles de détermination du prix (Th. LAMBERT, Thèse précitée, n°18), mais l'obstacle est ici surmontable, car toute cette matière est d'origine jurisprudentielle et la Cour de cassation pourrait fort bien assouplir ses solutions.

(4)Rappr. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°119 et s., spéc. n°122.
V. également les difficultés posées par les cessions globales dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire : A. BOIVIN, «Les effets de la cession de l'entreprise en redressement judiciaire», JCP éd. N 1991, I, p.382, n°5 et s. ; A. BAC, Les conseils de Fidal, JCP éd. E 1992, pan., p.96 (sur la date du transfert de propriété.

temps qui ne peuvent se rencontrer dans aucune des conventions composant le noyau dur. Bien sûr, il serait concevable de ne considérer comme de véritables contrats sui generis que ces cessions temporaires, mais une telle analyse paraît en désaccord avec les auteurs spécialisés dans ces domaines, qui ne semblent pas traiter ces hypothèses de façon singulièrement distinctes. Autant y voir par conséquent le signe d'une originalité irréductible, qui «diffuse» même dans les conventions apparemment plus traditionnelles. La position n'est pas susceptible d'apporter de grands bouleversements en matière de droit d'auteur, dont le particularisme flagrant est désormais acquis, mais elle pourrait conduire à réexaminer les cessions de brevets.

857.- Si la seconde proposition conduit à remettre en cause l'analyse classique, la troisième tend au contraire à lui redonner une certaine valeur, mais dans une acception nouvelle. En effet, même si toutes les conventions translatives étudiées dans cette première section ont vu leur régime se spécialiser toujours davantage, sous l'impulsion conjuguée du législateur et de la jurisprudence, elle possédent, par opposition à certaines qualifications «satellites» nouvelles, une indéniable unité conceptuelle. Schématiquement, elles réalisent toutes[1] *l'aliénation d'un droit*, c'est à dire le changement définitif de titulaire d'un droit, avec passage corrélatif de ce même droit d'un patrimoine à un autre[2]. La section suivante permettra de montrer que cette notion de vente apparaît comme une notion stricte ou étroite par rapport à des variétés récentes de contrats «translatifs» qui utilisent des mécanismes différents de l'obligation de donner (même entendue au sens large). En résumé, l'affirmation traditionnelle demeure exacte, d'un point de vue externe, lorsqu'elle a pour finalité de réunir dans une même famille, sous le vocable de vente, tous les contrats qui transfèrent un même droit d'un patrimoine à un autre. Elle est au contraire dépassée, d'un point de vue interne, dans le cadre ainsi délimité d'une aliénation définitive d'un droit : dans ce cas, l'objet de la prestation joue désormais un rôle minimal de catégorisation. Cette conclusion ne doit pas surprendre. L'apparition de nouveaux contrats du fait de la création d'objets de droits originaux n'est pas un phénomène récent puisque Planiol dans sa célèbre classification en signalait déjà l'existence[3]. Il convient d'en prendre acte pour les contrats translatifs traditionnels et d'en découvrir l'ampleur pour les conventions «satellites».

---

(1)Sous les réserves mentionnées plus haut (n°848 et n°852-853) de certaines cessions temporaires de propriétés intellectuelles.

(2)Rappr. J.-F. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.49

(3)M. PLANIOL, «Classification synthétique des contrats», Rev. crit. lég. jur. 1904, p.470.

SECTION 2

L'ALTERATION EXCEPTIONNELLE DE L'OBLIGATION DE TRANSFERER UN DROIT

858.– L'influence de l'objet de la prestation dans les contrats translatifs ne se limite pas à cette multiplication des sous-catégories. La chose et le droit transmis peuvent parfois remettre plus profondément en cause la qualification du contrat. Tel est le cas lorsque la nature de la chose entraîne l'apparition d'une obligation nouvelle : la vente d'immeuble à construire en constitue une illustration puisque le législateur a bâti une convention originale en tenant compte de l'obligation de construire qui, même si elle est considérée comme structurellement accessoire, est devenue un critère de qualification[1]. Bien que l'hypothèse soit moins connue, l'altération concerne parfois la nature même de l'obligation de transfert. Certes, il ne faut pas s'attendre à rencontrer en ce domaine des disqualifications spectaculaires. La discussion reste circonscrite à des prestations translatives dont la différenciation ne peut provenir que d'altérations subtiles. Les exemples sont peu nombreux et les dénaturations générées par l'objet de la prestation qu'ils révèlent sont en apparence spécifiques et difficilement synthétisables. Si l'influence de l'objet de la prestation est contestable pour la constitution des droits réels démembrés, l'examen de cette première hypothèse permet de mieux cerner la discussion (I). Pour les illustrations positives de ce genre d'influence, une distinction semble se faire jour entre deux types de situations, selon que la prestation translative est altérée directement par la nature de la chose transmise (II) ou qu'elle est modifiée par une influence combinée de la chose et du droit transférés (III).

---

(1)Cf. supra n°523 (note).

I - LA CONSTITUTION DE DROIT REEL DEMEMBRE

859.- Pour la doctrine traditionnelle, la constitution et la cession de droits réels démembrés relèvent du contrat de vente. Quelques auteurs soutiennent cependant une position originale. Notamment, selon Monsieur Overstake, les contrats translatifs se divisent en trois catégories : les transferts de droits préexistants, les démembrements de droits et les promesses de payer une somme d'argent[1]. Pour justifier la distinction des deux premières catégories, Monsieur Overstake considère que les obligations caractéristiques de ces qualifications sont d'une nature différente : obligation de donner dans un cas et obligation de constituer dans l'autre. Par exemple, il importe de distinguer, selon cet auteur, le transfert d'un usufruit déjà constitué, qui est une vente[2], de la constitution initiale d'un usufruit qui constitue une opération voisine mais différente. Dans le premier cas, il ne s'agit que d'un transfert de droit préexistant ; dans le second, il faut d'abord donner naissance à l'usufruit en opérant le démembrement de propriété[3]. Pour Monsieur Overstake, «la vente, l'échange et la donation ne [peuvent] réaliser que le transfert postérieur du droit une fois créé»[4] et il vaut mieux «dire que l'usufruit est constitué à titre onéreux ou à titre gratuit par un contrat autonome dont l'obligation principale est une obligation de donner constitutive d'un droit réel démembré, plutôt que dire que l'usufruit est constitué par vente, échange ou donation, même si une certaine assimilation est possible, car en fait ces contrats ont une obligation de donner à contenu différent»[5]. Cette thèse consacre donc l'influence de l'objet de la prestation sur la qualification, puisque le caractère de droit réel démembré peut faire apparaître une qualification nouvelle. L'influence est complexe, cependant, car elle n'est pas systématique : seule la création du droit est concernée et ses aliénations ultérieures restent des ventes. Appliqué au droit de propriété, ce schéma évoque la situation qui se rencontre pour les objets dont la

---

(1)J.-Fr. OVERSTAKE, «Essai de classification des contrats spéciaux», Thèse LGDJ 1967, p. 41-43. Adde : H. DE PAGE, «Traité élémentaire de droit civil belge», T. IV, 1951, n°4, p.16, note 3 et n°18 (qui limite la vente au transfert d'un droit de propriété et considère les conventions constitutives de démembrements comme des contrats innommés, même s'ils sont très voisins) ; H. MAYER, «L'objet du contrat», Thèse Bordeaux 1968, p.181.

(2)J.-Fr. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.46.

(3)J.-Fr. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.60.

(4)J.-Fr. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.60.

(5)J.-Fr. OVERSTAKE, Thèse précitée, p.61.

fabrication est assurée en exécution d'un contrat d'entreprise, puis qui circulent par la conclusion de contrats translatifs classiques.

860.– Cette thèse, pour intéressante qu'elle soit, n'emporte pas la conviction. Elle est en désaccord avec la jurisprudence[1] et la doctrine[2] qui ne distinguent pas la constitution et la vente d'usufruit. Il semble d'ailleurs difficile de trouver une quelconque différence de régime entre les deux types de conventions. Enfin, sur le fond, même en distinguant deux obligations, l'une de constituer le droit réel et l'autre de le transférer, la qualification de vente semble pouvoir être conservée, à condition de donner un contenu précis à ces deux prestations. Une vente d'usufruit ne comporte stricto sensu qu'une obligation de donner-transfert. La constitution d'usufruit comprend simultanément une obligation de constitution, suivie d'une obligation de transfert. Or, en hiérarchisant ces deux prestations, il apparaît immédiatement que c'est le transfert qui constitue l'obligation principale et caractéristique du contrat de constitution d'usufruit. L'usufruitier s'engage pour que le démembrement de propriété intègre son patrimoine : c'est la transmission du droit qui représente la cause principale de son engagement. La constitution du démembrement a pour but de permettre ce transfert qui, sans cela, serait impossible. La situation décrit très exactement une obligation accessoire nécessaire[3]. L'analyse s'impose d'autant plus que l'opération de «création» du démembrement est en réalité fort simple. Le sens du terme création n'a ici rien à voir avec celui qu'il possède dans le contrat d'entreprise : il s'agit seulement d'opérer un «découpage» à l'intérieur d'un droit de propriété. Le plus souvent, cette constitution se fait automatiquement et quand tel n'est pas le cas, la situation n'est alors pas tellement différente de celle rencontrée dans les ventes d'une parcelle à prendre dans un terrain plus vaste, où figure une obligation de bornage, qui doit permettre de réaliser un «découpage» à l'intérieur d'une chose et non plus d'un droit. Il importe de souligner que cette obligation est une obligation de faire, accessoire nécessaire de l'obligation de donner et il semble, en définitive, que cette qualification soit plus adaptée à l'obligation d'opérer le démembrement de propriété que celle d'obligation de donner. L'examen de cette première hypothèse ne permet

---

(1)V. Rouen 2 juillet 1951, S. 1952-2- p.60 (lésion appliquée à une constitution de servitude). Rappr. : Civ. 1e 12 juin 1990, D. 1991, p.405, note J. MASSIP (pour la terminologie : «vente» d'un droit d'usage et d'habitation) ; CJCE 4 décembre 1990, D. 1991, IR, p.23 (assimilation de la constitution et du transfert de droits réels en matière d'harmonisation de TVA).

(2)Les auteurs cités précédemment (notes 841) ne distinguent pas entre vente et constitution : BAUDRY-LACANTINERIE, T.6, n°455 et n°1094 ; BEUDANT, T.XI, n°9 ; B. GROSS, J.-Cl. Civil, Art. 578-581, n°5-6 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°184.

(3)Cf. supra n°371 et s. et infra n°1041 et s.

donc pas de conclure que l'objet de la prestation, un démembrement de droit réel, modifie la nature de l'obligation de transférer. Tout juste est-il possible de constater l'adjonction d'une obligation accessoire supplémentaire, qui reste sans influence sur la qualification.

II - L'INFLUENCE DIRECTE DE LA CHOSE SUR L'OBLIGATION DE TRANSFERER UN DROIT : LA FOURNITURE D'ELECTRICITE

861.- La fourniture d'électricité soulève des problèmes beaucoup plus délicats. La matière semble très confuse pour plusieurs raisons, tenant notamment à la complexité des dispositifs techniques de distribution du courant et à l'absence de prise de position tranchée (pour l'instant) de la Cour de cassation, qui laisse perdurer des solutions des juges du fond totalement contradictoires[1]. Dans leur grande majorité, les tribunaux tranchent les conflits qui leurs sont soumis sans préciser la qualification mais, lorsqu'une prise de position est indispensable, par exemple lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 2 du décret de 1978 sur les clauses abusives, les décisions n'hésitent pas à qualifier de vente le contrat conclu entre E.D.F. et ses clients[2]. La doctrine semble assez réservée[3], alors que les textes internationaux sont

---

(1) Les revues «généralistes» donnent d'ailleurs une idée assez fausse de ce contentieux et il est indispensable de consulter des revues plus spécialisées comme les Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz. Adde Juris-Data question posée : fourniture-électricité ETP abonnement.

(2) V. en ce sens : TGI Angers 11 mars 1986, JCP 1987, II, 20789, note J.-P. GRIDEL ; RTD civ. 1986, obs. J. MESTRE (décret de 1978) ; sur appel (confirmation) Angers 16 décembre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.178, note P. SABLIERE ; TGI Nice 5 mai 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.248 ; Reims 11 octobre 1988, Juris-Data n°46893 (art. 2272 al. 4 du Code civil - implicitement) ; Tb. com. Paris 23 octobre 1989, JCP 1990, II, 21573, note G. PAISANT ; JCP éd. E., II, 15761, p.285, obs. M. VIVANT et A. LUCAS (décret de 1978) ; Nîmes 6 décembre 1989, JCP éd. E 1990, II, 15920, n°16, obs. A. LUCAS et M. VIVANT ; Nîmes 8 mars 1990, JCP 1990, II, 21573, note G. PAISANT.
Rappr. aussi : Lyon 8 novembre 1979, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.259 (qualification évoquée par le moyen et que la Cour ne précise pas).

(3) J. MESTRE, obs. RTD civ. 1986, p.589 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°118 ; A. LUCAS et M. VIVANT, obs. précitées JCP éd. E 1990, II, 15920, n°16 ; P. SABLIERE, note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.182 ; comp. plus nettement opposé, «Clauses limitatives de responsabilité et clauses limitatives des obligations dans les contrats d'abonnement à l'électricité», Cah. jur. électr. gaz 1986, p.385 et s., spéc. p. 393 et 395.
Admettant implicitement cette qualification : J.P GRIDEL, note précitée, II,A, texte et note 24 ; G. PAISANT, note précitée, n°16.
Ne discutant pas la qualification : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°319 note 94.
Adde (non consulté) : Th. PIETTE-COUDOL, «La responsabilité du fournisseur d'énergie», Rev. Expertises, avril 1986, n°83, p.109.

contradictoires et peuvent être interprétés dans tous les sens : l'article 2 de la Convention de Vienne exclut de son domaine d'application les fournitures d'électricité mais l'article 2 de la directive du 25 juillet 1985 dispose que «le terme « produit » désigne également l'électricité»[1].

862.– Sur le problème de fond, il ne semble pas choquant de considérer que l'électricité puisse être l'objet d'un droit de propriété. Il s'agit d'un bien appropriable[2], consomptible, fongible et même si l'électricité n'est pas une chose corporelle, le titulaire du droit exerce sur elle un pouvoir direct, comme pour tout droit réel. L'évolution de la physique a d'ailleurs montré que la matière et l'énergie entretiennent des liens étroits, la matière ne constituant en définitive que de l'énergie sous une autre forme. L'assimilation recoupe de surcroît les solutions positives du droit pénal qui admet depuis longtemps le vol d'électricité[3] et elle présente l'avantage de conférer à l'électricité un régime identique à celui d'autres formes d'énergie, telles que le gaz[4].

Seulement, même en admettant que l'électricité soit l'objet d'un droit de propriété, un raisonnement sur la nature du droit transféré est insuffisant pour déterminer la qualification du contrat[5]. C'est la convention d'approvisionnement conclue entre E.D.F. et ses clients qui doit être examinée. Or, d'une part, celle-ci regroupe différentes prestations : l'énergie est vendue, mais elle est aussi déplacée des centres de production jusqu'au domicile de l'acheteur, auprès duquel elle doit être disponible de façon permanente(6). D'autre part, les contrats-types et les cahiers des charges

---

(1)Selon un auteur, la Convention de Vienne fournit un argument en faveur de l'exclusion de la vente, alors que la directive réalise une «assimilation artificielle et voulue» (P. SABLIERE, note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.178 et s., spéc. p.182). Ce raisonnement n'emporte pas la conviction. S'il faut à tout prix rechercher l'éventuelle portée de ces dispositions contradictoires, il semble qu'il est moins naturel d'étendre le régime de la vente à un contrat qui ne l'est pas (directive), que de restreindre le champ d'application d'une convention à certaines ventes. Or, c'est exactement ce que réalise la Convention de Vienne dans son article 2 qui stipule que le texte «ne régit pas les *ventes* : ... f) d'électricité», après avoir exclu d'autres conventions dont la nature de vente n'est pas discutable (ventes aux enchères, ventes de bateaux, d'aéroglisseurs, etc.). Sur ces textes, v. aussi : J.-P. GRIDEL, note précitée, II,B ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°118.

(2)V. Reims 11 octobre 1988, Juris-Data n°46893. L'arrêt affirme que «le courant électrique est une marchandise susceptible d'appropriation et a une valeur marchande» (extrait tiré du résumé de Juris-Data), pour faire application de l'article 2272 alinéa 4 du Code civil, texte qui régit la prescription «des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent». Cette décision a été cassée, non sur l'applicabilité de ce texte, mais sur l'existence en l'espèce d'une reconnaissance de sa dette par le débiteur (Civ. 1e 8 janvier 1991, Juris-Data n°130 ; Bull. civ., I, n°130).

(3)Sur le vol d'électricité : . Adde invoquant cet argument : Nîmes 6 décembre 1989, JCP éd. E 1990, II, 15920.

(4)F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°118.

(5)V. très clair : P. SABLIERE, note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.182.

(6) En revanche, l'aspect production est indifférent au client : le contrat conclu avec l'E.D.F. n'est pas un contrat d'entreprise de fabrication d'électricité (contra P. SABLIERE, note Cah. jur. électr. gaz

incluent des stipulations complexes et spécifiques qu'il est indispensable d'intégrer au raisonnement[1]. Ainsi, l'article IV du contrat-type pour la fourniture d'électricité haute-tension[2] stipule que «la puissance souscrite est tenue en permanence à la disposition de l'abonné». L'article XII conforte cette affirmation en précisant que l'E.D.F. «sera en principe responsable des interruptions inopinées de fourniture et, par suite des dommages qui pourront en résulter pour l'abonné», mais le texte ajoute aussitôt que l'E.D.F. ne sera pas responsable «si elle établit que celles-ci sont le fait de l'abonné ou sont imputables à la force majeure». L'alinéa 2 de cet article précise à cet égard que les parties reconnaissent «que, dans l'état actuel de la technique, la fourniture de courant reste, malgré toutes les précautions prises, soumises à des aléas, variables suivant les régions et les lieux desservis, et qu'ainsi peuvent se produire des interruptions qui, dans certaines limites en durée ou en nombre, variables dans chaque espèce, doivent être assimilées, au point de vue de la responsabilité de l'E.D.F., à des cas de force majeure». Enfin, dans l'hypothèse où la responsabilité d'E.D.F. est reconnue, le contrat contient une clause limitative rigoureuse, calculée d'après la consommation journalière moyenne de l'abonné.

863.– En analysant la fourniture d'électricité comme une vente, il est indispensable d'opérer certaines distinctions. La prestation caractéristique du contrat est l'obligation de donner de l'E.D.F. qui s'exécute instantanément lors du tirage d'une certaine puissance sur le réseau. L'électricité, chose de genre, est alors quasi-simultanément, individualisée, transférée et consommée. Dans ce cadre, la responsabilité du fournisseur dépend de l'obligation inexécutée. La fourniture d'un courant de mauvaise qualité, d'une tension excessive ou insuffisante ou affecté de

---

1988, p.182). Il suffit d'appliquer les critères classiques permettant de distinguer la vente et l'entreprise (cf. supra n°455 et s.) : le client cherche un résultat et la convention s'apparente à une vente sur catalogue.

(1) La nature exacte des rapports entre l'E.D.F. et ses clients, la présence de cahiers des charges d'origine réglementaire qui fixent les droits et les obligations des parties suscitent de nombreuses discussions, notamment pour l'application du décret de 1978 (v. par exemple : P. SABLIERE, chr. précitée, p.385-387 ; J.-P. GRIDEL, note JCP 1987, II, 20789 ; G. PAISANT, note précitée). La Cour de cassation semble s'orienter très nettement vers une solution privatiste et contractuelle (Civ. 1e 9 décembre 1986, JCP 1987, II, 20790, note J.-P. GRIDEL ; Civ. 1e 17 novembre 1987, Bull. civ., I, n°298, p.214 ; pour les juges du fond, v. dans le même sens : Grenoble 23 février 1989, Juris-Data n°41284 ; Versailles 19 mai 1989, Juris-Data n°42258). La solution pourrait laisser entière la détermination de la juridiction compétente pour réputer non écrite une clause abusive en vertu du décret (J.-P. GRIDEL, note JCP 1987, II, 20789, II, A ; G. PAISANT, note précitée, n°15), mais les tribunaux judiciaires paraissent franchir l'obstacle sans état d'âme (v. les décisions citées infra n°866 (note).

(2) V. les stipulations rapportées par Dijon 11 juillet 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.265 ; v. aussi J.-P. GRIDEL, note précitée, note 5. Adde : P. SABLIERE, «De nouvelles relations contractuelles pour la fourniture de l'électricité aux clients industriels : le protocole EDF-CNPF-CGPME du 5 février 1992», Cah. jur. électr. gaz 1992, p.143 et s.

micro-coupures, relève de la garantie des vices cachés ou de la non conformité. En revanche, l'interruption de fourniture viole l'obligation de délivrance de l'E.D.F. que le contrat stipule comme une prestation continue.

Toutefois, une telle conception omet que le contrat conclu avec l'E.D.F. est généralement considéré comme un contrat d'approvisionnement, c'est à dire comme un contrat-cadre[1], suivi de multiples contrats d'application. Une répartition des obligations entre ces différentes conventions s'avère donc nécessaire. La responsabilité du fournisseur d'électricité à l'occasion des contrats d'application semble devoir se limiter au courant délivré, mais de mauvaise qualité, mettant en cause la garantie des vices cachés ou l'obligation de délivrance conforme. Le contrat cadre, quant à lui, définit les conditions de la relation d'approvisionnement qui s'établit entre les parties, au premier rang de laquelle se trouvent les modalités de la délivrance : l'approvisionnement doit être continu, sauf les exceptions visées par le contrat.

864.- Pourtant, il est permis de se demander si cette qualification de vente est pleinement satisfaisante. Les stipulations indiquées précédemment, la jurisprudence et les conditions techniques d'exécution du contrat laissent apparaître en effet certains problèmes.

Tout d'abord, il est essentiel de constater que la plupart des décisions raisonnent globalement sur une obligation de fourniture d'électricité, en se contentant, au mieux[2], de déterminer si elle doit être qualifiée d'obligation de moyens[3] ou de résultat[4]. Cette

---

(1) V. en ce sens : B. GROSS, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 790, Contrats par abonnement, n°48 et s. ; J. MESTRE, obs. RTD civ. 1986, p.589 ; G. PAISANT, note précitée, n°16.

(2) Certaines décisions ne tranchent en faveur d'aucune solution : TGI Digne 14 janvier 1981, Cah. jur. électr. gaz 1981, p.80 ; TI Montargis 7 décembre 1982, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.157 (implicitement plutôt moyens) ; Ch. mixte 4 février 1983, Bull. civ., n°2, p.1 (où la Cour se contente d'entériner la solution des juges du fond) ; TI Perpignan 18 mars 1987, Cah. jur. électr. gaz 1987, p.870, note P. R. (plutôt moyens) ; Montpellier 16 mars 1988, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.280, obs. P. SABLIERE (plutôt résultat, malgré la note) ; TI Vannes 25 mai 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.249 (plutôt moyens) ; Bourges 21 juillet 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.197, note P. RONGERES ; Civ. 1e 4 octobre 1989, Juris-Data n°3009 (qui semble seulement reprendre la solution des juges du fond ; sur cet arrêt, v. aussi la note G. PAISANT, précitée).

(3) Douai 18 octobre 1985, Cah. jur. électr. gaz 1986, p.183, note P. L. ; TI Paris 20 mars 1986, Cah. jur. électr. gaz 1986, p.414 ; TGI Avignon 14 janvier 1987, n°1664-84, inédit ; TGI Bourges 17 février 1987, Cah. jur. électr. gaz 1987, p. 695, note P. RONGERES (implicitement, puisque les circonstances inconnues profitent à l'E.D.F.) ; TGI Saint-Omer 22 janvier 1988, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.280, note P. SABLIERE (pour les contrats non personnalisés) ; Douai 17 mars 1989, JCP 1989, II, 21386, note O. SACHS ; Chambéry 5 septembre 1989, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.413, note P.S. sur pourvoi (rejet) Civ. 1e 22 mai 1991, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.285 (qui ne prend pas position sur la nature de l'obligation) ; Rennes 30 janvier 1990, Juris-Data n°41031 ; TGI Lille 19 octobre 1990, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.242.

présentation n'est pas conforme, a priori, au régime de la vente, qui invite à distinguer les divers engagements du vendeur. Toutefois, la violation la plus couramment invoquée est une interruption dans la fourniture. Ce genre d'incident constitue un non-respect de l'obligation de délivrance(1). Or, si l'obligation de délivrance est normalement une obligation de résultat, elle demeure en principe[2] sous l'emprise de la volonté des parties[3], qui peuvent la transformer en obligation de moyens ou aménager les facultés d'exonération du vendeur. Il serait donc concevable de considérer que le choix des tribunaux entre obligation de moyens et de résultat ne concerne que la délivrance[4], mais il importe de souligner qu'une telle conception n'est qu'une interprétation doctrinale, car les décisions qui se réfèrent à l'obligation de délivrance sont très peu nombreuses[5].

865.– Cependant, la responsabilité d'E.D.F. n'est pas seulement mise en cause pour des interruptions dans la délivrance continue et les abonnés lui reprochent de plus

---

(4)Lyon 8 novembre 1979, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.259 (hésitant) ; Riom 2 avril 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.263 ; Paris 4 juin 1980, JCP 1980, II, 19411 ; RTD civ. 1981, p.171, obs. G. CORNU ; Dijon 11 juillet 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.265 ; TGI Nice 5 mai 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.248 ; TGI Brest 11 juin 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.246 (implicitement) ; TGI Albertville 20 octobre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.19, note P. S. ; TGI Saint-Omer 22 janvier 1988, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.280, note P. SABLIERE (pour les contrats personnalisés) ; TI Puy-en-Velay 10 juin 1988, Cah. jur. électr. gaz1989, p.249 ; TGI Toulouse 6 décembre 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.200, note C.C.M. ; Nîmes 6 décembre 1989, JCP éd. E 1990, II, 15920, n°16 ; Nîmes 8 mars 1990, JCP 1990, II, 21573 ; TGI Blois 10 mai 1990, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.242.
V. en doctrine, favorables à cette analyse : note anonyme Cah. jur. électr. gaz 1981, p.81 (pour la haute-tension) ; P. L., note Cah. jur. électr. gaz 1986, p.184 ; J.-P. GRIDEL, note JCP 1987, II, 20789 ; G. PAISANT, note précitée, n°3-7.
Contra : P.S., note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.19 ; chr. précitée, p.387-389 ; O. SACHS, note précitée.

(1)Il convient de préciser qu'une interruption de fourniture n'est pas constitutive d'un simple retard dans la livraison, violation qui relèverait de l'inexécution d'un contrat de transport d'énergie, échappant comme tout retard à la Loi Rabier (en ce sens : P. SABLIERE, note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.183 ; rappr. Lyon 8 novembre 1979, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.259, spéc. p.260, qui évoque la possibilité d'une «récupération des heures perdues»). Si un fournisseur s'engage à livrer tous les jours des bonbonnes de gaz, l'absence de livraison un jour donné est bien un retard. En revanche, pour une prestation continue, l'interruption est une inexécution définitive qui ne pourra jamais être rattrapée. Il en est de même pour toutes les prestations continues (gardiennage, publicité par affichage, etc.).

(2)Cf. les réserves infra n°866 pour les consommateurs.

(3)P. SABLIERE, note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.182 ; M. ALTER, J.-Cl. Contr. distr., Fasc 310, p.3 ; FROSSART, n°305 ; G. PAISANT, note précitée, n°6. Puisque la discussion porte sur la continuité de la fourniture, l'adage «genera non pereunt» est inapplicable (v. Lyon 8 novembre 1979, précité).

(4)V. en ce sens : G. PAISANT, note précitée ; rappr. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°118.

(5)TGI Nice 5 mai 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.248 ; Angers 16 décembre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.178.

en plus souvent la fourniture d'un courant de mauvaise qualité. Spécialement, les micro-coupures, qui demeurent sans conséquence pour la plupart des appareils électriques, perturbent le fonctionnement des appareils informatiques dont la mémoire vive est perdue, même lors d'interruptions de très courte durée. L'examen du contentieux révèle curieusement une absence totale de référence à la garantie des vices cachés. Contrairement au régime qui devrait résulter d'une qualification de vente, la plupart des décisions traitent uniformément la mauvaise qualité du courant et l'interruption dans la délivrance[1]. Elles respectent d'ailleurs en cela la stipulation évoquée précédemment sur les aléas contractuellement assimilés à des cas de force majeure, qui vise les interruptions quelle que soit leur durée.

866.- La méconnaissance par les tribunaux de cette distinction élémentaire en matière de vente, entre délivrance et garantie des vices, pose un dernier problème lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la clause limitative de responsabilité et celle de la clause d'extension conventionnelle des cas de force majeure. Comme la responsabilité de l'E.D.F. est rarement retenue, le contentieux est ici assez réduit[2].

S'agissant de la clause limitative, les décisions qui considèrent l'abonné comme un consommateur au sens de la loi de 1978 la réputent non écrite[3]. Au contraire, les juridictions qui ont une conception plus stricte de cette notion valident cette stipulation lorsque le cocontractant de l'E.D.F. s'est abonné pour ses besoins professionnels[4]. La première solution n'est pas discutable et elle vaut indifféremment pour la violation des obligations de délivrance, de conformité ou de garantie des vices, l'article 2 du décret ne faisant aucune distinction. La validation de la clause pour la fourniture de

---

(1) V. par exemple : TGI Digne 14 janvier 1981, Cah. jur. électr. gaz 1981, p.80 (micro-coupures) ; TGI Mende 26 août 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.187 et p.247 (chute de tension) ; TGI Albertville 20 octobre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.19 (micro-coupures) ; Chambéry 5 septembre 1989, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.413 et sur pourvoi Civ. 1e 22 mai 1991, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.285.
Contra : Tb. com. Paris 23 octobre 1989, JCP 1990, II, 21573 (mais la solution imposée à l'E.D.F. par le Tribunal, de fournir un onduleur à un client qui n'est même pas titulaire d'un contrat personnalisé, est irréaliste).

(2) TGI Angers 11 mars 1986, JCP 1987, II, 20789 (décret de 1978) ; sur appel (confirmation) Angers 16 décembre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.178 ; TGI Nice 5 mai 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.248 ; Grenoble 23 février 1989, Juris-Data n°41284 ; Tb. com. Paris 23 octobre 1989, JCP 1990, II, 21573 ; Nîmes 6 décembre 1989, JCP éd. E 1990, II, 15920, n°16 ; Nîmes 8 mars 1990, JCP 1990, II, 21573.

(3) TGI Angers 11 mars 1986, Angers 16 décembre 1987, Tb. com. Paris 23 octobre 1989, précités.

(4) TGI Nice 5 mai 1987 (supermarché) ; Grenoble 23 février 1989 (exploitant d'une serre) ; Nîmes 6 décembre 1989, précités ; TGI Saint-Brieuc 6 mars 1990, Cah. jur. électr. gaz. 1991, p.242 ; Nîmes 8 mars 1990 (usine), précité. Il convient de rappeler que les deux décisions d'Angers précitées concernaient des horticulteurs, dont la qualité de consommateur a été contestée.

courant à des professionnels suscite cependant des réserves. Une telle limitation est licite pour la délivrance et la non-conformité, mais elle ne l'est pas pour la garantie des vices cachés. Si un dentiste, un horticulteur ou un supermarché peuvent ne pas être considérés comme des consommateurs au sens du décret de 1978, ils n'en sont pas pour autant des professionnels de même spécialité que l'E.D.F., alors que seule cette qualité pourrait, aux termes de la jurisprudence traditionnelle, valider la clause. En réalité, sauf pour certains industriels, rares sont les acheteurs qui peuvent être qualifiés de même spécialité que l'E.D.F.[1]. La qualification de vente nécessite ici impérativement une distinction entre délivrance et garantie qui ne cadre pas du tout avec les solutions jurisprudentielles en général, aucune décision n'ayant encore eu l'occasion de se prononcer directement sur cette difficulté[2].

La validité de la clause de délimitation contractuelle des aléas constituant des cas de force majeure doit également être discutée. Selon une doctrine autorisée, ces clauses réalisent un transfert de risque et elles s'apparentent à des clauses de délimitation des obligations, non à des clauses sur la responsabilité[3]. En l'espèce, il n'est pas certain qu'une telle analyse suffise à valider la clause. Telle qu'elle est rédigée, la clause revient à qualifier contractuellement de force majeure des événements qui ne répondent pas à tous les critères normalement exigés par la jurisprudence. S'agissant de l'E.D.F., elle permet de ne pas indemniser l'abonné qui subit un dommage du fait d'une interruption causée par un événement qui est le plus souvent, en pratique, irrésistible sur le moment, mais qui constitue un risque prévisible. Il est douteux qu'une telle clause puisse échapper à l'article 2 du décret de 1978 pour les consommateurs, si le contrat est analysé comme une vente[4], puisque le texte prohibe

---

(1)Il serait contestable de valider la clause, puis d'écarter systématiquement son application, au motif que l'E.D.F. a commis une faute lourde, sans vérifier son comportement réel (v. pourtant G. PAISANT, note précitée, n°19 ; Nîmes 8 mars 1990, précité).

(2)Il faudrait pour cela que l'E.D.F. soit déclarée responsable pour la fourniture d'un courant de mauvaise qualité (micro-coupure) dans un contrat avec un abonné qui ne bénéficie pas du décret de 1978. Or, jusqu'à présent, les tribunaux qui ont rencontré des hypothèses de courant de mauvaise qualité ont, soit qualifié l'abonné de consommateur, soit refusé d'engager la responsabilité de l'E.D.F. (cf. les décisions citées supra n°865 (note)).

(3)Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Contr. distr. Fasc. 110, n°33 et s. ; P. SABLIERE, chr. précitée, p.396-398.

(4)La solution est identique si le contrat-cadre est analysé en un contrat-cadre suivi de contrats d'application. La jurisprudence considère en effet que le régime du contrat-cadre doit nécessairement tenir compte de la nature des contrats d'application. La définition de certains aspects des contrats d'application faite une fois pour toute dans le contrat-cadre ne doit pas constituer pour le fournisseur un moyen commode d'échapper aux obligations qui seraient les siennes si les ventes avaient été conclues séparément. C'est une des explications justifiant le régime sévère de la détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif. Ce raisonnement conduit à considérer que l'analyse du contrat de fourniture d'électricité en un contrat-cadre ne devrait certainement pas arrêter les tribunaux pour l'application du décret de 1978 (rappr. J. MESTRE,

indifféremment les clauses ayant pour objet de réduire le droit à réparation du consommateur ou du non-professionnel et celles ayant pour *effet* d'aboutir à ce résultat. Telle est bien, d'ailleurs, la solution qui a été adoptée, en droit pour l'une[1], en fait pour les deux autres[2], par les trois décisions précitées ayant appliqué ce texte. Toutefois, ces décisions conformes au droit de la vente et à la protection du consommateur, doivent être opposées aux espèces beaucoup plus nombreuses où les consommateurs se sont vu opposer la stipulation sans aucune discussion[3]. Pour les contrats conclus avec des professionnels, le régime normal de la vente devrait ici encore amener à distinguer la délivrance, la non-conformité et la garantie des vices. Indiscutablement licite pour les deux premières, la clause paraît très discutable pour la garantie des vices. Or, les tribunaux ne la remettent jamais en cause, lorsqu'ils sont confrontés à des surtensions ou à des micro-coupures[4]. La jurisprudence ne semble donc pas respecter la qualification de vente lorsqu'elle fait sortir à cette clause son plein effet, mais cette solution doit être approuvée, car les conditions techniques d'approvisionnement du courant imposent cette licéité. Il convient de remarquer également que la situation traditionnelle en matière de vente qui consiste à protéger le consommateur, davantage que le professionnel, est inadaptée en matière de vente d'électricité, où l'E.D.F. conclut des contrats en haute et moyenne tension dont les

---

obs. RTD civ. 1986, p.589). V. aussi l'évolution de la jurisprudence sur l'article 35 de la loi : infra n°1178

(1) Tb. com. Paris 23 octobre 1989, précité. La décision écarte l'article dans son entier, y compris dans sa disposition concernant les aléas conventionnellement érigés en force majeure. Contra : TI Montargis 7 décembre 1981, précité.

(2) TGI Angers 11 mars 1986, Angers 16 décembre 1987, précités. Ces deux décisions négligent totalement cette stipulation, puisqu'elles excluent la force majeure dans une hypothèse où celle-ci s'imposait (comme de nombreuses autres décisions l'ont admis pour la même vague de froid), alors que l'application de la clause conduit au contraire à renforcer le champ d'application de cette notion.

(3) V. Metz 26 octobre 1982, Juris-Data n°42382 (consommateur, semble-t-il) ; TI Nice 3 février 1987, précité ; Rennes 30 janvier 1990, Juris-Data n°41031.
Adde les décisions qui, en présence d'incidents d'origine non précisée ou ne relevant pas de la force majeure au sens strict, ne retiennent pas la responsabilité d'E.D.F. : TI Montargis 7 décembre 1982, précité ; Douai 18 octobre 1985, précité ; TI Perpignan 18 mars 1987, précité ; TI Vannes 25 mai 1988, précité.
Rappr. pour une clause rédigée différemment : TI Paris 20 mars 1986, Cah. jur. électr. gaz 1986, p.414 (contrat conclu avec un dentiste).

(4) V. TGI Digne 14 janvier 1981, Cah. jur. électr. gaz 1981, p.80 (non-consommateur, puisqu'il s'agit d'un contrat haute-tension) ; TGI Albertville 20 octobre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.19 (micro-coupures ; médecin ; la décision dissimule sa solution derrière une force majeure «classique», alors que les perturbations ne semblaient pas exceptionnelles) et sur appel Chambéry 5 septembre 1989, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.413 (l'arrêt indique plus exactement que ces interruptions doivent être «assimilées» à des cas de force majeure) sur pourvoi (rejet) : Civ. 1e 22 mai 1991, précité (aucune justification précise). Rappr. TGI Mende 26 août 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.187 et p.247 (chute de tension ; hôtel)

modalités sont plus contraignantes que celles du contrat conclu avec un simple particulier.

867.– Toutes ces remarques conduisent à se demander s'il n'existe pas un particularisme du contrat d'approvisionnement électrique, lié à la nature de la chose cédée, laquelle entraîne une imbrication étroite des prestations de vente et de déplacement. La qualification de vente est justifiée si le fournisseur s'engage à approvisionner un client unique sur un réseau isolé et protégé. Mais une telle hypothèse est théorique et la situation est différente pour la distribution d'électricité telle que doit la réaliser E.D.F.[1] L'énergie électrique ne se stocke pas : l'alimentation électrique du réseau dans son ensemble ne peut s'opérer que par un ajustement permanent entre l'offre et la demande. De plus, le réseau, notamment dans sa partie aérienne, est soumis à de nombreux accidents, qui peuvent influer sur la distribution. Ces considérations peuvent amener, d'un point de vue juridique, à relever deux particularismes.

En premier lieu, il n'y a pas de contrat isolé de fourniture électrique et chaque convention conclue avec E.D.F. peut être considérée comme insérée dans un gigantesque groupes de contrats, en l'occurrence un ensemble de contrats interdépendants[2]. Cette insertion se réalise techniquement par une cause objective médiate, qui peut constituer un critère de qualification. Elle opère du point de vue du droit privé l'intégration de la mission de service public qui pèse sur E.D.F. Tous les contrats de fourniture sont étroitement liés entre eux et l'exécution de l'un est susceptible d'avoir des répercussions sur les autres. L'exemple incontestable des réparations sur le réseau l'illustre parfaitement où, sans le dire explicitement, il plane souvent dans les motifs des décisions l'idée d'un état de nécessité créé par la gestion globale du réseau[3]. L'E.D.F. est tenu d'entretenir le réseau de façon régulière. De plus, un événement accidentel peut aussi priver temporairement certains usagers d'électricité et la réparation qui doit être effectuée peut entraîner une interruption temporaire pour d'autres clients[4]. Dans les deux hypothèses, la responsabilité d'E.D.F. n'est pas engagée, sauf lorsque la preuve d'une faute est rapportée. Cette faute peut avoir des origines diverses : violation de l'obligation d'information sur la

---

(1)Sur ces contraintes techniques : P. SABLIERE, chr. précitée, p.388.

(2)Cf. infra n°1000 et s.

(3)V. par exemple : P. R. note Cah. jur. électr. gaz 1987, p.872 ; TGI Nantes 27 avril 1988, Cah. jur. électr. gaz p.132, note R. SAVIGNAT.

(4)V. par exemple : Rennes 13 novemnre 1990, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.241.

survenance de la coupure qui pèse, sauf cas d'urgence[1], sur E.D.F.[2] ; faute dans l'accomplissement de la réparation (durée trop longue)[3] ; responsabilité initiale d'E.D.F. dans l'événement ayant nécessité la réparation (entretien insuffisant, par exemple[4]).

Le second particularisme juridique provient des contraintes techniques suscitées par la distribution du courant à une grande échelle. Au vu des modalités de cet approvisionnement, il apparaît que les vices du courant et les interruptions ont souvent une origine identique : les aléas pouvant affecter le réseau. La distinction qualité/continuité est largement artificielle, car les contraintes sont les mêmes. Notamment, les micro-coupures proviennent de l'installation sur le réseau «d'éclateurs» qui ont pour but d'éviter des surtensions accidentelles, qui pourraient occasionner des dommages plus importants et des coupures prolongées[5]. Par conséquent, les prestations de déplacement, de délivrance et de vente semblent se fondre en une prestation unitaire de fourniture d'électricité[6]. Or, comme d'autres illustrations permettront de le démontrer, cette fusion est un procédé technique d'apparition d'innommé[7]. Elle justifie que, contrairement à ce qui devrait résulter de l'application des règles normales de la vente, l'interruption et la mauvaise qualité relèvent d'un régime identique.

L'influence de l'objet de la prestation dans le contrat de fourniture d'électricité présente donc une forte originalité. Elle consacre une influence directe de la chose sur la nature de l'obligation et du contrat, indépendamment de celle du droit, qui peut rester un droit de propriété. Elle confirme, par conséquent, la pertinence de la

---

(1)TGI Nantes 27 avril 1988, Cah. jur. électr. gaz p.132 ; TI Saint-Denis de la réunion 23 avril 1990, cah. jur. électr. gaz 1991, p.243.

(2)La jurisprudence est cependant assez restrictive. Elle interprète rigoureusement les textes qui prévoient une obligation de renseignement en cas de coupure volontaire pour l'exploitation, l'entretien et les réparations (Riom 2 avril 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.263). Pour les grèves importantes, elle considère que l'information par voie de presse, de radio ou de télévision est suffisante (Lyon 8 novembre 1979, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.259). Pour une condamnation, v. cep. Poitiers 16 décembre 1987, Juris-Data n°48504. Adde aussi : Versailles 19 mai 1989, Juris-Data n°42258.

(3)V. par exemple : TGI Carcassonne 16 novembre 1984, Cah. jur. électr. gaz 1985, p.274 ; TI Paris 20 mars 1986, Cah. jur. électr. gaz 1986, p.414 ; TI Nice 3 février 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.245 ; TGI Saint-Omer 22 janvier 1988, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.280 ; Douai 17 mars 1989, JCP 1989, II, 21386. Adde : Civ. 1e 4 octobre 1989, Juris-Data n°3009.

(4)TGI Saint-Omer 27 septembre 1986, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.247 ; Montpellier 16 mars 1988, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.280 et sur pourvoi Civ. 1e 4 octobre 1989, Juris-Data n°3009.

(5)TGI Albertville 20 octobre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.19.

(6)P. SABLIERE, note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.182.

(7)Cf. infra n°1522 et s.

conception qui insère dans l'objet de la prestation des contrats translatifs, non seulement le droit transféré, mais aussi la chose sur laquelle il porte.

868.- Il reste néanmoins à déterminer la nature exacte de cette prestation globale de fourniture d'électricité et à préciser les conditions de la responsabilité du fournisseur. La jurisprudence s'avère extrêmement divisée entre l'obligation de moyens[1] et l'obligation de résultat[2], même si cette dernière explication semble gagner du terrain, l'évolution de la jurisprudence laissant apparaître un sensible durcissement des tribunaux à l'égard de l'E.D.F. qui avait jusqu'alors été relativement ménagée.

Il convient au préalable d'éliminer un certain nombre de difficultés qui n'influent pas directement sur ce débat. Tout d'abord, les conventions conclues par E.D.F. précisent que les caractéristiques du courant fournies sont affectées par une marge de tolérance[3]. Cette stipulation délimite le contenu de l'obligation du fournisseur et à l'intérieur de la marge précisée, il ne peut y avoir de responsabilité, faute d'inexécution. Ensuite, les procès les plus spectaculaires sont également les moins significatifs : toutes les décisions intervenues dans des hypothèses véritables de cas de force majeure[4], grève[5], attentats ou circonstances atmosphériques exceptionnelles[6],

---

(1)Cf. supra n°864 (note).

(2)Cf. supra n°864 (note).

(3)Cf. Chambéry 5 septembre 1989, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.413.

(4)V. TI Saint-Denis de la réunion 23 avril 1990, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.243 (arrachage du câble par une entreprise faisant des travaux).

(5)Lyon 8 novembre 1979, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.259 ; Riom 2 avril 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.263 ; Paris 4 juin 1980, JCP 1980, II, 19411, concl. P. BESNARD ; RTD civ. 1981, obs. ; avec des parties différentes : Cah. jur. électr. gaz 1983, p.261 ; Dijon 11 juillet 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.265 ; Versailles 28 novembre 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.267 ; Ch. mixte 4 février 1983, Bull. civ., n°2, p.1 ; Com. 8 mars 1983, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.258 ; TI Digne 8 mars 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.249 ; TGI Paris 15 avril 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.249 ; TGI Toulouse 6 décembre 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.200 ; TGI Blois 10 mai 1990, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.242.

(6)TGI Carcassonne 16 novembre 1984, Cah. jur. électr. gaz 1985, p.274 (neige collante ; la décision range l'événement dans ceux visés par l'article 12 alinéa 5) et sur appel : Montpellier 16 mars 1988, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.280 (même remarque) et sur pourvoi Civ. 1e 4 octobre 1989, Juris-Data n°3009 ; TGI Saint-Omer 22 janvier 1988, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.280 (vague de froid de 1985, mais l'arrêt raisonne sur l'obligation de moyens) ; Douai 17 mars 1989, JCP 1989, II, 21386 (mêmes remarques).
Certaines décisions, dont l'importance a souvent été surestimée, ont refusé de qualifier de force majeure, des événements qui en présentaient tous les caractères : TGI Angers 11 mars 1986, JCP 1987, II, 20789 (vague de froid exceptionnelle) et sur appel Angers 16 décembre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.178 ; adde TI Nice 3 février 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.245 (violent orage entraînant la chute d'un arbre, ce qui constitue un aléa normal du réseau) ; TGI Albertville 20 octobre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.19 (perturbations atmosphériques de fortes intensité).

posent une solution pour laquelle la nature de l'obligation[1] ou celle du contrat (vente[2], entreprise, transport[3]) est indifférente[4].

La véritable discussion doit porter sur l'interprétation des contrats conclus par E.D.F., en tenant compte de leurs modalités différentes. Ainsi, au vu des stipulations du contrat haute-tension, il est douteux que la simple option entre l'obligation de moyens ou de résultat puisse suffire. La nature d'obligation de moyens parfois invoquée est fort contestable. Elle semble négliger totalement les termes des contrats qui, en précisant qu'E.D.F. n'est pas responsable si «elle établit» que l'interruption provient de la faute de l'abonné ou de la force majeure, fait peser au minimum une présomption de faute sur le fournisseur[5]. La solution serait d'ailleurs intenable pour l'usager qui devrait prouver une faute, malgré son incompétence technique et son manque d'information sur les conditions d'exécution du service lors de l'incident[6]. Une analyse se limitant à une obligation de résultat, même plus adaptée, est insuffisante. Elle peut s'appuyer sur les termes du contrat, mais il est indispensable d'intégrer dans le raisonnement les nécessités des opération d'entretien[7] ou la stipulation particulière sur les aléas du réseau assimilés à des événements de force majeure[8].

V. plus satisfaisant : TI Puy-en-Velay 10 juin 1988, Cah. jur. électr. gaz1989, p.249 (foudre non constitutive de force majeure) ; Cass. 5 juillet 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.248 (neige polluée).
Rappr. Tb. com. Vannes 16 février 1990, Rev. jurispru. comm. 1991, p.237, obs. Ch.-H. GALLET, (force majeure admise pour le fournisseur d'eau vis-à-vis de ses clients en raison d'une tempête ayant privé... d'électricité ses stations de pompage).

(1) Le jeu de la force majeure n'est pas exclue pour les obligations de moyens, contrairement à ce que soutiennent certaines décisions (Riom 2 avril 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.263) : elle exclut la faute. Seule une différence quant à la charge de la preuve distingue alors les obligations de résultat et de moyens, le débiteur devant apporter la preuve de la force majeure dans le premier cas. La différence reste faible dans les cas flagrants. Elle est même quasi-nulle en l'espèce, puisque l'E.D.F. est de toute manière tenue d'une présomption de faute.

(2) Les obligations de garantie ne sont pas influencées par la force majeure pour la bonne raison que le vice détruit l'extériorité. Les tribunaux n'en décident pourtant pas ainsi pour les courants de mauvaise qualité, ce qui constitue un autre indice de l'inadaptation de la vente.

(3) L'aléa est souvent écarté, pour justifier l'obligation de résultat, par un raisonnement analogique avec le contrat de transport, qui comporte lui aussi certains aléas (l'argument est souvent invoqué par la doctrine «généraliste» : G. PAISANT, note précitée, n°5). Mais la comparaison a des limites : une route bloquée peut en général être contournée et le transporteur dispose de délais pour accomplir le déplacement. Au contraire, le courant ne peut prendre qu'une seule voie et il doit le faire de façon continue.

(4) V. en ce sens : concl. P. BESNARD, JCP 1980, II, 19411.

(5) V. par exemple Dijon 11 juillet 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.265.

(6) V. en ce sens : Riom 2 avril 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.263. En pratique, une expertise est indispensable.

(7) Ces travaux figurent dans certains contrats (cf. art. IV du contrat-type haute-tension, indiqué dans les motifs de Dijon 11 juillet 1980, précité).

(8) V. ayant bien conscience de ce particularisme : Paris 4 juin 1980, JCP 1980, II, 19411 ; RTD civ. 1981, p.171, obs. G. CORNU ; Dijon 11 juillet 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.265. Rappr.

En définitive, l'E.D.F. est tenue d'une obligation de résultat de fournir en permanence la puissance électrique convenue aux caractéristiques spécifiées. Cette obligation concerne à la fois la délivrance du courant et la qualité de celui-ci et elle ne cède qu'en présence d'événements accidentels, qui font contractuellement disparaître l'obligation de résultat. Cependant, il ne s'agit pas seulement, dans ces hypothèses, de l'énumération limitative de causes d'exonérations, telle qu'il en figure souvent dans le régime normal d'une obligation de résultat : en effet, la survenance des aléas envisagés ne décharge pas le débiteur de toute obligation et fait au contraire apparaître à sa charge une obligation de moyens de remédier à l'incident. En application des stipulations prévues et comme c'est toujours le cas lorsqu'un contractant est débiteur de deux obligations de moyens et de résultat[1], il appartient au fournisseur de rapporter la preuve que le dommage subi par l'abonné relève d'un de ces événements accidentels, qui l'exonèrent de son obligation de résultat[2]. Il reste alors à déterminer ce qui, en fait, dans les espèces soumises aux tribunaux, rentre dans le cadre de l'obligation de résultat et ce qui y échappe, sans tomber dans la confusion fréquente qui consiste à assimiler tout aléa technique à un aléa contractuel. Il est permis de penser que la clause actuelle est beaucoup trop vague[3] et qu'elle doit être interprétée restrictivement dans le sens de l'abonné, conformément aux règles traditionnelles des contrats d'adhésion[4]. Ainsi, les coupures volontaires ou sauvages[5], les pannes de matériel[6], les grèves non constitutives de force majeure[7] ne peuvent exonérer le fournisseur de son obligation de résultat. En revanche, les incidents atmosphériques courants, qu'ils suscitent une interruption ou un courant de mauvaise qualité (micro-coupures, tensions anormales),

---

Douai 23 février 1984, Cah. jur. électr. gaz1985, p.274 (la décision montre qu'une obligation d'entretien d'un ouvrage à la charge de l'abonné peut perturber ce système).

(1)Cf. supra n°521 pour les contrats de remonte-pente. V. cep. les réserves, à propos des contrats d'ensembliers d'Y. POULLET, «L'abstraction de la garantie bancaire automatique», Thèse Louvain-la-Neuve 1981-1982, n°79, p.52.

(2)Rappr. Angers 16 décembre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.178, spéc p.179 in fine.

(3)V. pour la réglementation espagnole : P. SABLIERE, chr. précitée, p.399. Adde la réforme envisagée des contrats : P. SABLIERE, «De nouvelles relations contractuelles pour la fourniture de l'électricité aux clients industriels : le protocole EDF-CNPF-CGPME du 5 février 1992», Cah. jur. électr. gaz 1992, p.143 et s.

(4)Rappr. J.-P. GRIDEL, note JCP 1987, II,20789, I, A, 2°.

(5)V. en ce sens : P. SABLIERE, chr. précitée, p.389 ; note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.183.

(6)V. en ce sens : Angers 16 décembre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.178, spéc. p.179 ; TGI Saint-Brieuc 6 mars 1990, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.242.
Contra : P. RONGERES, note Cah. jur. électr. gaz 1989, p.197 ; TI Perpignan 18 mars 1987, précité (? «défection d'un pylône électrique») ; TI Vannes 25 mai 1988, précité.

(7)V. en ce sens : Dijon 11 juillet 1980, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.265, spéc. p.266. Contra Lyon 8 novembre 1979, Cah. jur. électr. gaz 1983, p.259, première colonne in fine.

devraient relever de l'obligation de moyens[1]. La jurisprudence est cependant fort divisée sur cette question essentielle[2], qui mériterait de faire l'objet d'une intervention réglementaire. Cependant, une coupure non expliquée ne permet pas, à elle seule, à l'E.D.F. d'échapper à l'obligation de résultat et un éventuel mauvais fonctionnement d'un dispositif de l'usager ne devrait entraîner qu'un partage de responsabilité et non une exonération totale, comme l'admettent trop souvent les tribunaux sur des fondements divers[3]. De plus, la répétition d'interruptions échappant à l'obligation de résultat est à même d'établir une faute de l'E.D.F.[4]. Si la responsabilité de l'E.D.F. est engagée, il convient de trancher le problème de la validité des clauses limitatives de responsabilité. Le contrat n'étant pas une vente, cette licéité semble acquise pour les contrats conclus avec les professionnels, sauf à écarter la clause dans l'hypothèse d'une faute lourde. Pour les consommateurs, l'éviction de la qualification de vente fait normalement échapper la convention au domaine d'application du décret de 1978. La solution est peut-être regrettable, mais elle n'est plus irrémédiable depuis les tentatives récentes de la jurisprudence pour invalider directement les clauses abusives sur le seul fondement de l'article 35 de la loi qui possède une portée générale quant aux contrats

---

(1) Une obligation de renseignement devrait peser sur l'E.D.F., pour prévenir les usagers titulaires de matériels sensibles aux micro-coupures de la nécessité d'un onduleur. Contra, critiquable : TGI Albertville 20 octobre 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.19.

(2) V. en effet, exonérant l'E.D.F. pour des événements climatiques courants : Metz 26 octobre 1982, Juris-Data n°42382 (qui se réfère à la clause d'extension pour le gel) ; TI Montargis 7 décembre 1982, précité (rupture d'un câble par l'effet du givre) ; TI Perpignan 18 mars 1987, précité (? défectuosité d'un plylône) ; TI Nice 3 février 1987, précité (orage violent).
Contra : TI Puy en Velay 10 juin 1988, précité (foudre) ; Cass. 5 juillet 1988, précité (neige polluée) ; Grenoble 23 février 1989, précité (gel).

(3) Obligation de moyens : Bourges 21 juillet 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.197 (implicitement) ; Rennes 30 janvier 1990, précité.
Faute ou fait de la victime : TI Montargis 7 décembre 1982, Cah. jur. électr. gaz 1983 ; Tb. com. Toulouse 20 février 1984, Cah. jur. électr. gaz 1985, p.274 ; TGI Mende 26 août 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.187 et p.247 ; TGI Quimper 14 septembre 1990, Cah. jur. électr. gaz 1991, p.242.
Lien de causalité : Douai 18 octobre 1985, Cah. jur. électr. gaz 1986, p.183 ; TGI Bourges 17 février 1987, Cah. jur. électr. gaz 1987, p. 695 ; TI Perpignan 18 mars 1987, Cah. jur. électr. gaz 1987, p.870 ; TI Vannes 25 mai 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.249.
Prévisibilité (art. 1150 du Code civil) : Toulouse 26 février 1987, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.246 (appel de Tb. com. Toulouse 20 février 1984, précité).
Sur cette jurisprudence : P. SABLIERE, chr. précitée, p.389 ; note Cah. jur. électr. gaz 1988, p.184 (favorable). Pour la critique : G. PAISANT, note précitée, n°11 ; J.-P. GRIDEL, note précitée.
V. plus satisfaisant : TGI Saint-Omer 27 septembre 1986, Cah. jur. électr. gaz 1988, p.247 ; TGI Brest 11 juin 1987, précité ; TI Puy-en-Velay 10 juin 1988, Cah. jur. électr. gaz 1989, p.248.
Rappr. TGI Nice 5 mai 1987, précité (incident sur le réseau non précisé).

(4) Rappr. : TGI Digne 14 janvier 1981, Cah. jur. électr. gaz 1981, p.80 ; Nîmes 8 mars 1990, JCP 1990, II, 21573.

visés[1]. Cependant, cette disposition générale nécessite d'autres conditions qu'il faudra vérifier avec précision, en songeant aux conséquences importantes qu'un seul incident peut faire courir au réseau électrique.

III - L'INFLUENCE COMBINEE DE LA CHOSE ET DU DROIT SUR L'OBLIGATION DE TRANSFERER UN DROIT

869.- L'exemple de la fourniture d'électricité montre que l'influence directe de la chose sur l'obligation de transférer est possible et qu'elle peut entraîner des conséquences non négligeables sur la nature et le régime du contrat mais, très naturellement, les effets sont encore beaucoup plus forts lorsque la chose et le droit qui porte sur elle combinent leur influence. L'exemple des contrats portant sur le corps humain (A) et celui des «ventes» de progiciels (B) permettent de le démontrer .

A) Le corps humain et la personne humaine[2]

870.- Les auteurs qui vantent l'universalisme de la qualification de vente pour les transferts de droits omettent toujours d'évoquer les conventions translatives[3] ayant pour objet le corps humain ou la personne humaine[4]. Bien entendu, cette position peut

---

(1)Cf. infra n°1178.

(2)Pour une critique radicale de la perspective contractuelle : D. THOUVENIN, «La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ? », Actes 1985, p.35 et s. ; «La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ? », ALD 1989, p.89 et s. L'exposé et la critique d'une telle position ne pouvant se comprendre qu'un examen plus approfondi de cette question, leur analyse a été reportée plus loin (cf. infra n°884 (note). Rappr. aussi pour des références (non exclusives) à la notion de statut : M.-A. HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», Archiv. phil. drt. 1988, T.33, p.327.

(3)La délimitation des contrats translatifs peut soulever des difficultés (cf. infra n°872 et s.). Il est d'ores et déjà possible d'indiquer que les amputations ne sont pas des conventions translatives, mais des contrats médicaux. En revanche, les fournitures d'accessoires mécaniques du corps humain (prothèses, cœur artificiel, etc.) sont bien des conventions translatives, mais elles ne portent pas sur un élément du corps humain. Il s'agit de transferts de propriété insérés à titre accessoire dans un contrat médical.

(4)L'expression «contrats ayant pour objet le corps humain ou la personne humaine» recouvre en doctrine des sens très différents : L. JOSSERAND, «La personne humaine dans le commerce juridique», DH 1932, p.10 ; A. JACK, «Les conventions relatives à la personne physique», Rev. crit. lég. jur. 1933, p.362 ; R. DOMAGES, «Le corps humain dans le commerce juridique», Thèse Paris 1956, n°3 ; A. DECOCQ, «Essai d'une théorie générale des droits sur la personne», Thèse LGDJ 1960, n°14 et s. ; F. CHABAS, «Rapport sur le corps humain et les actes juridiques en Droit français», Travaux de l'association H. CAPITANT, T.26, «Le corps humain et le droit», p.225 ; P. ANCEL, Thèse citée infra, n°165 et s., spéc. n°176 et n°179. Les conceptions anciennes sont extrêmement larges et il faut retenir ici un sens beaucoup plus étroit : seules sont concernées les conventions dont l'objet de la prestation caractéristique porte sur tout ou partie du

s'appuyer sur le postulat traditionnel selon lequel le corps humain est en dehors du commerce[1], postulat que l'Assemblée plénière vient de réaffirmer une nouvelle fois à l'occasion d'une espèce très médiatisée relative au problème des mères porteuses[2] et que le législateur s'apprête à consacrer expressément[3]. Mais un tel argument est tout à fait insuffisant, comme le souligne depuis longtemps une partie de la doctrine[4], les

---

corps humain ou sur la personne humaine (à l'exclusion des conventions impliquant une activité humaine) ; JCP 1992, I, 3570, p.148, obs. M. FABRE-MAGNAN.

(1) V. en ce sens : R. NERSON, «Les droits extra-patrimoniaux», Thèse Lyon 1939, n°188 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°366 (caractère «sacré» de certaines choses qui ne peuvent être vendues).

(2) Ass. plén. 31 mai 1991, D. 1991, p.417, rapport Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN ; J. RUBELLIN-DEVICHI, JCP 1992, I, 3547, p.15 ; JCP 1991, II, 21752, communication J. BERNARD, conclusions H. DONTENWILLE et note F. TERRE ; M. GOBERT, «La maternité de substitution», Petites Affiches 23 octobre 1991 (indisponibilité du corps humain).

(3) V. les deux projets de loi du 25 mars 1992 (JO Doc. Ass. nat., n°2599, spéc. art. 2, créant l'article 17 du Code civil ; JO Doc. Ass. nat., n°2600, art. 3, art. L.666-4 du Code la Santé publique).

(4) J. LACHEZE, «La transfusion du sang au point de vue juridique», Thèse Toulouse 1924, p.72 et s. ; A. JACK, chr. précitée ; R. DOMAGES, Thèse précitée, n°63 et s. ; A. DAVID, «Structure de la personne humaine», Thèse Paris 1955, p.9 et s. ; R. SAVATIER, J. SAVATIER, J.-M AUBY et H. PEQUIGNOT, «Traité de droit médical», 1956, n°276, p.251-252 («la règle que l'intégrité du corps humain ne peut subir d'atteinte dans l'intérêt d'autrui est moins rigide. Spécialement, il ne faut pas condamner d'emblée la prise d'une greffe sur un être humain en faveur d'un autre») ; A. GOERGEN, «Les droits de l'homme sur son corps», Thèse Nancy 1957, p.135, p.176 et s. ; A. DECOCQ, Thèse précitée, n°38 et s. et n°75 et s. ; DIERKENS, «Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme», Masson 1966, p.63 ; P.-J. DOLL, «La discipline des greffes, des transplantations et des actes de disposition concernant le corps humain», Masson 1970, p.57 ; «L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes», Gaz. Pal. 1974-2- p.820 ; R. NERSON, «L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil», RTD civ. 1970, p.661 et s., spéc. p.680-681 ; Travaux de l'association H. CAPITANT, T.26, «Le corps humain et le droit» : R. DEKKERS, Aspects philosophiques, p.1 et s., spéc. p.14 (le corps humain est devenu un bien), J.-L. BAUDOIN, Rapport général sur le thème Corps humain et actes juridiques, p.173 et s., spéc. p.175 («le corps humain [peut] faire l'objet d'un contrat»), F. CHABAS, Rapport précité, I, A et II, A ; M.-L. RASSAT, «Le statut juridique du placenta humain», JCP 1976, I, 2777, n°4 ; J. PENNEAU, Rép. civ., v° Corps humain, n°6 et n°105 et s. ; J. PELISSIER, «La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne», Thèse Paris II 1977, p.3 ; P. ANCEL, «L'indisponibilité des droits de la personnalité», Thèse Dijon 1978, n°112 et s., n°187 et s., n°200 et s. ; A. CHARAF ELDINE, «Les prélèvements d'organes», RDT san. soc. 1978, p.445 et s., spéc. p.445-447, p.455 ; J.-M. AUBY, «Droit de la santé», PUF 1981, p.425 et s., p.434 et s., p.484 et s. ; X. LABBEE, «La condition juridique du cadavre», Thèse Lille 1981, p.124 ; M. HARICHAUX, «Le corps objet», Bioéthique et droit, Centre de recherche de Picardie, PUF 1988, p.130 et s. ; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, «Produire l'homme : de quel droit ? », PUF 1987, p.185 et s. ; O.-L. SEGUY, «Le contrat de maternité pour autrui : une fiction ? », Petites affiches, 16 février 1987, p.15 et s., spéc. p.19 et s. ; M.-A. HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», Archiv. phil. drt. 1988, T.33, p.323 et s. ; «La commercialisation du corps humain à l'époque contemporaine La fin du modèle français», Rev. autrichienne de scienc. polit. 1992, p.1 ; J.-Ch. GALLOUX, «Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique», Thèse Bordeaux 1988, RTD san. soc. 1991, p.158, présentation L. DUBOUIS ; «De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant», Rev. rech. jur. 1989, p.521 et s. ; G. MEMETEAU, «De quelques droits sur l'homme : commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales», D. 1990, p.165 et s., spéc. p.166 et p.168-169 ; B. EDELMAN, «La recherche biomédicale dans l'économie de marché», D. 1991, p.203.
Malgré son intitulé, la chronique précitée de JOSSERAND ne concerne que très accessoirement les véritables contrats portant sur le corps humain. En effet, si l'auteur vise le contrat médical et la chirurgie esthétique, il évoque surtout le transport de personne, les jeux forains, les contrats de

travaux de la commission de réforme du Code civil étant à cet égard très révélateurs[1]. Il est faux d'affirmer que le corps humain est «hors du commerce», parce qu'il ne peut faire l'objet d'aucune transaction, ou même qu'il est «hors du marché», parce que les conventions conclues à son sujet doivent être gratuites[2]. De nombreuses conventions portant sur le corps humain sont désormais licites, et certaines peuvent être onéreuses[3]. Il en résulte que, le plus souvent, la nullité se fonde davantage sur l'idée d'une cause illicite que sur celle d'objet illicite[4]. Enfin, si l'exclusion du corps humain du commerce juridique est justifiée par la réglementation impérative de ces contrats et par les restrictions à l'autonomie de la volonté qu'elle suppose, l'argument n'est pas seulement dépassé, il est antédiluvien ! En réalité, le corps humain est depuis longtemps déjà dans le commerce juridique, même s'il ne l'est qu'avec parcimonie et selon des modalités strictes. Il serait dommage de se priver de l'examen de ces

---

sport, l'assurance-vie et les clauses relatives à la responsabilité en cas de dommage corporel. La relativité du principe de l'indisponibilité du corps humain ne peut donc être considérée comme acquise dès cet article. La terminologie employée est d'ailleurs très révélatrice. JOSSERAND parle encore de *personne humaine* et ignore le sujet, alors que madame JACK, qui se préoccupe des conventions relatives à la *personne physique*, souligne cette relativité et qu'aujourd'hui, ce sont les conventions sur le *corps humain* qui retiennent l'attention. La réification progressive du corps s'inscrit dans les mots eux-mêmes.

(1) V. «Travaux de la Commission de réforme du Code civil», Année 1950-1951, p.51-53 (pour la discussion) ; p.70 (pour les textes adoptés). L'article 4 du projet dispose en effet que «l'acte par lequel une personne dispose de tout ou partie de son corps est interdit lorsqu'il doit recevoir exécution avant le décès du disposant, s'il a pour effet de porter une atteinte grave et définitive à l'intégrité du corps humain. Il en est autrement si l'acte est justifié par les règles de l'art médical». Malgré sa tournure négative, le texte est très libéral. Il autorise : les legs, les contrats post-mortem et même, du vivant, les contrats qui réalisent, soit des atteintes graves et temporaires, soit des atteintes bénignes et définitives, soit des atteintes temporaires et dépourvues de gravité. De plus, il convient de souligner l'absence d'exigence d'une quelconque gratuité, tant dans le texte du projet, que dans la discussion.
Comp. Travaux de l'association Henri CAPITANT, T.2, 1946, p.91 et 97-98, pour les interventions plus partagées de MM. NIBOYET, MAZEAUD, FREMICOURT et JULLIOT DE LA MORANDIERE (président).

(2) F. ALT-MAES, «L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime», Rev. science crim. 1991, p.244 et s., spéc. p.245. Comp. M.-A. HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», Archiv. phil. drt. 1988, T.33, p.333 (pour un sens un peu différent qui inclut les rémunérations sans profit).
C'est aussi l'un des sens de l'expression «hors du commerce» (cf. R. SAVATIER, notes JCP 1955, II, 8490 et D. 1960, p.305, à propos du sang ; A. GOERGEN, Thèse précitée, p.175, p.236 ; G. MEMETEAU, chr. précitée, p.168 ; J.-M. AUBY, op. cit., p.484).

(3) P. ANCEL, Thèse précitée, n°118 et n°204 et s.

(4) A. JACK, chr. précitée (l'auteur fait un peu figure de précurseur : même si elle n'admet pas la licéité des conventions translatives, elle leur ouvre la voie en fondant l'illicéité des contrats relatifs au corps humain sur la cause et non plus seulement sur l'objet) ; adde dans le même sens : A. DECOCQ, Thèse précitée, n°77 ; D. THOUVENIN, Actes 1985, n°5 et ALD 1989, n°123). Comp. M.-A. HERMITTE, art. précité, p.326 et s. et p.332. L'auteur renverse les principes classiques en affirmant qu' à l'origine le corps était disponible mais que la cause devait être licite alors que pour les mères porteuses, la cause serait licite et le corps indisponible. L'auteur reconnait que la seconde proposition est discutable, mais la première est également excessive : certains actes sur le corps vivant sont nuls en raison de leur seul objet, quelle que soit leur cause (par exemple un don du cœur ; cf. plus généralement la première catégorie, infra n°872).

conventions, car celui-ci est riche d'enseignement pour la discussion évoquée ici. En effet, toute la matière est dominée par le particularisme de l'objet de la prestation transmis, lequel exerce une influence complexe, tant sur la détermination des conventions illicites (A), que sur la qualification des contrats autorisés (B).

1) La détermination des contrats licites

871.– L'indisponibilité de la personne humaine et l'illicéité des conventions qui l'auraient quand même pour objet constituent des principes relatifs. En fixer la portée nécessite de combiner plusieurs critères, en rapprochant notamment la prestation stipulée (translation, prestation de services, etc.) de l'objet sur lequel elle porte, ce qui conduit, pour les contrats translatifs(1), à distinguer trois catégories[2]. Avant d'entrer

---

(1)Le schéma est en réalité général et il recouvre tant les contrats translatifs que les contrats non-translatifs. La nature non-translative de l'obligation caractéristique d'une convention portant sur le corps humain n'est pas un indice sûr de la faiblesse de l'atteinte qu'elle peut porter à l'intégrité corporelle. Pour juger de la licéité de ces contrats, il faut examiner la nature de la prestation promise et la partie du corps concernée.
Une prestation de services, qui réalise une atteinte bénigne, est licite et stipulable à titre onéreux lorsqu'elle porte sur des éléments facilement régénérables comme les cheveux (coiffeur) ou les ongles (manucure). Elle demeure valable pour des interventions dont les conséquences sont plus importantes, telle que le perçage des oreilles ou le tatouage (rappr. en sens, inverse, mais en raison d'éléments supplémentaires : TGI Paris 3 juin 1969, D. 1970, p.136, note J.-P., étudié infra n°874 (note). En revanche, des atteintes plus sérieuses ne sont tolérables que si elles sont faites dans un but thérapeutique (contrat médical ; conventions relatives aux techniques de procréation artificielle autorisées, comme l'insémination artificielle ou la fécondation in vitro ; pour la chirurgie esthétique, le but thérapeutique n'est plus flagrant, mais l'objet de la prestation justifie alors à lui seul l'extension du régime du contrat médical).
Les conventions de garde sont elles aussi licites, car l'obligation de conservation est, du fait de son objet-même, respectueuse du corps humain. Simplement, la qualification de dépôt n'est acceptable que pour les choses (sperme, placenta) et elle doit être écartée pour les personnes humaines (cf. supra n°795, n°799). Rappr. X. LABBEE, Thèse précitée, note 1 p.155 (à propos des contrats de congélation que les progrès de la science pourraient un jour rendre possible : malgré la nature non-translative de cette prestation, l'importance des risques encourus en ferait certainement, dans un premier temps, une convention très contrôlée).
Bien que non-translatifs, les transferts de jouissance sont au contraire prohibés, car ils supposent la création d'un droit privatif sur une personne ou tout ou partie d'un corps qui contrevient au principe de l'intégrité corporelle. L'identification de ces prêts ou de ces louages est toutefois fort délicate (pour les mères-porteuses, cf. infra n°872). Ainsi, le contrat de prostitution n'est pas un louage (J. RUBELLIN-DEVICHI, «La gestation pour le compte d'autrui», D. 1985, p.147 et s., spéc. p.153 : le contrat de mère porteuse «s'apparente au contrat de prostitution : on loue une partie de son corps»). Cette qualification est injurieuse pour la prostituée, rabaissée au rang d'une chose, et même si le vocabulaire est ambigu («faire» l'amour évoque le contrat d'entreprise, alors que le bail mettrait à la charge de la prostituée une obligation de jouissance paisible...), il semble plus exact de parler de contrat de prestation de services (en ce sens, implicitement : Colmar 9 janvier 1958, S. 1958, p.91, note crit. L. HUGUENEY, qui y voit, à tort, un travail salarié...). Le contrat de prostitution est d'ailleurs licite quant à son objet (l'atteinte au corps n'est pas préjudiciable...) et seule sa cause immorale pourrait le rendre nul (dans le sens de la nullité : P. ANCEL, Thèse précitée, n°205 ; rappr. pour une analyse identique (annulation pour cause immorale) d'un contrat de strip-tease : TGI Paris 8 novembre 1973, D. 1974, somm. p.30 ; RTD civ. 1974, p.806, obs. crit. Y. LOUSSOUARN). En revanche, cette qualification pose problème pour les contrats d'expérimentation thérapeutique qui viennent d'être autorisés par une loi récente du 20 décembre

dans l'examen plus détaillé de celles-ci, il convient déjà d'indiquer les deux indications théoriques fournies par une semblable approche. Tout d'abord, la nécessité d'une telle combinaison confirme parfaitement le principe posé plus haut, selon lequel la prestation et son objet entretiennent des liens étroits. Ensuite, il est intéressant de constater que le concept d'objet de la prestation employé pour déterminer les conventions illicites se rapporte surtout à la chose cédée, à savoir la partie concrète du corps, objet de la transaction, alors que la qualification des conventions licites est surtout altérée par la nature du droit transmis[1]. L'analyse qui consiste à englober dans l'objet de la prestation, à la fois le droit transmis et la chose sur laquelle il porte, en reçoit un nouveau soutien[2].

872.- La première catégorie réunit les conventions qui sont toujours illicites, quel que soit le but qu'elles poursuivent, et même si elles sont gratuites.

S'agissant de la «vente» d'une personne humaine «dans son ensemble»[3], le contrat est bien évidemment nul, moins d'ailleurs pour objet ou cause illicite, que pour absence d'objet, puisqu'aucun droit comparable de près ou de loin à une appropriation ne peut exister sur un être humain[4]. Le problème ne se pose en fait jamais dans ces

---

1988. Certains auteurs voient dans la participation d'un individu à ces expérimentations une convention de mise à disposition du corps (M. HARICHAUX, art. précité, p.132 et 141 et s. ; G. MEMETEAU, chr. précitée, p.170, «prêt de son corps à la science»), mais cette qualification est critiquée par une autre partie de la doctrine (F. ALT-MAES, chr. précitée, p.259, sui generis). L'absence d'usage privatif incite à préférer cette seconde solution. La participation à une expérimentation ne se limite pas, d'ailleurs, à cette «mise à disposition», et la prestation semble innommée, mêlant mise à disposition précaire et prestation de services (rappr. l'avis du Comité national d'éthique de 1987 qui rapproche l'essai d'un contrat de travail, cité par M. HARICHAUX, art. précité, p.146).

(2)Cette classification est souple et elle est organisée autour de constantes du régime de ces contrats : licéité, gratuité de l'acte initial de disposition (v. dans le même sens : M. FABRE-MAGNAN, obs. précitées, JCP 1992, I, 3570, p.148). Elle ne recouvre donc pas complètement les classifications purement biologiques. Pour d'autres classifications : M. HARICHAUX, art. précité, p.132 et s. (organes non régénérables, organes régénérables, résidus) ; M.-A. HERMITTE, intervention au colloque d'Amiens, «Bioéthique et droit», précité, p.218 (organes et produits) ; J.-Ch. GALLOUX, chr. précitée, n°18 et s. (choses extérieures (excretas, choses périphériques, démembrements, incorporations), tissus et produits régénérables (tissus, gamètes), choses vitales).

(1)Cf. infra B).

(2)V. aussi supra n°867.

(3)La définition de la personne humaine peut poser problème (personne plongée dans un coma dépassé ; sur l'embryon, v. par exemple : R. THERY, «La condition juridique de l'embryon et du fœtus», D. 1982, p.231 ; P. PEDROT, «Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé», JCP 1991, I, 3483 ; J. PENNEAU, Rép. précité, n°81 et s. qui évoque la position du Comité national d'éthique (personne humaine potentielle) ; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.201 et s. ; M.-A. HERMITTE, art. précité, p.330) et il semble régner en ce domaine une grande incertitude (v. par exemple les discussions soulevées par le silence de la loi du 20 décembre 1988).

(4)Le problème se pose très différemment pour les prestations de services, puisqu'une personne humaine peut être déplacée, surveillée, soignée, etc.

termes[1] et les discussions les plus récentes concernent les procréations médicalement assistées. La recherche de la qualification de ces conventions semble discutée, dans son principe même, par certains auteurs qui traitent le sujet avec humour ou le tournent en dérision[2]. Une telle attitude oublie cependant que la qualification est une opération préalable à l'appréciation de la validité d'un contrat[3]. Le développement des contrats relatifs au corps humain ne saurait aller qu'en s'accentuant, ce qui invite à systématiser les diverses qualifications susceptibles d'être utilisées[4]. La recherche est d'ailleurs indispensable dans le domaine voisin de l'agriculture où ces contrats font partie intégrante du droit positif. Jusqu'à preuve du contraire, les critères classiques conservent leur efficacité, même si leur utilisation suppose un réalisme qui peut choquer. Au minimum, l'hypothèse mérite d'être testée pour en mesurer les limites et l'expérience n'est pas inutile, car elle remet en cause certaines idées reçues. Pour ne prendre qu'un exemple, la qualification de bail est couramment sollicitée pour décrire l'intervention de la mère porteuse[5]. Ce choix est éminemment contestable et l'application des critères traditionnels montre que cette qualification est fausse. Si la convention se contentait d'être une «location de ventre», a fortiori un dépôt, le fœtus devrait ressortir tel qu'il est entré, or tel n'est pas, bien évidemment, l'objet de la

---

(1) Cela supposerait un véritable esclavage, notion en principe révolue. S'il en existe certaines survivances, comme la «traite des blanches», elles n'encombrent guère les prétoires et retiennent surtout l'attention d'un point de vue pénal.

(2) Pour l'humour : J. RUBELLIN-DEVICHI, «La gestation pour le compte d'autrui», D. 1985, p.153. Pour la dérision (d'après l'auteur du compte rendu) : F. TERRE, Rapport au colloque des 8-9 mars 1985, Université René Descartes, compte rendu par J. MOUTET dans la revues Actes 1985, p.19 et s., spéc. p.21 et p.23. La question d'un étudiant sur la qualification du contrat conclu avec le Cecos ne reçoit pas de réponse (p.23).
Le principe même du contrat est parfois radicalement contesté (cf. D. THOUVENIN, chr. précitées).

(3) Cf. supra n°85.

(4) Pour l'examen des différentes qualifications envisageables pour les contrats de mère porteuse et donneuse : O.-L. SEGUY, «Le contrat de maternité pour autrui : une fiction ? », Petites affiches, 16 février 1987, p.15 et s. et 18 février 1987, p.28 et s., spéc. p.29 et s. Les arguments invoqués sont souvent contestables, mais une discussion point par point dépasserait le cadre de cette étude. Il convient de préciser néanmoins que deux des trois qualifications retenues par cet auteur (entreprise, dépôt et stipulation pour autrui), avant de choisir en définitive une qualification innommée, sont discutables : le dépôt parce qu'il ne rend pas compte de l'aspect transformation, la stipulation pour autrui parce qu'elle n'explique rien sur la nature des obligations de la mère porteuse et du droit conféré au bénéficiaire.

(5) Cf. par exemple : G. RAYMOND, «La procréation artificielle et le droit français», JCP 1983, I, 3114, n°20 (qui envisage les deux qualifications : louage d'une sorte de «couveuse» et contrat de fabrication de bébé) ; M. HARICHAUX, art. précité, p.143 ; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.198 et s. ; D. HUET-WEILLER et J. HAUSER, «La famille», LGDJ 1989, n°454 (mise à disposition des fonctions reproductrices de la mère) ; «La vie prénatale. Biologie, Morale et Droit», Actes du VIe Colloque national des juristes catholiques, édit. Tequi, 1986, rapports J. LEJEUNE, p.57 et s., spéc. p.62 et J.-F. VOUIN, p.137 et s., spéc. p.159 ; M.-A. HERMITTE, art. précité, p.331.

convention. La référence au bail ne peut se maintenir qu'en modifiant l'objet de la mise à disposition : il s'agirait de la faculté de gestation de la mère porteuse. Cette analyse n'est pas plus satisfaisante et la comparaison avec les contrats portant sur les animaux, comme les conventions de «location d'utérus de vache»[1], ne contredit pas cette conclusion. En réalité, cette qualification n'est justifiée que si le locataire prend chez lui les vaches, pour les féconder, les nourrir et en recueillir les fruits. C'est alors la vache entière, pour sa fonction reproductrice, qui est louée comme pourrait l'être une machine. La référence à la seule location de l'utérus ne peut être considérée que comme une simplification imagée. Au contraire, si c'est le propriétaire de la vache qui en conserve la jouissance et qui assume la charge de la nourrir, de la soigner, en remettant ensuite le produit à son cocontractant, la convention relève de la prestation de services. Elle constitue une entreprise avec une fourniture de matière, simple (aliments), si c'est un embryon du maître de l'ouvrage qui est implanté, ou double (aliments et ovule), s'il s'agit d'une insémination artificielle. Dans une telle convention, toute référence au bail est exclue : d'une part, l'occupation, par une automobile, d'une place dans un garage où elle est réparée ne relève pas du bail, car c'est la voiture qui fait l'objet d'un dépôt accessoire ; d'autre part, les outils, matériels et machines d'un entrepreneur ne sont jamais considérés comme mis à disposition du maître de l'ouvrage. Bien entendu, la situation d'une mère porteuse n'est comparable qu'à la seconde hypothèse[2] et le prétendu contrat de «location de ventre» est en réalité une véritable prestation de service qui consiste à assurer la gestation de l'embryon(3). Cette convention comporte plusieurs obligations : la gestation, qui relève de l'entreprise, la fourniture d'aliments, une obligation accessoire de conservation et,

---

(1)F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°366. Ces auteurs estiment que ces contrats se rapprochent à la fois du louage et du dépôt. Ils distinguent deux hypothèses, selon que les animaux sont pris en charge par leur propriétaire ou par son cocontractant et tranchent dans la première hypothèse pour une qualification sui generis.

(2)Contra : J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, p.198-199. Cette position permet alors de considérer que le «corps féminin tout entier [...] devient objet dans l'une de ses fonctions premières : la gestation de la vie» ; C. LABRUSSE-RIOU, Rapport français Trav. Ass. H. CAPITANT, «La vérité et le droit», T. 38, 1989, p.120.

(3)Ce qui invite à se demander pourquoi la référence au bail connait un tel succès. Cette qualification est peut-être utilisée à dessein par ses défenseurs, afin que le caractère non translatif de la convention atténue la portée d'un tel acte. Mais une telle perspective est erronée car les transferts de jouissance sont justement les prestations non translatives dont l'illicéité est admise le plus facilement (cf. note supra n°871 (note) ; v. d'ailleurs A. JACK, chr. précitée, n°6, p.371, qui isole déjà les deux prestations les plus dangereuses : les dations et les transferts de jouissance). Ou alors, cette qualification est justement utilisée par les détracteurs de cette technique, car elle permet d'insister sur une véritable réification du corps ou d'une partie du corps de la femme (J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, p.198-199). En définitive, c'est peut-être cette double perspective qui a assuré le succès de cette qualification auprès des partisans et des adversaires de l'opération.

selon les cas, un don d'ovule ou pas. Il reste alors à identifier clairement l'origine de l'illicéité de ces contrats en droit positif. L'obligation de conservation (moyens) n'est pas contraire à l'ordre public, vu sa nature et il faut remarquer que le don d'ovule est licite à titre «externe». Le fondement de la prohibition des conventions de mère porteuse est donc ailleurs[1]. Il se trouve actuellement dans l'indisponibilité de l'état des personnes qui, d'une certaine manière, constitue pour les personnes humaines une transposition du principe d'indisponibilité du corps humain, puisqu'aucun droit ne peut exister sur celles-ci. La convention qui prévoierait, avant la naissance de l'enfant, un abandon de celui-ci par sa mère porteuse est radicalement nulle. Encore convient-il de souligner que cette analyse est irréfutable lorsque la mère porteuse a donné un ovule, puisqu'elle est alors la gestatrice et la mère biologique[2], alors que, dans le cas inverse, elle repose sur le seul postulat que la mère juridique est celle qui accouche. Or, cette solution se fonde sur l'interprétation d'un droit positif qui a été construit sur la certitude que la mère qui accouche est la mère biologique. Les textes actuels ne devraient donc fournir aucune indication sur la nature de l'intervention d'une femme qui se borne à assumer un rôle de gestatrice[3]. Autant reconnaître qu'actuellement cette période est mystérieuse et qu'il est impossible de savoir si le lien qui se crée entre le fœtus et celle qui le porte est de la même nature ou pas qu'un lien de filiation. L'interrogation reste entière, mais il faut souligner que réserver l'établissement d'un lien de filiation au seul lien biologique conduit à considérer que la mère porteuse n'est pas la mère juridique et que, par conséquent, la remise et la promesse de remise de l'enfant ne sont ni une «cession» de celui-ci, ni une atteinte à l'indisponibilité de l'état des personnes.

Pour les contrats par lesquels une personne se sépare d'une partie de son corps, la question est beaucoup moins tranchée : la gravité de l'acte et de ses conséquences et, partant, sa licéité, dépendent de la nature de la partie cédée[4]. Sont indubitablement

---

(1)Rappr. J. RUBELLIN-DEVICHI, «Les procréations assistées : état des questions», RTD civ. 1989, p.457 et s., spéc. n°61, qui estime que l'illicéité demeure même quand le contrat est analysé comme une prestation de service ; «Congélation d'embryons Fécondation un vitro Mère de substitution», Colloque génétique procréation et droit, p.307 et s., spéc. n°12. V. aussi du même auteur : obs. JCP 1992, I, 3547, p.15.

(2)Rappr. par conséquent très critiquables : O.-L. SEGUY, chr. précitée, Petites affiches 18 février 1987, p.28-29 qui n'examine jamais le problème ; Paris 15 juin 1990, D. 1990, p.541, note F. BOULANGER.

(3)Rappr. D. HUET-WEILLER et J. HAUSER, «La famille», LGDJ 1989, n°457 et les références citées note 166.

(4)R. SAVATIER, J. SAVATIER, J.-M AUBY et H. PEQUIGNOT, op. cit., n°276, p.252. Ces auteurs opposent les sécrétions distinctes du corps lui-même, comme le lait de femme, ou les prolongations du corps dont la nature permet la séparation, comme les cheveux ou les ongles, et dont l'utilisation est permise «du moment que l'intéressé les abandonne», des véritables

interdits tous les actes par lesquels une personne cède un élément de son corps dont la disparition est susceptible d'entraîner son décès ou de lui causer un dommage irréparable, constitutif d'une incapacité. Une telle convention est radicalement nulle et peut entraîner des poursuites pénales contre le cocontractant. Entrent dans cette catégorie les transferts concernant le cerveau, le cœur, les deux reins, les yeux et les cornées, etc. Bien que cela ne relève plus du cadre de cette étude, il convient de rappeler qu'il est en revanche possible de disposer de ces parties du corps, et même du corps en totalité, à cause de mort[1]. Le législateur l'a expressément prévu en 1949 pour les cornées[2] et cette possibilité a été généralisée pour les greffes d'organes, la loi du 22 décembre 1976 posant à cette occasion une audacieuse présomption de consentement du défunt[3].

873.– La seconde catégorie regroupe les éléments du corps régénérables et certains organes non-régénérables, dans l'hypothèse ou leur privation ne cause pas de dommage trop grave, au regard du bienfait que leur cession est censée apporter. La licéité de ces transferts a été posée pour le sang en 1952[4], elle s'est développée aussi pour le sperme[5] et la loi de 1976 a généralisé la solution pour les dons d'organes

---

«prélèvements de greffes» portant soit sur des éléments régénérables (sang), soit sur des éléments laissant une atteinte irréparable.

(1)Sur le problème des droits de l'individu sur son cadavre, les opinions divergent. V. dans le sens d'un droit de propriété, avec un régime particulier : X. LABBEE, Thèse précitée, p.120 et s. Rappr. A. DECOCQ, Thèse précitée, n°46 et s. ; J.-Ch. GALLOUX, art. précité, n°30 et s. Contra, ne faisant pas de différence fondamentale entre le corps vivant et mort : F. CHABAS, «Le corps humain et les actes juridiques en Droit français», Travaux de l'association H. CAPITANT, T.26, «Le corps humain et le droit», p.226-227, p.237 et s.
Sans vouloir trancher, il semble que certaines règles applicables au cadavre rappellent le corps vivant (cf. X. LABBEE, Thèse précitée, p.173 et s., sur la cause illicite), mais la disparition de la confusion objet-sujet et celle des risques résultant d'un prélèvement in vivo autorisent l'apparition d'un véritable droit direct sur le cadavre considéré comme une chose (v. par exemple X. LABBEE, Thèse précitée, p.179 et p.185, pour la possibilité de contrats onéreux sur le corps tout entier (illustrée par l'affaire de la vente des cendres du général Marceau, Tb. Seine 15 décembre 1910, Gaz. Pal. 16 décembre 1910), ou sur le squelette, p.192 ; instauration d'une présomption de consentement pour les greffes d'organes ; adde pour les problèmes posés par l'application du droit de la vente, p.201 et s.).

(2)Loi n°49-890 du 7 juillet 1949.

(3)Sur cette réglementation, v. par exemple : A. CHARAF ELDINE, «Les prélèvements d'organes», RDT san. soc. 1978, p.445 ; J.-B. GRENOUILLEAU, «Commentaire de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes», D. 1977, p.213 ; J. PENNEAU, Rép. précité, n°50 et s. ; rappr. R. SAVATIER, «Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains», JCP 1969, I, 2247 ; P.-J. DOLL, «L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes», Gaz. Pal. 1974-2- p.820 ; J.-Cl. FOURGOUX et J. PY, «A propos des greffes du cœur, garanties juridiques indispensables pour les greffes d'organes», Gaz. Pal. 1968-2- p.84.

(4)Loi du 2 juillet 1952, modifiée par une loi du 2 août 1961, insérées aux articles L. 666 et s. du Code de la Santé publique, complétées par divers textes, notamment le décret n°54-65 du 16 janvier 1954.

(5)Le sperme ne diminue pas les capacités physiques du donneur. Il devrait donc appartenir à la troisième catégorie, voire constituer une catégorie à part (M.-A. HERMITTE, art. précité p.337).

(reins, peau, moelle, etc.). Aux termes de l'article 1 de la loi du 22 décembre 1976, «en vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti». Tous ces actes présentent un point commun : ils doivent être conclus à titre gratuit. Il ne peut donc s'agir que de dons d'organes, de sang ou de sperme. Le principe est clairement établi en France[1], alors qu'il n'est pas toujours consacré à l'étranger[2] et que même, historiquement, les contrats onéreux en matière sanguine semblent avoir été admis avant la loi de 1952[3]. Bien qu'elle soit souvent dissimulée derrière l'affirmation solennelle selon laquelle le corps humain est en dehors du commerce, la justification principale de cette règle est pragmatique : il s'agit d'éviter que, dans l'espoir de simples gains financiers, des personnes démunies se livrent à un trafic de leur corps qui leur soit préjudiciable[4]. Le

---

Ce sont ses conséquences, qui tiennent quand même à sa nature, qui justifient la solution. (Rappr. N.-J. MAZEN, «L'insémination artificielle : une réalité ignorée par le législateur», JCP 1978, I, 2899, note 71 ; A. SERIAUX, «Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », D. 1985, p.53, n°9). La gratuité vient d'être expressément affirmée par l'article 13 de la loi du 31 décembre 1991 (JO 4 janvier 1992, p.180).

(1) Cf. article 3 de la loi du 22 décembre 1976 ; article 13 de la loi du 31 décembre 1991, précité. Il est également posé avec force par deux projets de loi récents (JO Doc. Ass. nat., n°2599, spéc. art. 2, créant les articles 21-22 du Code civil ; JO Doc. Ass. nat., n°2600, art. 3, art. L. 666-4, art. L. 668-8 et art.9, art. L.672-6 du Code la Santé publique) mais... les textes posent tout aussi tôt des exceptions ! (n°2599, art. 2, article 21 du Code civil ; n°2600, art. 3, art. L.666-7, art. 5, art. L. 668-1 du Code la Santé publique).

V. en ce sens : P.-J. DOLL, op. cit., p.61 et chr. précitée, p.821 ; F. CHABAS, Rapport précité, p.229 ; J.-M. AUBY, op. cit., p.434 et p.484 ; A. CHARAF ELDINE, «Les prélèvements d'organes», RDT san. soc. 1978, p.455 et p.462 ; J.-B. GRENOUILLEAU, chr. précitée, p.213, p.215 et p.220 ; R. SAVATIER, chr. précitée, JCP 1969, I, 2247, n°4. Adde les interrogations de M. HARICHAUX, art. précité, p.138 et s. ; M. GOBERT, «Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes», Colloque génétique procréation et droit, p.162 et s., spéc. p.184 (pour le don de sperme).

Contra cependant : X. LABBEE, Thèse précitée, p.169, qui affirme qu'on ne peut tirer aucun principe de ces deux textes spéciaux. Il semble au contraire que ces deux textes législatifs, surtout celui de 1976, généralisent en quelque sorte la matière et sont l'expression d'un principe commun.

(2) V. Travaux de l'association H. CAPITANT, T.26, «Le corps humain et le droit», J.-L. BAUDOIN, Rapport général sur le thème Corps humain et actes juridiques, I, B, qui évoque le droit québécois où il est fait exception au principe de gratuité lorsque la partie aliénée est susceptible de régénération (sang, cheveux, sperme, peau, lait).

(3) V. J. LACHEZE, «La transfusion du sang au point de vue juridique», Thèse Toulouse 1924, p.72 et s. ; intervention NIBOYET, Travaux de l'association Henri CAPITANT, T.2, 1946, p.91 ; infra n°880.

La gratuité des dons de sperme ne semble pas non plus respectée de façon absolue (M. HARICHAUX, art. précité, p.139 ; O.-L. SEGUY, chr. précitée, Petites affiches 16 février 1987, p.23 ; adde l'affaire de «Nature et fertilité»), ce qui a justifié l'intervention législative précitée du 31 décembre 1991.

(4) V. en ce sens : P. ANCEL, Thèse précitée, n°206. Adde sur cette question : M. HARICHAUX, art. précité, p.138 et s. Deux remarques s'imposent: - Il faut d'abord constater que, pour un produit dont le rôle sur la santé est moins important, comme le lait de mère, une protection poursuivant le même but peut passer par un contrat onéreux dont le prix est tarifé (rappr. infra pour l'expérimentation, où une somme maximale pour l'année a été fixée).

principe reste fragile et toute pénurie fait renaître le débat sur la gratuité, notamment du don du sang.

Cette seconde catégorie appelle certaines remarques. Tout d'abord, l'objet de la prestation y réalise ici une influence mesurée : tout contrat n'est pas illicite et l'élément du corps est bien dans le commerce juridique, mais la convention doit obligatoirement posséder une structure gratuite de qualification(1). L'objet de la prestation impose une cause objective déterminée. Il en résulte une conséquence originale : une collecte du sang onéreuse est nulle pour cause illicite, mais la cause illicite correspond en l'espèce... à la cause objective. Après les mobiles lointains intégrés dans la cause objective qui sert d'instrument de qualification, voici la cause immédiate utilisée comme instrument de contrôle de la conformité du contrat avec l'intérêt général ! La constatation confirme la continuité déjà soulignée de la totalité des représentations causales des contractants[2]. Ensuite, l'objet concret de la prestation, c'est à dire

---

- Cela explique, ensuite, que la solution se rencontre aussi pour des contrats non-translatifs dont les conséquences peuvent être dangereuses. La loi du 20 décembre 1988 l'illustre bien (sur cet aspect du texte : J. BORRICAND, «Commentaire de la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales», D. 1989, p.167 et s., n°27-29 ; G. MEMETEAU, chr. précitée, p.170 ; G. VIALA et A. VIANDIER, «La loi du 20 décembre 1988», Gaz. Pal. 1989-2- p.493, spéc. p.499 ; J.-M. AUBY, «La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales», JCP 1989, I, 3384, n°39 ; D. THOUVENIN, «La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ? », ALD 1989, p.89 et s., n°121 et s. ; B. EDELMAN, «La recherche biomédicale dans l'économie de marché», D. 1991, p.203 ; adde : M. HARICHAUX, art. précité, p.146, favorable à une rémunération). La loi prévoit une rémunération pour les contraintes subies. Selon un auteur, il s'agit d'une compensation et non une rémunération (D. THOUVENIN, ALD 1989, n°129).

(1)La structure globale peut, quant à elle, être synallagmatique. Ainsi, pour le don du sang, le donataire est tenu de deux obligations accessoires à l'égard du donneur : une obligation d'offrir une collation et une obligation de sécurité (Paris 12 mai 1959 et Paris 26 janvier 1960, D. 1960, p.305, note R. SAVATIER, obligation de sécurité, semble-t-il de résultat (dans le sens de cette interprétation : J. FROSSARD, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», Thèse LGDJ 1965, n°395, p.227) ; T.A Dijon 20 mai 1964, AJDA 1965, p.174, note L. VAUCOULOUX, responsabilité sans faute fondée sur la collaboration bénévole au service public ; Rennes 14 avril 1977, D. 1978, IR, p.36, obs. Ch. LARROUMET, obligation de sécurité, mais la nature de l'obligation n'est pas claire ; rappr. TGI Seine 23 avril 1966, D. 1966, somm. p.123, condamnant pour homicide involontaire un médecin qui avait prélevé des doses supérieures à celles autorisées). Selon un auteur, il faudrait parler d'obligation de surveillance, plutôt que d'obligation de sécurité (Ch. LARROUMET, obs. précitées, obligation de moyens, de surcroît). La solution est discutable et elle risque d'écarter la responsabilité du centre en cas de contamination, qui ne relève pas, stricto sensu, d'une «surveillance».
En faveur d'une responsabilité administrative sans faute, fondée sur la collaboration occasionnelle au service public : R. SAVATIER, D. 1954, chr., p.145 ; D. TRUCHET, Rép. Resp. puiss. publique, v° Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers), n°155-156 ; J. PELISSIER, Thèse précitée, p.110. Comp. en faveur d'une responsabilité pour faute, mais constatant les assouplissements admis par la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative : J.-M. AUBY, op. cit., p.486 ; J. BORRICAND, «Commentaire de la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales», D. 1989, p.167 et s., n°62.

(2)Cf. supra n°76.

l'élément corporel transmis, n'explique pas tout. Son influence directe concerne la seule gratuité du contrat initial conclu entre un donneur et un établissement spécialisé. Au delà, le sang, les organes[1] ou encore le placenta[2] entrent dans de véritables circuits de contrats onéreux. Il peut donc y avoir, pour un même élément corporel, des contrats gratuits et des contrats onéreux, ce qui montre qu'un critère supplémentaire doit être introduit dans le raisonnement. La qualité des parties peut sembler un indice intéressant, mais il dissimule en réalité une différence plus importante[3].

874.- La troisième catégorie regroupe les conventions qui sont licites[4], qu'elles soient conclues à titre onéreux ou gratuit, à des fins thérapeutiques ou non. Les éléments corporels visés ne sont pas vitaux, ils sont régénérables et ne disposent d'aucun potentiel génétique particulier. Il s'agit, par exemple, des cheveux ou du lait de mère[5], voire du placenta[6]. La cession de ces éléments ne présente aucun risque

---

(1) Les banques d'organes procèdent entre elles à de véritables échanges (F. CHABAS, Rapport précité, II, A ; X. LABBEE, Thèse précitée, p.192).

(2) Dans l'hypothèse où le placenta n'est pas placé dans la troisième catégorie (cf. infra). Sur le placenta, v. : M.-L. RASSAT, «Le statut juridique du placenta humain», JCP 1976, I, 2777 ; M. HARICHAUX, art. précité, p.136 et p.138.

(3) Cf. infra B).

(4) Sauf à déceler un mobile illicite particulier à une espèce donnée (ex. : une vente de cheveux féminins dont les modalités présenteraient des aspects humiliants ou dangereux pour la santé ou dont l'utilisation aurait un but immoral). V. pour une approche similaire, sur un plan général : P. ANCEL, Thèse précitée, n°121.

(5) V. par exemple : J.-M. AUBY, op. cit., p.484. Le prix du lait de mère est d'ailleurs réglementé et les nourrices se sont vu accorder dès le Code civil un privilège (F. TERRE, Rapport précité, p.20). Adde : les extrémités des ongles, l'urine et les matières fécales, éventuellement les dents de lait après leur chute.
La peau relève de la seconde catégorie et entre dans le cadre de la loi de 1976 sur les greffes : si elle est régénérable, elle peut laisser des cicatrices. Rappr. TGI Paris 3 juin 1969, D. 1970, p.136, note J.-P. Pour les besoins d'un film, une mineure avait accepté de se faire tatouer... une Tour Eiffel avec une rose sur une de ses fesses, puis de subir une exérèse (dont l'exécution avait d'ailleurs laissé une cicatrice disgracieuse), le tatouage restant la propriété pleine et entière du producteur. Le Tribunal déclare le contrat illicite dans tous ses aspects. La solution est correcte, compte tenu de la minorité, pour le tatouage et les poses nues (quoique la solution ait vieilli sur ce dernier point...). Pour un majeur, en revanche, un contrat de tatouage est parfaitement licite. Au contraire, l'exérèse est incontestablement illicite, en raison de son caractère onéreux et de l'absence de but thérapeutique.

(6) V. M.-L. RASSAT, «Le statut juridique du placenta humain», JCP 1976, I, 2777. L'auteur soutient, à juste titre, la possibilité de contrats onéreux, même pour la convention initiale entre l'enfant, par l'intermédiaire de ses représentants légaux, et la maternité ou un laboratoire. De ce point de vue, le placement du placenta dans la troisième catégorie s'impose. Reste à savoir si un mobile thérapeutique ou scientifique est nécessaire. En pratique, cependant, le placenta est considéré comme une chose abandonnée (par application d'une règle... du droit des biens), immédiatement appropriée... par la clinique qui le revend à des laboratoires. Le Comité national d'éthique a approuvé ces pratiques pour les cellules en invoquant des arguments extrêmement contestables (v. M. HARICHAUX, art. précité, p.138 et p.140-141). L'absence d'obligation de renseignement à la charge des institutions médicales n'emporte pas non plus la conviction (v. en ce sens : M.-A. HERMITTE, art. précité, Rev. autrichienne scienc. polit. 1992, p.12).

pour le cédant. Sous réserve de l'exécution forcée de l'obligation de délivrance, que le principe d'intégrité physique paraît devoir interdire[1], il est même permis de se demander si la qualification de vente ne retrouve pas son empire, ces sécrétions ou produits du corps perdant leur particularisme après leur détachement et pouvant alors faire l'objet d'un véritable droit de propriété[2]. La qualification pourrait avoir des conséquences sévères pour les nourrices, spécialement lorsqu'elles communiquent une maladie à l'enfant. Il n'est pas sûr que la jurisprudence utiliserait la garantie des vices et qu'elle ne préfèrerait pas recourir, par analogie avec les solutions retenues en matière de transfusion, à la notion d'obligation de sécurité. La nature de celle-ci est en revanche incertaine et la sévérité des tribunaux dans le domaine voisin des dommages corporels, devrait inciter les nourrices professionnelles à s'assurer.

2) La qualification des contrats licites

875.- Il reste alors à mesurer l'influence de l'objet de la prestation sur la qualification des contrats licites. Celui-ci joue un rôle considérable dans la détermination de la nature de la convention, mais selon différents procédés. Tout d'abord, et la constatation rejoint le problème précédent de la licéité, seule une qualification gratuite est parfois admise, spécialement pour les contrats conclus en début de «chaîne» avec les «donneurs». Ensuite, pour tous les contrats de la deuxième catégorie, qu'ils soient onéreux ou gratuits, la poursuite d'un but thérapeutique est requise[3]. Cependant, deux problèmes demeurent : il convient d'expliciter le critère justifiant le passage d'un contrat gratuit à un contrat onéreux et de préciser les liens unissant tous ces contrats à la qualification translative majeure, la vente. Pour

---

(1)La solution s'impose dans certains cas, bien que l'atteinte soit faible, en raison de la modicité de l'enjeu (cheveux ou autres produits). Pour le contrat de nourrice, si l'enjeu est plus important (les parents n'étant pas sûrs de retrouver rapidement une remplaçante), l'atteinte l'est également et l'exclusion demeure. Rappr. «Travaux de la Commission de réforme du Code civil», Année 1950-1951, p.53 (discussion sur l'exécution forcée, débouchant sur une révocabilité des contrats ; cf. infra n°876). Adde sur cette question : P. ANCEL, Thèse précitée, n°211 et s., spéc. n°213, pour qui il n'y a aucun accord juridique, mais simple accord moral avant le prélèvement.
La faiblesse de l'atteinte nécessité par la technique des empreintes génétiques (un cheveu...), comparée à l'importance des intérêts en cause et à la fiabilité de ce mode de preuve, devrait inciter rapidement les tribunaux à ordonner ces expertises même contre le gré d'une partie.

(2)V. en ce sens : A. DECOCQ, Thèse précitée, n°38 ; M. HARICHAUX, art. précité, p.134 et p.140. Comp. pour les contrats non-translatifs : les contrats de coiffeur ou de manucure sont de véritables contrats d'entreprise et la nature de l'objet de la prestation n'influe pas sur la qualification.

(3)Selon les cas, cette fin constitue un élément de la cause d'un des contractants ou des deux : il s'agit d'une cause objective médiate du donataire initial (et non du donateur : A. CHARAF ELDINE, «Les prélèvements d'organes», RDT san. soc. 1978, p.463), puis d'une cause objective médiate des deux parties au contrat intermédiaire (le donataire-déposant et l'établissement de soins) et enfin d'une cause objective médiate du médecin ou de l'établissement qui effectue la greffe.

répondre à ces interrogations, il est indispensable d'approfondir le contenu de ces accords, en s'attachant désormais au particularisme du droit en cause. Lors de cet examen, le raisonnement général peut trouver à la fois un appui et une illustration dans l'exemple particulier du sang[1].

876.– La nature du droit de tout individu sur son corps est originale. Il ne peut s'agir d'un droit de propriété[2] et il est désormais admis que le droit à l'intégrité corporelle est un droit de la personnalité[3]. L'assimilation à un droit de propriété se heurte en effet à plusieurs obstacles. D'une part, tout droit réel suppose un objet et un sujet, alors que le droit à l'intégrité corporelle réalise une confusion au moins partielle entre le sujet du droit et son objet[4]. D'autre part, le droit de propriété comprend

---

(1)Sur le droit des transfusions sanguines : R. SAVATIER, «De jus sanguine», D. 1954, p.141 ; R. DOMAGES, Thèse précitée, n°78 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 3-1, n°35 ; G. MEMETEAU, «Droit médical», Jurisprudence française, 1985, n°708, p.470 ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, «Traité de droit médical», T.2, p.98 ; J. PENNEAU, Rép. précité, n°72 et s. ; J.-M. AUBY, op. cit., p.484 et s. ; J. LACHEZE, «La transfusion du sang au point de vue juridique», Thèse Toulouse 1924 ; E. ARRIGHI DE CASANOVA, «La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile», Thèse Aix 1946, n°36, p. 69 et s. ; A. DECOCQ, Thèse précitée, n°88 et s. ; J. FROSSARD, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», Thèse LGDJ 1965, n°395, p.226-227 ; P.-J. DOLL, op. cit., p.109 et s. ; J. PELISSIER, Thèse précitée, p.98 et s.
Adde (non consulté) : P. UZEL, «Responsabilité en matière de transfusion sanguine», Gestions hospitalières 1972, p.521.

(2)Projet de loi n°2599, art. 2, art. 21 du Code civil.
V. en ce sens : R. NERSON, Thèse précitée, n°69 ; R. DOMAGES, Thèse précitée, n°22 et s. ; R. SAVATIER, J. SAVATIER, J.-M AUBY et H. PEQUIGNOT, op. cit., n°276, p.252 (le sang n'est pas une marchandise) ; A. GOERGEN, Thèse précitée, p.226 et s., spéc. p.230 ; R. SAVATIER, «De jus sanguine», D. 1954, p.141-142 (le sang n'est pas une marchandise et le droit sur le corps est un droit exclusif et non patrimonial) ; P.-J. DOLL, op. cit., p.56 ; J. PELISSIER, Thèse précitée, p.3-4 et la conclusion, p.345 (c'est l'idée-force de l'auteur : l'atteinte au corps dans son intégrité physique est une atteinte à la personne ; l'auteur conteste les visions patrimoniales du corps, mais ce point de vue ne saurait être suivi pour les conventions postérieures au don initial) ; X. LABBEE, «La condition juridique du cadavre», Thèse Lille 1981, p.123-124 (droit de la personnalité) ; Ph. DUBOIS, «Le physique de la personne», Thèse Paris II 1984, p.129 et s.

(3)La doctrine comporte des nuances : - pour droit subjectif extra-patrimonial : R. NERSON, Thèse précitée, n°68 et s., p.129 et s., spéc. n°70 ; MAZEAUD, T.1 Vol.2, n°789 et 792 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les personnes les incapacités», n°314 et s. ; MARTY et RAYNAUD, «Les personnes», n°6 ; B. TEYSSIE, «Les personnes», Litec 1983, n°26 et s. Rappr. G. GOUBEAUX, «Les personnes», LGDJ 1989, n°282.
- pour une liberté : J. CARBONNIER, T.1, «Les personnes», 1990, n°8, p.22 ; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.187 et p.189 et s.; Ch. ATIAS, «Les personnes les incapacités», PUF 1985, ambigu, mais semble-t-il plutôt en faveur d'une liberté (p.63) ; rappr. aussi dans le sens d'un droit de l'homme et d'une liberté publique : D. THOUVENIN, Actes 1985, n°8.
- adde : G. CORNU, «Introduction les personnes les biens», 4e édit., n°62 et n°500, qui choisit plutôt le droit subjectif, mais qui estime en définitive la distinction peu convaincante, n°505.
- pour une analyse plus radicale : A. DAVID, Thèse précitée, p.36 : «une grande partie de l'homme est un bien».

(4)V. en ce sens : R. NERSON, Thèse précitée, n°69 ; R. DOMAGES, Thèse précitée, n°24 ; A. GOERGEN, Thèse précitée, p.230 ; F. CHABAS, «Le corps humain et les actes juridiques en Droit français», Travaux de l'association H. CAPITANT, T.26, «Le corps humain et le droit»,

diverses prérogatives que son titulaire peut exercer librement, ce qui n'est pas le cas pour le droit de tout individu sur son corps, où le droit de disposition n'existe pas, sauf exceptions soigneusement réglementées, et où même le droit de faire fructifier est réduit, comme le montre a contrario le récent encadrement législatif des conventions relatives à l'expérimentation thérapeutique.

Du point de vue de la qualification, il en résulte une particularité tout à fait originale, que la doctrine ne semble pas avoir suffisamment soulignée[1]. S'agissant de la partie du corps proprement dite, il y a bien une véritable aliénation car, à l'issue du contrat, la personne qui peut exercer des prérogatives sur celle-ci n'est plus la même. En revanche, à l'égard du droit, la situation est différente. Le droit extra-patrimonial d'un sujet sur son corps est incessible. Tout droit de la personnalité est attaché indéfectiblement à la personne. Aussi, quand un individu donne une partie de son corps, le droit spécifique qu'il possédait sur celui-ci n'est pas transmis : il s'éteint[2], pour être remplacé immédiatement par un droit nouveau de nature variable. Ces contrats translatifs portant sur le corps humain réalisent donc en général, non une simple translation d'un droit, mais une succession plus originale d'extinction et de naissance de deux droits[3]. Le titulaire initial du droit s'en dépouille par abdication, et il

---

p.227 ; J. PELISSIER, Thèse précitée, p.3-4 ; Ph. DUBOIS, «Le physique de la personne», Thèse Paris II 1984, p.129.

(1)La négation artificielle de l'existence de contrats portant sur le corps humain par la doctrine généraliste du droit des obligations et des contrats a bien évidemment pour conséquence d'éviter tout approfondissement de l'analyse de ces conventions.
V. cependant : F. CHABAS, Rapport précité, p.240, qui évoque des conventions abdicatives ; A. CHARAF ELDINE, «Les prélèvements d'organes», RDT san. soc. 1978, p.446, «l'exécution de cet accord porte atteinte à un droit de la personnalité : l'intégrité corporelle. Or, les conditions dans lesquelles la disposition d'un droit de la personnalité est permise doivent être définies par le législateur» ; F. ALT-MAES, chr. précitée, .

(2)Rappr. G. GOUBEAUX, op. cit., n°286 (pas de transmission, mais des renonciations) ; MAZEAUD, T.1 Vol.2, n°787 (droit pas détachable) ; O.-L. SEGUY, chr. précitée, Petites affiches 16 février 1987, p.20. (convention abdicative) ; P. ANCEL, Thèse précitée, n°165 et s. (selon cet auteur, les droits de la personnalité véritables sont susceptibles de renonciation (n°165, n°168), mais jamais de cessions (n°167), sauf hypothèses très particulières comme le droit moral de l'auteur (n°167, n°170 et s., n°182 et s.). V. aussi en matière de propriété littéraire et artistique : A. FRANCON, «La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur», D. 1976, p.55 et s., spéc. p.56-57 (renonciations à certains aspects du droit moral sans transmission).

(3)Cette idée d'une «renonciation translative» a déjà été proposée par un auteur, en matière de propriété littéraire (H. EL HADDAWI, «Le contrat de commande d'objet d'art et ses suites en droits», Thèse Poitiers 1959, p.101 et s., p.110 et s. et p.121 et s.). Même si son examen porte surtout sur la licéité du procédé, plus que sur sa nature (l'auteur en tire quand même une qualification sui generis, mais pour une prestation de service, ce qui est contestable ; rappr. infra n°895, une distinction intéressante, est faite entre cette renonciation et une renonciation purement abdicative, p.112).
M. ANCEL, en revanche, n'évoque pas ce problème («l'indisponibilité des droits de la personnalité», Thèse Dijon 1978). Pour cet auteur, en effet, le droit sur une fraction du corps ne semble pas être un droit de la personnalité (n°176) et le contrat, bien que translatif, n'a pas pour objet un tel droit (n°165 et s., n°176). V. aussi : A. GOERGEN, Thèse précitée, p.243 et s., qui évoque la «disponibilité» des droits de la personnalité ou la faculté d'y renoncer, sans insister ; rappr. p.234, l'exclusion du droit de propriété sur un greffon, parce que celui-ci ne prend la qualité de bien qu'un «bref instant» (la période de conservation en dehors de toute incorporation).

autorise l'apparition d'un droit nouveau, contrairement à ce qui pourrait se passer, par exemple, pour une amputation lorsque l'organe est détruit. Si la continuité demeure pour la transmission la chose elle-même, le titulaire de prérogatives sur l'élément corporel changeant lors de chaque convention, il n'est plus possible d'observer une transmission continue d'un droit identique, ce qui montre l'altération subie par la traditionnelle obligation de donner. Or, il convient de ne pas se méprendre : cette particularité n'est pas un simple détail de pure technique juridique. Elle constitue la traduction technique dans le domaine des qualifications du principe d'intégrité corporelle. Le détachement du corps d'un organe ou d'une substance est la phase cruciale de toute cette matière et cette importance s'inscrit dans les obligations du cédant sous la forme d'une discontinuité de la nature des droits cédés, laquelle entraîne un dédoublement des prestations (abdication et autorisation de la constitution d'un nouveau droit).

Il est donc permis de penser que, dans leur version gratuite, les conventions initiales qui réalisent un détachement d'une partie d'un corps humain ne sont pas des donations, comme le montre d'ailleurs la terminologie employée de don et de donneur[1] et que, même conclues à titre onéreux, elles ne seraient pas des ventes[2]. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par l'éviction du régime de la vente et de la donation sur des points caractéristiques du régime de celles-ci . Pour ne prendre qu'un exemple, la régle du transfert immédiat, qui est un pilier du régime de la vente et dont l'application est facilement étendue par analogie à tous les contrats translatifs, semble être écartée en ce domaine. L'exception classique relative aux choses de genre, soutenable pour le sang, ne l'est pas pour un organe particulier (greffe de rein, par exemple). L'application du principe du transfert immédiat heurterait celui de l'inviolabilité du corps humain[3], en «détachant» juridiquement une partie du corps qui ne le serait pas physiquement(4). Contrairement à une classique obligation de donner,

---

(1)V. en ce sens : D. THOUVENIN, art. précités, Actes 1985, n°6 ; ALD 1989, note 93 ; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.190. Comp. I. NAJJAR, Rép. civ., v° Donation, n°6.

(2)Contra, mais dans une perspective non technique : A. DAVID, Thèse précitée, p.9 et s., p.50-53.

(3)V. Projet de loi n°2599, art. 2, art. 17 du Code civil.

(4)Encore faut-il souligner, d'ailleurs, que cette analyse ne semble pas concerner les produits du corps qui par nature doivent s'en détacher, comme le lait ou les cheveux. Dans ces hypothèses, sans peut-être aller jusqu'à considérer que ces éléments sont déjà des choses à l'intérieur du corps humain (V. en ce sens : A. DAVID, Thèse précitée, p.9 et s., p.36-37 (dont c'est un des postulats essentiels) ; J.-Ch. GALLOUX, chr. précitée, n°20), il apparaît que le passage obligé de l'extinction du droit de la personnalité sur la partie du corps cédée n'est pas concomitant du détachement physique de celle-ci et que la volonté du cédant peut ici isoler abstraitement une sécrétion ou un prolongement de son corps en les réifiant en chose future (v. A. DECOCQ, Thèse précitée, n°38 et l'auteur cité note 18).

l'obligation de renoncer à un droit de sa personnalité est radicalement insusceptible d'exécution forcée, tant en elle-même, car le donneur doit pouvoir jusqu'au dernier moment revenir sur son accord, qu'en raison de la contrainte dans l'exécution de l'obligation de délivrance qu'elle ne manquerait pas de permettre. La solution est à rapprocher de la libre révocabilité jusqu'à leur exécution des contrats portant sur le corps humain, proposée par la Commission de réforme du Code civil [1] et adoptée par l'article 2 alinéa 3 du décret du 31 mars 1978, pris en application de la loi de 1976 sur les greffes d'organes, qui précise que «dans tous les cas, le consentement du donneur peut être retiré à tout moment sans formalité»[2].

877.- Une telle analyse met en exergue l'incontestable spécificité des contrats conclus par le donneur. Elle isole une influence originale de l'objet de la prestation qui se manifeste en deux temps : la chose modifie la nature du droit qui porte sur elle et le droit altère l'obligation de transfert. Cependant, elle s'accompagne nécessairement d'une certaine limitation de son domaine d'application. Elle ne s'applique sans restriction, ou presque[3], qu'aux accords qui inaugurent la chaîne des contrats portant sur des substances humaines. Sa transposition aux conventions postérieures mérite d'être discutée[4].

Dans la plupart des cas, les substances d'origine humaine sont cédées à des organismes spécialisés. Ceux-ci exercent un droit sur l'élément prélevé qui ne peut être un droit de la personnalité puisque, faute d'incorporation, la confusion sujet-objet n'existe plus et que tout risque d'atteinte à l'intégrité corporelle a disparu. La structure de tels droits s'apparente à celle d'un droit réel : un sujet exerce un pouvoir direct sur une chose corporelle, et ce pouvoir est opposable à tous. Le recours à un droit de propriété particulier est donc possible et il n'est guère surprenant de constater que la doctrine évoque souvent l'idée d'une propriété collective, gérée selon des finalités conformes à l'intérêt général[5]. Qu'il s'agisse d'un droit sui generis ou d'une variante

---

(1) Article 5 du projet : «est toujours révocable l'acte par lequel une personne dispose de tout ou partie de son corps, que cet acte doive recevoir exécution du vivant de son auteur ou après son décès». Adde : Projet de loi n°2600, art. 3, art. L. 666-2 du Code de la Santé publique.
V. déjà : A. JACK, chr. précitée, n°13, p.385. Comp. J. LACHEZE, Thèse précitée, p.104 (qui semble admettre une exécution forcée pour les donneurs professionnels).

(2) Contra : D. THOUVENIN, art. précité, Actes 1985, n°7.

(3) Cf. supra n°874 (texte et note).

(4) V. A. DAVID, Thèse précitée, p.9-12, qui fait figure de précurseur par la présentation adoptée qui distingue, quant à la qualification des opérations portant sur le corps humain, le cedant, le cessionnaire et les intermédiaires.

(5) V. à propos du sang les auteurs cités infra. Adde J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.193-194 (qui réfutent les catégories traditionnelles, notamment les biens sans maître ou le domaine public).

d'un droit de propriété, dont les prérogatives seraient bridées par l'intégration au sein même du droit de la finalité thérapeutique[1], en définitive peu importe pour la matière des qualifications. En effet, ces organismes ne gèrent ces substances humaines, en les conservant ou en les transformant, qu'à titre transitoire et celles-ci ont pour vocation d'être transmises à d'autres personnes. Sous réserve du recours à la notion de stipulation pour autrui[2], les nouveaux titulaires des droits sur les éléments du corps ne sont pas immédiatement les receveurs et un autre intermédiaire vient s'interposer : médecin, hôpital public ou clinique privée, banque étrangère d'organes, etc. Or, dans ces conventions, le droit transmis est de même nature que le droit acquis : il n'y a qu'un seul et même droit qui a changé de titulaire. Le fait que l'acquéreur ne puisse utiliser les potentialités de la chose acquise que pour réaliser des objectifs déterminés est une conséquence de la nature du droit et demeure sans influence sur celle de l'obligation du cédant. La prestation des organismes spécialisés est donc très semblable à l'aliénation auquel consent un vendeur et les contrats conclus entre ces intermédiaires sont très proches de la vente : ils appartiennent en tout cas incontestablement à la famille des contrats translatifs décrite dans la section précédente. La proximité de la vente est encore plus indiscutable lorsqu'un de ces organismes, une maternité ou un laboratoire cèdent certains produits, tissus ou cellules à l'industrie pharmaceutique[3]. Le contrat marque définitivement la réification de la substance humaine, qui est alors assimilée à un médicament. Les Communautés européennes semblent avoir adopté cette perspective dans une directive du 14 juin 1989, consacrée aux médicaments à base de composants de sang préparés industriellement, qui tente d'en organiser la libre circulation[4]. La concurrence qui devrait s'ensuivre provoque une certaine inquiétude, qu'expriment déjà quelques questions écrites.[5]

878.– Ce rapprochement structurel avec les contrats translatifs traditionnels s'accompagne d'une réapparition de la licéité des contrats onéreux. Ici encore, la disparition de la spécificité de l'obligation de transférer un droit n'est pas un pur détail de technique juridique et elle assure la traduction dans le domaine de la qualification de l'atténuation de l'originalité de ces contrats et des dangers qu'ils peuvent provoquer

---

(1)Sur cette question : J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.190 ; B. EDELMAN, «L'homme aux cellules d'or», D. 1989, p.225. Rappr. aussi M.-A. HERMITTE, intervention précitée, p.220.

(2)Cf. infra pour le sang n°881 dernière note.

(3)M.-A. HERMITTE, intervention précitée, p.218-219.

(4)Directive du 14 juin 1989, JOCE 28 juin 1989, n° L 181/44.

(5)V. J.-S. CAYLA, chr. RTD san. soc. 1989, p.33 et 1990, p.296.

pour la santé humaine. La constatation est essentielle. Plusieurs auteurs soulignent désormais les différences qui séparent le contrat initial de don des conventions ultérieures[1]. Après un contrat de «détachement» très spécifique, les substances humaines entrent désormais dans de véritables circuits de contrats onéreux, même si ceux-ci ne peuvent constituer un marché au sens commercial du terme[2]. Cette reconnaissance de l'onérosité des contrats assurant la circulation des substances humaines après leur don initial est souvent contestée, mais les motifs invoqués sont insuffisants pour retirer à ces accords synallagmatiques ce caractère. L'exemple du sang constitue une bonne illustration de ces discussions.

Selon un auteur, l'analyse de la rémunération des centres de transfusion montre que ces organismes ne poursuivent aucun but lucratif et que la détermination administrative du prix ne comporte aucun bénéfice[3]. Cette analyse fondée sur les termes mêmes de l'article L. 673 du Code de la Santé publique ne saurait convaincre[4]. La présence d'un bénéfice n'est un critère, ni des contrats onéreux en général, ni de la vente en particulier. Les ventes à prix coûtant restent des ventes. De plus, si cette conception entend considérer la participation financière du cocontractant du centre à une indemnisation des frais[5], qui rappelerait la donation avec charges[6], il convient de rappeler que cette qualification a ses limites : la charge ne doit pas être d'un montant objectivement équivalent à celui du droit transmis[7]. Or, tel est le cas pour la fourniture du sang, et ce serait dénaturer la volonté des contractants que de considérer que les centres de transfusion contractent dans le but de rendre service, alors que le versement de la somme d'argent constitue la cause de leur engagement[8]. En réalité, il ne faut pas confondre deux perspectives différentes. Le refus de l'onérosité à l'échelle de

---

(1)V. par exemple : M.-A. HERMITTE, intervention précitée, p.218 et s. ; J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.187 (distinction entre le corps formant un tout et le corps fractionné). Comp. M. HARICHAUX, art. précité, qui décrit cette circulation des substances humaines dans toute la première partie, mais ne souligne jamais nettement cette particularité (p.135 et p.140).

(2)M. HARICHAUX, art précité, p.139 ; F. ALT-MAES, chr. précitée, p.245.

(3)Cf. R. SAVATIER, chr. précitée, p.142. Adde : R. DOMAGES, Thèse précitée, n°24 ; A. GOERGEN, Thèse précitée, p.179, p.236.

(4)V. en ce sens : R. RODIERE, note précitée, p.270 ; J. FROSSART, Thèse précitée, p.227. Adde Paris 28 novembre 1991, D. 1992, p.85, note A. DORSNER-DOLIVET ; JCP 1992, II, 21797, note M. HARICHAUX.

(5)V. en ce sens : D. THOUVENIN, art. précité, Actes 1985, note 24 (prix du service rendu).

(6)Cf. supra n°401, n°406 et n°589 (note) V. aussi pour certains contrats de prestations de services gratuits, l'exemple de l'entraide agricole, infra n°1254-1257.

(7)Cf. supra n°589 (note).

(8)Le caractère onéreux de la prestation n'est pas à notre avis modifié par les règles nouvelles de gestion hospitalière, où il n'existe plus de lien direct entre le coût effectif des prestations fournies et le prix réglé. Comp. M. HARICHAUX, art. précité, p.140.

l'ensemble des échanges portant sur les substances humaines correspond à l'absence de profit et à l'éviction de toute référence au marché commercial. Cette position n'est nullement incompatible avec la nature onéreuse de chaque accord pris individuellement. Or, du point de vue de la qualification, c'est cette seconde approche de l'onérosité qui doit être adoptée.

Certaines dispositions relatives aux échanges internationaux de substances humaines entre organismes spécialisés suscitent les mêmes discussions et appellent les mêmes remarques. Ainsi, sous l'égide du Conseil de l'Europe, a été conclu un accord relatif à l'échange de substances thérapeutiques d'origine humaine[1], au premier rang duquel se trouvent le sang et ses dérivés[2]. L'article 2 de ce texte précise que ces substances sont mises à la disposition d'une des parties contractantes «sans autre rémunération que celle nécessaire au remboursement des frais de collecte, de préparation et de transport de ces substances». Comme le sang lui-même est obtenu à partir de collectes gratuites, donc que l'acquisition de la substance elle-même ne coûte rien aux centres de transfusion, l'énumération réalisée par le texte représente la totalité de ses coûts. Seule est interdite, comme dans les textes français, la prise de bénéfice, ainsi que le précise d'ailleurs expressément l'article 3. Mais cette absence de profit est insuffisante pour retirer au contrat un caractère onéreux.

Enfin, il faut bien constater que la conception classique qui refuse de considérer comme onéreux des contrats stipulant pourtant la cession d'un droit sur une substance humaine contre paiement d'une somme d'argent représentant le coût de celle-ci repose sur un idéalisme et une vision philanthropique malheureusement surannés dans le secteur médical. La récente affaire de contamination des hémophiles par des produits sanguins infectés par le virus du sida vient d'ailleurs de mettre cruellement en lumière l'importance dans ce domaine des enjeux économiques et des contraintes financières. Nier la nature onéreuse des contrats n'a dès lors plus qu'une conséquence : alléger la responsabilité du cédant au détriment des receveurs[3].

879.– Il reste alors à étudier la qualification du contrat final par lequel une personne reçoit l'organe où la substance humaine. Les contrats directs entre donneurs

---

(1)L'inventaire des textes est assez complexe (cf. Code Dalloz de la Santé publique, sous l'article L. 667). L'accord européen a été conclu le 15 décembre 1958, puis ratifié par la France et publié par le décret n°60-649 du 29 juin 1960 (JO 6 juillet 1960, p.6144). L'accord comprend de nombreuses annexes techniques. Par une décision du Conseil des ministres de la C.E.E du 25 juillet 1986 (JOCE 30 juillet 1986, n° L 207/1), les Communautés Européennes sont devenues parties contractantes à l'accord.

(2)Cf. l'article 1 de l'accord qui ouvre des possibilités d'extension.

(3)Cf. infra n°883 (texte et note).

et receveurs, spécialement les transfusions sanguines directes, sont devenus exceptionnels. Même si cela n'a pas toujours été le cas, il ne fait aucun doute que de tels accords doivent être gratuits. Leur contenu les apparente indéniablement aux accords de la première catégorie : le donneur consent à l'extinction d'un des droits de sa personnalité et autorise la création d'un nouveau droit de la personnalité, celui du receveur. Ce droit est d'une nature identique à celle du droit abandonné, mais il ne s'agit pas du droit même du donneur. Ces conventions ne sont donc pas assimilables à des contrats translatifs classiques. Le développement d'intermédiaires spécialisés, la limitation des personnes autorisées à procéder à certaines greffes qui oblige à recourir à des structures hospitalières, modifient profondément ce schéma. Le professionnel de la santé – hôpital, clinique, médecin, voire banque d'organes dans la théorie de la stipulation pour autrui – qui réalise une greffe ou une transfusion, consent à abandonner un droit dont la structure est comparable ou identique à un droit réel, afin que celui-ci se transforme en droit de la personnalité du receveur. La situation semble exactement la symétrique du don initial : à l'extinction d'un droit de la personnalité suivie de la naissance d'un droit réel (ou assimilé) se substitue la succession de l'extinction d'un droit réel (ou assimilé) et de la naissance d'un droit de la personnalité. Est-ce à dire que les contrats conclus avec les receveurs ont une qualification aussi originale que celle des conventions passées avec le donneur ? Certainement pas, car les situations sont loin d'être identiques. La théorie générale des qualifications accorde un rôle déterminant à l'obligation caractéristique. Dans le don de produit humain, c'est bien l'obligation caractéristique du donneur dont la nature diffère de celle d'un vendeur. Dans le contrat conclu avec le receveur, au contraire, la prestation du cédant est au départ comparable à celle d'un vendeur et le remplacement du droit réel ou assimilé en un droit de la personnalité ne provient pas de la nature de l'obligation du cédant, mais de l'incorporation de la substance humaine dans le corps du receveur. Cette transformation ne se produit d'ailleurs qu'au moment de cette incorporation, ce qui signifie que jusque là, c'est bien une obligation translative classique qui a pesé sur le cédant. En définitive, les contrats conclus avec les receveurs sont plus proches des contrats passés entre les intermédiaires, que des dons initiaux.

880.– Il convient de préciser davantage la nature et le régime des contrats qui unissent le receveur à son cocontractant. Pour cet examen, l'exemple du sang est particulièrement intéressant, pour deux raisons essentielles. D'une part, l'évolution de la chaîne du sang est exemplaire, par le passage qu'elle a connu du bénévolat plus ou moins organisé, au marché professionnel non commercial. D'autre part, les risques de

transmission de germes de maladie, la syphilis autrefois, le sida aujourd'hui, donnent une grande importance pratique à cette recherche.

Avant la guerre, la spécificité des contrats de transfusion n'était pas admise avec netteté et un auteur, dans sa thèse, avait pu tenter de construire un régime pour ces conventions sur la base de la vente[1]. A cette époque, où les transfusions directes étaient les plus fréquentes, l'onérosité était admise et la responsabilité du donneur était une préoccupation majeure[2]. Depuis 1952, l'exclusion de la qualification de la vente fait quasiment l'unanimité tant en jurisprudence[3] qu'en doctrine[4]. Cette exclusion repose fondamentalement sur la nature particulière du droit transmis, qui n'est pas un droit de propriété[5]. Cette originalité est d'ailleurs parfois exprimée en doctrine par l'expression de «greffe du sang»[6]. Pourtant, il faut bien constater qu'avant de pouvoir discuter cette solution, il convient de surmonter d'autres obstacles, dont chacun pourrait justifier à lui seul l'exclusion de la qualification de vente, mais dont la valeur inégale mérite d'être appréciée[7].

---

(1)Cf. J. LACHEZE, Thèse précitée, p.65 et s. et p.165 et s. L'auteur hésite entre deux qualifications de vente de sang et de contrat innommé de transfusion. La seconde qualification présente l'avantage d'une plus grande souplesse de détermination du régime, notamment pour permettre l'atténuation de la responsabilité des donneurs occasionnels à titre onéreux. De façon assez contradictoire, alors que l'auteur estime qu'il est impossible d'analyser différemment les contrats conclus avec des donneurs professionnels et ceux passés avec des donneurs accidentels (p.94), il retient des régimes de responsabilité à l'égard du receveur différents (à l'époque, seules les transfusions directes étaient pratiquées) : article 1382 du Code civil pour les seconds et garantie des vices cachés pour les premiers (p.188-189 et p.197). Pour la critique de cette thèse, v. aussi : A. DECOCQ, Thèse précitée, n°90 et s.

(2)Rappr. J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, note citée infra ; R. SAVATIER, note JCP 1955, II, 8490 ; chr. précitée, p.145. La gratuité du don doit inciter à l'indulgence, mais même dans ce cas, comment absoudre le donneur qui se sait contaminé et le tait ? (rappr. pour une faute du donneur mettant à sa charge une partie du préjudice qu'il a subi : T.A Dijon 20 mai 1964, AJDA 1965, p.174).

(3)V. Paris 25 avril 1945, JCP 1946, II, 3161, note A. RABUT ; D. 1946, p.190, note A. TUNC ; S. 1946-2- p.29, note J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE ; Gaz. Pal. 1945-1- p.209, concl. JODELET ; Civ 2e 17 décembre 1954, D. 1955, p.269, note R. RODIERE ; JCP 1955, II, 8490, note R. SAVATIER (implicitement ; dans le sens de cette interprétation : J. FROSSART, Thèse précitée, p.226).

(4)Cf. en ce sens : A. RABUT, note précitée ; A. TUNC, note précitée ; J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, note précitée ; R. SAVATIER, note JCP 1955, II, 8490 ; J.-P. DOLL, note Gaz. Pal. 1977-2- p.668 ; M. HARICHAUX, art. précité, p.135 et p.139 ; M.-A. HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», Archiv. phil. drt. 1988, T.33, p.334.
Contra : A. DECOCQ, Thèse précitée, n°95 : «[le contrat] présente tous les caractères d'une vente».

(5)V. en ce sens : J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, note précitée ; R. SAVATIER, chr. précitée, p.141 (pas une marchandise). Comp. R. SAVATIER, note précitée, D. 1960, p.305 (propriété publique ; pour la critique, cf. infra n°88 (note)).

(6)V. R. SAVATIER, note JCP 1955, II, 8490 ; J.-P. DOLL, note Gaz. Pal. 1977-2- p.668.

(7)Un obstacle, en revanche, a disparu : celui posé par les pratiques anciennes où un donneur était envoyé par les organismes de transfusion, pour participer à une transfusion directe : l'opération pouvait s'apparenter à une opération à trois personnes (v. Civ 2e 17 décembre 1954, D. 1955,

881.– Une première objection consiste à exclure la qualification du vente, en arguant de la nature administrative des contrats conclus[1], voire de la situation statutaire du transfusé[2]. L'argument est sérieux, car il est désormais acquis que la loi de 1952 a organisé un service public de collecte et de distribution du sang et de ses dérivés, dont le monopole a été confié au centre national de transfusion sanguine et aux divers centres départementaux et organismes qui en dépendent[3]. La seule disposition légale qui prenne parti dans ce débat est l'article L. 667 alinéa 6 du Code de la santé publique, qui dispose que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour trancher les litiges survenus dans certaines hypothèses très particulières de don du sang, où celui-ci a été modifié avant le prélèvement[4]. Dans tous les autres cas, spécialement pour les relations avec les receveurs, la question reste entière. Le critère du service public n'est plus suffisant pour justifier la compétence administrative(5) et la jurisprudence prend aussi en compte des critères organiques. Or, justement, les centres locaux de transfusion peuvent adopter des formes juridiques multiples. La compétence administrative s'impose lorsque le centre local dépend de personnes publiques comme un département ou un centre hospitalier, tant pour les contrats conclus avec les donneurs, que pour ceux conclus avec les hôpitaux ou les cliniques acheteurs. Dans ces situations, il est exact que la référence contractuelle est

---

p.269, qui retient une stipulation pour autrui ; adde J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, note précitée). L'avènement des techniques de stockage a permis de désolidariser le donneur du receveur, en décomposant l'opération en trois conventions : don, cession aux établissements de soins et transfusion (v. pourtant continuant de se référer à la stipulation pour autrui : TGI Paris 1 juillet 1991, Gaz. Pal. 12-13 juillet 1991, somm. p.6 ; JCP 1991, II, 21762, note M. HARICHAUX ; sur appel : Paris 28 novembre 1991, précité). L'apparition du sida a cependant incité à recourir à des «autotransfusions différées», qui entraînent la création de contrats directs entre le centre de transfusion et le transfusé (v. par exemple : TGI Limoges 31 juillet 1991, Bull. inf. Cour cass. 1 décembre 1991, p.40).

(1) V. en ce sens : R. SAVATIER, note JCP 1955, II, 8490 (ce qui exclut l'inclusion d'une stipulation pour autrui, telle que l'avait admise l'arrêt commenté) ; note précitée, D. 1960, p.306-308 ; A. CHARAF ELDINE, note précitée ; J. PELISSIER, Thèse précitée, p.109 et s

(2) V. D. THOUVENIN, chr. précitées ; F. MODERNE, note RTD san. soc. 1976, p.45, spéc. p.50.

(3) V. en ce sens : R. SAVATIER, note précitée, D. 1960, p.306-307 ; chr. précitée, p.142 ; P.-J. DOLL, op. cit., p.114 ; J. PELISSIER, Thèse précitée, p.107 ; F. MODERNE, note précitée, p.49 et 52 ; J.-M. AUBY, op. cit., p.485 ; M.-A. HERMITTE, art. précité, p.334 (implicitement).
Pour la jurisprudence, v. en ce sens : T.A Dijon 20 mai 1964, AJDA 1965, p.174 ; contra : TA Paris 15 décembre 1958, Rec. Cons. d'Et., p.783 ; TA Paris 28 février 1961, Rec. Cons. d'Et., p.771 ; Paris 12 mai 1959, D. 1960, p.305.

(4) V. D. TRUCHET, Rép. précité, n°154 ; J. PELISSIER, Thèse précitée, p.107. Contrairement à ce qu'indiquent certains auteurs (L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., note 57 p.99), cette compétence judiciaire obligatoire ne concerne pas tous les dons, mais seulement ceux visés «à l'alinéa précédent», c'est à dire ceux intervenus après modification des caractéristiques du sang.

(5) Cf. R. SAVATIER, note précitée, D. 1960, p.307 ; R. RODIERE, note précitée ; L. VAUCOULOUX, note précitée ; F. MODERNE, note précitée, p.49-50.

inadéquate, puisque le droit administratif n'assimile pas la situation de l'usager d'un service public administratif, tel qu'un service hospitalier où peut être réalisée une transfusion, à celle d'un contractant[1]. En revanche, pour les centres locaux qui constituent des personnes morales de droit privé, la jurisprudence n'hésite pas à consacrer une compétence judiciaire[2]. Le Conseil d'état a estimé, en présence d'un centre de transfusion constituant une association de la loi de 1901, que «la responsabilité de cette personne morale de droit privé ne [pouvait] être appréciée que par les juridictions de l'ordre judiciaire»[3]. En tout état de cause, des décisions administratives aussi bien que judiciaires se rencontrent, tant pour les dons[4] que pour les cessions[5]. Il est donc possible de concevoir des cessions civiles du sang, lorsqu'une clinique privée, qui a acquis ce sang d'un centre de transfusion, le transmet à un malade hospitalisé[6]. Le contrat d'hospitalisation qui est conclu est à coup sûr un contrat de droit privé.

Une seconde objection doit alors être surmontée : l'attraction du contrat médical[7]. En effet, la fourniture de sang est dans cette hypothèse une prestation accessoire d'un contrat plus vaste. Ce contrat d'accueil imposerait son régime à la transfusion et la responsabilité du fournisseur du sang devrait être appréciée comme celle du médecin sur le fondement d'une obligation de moyens. Cette solution est techniquement

---

(1)F. MODERNE, note RTD san. soc. 1976, p.45, spéc. p.50.

(2)V. en ce sens : D. TRUCHET, Rép. précité, n°34-35 ; J.-M. AUBY, op. cit., p.485-486 ; F. MODERNE, note précitée, p.49.
Le doyen SAVATIER confortait cette solution en estimant que le sang acquis par le centre devenait l'objet d'une propriété publique (note précitée, D. 1960, p.306 ; chr. précitée, p.142 : propriété collective ; dans le même sens : J. PELISSIER, Thèse précitée, p.107) et qu'il entrait dans le domaine public (note précitée). L'analyse est surprenante car, par essence, le sang a pour vocation de quitter le domaine public le plus vite possible...

(3)Cons. d'Et. 15 octobre 1975, Dame Veuve Alépée, RTD san. soc. 1976, p.45, note F. MODERNE. Dans le même sens : TA Paris 15 décembre 1958, Rec. Cons. d'Et., p.783. Rappr. pour un contrat autre que la fourniture de sang : TA Paris 28 février 1961, Rec. Cons. d'Et., p.771

(4)V. pour les juridictions administratives : T.A Dijon 20 mai 1964, AJDA 1965, p.174.
Pour les juridictions judiciaires : Paris 12 mai 1959, et Paris 26 janvier 1960, D. 1960, p.305 ; Rennes 14 avril 1977, D. 1978, IR, p.36.

(5)V. pour les juridictions administratives : Cons.d'Et. 6 octobre 1976, Rec. Cons. d'Et., p.397.
Pour les juridictions judiciaires : Civ 2e 17 décembre 1954, D. 1955, p.269 (implicitement pour le Doyen RODIERE, mais en fait la question ne lui a pas été posée) ; TGI Paris 19 mars 1974, JCP 1975, II, 18046 ; Lyon 14 avril 1977, Gaz. Pal. 1977-2- p.668, note J.-P. DOLL.

(6)Contra : R. SAVATIER, note précitée, D. 1960, p.306.

(7)V. défendant une telle influence : A. TUNC, note précitée, D. 1946, p.190 ; rappr. J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, note précitée ; Paris 25 avril 1945, précité.
Contra : R. RODIERE, note précitée, p.270 (pas un problème de responsabilité médicale) ; Ch. LARROUMET, obs. précitées. V. d'ailleurs Civ. 2e 17 décembre 1954, précité («en constatant dans des circonstances exclusives de toute responsabilité médicale»). Rappr. à propos des donneurs : L. MELENNEC et G. MEMETEAU, «Traité de droit médical», T.2, p.99 (distinction de la fourniture du produit et de l'acte médical de prélèvement).

possible[1], mais elle n'est nullement obligatoire. La jurisprudence a déjà consacré la présence dans le contrat médical de fournitures accessoires relevant de la vente ou de l'obligation de résultat, comme pour les sérums[2] et les prothèses[3]. Il n'y a aucune raison d'en décider différemment pour la transfusion[4]. Celle-ci comporte indéniablement des aspects médicaux, dans le choix de recourir à cette technique ou dans les conditions de son accomplissement[5], mais la transfusion inclut également un aspect fourniture qui peut conserver son régime propre.

882.- Ces deux objections écartées, il importe de préciser le contenu de ce régime, en positionnant la prestation de transfusion par rapport aux fournitures classiques. A s'en tenir à la jurisprudence et à la doctrine privatistes précitées, il semble acquis que le droit positif se refuse à adopter la qualification de vente, en raison de la spécificité de l'objet de la prestation transmis. Certes, il est exact que le régime de ce contrat, conçu pour le transfert de la propriété de choses matérielles «banales», s'avère en de nombreux points inadapté. Ainsi, le sang transfusé, par son incorporation, bénéficie de la protection contre toute atteinte à l'intégrité corporelle accordée au corps du receveur dans son ensemble. Toute revendication est donc exclue[6]. Ce particularisme rend sans objet la garantie d'éviction. De même, l'impossibilité de restituer en nature ôte tout intérêt à l'action rédhibitoire, alors que le faible coût du produit aboutit à un résultat identique pour l'action estimatoire. La référence à la garantie des vices cachés conserve en revanche un intérêt pour les contaminations[7] : en chargeant le vendeur de mauvaise foi, ou réputé tel, de l'indemnisation de tous les préjudices causés par la chose vendue, en conséquence du vice, la jurisprudence permet d'indemniser les dommages corporels de l'acheteur,

---

(1)Cf. infra n°1170 et s.

(2)V. Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 3-1, n°36.

(3)Cf. infra n°1201 pour les prothèses dentaires.

(4)V. d'ailleurs en ce sens : TGI Paris 1 juillet 1991, Gaz. Pal. 12-13 juillet 1991, somm. p.6 ; JCP 1991, II, 21762 ; sur appel ; Paris 28 novembre 1991, précité. Comp. TGI Limoges 31 juillet 1991, précité, qui exclut la responsabilité de la clinique, mais dans une hypothèse d'autotransfusion négociée directement entre le centre et le transfusé.

(5)V. par exemple pour la conservation du sang fourni, qui doit être utilisé à très bref délai : Lyon 14 avril 1977, Gaz. Pal. 1977-2- p.668, note J.-P. DOLL.

(6)V. pourtant : J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, note précitée, qui évoque l'obligation de restitution à propos de l'action rédhibitoire, alors que celle-ci ne pourrait s'exécuter que par équivalent.

(7)Contra : R. RODIERE, note précitée, p.270. Cette solution doit être considérée comme dépassée. Comp. E. ARRIGHI DE CASANOVA, Thèse précitée, texte et note 3, p.69, où la note évoque la possibilité de dommages et intérêts dûs par le vendeur professionnel, alors que le texte défend une opinion proche de celle adoptée plus tard par le Doyen RODIERE.

sans recourir à la création d'une obligation de sécurité autonome[1]. Cette solution permet de rendre responsable les fournisseurs de sang en cas d'infection, notamment lorsque ceux-ci sont des professionnels, ce qui est le cas des centres de transfusion. Cependant, la jurisprudence est en cette matière assez confuse. L'exclusion de la qualification de vente sert à écarter le jeu de la garantie des vices cachés[2] mais les solutions adoptées en remplacement ne sont pas uniformes : alors que certaines juridictions retiennent une responsabilité pour faute[3], notamment les juridictions administratives[4], d'autres consacrent une obligation de résultat[5] ou une responsabilité sans faute fondée sur le risque[6].

---

(1)V. cependant semblant peut être amorcer un revirement : Civ. 1e 22 janvier 1991, RTD civ. 1991, p.539, obs. P. JOURDAIN.

(2)V. Paris 25 avril 1945, JCP 1946, II, 3161 (expressément) ; Civ 2e 17 décembre 1954, D. 1955, p.269 (implicitement).
En ce sens, en doctrine : J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, note précitée ; R. SAVATIER, note JCP 1955, précitée ; A. GOERGEN, Thèse précitée, p.235, note 2 ; G. CORNU, «Introduction les personnes les biens», 4e édit., n°492 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°328, note 6 ; M. HARICHAUX, note précitée. Comp. R. RODIERE, note précitée, p.271. Plus nuancé : E. ARRIGHI DE CASANOVA, Thèse précitée, p.69 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les personnes les incapacités», n°315.

(3)En ce sens : Paris 25 avril 1945, JCP 1946, II, 3161 (pas d'obligation de résultat, à cause de l'aléa créé par la période de latence - responsabilité pour faute retenue, faute de contrôle suffisant) ; TGI Paris 19 mars 1974, JCP 1975, II, 18046, note A. CHARAF ELDINE (pas de responsabilité, mais la preuve d'un vice du sang n'était pas rapportée avec certitude). Rappr. Paris 26 avril 1948, D. 1948, p.272 (responsabilité pour faute... délictuelle, en raison de l'insuffisance des contrôles - pourvoi rejeté, mais avec substitution de motifs par Civ 2e 17 décembre 1954, précité).
En ce sens en doctrine : J. PELISSIER, Thèse précitée, p.111 (parce qu'il est bénéficiaire de la transfusion, mais il paie pour cela...) ; G. CORNU, op. cit., n°492 (garantie exclue et simple responsabilité en cas de négligence)

(4)En ce sens : Cons. d'Et. 16 novembre 1955, AJDA 1956, p.39 (rendu dans la même affaire que Paris 26 avril 1948 et Civ. 2e 17 décembre 1954 - responsabilité du service hospitalier - absence de contrôle) ; TA Limoges 29 novembre 1973, Rec. Cons. d'Et., p.827 et sur recours, Cons.d'Et. 6 octobre 1976, Rec. Cons. d'Et., p.397 (faute du centre dans l'envoi d'un flacon ne correspondant pas au groupe demandé et faute de l'hôpital qui n'a pas contrôlé).
V. en doctrine : J.-M. AUBY, op. cit., p.486, qui note la plus grande sévérité de la jurisprudence judiciaire. Rappr. implicitement : D. TRUCHET, Rép. précité, n°116 (l'auteur étudie cette responsabilité dans les responsabilités pour faute).
Rappr. Cons. d'Et. 15 octobre 1975, Dame Veuve Alépée, RTD san. soc. 1976, p.45, note F. MODERNE. Il ne peut être tiré aucune indication sérieuse de cette décision : en estimant qu'il n'est pas établi que «le décès du sieur A. soit imputable aux prélèvements de sang qu'il a subis», l'arrêt peut être interprété aussi bien dans le sens d'une absence de faute, que dans celui d'une absence de lien de causalité entre le décès et l'intervention du centre.

(5)En ce sens : Civ 2e 17 décembre 1954, D. 1955, p.269 (malgré une formule ambiguë : l'arrêt précise que c'est une «faute» de ne pas avoir fourni la «prestation loyale» attendue, mais semble indiquer avant que seule une cause étrangère aurait pu exonérer le fournisseur ; dans le sens de cette interprétation : J. FROSSART, Thèse précitée, p.226) ; TGI Paris 1 juillet 1991, Gaz. Pal. 12-13 juillet 1991, somm. p.6, JCP 1991, II, 21762 (obligation de résultat implicite ; v. dans le sens de l'interprétation en faveur d'une obligation de résultat : M. HARICHAUX, note JCP 1991, II, 21762 ; l'affaire concernait une transfusion en milieu hospitalier, mais le jugement y associe aussi le centre de transfusion par une stipulation pour autrui, comme dans l'arrêt de 1954, alors que les

883.- Ces hésitations ne sont pas satisfaisantes. L'éviction de la vente au profit d'un contrat sui generis ne règle pas tous les problèmes. Une qualification innommée n'est pas une dispense de raisonnement mais, au contraire, une obligation de raisonner[1]. Même en conservant une telle qualification, il faut déterminer si les règles concernant l'aptitude de la chose cédée à remplir la fonction qui devait être contractuellement la sienne et la réparation des préjudices qu'elle a causés à celui qui l'a acquise, doivent ou non se rapprocher des dispositions concernant le vendeur de droit commun. Or, tout incite à faire peser sur les fournisseurs de sang une obligation comparable à celle pesant sur un vendeur.

En premier lieu, les développements qui précèdent montrent que seuls les dons initiaux de sang présentent un particularisme marqué vis à vis des contrats translatifs traditionnels. Dès que le sang est détaché du corps du donneur, il peut faire l'objet d'un droit qui, même spécifique, se transmet à différents titulaires par des conventions dont la structure est tout à fait identique à celle d'une vente de droit commun. L'originalité de l'objet de la prestation, tant de la chose transmise que du droit qui porte sur elle, peut justifier l'adoption d'une qualification innommée, mais il faut constater, en tout état de cause, que cette convention fait partie de la famille des contrats translatifs telle qu'elle a été décrite dans la section précédente. La remarque de M. Terré, selon laquelle «l'existence d'un objet particulier de l'obligation entraîne parfois l'exclusion non seulement de l'espèce mais du genre»[2], n'est plus ici adéquate. Ensuite, l'imposition aux centres d'une obligation sévère quant à la qualité

---

conditions ont changé) ; sur appel : Paris 28 novembre 1991, D. 1992, p.85 ; TGI Limoges 31 juillet 1991, Bull. inf. Cour. cass 1 décembre 1991, p.40.
Rappr. Lyon 14 avril 1977, Gaz. Pal. 1977-2- p.668, note J.-P. DOLL. La décision est ambiguë. Pour un auteur, elle relève de l'obligation de moyens (Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. précité). En fait, il est impossible de trancher car l'arrêt ne relève ni faute, ni vice. La solution aurait donc été identique sur le fondement de la vente ou de l'obligation de résultat. Tout juste est-il possible de constater que l'arrêt utilise les termes de délivrance et de conformité.
Adde pour les dommages subis par les donneurs, supra n°873 (note).
Rappr. Toulouse 14 décembre 1959, JCP 1960, II, 11402, note R. SAVATIER (obligation de résultat pour le contrat d'analyse sanguine).

(6) TA Marseille 11 juin 1991, Dr. administratif Juillet 1991, n°353. La décision a fait grand bruit, car il est rare de voir les juridictions administratives engager la responsabilité d'établissements hospitaliers sans la preuve d'une faute. Mais, en réalité, elle ne semble pas isolée et un infléchissement de la jurisprudence semble se manifester. V. par exemple : Cour admn. appel de Lyon 21 décembre 1990, RTD san. soc. 1991, p.258, note R.-M. MEDOUZE (responsabilité pour le risque créé par l'utilisation d'une technique thérapeutique nouvelle) ; Cons. d'Et. 14 juin 1991, Dr. administratif Juillet 1991, n°352 (infection à la suite d'une intervention chirurgicale «révèlant» une faute, en réalité nullement démontrée).

(1) Cf. Ch. ATIAS, obs. Rev. drt. immob. 1980, p.97.

(2) F. TERRE, Thèse précitée, n°592, p.470. V. d'ailleurs : A. DECOCQ, Thèse précitée, n°95 : «[le contrat] présente tous les caractères d'une vente».

du sang fourni peut se fonder sur plusieurs arguments : la nature professionnelle du fournisseur, le caractère onéreux du contrat[1], un souci de centralisation des risques. L'existence d'un service public ne peut permettre d'invoquer la hauteur et l'importance de la mission en cause, pour en tirer un argument en faveur d'une appréciation indulgente de la responsabilité, inférieure à la protection qu'un vendeur privé doit offrir à ses clients. Il serait difficilement compréhensible qu'un centre professionnel hautement spécialisé dans ce genre de risques ne soit pas inquiété, alors que le paysan vendeur d'un fromage contenant une bactérie inconnue est responsable au titre de la garantie des vices cachés, sans pouvoir s'exonérer. L'exclusion de la qualification de vente ne doit pas se retourner contre les victimes[2]. Enfin, l'importance de l'intérêt en jeu, la vie humaine, impose d'assurer une protection efficace des receveurs, en adoptant une responsabilité dépourvue de toute référence à la faute[3]. D'un point de vue technique, la sévérité à l'égard des fournisseurs de sang peut prendre deux voies. Le maintien d'une référence à la vente peut autoriser la reprise par analogie d'une obligation de garantie, dont certains auteurs soulignent à juste titre qu'elle n'est pas propre à la vente[4]. Une qualification innommée pourrait conduire à la création d'une obligation de sécurité-résultat. L'option n'est pas totalement neutre et il semble même que la notion de garantie des vices soit d'une certaine manière plus indulgente pour le fournisseur, en obligeant le transfusé à établir l'existence d'un vice caché. La preuve peut être difficile à rapporter si le transfusé était une personne à risques, susceptible d'être déjà séropositive. De même, une obligation de sécurité-résultat engagerait la responsabilité du centre lorsque l'incident provient d'une cause inconnue ou d'une incompatibilité avec le sang du transfusé.

---

(1) Cf. supra n°878. La prétendue gratuité des transfusions est un des arguments invoqués pour éviter aux centres de garantir l'absence de germes contenus dans le sang : «la gratuité et aussi le caractère bénéficiaire, pour le patient, du service rendu, semblent écarter toute garantie dépassant celle des fautes» (R. SAVATIER, chr. précitée, p.145).

(2) V. en ce sens : J. FROSSART, Thèse précitée, p.227.

(3) V. en ce sens : J. FROSSART, Thèse précitée, p.227 ; G. MEMETEAU, «Droit médical», précité, n°708, p.470 («la fourniture de produits séparés du corps humain oblige son auteur à garantir leur qualité») ; L. MELENNEC et G. MEMETEAU, op. cit., p.98 («obligation de sécurité, et de résultat») ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les personnes les incapacités», n°315. Comp. R. SAVATIER, JCP 1955, II, 8490 (qui évoque l'évolution du bénévolat au service public et hésite entre deux conceptions plus ou moins strictes de l'obligation de résultat).
Contra en matière administrative : F. MODERNE, note précitée, p.51.

(4) B. GROSS, «La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats», Thèse LGDJ 1963, n°149. Selon cet auteur, la garantie est une notion commune à de nombreux contrats, dès lors que certaines conditions sont remplies. Spécialement, le contrat doit être onéreux (n°135 et s.), le bénéficiaire de la garantie doit être créancier d'une obligation principale (n°144) et il doit avoir besoin d'une protection spéciale (n°144). Tel est le cas lorsque celui-ci ignore la situation juridique et matérielle de la chose. Force est de constater que ces trois conditions sont réunies. Adde : J. FROSSART, Thèse précitée, p.227.

884.- En conclusion, il convient de souligner l'incroyable inconséquence du législateur[1]. Les textes relatifs au sang ne se préoccupent jamais de la responsabilité des centres de transfusion vis-à-vis des receveurs et ils ne consacrent qu'une disposition très limitée à la responsabilité à l'égard des donneurs, qui est la seule à entraîner la souscription d'une assurance obligatoire. Cette omission est certainement une conséquence indirecte de l'esprit général de la matière, trop longtemps entretenu par la doctrine : comment parler d'une responsabilité comparable à celle d'un vendeur pour une substance hors du commerce et dont la circulation ne peut se faire que gratuitement[2] ? Elle n'en demeure pas moins inexcusable. Les risques de transmission syphilitiques ont provoqué un contentieux dès l'après-guerre et le législateur de 1952 ne pouvait l'ignorer. De plus, ce vide législatif n'a jamais été comblé[3], alors que l'apparition du sida a créé un risque nouveau, beaucoup plus grave que le précédent, et que, corrélativement, la gestion des circuits de distribution du sang et de ses dérivés a pris un caractère économique de plus en plus marqué. A cet égard, le comportement des responsables des centres de transfusion n'est pas plus satisfaisant. D'une part, il semble qu'il ait fallu attendre 1990 afin qu'une police collective d'assurance soit souscrite pour le compte de l'ensemble des centres de transfusions dans la plupart de leurs activités[4]. D'autre part, aussi incroyable que cela puisse paraître, cette couverture semble subordonnée à la preuve d'une faute du centre de transfusion[5].

Devant cette démission, des solutions de rattrapage se développent, qui ne sont guère satisfaisantes. Quelques décisions, dont l'une a été fort médiatisée, condamnent en effet un automobiliste[6] ou un médecin[7] qui ont causé un accident rendant nécessaire

---

(1)Rappr. l'exposé des motifs du Sénateur HURIET en prélude à sa proposition de loi (JO Déb. Sénat, n°221, du 4 avril 1990). Le rappel des diverses interventions dans ce domaine démontre de façon accablante que le problème n'est jamais abordé de front. V. aussi la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme par la commission) Gaz. Pal. 29-30 novembre 1991, somm. p.22.

(2)Sur le rôle d'occultation de la réalité assuré par l'argument tiré de la gratuité : M.-A. HERMITTE, art. précité, Rev. autrichienne scienc. polit. 1992, p.15

(3)V. cependant la proposition de loi précitée du sénateur HURIET. Le texte n'a pas (encore ?) abouti mais il aborde enfin le problème sous le bon angle d'une indemnisation étatique détachée de toute référence à la faute. Une présomption de causalité est instituée pour les perfusions antérieures au 31 décembre 1986. La question des recours subrogatoires de l'état contre les «responsables du dommage» reste entière.

(4)Cf. G. DEFRANCE, «Garantir les centres de transfusion sanguine», L'argus, 22 juin 1990, p.1700.

(5)D'après les indications fournies par la chronique précitée.

(6)Paris 7 juillet 1989, Juris-Data n°24146 ; Gaz. Pal. 1989-2- p.752, concl. G. PICHOT ; L'Argus 17-11-1989, p.2925, note approb. F. LACIPIERE ; Rennes 23 octobre 1990, JCP 1992, IV, 57, p.6 ; Gaz. Pal. 7-9 avril 1991, p.2 ; TGI Bobigny 19 décembre 1990, Gaz. Pal. 7-9 avril 1991, p.3.

une transfusion sanguine, à réparer le dommage subi par la victime qui a reçu à cette occasion le virus alors que, par ailleurs, toutes ces affaires se déroulent en l'absence des centres de transfusion, solution que les règles de compétence ne sauraient toujours justifier. Les dommages et intérêts sont parfois considérables et ils contrastent avec les indemnités plus modestes accordées par les juridictions administratives ou, plus encore, avec les transactions honteuses proposées par les centres de transfusion à leurs clients contaminés[1]. Il serait des plus choquants que les transfusés infectés par le virus du sida soient plus ou moins bien traités, selon que la transfusion a pour origine une opération médicale banale ou un accident causé par un quidam... assuré ! Car tel est le véritable nœud du problème. Les conceptions larges du lien de causalité développées par la jurisprudence paraissent indolores lorsque le responsable est assuré[2]. Elles n'en restent pas moins discutables[3]. Il serait impossible d'admettre la condamnation d'un cycliste non assuré qui renverse un piéton, dont la blessure a nécessité une transfusion d'un sang infecté, à... plus de deux millions de francs de dommages et intérêts[4]. Une intervention législative est indispensable pour éviter des glissements de ce contentieux au gré des circonstances, vers des mécanismes plus traditionnels d'assurance, qui ne sont pas prévus pour cela et qui n'ont pas une vision globale du risque à couvrir. Si le service de la transfusion est inséparable d'un risque de contamination, c'est à la collectivité de l'assumer par le biais privé de l'assurance ou par celui d'une prise en charge étatique directe. Cette intervention vient enfin d'avoir lieu, le législateur ayant décidé de créer un fonds d'indemnisation[5]. En l'absence de dates limites, le dipositif mis en place peut-il absorber les quelques contaminations résiduelles qui peuvent toujours se produire ? Ces dommages seront-ils pris en charge par les assureurs ? A défaut, il serait impératif de réglementer enfin

---

(7) Versailles 30 mars 1989, Juris-Data n°44494 ; JCP 1990, II, 21505, note A. DORSNER-DOLIVET.

(1) L'article 47-II de la loi du 31 décembre 1991 a heureusement négligé celles-ci.

(2) Ce qui n'est pas le point de vue des assureurs, bien entendu, et à juste titre, car la présence d'un assureur ne dispense pas de raisonner. Faut-il, pour revenir à des solutions juridiques, que le procès oppose deux assureurs ?

(3) V. M. HARICHAUX, note précitée ; A. DOSNER-DOLIVET, note précitée. Selon cet auteur, il s'agirait d'application de la causalité adéquate. Il semble au contraire qu'il s'agisse d'une utilisation large de l'équivalence des conditions (v. TGI Bobigny 19 décembre 1990, précité).
V. d'ailleurs en jurisprudence écartant ce lien de causalité : Paris 7 décembre 1988, inédit, cité par F. LACIPIERE, note précitée, note 1.

(4 Paris 7 juillet 1989, précité (très exactement 2 300 000 francs) ; adde Rennes 23 octobre 1990, précité (2 500 000 francs) ; TGI Paris 1 juillet 1991 et sur appel : Paris 28 novembre 1991, précité (1 500 000 francs pour le seul préjudice moral). Comp. TA Marseille 11 juin 1991, précités (600 000 francs).

(5) Loi n°91-1406 du 31 décembre 1991, art. 47 (D 1992, lég., p.102) ; Décret n° 92-183 du 26 février 1992 (D 1992, lég., p.212). La réparation n'est pas plafonnée mais le lien de causalité ne semble pas présumé.

la responsabilité des centres vis-à-vis des receveurs en détachant l'indemnité de la faute[1].(2)

---

(1)Rappr. le plafonnement global imposé... par les assureurs ! (G. DEFRANCE, chr. précitée, 1702).

(2)Selon un auteur (D. THOUVENIN, chr. précitées), les textes relatifs au corps humain (cornées, sang, greffes d'organes, expérimentation thérapeutique) sont exclusifs de toute référence à un échange contractuel, dont ils ne disent rien (Actes 1985, n°6 ; ALD 1989, n°123) et ils ne règlent en aucune manière les relations entre le donneur et le receveur (ALD 1989, note 93). Ces textes se contentent de régir les conditions d'intervention et de fonctionnement d'organismes intermédiaires qui gèrent la circulation de ces éléments du corps humain dans l'intérêt général (Actes 1985, n°6-7 ; ALD 1989, n°123). En fait, il s'agit d'un service de santé publique (ALD 1989, n°123). Les produits du corps circulent gratuitement et seuls les services auxquels ils ont donné lieu sont rémunérés (Actes 1985, note 24).

Cette analyse publiciste est extrêmement originale et, par certains aspects, fort troublante. Il est exact que les textes mentionnés concernent principalement le fonctionnement des organismes chargés de procéder au recueil et à la distribution des organes (le terme de «don» n'apparaît que dans l'arrêté du 17 mai 1976 relatif aux prélèvements de sang, puis dans celui du 3 novembre 1986) et que cette gestion se fait dans le cadre d'un service public, comme le soulignait déjà le Doyen SAVATIER à propos du sang. Plusieurs objections peuvent néanmoins être formulées.

- Cette théorie recèle une ambiguïté fondamentale. L'auteur estime préférable d'éliminer toute référence au contrat, en plaçant le donneur dans une situation statutaire publique (Actes 1985, n°6 ; ALD 1989, n°124). Le consentement ne serait pas un accord à une convention et constituerait au contraire l'accomplissement d'un devoir civique (ALD 1989, n°125 et 131), ce qui expliquerait son absence de rémunération. Or, à certains moments, l'auteur semble au contraire reconnaître que la question contractuelle reste entière (ALD 1989, n°131 et note 94). Cette dernière solution semble plus justifiée : si les textes ne sont pas un argument en faveur du contrat (Actes 1985, n°6 ; ALD 1989, n°123), ils n'en éliminent pas pour autant la possibilité et s'ils se contentent de délimiter un espace de liberté aux individus, il reste à savoir comment celle-ci s'exerce. A cet égard, il demeure concevable d'estimer que la technique contractuelle peut encore jouer un rôle. De ce point de vue, les textes précités en imposant une gratuité initiale, concernent quand même un peu la matière contractuelle.

- Ensuite, cette théorie ne rend pas compte du droit positif. A lire cet auteur, la vision contractuelle pourrait apparaître comme une conception purement doctrinale des privatistes (ALD 1989, n°125). Or, d'une part, cette solution est aussi admise par les juridictions judiciaires (ce qui se traduit notamment par l'adjonction d'obligations accessoires de sécurité) et le Conseil d'Etat en a accepté implicitement la possibilité en consacrant un partage du contentieux. D'autre part, cette circulation contractuelle des produits du corps humain est désormais indéniable, que ce soit en droit interne lorsque les substances humaines (placenta, cellules, tissus, etc.) sont cédées à l'industrie pharmaceutique (souvent, voire toujours, à titre onéreux), ou en droit international lorsque les banques de substances procèdent entre elles à des cessions (c'est la perspective clairement adoptée par la directive du 14 juin 1989). Il faut constater que cette circulation est absente de l'article de l'auteur consacré au corps objet (Actes 1985, n°8 et s. ; le second article consacré à l'expérimentation ne peut bien entendu aborder ce problème). De plus, la finalité collective peut aussi bien constituer la marque d'un service public, que s'incorporer dans le droit particulier exercé par les maillons de la chaîne sur la chose d'un type particulier que constitue une partie d'un corps humain.

- Enfin, il est permis de douter des vertus protectrices de l'individu d'une telle conception, pour plusieurs raisons. D'abord, le receveur est le grand absent des articles de cet auteur, comme c'est la cas d'ailleurs dans les textes précités. Il importe de souligner que cette préoccupation n'est présente avec force que dans le texte dont la conception est la plus nettement contractuelle : la directive de 1989. Les juridictions judiciaires adoptent des solutions souvent plus protectrices que les juridictions administratives, en hésitant moins à recourir à des responsabilités sans faute. Même si une évolution semble se faire jour, elle reste timide et en tout état de cause les dommages et intérêts alloués sont beaucoup plus faibles. Ensuite, même à l'égard du donneur, la protection est affaiblie par l'utilisation de concepts tels que le devoir civique ou la logique de santé publique (Actes 1985, n°7 ; pour une critique de cette notion : M.-A. HERMITTE, art. précité p.335). La présomption de consentement pour les prélèvements d'organes constitue le meilleur exemple d'une

B) La «vente» de progiciels

885.- Les contrats translatifs en matière informatique ne présentent pas de particularisme notable, quant à leur qualification, lorsqu'ils portent sur le matériel et il est parfaitement légitime de parler de contrats de vente d'ordinateurs[1]. Il en est tout autrement pour les conventions portant sur la fourniture de logiciel. Les programmes informatiques constituent une séquence d'instructions intelligibles par un ordinateur. Leur nature est foncièrement immatérielle et tous les auteurs insistent sur la nécessité de distinguer le logiciel de son support, quel qu'il soit (disquette, bande magnétique, disque dur)[2]. Ce particularisme est à l'origine d'importantes difficultés de qualification, qui concernent les logiciels standardisés, ou progiciels, mis à la disposition d'une large clientèle, sans adaptation spécifique importante et, dans une moindre mesure, les logiciels conçus à la demande d'un client particulier par une société de services informatiques. La nature des contrats portant sur les seconds ne peut être comprise sans avoir déterminé au préalable celle des contrats concernant les progiciels.

---

combinaison de ces deux notions et c'est indubitablement la solution positive la moins respectueuse des volontés individuelles (ce que l'auteur reconnaît : Actes 1985, n°11). De l'acceptation d'un devoir civique pour l'expérimentation thérapeutique, à l'obligation d'accomplir ce devoir, il n'y a qu'un pas. Par ailleurs, le recours à l'idée d'un devoir civique d'engager son corps est symboliquement inadmissible : a contrario, ne pas participer constitue une violation de ses devoirs moraux, source de culpabilité, ce qui est un comble s'agissant de son propre corps. Il y a là un risque dangereux de dérapage vers un tentative d'incursion étatique dans le domaine des représentations fantasmatiques du sujet sur son corps (cf. le bel article de M.-A. HERMITTE, op. cit., p.341 et s. ; du même auteur, adde, art. précité, Rev. autrichienne scienc. polit. 1992, conclusion). A l'inverse, seule une logique contractuelle (ou volontariste pour les legs) peut permettre de respecter la volonté du cédant en imposant des restrictions à l'utilisation de la substance cédée par l'organisme acquéreur qui restreindraient l'espace de liberté que la loi a ouvert (v. M.-A. HERMITTE, Bioéthique et droit, précité, p.217 et s., spéc. p.220-221 et art. précité, p.333 et p.339 ; v. dans le même sens à propos des gamètes : J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, op. cit., p.196).

(1) V. en ce sens : A. LUCAS, «Le droit de l'informatique», PUF, n°331 ; P. et Y. POULLET, «Les contrats informatiques : réflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française», Dr. prat. com. int. 1982, p.87 et s. et p.237 et s., spéc. p.243 ; M. VIVANT et Ch. LE STANC, Lamy informatique 1992, n°209. Cf. supra n°808 et s.

(2) V. par exemple : J.-L. GOUTAL, note JCP 1982, II, 19734, sous Paris 4 janvier 1980, n°15 ; A. LUCAS, «Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels», JCP 1982, II, 3081, n°11 ; ouvrage précité, n°168 et n°334-335 ; Lamy informatique, 1992, n°211 ; F. TOUBOL, «Le logiciel Analyse juridique», Feduci-LGDJ 1986 ; H. CROZE et Y. BISMUTH, «Le contrat dit de licence de logiciel», JCP éd. E 1986, II, 14659, n°1.
Comp. plutôt en sens inverse pour permettre la conclusion d'un crédit-bail : E.M. BEY, «Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ? », Gaz. Pal. 1985-2- p.396, II-B et III-A.

886.– La qualification des contrats de fourniture de programmes informatiques ne peut faire abstraction des dispositifs de protection les concernant[1]. Seulement brevetables de manière indirecte[2], les logiciels bénéficient depuis une loi du 3 juillet 1985 du régime des droits d'auteurs, s'ils en respectent les conditions, notamment quant à l'originalité du programme[3]. Ce régime s'inspire de la loi de 1957, tout en y apportant plusieurs aménagements notables. L'auteur se voit accorder un droit moral réduit[4] et divers droits patrimoniaux comme le droit de reproduction, le droit de représentation ou encore, prérogative nouvelle, le droit de destination, par lequel l'auteur peut exiger que le logiciel soit utilisé conformément à sa destination[5].

Cette référence à la protection du droit d'auteur règle certaines difficultés de qualification, sur lesquelles il est inutile de s'attarder. L'auteur d'un logiciel peut en effet décider de céder ses droits patrimoniaux en tout en partie. Cette cession peut prendre la forme d'un contrat d'édition : en contrepartie des droits cédés, l'éditeur s'engage à exploiter le logiciel et à le diffuser ainsi qu'à verser une somme d'argent à l'auteur[6]. Traditionnellement, cette somme est proportionnelle aux exemplaires vendus. La loi de 1957 édicte certaines exceptions mais la loi de 1985 est plus souple puisqu'elle autorise sans réserve la stipulation d'une rémunération forfaitaire. En matière de propriété littéraire et artistique, lorsque la rémunération de l'auteur doit être

---

(1) V. J.-L. GOUTAL, note JCP 1982, II, 19734, n°15. Cf. infra n°891 (note).

(2) V. par exemple : J.-P. MARTIN, «La protection des logiciels informatiques : droit d'auteur ou brevet d'invention ? », JCP éd. E 1990, I, 15752, p.270.

(3) V. sur cette loi, parmi une doctrine très abondante : J. HUET, «Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur», D. 1985, p.261 ; J.-R. BONNEAU, «La protection des logiciels», Gaz. Pal. 1985-2- p.503 ; M. VIVANT, «Le logiciel au pays des merveilles», JCP 1985, I, 3208 ; B. EDELMAN, «Commentaire de la loi 85-660 du 3 juillet 1985 relative au droits d'auteurs et aux droits voisins», ALD 1986, p.15 et s., spéc. p.29 et s. ; R. PLAISANT, «La loi 85/660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteurs...», JCP 1986, I, 3230 ; A. CHAVANNE, «La protection du logiciel et la loi du 3 juillet 1985», Rev. jur. com. 1986, p.201 ; A. BENSOUSSAN, «La protection des logiciels après la réforme du 3 juillet 1985», Gaz. Pal. 1986-1- p.294 ; D. BECOURT, «Réflexions sur la loi du 3 juillet 1985 relative aux droit d'auteurs et aux droits voisins», JCP éd. E, 14722, p.365 ; M. VIVANT, «Le produit informatique», D. 1989, p.140 (et les nombreuses références citées).
V. aussi avant la loi : Ph. LE TOURNEAU, «Variations autour de la protection du logiciel», Gaz. Pal. 1982-2- p.370 ; A. LUCAS, «Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels», JCP 1982, I, 3081 ; PLAISANT, «La protection du logiciel par le droit d'auteur», Gaz. Pal. 1983-2- p.348 ; M. VIVANT, «Informatique et propriété intellectuelle», JCP 1984, I, 3169 ; J.-L. GOUTAL, «La protection juridique du logiciel», D. 1984, p.197 ; Ph. GAUDRAT, «Propriété littéraire, savoir-faire et informatique», ALD 1985, p.75.

(4) F. TOUBOL, op. cit., n°110 et s.

(5) V. en ce sens : A. LUCAS, op. cit., n°216. Contra : X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, «Droit de l'informatique et de la télématique», 2e édit., Delmas, C10-C11.

(6) V. en ce sens : A. LUCAS, op. cit, n°336 ; J. HUET et H. MAISL, «Droit de l'informatique et des télécommunications», Litec, n°454 ; Lamy informatique, 1992, n°372 ; J.-L. GOUTAL, chr. précitée, D. 1984, p.202, n°18.

proportionnelle, la cession des droits ne peut être pure et simple, puisqu'il deviendrait impossible de calculer la rémunération et le contrat doit par conséquent nécessairement prendre la forme d'un contrat d'édition. La faculté de prévoir une rémunération forfaitaire pour les logiciels autorise donc a contrario des cessions pures et simples, dans lesquelles le cessionnaire ne prend pas l'engagement de faire usage du monopole d'exploitation qu'il a acquis[1]. Dans les deux cas, les contrats conclus se rapprochent de contrats de vente[2] assurant la translation de droits de propriété incorporelle[3].

887.- Ces qualifications ne sont donc pas originales et ce sont plutôt les relations entre l'auteur ou l'éditeur et l'utilisateur final qui doivent retenir l'attention. Plus précisément, il convient de déterminer la nature du contrat par lequel une personne «achète» un progiciel[4] à un auteur ou, plus fréquemment, à un éditeur ou à un de ses distributeurs. La convention comporte principalement l'octroi d'un droit d'usage non exclusif, personnel et incessible du programme acquis, sans que le client ne bénéficie d'une transmission des droits de propriété intellectuelle. Comme le soulignent plusieurs auteurs, la question n'est pas totalement nouvelle[5]. Ce genre de contrats se rapproche en effet des ventes de livres ou de disques. En achetant un livre, un lecteur ne se contente pas d'acheter un objet corporel et s'il n'acquiert aucun droit de propriété littéraire, il se voit néanmoins accorder un droit d'utilisation de l'œuvre. La nuance n'a jamais été approfondie, vu la faible valeur de ce droit par rapport au support. Avec les logiciels, la question, même un peu modifiée[6], apparaît au grand jour car la valeur du programme est sans commune mesure avec celle du support[7]. Une analyse de la qualification indépendamment de ce dernier est ici indispensable, d'autant plus que ce support disparaît complètement lorsque le logiciel est mis à disposition par voie de télé-chargement. Plusieurs qualifications ont été proposées mais aucune ne semble totalement satisfaisante(8).

---

(1)V. en ce sens : A. LUCAS, op. cit, n°336.

(2)F. TOUBOL, op. cit., n°142 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°122. Si le monopole d'exploitation est temporaire, il peut s'agir d'une licence d'exploitation, variété de bail. V. Lamy informatique, n°377.

(3)Cf. supra n°849 et s., et les réserves exprimées sur l'assimilation pure et simple à une vente, n°856.

(4)Eventuellement avec de faibles adaptations.

(5)A. LUCAS, op. cit., n°335 ; J. HUET et H. MAISL, op. cit., n°461.

(6)Cf. infra n°894.

(7)Contra : J.-L. GOUTAL, chr. précitée, D. 1984, p.202, n°18.

(8)Avant de les examiner, il importe de préciser que les juges et les interprètes disposent en ce domaine, pour une raison contingente, d'une marge de manœuvre assez grande dans la détermination de la qualification naturelle de l'opération. Les disquettes de progiciels sont souvent contenues dans une pochette fermée par une bande en papier qui ne doit être fracturée qu'après avoir

888.– Les éditeurs, pour éviter d'encourir l'application de la garantie des vices cachés et pour restreindre au maximum les droits de l'utilisateur, évitent toute référence à la vente et se contentent souvent d'une qualification assez peu explicite de licence d'utilisation ou de licence d'usage. L'expression évoque les licences consenties en matière de brevet, que la doctrine rattache traditionnellement au bail[1]. Cette analyse est adoptée par certains auteurs[2]. La convention accorderait au client un droit d'usage non exclusif correspondant à un louage du logiciel lui-même, pour ceux qui admettent la catégorie des «biens informationnels»[3], ou du droit portant sur le logiciel, pour les autres[4].

Cette solution n'emporte pas la conviction. Il est parfois invoqué à l'encontre de la qualification de bail le fait que la chose louée n'est pas individualisée[5]. Une telle objection est dénuée de portée. Le progiciel, ou le droit portant sur lui, qui serait mis à disposition est nettement individualisé. Simplement, la nature incorporelle du programme permet de consentir des droits identiques à plusieurs personnes simultanément et la jouissance n'est pas exclusive. Cette situation se rencontre aussi dans d'autres propriétés incorporelles, comme pour les brevets qui peuvent faire l'objet de licences exclusives ou pas[6]. En revanche, cette qualification encourt deux

---

pris connaissance des conditions générales d'octroi de la licence. Seulement, les disquettes et les conditions générales se trouvent elles-mêmes à l'intérieur d'une boite entourée de cellophane ou d'un film plastique. Comme la présence de cette protection est normale, car elle est le signe que la boîte n'a pas été ouverte auparavant, et qu'en général aucune mention à l'extérieur de la boite ne précise la nécessité de prendre connaissance des conditions générales figurant à l'intérieur, il n'est pas d'usage d'ouvrir la boîte avant l'achat, ce qui signifie que l'acheteur ne prend connaissance des conditions générales qu'après la formation du contrat. Il faut donc conclure dans la majorité des cas à l'inopposabilité de ces stipulations. Comp. les intéressants dévelopements de A. R. BERTRAND, «Le droit d'auteur et les droits voisins», Masson 1991, n°12.63. Les solutions proposées paraissent omettre cependant un point essentiel : l'acheteur doit pouvoir prendre connaissance des conditions générales *avant la conclusion* de l'achat. Une possibilité de résolution ultérieure en cas de désaccord sur les conditions proposées ne paraît pas suffisante pour respecter cette exigence, sans autres précisions (une indication des clauses essentielles à l'extérieur de la boîte pourait suffire).

(1)V. par exemple : Lamy informatique, 1992, n°212 et les références citées.

(2)V. par exemple : Ch. LE STANC, «La protection juridique des logiciels», Cah. dr. entr. 1984, n°3, p.25 (licence) ; A. VIRICEL, «Le droit des contrats de l'informatique», Edit. du moniteur, note 405, p.118 ; Lamy informatique, 1992, n°379-380 ; M. VIVANT, «Le produit informatique», D. 1989, p.142 (qui distingue la vente du support et la licence sur la création intellectuelle). Adde : I. DE LAMBERTERIE, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 730, n°43, qui évoque la concession de droit d'usage ou la licence.

(3)Le terme vient de M. VIVANT, «A propos des biens informationnels», JCP 1984, I, 3132. L'auteur semble toutefois considérer que si l'information est l'objet d'un droit, elle ne peut faire l'objet d'une propriété incorporelle que dans le cadre d'une protection légale (v. en collaboration avec Ch. LE STANC, Lamy informatique, 1992, n°214).

(4)A. LUCAS, op. cit., n°170-172, mais l'auteur réfute par ailleurs cette qualification de bail.

(5)V. F. SARTRE, «Informatique et contrats», Edi tests, 1986, p.51 et s., spéc. p.52.

(6)Tel n'est pas toujours le cas : la propriété commerciale d'un fonds de commerce ne peut être mise à disposition par un contrat de location gérance qu'à un seul contractant.

critiques fondamentales. Tout d'abord, elle néglige le fait que le droit d'usage est accordé à titre définitif et donc de façon perpétuelle, solution qui est incompatible avec le bail[1]. Certaines conditions générales professionnelles laissent entendre que le contrat est à durée indéterminée ou déterminée[2]. La stipulation serait effectivement concevable, mais dans la majorité des cas, elle ne correspond pas à l'économie de l'opération : le prix forfaitaire est difficilement compatible avec une durée indéterminée et une durée déterminée supposerait une restitution du logiciel lors de l'arrivée du terme, ce qu'à l'évidence aucun utilisateur n'envisage jamais lors de la conclusion du contrat. Ensuite, considéré comme un locataire, l'utilisateur ne devrait disposer que d'un droit personnel à l'encontre du distributeur ou de l'éditeur[3]. Le point est crucial mais cette analyse paraît discutable. L'«acquéreur» d'un logiciel exerce directement sur celui-ci un droit opposable à tous. Cette prérogative se manifeste de deux manières. D'une part, le retrait par l'éditeur de la licence qu'il a accordée au distributeur demeure sans influence sur le droit définitivement acquis par l'utilisateur[4]. La solution est à n'en pas douter celle de la pratique, un choix inverse aboutissant à des difficultés inextricables[5]. Le droit de l'utilisateur, même acquis d'un distributeur, est donc opposable à l'éditeur ou à l'auteur. D'autre part, ce droit est d'une certaine manière opposable aux tiers, comme le montrent les solutions retenues en matière de vol. Il convient ici de raisonner sur l'hypothèse la plus simple du vol de disquette ou de bande magnétique contenant un programme. Il est acquis que le vol de la chose corporelle emporte le vol du tout, à savoir l'ensemble indissociable du support et de l'élément incorporel[6]. Du point de vue civil, l'utilisateur demande alors la réparation de son préjudice total, incluant la valeur du programme et non celle du seul support[7]. C'est donc bien le patrimoine de l'utilisateur qui est atteint par la perte du droit d'usage acquis. Si ce droit était un droit personnel, comme celui d'un locataire à l'encontre de

---

(1)V. en ce sens : A. LUCAS, op. cit., n°337 ; F. SARTRE, op. cit., p.52 ; F. TOUBOL, op. cit., n°147 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les biens», n°356 (un droit personnel ne peut être perpétuel) ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°360. Contra : Lamy informatique, 1992, n°380 (permanent et non perpétuel) ; M.-E. LAPORTE, «Le contrat d'achat de droits de diffusion éventuelle», JCP 1991, I, 3540, n°25-27 (a contrario).

(2)V. les conditions professionnelles citées par J. HUET et H. MAISL, op. cit., p.454.

(3)V. en ce sens : A. LUCAS, op. cit., n°335 ; Lamy informatique, 1992, n°379-380 ; F. TOUBOL, op. cit., n°143, p.122.

(4)J. HUET et H. MAISL, op. cit., n°460 ; semble-t-il : H. CROZE et Y. BISMUTH, chr. précitée, n°3.

(5)V. d'ailleurs : Tb. com. Paris 5 juin 1984, D. 1985, IR, p.44, obs. J. HUET.

(6)F. TOUBOL, op. cit., n°214 (adde n°21 et 26) ; J. DEVEZE, «Le vol de biens informatiques», JCP 1985, I, 3210, n°16 ; C. BIDAN, «La responsabilité du fournisseur de prestation informatique», Rev. jur. com. 1985, p.1, spéc. p.11.

(7)J. DEVEZE, op. cit., loc. cit.

son bailleur, c'est le patrimoine de l'éditeur qui aurait été amoindri. Le bail devrait alors prendre fin pour perte de l'objet loué (article 1722 du Code civil) et le préjudice éventuel du locataire serait différent (clause pénale ; perte du prix forfaitaire pour la durée restant à courir).

889.- Devant l'inadéquation de cette qualification, certains auteurs se réfèrent à la prestation de services de droit commun ou à une de ses variantes plus spécifiques, le transfert de savoir-faire[1]. Cette solution appelle des réserves[2]. Tout d'abord, il ne s'agit pas d'un problème d'appréciation de l'importance comparée du travail et des fournitures[3]. Le prix des fournitures est à l'évidence négligeable mais ce serait oublier que, pour que la qualification de contrat d'entreprise soit possible, il ne faut pas vouloir le résultat fini. Tel est bien le cas pour le progiciel qui est présenté, diffusé et acquis comme un produit catalogue possédant des caractéristiques figées[4] : la préexistence de l'objet principal fait que le fournisseur n'a aucun travail à effectuer et les prestations de services éventuelles ont un caractère accessoire[5]. De même, la référence au savoir-faire n'est pas plus satisfaisante[6]. Même si le savoir-faire ne doit pas être confondu avec l'assistance technique[7], un minimum d'intervention du transmetteur s'impose, notamment dans la formation de son cocontractant[8]. Or, dans la transmission de progiciel, la formation prend des modalités extrêmement variables. Elle se limite le plus souvent à une documentation, éventuellement complétée par un

---

(1)V. A. LUCAS, chr. précitée, JCP 1982, II, 3081, n°16 ; ouvrage précité, n°337. Rappr. J.-L. GOUTAL, note JCP 1982, II, 19734, 12 et 15 (pour la qualification en l'absence de protection). Comp. très ambigu : I. DE LAMBERTERIE, «Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique», Thèse Paris II 1977, n°196 et s., p. 178 et s. L'auteur évoque la vente d'un droit d'usage et la location, sans trancher nettement, pour conclure que de toute manière cela ne change rien aux obligations des parties, puisque le fournisseur se charge dans tous les cas de la maintenance du produit : il y aura donc, selon les cas, vente et prestation de services ou location-entretien (n°199). Cette analyse ne saurait être admise : la distinction bail-vente est essentielle sur des points fondamentaux (transfert définitif d'un droit ; réglementation impérative de la garantie des vices, etc.) ou alors le rapprochement des deux qualifications doit être expliqué (cf. infra n°890 et s.).

(2)J. HUET, obs. D. 1985, IR, p.41 ; Ph. LE TOURNEAU, «Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels», JCP 1982, I, 3078 ; F. COLLART DUTILLEUL, «Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats», Le droit contemporain des contrats sous la dir. de L. CADIET, Economica 1987, , p.223 et s., spéc. n°16, p.230 ; F. SARTRE, op. cit., p.52.

(3)V. pourtant : A. LUCAS, op. cit., n°337, p.407.

(4)V. en ce sens : F. TOUBOL, op. cit., n°140 ; P. et Y. POULLET, chr. précitée, p.245. Contra : A. LUCAS, op. cit., n°334, pour qui le degré de standardisation est indifférent.

(5)F. TOUBOL, op. cit., n°140.

(6)V. Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée ; J. HUET, obs. D. 1985, IR, p.45.

(7)A. LUCAS, op. cit., n°337 note 38.

(8)Rappr. J. FOYER et M. VIVANT, «Le droit des brevets», Thémis 1991, p.399 et p.404 («contrat d'enseignement»).

didacticiel. Les formations complémentaires éventuelles sont facturées en plus et elles sont souvent assurées par un tiers. Dans ces conditions, il est impossible de voir dans cette formation un élément de l'objet même de la convention, solution qui paraît difficilement compatible avec une transmission de savoir-faire. D'ailleurs, l'utilisateur d'un progiciel apprend à s'en servir sans savoir comment il fonctionne[1] et son cocontractant ne lui fournit pas d'informations à cet égard. La situation n'est guère différente de celle d'un conducteur d'automobile qui se sert d'une voiture tout en ignorant son fonctionnement. L'exclusion de la qualification de transmission de savoir-faire est en définitive liée au lien très fort qui unit le progiciel à la machine[2] : le logiciel est un outil[3] qui permet d'exploiter un matériel informatique.

890.– Le fondement de l'inadéquation de la qualification de bail, le caractère définitif du droit d'usage accordé, et celui de la qualification d'entreprise, le caractère préexistant du programme, incitent tout naturellement à considérer la pertinence de la qualification de vente, parfois admise en jurisprudence[4]. Pourtant, cette solution n'est pas satisfaisante non plus, pour diverses raisons[5]. Tout d'abord, la vente transfère un

---

(1)Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1982, I, 3078.

(2)V. F. COLLART DUTILLEUL, art. précité, n°16, p.230.

(3)V. en ce sens : A. LUCAS, chr. précitée, JCP 1982, II, 3081, n°11 ; ouvrage précité, n°214, n°216 et n°335 ; J. HUET, D. 1985, IR, p.41 («instrument») ; F. TOUBOL, Thèse précitée, n°259 («outil immatériel»).

(4)V. pour des fournitures séparées : Paris 21 février 1991, D. 1991, IR, p.95 ; rappr. : Tb. com. Paris 5 juin 1984, D. 1985, IR, p.44, obs. J. HUET (la solution est contestable en l'espèce car «l'acquéreur» entendait en fait adapter le logiciel avant de le commercialiser).
Les positions des tribunaux sont difficiles à interpréter car le plus souvent la discussion s'inscrit dans le cadre de conventions comprenant à la fois la fourniture de l'ordinateur et du logiciel. La référence à la vente concerne-t-elle la nature véritable de la fourniture du logiciel ou procède-t-elle d'une analyse (contestable) d'un contrat complexe ? V. par exemple : Paris 26 mai 1986, Gaz. Pal. 1987-1- somm. p.39 (pour un logiciel d'exploitation) ; Com. 28 octobre 1986, Bull. civ., IV, n°195, p.169 (logiciels d'exploitation et d'application) ; Paris 1 juillet 1987, D. 1987, IR, p.198 ; Paris 2 mars 1989, D. 1989, IR, p.114 ; Paris 23 juin 1989, D. 1989, IR, p.224 ; Paris 17 octobre 1990, D. 1990, IR, p.260.
Adde aussi, admettant implicitement la qualification de vente, les décisions qui admettent le crédit-bail de logiciel (cf. supra n°798 (note)).
Adde également les décisions citées par le Lamy informatique, 1992, n°210.

(5)Contre cette qualification : A. LUCAS, op. cit., n°335 ; J.-L. GOUTAL, note JCP 1982, II, 19734, 15 ; I. DE LAMBERTERIE, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 730, n°43 ; F. TOUBOL, op. cit., n°143 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, art. précité, n°16, p.230 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., 1991, n°512 note 35. Rappr. ambigus : P. et Y. POULLET, chr. précitée, p.245 (vente ou location selon les espèces ?).
En faveur de la vente, semble-t-il, : H. CROZE et Y. BISMUTH, chr. précitée, n°18 et s. L'analyse de ces auteurs appelle deux remarques : d'une part, ils admettent que l'utilisateur peut également passer avec l'éditeur un contrat d'une nature différente, la licence d'utilisation ; d'autre part, le régime de la vente qu'ils proposent donne une grande importance au support (cf. n°23-33). Il en résulte que la situation de l'utilisateur courant (vente de progiciel) est extrêmement défavorable, avec notamment un refus de toute garantie des vices sur le programme lui-même, ce qui semble excessif (cf. infra n°893).

droit sur une chose qui accorde à l'acquéreur des pouvoirs importants. Que le droit soit réel ou personnel, qu'il s'agisse ou pas d'une propriété incorporelle, l'acquéreur doit retirer de la convention le pouvoir d'utiliser la chose ou le droit acquis, de percevoir ses fruits ou d'en disposer. La règle n'est pas absolue et des limites légales ou conventionnelles peuvent exister, variables selon les droits en cause, mais les tribunaux en surveillent la modération[1]. En matière informatique, pour les logiciels, seules les cessions portant sur les droits de propriété intellectuelle (auteur ou brevet) répondent à ce schéma. Le contrat conclu avec l'utilisateur final n'accorde qu'un droit réduit, un droit d'usage. Un tel schéma n'est pas inconnu, puisqu'il rappelle celui des droits d'usage et d'habitation, diminutifs incessibles de l'usufruit, constitués par un contrat de vente. La comparaison est intéressante mais elle se heurte à un obstacle : ces droits sont nécessairement viagers, car le Code civil a refusé toute dissociation perpétuelle de la propriété, par crainte d'un retour à la distinction de l'Ancien Régime entre domaine éminent et domaine utile. L'obstacle pourrait être contourné par la durée limitée de la protection, qui fait disparaître à terme le droit tout entier et donc écarte toute idée de perpétuité. Il faudrait alors considérer que la durée limitée de protection constitue un rapprochement de la vente et du bail comme il s'en rencontre aussi pour les locations de biens économiquement consomptibles[2]. Mais cette explication passerait à côté de l'originalité majeure des contrats portant sur les progiciels.

891.- La fourniture de progiciels relève en réalité d'une qualification sui generis[3], à la frontière des contrats de bail, d'entreprise et de vente. L'utilisateur acquiert un droit limité d'usage du logiciel qui n'est pas exclusif, puisque d'autres utilisateurs peuvent se voir conférer la même prérogative. Comme le droit de l'éditeur ou de l'auteur n'est pas amputé du droit constitué, la situation évoque celle résultant d'un contrat de bail. Pourtant, cette qualification ne peut convenir, car le droit de

---

(1)Cf. F. TOUBOL, op. cit., n°135 et n°147 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°512.

(2)Cf. infra n°1618 pour la location-vente et le crédit-bail. V. d'ailleurs : E.M. BEY, chr. précitée, III-B («véritable vente, transmissive d'un droit qui s'épuise et se vide de sa substance au fur et à mesure de l'usage qui en est fait»).

(3)V. en ce sens : F. COLLART DUTILLEUL, art. précité, n°16, p.230 ; F. TOUBOL, op. cit., n°147 (proche du bail et de la vente) ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°360 ; F. SARTRE, op. cit., p.52, qui parle de contrat de concession mais lui applique quand même la garantie des vices cachés, p.57 ; semble-t-il : Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1982, I, 3078 (proche de la vente).
Comp. A. LUCAS, op. cit., p.405, en faveur d'une simple obligation négative de ne pas opposer au client le monopole d'utilisation. Cete qualification a été invoquée parfois en matière de brevets, mais elle est désormais écartée, sauf dans une hypothèse très particulière (cf. supra n°851 (note)), qui ne correspond pas à la situation visée et aux prestations positives que le client attend de l'éditeur.

l'utilisateur n'est pas un droit personnel. Selon l'expression pertinente d'un auteur[1], il s'agit d'une «propriété d'usage». Toute l'originalité du contrat de fourniture de logiciel réside dans ces deux particularités en apparence inconciliables : l'utilisateur devient titulaire d'un droit direct sur le logiciel[2], mais le patrimoine de l'éditeur n'en n'est pas pour autant diminué[3]. Il y a là une situation radicalement nouvelle qui est permise par la nature incorporelle des programmes informatiques et par l'organisation de leur protection privative(4) : l'acquisition du droit n'est pas réalisée par la translation

---

(1)J. HUET, obs. D. 1985, IR, p.46 ; J. HUET et H. MAISL, op. cit., n°460 ; pour une opinion voisine : E.M. BEY, chr. précitée, II-B et III-B (pour permettre l'utilisation du crédit-bail ; cette possibilité de financement semble en effet être admise par la pratique et par la jurisprudence (cf. supra n°798 (note) et n°890 (note)), notamment lorsque le logiciel est fourni simultanément avec le matériel).
Contra : F. TOUBOL, op. cit., n°144.

(2)Ou sur le droit qui porte sur lui. V. Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1982, I, 3078 : «droit réel mais non exclusif et, sauf clause particulière, ne comportant pas le droit d'en faire bénéficier un tiers».

(3)Rappr. J.-M. MOUSSERON, «Valeurs, biens, droits», Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, p.277, spéc. p.283 (sur l'éviction en matière de biens immatériels de la Loi de Lavoisier selon laquelle «rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme» ; l'auteur vise la création initiale de ces droits, mais la remarque vaut aussi, parfois, pour leur exploitation) ; H. CROZE et Y. BISMUTH, chr. précitée, note 26 ; H. CROZE, note JCP 1987, II, 20788 (sur l'impossibilité de soustraire de l'information en raison de son caractère infiniment duplicable) ; intervention J.-E. SCHOETTL, «L'appropriation de l'information», Ouvr. collectif présenté par J.-F. CHAMOUX, Litec 1986, p.113 («le prélèvement de l'information sur un pays n'arrache rien à celui-ci») ; F. TOUBOL, op. cit., n°110 et s., sur l'épuisement du droit moral lors d'une cession des droits de propriété intellectuelle.

(4)Cette qualification semble en effet subordonnée à l'existence d'un droit privatif sur l'objet incorporel. Dans l'hypothèse inverse, la seule qualification concevable semble être le contrat d'entreprise : transmission de savoir-faire d'un genre un peu particulier pour les logiciels non diffusés et entreprise pure et simple pour le simple travail de copie pour des logiciels tombés dans le domaine public (Lamy informatique, 1992, n°210 et 215-216 ; J.-L. GOUTAL, note JCP 1982, II, 19734, 12 et 15 ; J.-M. MOUSSERON, art. précité, Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, p.281 ; v. aussi : M. BRUSETTI, Thèse précitée, p.32 et s., spéc. p.37-38 ; adde F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°899 ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°206 ; J. GHESTIN et B. DESCHE, op. cit., n°58, faisant de la transmission de savoir-faire une variété du contrat d'entreprise). Il est permis de se demander, néanmoins, si cette assimilation des fournitures de produits immatériels préexistants aux caractéristiques figées est bien conforme à la qualification de louage d'ouvrage (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°121-125 et note 1, p.370, pour l'exclusion de la vente pour des choses incorporelles non représentées par un droit et n°124, p.136 pour la réserve). Si les produits immatériels sont des biens (en ce sens : P. CATALA, «La protection juridique des productions immatérielles», «L'appropriation de l'information», ouvr. précité, p.90), comment qualifier le contrat portant sur eux lorsqu'ils ne sont pas l'objet d'un droit incorporel d'origine légale ? (M. CATALA parle de biens «hors-protection», op. cit., p.89). La référence au louage d'ouvrage n'est-elle pas une facilité ?
En revanche, cette qualification sui generis pourrait être transposée à d'autres hypothèses comme les informations dès lors que celles-ci sont protégées par un droit spécifique comme le droit d'auteur. La solution pourrait être appliquée aux contrats conclus avec les banques de données.
Contra : A. LUCAS, op. cit., p.487, pour un contrat de savoir-faire ; v. aussi P. CATALA, «Ebauche d'une théorie juridique de l'information», D. 1984, p.97, spéc. n°7 et 22, présentant la vente comme un modèle). La mise à disposition du matériel et du logiciel de recherche n'est en définitive qu'un accessoire de la fourniture de l'information. A moins de considérer que le logiciel de recherche accomplit un travail, même automatique, relevant du contrat d'entreprise ? Mais est-ce bien ce travail de recherche qui importe pour le client plutôt que son résultat ? Dans l'hypothèse où

d'un droit préexistant, mais par la duplication partielle des droits de l'auteur[1]. La situation est à comparer avec l'hypothèse précédente du corps humain où le transfert s'effectue par la succession de l'extinction et de la naissance de deux droits de natures différentes. Ici, il s'agit d'une naissance d'un droit nouveau sans extinction, c'est à dire de la reproduction d'un droit. D'une certaine manière, la situation est intermédiaire entre la vente et la prestation de service : le droit est transféré par le biais d'une création standardisée. Néanmoins, la nature translative semble la dominante de cette qualification, qui imite les effets d'une vente de démembrement, en adoptant des moyens différents. En résumé, le contrat de fourniture de progiciel accorde un droit définitif de «propriété d'usage», non par aliénation, mais par duplication d'un droit. Du point de vue de la théorie générale des qualifications, il faut alors constater qu'une nouvelle fois la chose-objet de la prestation influence le droit qui porte sur elle et que l'objet de la prestation, sous ses deux acceptions, dénature l'obligation traditionnelle de transférer un droit.

892.– Cette qualification innommée laisse la question de la détermination du régime assez largement ouverte, même si le rapprochement avec les contrats translatifs doit en fournir l'inspiration dominante.

L'éviction de la qualification de vente stricto sensu permet d'expliquer les nombreuses restrictions dans l'utilisation du logiciel qui sont imposées au cocontractant de l'éditeur : impossibilité de céder ou de louer le droit de faire usage du programme, obligation d'utiliser le logiciel conformément à la destination prévue. Toutefois, ce régime sévère est peut-être susceptible d'évoluer[2] et, en tout état de cause, il peut être atténué explicitement ou implicitement par les parties. Le problème se pose notamment lorsqu'un contrat unique est conclu à la fois sur le matériel et le

---

l'information n'est pas l'objet d'un droit privatif, il semble qu'il faille encore se référer au contrat d'entreprise (rappr. pour la fourniture de renseignements : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°752 (implicitement) ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°779 ; comp. pour des «ventes» de listes d'appartements à louer ou à vendre : Rép. quest. écrit. n°13389, JCP 1990, IV, p.10).

(1)La nature du droit concerné reste à déterminer par les spécialistes de ce domaine. Certains auteurs estiment que le droit de représentation ne présente guère d'intérêt en matière de logiciel (A. LUCAS, op. cit., n°216). D'autres pensent au contraire que le fonctionnement du logiciel équivaut à une représentation (A. R. BERTRAND, «Le droit d'auteur et les droits voisins», Masson 1991, 12.62). Il y aura donc selon les cas, soit «duplication» du droit de représentation (ou d'une forme particulière et réduite de ce droit), soit «duplication» d'un droit d'utilisation sui generis (prérogative qui ne semble pas étrangère au droit d'auteur, puisqu'en vertu de son droit de divulgation, l'auteur pourrait se réserver cette utilisation). La question rejoint l'analyse des ventes de livres et de disques : quelle est la nature du droit cédé à l'acheteur du support matériel ? Comp. M.-E. LAPORTE, chr. précitée, n°27 (qui analyse le contrat de représentation à durée déterminée comme une concession).

(2)V. J. HUET, obs. D. 1985, IR, p.46 ; J. HUET et H. MAISL, op. cit., n°461. Il conviendra de déterminer si le régime naturel inclut ou non la cession.

logiciel. Il est certain que la qualification et le régime de la fourniture de progiciel restent identique s'il s'agit d'un contrat mixte stipulant la fourniture d'un ordinateur et celles de logiciels d'application[1]. Elle s'impose également pour les logiciels de base, appelés aussi logiciels d'exploitation : même si ces logiciels doivent être considérés comme des accessoires de l'ordinateur vendu, qui ne peut fonctionner sans eux, cette qualification reste sans influence sur leur nature. Cette solution est défendue avec force en doctrine[2], mais elle ne semble pas encore pleinement acquise en jurisprudence[3]. En revanche, contrairement à la solution préconisée par certains auteurs[4], l'intégration de logiciels d'exploitation dans la mémoire morte de l'ordinateur, comme c'est par exemple souvent le cas pour les micro-ordinateurs portables, est un facteur qui doit être pris en considération. Le problème doit être nettement circonscrit : la nature du droit portant sur le programme reste inchangée et la protection dont il fait l'objet est intégralement conservée, ainsi que la jurisprudence a déjà pu l'affirmer[5]. L'interrogation concerne le régime contractuel du droit d'usage accordé. Si la qualification de référence de la prestation de fourniture du logiciel d'exploitation demeure la convention innommée décrite plus haut, il convient de garder à l'esprit que le régime d'une obligation principale peut perturber celui d'une prestation accessoire[6]. Tel est bien le cas en l'espèce : l'octroi du droit d'utiliser un logiciel n'est pas normalement cessible, mais l'incorporation du programme en mémoire morte emporte le droit pour le propriétaire de céder l'ensemble indissociable constitué par l'ordinateur et son logiciel d'application. En effet, la séparation de ce logiciel et de l'ordinateur est difficile, sinon impossible. Interdire la cession

---

(1)Sous les réserves traditionnelles des contrats mixtes, cf. infra n°1482 et s. La jurisprudence ne semble pas toujours retenir cette solution, mais il s'agit peut-être d'une position fondée sur la nature de la fourniture du logiciel elle-même : Com. 28 octobre 1986, Bull. civ., IV, n°195, p.169 (l'expression délivrance de la chose vendue semble concerner le logiciel et l'ordinateur) ; Paris 2 mars 1989, D. 1989, IR, p.114. Pour la doctrine, v. en ce sens, par exemple : F. TOUBOL, op. cit., n°145 (contrat mixte et maintien d'un régime propre).

(2)A. LUCAS, op. cit., n°334 ; Lamy informatique, n°211 ; J. HUET et H. MAISL, op. cit., n°55. Adde plus ambigüe : F. TOUBOL, op. cit., n°145 (qui approuve le caractère indissociable du matériel et du logiciel de base, mais semble-t-il pour le seul jeu de la résolution ; comp. d'ailleurs n°270-275, pour l'affirmation de l'identité de nature de tous les types de logiciels). Contra : Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1982, I, 3078.

(3)Cf. par exemple, parlant de vente pour un logiciel d'exploitation : Paris 26 mai 1986, Gaz. Pal. 1987-1- somm. p.39. Cf. aussi évoquant l'ensemble indissociable formé par l'ordinateur et le logiciel, sans préciser s'il s'agit de logiciel d'application ou d'exploitation : Paris 17 janvier 1985, D. 1985, Flash, n°8 ; Paris 17 octobre 1990, D. 1990, IR, p.260. Adde les décisions citées dans le Lamy informatique, 1992, n°211.

(4)Lamy informatique, 1992, n°211 et n°373.

(5)Cf. l'affaire Apple : TGI Paris réf. 14 juin 1983, D. 1985, IR, p.39, obs. J. HUET.

(6)Cf. infra n°1170 et s.

reviendrait, soit à interdire la revente de l'ordinateur dans son entier, soit à obliger à un changement des mémoires... pour en racheter un jeu identique. Ces solutions ne sont pas conformes à la pratique, sinon il serait difficile d'expliquer la présence d'un marché dynamique concernant les ordinateurs d'occasion. Elles seraient d'ailleurs anti-économiques, par le frein à la circulation des matériels informatiques que leur adoption entraînerait. L'intégration en mémoire morte d'un logiciel d'exploitation, qui suppose d'ailleurs souvent une adaptation particulière du logiciel, doit être considérée comme entraînant l'accord implicite de l'auteur ou de l'éditeur à une cession de celui-ci en même temps que le matériel dans lequel il est incorporé[1].

893.- Le problème se pose aussi pour l'application de la garantie des vices du contrat de vente. Il est courant en doctrine de prétendre que ces dispositions sont inadaptées[2]. Il appartiendra à la jurisprudence de se déterminer[3] mais il semble qu'en réalité une transposition raisonnée de ces dispositions est concevable. Il n'est pas discutable que les logiciels constituent des ensembles très complexes dont il est impossible de garantir à l'avance qu'ils ne renferment pas certaines erreurs de programmation, que seule une utilisation intensive par de nombreux clients permettra de déceler. Les progiciels font l'objet de pré-versions qui sont longuement testées avant la commercialisation, mais malgré cela, toute erreur n'est pas exclue. Il semble difficile de contester que ces «bogues» constituent des défauts cachés assimilables à des vices[4]. Toutefois, l'originalité des contrats portant sur les logiciels réside dans le fait que ces défauts ne doivent pas être entraîner, sauf cas exceptionnel, le droit pour l'acquéreur d'agir immédiatement en résolution ou en réduction du prix. Leur découverte doit dans un premier temps obliger l'éditeur ou l'auteur à corriger ces

---

(1) V. en ce sens : Lamy informatique, 1992, n°375, qui réserve les clauses contraires.

(2) V. par exemple : F. COLLART DUTILLEUL, art. précité, n°16, p.230. Contra : F. SARTRE, op. cit., p.57. Nuancés : Ph. LE TOURNEAU, chr. précitée, JCP 1982, I, 3078 ; F. TOUBOL, op. cit., n°159. Ambigu : I. DE LAMBERTERIE, «Les techniques contractuelles suscitées par l'informatique», Thèse Paris II 1977, n°201 et s.

(3) Les tribunaux ne semblent pas opposés à cette solution : Paris 26 mai 1986, Gaz. Pal. 1987-1-somm. p.39 (pour un logiciel d'exploitation) ; Paris 23 juin 1989, D. 1989, IR, p.224 ; Paris 21 février 1991, D. 1991, IR, p.95 (qui fait peut-être une application implicite de l'article 1648 du Code civil). Rappr. Paris 8 juin 1976, et Paris 3 décembre 1976, JCP 1977, II, 18579, note M. BOITARD et J.-Cl. DUBARRY (pour des ensembles complets). La garantie des vices cachés n'est d'ailleurs pas forcément défavorable au fournisseur, car le client doit ramener la preuve de l'existence d'un vice, ce qui n'est pas toujours facile : Paris 23 juin 1989, précité.

(4) Contra : M. BOITARD et J.-Cl. DUBARRY, note précitée, selon qui la jurisprudence distingue incident de fonctionnement et vice caché ; F. COLLART DUTILLEUL, art. précité, n°16, p.230, qui distingue deux périodes, la première excluant les obligations traditionnelles.

imperfections, puis à remettre une version «déboguée» à l'utilisateur[1]. Si ces corrections ne sont pas faites, si elles sont faites trop tard ou de façon incomplète, le défaut peut alors être qualifié de grave et les sanctions classiques de la garantie des vices peuvent être appliquées. Ces solutions pourraient sans doute être consacrées directement dans le cadre d'une qualification innommée, mais la reprise par analogie des règles de la vente présente un triple intérêt. C'est parce que l'utilisateur bénéficie de cette garantie qu'il peut exiger cette correction de la version du logiciel qui lui a été remise[2], que l'éditeur ne peut écarter conventionnellement cette obligation et que cette reprise justifie que cette correction soit effectuée gratuitement[3].

894.– Une dernière difficulté peut surgir quant à la distinction du logiciel et de son support[4]. Très contradictoirement, d'un point de vue juridique, mais de façon très cohérente, quant à la défense de leurs intérêts, les éditeurs qui soutiennent la nature incorporelle des programmes qu'ils diffusent, insérent dans les contrats qui les lient aux utilisateurs des stipulations qui identifient le programme à son support, notamment en limitant le nombre de disquettes qu'ils pourraient devoir fournir. Cette prétention ne paraît pas indiscutable. En concluant le contrat, l'utilisateur acquiert un droit d'usage d'un outil immatériel. En bonne logique, ce droit est matériellement indestructible et doit survivre à tous les avatars du support. Pour prendre un exemple extrême, l'incendie du local contenant l'ordinateur peut faire disparaître le support original du logiciel (disquette ou bande) ou celui sur lequel il a été transcrit (disque dur), mais le droit d'usage demeure et devrait conduire à exiger de l'éditeur une nouvelle copie. La seule règle essentielle en la matière est que le programme acquis par l'utilisateur ne serve qu'à une seule personne en même temps, comme un livre ne peut être lu que par un seul lecteur. La comparaison avec le livre fournit bien sûr une objection : l'acquéreur d'un ouvrage ou d'un disque qui le détruit accidentellement ne

---

(1) Cette obligation est d'ailleurs beaucoup plus proche des revendications concrètes des consommateurs, que les effets classiques de la garantie des vices. Elle ne heurte pas non plus le texte de la loi de 1985 dont l'article 46 réduit le droit moral de l'auteur qui ne peut s'opposer aux adaptations.

(2) Contra : J.-L. GOUTAL, chr. précitée, D. 1984, p.202, notes 49 et 53 (pour qui il s'agirait d'une suite du contrat au sens de l'article 1135 du Code civil, susceptible d'être écartée par des clauses contraires) ; F. COLLART DUTILLEUL, art. précité, n°16, p.230 ; C. BIDAN, chr. précitée, Rev. jur. com. 1985, p.12 ; I. DE LAMBERTERIE, Thèse précitée, n°201 et s. (obligation spécifique d'entretien pesant sur le fournisseur).
Une déclaration générale révélant l'existence possible de défauts ne saurait écarter la garantie des vices (rappr. Civ. 1e 4 mai 1966, Bull. civ., I, n°271, p.209, cité par F. TOUBOL, op. cit., n°157).

(3) V. en sens inverse les conditions professionnelles citées par J. HUET et H. MAISL, op. cit., p.456.

(4) Contra : F. SARTRE, op. cit., p.56.

peut s'en prendre qu'à lui-même et il ne peut rien réclamer à la personne qui le lui a vendu. Mais l'analogie n'est plus ici totalement pertinente. Le problème ne se pose pas, en général, vu le faible coût du droit d'usage par rapport à celui du support. D'ailleurs, lorsque le livre est d'une grande valeur, c'est au support qu'il le doit et le régime des objets matériels prévault. En revanche, la valeur du programme en lui-même est sans commune mesure avec celle de son support, quand ce dernier existe. Enfin, le logiciel est un outil utilisé de façon beaucoup plus continue qu'un livre ou un disque. Sans aller jusqu'à faire peser sur le fournisseur les accidents généraux comme l'incendie, qui après tout relèvent des risques transférables d'après la volonté des parties, certaines clauses limitant notamment le nombre de remplacement des disquettes défectueuses paraissent illicites au regard de la garantie d'éviction du fait du vendeur puisqu'en limitant le nombre de supports fournis, l'éditeur évince l'acquéreur de son droit d'usage. De même, il n'est pas conforme à l'idée que c'est un droit d'usage sur un programme incorporel qui est octroyé de faire dépendre cette fourniture de la taille des disquettes-support. Le changement de matériel (établi) devrait obliger l'éditeur à fournir un nouveau support adapté, contre restitution des anciennes disquettes. La limitation de l'utilisation du programme à un site ou à une machine est par exemple anormale pour un utilisateur qui alterne entre un ordinateur fixe et un portable : il serait absurde de l'obliger à acquérir deux fois le même logiciel, alors qu'il respecte la condition de ne pouvoir utiliser qu'un appareil en même temps. Pour résoudre ces difficultés, certains auteurs n'admettent de détacher l'objet du contrat du support que lorsque l'utilisateur conclut une licence d'utilisation avec le distributeur ou l'éditeur et non une simple «vente»[1]. Mais les deux régimes proposés semblent trop dissemblables et il paraît souhaitable de durcir le régime du contrat de «vente», en exonérant l'utilisateur de certains risques (disquettes défectueuses ; effacements accidentels) et en laissant les autres à sa charge (destruction accidentelle externe ; éventuellement détermination des sites), sauf clause contraire correspondant à la licence d'utilisation évoquées par les auteurs précités. Force est de constater qu'une telle conception aboutit à une réunification de ces qualifications au profit d'un contrat unique au régime variable.

895.– Il reste alors à examiner la qualification des contrats de réalisation de logiciels spécifiques. La solution est généralement considérée comme ne faisant pas difficulté. En effet, la société de services informatiques chargée de réaliser un tel programme «sur mesure» prend l'engagement d'effectuer un travail déterminé en toute

---

(1)H. CROZE et Y. BISMUTH, chr. précitée, spéc. n°23 et s.

indépendance qui correspond parfaitement à la prestation caractéristique d'un contrat d'entreprise[1]. Dans le cadre de la loi de 1985, la qualification pourrait d'ailleurs être celle de contrat de commande, que les auteurs rattachent traditionnellement à l'entreprise[2]. Ce serait cependant oublier que le contrat d'entreprise a parfois un effet translatif de droit[3]. Comme dans la grande majorité des cas, le travail porte sur une chose matérielle, c'est le droit de propriété portant sur la chose construite et sur les matériaux la composant qui est en jeu. Pour la réalisation de logiciels, la situation est plus complexe : le contrat peut selon les cas transférer ou non les droits d'exploitation du logiciel au maître de l'ouvrage[4]. A défaut de clauses contraires[5], les droits de propriété intellectuelle sont conservés par l'entrepreneur qui souhaite généralement proposer le logiciel à des entreprises ayant des besoins similaires à ceux de son client, lequel en tire argument pour demander une diminution du prix. La convention relève du contrat d'entreprise, mais le maître de l'ouvrage n'obtient qu'un droit d'utilisation[6]. Dans l'hypothèse inverse, les droits de propriété intellectuelle sont acquis pas le maître de l'ouvrage et, même si le droit moral est conservé par l'auteur qui est la société de service, la convention est alors très proche d'un contrat d'entreprise.

---

(1) V. en ce sens : F. TOUBOL, op. cit., n°138 et n°148 ; J. HUET et H. MAISL, op. cit., n°55 et 452 ; A. VIRICEL, op. cit., n°276 (obligation de moyens) ; F. SARTRE, op. cit., p.52 et p.58 et s. (obligation de résultat) ; P. et Y. POULLET, chr. précitée, p.243-244 ; I. DE LAMBERTERIE, J.-Cl. Contr. distr., Fasc. 730, n°43 ; H. CROZE et Y. BISMUTH, chr. précitée, n°12 ; J. VIET, «La fourniture de logiciels spécifiques relève-t-elle de l'obligation de faire», Gaz. Pal. 1987-2-p.584, implicitement.
En jurisprudence, v. : Paris 29 octobre 1985, JCP éd. E 1986, ADG, 15791, n°8, p.382, obs. A. LUCAS et M. VIVANT (pour un contrat d'adaptation d'un logiciel, solution peut-être discutable).

(2) R. PLAISANT, J.-Cl. Civil annexes, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 321, n°10 ; Ch. LE STANC, chr. précitée, p.25 ; J.-L. GOUTAL, chr. précitée, D. 1984, p.202, n°18 ; F. TOUBOL, op. cit., n°139.

(3) Comp. Lamy informatique, 1992, n°217 et s.

(4) V. d'ailleurs la dualité similaire existant pour les contrats de commande en matière de propriété littéraire et artistique : H. DESBOIS, «Le droit d'auteur en France», 1978, n°490 ; A. R. BERTRAND, «Le droit d'auteur et les droits voisins», Masson 1991, 8.41, p.338 ; R. PLAISANT, J.-Cl. Civil annexes, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 321, n°1 ; H. EL HADDAWI, «Le contrat de commande d'objet d'art», Thèse Poitiers 1959, p.11, p.15, p.69 et p.119 et s.
Pour le jurisprudence, v. explicite : Civ. 1e 24 février 1987, D. 1988, p.97, note B. EDELMAN.

(5) Ch. LE STANC, chr. précitée, p.25 ; J. HUET, chr. précitée, D. 1985, p.262 ; J. HUET et H. MAISL, op. cit., n°451 et s. ; F. TOUBOL, op. cit., n°138 ; Ph. GAUDRAT, «La protection des logiciels», Rev. int. drt. aut. 1986, p.181 et s., spéc. n°36, p.247 (qui remarque que l'affaire n'est pas mauvaise pour les SSII) ; M. VIVANT, chr. précitée, D. 1989, p.141.

(6) Comp. F. SARTRE, op.cit., p.60 et p.64, qui évoque deux contrats mixtes concession-entreprise et entreprise-vente.

896.– La conclusion qui s'impose est que les biens incorporels démultiplient les qualifications. La constatation va de soi lorsqu'apparaît une qualification radicalement nouvelle, mais elle vaut aussi pour les qualifications classiques : la cession peut être pure et simple ou passer par un contrat d'édition, là où normalement il n'y a qu'un contrat ; le contrat d'entreprise peut ou non transférer les droits de propriété intellectuelle ; le bail peut être exclusif ou pas.

Conclusion du chapitre

897.– Il était facile de pressentir que, pour les contrats translatifs, l'influence de l'objet de la prestation sur la qualification possédait un certain particularisme. Au terme de ce chapitre, cette intuition première est confirmée et deux séries d'indications peuvent en être retirées.

Tout d'abord, en reprenant les trois éléments fondamentaux de ce débat, la chose, le droit et l'obligation de transfert, il ressort que la qualification de vente peut être écartée selon des procédés très variés. La chose peut varier en altérant le droit mais pas l'obligation (droit de créance). La chose peut aussi varier, en altérant l'obligation mais pas le droit (électricité ; vente d'immeuble à construire). La chose peut également altérer le droit et l'obligation (progiciel ; corps humain).

Ensuite, les hypothèses de dénaturation de l'obligation même de transférer un droit délimitent indirectement le noyau dur des contrats translatifs en en précisant les caractéristiques. L'unité de la famille des contrats de vente est fondée sur plusieurs principes. Le contrat doit réaliser une véritable aliénation sans transformation d'un droit, ce qui suppose que le droit passe bien d'un patrimoine à l'autre, avec un appauvrissement et un enrichissement, et que le droit reçu ait la même nature que celui qui est cédé. Enfin, les diverses prestations du vendeur doivent garder leur autonomie.

Conclusion du Sous-titre 1

898.– L'influence de l'objet de la prestation sur la qualification est un phénomène qui est désormais largement entré dans les mœurs. Ce procédé constitue un outil privilégié d'adaptation d'une convention au réel. Dès lors que l'objet de la prestation caractéristique est suffisamment précis, le régime du contrat peut être étroitement adapté aux circonstances concrètes de son exécution. Le phénomène frappe par sa très grande diversité, que celle-ci concerne les choses constituant l'objet de la prestation, les contrats ou les obligations visées. Cette diversité s'étend même au mode d'action de l'objet de la prestation qui peut être naturel ou artificiel et aux conséquences sur la qualification qui s'avèrent éminemment variables.

899.– Faut-il pour autant se résigner à toute tentative de synthèse ? Il ne le semble pas dès lors que la tentation d'une liaison directe entre l'objet de la prestation et la qualification est repoussée. L'enseignement essentiel de ce passage est que l'objet de la prestation, élément concret extérieur à l'accord de volontés, n'influe directement que sur la prestation dont il subit l'action, donc sur l'obligation. Ensuite, la nature de la convention n'est atteinte que si l'obligation supprimée, ajoutée, altérée occupe un rôle discriminant dans la structure de qualification. Ce raisonnement est général et il peut s'appliquer aussi aux contrats translatifs, même si pour ces derniers, le procédé technique possède quelques particularismes. Dans ces contrats, en effet, l'objet de la prestation se compose traditionnellement du droit transmis et de la chose sur laquelle porte le droit. Cette conception classique peut être conservée car l'examen des conventions translatives a permis de montrer des influences complexes. Normalement, la chose modifie le droit qui influe sur l'obligation qui altère le contrat. Dans certains cas, c'est la chose qui modifie directement l'obligation alors que le droit reste inchangé, ce qui tend à indiquer que la chose fait bien partie de l'objet de la prestation.

Extérieur à la structure interne d'obligations, l'objet de la prestation, est rattaché au contrat par le lien direct qui l'unit à la prestation dont il subit l'effet. La qualité des parties, dès lors que l'idée de l'intégrer dans une cause catégorique non finale est abandonnée, relève d'une analyse similaire : c'est parce qu'il en est débiteur qu'un contractant peut prétendre établir un lien étroit direct entre sa personne et cette obligation. C'est ce second élément de la structure externe qu'il convient maintenant d'étudier.

SOUS -TITRE 2

STRUCTURE EXTERNE ET ENVIRONNEMENT HUMAIN : LA QUALITE DES PARTIES

900.– Attacher des conséquences juridiques à la qualité[1] d'une partie paraît contraire aux principes initiaux, posés par le Code civil. Fidèle à la pensée de la Révolution, celui-ci a proclamé l'égalité de tous devant la loi, «faisant table rase des distinctions sociales et de hiérarchie périmées, terriennes ou nobiliaires, religieuses ou laïques, financières ou bourgeoises, corporatives ou individuelles»[2]. Cette égalité, combinée au principe de l'autonomie de la volonté, a conduit le Code à envisager les contractants de manière abstraite, indépendamment de leur personnalité effective[3].

901.– Rares sont les dispositions du Code qui échappent à cette réduction. Les auteurs citent généralement trois textes (dont deux ont disparu par la suite) : l'article

---

(1) Le terme qualité n'est pas utilisé dans son sens procédural. Cf. A. PIEDELIEVRE, «Remarques sur la notion de qualité», Ann. Faculté Droit de Clermont-Ferrand, 1969, p.217 et s. Selon cet auteur, condition subjective de la recevabilité de l'action, la qualité se définit comme «une aptitude juridique à agir, aptitude conférée par la situation juridique où se trouve le sujet de l'action» (p.225). La notion de qualité recouvre ici les caractéristiques concrètes d'une partie (âge, sexe, profession, etc.), à l'état brut ou déjà «qualifiées» par le droit (incapacité, commerçant, etc.).

(2) Article 8 Code civil ; JOSSERAND, «Sur la reconstitution d'un droit de classe», DH 1937, p. 1 ; M. VANEL, Rép. civ., v° Code civil, 1971, n°89 et s. ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3e édit., 1990, n°131 et s., spéc. n°137 ; R. SAVATIER, «Métamorphoses économiques et sociales du Droit civil», 1952, n°253 et s.

(3) J. STOUFFLET, «Le particularisme des contrats bancaires», Etudes JAUFFRET, p.635.
Adde : A.-J. ARNAUD, «Essai d'analyse structurale du Code civil français», Bibliothèque de philosophie du Droit, Vol. XVI, 1973, p.69 et s.. L'auteur, analysant les «joueurs» du Code civil, s'intéresse à leur regroupement statutaire. les hypothèses décrites (âge, femme mariée, enfant) se limitent aux problèmes de capacité, démontrant bien, en particulier, l'absence de prise en compte du caractère professionnel.

909 qui édicte une incapacité de recevoir entre vifs ou par testament à l'égard des médecins ou des ministres du culte, l'article 1326 qui, dans sa première version, écartait la mention du bon ou de l'approuvé «dans les cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service», et enfin l'article 1781 qui prévoyait «que le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les à-comptes donnés pour l'année courante» (abrogé par la loi du 2 août 1868)(1). Il est possible d'y adjoindre certaines règles présidant à l'émission même du consentement. L'exigence d'un certain degré de capacité (art. 1108, 1123 et s.), l'appréciation jurisprudentielle du caractère inexcusable de l'erreur ou du caractère déterminant de la violence (cf. art. 1114) réintroduisent dans une certaine mesure la considération de la personne du contractant. Ces quelques atténuations n'entament cependant pas la vigueur du principe : le Code Napoléon fait abstraction de la qualité des parties(2).

902.– Ce dogme, apparemment intangible, a pourtant été largement battu en brèche par l'évolution ultérieure du droit positif. Il est rapidement apparu qu'à l'égalité théorique postulée par les rédacteurs du Code, correspondait une inégalité de fait que les transformations économiques et sociales rendaient de plus en plus insupportables[3]. La consécration du droit du travail et la formidable explosion législative qui l'a suivie,

---

(1)Ils omettent ainsi les dispositions concernant le transporteur (art. 1782 et s.) ou l'aubergiste (art. 1952-1954) qui paraissent pourtant les plus significatives. Mais cet oubli est explicable : l'exigence de la nature professionnelle du voiturier n'est pas apparue immédiatement avec clarté. Cf. 908 et s.
Adde : pour l'acceptation d'une donation par un sourd-muet, art. 936 du C. civ.

(2)Le Code est moins systématique en matière délictuelle, puisqu'il a prévu des régimes spéciaux de responsabilité (commettants, instituteurs et artisans, parents). Le législateur récent (Loi 85-677 du 6 juillet 1985, art.3) poursuit dans cette voie, en favorisant la situation des enfants en bas âge et des personnes âgées (cf. en sens inverse, l'article 489-2, qui refuse une différence de traitement).
La recherche de tous les termes se rapportant à une caractéristique d'une personne dans la table alphabétique du Code Dalloz est très symptomatique. La plupart des hypothèses sont extérieures à la matière contractuelle : domicile (batelier, fonctionnaire, gens de maison, forain, nomade, etc.) ; état-civil (indigents, militaires et marins, sage-femme, rapatriés) ; incapacité (aliéné, faible d'esprit, etc.) ; propriété littéraire (artiste...) ; responsabilité délictuelle (employé, gens de maisons, instituteur, préposé, etc.).
Les dénominations relatives au contractant ne visent que quelques points du régime juridique (prescription : avocat, avoué, élève, huissier, pharmacien, traiteurs, etc. ou privilège : maison, salarié) ou renvoient en réalité au contrat lui-même plutôt qu'à une de ses parties (architecte, entrepreneur, bailleur, hôtelier, voiturier). Pour un inventaire des textes du Code civil faisant mention de la profession, cf. R. NERSON, «Les droits extra-patrimoniaux», Thèse Lyon 1939, n°31, p.64 et s.
La même conception imprègne le Code de commerce qui initialement visait principalement les actes de commerce, plutôt que les commerçants.

(3)E. SALLEE DE LA MARNIERRE, «L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques», Thèse Paris, 1930 ; A. BARREYRE, «L'évolution et la crise du contrat», Thèse Bordeaux, 1937 ; L. DIKOFF, «L'évolution de la notion de contrat», Etudes de Droit civil à la mémoire de H. CAPITANT, 1939, p.202 et s.

constituent l'exemple le plus célèbre de cette prise de conscience. Devant cette transformation, la résistance opposée par le principe révolutionnaire a faibli : ne provenant plus de l'hérédité ou de la puissance publique, «le classement des hommes par la profession qu'ils exercent librement» ne paraissait plus directement contraire à l'égalité civile, si chèrement acquise[1]. Le Droit s'est professionnalisé. Au souci initial de protection des salariés sont venues s'ajouter de multiples motivations : normalisation de certaines professions par leur encadrement sous des formes diverses, consécration juridique des richesses nouvelles ignorées par la Code et provenant le plus souvent de l'activité humaine (propriétés incorporelles...), interventionnisme économique favorisant les secteurs profitables au pays, protection du contractant inexpérimenté confronté au professionnel puissant et organisé qui lui dicte sa loi par l'utilisation de contrats d'adhésion, etc. La recherche d'une plus grande justice et d'une meilleure adaptation du Droit positif aux réalités économiques et sociales totalement bouleversées depuis le Code civil par l'industrialisation, ont mis à mal l'égalité civile en général et l'abstraction dans la prise en compte des contractants en particulier.

903.– En effet, la réintroduction de la qualité des parties dans le droit des contrats s'est opérée principalement par une professionnalisation[2]. La tendance est incontestable, mais les techniques utilisées pour y parvenir sont variables. Elles

---

(1)RIPERT, «Ebauche d'un Droit civil professionnel», Etudes CAPITANT, p.678.

(2)JOSSERAND, «Sur la reconstitution d'un droit de classe», DH 1937, p.1 ; «L'essor moderne du concept contractuel», Mélanges GENY, T.II, p.333 et s. ; «Tendances actuelles de la théorie des contrats», RTD civ. 1937, p.1 ; «Un ordre juridique nouveau», DH 1937, p.41 ; RIPERT, «Ebauche d'un droit civil professionnel», Etudes à la mémoire de H. CAPITANT, p.677 et s. ; «Le régime démocratique et le Droit civil moderne», 2e édit., 1948, chapitre 7, «La législation de classe», p.365 et s. ; R. SAVATIER «Les métamorphoses économiques et sociales», 2e édit., p.227 et s. ; A. TUNC, «Ebauche du droit des contrats professionnels», Mélanges RIPERT, T.2, p.136 et s. ; J. STOUFFLET, «Le particularisme des contrats bancaires», précité ; G. KOSOSSEY, «Responsabilité contractuelle et profession», Thèse Paris II 1974 ; Th. IVAINER, «Le contrat moderne face à la prolifération des statuts de personne», JCP 1977, I, 2876 ; R. HOUIN, «Intervention au Colloque sur les contrats d'adhésion et la protection du consommateur», 3-4 juin 1978, ENAJ, p.122-123 ; Ph. LE TOURNEAU, «Quelques aspects de l'évolution des contrats», Mélanges RAYNAUD, n°4, p.351 ; P. SERLOOTEN, «Vers une responsabilité professionnelle ?», Mélanges HEBRAUD, p.805 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, «Les professionnels ont-ils du cœur ?», D. 1990, p.21 ; Ph. PETEL, «Les obligations du mandataire», Bibl. dr .entr., T.20, 1988, n°4, p.10 et s., n°231 et s., p.149 et s. ; J.-P. MARTY, «La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine», RTD com. 1981, p.681 et s., spéc. p.694 et s. ; rappr. pour une perspective un peu différente : J.-M. LELOUP, «La création de contrats par la pratique commerciale», Journées SAVATIER, p.175 : «droit de la compétence».
Si cette tendance est de loin la plus importante, elle n'est pas la seule (cf. P. SERLOOTEN, art. précité, p.811). V. par exemple l'utilisation de la qualité de rapatrié pour proroger certains baux ruraux (Loi du 5 juin 1967, n°67-445, JO 7 juin 1967) ou obtenir des prêts spéciaux (Loi du 6 janvier 1982, n°82-4, JO 7 janvier 1982) ; adde sur les incapables, infra 907 et s. ; pour un exemple récent : Loi bancaire n°84-46 du 26 janvier 1984, D. 1984, lég. p.148.

agissent généralement directement sur le régime juridique de la convention. Le caractère professionnel d'un contractant a souvent pour effet de durcir le régime de l'obligation dont il est débiteur : sa responsabilité est plus facile à engager[1], l'obligation est considérée comme une obligation de résultat et les causes d'exonérations sont limitées (nullité des clauses exonératoires insérées par un transporteur ou un vendeur professionnel). La jurisprudence leur a de plus imposé de nouvelles obligations (de renseignement, de conseil ou de sécurité) qui viennent s'ajouter aux précédentes. Les dispositions supplétives laissent la place aux règles d'ordre public. Le droit récent de la protection du consommateur utilise largement tous ces procédés[2]. Cet accroissement de la sévérité des effets du contrat passé par un professionnel s'accompagne souvent d'une spécialisation du régime en fonction de la nature ou de l'utilisation du bien objet de la prestation. Les ventes d'engrais, ou d'animaux domestiques bénéficient de dispositions spécifiques, et toute la législation des baux ruraux ou commerciaux s'est établie sur cette base.

904.– Cette tendance législative et jurisprudentielle, qui utilise la qualité des contractants pour influer directement sur le régime de la convention, déborde le cadre de cette étude. En particulier, les obligations de renseignement, de conseil ou de garantie rajoutées par la jurisprudence sont accessoires. Elles n'influent donc pas sur la qualification[3]. Seule importe ici la modification de la qualification par un critère externe. Ceci suppose qu'un élément[4] caractéristique d'une partie soit pris en compte dans la présupposition : la nature du contrat en dépend nécessairement et directement(5), et l'absence de cet élément doit disqualifier la convention[6]. Cette technique est assez peu utilisée par le Droit positif et il convient au préalable d'en recenser les hypothèses (chapitre 1). Cette recherche s'avère cependant insuffisante.

---

(1)Pour l'appréciation de la responsabilité des professionnels : A. TUNC, art. précité ; DEMOGUE, T.3, n°248 et s., p.417 et s. et 254 et s., p.424 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, «Quelques aspects des responsabilités professionnelles», Gaz. Pal. 1986-2-doct. p.616 ; P. SERLOOTEN, «Vers une responsabilité professionnelle ?», Mélanges HEBRAUD, 1981, p.805 et s.

(2)L'accent est mis également sur la formation du contrat. Le législateur récent multiplie les formalités concourant à l'information du contractant présumé faible et les délais de réflexion ou de rétraction. Cf. Ph. LE TOURNEAU, article précité, I.

(3)Ph. Le TOURNEAU, article précité, I et implicitement pour le mandat, Ph. PETEL, Thèse précitée, n°231 et s.

(4)Ou plusieurs éléments d'une même partie, voire des deux contractants.

(5)La qualité de professionnel détermine indirectement la qualification, d'un contrat lorsque, dans le doute, la nature de son obligation est identifiée par référence à son activité habituelle, cf. supra n°80 (note).

(6)Rappr. la situation voisine où la conclusion d'un contrat est, à peine de nullité, réservée à certaines personnes. V. par exemple le monopole des crédits municipaux pour le prêt sur gage corporel : H. ULRICH, «Le crédit municipal», Thèse Paris I, 1973, n°105, p.115 et s.

Extérieure au complexe d'obligations souscrit, la qualité d'une des parties s'apprécie parfois de manière originale (chapitre 2).

905.– Avant d'examiner ces deux points, il est nécessaire de résoudre un problème méthodologique. Les conventions qui vont être étudiées, retiennent toujours comme critère la nature professionnelle d'un contractant. Le contrat de transport suppose par exemple, que le voiturier passe à titre habituel et pour subvenir à ses besoins ou pour répondre à son objet social, des contrats de déplacement à titre onéreux. Envisagée globalement, cette situation confère un rôle central au professionnel qui «focalise» autour de lui une multiplicité de conventions composant son activité. Est-il légitime, dès lors, de scinder l'étude des critères externes ? La qualité de «professionnel» ne réalise-t-elle pas en définitive une insertion dans un groupe ? Si, comme l'affirme M. Teyssié «l'entreprise est avant tout le fruit d'une conjugaison de groupes de contrats»[1], le professionnel ne se caractérise-t-il pas par la réunion de conventions, de nature parfois similaire, pour la réalisation optimale desquelles il est organisé ? L'analyse est séduisante ; elle correspond à une réalité économique(2). Mais elle a l'inconvénient d'élargir exagérément la notion de groupe de contrats. Or, celle-ci répond à des conditions précises, d'autant plus justifiées que leur réunion entraîne des modifications dans le régime de chaque convention qui y est insérée. M. Teyssié montre que la simultanéité de conclusion de plusieurs contrats entre deux personnes[3] ainsi qu'a fortiori la simple «focalisation» autour d'un même contractant[4] sont insuffisantes pour qualifier ces ensembles de groupes en l'absence

---

(1)B. TEYSSIE, «Les groupes de contrats», LGDJ 1975, n°262, p.133.

(2)Et même parfois juridique : tous les contrats passés par le professionnel risquent de l'être sur la base des mêmes conditions générales»
D'autre part, ces dernières années, sont apparus des «audits contractuels», dont la mission met en évidence les liens qui unissent les conventions passés par une même entreprise. Ces personnes sont en effet chargées de faire l'inventaire de ces contrats, puis de les analyser afin d'éliminer les conventions défavorables ou contradictoires entre elles. L'audit s'efforce aussi d'attirer l'attention sur la circulation des informations relatives aux conventions au sein de l'entreprise (D. LAMETHE, «L'audit contractuel, présentation d'une méthodologie», Gaz. Pal. 1984-2- doct. p.467 ; A. FRANÇON, «L'audit juridique, réalité ou fiction ?», Dr. prat. com. int. 1979, p.553 et s. ; F. MOUSSERON, «L'audit contractuel», JCP éd. E 1985, ADG, n°14710, p.289 et les références citées, note 3, sur l'audit juridique en général ; N. FERRY, «L'audit contractuel», n° spécial, Les petites affiches, septembre 1985, n°108, 9 septembre 1985 ; L'audit juridique, 5e Congrès de l'A.N.C.J., Paris 18-21 septembre 1985, Les petites affiches, n°108, 9 septembre 1985.

(3)Thèse précitée, n° 62, p.33 ,«Les liens sont trop lâches lorsqu'ils ne tiennent qu'à l'identité des deux parties».

(4)Thèse précitée, n°206, p.108, pour l'hypothèse de plusieurs contrats d'assurance passés par une même personne. Ces citations ne sont que des exemples. Nous ne pouvons que renvoyer à la première partie de cette ouvrage consacrée à la «présence des groupes de contrats» et à son inventaire très détaillé.

d'éléments supplémentaires. Or, les contrats passés par un professionnel sont conclus de manière échelonnée et ils ne révèlent aucune unité de cause. Certes, tous les contrats de transport ont le même type de cause. Mais ce qui leur manque, c'est le but médiat qui vient s'ajouter à la considération de l'exécution de la prestation de l'autre partie. Chaque expéditeur conclut le contrat dans son intérêt et l'existence d'intérêts identiques et parallèles d'autres expéditeurs n'est pas intégré dans la cause. La qualité professionnelle d'une partie ne suffit donc pas à créer un groupe, ce qui justifie son examen séparé.

Sur l'influence de l'identité d'une partie à plusieurs contrats, v. quand même : D. CHEDEVILLE, Thèse précitée, n°173 et s., p.183 et s.

CHAPITRE 1

DETERMINATION DES HYPOTHESES[1]

906.– Le droit positif fournit quelques exemples de conventions qui utilisent la qualité des parties comme critère de qualification. Dans la plupart des cas, c'est la nature professionnelle d'un contractant qui est retenue. En théorie, pourtant, d'autres hypothèses seraient parfaitement concevables[(2)]. Pourquoi par exemple ne pas tenir compte de la capacité d'une des parties ? Si la compétence technique entraîne parfois l'adoption d'une qualification nouvelle, aux effets plus énergiques, la faiblesse d'un contractant ne peut-elle pas justifier la création d'une convention originale, au régime adouci ? Le Code civil n'emploie cependant pas ce procédé. La plupart de ses dispositions concernent l'émission même du consentement ; l'efficacité de celui-ci étant acquis, le contrat est alors valable et suit le droit commun, hormis quelques particularités[3].

---

(1) V. les importants développements consacrés à cette question par D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°72 et s., p.82 et s.

(2) Age, situation de famille, rapatriement, nationalité, etc. Une qualification qui dépendrait du sexe, de la race, de la religion, des opinions politiques, voire de la fortune ou de la naissance serait d'une légalité très contestable. Non pas en vertu de l'article 14 de la Déclaration Européenne des Droits de l'Homme, dont le domaine d'application ne vise pas cette hypothèse, mais en application de l'article premier de la déclaration du 26 août 1789 (cf. également article 2 de la constitution du 4 octobre 1958, et article 26 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques de New York du 19 décembre 1966 (D. 1981, lég., p.79) qui semble plus général que l'article 14 du traité européen).
Sur l'absence d'influence de l'intuitus personae : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°73 et s., p.83 et s. ; moins affirmatif, F. TERRE, Thèse précitée, n°283 et s., p.264 et s. La disparition de l'intuitus ne disqualifie pas un contrat qui le suppose naturellement (pour le mandat, cf. n°73 ; F. VALLEUR, «L'intuitus personae dans les contrats», Thèse Paris 1938, n°46 et s., p.113 et s.) et réciproquement, un contrat qui en est normalement dépourvu n'est pas disqualifié par l'adjonction d'un intuitus personae d'origine conventionnelle (n°74).

(3) Rescision pour lésion éventuelle, réduction à neuf ans d'un bail d'une durée supérieure passé par un tuteur seul, etc.

907.– Deux textes retiennent pourtant l'attention. Ils sont relatifs aux baux passés après l'ouverture de la tutelle, par le tuteur agissant seul. Selon l'article 456 du Code civil, ces conventions «ne confèrent au preneur, à l'encontre du mineur[1] devenu majeur ou émancipé, aucun droit de renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, nonobstant toutes dispositions légales contraires». Selon la méthode la plus courante, l'incapacité du contractant exerce une influence directe sur le régime : les effets normaux du bail seront réduits. La doctrine estime unanimement que les statuts particuliers doivent recevoir application, en dehors de l'exception prévu par le texte[2] : «les baux conclus sur les biens des mineurs en tutelle n'ont pas été transformés en convention d'occupation précaire»[3]. Tel semble être le cas, en revanche, lorsque le transfert d'usage concerne le logement d'un incapable majeur en tutelle. L'article 490-2 dispose en effet que «le pouvoir d'administrer, en ce qui touche ces biens, ne permet que des conventions de jouissance précaire, lesquelles devront cesser, malgré toutes dispositions ou stipulations contraires, dès le retour de la personne protégée»[4].

La différence avec l'article 456 est flagrante : c'est la qualification dans son entier qui change, sous l'influence conjuguée d'une qualité d'une partie (l'incapacité) et de l'objet de la prestation (le logement)[5]. L'analyse de ce texte ne relève pourtant pas des développements qui vont suivre. L'incapacité du contractant a pour seul effet de limiter le choix des parties : la convention d'occupation précaire est la seule technique

---

(1)Le texte concerne aussi les majeurs en tutelle, cf. le renvoi de l'article 495 aux règles des sections 2, 3 et 4 du chapitre II sur la tutelle des mineurs (Civ. 1e 20 mars 1989, D. 1989, IR, p.114) et il s'applique aux baux de toute nature (cf. pour un bail rural : Civ. 3e 10 novembre 1987, Bull. civ., III, n°181, p.106 ; pour un bail commercial : Civ. 1e 10 mai 1988, JCP éd. N 1989, II, p.9, note T. FOSSIER.

(2)L. LORVELLEC, J.-Cl. Civ., art. 449 à 468, Fasc. 3, édit. 1982, n°53 et s. ; E. ABITBOL, Rép. civ., v° Administration légale et tutelle, n°747 et s., spéc. 754 ; J. VIATTE, «La location des biens des mineurs et des interdits», Journ. not. av. 1965, art. 47467, p.313 ; R. DESIRY, «De nouvelles alluvions...», JCP 1965, I, 1898 ; A. RAISON, «Commentaire de la loi du 14 décembre 1964», Journ. not. av. 1965, art. 47441, p.169 et s., spéc. n°73 et s. p.198 (456) ; A. RAISON, «Le statut des mineurs et des majeurs protégés», 3e édit. 1978, Librairie du journal des notaires et avocats, n°389 et s., p.191 et s. ; P. ARGNEY, «Le bail des immeubles du mineur», JCP éd. N 1988, I, p.343.

(3)L. LORVELLEC, J.-Cl. précité, n°56.

(4)Sur la nature de la convention d'occupation précaire, cf. supra n°688 et s. Il faut remarquer que les dispositions d'ordre public des baux sont écartées dans le souci de respecter le droit de propriété de l'incapable : la nécessité impérieuse de retrouver à tout moment son logement ne doit pas l'empêcher de tirer profit du bien dont il est propriétaire.

(5)G. CHAMPENOIS, Rép. civ., v° Incapables majeurs, n°114 et s. ; M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, J.-Cl. Civ., art. 488-514, Dispositions générales, n°14 et s. ; MAZEAUD, T.1 Vol. 3, n°1375 ; J. MASSIP, «Réforme du droit des incapables majeurs», 1969, n° 52 et s., p.64 et s. ; A. RAISON, op. cit., n°862 et s., p.407 et s. ; J. VIATTE, «La location des biens des incapables majeurs», Rev. Loyers 1968, p.165.

contractuelle qui soit licite. Mais il n'y a pas véritablement création d'une qualification nouvelle. Le législateur ne prétend nullement que ce type de contrat suppose nécessairement la présence d'un incapable ; il utilise la convention d'occupation précaire comme un donné extérieur à la matière des incapacités et se contente d'obliger les parties a y recourir[1].

Pour qu'il y ait influence directe sur la qualification, il est donc indispensable que la qualité d'une des parties soit prise en compte dans la définition même du contrat, son absence entraînant nécessairement l'adoption d'une autre qualification. Historiquement, la première convention à utiliser cette technique est le contrat de transport (section 1). L'ancienneté de l'hypothèse est surprenante, puisque sa création est intervenue à une époque où l'abstraction dans la considération des contractants était la règle. Depuis, le législateur récent a créé de nouvelles qualifications, dans lesquelles la qualité d'une des parties a été précisée. Il faudra examiner la portée exacte de cette indication (section 2).

---

[1]Il y aurait donc en l'espèce influence indirecte sur la qualification, stade intermédiaire entre l'influence directe sur le régime et l'influence directe sur la qualification.

SECTION 1

LE CONTRAT DE TRANSPORT, CONTRAT DE PROFESSIONNEL[1]

908.– Dans les sept articles (102 à 108) que le Code de commerce consacre à cette convention, le débiteur de l'obligation de déplacement semble être un professionnel du transport[2]. Il suffit de lire l'article 107 selon lequel «les dispositions contenues dans le présent titre sont communes aux maîtres de bateaux, entrepreneurs de diligences et voitures publiques». La terminologie a vieilli, mais la solution paraît claire. Les textes du Code civil sont en revanche plus ambigus et il n'est pas exagéré d'affirmer que la qualification du contrat passé par un voiturier occasionnel a longtemps été extrêmement confuse. Tout le problème est de savoir si le déplacement isolé relève des articles 1782 et suivants du Code civil ou du simple contrat d'entreprise, dont le transport n'est finalement qu'une variété.

L'intérêt de la question est loin d'être négligeable. Tenu dans les termes de l'article 1784, le prestataire occasionnel est responsable de la perte ou de l'avarie[3], sauf s'il prouve que la survenance du dommage a pour cause le cas fortuit ou la force majeure. Le régime du contrat d'entreprise de droit commun est moins rigoureux et conduit à distinguer perte et avarie. L'obligation d'accomplir le travail demandé est pour l'entrepreneur une obligation déterminée. Par hypothèse, la chose perdue n'est pas arrivée à destination ; seule la force majeure peut donc exonérer le «voiturier»[4]. Cette solution se justifie d'une autre manière : le débiteur de l'obligation de déplacement n'a

---

(1)L'exigence du caractère professionnel du prestataire existe aussi pour le commissionnaire de transport (R. RODIERE, «Les transports», 2e édit., n°698 : Lamy Transport, 1992, n°3002), mais la jurisprudence n'est pas unanime (cf. les décisions inédites citées au Lamy).

(2)La qualité de l'expéditeur ou du chargeur importe peu. Contra : B. MERCADAL, «Livre blanc sur la traction routière», Colloque de l'I.D.I.T., Rouen, 20 juin 1985, p.22, qui estime que les transports entre professionnels pourraient échapper au régime de l'article 103 du Code de commerce. Cette argumentation, qui se recommande d'une interprétation téléologique du texte, a cependant pour effet de rajouter une condition non prévue par la loi. Adde infra n°981.

(3)La discussion portera dans un premier temps sur le transport de choses.

(4)Une solution identique s'impose lorsque la marchandise est restituée, mais pas à l'endroit initialement convenu (inexécution de la seule obligation de déplacement).

pas respecté son obligation de restitution du corps certain qui lui avait été confié (art. 1245 C. civ.). L'existence d'une avarie procède au contraire de l'inexécution de l'obligation de conservation. Simple obligation de moyens dans le contrat d'entreprise, le «voiturier» doit être libéré s'il prouve qu'il n'a pas commis de faute[1]. Ces trois régimes juridiques envisageables pour une opération de déplacement (contrat d'entreprise, art. 1782 et s. C. civ., art. 102 et s. C. Com.) peuvent se combiner de deux manières différentes, selon que la qualité de transporteur professionnel est considérée ou non comme un élément déterminant de qualification dans les textes du Code civil.

- Le contrat de transport suppose un voiturier professionnel. Si c'est le cas, la convention est régie par les articles 1782 et s. du Code civil et 102 et s. du Code de commerce. Dans l'hypothèse inverse, seules les règles du contrat d'entreprise de droit commun trouvent application.

- Le contrat de transport ne prend pas en compte la qualité du contractant débiteur de l'obligation de déplacement. Les règles du contrat d'entreprise sont toujours, inapplicables. Le transport isolé ou non, relève des textes du Code civil, ceux du Code de commerce étant réservés aux transporteurs commerçants (dont par hypothèse c'est la profession) ou aux transports de nature commerciale[2].

Cette seconde explication n'est pas convaincante, même si elle a été longtemps soutenue. L'analyse du Code civil permet d'affirmer que le transporteur est toujours un professionnel et que la qualité déterminante repose sur l'accomplissement habituel de transports à titre onéreux et non sur celle de commerçant (A), bien que la jurisprudence ne soit pas, en cette matière, toujours très nette (B).

909.- A) 1°) L'article 1782 du Code civil utilise la vocable suranné de «voiturier», qui évoque a priori l'idée d'un transport professionnel. Les premiers

---

(1)MAZEAUD, T.3, Vol.2, n°1348 à 1350. Il nous paraît inexact d'affirmer :
- que «le transporteur ne sera tenu que d'une obligation de moyens» (RODIERE, «Traité de Droit des transports», 1977, p.796).
- ou que «le transporteur non professionnel, reste dans le cadre de ce contrat de transport sui generis tenu d'une obligation de résultat assortie d'une présomption de responsabilité dont il ne peut se libérer qu'en établissant que le dommage provient d'une cause étrangère» (Lamy Transports 1992, T.1, n°3).
La première assertion est erronée pour la perte, la seconde pour l'avarie. Cette différence de régime s'explique par le renvoi aux obligations de l'aubergiste opère par l'article 1782, cf. infra 912.

(2)Cf. art. 632 : «Toute entreprise... de transport par terre ou par eau» est réputée acte de commerce.
Il faut rappeler qu'en contrepartie d'une lourde responsabilité (art. 103 Code com.), le Code de commerce soumet la mise en cause du transporteur à des règles très strictes, qui lui sont favorables (protestation dans les trois jours de la réception, art. 105 ; prescription d'un an, art. 108).
Dans le sens de cette seconde analyse : LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, 1923, T.3, n°553, p.540 et s.

commentateurs du Code estiment pourtant que «la qualité de voiturier est indépendante du caractère habituel ou accidentel du transport»[1]. Le terme, selon eux, n'est pas décisif, d'autant plus que les articles 1785-1786 sont plus explicites : ils imposent aux «entrepreneurs et voitures publiques» de tenir registre et de respecter des règlements particuliers. Seuls ces deux derniers textes viseraient les obligations des voituriers professionnels, les trois premiers articles de la section s'appliquant de manière générale à toute personne débitrice d'une obligation de déplacement. Trois arguments principaux permettent de repousser cette analyse.

910.– En premier lieu, la scission de cette section du Code civil est artificielle et les articles 1782 à 1784 ne peuvent être qualifiés de généraux. Une exégèse plus poussée peut le démontrer. Même en admettant la neutralité des termes de «voiturier», «bâtiment» et «voiture» des articles 1782 et 1783, la fin de ce dernier texte fournit une indication essentielle. Il dispose que les transporteurs répondent «de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture». Cette précision est incompatible avec la qualité de prestataire accidentel. Un particulier n'a pas d'entrepôt et le port évoqué par le texte n'est pas un port de plaisance ! L'importance que le Code attache à la qualité de professionnel apparaît également dans le rapport entre l'entrepôt et la voiture. Si le voiturier était occasionnel, le placement dans son entrepôt n'aurait pas de signification univoque. C'est le caractère professionnel de l'activité qui opère la liaison entre l'entreposage et le déplacement. Les articles 1782 à 1786 forment un tout et postulent que le «voiturier» n'est pas un amateur.

911.– Ensuite, cette interprétation s'impose d'autant plus que le recours à une terminologie professionnelle pour désigner un contractant est une grande originalité. Les définitions des autres contrats nommés du Code civil préfèrent généralement les «parties»[2] ou la forme impersonnelle («on»)[3]. Les premiers auteurs font disparaître cette particularité tout à fait exceptionnelle en conférant au terme voiturier un sens tautologique : le transporteur est celui... qui s'engage à transporter[4]. Il paraît

---

(1)GUILLOUARD, «Traité du louage», T.2, 1885, n°736 et s., p.259 et s., spéc. n°737 ; HUC, T.X, 1894, n°400 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, «Traité du contrat de louage», 3e édit., T.2, n° 3426, p.819 et 3431, p.822.

(2)Cf. pour la vente (art. 1582 C. civ.), l'échange (art. 1702 C. civ.), le prêt (art.1875 C. civ.) et, ce qui est très significatif, le louage d'ouvrage (art.1710 C. civ.). A la différence de régime exposée plus haut, correspond une différence de rédaction qui confirme cette analyse.

(3)Dépôt (art.1915 C. civ.).

(4)Ces auteurs, encore empreints de l'absolutisme du principe d'égalité, étaient peu disposés à concevoir une telle analyse. Il faut d'ailleurs noter que leur affirmation selon laquelle le

préférable d'y voir un argument en faveur de la prise en compte du caractère professionnel du débiteur de l'obligation de déplacement.

912.- Enfin, et surtout, seule cette solution permet d'expliquer la dureté du régime du contrat de transport dans le Code civil par rapport à celui du simple contrat d'entreprise. La seule différence qui existe entre ces deux conventions réside dans la nature professionnelle du transporteur. De ce point de vue, le renvoi opéré par l'article 1782 est d'une très grande importance. De droit commun, l'obligation de conservation est une obligation de moyens (cf. art. 1137 et 1245 du Code civil). C'est le cas dans le contrat de dépôt et dans le contrat d'entreprise(1). Le dépositaire hôtelier en revanche, est tenu d'une obligation de résultat, dont il ne peut s'exonérer qu'en établissant que le dommage a pour cause la force majeure. C'est à ce régime sévère que le Code civil soumet le transporteur. La gradation est claire : les diligences dans la garde de la chose augmentent de manière parallèle du dépôt simple au dépôt hôtelier et du contrat d'entreprise au contrat de transport. Il est fondamental de constater que la justification de cet accroissement est la même dans les deux hypothèses : l'aubergiste comme le transporteur sont des contractants spécialisés. Leur qualité de professionnel est prise en compte dans la qualification de l'obligation (pour le dépositaire hôtelier)(2) ou de la convention dans son entier (contrat de transport).

913.- 2°) Le contrat de transport, contrat de professionnel est donc régi par les textes du Code civil et par ceux du Code de commerce. Une jurisprudence constante applique en effet les articles 102 et suivants que la convention ait une nature commerciale ou mixte[3]. Et c'est bien la qualité de professionnel du transport qui

---

transporteur peut être occasionnel est toujours accompagnée d'exemples ou de références se rapportant... à des professionnels. A tel point qu'il est permis de se demander s'ils ont mesuré toute la portée de leur assertion (cf. aussi les travaux préparatoires qui ignorent cette discussion, FENET, T.9, p.257 et s.).

(1)Ni le contrat d'entreprise, ni le contrat de transport, ne «contiennent» de contrat de dépôt. L'entrepreneur ou le transporteur sont seulement tenus d'une obligation de conservation qui s'intègre dans la structure de chacune de leur convention. Le renvoi de l'article 1782 ne fait d'ailleurs pas référence au contrat de dépôt en général, mais à l'obligation de conservation du dépositaire hôtelier (cf. infra n°1024 et s.).

(2)Le dépôt hôtelier suppose un contractant professionnel (v. par exemple : O. BERNIS, «Le dépôt d'hôtellerie», Thèse Bordeaux 1930, p.132). L'interprétation de cette condition est d'ailleurs restrictive (cf. R. DE QUENAUDON, J.-Cl. Civ., art. 1949-1954, n°42). La communauté d'idée avec le contrat de transport ne s'accompagne pas d'une communauté de technique. En effet, le dépôt hôtelier n'est pas un contrat mais une obligation comprise dans un ensemble plus vaste : le contrat d'hôtellerie (en ce sens : MAZEAUD, T.3, Vol. 2, 5e édit. n°1511, p.939).

(3)RODIERE, «Droit des Transports», 1977, n°621 in fine ; adde du même auteur, «Droit des Transports», 1955, 2e partie, n°1126.
Le contrat est mixte ou commercial selon que l'expéditeur conclut l'acte pour les besoins de son commerce ou pour ses besoins personnels (ex : déménagement du mobilier ; cf. RODIERE, op. cit., 1977, n°355-356). Le contrat pourrait même être civil si le transporteur est un artisan (ex : un chauffeur de taxi ; v. en ce sens, implicitement : O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité

détermine la qualification et non celle de commerçant. D'une part, le voiturier n'est pas toujours un commerçant. C'est parfois un artisan. Le code de la navigation intérieure reconnaît cette possibilité aux bateliers[1]. La jurisprudence, après quelques hésitations, l'a également admis pour des chauffeurs de taxi[2]. Les règles de droit commercial subjectif ne sont pas applicables en cette hypothèse (inscription au registre du commerce, compétence du Tribunal de commerce, etc.), mais le régime proprement dit du contrat ne change pas. D'autre part, le contrat isolé de déplacement effectué par un commerçant dont ce n'est pas l'activité, ne peut être qualifié de transport[3].

914.- En résumé, le contrat de transport présuppose l'existence d'un professionnel du déplacement, commerçant ou non. Cette convention, quelle que soit sa nature (commerciale, mixte ou civile) est soumise aux articles 1782 et s. du Code civil et 102 et s. du Code de commerce. Le déplacement occasionnel à titre onéreux constitue un simple contrat d'entreprise.

915.- B) Les hésitations de la doctrine(4) n'ont pas facilité la tâche des Tribunaux qui n'appréhendent pas encore parfaitement cette question.

---

civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°77).
La qualité du destinataire semble sans intérêt, puisqu'elle est calquée sur celle de l'expéditeur : Com. 1 février 1955, JCP 1955, II, 8732, note J. HEMARD ; RTD com. 1955, p.649, obs. J. HEMARD.

(1) Qui n'est pas automatique : Com. 21 mai 1985, Bull. civ., IV, n°161, p.137 ; D. 1985, IR, p.490, obs. A. HONORAT ; RTD com. 1986, p.69, obs. J. DERRUPE et p.441, obs. J. HEMARD et B. BOULOC.

(2) Com. 4 décembre 1968, D. 1969, p.200 et les références citées ; Aix 6 juin 1961, RTD com. 1961, p.583, obs. A. JAUFFRET ; RODIERE, op. cit., n°225 ; RODIERE et MERCADAL, «Droit des transports», 5e édit., 1989, n°136 ; A. JAUFFRET, Rép. com., v° Actes de commerce, 1972, n°260 et s.
Le contrat de taxi est un contrat de transport : G. LEVASSEUR, «Le transport en taxi ou autre voiture de place», Ann. dr. scienc. soc. 1935, p.99 et s., spéc. n°13, p.116 ; O. EL SAYED MOUMEN, «La responsabilité civile du transporteur terrestre à titre onéreux pour les accidents survenus aux voyageurs», Thèse Lyon III 1985, n°211 et s.

(3) Paris 9 février 1965, RTD com. 1966, p.387.

(4) Après les auteurs anciens déjà évoqués, une tendance s'est manifestée en doctrine qui a consisté à écarter des traités de Droit civil, l'étude du contrat de transport, comme relevant davantage du Droit commercial (PLANIOL et RIPERT, «Droit civil», T. 11, 1932, n°914 ; BEUDANT, T.12, 1947, n°174 ; MAZEAUD, T.3. Vol.2, n°1328). C'est un premier pas dans le bon sens, puisque les auteurs commercialistes, s'appuyant sur les articles du Code de commerce, voyaient dans le transporteur un professionnel (ESCARRA et RAULT, n°972, p.339 et n°830, p.188 ; JOSSERAND, «Les Transports», 1926, n°664 à 686 ; THALLER, «Traité de Droit commercial», 8e édit., 1931, n°1148, p.721). C'est le doyen RODIERE qui a parachevé l'édifice en précisant le régime du contrat de déplacement occasionnel (RODIERE, op. cit., 1977, n°225, p.262 ; adde n°692, p.796 ; RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°132 ; Lamy Transport, 1992, T.1, n°3 ; J. MERIMEE, Rép. com., v° Contrat de transport, n°14 ; comp. depuis lors : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°77 et s., p.87 et s., qui ne distingue pas clairement le caractère professionnel du caractère gratuit ou du rôle actif du passager).
La solution était-elle déjà dans VIGIE ? («Cours de Droit civil», T.3, 1892, n°942, p.500). L'auteur affirme que si «le contrat de transport est civil, il faut laisser de côté les règles suivies

916.– Le plus souvent, les décisions ignorent le problème[1]. Cette attitude est parfois adoptée pour se réserver une certaine liberté dans le choix du régime applicable à la convention. Un jugement du Tribunal de commerce de Paris du 9 mai 1981[2] illustre bien cette technique de qualification «à l'envers». Le bateau «Raoul» étant tombé en panne de moteur sur la Seine, son propriétaire demande à un autre marinier, le sieur Rolland, de le pousser jusqu'à Achères où il sera réparé. Devant l'impossibilité d'effectuer la manoeuvre par l'arrière, Rolland conduit le «Raoul» à quai, nez à nez avec son bateau. Transporté face au courant, l'eau s'introduit dans les tuyaux d'échappement du moteur du Raoul, occasionnant des avaries. Actionné en responsabilité par le propriétaire du Raoul, Rolland se défend en prétendant qu'il n'a fait que remplir un service d'ami, non rémunéré. Le tribunal rejette l'action, après avoir retenu la qualification de contrat de transport, au motif que les dispositions des articles 105 (protestation dans les trois jours) et 108 (prescription d'un an) n'ont pas été respectées. Ce faisant, les magistrats laissent dans l'ombre deux éléments essentiels pour la qualification : la gratuité de l'opération et la qualification du transporteur. Si Rolland est un professionnel du transport, ce n'est pas un professionnel du remorquage. Il est nécessaire d'examiner cette question. Le raisonnement du Tribunal paraît tout autre. Devant un acte de complaisance, il recherche le régime le plus favorable au sieur Rolland. Du fait des conditions strictes de mise en œuvre de la responsabilité du transporteur prévues par le Code de commerce, c'est la qualification de transport qui permet d'adopter la solution la plus avantageuse pour le pousseur. Analyser la convention en contrat d'entreprise (défaut de caractère professionnel) ou en contrat innommé de prestation de service à titre gratuit (défaut de rémunération) rendrait difficile une exonération totale du défendeur.

917.– Trois décisions de Cour d'appel ont néanmoins appliqué correctement les principes établis précédemment. La Cour de Paris, tout d'abord, a refusé d'appliquer l'article 108 à une société de revente, achat et réparation de matériel qui s'était chargée

---

pour les contrats commerciaux et appliquer les règles de droit commun pour la preuve, les effets et les règles de compétence». Mais quel droit commun ? Celui des articles 1782 et s. du Code civil ou celui du contrat d'entreprise. Au mieux, l'auteur fait encore une fois figure de précurseur (cf. par exemple supra n°283). Au pire, il annonce les commercialistes.

(1) Civ. 1e 11 octobre 1972, JCP 1973, II, 17325, note crit. RODIERE ; sur renvoi Montpellier 16 décembre 1974, Bull. transp. 1975, p.84.

(2) Bull. transp. 1981, p.435 ; adde : Com. 5 janvier 1980, Bull. civ., IV, n°12 (ces deux décisions peuvent néanmoins se justifier par une conception large de la notion de professionnel du transport) ; Com. 3 avril 1968, Bull. transp. 1968, p.215 pour un vendeur qui se charge lui-même du transport.

occasionnellement du transport d'une grue[1]. Mais la limitation aux textes du Code de commerce restreint la portée de l'arrêt. Ceci n'est pas le cas d'une décision de la Cour d'Amiens qui pose en principe «que les dispositions du Code civil et du Code de commerce relatives au voiturier, ne sont pas applicables au transporteur non professionnel, par exemple à un exploitant agricole ayant accepté de transporter dans sa bétaillère le cheval d'un voisin»[2]. La Cour de Versailles, enfin, a qualifié de contrat d'entreprise le remorquage d'un véhicule en panne, par un garagiste, au motif que celui-ci n'est pas un voiturier[3]. Si le principe est correctement posé, son application en l'espèce est contestable : les pannes mécaniques surviennent souvent au cours d'un trajet, immobilisant le véhicule. Il entre dans la mission, donc dans la profession d'un garagiste, d'effectuer le remorquage du véhicule, s'il ne peut pas procéder à une réparation sur place.

918.– Pour conclure, la mise en évidence du rôle de la qualité d'une partie dans le contrat de transport, si elle est incontestable, doit cependant être doublement tempérée.

D'une part, l'analyse qui vient d'être faite du transport de marchandises vaut également pour le transport de personnes[4]. Mais le monolithisme de la jurisprudence relative à l'obligation de sécurité retire à la question une grande partie de son intérêt : que le transporteur soit occasionnel ou professionnel, l'obligation de sécurité reste une obligation de résultat. L'hypothèse sera de plus fort rare, car en pratique, le transport occasionnel de personne est souvent gratuit. La qualification de transport est donc écartée et parfois, c'est l'existence même d'un contrat qui fait défaut[5].

D'autre part, l'exigence de la nature professionnelle du transporteur a été, postérieurement au Code civil, remise en cause. Elle a disparu dans les travaux de la Commission de réforme du Code de commerce, parce que le terme de voiturier évoquait trop les transports terrestres[6]. La portée de cette suppression est limitée : envisagée en matière commerciale, la qualité de professionnel paraît aller de soit. Elle a surtout été éliminée dans les transports aériens internes, où la loi du 2 mars 1957

---

(1) Paris 9 février 1965, RTD com. 1966, p.387. Le débiteur de l'obligation de déplacement était pourtant un commerçant.

(2) Amiens 22 décembre 1976. Ridoux/Leclerc, inédit, cité in Lamy Transports 1992, T.1. n°3.

(3) Versailles 12 janvier 1989, D. 1989, IR, p.72.

(4) En ce sens : RODIERE, op. cit., n°631, p.725.
Contra : R. PLICHON, «Les limites du contrat de transport terrestre de personnes», Thèse Poitiers 1968, p.204 et s.

(5) Par exemple, pour les auto-stoppeurs, cf. supra n°97.

(6) Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce, T.3, p.10.

applique un régime uniforme à tous les déplacements par aéronefs, sous quelques réserves comme le régime de responsabilité allégé pour le transport gratuit[1].

919.– Après avoir étudié le premier exemple historique de qualification par un élément externe, il est intéressant d'examiner le sort que le Droit positif a réservé à cette technique.

(1)Cf. supra n°100. En matière internationale, comme en matière maritime (Loi du 18 juin 1966), la condition demeure. La qualité d'entreprise de transport aérien (ou maritime) fait d'ailleurs présumer, de manière irréfragable le caractère intéressé du transport (cf. supra n°99 et n°634).

SECTION 2

LA QUALITE DES PARTIES DANS LES CONTRATS RECENTS

920.– Bien que la prise en compte de la qualité d'une des parties soit un phénomène ancien et malgré la tendance constante à la professionnalisation du Droit contemporain, cette technique n'a pas connu un grand succès. Cette constatation peut surprendre car le contrat de transport et les conventions nommées plus récentes ont un point commun : le recours aux règles d'ordre public. La diminution du pouvoir des contractants dans la fixation du régime juridique de la convention qu'ils ont conclue se justifie le plus souvent par l'inégalité de fait qui les oppose. Le législateur compense ce déséquilibre, ainsi que l'absence de véritable négociation qui en découle, en imposant le régime du contrat. L'autonomie de la volonté demeurant encore le principe, cette limitation de la liberté des parties aurait pu être cantonnée aux relations entre professionnels et non-professionnels. La qualification par la qualité d'une partie offrait à cet effet une technique appropriée qui évitait de recourir à la notion insaisissable de contrat d'adhésion. Ce n'est pas la voie qui a été suivie et les conventions prenant en compte la qualité d'un contractant restent relativement rares.

921.– Les apparences sont souvent contraires et plusieurs contrats récents emploient une terminologie professionnelle pour désigner les parties. Le contrat de promotion immobilière, par exemple, est défini comme une convention par laquelle «une personne, dite promoteur immobilier, s'oblige envers le maître de l'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats louages d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou plusieurs édifices, ainsi qu'à procéder elle-même, ou à faire procéder moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques» (art. 1831-1 C.civ.). L'indication de la dénomination du contractant n'est en réalité qu'une commodité de langage est les auteurs s'accordent pour dire que si «en pratique, le promoteur est un professionnel»,

«des entrepreneurs ou des agents immobiliers peuvent accomplir à titre occasionnel des actes de promotion»[1].

922.– La loi du 2 juillet 1966 sur le crédit-bail relève à peu près de la même analyse. Pour le crédit-bailleur, l'expression employée est celle d'entreprise. Le terme est vague, même si la doctrine s'efforce depuis de longues années d'en préciser le sens. Appliqué à une technique contractuelle, il ne permet pas vraiment d'affirmer qu'une qualité précise d'une partie a été érigée en critère de qualification, même si en pratique, il est évident qu'un particulier ne se risquera pas à conclure une opération aussi complexe et que, spécialement, la nécessité d'un régime fiscal adapté conduit à réserver le crédit-bail immobilier aux seules sociétés pouvant s'en prévaloir. Cette constatation est d'ailleurs renforcée par l'examen des articles 2 et suivants de la loi, selon lesquels les entreprises qui consentent ces opérations à titre habituel doivent être commerciales et soumises à la réglementation des banques et des établissements financiers. Le législateur fait donc bien la distinction entre le statut professionnel du crédit-bailleur et le régime juridique du contrat qui s'applique «sans distinguer selon que l'entreprise qui s'y livre les accomplit de façon habituelle ou occasionnelle». C'est d'ailleurs la solution adoptée par la Cour de cassation[2] en accord avec la majorité de la

---

(1) Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, «Droit de la promotion immobilière», 5e édit., 1991, n°7, spéc. h, et n°499.
La notion de promotion immobilière a été très discutée, pour d'autres raisons (interdiction d'exercer pour certaines personnes, obligation de résultat ou de conseil avant la réforme ; cf. Cl. GIVERDON, Rép. civ. , v° Promotion immobilière, n°10 et s.).
Le contrat de construction de maisons individuelles n'impose pas non plus une partie spécialement qualifiée (Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°611).
La solution est identique pour le bail à construction (R. SAINT-ALARY, Rép. civ., v° Bail à construction, n°25 et s.) et pour la location-accession de la loi du 12 juillet 1984 (Loi 84-595, D. 1984, lég. p.433).

(2) Com. 20 février 1973, JCP 1974, II, 17754 ; RTD com. 1974, p.582 ; Com. 15 décembre 1975, Soc. Renault Bail/Marion, D. 1976, p.407, note Cl. LUCAS de CEYSSAC : «la loi n'érige pas la qualité de banque ou d'établissement financier en élément constitutif de la définition de l'opération de crédit-bail» ; Cah. jur. électr. gaz 1976, p.33, note A. PLEVEN ; Com. 15 décembre 1975, Soc. Bergerat-Monnayeur/Sarl Locapel, D. 1976, p.678, note F. CAPORALE.
Adde : dans le même sens : TGI Montbéliard 9 mars 1976, Rev. synd. et adm. jud 1976, p.267 n°28 ; Aix 26 janvier 1979, Rev. synd. et adm. jud 1979, p.97, note R. PLAISANT ; Paris 3e ch. 4 janvier 1980, Juris-Data n° 5.
V. également dans le même sens : Rép. quest. écrite n°47605, JCP éd. E 1992, pan., 10, p.3 (la solution proposée est par ailleurs fort contestable puisque la réponse omet l'exigence d'un achat en vue de la location).
Contra : Metz 18 novembre 1987, Juris-Data n°48076, qui annule le contrat pour défaut d'inscription du crédit-bailleur sur la liste des établissements habilités à pratiquer ces opérations, cassé, sans que cette question ait été examinée, par Com. 30 mai 1989, Bull. civ., IV, n°167, p.110.

doctrine[1]. Le crédit-bail n'est pas caractérisé par la qualité de financier du bailleur, appréciée in abstracto au regard de son activité habituelle, mais par la nature financière de son intervention, telle qu'elle résulte du complexe original d'obligations qu'il a souscrites[2]. Dans une décision récente, la Cour de cassation vient de décider, sur le fondement des articles 3 et 10 de la loi bancaire du 24 janvier 1984[3], qu'un fournisseur de marchandises non agréé ne peut conclure à titre habituel des contrats de crédits-bail et que cette interdiction peut entraîner la nullité des contrats conclus avec ses clients[4]. La Cour consacre ainsi une interférence entre le statut professionnel du crédit-bailleur et le régime du contrat, mais la décision reste sans influence sur les critères de qualification, puisque un crédit-bail isolé relève toujours de la loi de 1966.

Pour le crédit-preneur, la loi de 1966 ne précise rien[5]. L'exigence selon laquelle le bien crédit-baillé doit être un bien d'équipement ou un matériel d'outillage exerce cependant une influence indirecte. C'est d'un bien à usage professionnel dont il s'agit, ce qui suppose que le locataire exerce une activité professionnelle[6]. La référence demeure cependant assez vague, du fait de sa généralité ; tous les professionnels sont

---

(1)J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Droit bancaire», 5e édit., 1990, n°586 et s., spéc. 587 note 1 ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édit., n°2422 et s. et 2258. ; E.M. BEY et Ch. GAVALDA, «Le crédit-bail immobilier», Que sais-je ?, 1983, p.50 ; M. CABRILLAC, Rép. civ., v° Crédit-bail, n°12 à 15 ; J. CALAIS-AULOY, Rép. com., v° Crédit-bail, n°25 ; J. APPERCE, J.-Cl. Com., Ventes commerciales, Fasc. XXXII bis, n°20 et s. ; E.M. BEY, J.-Cl. Contr. distrib., Fasc. 850, n°14 ; Lamy Droit économique 1992, n°8277 et 8281, qui ajoute que cette solution est conforme à la loi bancaire du 24 janvier 1984 qui vise les actes de banque à titre habituel ; D. CREMIEUX-ISRAEL, «Leasing et crédit-bail mobiliers», 1975, p.25 ; MARTY et RAYNAUD par JESTAZ, «Les sûretés», n°555 ; G. BACHASSON, «Le crédit-bail mobilier au cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du locataire», Thèse Aix 1978, n°323, p.302 ; Ch. GOYET, «Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire», Thèse LGDJ 1983,, n°152 et s. ; M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, p.87 et s., spéc. p.91-92 ; M.J.C., «Le leasing et les consommateurs», Cah. dr. ent. 1977, n°6, p.38.
Ambigu : RODIERE, «Droit commercial», 8e édit. 1978, n°217, p.220.
Contra : A. DE MARTEL-TRIBES, chr. JCP 1977, I, 2875, n°43 ; MAZEAUD, T.3, Vol. 2, lectures, p.233 ; A. SOLAL, AJPI 1974, p.92 ; Y. BOYER, «La garantie des vices cachés dans le crédit-bail mobilier», Rev. jurispr. jom. 1981, n°26, p.48 (implicitement) ; D. ANGENIEUX et Ch. LETULLE-JOLY, «La location-vente», 77e Congrès des Notaires, p.755 et s., spéc. p.780.

(2)Cf. infra deuxième partie, titre 3, chapitre 2, section 2, spéc. n°1678 et s.

(3)Sur l'influence de la loi bancaire du 24 janvier 1984 : M. GENINET, Thèse précitée, n°638 (les contrats de crédit-bail échappant au domaine d'application de la loi de 1966 doivent être conclus par un établissement de crédit, lorsque ces opérations sont pratiquées à titre de profession habituelle).

(4)Com. 19 novembre 1991, JCP 1991 éd. E, Bloc notes, n°50 ; JCP éd. E 1992, pan., 123, p.40.

(5)V. en ce sens : Y.-A. OUEDRAOGO, «Le crédit-bail immobilier», Thèse Toulouse I 1980, p.172 bis-173.
Contra : D. CREMIEUX-ISRAEL, «Leasing et crédit-bail mobiliers», 1975, p.24 et s., qui assimile abusivement locataire et entreprise, ce qui n'est pas exigé par le texte.

(6)Cf. en ce sens : Ch. GOYET, Thèse précitée, n°151.

concernés : industriel, commerçant, mais aussi artisan, agriculteur ou encore profession libérale[1].

923.– La technique utilisée par le contrat de transport n'a en définitive été suivie que dans le secteur du logement[(2)] et, surtout, dans celui de l'agriculture. Bien que la question ait été discutée, cette consécration n'a pas été réalisée à l'occasion de la réglementation d'ordre public des baux ruraux : la Cour de cassation a accordé le bénéfice de ce statut protecteur aux bouchers-herbagers, locataires d'une pâture, dès lors que ces derniers avaient à cette occasion une activité réelle, bien qu'accessoire, d'exploitant agricole[3].

---

(1)Sur l'influence des règles fiscales et du statut des SICOMI : Y.-A. OUEDROGO, Thèse précitée, p.236 et s.

(2)V. en effet : - sur *le bail à réhabilitation* : article 11 de la loi 90-449 du 31 mai 1990 (L.252-1 et s. du code de la construction et de l'habitation) ; C. BOSGIRAUD-STEPHENSON, «Le bail à réhabilitation», Rev. dr. imm. 1991, p.19 et s., spéc. p.20-21. Si la personne du bailleur est indifférente, le preneur ne peut être qu'une personne morale à vocation sociale dans le secteur de l'habitat.
- *le contrat de réservation de logement H.L.M.* : articles L. 441-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation ; B. WERTENSCHLAG, «La réservation conventionnelle des logements H.L.M.», AJPI 1991, p.403 et s., spéc. p.404.
- *le contrat de domiciliation*, qui ne peut être conclu que par une personne morale (CDD, n°368).
En revanche, n'utilisent pas stricto sensu la qualité des parties en tant que critère de qualification :
- *Le contrat d'assurance* emploie une technique complexe. La conclusion habituelle de contrats d'assurance est interdite aux particuliers ou aux entreprises qui ne remplissent pas les conditions exigées par la loi. Une des parties au contrat est donc spécifiée. Mais cette limitation dissimule en réalité une particularité beaucoup plus importante : l'assurance ne peut se concevoir sans une réunion de personnes. C'est la centralisation d'une multitude de conventions qui va permettre, par le jeu des probabilités, de «compenser les effets du hasard». Le caractère majeur paraît être l'insertion dans un groupe. Et c'est cette agrégation de contrats d'assurance qui exige que cette activité soit limitée à des entreprises présentant un certain nombre de garanties (cf. infra n°1001 ; PICARD et BESSON, T.1, 5e édit., 1982, n°1, p.1 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, «Droit des assurances», 7e édit. 1990, n°33 ; G. DURRY, Rép. civ., v° Assurances terrestres, n°1).
Sur les entreprises autorisées à pratiquer cette activité : PICARD et BESSON, T.2, 4e édit., 1977, n°542, p.25 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit., n°174 et s.
- *Le contrat d'assistance maritime (loi du 7 juillet 1967)* ne se réfère pas vraiment aux qualités des parties, même si les auteurs étudient la «qualité» de l'assisté et celle de l'assistant (RODIERE, «Traité général de Droit maritime Evénement de mer», n°157, 159 et 160 ; N. REUTER, Thèse précitée, n°66 et s. et n° 165 et s.). Pour qu'il y ait assistance, il faut que l'opération se déroule entre deux bâtiments, dont un au moins est un navire (ou engin assimilé). Mais les «bâtiments» ne sont pas les cocontractants (cf. RODIERE, op. cit., n°195-196) et s'y référer revient en fait à préciser les modalités d'exécution de l'assistance (cf. RODIERE, op. cit., n°159).

(3)Soc. 19 avril 1947, D 1948, p.1, note R. SAVATIER ; Soc. 26 février 1948, D. 1948, p.434, note R. SAVATIER ; Soc. 6 mai 1949, D. 1949, p.479 ; Soc. 19 mai 1950, D. 1950, p.562 ; Soc. 28 juillet 1950, Bull. civ., III, n°689, p.464.
V. aussi Comm. par. d'arr. Bar-sur-Seine 22 février 1946, Gaz. Pal. 1946-1-p.201 ; Tb. par. d'arr. Corbeil 27 février 1951, D. 1951, p.300, note R. SAVATIER (société) ; Soc. 27 mars 1952, Bull. civ., III, n°260, p.190 (très clair : «sans tenir compte de la profession exercée par les contractants») ; Soc. 25 juin 1959, Bull. civ., IV, n°803, p.643 (laitier) ; Soc. 31 mai 1960, Bull. civ., IV, n°584, p.451.

Ce sont deux qualifications plus récentes qui marquent cette évolution. A cette occasion, le législateur est même allé plus loin puisque l'exigence d'une qualité spécifique y est requise des deux parties. Dans le contrat d'entraide agricole, les deux contractants doivent remplir la même condition : être agriculteurs. L'article 20 de la loi du 8 août 1962 dispose en effet que «l'entraide est réalisée entre agriculteur par des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation»(1).

La loi du 6 juillet 1964, créant la qualification de contrat d'intégration agricole, complique encore le procédé en visant deux professionnels différents. Selon l'article 17 de ce texte : «sont réputés contrats d'intégration tous contrats, accords, ou conventions conclus entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales comportant obligation réciproque de fournitures de produits ou de service»(2). Malgré l'ampleur de la

---

Cf. en ce sens : M. GAREAU, «Domaine d'application de la loi sur le statut du fermage», Thèse Paris 1956, p.26 et s. ; R. SAVATIER, Rép. civ., v° Baux ruraux, n°28 ; Ph. DE JUGLART, «Les traits distinctifs du bail rural», Thèse Paris 1968, p.61.
Rappr. plus ambigu : G. BERTIN, «Le particularisme du bail à ferme dans la législation», Thèse Nancy 1949, p.38-39.

(1)Loi 62-933 du 8 août 1962 (JO 10 août 1962, p.7962) ; A. JALLAIS, J.-Cl. Rur., Agriculture de groupe Entraide en agriculture, Fasc. 5, n°26 et s. ; D. LEFEBVRE, «L'entraide agricole», JCP 1964, I, 1846, n°12 et s. ; M. ORLIAC, «L'entraide agricole», Journ. not. av. 1988, art. 59384, p.704, spéc. n°10-11, p.707.
La Cour de cassation a eu l'occasion de mettre en œuvre la condition posée par le texte. Elle a ainsi estimé que ne constituent pas des conventions d'entraide le contrat conclu avec un boucher en retraite exploitant un «assez petit jardin» (Soc. 3 mai 1968, Bull. civ., V, n°224, p.189 ; Soc. 25 janvier 1990, JCP 1990, IV, p.109 pour un agriculteur en retraite) ou celui passé avec un exploitant forestier (A. PELLET, «Le domaine d'application du statut des baux ruraux», Thèse Aix 1952, p.30 et s. ; Soc. 6 mars 1969, Bull. civ., V, n°162, p.136 ; Rev. dr. rur. 1976, p.320 obs. J. LE CALONNEC ; Civ. 1e 28 mars 1973, Bull. civ., I, n°117, p.107). De manière plus indulgente, elle a admis cette qualification pour un service rendu par le fils d'un agriculteur, qui s'il continuait à vivre chez ses parents, n'était plus, depuis quatre mois, ouvrier agricole dans l'exploitation familiale (Soc. 8 février 1968, Bull. civ., V, n°93, p.77). Selon un auteur (A. JALLAIS, J.-Cl. précité, précédente édition), ces arrêts, au travers de la qualité des parties, visent en réalité l'absence de réciprocité : l'entraide suppose une équivalence dans les services échangés qui ne peut exister qu'entre agriculteurs. Cette opinion peut invoquer dans son sens la formule de certains arrêts (cf. Civ. 1e 28 mars 1973 ; contra, très clair : Soc. 6 mars 1969) et surtout des index de présentation figurant au Bulletin qui mentionnent seulement : «réciprocité des services» (Soc. 8 février 1968, 3 mai 1968 et 6 mars 1969) sans évoquer la qualité des parties.
Cette analyse n'est pas fondée, bien qu'elle ait le mérité de souligner que la qualité d'agriculteurs des deux parties est une condition nécessaire mais pas suffisante (cf. D. LEFEBVRE, chr. précitée) :
- *condition nécessaire* : il ne peut y avoir entraide si l'un des contractants n'est pas agriculteur, même si le service rendu au contractant non rural est agricole (ex : labourage de son jardin). Il ne faut pas oublier que le régime de responsabilité dérogatoire de l'entraide ne se justifie que par l'existence d'une assurance dont l'obligation ne pèse que sur les seuls agriculteurs ;
- *condition insuffisante* : même entre agriculteurs, la qualification d'entraide est exclue si le service n'a pas un caractère agricole (ex : déménagement de son habitation) (en ce sens : D. LEFEBVRE, chr. précitée ; Civ. 1e 28 mars 1973).
La qualification d'entraide a donc recours au critère de la qualité des parties, mais aussi à la cause et à l'objet de la prestation.

(2)Lors de la réforme du 4 juillet 1980, il a été ajouté un article 17-I bis à la loi du 6 juillet 1964 aux termes duquel «dans le domaine de l'élevage, sont réputés contrats d'intégration les contrats par

définition, le régime découlant de cette qualification reste très parcellaire. Pour l'essentiel, l'article 19 impose à peine de nullité, la mention obligatoire dans le contrat de précisions concernant la nature, le prix et les qualités des fournitures réciproques et les conditions de durée et de résiliation de la convention[1].

924.– La détermination de la notion de producteur agricole n'a pas suscité de grandes difficultés. Indissociable d'une idée de création, elle exclut les contractants qui se livrent à une simple circulation des biens. La jurisprudence a donc très justement refusé aux négociants en bestiaux, qui ne sont que de simples intermédiaires, le bénéfice de la loi du 6 juillet 1964[2]. En revanche, un éleveur qui pratique l'élevage hors sol, qui ne possède pas de terre et se contente d'acheter pour revendre, peut conclure un contrat d'intégration dès lors qu'il ne revend qu'après avoir engraissé les animaux. Son activité n'est plus celle d'un pur intermédiaire[3].

Cerner la qualité d'entreprise industrielle ou commerciale s'avère beaucoup plus embarrassant. Le Droit positif maîtrise le concept de commerçant, mais il appréhende plus difficilement celui d'entreprise. Quant à la notion d'industriel, il l'ignore encore davantage. L'ambiguïté de la définition est apparue avec évidence pour les coopératives. Malgré une tentative de la Cour d'appel de Lyon[4], la Cour de cassation a

---

lesquels le producteur s'engage envers une ou plusieurs entreprises à élever, etc.». Pour certains auteurs, la disparition des termes «industrielles et commerciales» est un pas vers l'adoption d'un critère plus économique de l'intégration (X. MASSART, A. GUILLOU et J. BREBION, note Gaz. Pal. 1987-1-p.307). L'affirmation est excessive car la modification ne vise que l'élevage ; l'article 17-I reste inchangé d'autre part, la loi confirme par ailleurs (18 bis) l'exclusion de l'intégration dans les rapports entre les coopératives et leurs associés (en ce sens : L. BOY, D. 1982, p.628 et s. sous Grenoble 27 janvier 1981).

(1) En l'absence de qualité d'une des parties, le contrat revêt une qualification innommée de contrat mixte (cf. infra n°1204 et s.).

(2) Civ. 1e 14 mars 1979, JCP 1980, II, 19271, note J. PREVAULT ; Civ. 1e 14 novembre 1979, D. 1980, IR, p.269 ; Civ. 1e 1 octobre 1980, D. 1981, IR, p.108 ; Civ. 1e 7 octobre 1981, JCP éd. N 1984, II, p.108, note J. PREVAULT.
La qualité de commerçant ne semble pas être une cause d'exclusion automatique. Les décisions précitées s'attachent davantage à la qualité d'intermédiaire, non productive par essence, qu'à la commercialité qui en découle. La complexité formelle des groupements agricoles incite à la prudence (cf. J. PREVAULT, note JCP 1980, II, 19271 ; adde note L. BOY, D. 1982, p.629.

(3) Il semble que c'est dans ce sens qu'il faille interpréter l'arrêt de la première Chambre civile du 19 mai 1987 (Bull. civ., I, n°153, p.119 ; D. 1987, IR, p.135 ; JCP1987, IV, p.25 ; RTD civ. 1988, p.151, obs. Ph. REMY).
Adde dans le même sens : Civ. 1e 8 décembre 1987, JCP 1988, IV, p.63 ; Bull. civ., I, n°327, p.235, S.A. Guyomarc'h. et même encore plus large : Civ. 1e 8 décembre 1987, Bull. civ., I, n°328, p.237, Société Moulin Saint-Jacques (la qualité de producteur agricole est reconnue à des éleveurs-commerçants au motif que leur «activité avait porté uniquement sur des produits agricoles et qu'ils n'avaient pas d'autre activité commerciale» : l'exigence d'un travail se surajoutant à l'achat pour revendre ne figure même plus) ; Civ. 1e 20 mars 1990, Rev. dr. rur. 1990, p.395 (formule de plus en plus générale : «nonobstant le caractère commercial de l'activité...»).

(4) Lyon 26 février 1975, D. 1976, p.113 note G. CHESNE et E.-N. MARTINE ; JCP1976, II, 18330 note J. PREVAULT cassé par Civ. 1e 3 novembre 1976, Bull. civ., I, n°324, p.260.

fermement refusé à ces groupements d'agriculteurs la qualité d'intégrateur, que la convention soit passée avec un de ses adhérents[1] ou avec une tierce personne[2]. La motivation de ces décisions a varié. Dans celle du 3 novembre 1976, la Cour affirme que «seule une entreprise ayant juridiquement la qualité de commerçant peut conclure un contrat d'intégration». Cette formule est manifestement contraire au texte dont le «ou» exclusif indique bien que la commercialité de l'intégrateur n'est pas indispensable. L'autre formule utilisée, selon laquelle les coopératives constituent une catégorie spéciale, distincte des sociétés civiles et commerciales et ne sont pas des entreprises industrielles ou commerciales, relève plus de l'affirmation que de la justification. L'exclusion n'est pas convaincante, car les coopératives, souvent en compétition avec des firmes commerciales, recourent parfois aux mêmes procédés que ces dernières.

En réalité, c'est la conception même de l'intégration agricole qui est en cause. La loi de 1964 en a posé une définition juridique, qui ne recouvre pas son sens économique(3). Ce dernier est sensiblement plus large : il n'exige pas de réciprocité des obligations et inclut les groupements d'agriculteurs dans la notion d'intégration. Pourtant l'interprétation téléologique du texte conduit à reconnaître que seule l'intégration capitaliste, jugée abusive, était visée, l'intégration coopérative étant mieux considérée, puisqu'elle doit en fin de compte profiter aux agriculteurs. Plus qu'une recherche étroite de la qualité des parties, les décisions de la Cour de cassation

---

(1) Civ. 1e 24 juin 1975, D. 1976, p.113 note G. CHESNE et E.-N. MARTINE ; Civ. 1e 27 avril 1978, JCP 1979, II, 19031 note J. PREVAULT ; Civ. 1e 4 avril 1979, Bull. civ., I, n°112, p.91 ; Rev. dr. rur. 1980, p.543 note L. LORVELLEC ; Civ. 1e 5 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980-1-pan 215 ; adde : TI Saint-Malo 29 avril 1986, D. 1986, IR, p.477, obs. E.-N. MARTINE (refus de qualification pour un achat passé entre un syndicat de producteur agricole et un de ses adhérents).

(2) Civ. 1e 3 novembre 1976, Bull. civ., I, n°324, p.260 (motifs) ; Civ. 1e 9 mai 1979, Bull. civ., I, n°139, p.112 ; Civ. 1e 5 janvier 1980, Gaz. Pal. 1980-1-pan 215 ; Civ. 1e 10 mars 1987, D. 1987, IR, p.65, rejetant le pourvoi formé contre Bordeaux 20 octobre 1983, Juris-Data n°42750.

(3) Par exemple : «une activité économique est dite intégrée lorsque l'ensemble des opérations qui s'y rapportent sont exécutées sous l'autorité d'un centre de décision unique» (Conseil Economique et Social , JO Avis et rapports du Conseil économique et social, 4 janvier 1962, p.14 ; adde B. PUILL, «Les contrats d'élevage», Thèse Rennes, 1971, p.50 et s. v. du même auteur, à la suite de l'arrêt du 14 décembre 1976, beaucoup plus nuancé, pour ne pas dire en sens contraire : «La complémentarité de l'analyse juridique et économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration», Rev. dr. rur. 1978, p.41, spéc. p.44-46 ; J. MEGRET, «Système contractuel et intégration en agriculture», D. 1965 chr., p.15 et s. ; G.-J. MARTIN, «Les contrats d'intégration en agriculture», RTD com. 1974, p. 1 et s., spéc. n°96 et s., n°98 ; L. LORVELLEC, J.-Cl. Rural, 1980, Agriculture de groupe, Fasc. 26, Contrats individuels d'intégration, n°29 et s. ; F. FLAMAND, «Les principes contractuels en agriculture (loi du 6 juillet 1964)», Thèse Paris 1968, p.169 et s., spéc. p.179-181.
Sur la subordination dans les contrats commerciaux d'approvisionnement : J. GHESTIN, «Le contrat», 1988, n°58-1 et s.

manifestent un attachement au lien global qui unit les contractants, tout en maintenant une définition juridique et non économique à cette subordination[1].

Pour clore cette discussion, la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980 a ajouté un article 18 bis à la loi de 1964, dont l'alinéa 6 dispose que «les relations entre les coopératives agricoles et leurs sociétaires ne sont pas régies par les dispositions» du titre V de ce texte, relatives au contrat d'intégration. La suite de cette disposition ajoute toutefois que «lorsqu'elles concluent des contrats d'intégration avec les agriculteurs qui ne sont pas leurs sociétaires, les coopératives agricoles sont tenues par toutes les obligations prévues» au titre V. La jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point est donc brisée[2], ce qui confirme a posteriori que la qualité de commerçant n'est pas de l'essence de l'intégrateur[3]. Seule une subordination développée au sein d'un groupement d'agriculteurs entre celui-ci et ses membres peut échapper au texte(4). En dehors de cette hypothèse, la qualité des parties, telle qu'elle est définie par l'article 17 de la loi du 6 juillet 1964 conserve toute son importance dans l'opération de qualification.

925.– Il n'est pas étonnant que le législateur puisse édicter une norme contractuelle dont la présupposition utilise la qualité d'une partie. Il est permis de se demander si cette opportunité est offerte aux tribunaux, interprétant la volonté des

---

(1)Cf. cep. la nuance, supra n°671 (note) et infra n°934.

(2)V. L. LORVELLEC, «Les contrats d'intégration», Rev. dr. rur. 1990, p.436 ; «Le remplacement de la protection en cas d'intégration», Rev. dr. rur. 1981, p.250, spéc. p.252.

(3)Contra : E.-N. MARTINE, obs. D. 1986, IR, p.477 et s.
V. Civ. 1e 16 avril 1991, Rev. dr. rur. 1991, p.349 (doit être cassé l'arrêt qui ne répond pas aux conclusions de l'agriculteur soutenant que son adhésion à la coopérative avait cessé).

(4)Cette exclusion ne doit pas permettre à une entreprise industrielle ou commerciale d'échapper à l'application de la loi du 6 juillet 1964. La Cour de cassation a récemment approuvé une Cour d'Appel d'avoir sanctionné une telle tentative (Civ. 1e 18 novembre 1986, Seetaa/Morin et autres, Gaz. Pal. 1987-1-p.307, note X. MASSART, A. GUILLOU, J. BREBION). Le montage était habile. Des éleveurs de pondeuses achetaient des aliments à une société qui leur en demandait le règlement. De ce point de vue l'accord n'était qu'une vente. Mais les éleveurs appartenaient à une coopérative qui s'était engagée auprès de la société à fournir la totalité de la production d'œufs de ses membres à celle-ci. La société acceptait de les acheter mais en contrepartie, les éleveurs devaient s'approvisionner exclusivement en aliments auprès d'elle. La société tentait d'échapper ainsi, de deux manières aux textes impératifs relatifs à l'intégration. D'une part l'obligation d'exclusivité ne figurait pas dans les contrats de vente conclus directement avec les éleveurs. D'autre part, cette clause était la conséquence de l'adhésion aux statuts de la coopérative ; or entre ce groupement et ces membres, l'existence d'un contrat d'intégration n'est pas possible. La Cour de cassation a à juste titre repoussé cette prétention et qualifie le contrat de convention d'intégration.
Comp. Civ. 1e 18 novembre 1986, Rambaud, Gaz. Pal. 1987-1-pan-p.2. La loi est appliquée à une société d'intérêt collectif agricole (SICA) constituée entre des éleveurs et un commerçant en aliments pour bétail qui avait passée des contrats d'engraissement avec les éleveurs.
L'entreprise industrielle ne peut donc échapper au statut de l'intégration agricole ni en interposant un groupement agricole entre lui et les éleveurs (1e espèce) , ni en s'introduisant dans ce groupement (2e espèce).

parties, par l'utilisation de la notion de contrat innommé. La réponse à cette question nécessite une distinction. Si des textes définissent un contrat en ne spécifiant rien sur la qualité des contractants, la consécration d'une convention innommée prenant en compte cet élément, qui aurait pour effet d'écarter globalement le régime prévu par la loi, est impossible. La solution est évidente si le régime est impératif, mais elle s'impose également pour un régime supplétif en l'absence de stipulation contraire sur ce point précis. En effet, les règles découlant de la qualification sont dans cette hypothèse censées concerner n'importe quel contractant et leur éviction pour une catégorie particulière d'entre eux n'est pas possible. Il est, dès lors, difficile d'adhérer à l'opinion de M. Tunc, selon lequel loin de postuler seulement pour le contrat de garde un statut particulier à l'intérieur de la catégorie juridique du dépôt, le caractère professionnel a pour effet de l'en exclure entièrement pour en faire un contrat innommé[1]. L'augmentation des diligences requises du dépositaire professionnel n'altère pas la nature de la convention[2], et la solution inverse qui semble s'être imposée pour le contrat de coffre-fort, s'explique en réalité par d'autres considérations[3].

En l'absence de textes (contrat innommé), la difficulté disparaît. Théoriquement, il semble que rien n'empêche les parties et les juges de construire une convention nouvelle pour un type de contractant précis (généralement un professionnel) et d'adapter le régime qui en découle à cette condition dès lors que la qualité d'une partie paraît effectivement être le plus souvent présupposée par les parties[4]. Le rattachement de la qualification de transport de personnes à un contractant professionnel constitue un premier exemple de cette idée[5]. Le contrat d'hôtellerie en fournit une seconde illustration[6]. Non réglementé, il est le plus souvent défini comme une convention

---

(1)A. TUNC, «Le contrat de garde», Thèse Paris 1941, n°89 et s., p.205 et s.

(2)Cf. en ce sens : G. MEAUX, «Le dépôt commercial de marchandises», Thèse Lille 1957, p.337 ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°91 et s. ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°637 (à propos de la transformation en obligation de résultat).

(3)Cf. en ce sens : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°93 ; cf. infra n°1560 et s.

(4)Le rôle des magistrats ne peut se limiter qu'à une adaptation du régime. Il paraît impossible de réserver la conclusion de certains contrats innommés à des parties aux qualités spécifiques, en l'interdisant aux autres. V. par exemple pour la garantie à première demande qui, malgré les risques de cette solution, peut être souscrite par un particulier dans l'ordre interne (Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, «Les sûretés», 1989, n°164 ; Ph. THERY, «Sûretés et publicité foncière», n°114 ; J.-P. CUBIZOLLES, «La garantie indépendante», Thèse Clermont I 1980, p.4 et p.15 ; pour des garants n'ayant pas la qualité d'établissement financier, Com. 20 février 1985, Bull. civ., IV, n°74, p.64 ; D. 1986, IR, p.153, obs. M. VASSEUR). Adde les auteurs qui proposent d'utiliser la garantie à première demande, dans le cadre des contrats de bail d'immeuble, cités infra n°991 (note).

(5)Cf. supra n°918. pour un raisonnement similaire :

(6)Il convient de remarquer que les deux illustrations évoquées «s'appuient» sur la présence d'une intervention législative dans un domaine voisin (cf. pour un procédé similaire supra n°900 (note).

passée par un professionnel de l'hébergement et son client. C'est ce que le Code civil a prévu pour le dépôt hôtelier. Mais, du fait du caractère accessoire de cette obligation, celle-ci paraît insuffisante pour influer à elle seule sur la qualité exigée pour la convention dans son ensemble[1]. En procédant ainsi, les juges ne consacrent d'ailleurs pas un, mais deux contrats innommés, aux obligations principales identiques ou voisines, mais se distinguant par leurs parties. Il est permis de se demander si ce raffinement dans l'analyse est bien utile car, en pratique, il ne peut produire que des effets limités sur le régime, les règles relatives à la responsabilité étant principalement visées. Un souci d'économie de moyens conduirait donc plutôt à maintenir une qualification commune, assortie d'un régime variable, solution qui est adoptée pour la pluralité de structures causales[2].

926.– Ce rapide inventaire des conventions dont la qualification utilise la qualité des parties montre que cette technique est surtout utilisée que par quelques contrats nommés (transport, entraide agricole et intégration) ou selon certains auteurs, innommés (ex : hôtellerie). Dans chaque cas, c'est le caractère professionnel du ou des contractants qui est utilisé. Or, ce critère pourrait s'appliquer à une multitude d'hypothèses pratiques. Il est difficile d'expliquer la relative modestie de ces résultats, qui provient peut être de la méconnaissance théorique de ce procédé, tant par la doctrine que par le législateur. Ce dernier, dans un souci toujours plus pointilliste, de cerner la réalité au plus près, semble préférer agir directement sur le régime de la convention, plutôt que sur le contrat dans son entier, méthode qui est incontestablement plus rapide.

---

(1)Cf. par ex : L. BIHL, «Droit des hôtels, restaurants et camping», Litec, p.63 («convention conclue entre un professionnel, l'hôtelier et un consommateur, le voyageur...») ; J.-P. COUTURIER, «Le contrat d'hôtellerie», Thèse Dijon, 1967, n°3, p.2, n°133, p.117, n°157, p.137, n°170, p.153 et n°174, p.156 : contrat «qui se forme entre le voyageur et l'hôtelier et par lequel ce dernier, dans l'exercice de son activité professionnelle...») ; J. MESTRE, Rép. civ., v° Hôtelier-logeur, 1981, n°11 ; M. BELLAMY, «Le contrat d'hôtellerie», Thèse Lyon 1960, n°5, p.8 et n°12, p.18 ; L. MORET, «Le contrat d'hôtellerie», RTD civ. 1973, p.665 ; SARRAUTE, «Rapports juridiques entre l'hôtelier et le voyageur moderne», Thèse Toulouse 1912, p.38).
En tout état de cause, les textes du Code civil sont insuffisants pour prétendre que le contrat d'hôtellerie suppose nécessairement un contractant porfessionnel. Cette analyse paraît justifiée statistiquement et économiquement. Elle n'est pourtant pas véritablement démontrée, et il n'est pas sûr que l'hébergement chez l'habitant, (par exemple randonneur pédestre chez un agriculteur) ne puisse être qualifié de contrat d'hôtellerie, même si les règles du dépôt hôtelier ne peuvent jouer. La discussion reste de toute manière très marginale.

(2)Cf. supra n°544.

CHAPITRE 2

LES CONDITIONS D'APPRECIATION DE LA QUALITE D'UNE DES PARTIES

927.– L'examen des conditions d'appréciation de la qualité d'une partie est intéressant à plus d'un titre. L'enjeu est important car les conventions principalement concernées, le contrat de transport , l'entraide et le contrat d'intégration, sont régies par des dispositions d'ordre public. Il importe de contrôler que le caractère exigé du contractant existe bien, pour éviter une éventuelle fraude à la loi. Surtout, la prise en compte d'un élément extérieur au contenu du contrat dans l'opération de qualification, présente des particularités techniques. En principe, le contractant exerce réellement l'activité requise, mais cette appréciation ne peut s'opérer complétement selon les règles dégagées précédemment pour la détermination de la structure interne du contrat (section 1). La rupture avec les procédés classiques est encore plus flagrante lorsque la qualification est adoptée malgré la conformité purement fictive de la qualité d'une partie avec celle exigée par la loi (section 2).

SECTION 1

L'APPRECIATION REELLE

928.- Lorsque la qualité d'une partie est un élément de qualification, le contractant doit normalement remplir effectivement cette condition. Il doit être véritablement transporteur professionnel, producteur agricole ou entreprise industrielle ou commerciale. Dès lors qu'il assume cette qualité, peu importe qu'il respecte ou non ses obligations professionnelles. Il serait inadmissible qu'un voiturier, par exemple, puisse échapper à la lourde responsabilité qu'il encourt parce que, par ailleurs, il enfreint les règles concernant la coordination des transports ou que son inscription est irrégulière. Le non-respect des règles régissant cette profession ne saurait être un moyen pour ces personnes d'écarter l'obligation de sécurité résultat que la jurisprudence fait peser sur eux. La solution est sûre et elle a déjà été dégagée en d'autres hypothèses : l'acheteur de marchandises vendues avec une clause de réserve de propriété ne peut contester la validité de la clause en arguant de sa non-inscription au bilan de l'entreprise (obligation qui lui incombe)[1].

La date d'appréciation de la qualité d'une partie obéit au régime général des qualifications contractuelles : c'est au moment de la conclusion du contrat qu'il convient de se placer pour vérifier que le contractant remplit effectivement la condition

---

[1] Rennes 10 février 1983, Radou-Rossignol., Rev. jurispr. com. 1983, p.306 note J. MESTRE ; D. 1984, IR, p.2, obs. F. DERRIDA («Considérant, à cet égard, que cette dernière ne peut se prévaloir de sa propre carence, dès lors que, sachant que la propriété ne lui était pas transférée par la remise de la chose et qu'elle contractait l'engagement de rendre ou représenter la marchandise le cas échéant, il lui appartenait de prendre ses dispositions pour être en mesure de respecter cette obligation»).
La solution est encore plus évidente lorsque la qualité d'une partie n'est pas érigée en condition de la qualification : un entreprise se livrant habituellement à des actes de crédit-bail, sans avoir satisfait aux conditions exigées (statut de banque ou d'établissement financier) n'échapperait pas au régime de la loi de 1966. En ce sens J.-Cl. Com. précité, n°22 in fine (solution identique pour les loueurs de voitures, les promoteurs, etc.).

exigée. Peu importe que postérieurement à la formation de la convention, le contractant change d'occupation, aucune permanence n'est exigée[1].

La situation est plus délicate lorsque le professionnel n'exerce pas exactement l'activité requise, que celle-ci soit seulement voisine de celle exigée ou qu'elle constitue l'accessoire d'une occupation principale complètement différente.

929.– La première difficulté se pose essentiellement en matière de contrat de transport. La décision du Tribunal de commerce de Paris du 9 mai 1981, déjà mentionnée[2] en fournit un exemple : elle suppose implicitement qu'un marinier, professionnel du transport fluvial, conserve cette qualité lorsqu'il procède au remorquage ou au poussage d'un bateau d'un collègue. L'analyse de ce jugement dépend de la notion de voiturier retenue.

930.– Selon une interprétation étroite de l'article 1782 du Code civil, c'est la compétence technique découlant de la pratique habituelle d'actes identiques qui caractérise ce professionnel du transport. «Homme de l'art», le voiturier a été formé et a organisé son activité pour exécuter de manière optimale les tâches qui lui sont confiées. De par sa spécialisation, il est le plus à même de connaître les précautions à prendre pour assurer un arrimage efficace, une conservation correcte ou pour opérer le déplacement en évitant tout incident (état du réseau routier, grèves, barrières de dégel, conditions météorologiques, zones de stationnement sûres, etc.). Cette définition du voiturier conduit à cantonner sa qualité de professionnel au mode de transport, voire au type de déplacement qu'il effectue régulièrement. La solution du Tribunal serait dès lors critiquable, le marinier ne pratiquant qu'occasionnellement le poussage.

---

(1)Cf. Civ. 1e 7 octobre 1981, JCP éd. N 1984, II, p.108 note J. PREVAULT. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait refusé la qualification de contrat d'intégration au motif que l'éleveur était également (et même principalement) négociant en bestiaux. Ce dernier soutenait dans son pourvoi qu'il n'était pas inscrit au registre du commerce et qu'il n'avait exercé l'activité de négociant que postérieurement à l'expiration du contrat litigieux. Si cette circonstance avait été exacte, elle aurait dû entraîner la cassation de l'arrêt d'appel : lors de la conclusion du contrat, seule la qualité d'éleveur pouvait être prise en compte. Mais en réalité, il semble que le moyen ait manqué en fait, puisque la Cour rejette le pourvoi au motif qu'il résulterait des faits de la cause que le demandeur «exerçait une activité commerciale dès avant son inscription au registre du commerce».
La solution est à rapprocher de celle adoptée pour l'application de l'ordonnance n°58-1374 du 30 décembre 1958 sur l'indexation des conventions. Le texte exige un lien entre l'indice retenu et «l'activité de l'une des parties». La Cour de cassation estime à juste titre que le lien s'apprécie au jour de la conclusion du contrat et qu'un changement ultérieur d'activité reste sans influence sur la validité de l'indice : Civ. 1e 18 juin 1980, Bull. civ., I., n°192, p.156 ; RTD civ. 1981, p.397, obs. F. CHABAS ; Civ. 1e 6 juin 1984, JCP 1984, II, 20471 ; Defrénois 1984, p.1163 ; Bull. civ., I, n°187, p.159.

(2)Bull. transp. 1981, p.435. Rappr. Versailles 12 janvier 1989, D. 1989, IR, p.72.

931.– L'opinion inverse paraît pourtant plus justifiée. Même en adoptant une conception restrictive, force est de constater que n'importe quel voiturier est confronté un jour ou l'autre à une panne de son véhicule ou de celui d'un de ses collègues. Les opérations de remorquage imposées par ce genre d'incident relèvent donc normalement de sa compétence. Mais surtout, c'est cette interprétation rigoureuse de l'article 1782 qui doit être remise en cause. Sur le plan théorique, la compétence technique n'est pas le seul élément à devoir être pris en compte[1]. L'évolution du droit positif fait apparaître que le professionnel se caractérise également par une centralisation des risques. Parmi la multiplicité de conventions qu'il conclut pour l'exercice de son activité, un certain nombre seulement suscitent un litige. La position centrale du professionnel lui permet facilement d'en assumer la charge, en recourant notamment à la technique de l'assurance. L'avarie causée à un mobilier faisant l'objet d'un déménagement est une catastrophe pour le client, mais un simple risque du métier pour le transporteur. Les solutions jurisprudentielles retenues lors d'une action en garantie des vices cachés intentée contre un vendeur professionnel illustrent bien ce glissement de la compétence purement technique à la centralisation des risques. Le vendeur professionnel est traditionnellement assimilé à celui qui connaît les vices du produit vendu, ce qui accroît le préjudice indispensable et invalide toute clause exonératoire (1643 et 1645 Code civil). Or, il n'est plus possible d'expliquer cet état au droit en estimant que les connaissances techniques du cédant présument son défaut d'ignorance. D'une part, les tribunaux appliquent la règle à des vices indécelables ou à des insuffisances inconnues de produits nouvellement commercialisés[2]. D'autre part, certaines décisions qualifient de vendeur professionnel de contractants qui n'ont aucune compétence particulière, mais qui concluent des contrats de vente à titre habituel[3]. De surcroît, cette extension de la notion de professionnel correspond mieux à la pratique. certaines entreprise de transport sont étroitement spécialisées : pour elles, le problème ne peut même pas se poser. Elles ne concluent que des conventions

---

(1)Comp. pour l'appréciation du professionnel dans l'application de l'article 35 de la loi SCRIVENER : J. CALAIS-AULOY, «Droit de la consommation», 1986, n°1 et n°121 ; Lamy Droit économique 1992, n°6857 et s. ; J. GHESTIN, «Le contrat», LGDJ 1988, n°56 et s. La condition de professionnel est remplacée par une simple condition d'habitude dans les textes relatifs au crédit à la consommation (loi du 10 janvier 1978) ou au crédit immobilier (loi du 13 juillet 1979).

(2)Com. 1 juillet 1969, Bull. civ., IV, n°255, p.243 (fromage contenant des bactéries).

(3)Cf. en particulier pour un marchand de biens, Civ. 3e 3 janvier 1984, Bull. civ., III, n°4, p.3.
Sur tous ces points : J. GHESTIN, «Conformité et garanties dans la vente» (produits mobiliers), LGDJ 1982, n° 243 et s. ; Ph. MALAURIE, Rép. civ., v° Vente (obligations du vendeur), 1976, n°536 et s. ; MAZEAUD, T.3., Vol. 2., n°988 et lectures p.325 et s. ; J. HUET, J.-Cl. Civ., art. 1641-1649, Fasc. 3, n°194 et s. et Fasc. 4, n°24-25.

entrant dans le champ de leur compétence effective. Beaucoup d'autres au contraire sont polyvalentes. Le client qui s'adresse à elles est en droit de considérer, que ces voituriers sont des professionnels, quelle que soit la spécificité du déplacement demandé. Il faut noter que son recours à la qualification de commission de transport, le débiteur de l'obligation de déplacement, qui ne possède pas le véhicule approprié, peut se substituer un collègue : il est bien évident que l'existence de ce sous-contrat ne remet en cause ni la nature professionnelle du contractant intermédiaire, ni la qualification de transport de la convention de base.

932.– Les particularités techniques de la qualification par la qualité d'une partie s'accusent bien davantage lorsque le contractant n'exerce l'activité exigée qu'à titre secondaire.

Tout d'abord, les règles dégagées pour la détermination de l'obligation principale d'un contractant ne sont pas adaptées à la hiérarchisation de ses occupations professionnelles. Il faut rappeler que parmi les diverses obligations susceptibles d'être souscrites par un débiteur contractuel, la prestation essentielle est celle dont l'exécution a été principalement envisagée par le créancier et qui a causé son engagement[1]. Dans une leçon de pilotage d'avion, par exemple, l'élève recherche avant tout un enseignement plus qu'un déplacement. La qualification de transport est donc exclue alors que, le coût de fonctionnement de l'aéronef est certainement bien supérieur à celui de la leçon. Tout change lorsqu'il s'agit de fixer l'activité principale d'une partie. A la différence des prestations nées du contrat, la qualité d'une partie n'est pas créée par l'accord de volontés ; elle lui préexiste[2]. Lorsqu'elle est prise en compte, elle est déjà affectée de son caractère principal ou accessoire. Un négociant-éleveur n'est pas principalement commerçant quand il vend des bêtes et principalement agriculteur lorsqu'il les élève. Antérieure à la formation de la convention, extérieure à son contenu, les activités d'un contractant sont hiérarchisées d'après d'autres critères (temps de travail, chiffre d'affaire, bénéfice, etc.) dont l'étude ne relève pas de la technique des qualifications contractuelles. Il est intéressant de remarquer, toutefois, que l'analyse portera plus sur les conditions de la pratique de plusieurs activités par le professionnel, que sur la représentation que s'en fait son vis-à-vis. Pour ce dernier, il importe que son cocontractant remplisse la condition exigée, que son occupation soit l'essentiel de son activité ou pas.

---

(1)Cf. supra n°358 et s.

(2)Ce particularisme montre bien l'inadaptation du concept de cause catégorique.

A supposer que l'activité conditionnant la qualification soit une occupation accessoire, il reste à apprécier l'influence de ce caractère sur la nature de la convention(1). Il paraît impossible a priori de généraliser. Tout dépend de la justification de la prise en compte de la qualité d'une partie.

933.- Il n'est pas indispensable qu'un voiturier exerce son activité à titre principal. L'essentiel est que celle-ci, même accessoire, reste professionnelle. Dès lors que le transporteur accomplit régulièrement des actes de déplacement pour subvenir même partiellement à ses besoins, qu'il conclut habituellement des contrats de transport, il est un voiturier au sens de l'article 1782. La finalité de l'exigence d'un contractant spécialisé -le durcissement du régime-, ne s'oppose pas à cette analyse, que la jurisprudence a souvent admise. Ainsi, la Cour de cassation a qualifié de transport une convention passée par un agriculteur qui, après avoir mis en rapport des éleveurs et un négociant avec lequel il était lié par un contrat de courtage, se chargeait de transporter de chaque ferme à la gare les bêtes éventuellement achetées par le commerçant[2]. Dans cette affaire, l'activité de déplacement était pourtant loin d'être exclusive. De même, le vendeur départ qui accomplit lui-même le déplacement des marchandises vendues est considéré comme un transporteur[3].

934.- Ecartée dans le contrat de transport, le caractère principal de l'activité semble en revanche être exigé par la Cour de cassation dans le cadre des conventions d'intégration agricole[4]. Les négociants en bestiaux, qui sont des intermédiaires ne sont pas des «producteurs agricoles»(5). Mais la question s'est posée pour un éleveur qui avait adjoint cette activité à sa production agricole, laquelle avait d'ailleurs fini par devenir secondaire. Confirmant l'arrêt d'appel, la première Chambre civile a estimé le 7 octobre 1981[6] «qu'ayant souverainement apprécié que Monsieur G. était un

---

(1)Si l'activité est principale, aucun problème ne se pose. Si elle est accessoire, mais que les parties la considèrent contractuellement comme principale (sous réserve que cette stipulation soit licite dans une convention au régime impératif), il est plus exact de parler de qualité «fictive» (cf. infra 936).

(2)Com. 5 janvier 1980, Bull. civ., IV, n°12.
Adde : Pau 20 avril 1822, Jurispr. Gén., v° Compétence commerciale, n°74.
Contra : Amiens 22 décembre 1976, Ridoux/Leclerc inédit, cité in Lamy Transport, 1992, T.1, n°3, mais la contradiction n'est qu'apparente, car il s'agissait semble-t-il en l'espèce d'un déplacement isolé.

(3)Très net : TGI Strasbourg 12 octobre 1977, Bull. transp. 1978, p.562 ; plus ambigu (arrêt de rejet) : Com. 3 avril 1968, Bull. transp. 1968, p.215 et chronique BRUNAT, Bull. transp. 1968, p.210 et s.

(4)V. aussi, dans le même sens, pour l'entraide agricole : M. ORLIAC, chr. précitée, n°11.

(5)Jurisprudence constante : Civ. 1e 14 mars 1979, JCP 1980, II, 19271 note J. PREVAULT ; Civ. 1e 14 novembre 1979, D. 1980, IR, p.269 ; Civ. 1e 1 octobre 1980, D. 1981, IR, p.108.

(6)JCP éd. N 1984, II, p.108, note critique J. PREVAULT.

négociant en bestiaux se livrant à l'élevage» la Cour d'Appel «en a déduit à bon droit qu'il n'était pas un producteur agricole au sens de la loi du 6 juillet 1964». La portée de cette affirmation est délicate à préciser, puisqu'il s'agit d'un arrêt de rejet. En scrutant les motifs, il semble cependant que l'appréciation souveraine se rapporte uniquement à l'analyse des faits. La Cour de cassation, en employant l'expression importante «à bon droit», paraît faire sienne la conséquence juridique qui a été tirée de ces faits par la juridiction du second degré[1]. Pour autant qu'il soit possible d'en juger, la motivation profonde de cette solution réside dans le but recherché par le législateur en instituant les contrats d'intégration. Celui-ci veut protéger les producteurs agricoles de la domination excessive que font peser sur eux certaines entreprises industrielles ou commerciales. Obligés de s'endetter pour se moderniser, les agriculteurs sont «aidés» par leurs fournisseurs qui profitent de cette occasion pour leur imposer des conditions draconiennes. A travers l'exigence de la qualité de producteur agricole, apparaît celle d'une dépendance économique. Or, les éleveurs à temps partiel, qui tirent la plus grande partie de leur revenu du négoce qu'ils pratiquent ne sont pas dans cette situation. Leur qualité accessoire de producteur agricole ne peut suffire à qualifier la convention conclue avec un fournisseur de contrat d'intégration. Si la dépendance économique n'est pas directement posée en critère, elle exerce une influence médiate sur les conditions d'appréciation de la qualité de producteur agricole[2].

L'extériorité de la qualité d'un contractant par rapport au contenu du contrat, la parfaite adaptation de cette technique de qualification aux régimes impératifs réduisent singulièrement la toute puissance classique de la volonté des parties. La rupture avec les procédés traditionnels de qualification est consommée lorsque la qualité du contractant n'est plus que «fictive».

---

(1) Sur l'interprétation des arrêts de rejet : J. BORE, Rép. Proc. Civ., v° Pourvoi en cassation, 1980, n°3498 et s. spéc. n°3503.

(2) Cf. supra n°924.

SECTION 2

LA QUALITE «FICTIVE»

935.– La qualité exigée d'un contractant demeure extérieure au contenu du contrat. En particulier, elle préexiste à l'accord de volontés. Cette antériorité permet des manipulations juridiques, difficilement réalisables pour la détermination des obligations ou de l'objet de la prestation.

Les contractants peuvent tout d'abord convenir que la qualité exigée par le texte est fictivement remplie. L'autonomie de la volonté conduit à admettre qu'un transporteur occasionnel, par exemple, peut d'un commun accord, être considéré comme professionnel[1]. La qualification de transport se substituera à celle, plus naturelle, d'entreprise. L'opération inverse est impossible, car la qualité d'une partie génère le plus souvent un régime impératif. Elle signifierait qu'un contractant essaie d'échapper à des dispositions d'ordre public. Les juges auraient donc toute la liberté pour restituer à la convention sa véritable qualification[2].

936.– Rien n'empêche, ensuite, le législateur de présumer que telle ou telle catégorie de personne remplit toujours la condition exigée pour la qualification d'un contrat. Les commerçants, inscrits au registre du Commerce et des sociétés pourraient, par exemple, être systématiquement qualifiés de voiturier, quelle que soit leur activité, lorsqu'ils prennent en charge un déplacement à titre onéreux. L'originalité des conditions d'appréciations de la qualité d'une partie par rapport à celles des obligations découlant de l'accord de volonté est flagrante. S'il est possible de tirer d'un fait connu (la qualité de commerçant), un fait inconnu (celle de voiturier) pour retenir la qualification de contrat de transport, il est plus difficilement concevable de déterminer

---

(1)Rappr. Th. IVAINER, chr. précitée, n°28 et 38.

(2)Une entreprise industrielle qui se dissimulerait derrière un contractant ne remplissant pas les conditions exigées pour être intégrateur, n'échapperait pas à la loi du 6 juillet 1964. La Cour de cassation l'a expressément indiqué pour un syndicat de producteur agricoles, dont la nature fictive, si elle avait été établie, aurait permis la qualification d'intégration. (Civ. 1e 4 avril 1979, Bull. civ., I, n°112, p.91.)

les obligations assumées par les parties de leur qualité ou de toute autre circonstance. Un transporteur ne conclut pas seulement des contrats de transport : il est indispensable d'examiner le contenu de la convention. Toute règle souffre des exceptions et il faut citer ici une curiosité juridique : l'article 34 bis de la loi du 1 septembre 1948 dans sa rédaction antérieure au décret du 10 septembre 1959. Ce texte prévoit que «pour l'application des dispositions spéciales fixant le loyer des sous-locations portant sur des pièces isolées..., sont sauf preuve contraire présumées sous-locataires les personnes vivant de façon continue au foyer du locataire ou de l'occupant, dès lors qu'elles ne présentent avec ce dernier aucun lien de parenté ou d'alliance au sens de la loi ou qu'elles ne sont ni à sa charge, ni à son service»(1). Limitée à un point précis du régime juridique des baux à loyers, cette disposition particulièrement extraordinaire présume à partir d'une qualité d'une personne et de l'existence d'une vie commune avec le locataire principal, à la fois l'existence et le contenu du contrat ! Le caractère exorbitant de ce texte confirme, s'il en était besoin, la différence de nature qui oppose critères internes et critères externes.

937.– Dans les deux hypothèses précédentes, la condition tenant à la qualité d'un contractant est réputée réalisée par la volonté des parties ou du législateur. La situation est plus délicate quand un contractant dissimule sa véritable nature à son partenaire. Là encore une distinction s'impose. Cette opération de qualification entraîne le plus souvent l'application d'un régime impératif. Il est donc interdit à une partie qui possède la qualité exigée par le texte, de prétendre échapper à des règles d'ordre public, au seul motif que son vis-à-vis a ignoré cet élément lors de la conclusion du contrat. Les choses se compliquent lorsqu'un contractant a revêtu lors de l'échange des consentements une qualité qu'en réalité il ne possédait pas. La Cour d'appel de

---

(1) Soc. 26 mars 1963, Bull. civ., IV, n°303. La Cour casse un arrêt d'appel qui a refusé d'accepter la preuve contraire en cas de concubinage notoire !
La convention de Varsovie en matière de transport aérien fournit un autre exemple de ce procédé. Ce texte s'applique normalement aux contrats de transports, c'est-à-dire à des déplacements à titre onéreux. Son domaine est cependant expressément étendu aux «transports gratuits effectués par une entreprise de transports aériens». La qualité de professionnel du contractant fait douter de son désintéressement. La gratuité est écartée, ce qui du point de vue théorique conduit à admettre que la qualité d'une partie fait présumer la cause de son engagement (cf. RODIERE, «Droit des Transports», 1e édit., 1955, deuxième partie, n°388, p.54 ; 2e édit., 1977, n°263, p.306).
La loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980 a ajouté un article 17-I bis à la loi du 6 juillet 1964 qui répute irréfragablement contrats d'intégrations certains accords passés entre des éleveurs et des producteurs. Au vu de ce texte, il apparaît que la présomption ne porte pas sur la personne des contractants (éleveurs en particulier). Cette disposition a pour but d'imposer la qualification des contrats d'intégration à des conventions qui ne comportent pas forcément «d'obligation réciproque de fourniture de produits ou de services» et qui avaient suscité un abondant contentieux (en ce sens : J. PREVAULT, note sous Riom 19 octobre 1979, JCP éd. N 1983, II, p.100 ; cf. infra n°1264 (note)).

Paris a eu l'occasion de connaître d'une affaire soulevant ce genre de difficultés[1]. Un particulier, se fiant à une publicité pour le remorquage et le transport sur route de bateaux et caravanes effectuée par un dénommé Laugère, confie à ce dernier le déplacement de son bateau des Andelys au Lavandou. A la suite d'un accident ayant causé des avaries, le propriétaire-expéditeur engage une action contre le voiturier. Celui-ci renie alors son engagement en prétendant avoir agi pour le compte d'une société dont l'objet social était tout autre (vente de disques et de billets de spectacles !). Ne se considérant pas comme commerçant et n'étant pas inscrit au registre du commerce[2] il excipe de l'incompétence du Tribunal de commerce. La Cour de Paris, après avoir écarté la qualification de mandat puisqu'aux termes de la publicité, seul le dénommé Laugère apparaissait comme engagé aux yeux du clients, adopte celle de contrat de transport, bien que le transporteur n'ait pas la qualité de professionnel. En l'absence d'un des cas d'exonération prévus par la loi, elle condamne par conséquent le voiturier à indemniser intégralement le propriétaire du bateau. L'affaire est particulière, elle respire la fraude et constitue certainement un cas d'espèce. Elle est intéressante cependant, car la recherche d'une explication juridique à la solution donnée par la Cour montre bien la spécificité de la qualification découlant de la qualité d'une partie. L'expéditeur, en concluant cette convention, a certainement commis une erreur sur la qualité de la personne avec qui il contractait (art. 1110 al. 2 Code civil). Encore faudrait-il que celle-ci soit déterminante, condition difficile à remplir dans une convention à titre onéreux. De plus, la nullité encourue étant relative, l'action sera fermée ou soi-disant voiturier accidentel, qui était le seul à avoir soulevé cette contestation. Enfin une difficulté surgit dans les conséquences de cette action : à supposer l'erreur déterminante, elle doit entraîner la nullité du contrat, ce qui n'est pas la solution retenue par la Cour de Paris. Il n'est pas certain qu'une disqualification par réduction puisse ici être admise : envisageable lorsque la nullité n'entache qu'une partie d'un acte, cette technique paraît inadéquate quand l'élément remis en cause colore l'ensemble des obligations souscrites[3].

938.– Il semble plus judicieux de s'intéresser à la croyance de la personne trompée pour vérifier si un tel cas de figure ne peut relever de la théorie de l'apparence

---

(1) Paris 20 février 1979, Bull. transp. 1979, p.198.

(2) Rappelons que l'inexécution des obligations professionnelles d'un contractant est sans influence sur la qualification.

(3) Cf. supra n°86.

avec laquelle il présente d'incontestables similitude[1]. En effet, une situation apparente (la qualité de voiturier) s'oppose à la situation réelle (le prestataire n'est pas un professionnel du déplacement). L'effet juridique correct devant normalement découler de la nature effective du contractant (qualification de contrat d'entreprise) est écartée au profit d'une conséquence déduite de l'apparence (qualification de transport). Cependant, la théorie de l'apparence ne joue généralement pas de cette manière et deux objections peuvent être formulées. D'une part, l'apparence suppose normalement un titulaire apparent et un titulaire réel (propriétaire apparent et réel, mandataire apparent et soi-disant mandant, etc.)[2]. Le conflit se développe entre trois personnes. Le titulaire réel se trouve engagé par l'acte passé par le titulaire apparent vis-à-vis des tiers de bonne foi, sans préjudice d'un règlement des comptes entre les deux premiers cités. Cette situation ne se retrouve pas en l'espèce, puisque titulaire apparent et réel n'en font qu'un : le contractant n'a fait que jouer sur ses qualités potentielles. Il est de plus difficile d'admettre que l'autre partie constitue un véritable tiers. D'autre part, l'effet essentiel de la théorie de l'apparence est de consolider un acte qui, sans cela, serait irrémédiablement nul[3]. Dans notre matière, au contraire, l'objectif recherché est la transformation de la nature d'une convention et non son invalidation.

939.– Ces divergences ne paraissent pas irréductibles. Si la doctrine n'aborde pas cette question directement[4], elle affirme cependant qu'«il n'y a sans doute aucun [domaine] dont [la théorie de l'apparence] soit d'emblée exclue»[5]. Les définitions qui en sont données, n'excluent pas a priori notre hypothèse : «croyance commune ou au moins légitime à la révélation par la situation de fait visible, d'une situation de droit en

---

(1) Il ne s'agit pas ici d'une situation de fait apparente à laquelle la loi attache des conséquences directes : vice apparent interdisant une action en garantie, possession, effet de commerce (cf. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, «Introduction générale», 3e édit., n°772 et s.) C'est la qualité réelle de professionnel qui doit normalement être prise en compte (cf. supra n°928).

(2) J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°780 ; F. DERRIDA et J. MESTRE, Rép. civ., v° Apparence, n°1.

(3) J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°798 et s. ; F. DERRIDA et J. MESTRE, Rép. précité, n°116.

(4) J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit. ; F. DERRIDA et J. MESTRE, Rép. précité ; RENAULT, «Des actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit», Thèse Bordeaux, 1917 ; JONESCO, «Les effets juridiques de l'apparence en droit privé», Thèse Strasbourg, 1927 ; J. CALAIS-AULOY, «Essai sur la notion d'apparence en droit commercial», Thèse Montpellier, 1959 ; J.-P. ARRIGHI, «Apparence et réalité en droit privé», Thèse Nice 1974.
Ce problème n'est pas abordé non plus, malgré le titre évocateur dans : LAURENT, «L'apparence dans le problèmes des qualifications juridiques», Thèse Caen, 1931.

(5) J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n°787 et s., spéc. n°792 in fine ; rappr. Th. IVAINER, chr. précitée, n°28 et n°38.

réalité inexacte»[1] ou «personne [qui] passe souvent aux yeux de tous pour être titulaire, d'un droit, d'un état...»[2].

La dualité de titulaire, apparent et réel, si elle est fréquente, n'est pas de l'essence de l'apparence. Dans certains cas, la jurisprudence a admis le jeu de cette théorie pour engager directement la personne qui avait créé l'apparence trompeuse[3]. Elle a validé des assignations faites devant le tribunal du domicile apparent d'un défenseur, malgré la nullité qui les entachait[4], elle admet l'engagement d'un incapable ayant dissimulé sa véritable qualité[5] ; elle reconnait la compétence du Tribunal de commerce pour les litiges mettant en cause un commerçant apparent[6]. A chaque fois, c'est le créateur de l'apparence qui en subit les conséquences. Cette solution est amplement justifiée. Si la théorie permet d'engager un titulaire réel, étranger à l'acte juridique qui a déclenché son application, il paraît logique, qu'a fortiori, l'apparence puisse lier la personne qui est à l'origine de la tromperie, lorsque la dualité n'existe pas. Ce raisonnement ne rapproche pas l'apparence de la responsabilité : ce n'est pas la faute du contractant dont une qualité était exigée qui compte, c'est la croyance erronée de son partenaire[7].

940.– En définitive, la seule véritable originalité réside dans la sanction de la situation apparente. Même pour la validation de l'acte passé par un incapable ou de l'assignation devant un Tribunal incompétent, l'effet reste classique : il s'agit de consolider un acte nul. Mais une foi de plus, qui peut le plus, peut le moins. Il serait anormal que l'apparence sauve du néant une convention et reste impuissante à modifier sa nature. Il faut ajouter que cette transformation n'est pas radicale, puisque la qualité des parties opère le plus souvent une catégorisation par durcissement du régime. La nature généralement impérative de ce dernier justifie d'autant plus la sanction de l'apparence trompeuse[8].

---

(1)J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., n° 786.

(2)F. DERRIDA et J. MESTRE, Rép. précité, n°1.

(3)Cf. J.-P. ARRIGUI, Thèse précitée, n°199 et s., p.499 et s.

(4)Req. 4 août 1896, DP 1987-1-p.605 ; Req. 15 mars 1909, DP 1909-1-p.395 ; 26 avril 1921, S. 1921-1-p.313 2e espèce, note ESMEIN ; 5 mai 1925, S. 1925-1-p.316 ; Soc. 23 octobre 1947, D. 1948, p.43 ; 24 mars 1949, D. 1949, p.303 ; JCP 1949, II, 4957, note G. B.

(5)Req. 21 mars 1899, DP 1899-1-p.192 ; S. 1899-1-p.25 note WAHL ; 8 novembre 1905, S. 1907-1-p.145, note HEMARD.

(6)Rouen 16 janvier 1959, D. 1960, p.177, note J. CALAIS-AULOY. L'annotateur particulièrement autorisé, tout en proposant une autre explication de la décision, ne renie pas celle proposée par la Cour.

(7)J.-Cl. SOURIOUX, «La croyance légitime», JCP1982, I, 3058.

(8)En matière d'intégration agricole, l'arrêt du 3 novembre 1976 (Bull. civ., I, n°324, p.260) semble contredire ce jeu de l'apparence. La Cour affirme en effet que la circonstance que «S. ne se soit pas prévalu de sa qualité de sociétaire n'était pas de nature à changer le caractère de ses relations avec la

Conclusion du sous-titre 2

941.– A partir des développements qui précèdent, il est facile de constater que le contractant abstrait imaginé par les rédacteurs du Code civil s'éloigne chaque jour davantage. La prise en compte d'une qualité des parties dans les critères de qualification d'un contrat n'est pas un procédé récent puisque le Code y a recours à plusieurs reprises, mais son développement semble être resté longtemps en sommeil. La professionnalisation du Droit lui a redonné une nouvelle vigueur. Les qualifications nommées récentes l'utilisent désormais plus volontiers. Comme de surcroît cette technique de qualification n'est pas réservée au seul secteur professionnel, son avenir paraît assuré...

La qualification d'un contrat en fonction de son insertion dans un groupe de conventions suscite plus de difficultés et les incertitudes qui affectent cette notion semblent une entrave à l'épanouissement d'une telle technique de qualification.

---

coopérative». Mais, il faut indiquer, qu'à cette époque, la Cour de Cassation excluait du domaine de la loi de 6 juillet 1964, les relations des coopératives avec toute personne, adhérente ou non. La constatation de fait exposée était donc sans influence sur la qualification. Qu'en est-il depuis la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980 qui a confirmé cette jurisprudence pour les seuls membres de la coopérative ? A notre avis, le problème ne peut se poser : il est impensable qu'une coopérative puisse ignorer les membres qui la composent. La qualité d'adhérent sera donc toujours connue et la théorie de l'apparence n'aura pas à jouer.

SOUS-TITRE 3

STRUCTURE EXTERNE ET THEORIE DE LA CAUSE : L'EXEMPLE DES GROUPES DE CONTRATS

942.– Outre l'objet de la prestation et la qualité des parties, l'intégration d'éléments externes se réalise aussi par le biais de la cause : les contractants, en s'obligeant, peuvent poursuivre certains buts particuliers, que la considération des obligations stipulées dans le contrat n'épuise pas. Les hypothèses de droit positif sont fort variables et quelques exemples en sont déjà connus : dans la transaction, chaque contractant renonce à tout ou partie de son droit, afin d'éteindre un litige[1] ; quant au sponsor, il promet son aide financière pour que le sportif exécute les obligations qu'il a souscrites (participer à la compétition, porter les couleurs de son parrain, etc.), mais cette cause immédiate est complétée par le but médiat d'augmenter son audience ou d'améliorer son image[(2)]. Une dernière convention mérite d'être citée : l'assistance maritime, telle qu'elle est réglementée par la loi du 7 juillet 1967[3]. Un navire en panne

---

[(1)]Cf. supra n°61 (note).

[(2)]Dans le contrat de révélation de succession, l'existence d'un secret paraît plus caractériser la succession divulguée, donc se rattacher à l'objet de la prestation, que constituer un but médiat de l'héritier présumé (contra, semble-t-il : D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°123, p.134, texte (pour le but) et note 2 (pour l'objet)).

[(3)]Ce texte reprend à peu de choses près les solutions posées par la loi du 29 avril 1916. V. notamment, parmi une bibliographie très nombreuse : RODIERE, «Traité général de Droit maritime», Evénements de mer, n°148 et s. ; J.-Y. BESSON, «Le remorquage en droit maritime», Thèse Rennes 1960, p.57 et s. ; N. REUTER, «La notion d'assistance en mer», Thèse Paris 2 1973, publiée dans la collection de Droit maritime et des transports, 1975, T.XI, préface RODIERE ; M. BOUAYAD, «L'assistance maritime en droit français et marocain», Thèse 3e cycle Nantes 1987 ; L. MAZEAUD, «Le contrat de remorquage», Ann. dr. comm. 1928, p.7-8 ; F. TERRE, «Le remorquage fluvial», Etudes de droit fluvial 1957, p.247 et s., spéc. n°16 et s. ; R. BOUT, «La convention dite d'assistance», Mélanges KAYSER, 1979, T.1, p.157 et s.

peut faire l'objet d'un contrat de remorquage[1], mais aussi d'un contrat[(2)] d'assistance[3]. Matériellement les deux qualifications se rapportent à des prestations de services et de déplacement de nature voisine. Comment, dès lors, les distinguer ? Le critère majeur, même s'il n'est pas le seul[4], est constitué par la présence d'un danger pour le bâtiment assisté[5] : celui-ci conclut le contrat, et donc s'expose à verser une

---

(1)Cf. supra n°215 et s.

(2)La nature contractuelle de l'assistance maritime est discutée. Certains auteurs la contestent (RODIERE, op. cit., n°205 et s., adde n°171 ; R. BOUT, art. précité, n°28 ; M. BOUAYAD, Thèse précitée, p.155 et s.). Il semble pourtant que cette analyse corresponde à la grande majorité des cas (en ce sens, N. REUTER, op. cit., n°231). Elle est admise en jurisprudence et la loi de 1967 y fait allusion à diverses reprises (articles 14 et 15). Certes, il est facile d'objecter qu'il s'agit d'une convention bien fragile, puisque la rémunération de l'assistant doit être équitable, le juge ayant à cet égard un pouvoir impératif de contrôle et de modification. Mais cet argument peut être retourné : le pouvoir accordé au juge par le législateur a justement pour but de maîtriser les excès de l'autonomie de la volonté. Une telle intervention présuppose une nature contractuelle (rappr. M. BOUAYAD, Thèse précitée, p.165 et s.). Celle-ci vient d'ailleurs de recevoir un argument supplémentaire : une loi du 22 décembre 1984 (84-1173) autorise l'assistant à insérer des clauses limitatives de responsabilité, même pour les dommages corporels ou matériels en relation directe avec son intervention (rappr. M. BOUAYAD, Thèse précitée, p.257 et s., en matière de pollution par hydrocarbures). Or, l'existence de clauses limitatives est un trait caractéristique de la présence d'un contrat. Il n'en reste pas moins que certaines hypothèses marginales ne peuvent relever d'une analyse contractuelle : assistance d'un navire ou engin flottant abandonné, assistance contre la volonté déraisonnable de l'assisté qui la refuse (article 11 de la loi de 1967 ; à ces deux cas, le Doyen RODIERE (n° 205) ajoute l'abordage, où l'assistance est obligatoire, mais le recours au contrat forcé serait aussi envisageable). Pour RODIERE, il en résulte nécessairement que l'explication contractuelle doit être abandonnée : l'éminent auteur conteste qu'on puisse proposer deux fondements «là où la loi ramène tout aux mêmes effets» (n°206). Un tel raisonnement ne paraît nullement s'imposer : il est tout aussi concevable d'affirmer que la conséquence principale de l'intervention du législateur a été de rapprocher les régimes des opérations contractuelles et quasi-contractuelles d'assistance, en encadrant la fixation de la rémunération dans les premières et en posant le principe d'une obligation de rémunérer pour les secondes (cf. RODIERE, op. cit., n°208). Mais les régimes ne pourront être strictement identiques (cf. art. 21 bis de la loi du 7 juillet 1967, modifié par la loi du 22 décembre 1984, sur les clauses limitant la responsabilité de l'assistant ; adde N. REUTER, op. cit., n°231 et s.). Une explication dualiste semble en définitive la mieux adaptée (cf. les auteurs cités par RODIERE, op. cit., n°206).

(3)Plus précisément, l'opération d'assistance doit se réaliser entre deux bâtiments, dont un est nécessairement un navire (ou un engin assimilé) (cf. RODIERE, op. cit., n°156, 159 et 160 ; N. REUTER, op. cit., n°66).

(4)La qualification d'assistance maritime suppose en effet : la présence d'un navire (ou engin assimilé) au moins en tant qu'assistant ou assisté ; l'existence d'une relation entre bâtiments, ce qui exclut de l'assistance l'intervention des pilotes (RODIERE, op. cit., n°159 et n°168 ; N. REUTER, op. cit., n°183 et s. ; contra : B. GONTIER, «Le pilotage maritime», Thèse Rennes 1965, p.173 et s.), les conseils purement intellectuels (RODIERE, op. cit., n°159 ; comp. N. REUTER, op. cit., n°167) et les aides venant de terre (RODIERE, op. cit., n°159). Pour certains, la réussite de l'opération doit être aléatoire (N. REUTER, op. cit., n°223 et s. ; M. BOUAYAD, Thèse précitée, p.129 et p.135 et s.), mais pour d'autres, cette condition n'est pas distincte du danger (RODIERE, op. cit., n°164 ; J.-Y. BESSON, Thèse précitée, p.61 ; rappr. Com. 23 avril 1969, cité infra).

(5)Cf. art. 9 de la loi du 7 juillet 1967 : «l'assistance des navires de mer en danger» ; RODIERE, op. cit., n°162 et s. ; N. REUTER, op. cit., n°133 et s., qui rappelle (n°135) que le danger était déjà le critère de l'assistance avant la loi de 1916 ; J.-Y. BESSON, Thèse précitée, p.57 et s. ; L. MAZEAUD, art. précité, loc. cit. ; F. TERRE, art. précité, n°17 ; M. BOUAYAD, Thèse précitée, p.130 et s.

rémunération très élevée calculée sur la base de la valeur des choses sauvées[1], pour échapper au péril qui le menace et qui risquerait d'entraîner la perte totale ou partielle du navire et de sa cargaison[2]. Cette finalité constitue une représentation médiate de l'assisté. L'assistant est, quant à lui, surtout mû «par un légitime appât du gain»[3] et le danger qu'il peut courir, s'il existe parfois, n'est pas un critère nécessaire de la qualification d'assistance[4]. Toutefois, les solutions qui viennent d'être décrites, ne concernent que les hypothèses où l'intervention de l'assistant est postérieure à l'apparition du danger. En pratique, il arrive parfois que le péril se produise en cours de remorquage : c'est alors tout naturellement le remorqueur qui prend en charge les opérations d'assistance. Aux termes de l'article 12 de la loi de 1967, «le remorqueur n'a droit à une rémunération pour l'assistance du navire par lui remorqué ou de sa cargaison que s'il a rendu des services exceptionnels ne pouvant être considérés comme l'accomplissement du contrat de remorquage». L'apparition d'un danger en cours de remorquage ne suffit donc pas à modifier la nature de la convention. La solution est compréhensible et deux arguments la justifient : les obligations du

---

(1)Cette rémunération, qui doit être «équitable», n'est pas due si l'assistance n'a pas eu un «résultat utile» (article 10 de la loi du 7 juillet 1967). Selon un auteur, cette clause «no cure, no pay» est supplétive ; elle introduit un aléa juridique que les parties pourraient écarter en fixant un prix forfaitaire, qui devrait être réglé même en cas d'échec, mais ne serait pas proportionné à la valeur des marchandises sauvées. Il n'y aurait pas, dans ce cas, assistance au sens de la loi de 1967 (N. REUTER, op. cit., n°231 et s., spéc. n°236). La solution appelle de sérieuses réserves (rappr. RODIERE, op. cit., n°186 et s., n°190). Elle risque d'être un instrument de fraude. En tout état de cause, éliminer la qualification d'assistance entraînerait une conséquence inacceptable : la disparition du contrôle du juge sur le caractère «équitable» de la rémunération.

(2)Outre l'assistance maritime, la qualification d'assistance recouvre en droit positif deux autres hypothèses, qui n'appréhendent pas la notion de danger de manière identique.
- La première correspond aux conventions d'assistance professionnelle (ex : Europ-assistance), par lesquelles un organisme spécialisé s'engage à diverses prestations de services (rapatriement notamment), au cas où son client est blessé ou tombe malade, lors d'un déplacement (cf. R. BOUT, chr. précitée, note 53 bis ; TI Valenciennes 13 mai 1982, Paris 25 octobre 1982 et 27 octobre 1983, D. 1984, p.406, note C.-J. BERR et H. GROUTEL). Il s'agit alors d'une variété de contrat d'assurance, où le danger pénètre l'accord par le biais de la notion de risque garanti, la prestation de «l'assureur» s'accomplissant ici en nature, et non en argent.
- La seconde regroupe les différents cas de conventions d'assistance consacrés par la jurisprudence (cf. supra n°96 (note). Or, de manière assez critiquables (cf. R. BOUT, chr. précitée, n°20 et 22 et s.), les tribunaux n'ont pas restreint cette qualification innommée aux hypothèses de sauvetage d'une personne en danger (Civ. 1e 21 décembre 1976, Bull. civ., I, n°422, p.329 ; Paris 21 janvier 1987, D. 1987, IR, p.31). L'assistance devient un contrat fourre-tout, qui intègre des hypothèses où la présence d'un contrat est douteuse (aides inopinées en l'absence de danger : R. BOUT, chr. précitée, n°23) et d'autres qui constituent une simple prestation de services gratuits («coup de main» pour surmonter une difficulté prévisible et dépourvue de danger : R. BOUT, chr. précitée, n°24).

(3)RODIERE, op. cit., n°207.

(4)En ce sens : RODIERE, op. cit., n°164 ; N. REUTER, op. cit., n°222 ; Com. 23 avril 1969, JCP 1969, II, 15993, note M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE.
Le mobile médiat de l'assisté peut tout juste constituer pour l'assistant une représentation catégorique, condition nécessaire de son intervention (cf. infra n°1003).

remorqueur ne peuvent se limiter aux cas dépourvus de toute difficulté ou de tout danger et la nature d'un contrat, de même que la cause de ses contractants, doit s'apprécier à la date de sa conclusion, des événements ultérieurs demeurant sans influence. En pratique, cette disposition est en réalité la source d'importantes difficultés, qui divisent la doctrine[1]. Tout d'abord, la frontière des obligations normales du remorqueur et des «services exceptionnels» est difficilement déterminable, et dépend des stipulations très variables du contrat de remorquage[2]. Ensuite, à supposer qu'il y ait vraiment danger et services exceptionnels, que devient le contrat initial ? Est-il suspendu[3] ? Frappé d'impossibilité d'exécution pour force majeure[4] ? Le remorquage est-il nové en assistance[5] ? Certains auteurs semblent admettre que le remorquage se poursuit, mais que le remorqueur peut recevoir une indemnité exceptionnelle[6] : la solution est douteuse, car l'exécution de l'assistance peut différer profondément du remorquage : en particulier, l'assistance sera toujours dirigée par l'assistant, alors que le remorquage peut l'être par le remorqué[7].

Eteindre un litige, échapper à un danger, augmenter son audience ou améliorer son image, autant de mobiles particuliers qui confèrent à une qualification une couleur spécifique, en la replaçant dans son environnement. Ces intégrations ponctuelles d'éléments de fait extérieurs aux obligations souscrites déjouent la synthèse. C'est l'économie de chaque opération qui prévaut[8]. Tel n'est pas le cas de toutes les

---

(1)Cf. RODIERE, op. cit., n°166 et s. et n°192 ; N. REUTER, op. cit., n°174 et s. ; J.-Y. BESSON, p.68 et s. (v. p.69, où l'auteur réintroduit, curieusement, l'aléa en tant que critère de l'assistance, alors qu'il l'avait écarté précédemment) ; M. BOUAYAD, Thèse précitée, p.49 et s.

(2)Cf. N. REUTER, op. cit., n°176 ; rappr. RODIERE, op. cit., n°167.

(3)Cf. N. REUTER, op. cit., n°182 ; M. BOUAYAD, Thèse précitée, p.59-60.

(4)Cf. J.-Y. BESSON, Thèse précitée, p.71, citant RIPERT.

(5)Rappr. RODIERE, op. cit., n°192.

(6)RODIERE, op. cit., n°167 et moins net, n°192.

(7)J.-Y. BESSON, Thèse précitée, p.71-72 (adde aussi la question du maintien ou de l'exclusion des clauses limitatives qui ont pu être insérées dans le contrat de remorquage).

(8)La question se pose de savoir si cette prise en compte d'un mobile médiat peut aussi se réaliser pour des *contrats innommés*. Admettre largement une telle possibilité conduirait à affaiblir considérablement les catégories traditionnelles en permettant l'éviction d'une qualification nommée ou sui generis établie, sur la simple constatation d'un mobile plus ou moins objectif. En revanche, il n'est pas exclu que certaines hypothèses de fait correspondent naturellement à des structures de qualification de ce genre. Comme l'a fort bien montré un auteur, la «typicité» d'un contrat ne dépend pas nécessairement de sa «nomination» par le législateur et l'influence combinée de la nature des choses, d'une pratique cohérente et d'une jurisprudence les consacrant peut aboutir à un résultat identique (D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°193-199 ; n°204 note 2, évoquant les contrats virtuellement nommés : le bail à nourriture, l'affacturage, l'hôtellerie, la cession de clientèle, le transfert de savoir-faire et l'ingénierie). L'existence de conventions nommées voisines prenant elles-mêmes en compte un mobile médiat peut aider une convention innommée à en faire de même.
La convention d'assistance bénévole semble illustrer ce propos, en tout cas dans la conception qu'en défend un auteur (M.-F. SOINNE-BARRAT, «L'assistance bénévole à autrui», Thèse Lille 1970 ; cf. aussi supra n°96 (note). Estimant que cette convention est d'une nature spécifique

structures externes d'origine causale. Le droit positif utilise, de manière constante, un procédé se rattachant à cette technique : certaines qualifications supposent la présence d'un groupe de contrats.

943.- La qualité d'une partie influence le régime d'un contrat de deux manières différentes : directement ou de façon médiate, par l'intermédiaire de la qualification. L'insertion d'une convention dans un groupe de contrats obéit à cette même dualité(1). L'ouvrage de référence de monsieur Teyssié donne un large aperçu des modifications que l'existence d'un groupe peut apporter au régime habituel d'un contrat[2]. La disparition d'une des conventions du groupe risque d'entraîner celle des autres[3]. De plus, le groupe entraîne parfois une uniformisation des régimes des conventions qui le composent[4] ou la création d'actions contractuelles directes entre des partenaires qui ne

---

(p.614), l'auteur élimine le contrat de travail (p.616-619), le mandat (p.620-626), le dépôt (p.632-634), le transport (p.629-631) et, avec un peu de légèreté, le contrat d'entreprise (p.627-628). La solution adoptée est en définitive celle d'une convention gratuite innommée nécessitant la présence d'une difficulté, que l'intervention de l'assistant tente de résoudre (p. 47 et s., pour la définition générale de la notion de difficulté ; p.619, p.656-657 et surtout p.748 et s.). La proposition est originale et elle revient à introduire dans les éléments qualificatifs un but médiat, la suppression d'une difficulté (la position de l'auteur est semble-t-il plus proche de la théorie de l'objet ou de celle de la cause efficiente ; v. p.640 : «c'est en raison de cette difficulté qu'on agit»), qui évoque la lutte contre le péril caractéristique de l'assistance maritime. En revanche, l'exigence d'un tel but ne remet pas en cause la proximité de cette convention avec l'entreprise, même si l'obligation de l'assistant est à l'évidence de moyens (comp. avec les auteurs pour qui la présence d'un danger est au contraire un élément en faveur du rejet de l'analyse contractuelle, par exemple : J. HUET, «Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle», Thèse Paris II 1978, n°136).

(1)La qualité de professionnel ressemble d'ailleurs à un groupe qui serait composé de toutes les conventions passées par une personne à titre habituel et pour subvenir à ses besoins ou répondre à son objet social. Les différences affectant ces deux notions ont cependant été déjà soulignées (cf. supra n°905).

(2)B. TEYSSIE, «Les groupes de contrats», LGDJ 1975, n°264 et s., p.137 et s. (deuxième partie : l'influence des groupes).
Adde : R. PEYRET, «Relations de contrats», Thèse Lyon 1954 ; D. CHEDEVILLE, «La liaison entre contrats», Thèse Paris 2 1977 ; P. KRSJAK, «A propos des groupes de contrats», La vie judiciaire, 8-14 septembre 1975, p.1 (pour un compte-rendu assez obscur et imprécis de la la thèse de M. TEYSSIE) ; Ph. DELEBECQUE, «La notion de groupe de contrats : quels critères ?», Cah. dr. ent. 1989, n°3, p.25.

(3)B. TEYSSIE, op. cit., n°273 et s., p.145 et s. ; R. PEYRET, Thèse précitée ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, «Les conséquences de l'annulation d'un contrat», JCP éd. N 1990, I, p.97, n°7 et s. Comp. l'hypothèse particulière du contrat d'enseignement où le maintien d'une exécution correcte des contrats de l'ensemble de groupe peut aboutir à faire cesser la convention conclue avec un élève «inassimilable» (cf. infra n°170).

(4)B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°426 et s., p.214 et s. : uniformisation des règles de compétence, par exemple.
Le régime du contrat principal peut influer sur celui de la convention accessoire (cf. infra n°1027 (note)). L'inverse n'est pas concevable. Ainsi, une location (principal) conclue par une entreprise pour une sous-location (accessoire) ultérieure à un de ses salariés n'est pas soumise à la loi de 1982 (cf. J. LAFOND, «Loi du 22 juin 1982 (dite loi Quilliot) et locaux loués pour le logement du personnel», JCP 1984, I, 3159 ; J. LAFOND, «Baux d'habitation : le secteur libre», Administrer janvier 1991, p.7 et s., spéc. n°12-13 ; v. en jurisprudence pour l'éviction la loi de 1982 : TI Paris 26 avril 1983, Rev. Loyers 1983, p.549 ; Toulouse 20 février 1986, Rev. Loyers 1986, p.327 ; Paris 27 avril 1990, Loyers et copr. juillet 1990, n°288 ; adde pour l'exclusion de la loi de 1948, dans cette situation : Civ. 3e 11 décembre 1973, Rev. Loyers 1974, p.151 ; Versailles

sont pas liés conventionnellement entre eux[1]. Le problème de la qualification commence à apparaître lorsque l'existence d'un groupe permet aux tribunaux de promouvoir la genèse de nouvelles obligations[2]. Ainsi, le mandataire, le commissionnaire ou l'entrepreneur se doivent de surveiller le sous-mandataire, le sous-commissionnaire ou le sous-traitant sur lequel ils se sont déchargés de tout ou partie de leur mission. L'influence ne change cependant pas de nature, car le caractère accessoire de ces obligations ne permet pas de remettre en cause la qualification des conventions insérées dans le groupe.

Seules méritent d'être étudiées ici, les conventions dont l'analyse isolée ne peut suffire à déterminer leur qualification. Les préoccupations demeurent les mêmes.

Il s'agit, tout d'abord, de rechercher en droit positif les qualifications nommées(3) dont la nature originale dépend nécessairement de l'existence d'une relation spécifique entre cet accord et une autre convention(4).

Il s'agit, ensuite, d'expliquer les caractères de ce lien, érigé en critère de qualification, en précisant notamment le procédé technique utilisé. Extérieure au complexe d'obligations souscrit, la qualité d'un contractant peut pénétrer le champ contractuel par le biais de la cause[5]. L'insertion dans un groupe de contrats en fait de

---

20 novembre 1985, Rev. Loyers 1986, p.139 ; Paris 27 février 1990, Rev. Loyers 1990, p.225, note J.-C. BERTHAULT ; comp. Versailles 20 novembre 1985, Rev. Loyers 1986, p.140 (où la Cour distingue, le régime général, qu'elle applique et le maintien dans les lieux qu'elle écarte).

(1)B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°476 et s., p.239 et s. A l'époque de cet ouvrage, la meilleure illustration était celle des chaînes de ventes mais, depuis, la référence aux «actions directes nécessairement contractuelles» s'est successivement généralisée puis de nouveau réduite (cf. infra n°1181 et s.).

(2)B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°401 et s., p.200 et s.

(3)Les développements qui suivent montrent en effet que, parmi les multitudes d'hypothèses de groupes de contrats, l'apparition d'une qualification nouvelle est rare (v. cep. la fiducie, supra n°251 et s.) et provient toujours d'une intervention législative, même si celle-ci se contente parfois de préciser la nature des choses (v. pour les sûretés).

(4)La présence d'un groupe de contrats peut exercer une influence sur la qualification d'un contrat de deux autres manières :

- *influence directe non spécifique* : l'insertion du contrat dans le groupe change sa nature, mais la nouvelle qualification n'est pas originale. Le meilleur exemple est celui des conventions gratuites : insérées dans un groupe dont l'autre contrat est synallagmatique onéreux, la cause du débiteur, en apparence complaisant, se mue en cause «intéressée» (unilatérale onéreuse), ce qui entraîne dans certains cas une modification de la qualification (cf. notamment pour le prêt à usage, supra n°553 et s.).

- *influence indirecte* : la présence d'un groupe de contrats peut constituer un indice de la nature exacte du contrat conclu, de même que la qualité de professionnel d'un contractant, laisse à penser, dans le doute, que celui-ci a stipulé une convention conforme, à celles qu'il conclut habituellement (cf. supra, n°80 (note)). Pour une illustration : Com. 24 octobre 1956, Bull. civ., III, n°257 ; Gaz. Pal. 1957-1-p.128 (fréquence d'achats à réméré établissant leur nature frauduleuse ; sur cette hypothèse : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les sûretés La publicité foncière», 3e édit., 1990, n°752 in fine).

(5)Les positions de M. TEYSSIE étant examinées par ailleurs, adde faisant référence aussi à la cause : M. GENDRE-DEVOIVRE, «Collaboration et assistance entre les parties au contrat», Thèse Clermont I 1981, n°549 et 490 et s.

même. A l'occasion de la conclusion d'une convention, les parties ne se contentent pas d'envisager les relations directes qui vont les unir, mais elles se réfèrent à un ou plusieurs autres contrats. A la cause immédiate des obligations de chaque contractant, s'ajoute une cause médiate, insérant le contrat dans le groupe, selon des modalités précises[1]. Cette cause objective, qui permet de «placer» une convention au sein d'un groupe, s'avère d'ailleurs fort variée[2]. Elle illustre parfaitement la richesse de la notion de cause, instrument de qualification. En effet, certains groupes sont qualifiés par une cause médiate qui traduit l'existence d'un but lointain (sous-traitance), alors que d'autres voient leur nature spécifiée par une cause médiate qui désigne davantage un environnement contractuel particulier et nécessaire (assurance, croisière). De façon plus originale encore, c'est même parfois la cause immédiate caractéristique d'un rapport d'accessoire à principal, qui constitue le critère de qualification (sûreté)[3]. Cette richesse dans l'utilisation de la notion de cause, dont il est intéressant de noter parfois l'ancienneté, ne doit pas cependant masquer le rôle complémentaire de la notion d'objet. Ici encore, la nécessité d'un emploi corrélatif des deux concepts se fait sentir. Si l'objet est peu utilisé en tant que critère à part entière, il l'est en revanche constamment pour «objectiver» les causes médiates : c'est par lui que les magistrats pourront se convaincre que le mobile supplémentaire spécifique requis par la structure normative de qualification, figure bien dans l'accord concret qui leur est soumis et dont la nature prête à discussion.

Enfin, il faut s'interroger sur le rôle joué par l'insertion dans un groupe vis-à-vis du régime du contrat. Ce type de qualification opère, normalement, une catégorisation. Une convention possède isolément une nature précise, déterminée par sa structure de qualification, qui entraîne l'application d'un régime particulier. Insérée dans un groupe, elle relève alors d'une sous-catégorie plus étroite, dotée d'un régime spécifique qui vient s'ajouter à celui de la qualification primaire (en le modifiant éventuellement). La loi du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, précise par exemple les règles applicables à un contrat d'entreprise, dès lors que celui-ci fait partie d'un groupe de contrat particulier. Il y a donc un double mécanisme de qualification de la convention selon qu'elle est prise isolément ou pas. Mais là encore, toute

---

[1] Comme la cause objective immédiate structure les obligations contenues dans le contrat, la cause objective médiate... structure certains groupes de contrats.

[2] Sur tous ces points, cf. supra n°71 et s.

[3] Si l'obligation garantie est de nature contractuelle, un des critères de qualification de la sûreté (personnelle notamment) correspond à l'insertion dans un groupe de contrats. Ceci justifie la place assignée dans ces développements aux contrats poursuivant une finalité de garantie. En toute rigueur, le critère de l'accessoire est plus large et doit s'entendre de la garantie d'un rapport de droit principal quel qu'il soit.

généralisation est à éviter. Rien n'empêche le législateur d'aller plus loin et de faire apparaître une qualification complètement originale. Le cautionnement en est le meilleur exemple : toute la structure de cette convention et les règles qui lui sont applicables prennent en compte le caractère accessoire de ce contrat par rapport à l'obligation cautionnée. Pour étudier les hypothèses de qualification utilisant comme critère l'insertion dans un groupe de contrats, la classification de Monsieur Teyssié servira de guide[1]. Après avoir examiné l'influence des chaînes de contrats sur la qualification de ses composants (chapitre 1), il sera possible d'envisager les ensembles de contrats (chapitre 2).

(1)Cette utilisation n'empêchera d'ailleurs pas la formulation de certaines réserves, déjà mentionnées généralement par la doctrine.

CHAPITRE 1

LES CHAINES DE CONTRATS[1]

944.– Les chaînes de contrats se caractérisent par l'identité d'objet des conventions qui les composent. Ces groupes s'organisent «à propos d'une même chose, autour d'une même prestation essentielle»[2]. Les conventions constitutives des chaînes sont conclues (voire exécutées) successivement. Chaque contrat venant s'ajouter à un autre, ces groupes ont une structure linéaire au sein de laquelle un contractant ne peut occuper de place prépondérante. Le premier grand type de chaînes, les chaînes par addition, regroupe les hypothèses de succession de conventions identiques à propos d'un même bien[3]. L'exemple le plus connu est celui des ventes successives d'une même chose, pour lesquelles la jurisprudence a progressivement forgé un régime juridique audacieux, comportant notamment la consécration d'une action directe en responsabilité de nature contractuelle. La définition même de ces groupes montre bien leur neutralité à l'égard des problèmes de qualification : le groupe suppose une identité de qualification de ses composants. Le législateur n'ayant pas créé dans cette hypothèse, de contrat nouveau, l'influence porte directement sur le régime.

Il est plus intéressant d'étudier la deuxième grande catégorie de chaînes, les chaînes par diffraction. L'identité d'objet demeure, mais la convention nouvelle qui fait apparaître le groupe ne vient pas s'ajouter comme un élément extérieur, à la première. Elle est au contraire issue de ce contrat de base. Une étude plus spécifique de ce type

---

(1)Le terme et la notion qu'il recouvre ont été bien maltraités depuis l'ouvrage de M. TEYSSIE (cf. infra n°1185). La notion est ici prise dans son sens initial, sous réserve des éventuels correctifs qui seraient susceptibles d'y être adjoints.

(2)B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°62-63, p.33-34 et n°69, p.39. Une certaine ambiguïté pèse sur la notion d'objet qui sert de référence : objet de la prestation (même chose) ou de l'obligation, voire du contrat (prestation essentielle), ou les deux ? (cf. infra n°964).

(3)L'ambiguïté a ici disparue : il faut une identité d'objet de l'obligation et de la prestation, sous une réserve qui sera exposée plus loin , cf. infra n°965.

de groupe, en a montré clairement la dualité[1]. Dans certains cas, le bénéficiaire d'un service procuré par le contrat principal, en fait profiter un sous-contractant[2]. Un locataire conclut par exemple un contrat de sous-location d'une ou plusieurs pièces du logement dont le propriétaire lui a conféré la jouissance. Le premier contrat constitue alors un moyen que le créancier d'une prestation de services utilise à son profit pour la conclusion d'un sous-contrat. Là encore, l'émergence du groupe influe directement sur le régime du contrat, sans modifier la nature des conventions visées[3]. Dans d'autres hypothèses, au contraire, c'est le débiteur du service qui, pour assurer son exécution, fait appel à un sous-contractant[4]. L'entrepreneur, chargé de la construction d'un immeuble, confie à un collègue plus spécialisé, la réalisation des circuits électriques, des plâtres, etc. Cette situation a donné l'occasion au législateur d'intervenir. Celui-ci a créé une qualification nouvelle : le contrat de sous-traitance. L'article premier de la loi définit cette convention comme «l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage[5]».

---

(1)J. NERET, «Le sous-contrat», Thèse LGDJ 1979, n°38. Le sous-contrat apparaît «si une partie prend l'initiative de faire reposer sur la tête d'un tiers les effets du contrats qu'elle a conclu».

(2)J. NERET, Thèse précitée, n°200, p.157 ; n°234, p.179.

(3)Des difficultés de qualification ont surgi, cependant, à l'occasion des réformes législatives successives qui ont montré une méfiance croissante vis-à-vis de la sous-location. Lorsqu'un texte interdit la sous-location, il est difficile de déterminer si la prohibition vise exclusivement une jouissance à titre onéreux (bail) ou également une jouissance à titre gratuit (prêt) (cf. J. NERET, Thèse précitée, n°131, p.105 et n°244-246, p.184 et s. ; G. BRIERE DE L'ISLE, Rép. civ., v° Baux d'habitation et professionnels (Loi du 1 septembre 1948), n°541 et s. ; v. en jurisprudence, pour un exemple particulièrement flagrant de ces hésitations : Paris 6 octobre 1987, Loyers, décembre 1987, n°430, p.7 ; adde, pour une discussion identique, lorsque la contreprestation est en nature, infra n°1238). Dans tous les cas, la difficulté réside dans un choix concernant deux qualifications déjà existantes, ce qui permet ici de la négliger.

(4)J. NERET, Thèse précitée, n°200, p.157, n°203, p.159.

(5)Loi 75-1334 du 31 décembre 1975 ; circulaire du 7 octobre 1976, JCP 1976, III, 44978.
La terminologie employée a été critiquée : «opération» aurait pu être remplacé par contrat et «sous-traité» par sous-contrat (RODIERE, «La sous-traitance», Bull. transp. 1979, p.370).
Pour la *doctrine relative à la sous-traitance* : Y. DOUSSET, «La sous-traitance», Thèse Clermont-Ferrand 1971 ; G. VALENTIN, «Les contrats de sous-traitance», Litec 1979, préf. M. PEDAMON (ouvrage traitant de la sous-traitance industrielle) ; B. GARRIGUES-FAY, «La sous-traitance de marchés de travaux», Thèse Nancy 1984, spéc. p.8 et s. et 61 et s. ; G. FLECHEUX, «La loi 75-1334 du 31 décembre 1975», JCP 1976, I, 2791, «La sous-traitance de marchés de travaux et de services», Recherches Panthéon-Sorbonne sur la sous-traitance sous la direction de Ch. GAVALDA, Economica 1978 (exposé introductif par C. ALTHERSON, p.1 et s. ; rapport Ch. GAVALDA, p.14 et s.) ; A. BENABENT, J.-Cl. Civ., art. 1787, Fasc. 20 ; Ch. GAVALDA, Rép. civ. et com., v° Sous traitance (précédente édition) ; M. BOIZARD, Rép. com., v° Sous traitance ; V. ROULET, «Définir la sous-traitance», Etudes à la mémoire du doyen Pierre AZARD, p.257 et s. (qui présente un panorama complet des définitions possibles) ; «Loi du 31 décembre 1975 Six années d'application», Rev. synd. admin. jud. 1983, p.173 et s. ; J. RICATTE, «Quelques éléments sur l'application jurisprudentielle de la loi relative à la sous-traitance», JCP éd. CI 1983, 14124 ; «Dix ans d'application de la loi sur la sous-traitance», BRDA

945.- Il convient donc de rechercher le critère de qualification de ce nouveau contrat, sans se contenter d'une application purement mécanique du texte. La loi de 1975 n'a pas en effet consacré «le» sous-contrat, mais une hypothèse particulière de sous-contrat. La qualification de sous-traitance mêle par conséquent des éléments tirés de ce qu'il convient d'appeler la théorie générale des groupes de contrats ou du sous-contrat, à des choix législatifs plus conjoncturels. Une lecture superficielle du texte ne permettrait pas de démêler ces deux aspects. Cette opération est d'ailleurs rendue délicate par l'absence de certitude absolue que présente encore la typologie des groupes.

946.- La définition légale, la dénomination de sous-traitance montrent bien que la qualification ne peut résulter du seul examen des obligations contenues par le sous-traité et des causes immédiates de celles-ci[1]. La construction d'une maison, la fabrication d'une charpente, l'exécution de peintures, si elles peuvent générer l'existence d'un contrat d'entreprise sont inaptes à déclencher à elles seules l'application de la loi de 1975. Pour qu'il y ait sous-traitance, il est indispensable de se référer à un élément supplémentaire, extérieur à l'accord de volontés contenu dans le sous-traité. Il reste alors à préciser la nature de cet élément. Il convient de montrer que ce dernier est un contrat et non une simple chose constituant l'objet de la prestation du sous-traité. Le contrat de fabrication de la charpente d'un immeuble déterminé, individualisé, n'est pas obligatoirement un contrat de sous-traitance. Le fait qu'il participe à la réalisation d'une construction plus globale ne suffit pas. Le maître de l'ouvrage peut en effet conclure directement des conventions multiples pour la réalisation de l'immeuble, en s'adressant à chaque spécialiste de l'élément concerné. Il s'agit alors d'une co-traitance et non d'une sous-traitance. La sous-traitance impose clairement l'existence de deux contrats ; le sous-traité reçoit cette qualification à l'occasion de son insertion dans un groupe original. Un lien spécifique s'établit entre deux conventions et non entre une convention et une chose[(2)].

1985, n°18, p.2 et s. ; MAZEAUD, «Leçons de droit civil», T.3, vol. 2, 5e édit., n°1379 ; J.-CL. FOURGOUX et Ph. POUX-JALAGUIER, «La loi du 31 décembre 1975 après deux ans d'application», Gaz. Pal. 1978-1-doct. p.132.

(1)J. NERET, Thèse précitée, n°15, p.19.

(2)Cf. Y. DOUSSET, Thèse précitée, p.6 et s. ; G. VALENTIN, Thèse précitée, p.9 et s.
Cette définition légale exclut donc dès le départ toutes les hypothèses de sous-contrat sans marché initial, fréquentes dans le secteur de l'industrie, où un fabricant se décharge par avance d'une partie de la production du bien. Le sous-traité constitue en quelque sorte un contrat-cadre qui précède le contrat principal qui sera ultérieurement conclu entre le fabricant et son client (cf. V. ROULET, «Définir la sous-traitance», chr. précitée ; G. VALENTIN, Thèse précitée, p.16 et p.115 et s.).
Elle ne paraît pas imposer, en revanche, une stricte antériorité du contrat de base par rapport au sous-traité. Dès lors qu'il est bien conclu en fonction du futur contrat de base, le sous-traité peut être conclu avant la convention principale (en ce sens : A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°82 ; Ch.

Pour préciser davantage la qualification des contrats dont l'agencement pourrait faire apparaître une sous-traitance, il est nécessaire d'envisager successivement le contrat de base (section 1) et le sous-traité (section 2).

GAVALDA, Rép. civ. précité, n°21 et n°73 ; B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.73 ; Y. DOUSSET, Thèse précitée, p.48 ; contra : J. NERET, Thèse précitée, n°16 et s., p.20).

SECTION 1

LE CONTRAT DE BASE

947.- La détermination de la nature juridique du contrat principal opère une délimitation du champ d'application de la loi du 31 décembre 1975. Elle précise le type de convention auquel un contrat de sous-traitance peut s'ancrer. Le texte est explicite : il vise expressément «un contrat d'entreprise» et parle «d'entrepreneur» et de «maître de l'ouvrage» (articles 1, 3, 5, 12 et 14). Cette terminologie exclut par conséquent deux qualifications : la vente et le mandat. Ces exclusions sont cependant justifiées par des raisons très dissemblables.

948.- Le contrat de vente tout d'abord, ne peut servir de base à un contrat de sous-traitance. La loi écarte ainsi de son domaine la sous-traitance industrielle (par exemple, les contrats passés par un fabricant d'automobiles pour la réalisation de pièces du véhicule)[1]. Les travaux préparatoires[2] révèlent que le législateur visait au départ, à titre principal, le secteur du bâtiment et du génie civil. Or, une jurisprudence bien établie décide que la construction sur le terrain d'autrui est toujours un louage d'ouvrage, même si l'entrepreneur fournit la matière[3]. Ce lien entre le contrat de base et la qualification d'entreprise résulte donc d'un choix législatif[4]. Mais d'un point de

---

(1) V. en ce sens : Recherches Panthéon-Sorbonne précitées : C. ALTHERSON, p.3 ; Ch. GAVALDA, p.16 ; plus nuancé J.-Cl. FOURGOUX, p.37-38, qui évoque les termes compréhensifs de la circulaire du 7 octobre 1976, mais il est inutile de préciser qu'une circulaire ne peut modifier une loi.
Adde l'exclusion de l'intégration agricole du domaine de la loi de 1975 : J.-R. BONNEAU, «L'intégration agricole et la sous-traitance», Gaz. Pal. 1978-2-p.589.

(2) Cf. JO déb. Ass. nat., 2e séance du 5 décembre 1975, p.9454 et s., spéc. p.9465 et s. ; 3e séance du 19 décembre 1975, p.10127 ; JO déb. Sénat, séance du 18 décembre 1975, p.4800 et s.

(3) Cf. supra n°459 et s.

(4) Toutes les ventes sont visées, y compris les ventes d'immeubles à construire (pour les prestations de services accessoires incluses dans une vente, cf. infra n°957). Un auteur évoque l'existence d'un glissement jurisprudentiel vers la vente (V. ROULET, «Six années d'application...», précité) tout en reconnaissant qu'une telle évolution (assez discutable au demeurant) suppose une violation de la loi que personne ne soulève.

vue théorique, il correspond parfaitement à la nature profonde du sous-contrat[1]. Celui-ci suppose une substitution dans l'exécution : le débiteur de la prestation s'adresse à un sous-contractant pour que celui-ci l'exécute à sa place. Ce schéma, envisageable pour une obligation de faire, ne convient pas à une obligation de donner. Si une partie s'est engagée à transférer la propriété d'un bien qu'elle ne possède pas encore, elle devra, pour respecter son engagement se procurer ce bien auprès d'un tiers. Le caractère instantané du transfert de propriété, ne permet pas de dire que, ce faisant, le tiers remplace le contractant principal : il se contente de vendre ce bien qui, après avoir transité par le patrimoine du premier vendeur, parviendra à son destinataire initial[2]. Le premier vendeur a accompli son obligation personnellement. Pour soutenir le contraire, il faudrait supposer un transfert direct du bien du patrimoine du tiers au patrimoine de l'acheteur originel, ce qui relèverait alors d'une stipulation pour autrui, incompatible avec la sous-traitance qui n'est qu'une superposition de deux contrats.

949.- Cette dualité de motivation, conjoncturelle et structurelle ne se retrouve plus pour le mandat et la commission. Selon la doctrine la plus autorisée, le sous-mandat et la sous-commission relèvent incontestablement du sous-contrat. Il n'y a donc aucune impossibilité théorique à qualifier ces conventions de sous-traitance. La limitation du domaine de la loi de 1975 s'explique cependant aisément par l'existence de textes précis dans le Code civil. L'article 1994 alinéa 2 accorde au mandant une action directe contre le mandataire. La jurisprudence a d'ailleurs réciproquement accordé au sous-mandataire la possibilité d'agir contre le mandant pour le remboursement de ses avances et frais[3]. Ces solutions, qui sont applicables à la commission, rendent inutile l'application du système mis en place par la loi sur la sous-traitance[4].

L'analyse ne vaut que pour les marchés privés. Même pour ceux-ci, il existe d'ailleurs une exception : l'article 6 de la loi vise en effet les marchés industriels, passés par le Ministère de la défense, qui peuvent être des ventes de droit privé.

(1)Cf. J. NERET, Thèse précitée, n°40 et s., p.36 et s.

(2)La Cour de cassation n'est-elle pas en train de perdre de vue cette exigence première ? V. en effet : Com. 1 octobre 1991, JCP 1991 éd. E, pan, 1305, p.440 (l'arrêt s'interroge sur la qualification de sous-traitance... tout en admettant que le marché principal est une vente...).

(3)Civ. 1e 27 décembre 1960, D. 1961, p.491, note BIGOT ; Gaz. Pal. 1961-1-p.258 ; MAZEAUD, T.3 vol.2, n°1403 ; RODIERE, «Commission de transport et sous-traitance», Bull. transp. 1981, p.450, à propos de Tb. com. Paris 10 septembre 1981, Bull. transp. 1981, p.459 (qui considère, à tort, la commission de transport comme un contrat d'entreprise, alors qu'il s'agit d'une variété de mandat sans représentation). V. pourtant, appliquant aussi la loi de 1975 à la commission de transport : Tb. com. Paris 22 septembre 1983 et Reims 21 octobre 1985, n°627, Société Faïenceries de Sarreguemines/Société Wagner et Bonnefois, inédits, cités au Lamy Transport, 1992, n°3020 (la seconde décision concerne une superposition commission-transport).

(4)V. en ce sens : Paris 16e ch. A 11 décembre 1985, Juris-Data n°27024 (qui refuse d'appliquer la loi dans une hypothèse d'opérations de dédouanement, mais fait jouer l'article 1994).

950.- La nature du contrat de base est donc claire : seul un contrat d'entreprise peut susciter l'apparition d'une convention de sous-traitance. Pourtant, malgré les apparences, le contrat d'entreprise, du fait de l'éclatement de cette qualification, constitue une référence qui mérite d'être précisée. La terme n'existe pas dans le Code civil qui utilise celui de louage d'ouvrage. L'article 1710 définit ce dernier comme le contrat par lequel «l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles». L'article 1779 explicite cette définition extrêmement large en énumérant trois grandes espèces de louage d'ouvrage : celui des «gens de travail», des «voituriers» et des «entrepreneurs d'ouvrages». Le texte ne fait pas la distinction entre travail indépendant et subordonné, alors que le louage de services possède aujourd'hui une spécificité très accusée. Cette terminologie et cette classification dépassées n'ont pas été retenues par le législateur en 1975. Celui-ci a préféré employer le terme de contrat d'entreprise dans un sens plus moderne et plus doctrinal. Les travaux préparatoires sont ici intéressants. Un amendement modifiant la rédaction de l'article 1 a été proposé devant le Sénat par M. Sauvage au nom de la Commission des Lois. Ce texte faisait disparaître la mention «d'entreprise» et ne visait plus que les «obligations faisant l'objet d'un contrat...» sans autre précision. Le Ministre du Commerce et de l'Artisanat, sans s'opposer au reste de l'amendement, a alors insisté pour réintroduire ce terme dans le but de ne pas trop élargir le domaine de la loi «par exemple, aux contrats d'assurance et de réassurance». Il a même précisé très clairement sa pensée en ajoutant : «C'est pourquoi le gouvernement propose de restreindre le champ d'application de la loi au contrat d'entreprise et au marché. Cette notion de contrat d'entreprise se dégage aujourd'hui très clairement de la jurisprudence. Il y a contrat d'entreprise chaque fois qu'une personne s'engage à exécuter un travail pour une autre personne sans être à son service, c'est-à-dire hors le cas de contrat de travail»[1].

951.- Cette conception du contrat d'entreprise entraîne deux conséquences mais suscite une hésitation. Elle interdit, tout d'abord, toute réduction du texte au secteur du bâtiment. Certes l'hypothèse essentielle ayant déterminé l'intervention du législateur paraît être la sous-traitance de marchés de travaux dans les secteurs du bâtiment et du génie civil. L'économie générale du texte, les chiffres fournis par la commission de la

---

(1)JO déb. Sénat, séance du 18 décembre 1975, p.4805. M. SAUVAGE a émis quelques doutes sur la certitude de la notion d'entreprise. C'est pourtant celle-ci qui est restée dans le texte définitif. Comp. MAZEAUD, T.3 vol. 2, n°1331 : «contrat par lequel une personne, l'entrepreneur ou locateur, s'engage envers une autre, le maître ou client, à exécuter contre rémunération un travail indépendant et sans le représenter».

sous-traitance[1] abondent en ce sens. Cependant, aucune disposition de la loi n'autorise une telle restriction[2]. Le recours aux travaux préparatoires, qui peut se justifier en cas d'obscurité d'un texte, ne permet pas la remise en cause d'une règle claire. En l'absence de toute distinction légale, la convention de base visée par la loi de 1975 englobe au minimum toutes les hypothèses de travail indépendant accompli sur une chose corporelle, mobilière ou immobilière, quel que soit le secteur (industrie ou bâtiment). Une réforme sur ce point est parfois souhaitée[3], et il est permis de se demander si la loi 86-13 du 6 janvier 1986 n'a pas réalisé cette modification[4]. L'article 13 de cette loi ajoute un article 14-1 à la loi du 31 décembre 1975, afin d'obliger le maître de l'ouvrage à contrôler l'exécution par l'entrepreneur de ses obligations vis-à-vis du sous-traitant (agrément-caution). Le début du texte est ambigu : «pour les contrats de bâtiment et de travaux publics -le maître... etc.». La référence aux travaux publics est déjà fort contestable puisque la réforme est insérée à la fin du titre trois de la loi qui ne vise que les travaux privés. Selon un auteur[5], un nouveau contrat est né : le contrat de bâtiment. Cette notion nouvelle «écarte désormais non seulement le secteur de l'industrie mais pourrait également affecter celui des travaux intellectuels». Cette interprétation de la loi du 6 janvier 1986 semble excessive. D'un point de vue général, il est anormal de tirer de l'adjonction d'une disposition spéciale, une modification du champ d'application de la loi, qui figure dans le titre 1 et non dans le titre 3. Il paraît donc plus exact de soutenir seulement que le contrôle par le maître de l'ouvrage institué par la réforme n'est exigé que dans un domaine plus restreint : celui des travaux du bâtiment[6].

---

(1)B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.15. Deux pour cent seulement des marchés donnant lieu à l'application de la loi concerneraient le secteur de l'industrie. Dans le sens d'un refus d'une limitation au secteur de la construction : G. FLECHEUX, chr précitée ; J.-Cl. FOURGOUX et Ph. POUX-JALAGUIER, chr. précitée (cf. les exemples cités, p.134).

(2)Cf. V. ROULET, «Les obligations du maître de l'ouvrage en matière de sous-traitance», Petites Affiches 7 juillet 1986, p.25 et s., spéc. p.27 et les décisions inédites citées.

(3)B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.15.

(4)Loi n°86-13 du 6 janvier 1986 ; JO 7 janvier 1986, p.332 ; D. 1986, lég., p.165 ; BRDA 1986, n°3, p.16 ; AJPI 1986, p.70.
Travaux préparatoires : JO déb. Ass. nat. 18 décembre 1985, p.6240 et s., spéc. p.6244 ; 21 décembre 1985, p.6528 et s., spéc. p.6531 ; JO déb. Sénat 20 décembre 1985, p.4443 et s., spéc. p.4446.

(5)M. PEISSE, «Amélioration ou modification profonde de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance», Gaz. Pal. 1986-1-doct, p.113 et s. ; contra : V. ROULET, «Les obligations du maître de l'ouvrage en matière de sous-traitance», Petites Affiches 7 juillet 1986, p.25 et s., spéc. p.26-27.

(6)Même cette analyse s'avère incertaine. Les travaux préparatoires de ce texte à la discussion hâtive sont peu évocateurs, le texte ne figurant pas dans le projet initial, mais ayant été introduit au cours des débats. Les seules allusions à cette phase introductive semblent opposer le secteur du bâtiment et des travaux publics à celui de l'industrie, en oubliant apparemment que la sous-traitance industrielle est déjà largement en dehors de la loi de 1975 du fait de l'inexistence d'un marché

952.– La notion moderne d'entreprise, c'est la deuxième conséquence, est plus large que l'article 1779-3°. Alors que ce texte se limite à l'exécution d'une prestation matérielle, elle concerne également les prestations intellectuelles. Le décret du 20 mai 1980 portant code des devoirs professionnels des architectes évoque d'ailleurs l'hypothèse de la sous-traitance[1]. L'applicabilité de la loi aux prestations non matérielles paraît avoir été admise par la Cour de cassation qui a nettement affirmé que «les travaux intellectuels ne sont pas exclus du contrat d'entreprise»[2]. La formule concerne le sous-traité, mais sa généralité laisse à penser que les hauts-magistrats ont visé également le contrat de base.

L'application de la loi de 1975 aux contrats de construction de maison individuelle a également suscité de nombreuses discussions. En dépit de l'analyse parfois soutenue, selon laquelle cette convention constitue un contrat sui generis, il est désormais acquis que ce contrat est une variété d'entreprise rentrant juridiquement dans le domaine d'application de la loi sur la sous-traitance[3]. Si la faible application du texte en ce domaine tient à des considérations pratiques[4], la solution de principe ne peut plus faire de doute depuis la récente loi du 19 décembre 1990, qui réglemente impérativement cette variété de sous-traitance[5].

953.– Le contrat de transport suscite en revanche beaucoup plus d'hésitations. Si la loi de 1975 avait visé le louage d'ouvrage tel qu'il est défini à l'article 1710 du Code

---

initial, c'est-à-dire d'une convention de base. La limitation du domaine est en réalité purement apparente. Il est à craindre que, par oubli ou par méconnaissance du champ d'application exact de la loi, le législateur n'ait fait que rappeler la solution antérieure en visant l'hypothèse pratique essentielle.

(1)Article 37 du décret n°80-217 du 20 mars 1980 ; D. 1980, lég., p.159 et s. ; «La loi sur la sous-traitance s'applique-t-elle aux ingénieux conseils et B.E.T. ?» Moniteur des travaux publics 15 juillet 1983, p.59.

(2)Civ. 3e 28 février 1984, Bull. civ., III, n°51, p.39 ; D. 1984, IR, p.257 ; Gaz. Pal. 1984-1-pan, p.181 ; Gaz. Pal. 1984-2-p.628, note M. PEISSE. La solution risque d'être la source de difficultés (médecin, avocats, etc.).

(3)Pour la doctrine : C. SAINT-ALARY-HOUIN, «Champ d'application de la loi», Rev. dr. imm. 1991, p.143 et s., spéc. n°19-20 ; B. FABRE, «Contrats de construction de maison individuelle et de sous-traitance», Rev. dr. imm. 1991, p.169 et s., spéc. p.171 et s. ; Ph. MALINVAUD, «Conclusion et clôture des travaux», Rev. dr. imm. 1991, p.179, spéc. p.181 ; A. GOURIO, «La nouvelle réglementation de la construction de maison individuelle», JCP 1991 éd. N, I, p.131, n°73-74 ; P. MELMOUX, «Le nouveau contrat de construction d'une maison individuelle», AJPI janvier 1992, p.8 et p.23 et s. ; M.-C. FORGEARD, «Les nouvelles règles applicables à la construction de maisons individuelles», Defrénois 1992, p.3 et s., n°7 et n°41.
Pour la jurisprudence : Metz 20 septembre 1983, cité par M. PEISSE, Gaz. Pal. 1986-1-doct. p.113, note 2. La décision assimile au contrat d'entreprise le contrat de construction de maison individuelle.

(4)V. B. FABRE, art. précité, p.171-172 ; P. MELMOUX, «L'article 45-I de la loi du 16 juillet 1971...», Mémoire DESS Montpellier 1978-1979, p.74 et s. ; chr. précitée, AJPI janvier 1992, p.8.

(5)Loi 90-1129 du 19 décembre 1990, D. 1991, p.23 et s. (art. L.231-13).

civil, il n'y aurait eu aucune difficulté à intégrer cette convention dans son champ d'application. Certes, l'article 1779 qui fait référence au transport évoque aussi le contrat de travail. Mais cette présentation peut être considéré comme un vestige historique. Le contrat d'entreprise, dans son acception moderne, exclut au contraire la qualification de transport du domaine de la loi. Selon la doctrine dominante, cette convention a acquis au fil du temps un particularisme très accusé qui empêche désormais de l'assimiler au contrat d'entreprise[1].

Cette analyse n'emporte pas totalement la conviction. Si la spécificité du contrat de transport est incontestable, encore faut-il en préciser l'origine pour en mesurer la portée. Le contrat de transport s'est éloigné du contrat d'entreprise par la spécialisation de son objet et par l'exigence du caractère professionnel du prestataire de service. Ne s'appliquant plus à un travail en général mais à une prestation précise, le déplacement, le régime de la convention a pu être adapté étroitement aux nécessités économiques et techniques. Il n'est pas obligatoire, en revanche, que ce qui vaut pour la responsabilité du transporteur ou pour les règles de prescription, vaille également pour la loi de 1975. Au regard de la sous-traitance, la spécificité du transport disparaît. Comme dans le contrat d'entreprise, il existe une prestation de service, une obligation de faire portant sur un travail matériel qui rend parfaitement possible une substitution dans l'exécution. Celle-ci correspond d'ailleurs à une pratique très fréquente. Il convient d'ajouter que les conditions matérielles d'exécution d'un déplacement, conviennent parfaitement à l'exigence d'une acceptation du substitué par le maître de l'ouvrage : si la substitution se produit au début du transport, c'est le sous-traitant qui viendra prendre en charge la marchandise chez l'expéditeur[2].

954.– La doctrine la plus autorisée en la matière s'est intéressée au texte dès sa mise en vigueur et a conclu à son application au contrat de transport, sans se soucier outre mesure de la terminologie restrictive de «contrat d'entreprise»[3].

---

(1)B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.14 ; J. HEMARD, «Les contrats commerciaux», T.2, 1955 ; RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édit., n°2693.

(2)Cette hypothèse pratique est la plus courante ; elle n'est bien entendu pas la seule. La prise en charge ne se fait pas obligatoirement chez l'expéditeur (c'est-à-dire celui qui a conclu le contrat de transport).
Cf. à ce sujet Reims 21 octobre 1985, n°627, inédit précité, qui, appliquant la loi à la superposition commission-contrat de transport, remarque que la jurisprudence se contente d'un agrément tacite et «que cet agrément implicite résulte du fait qu'en matière de transports le voiturier qui prend en charge la marchandise remet à l'expéditeur un document indiquant son identité» (en l'espèce, la lettre de voiture sur un imprimé rédigé à l'en-tête du sous-contractant).

(3)RODIERE, «La sous-traitance», Bull. transp. 1979, p.370 et Bull. transp. 1980, p.451. L'auteur range aussi dans la catégorie la commission et la sous-commission et l'hypothèse du loueur de véhicules qui sous-traite le nettoyage. Dans les deux cas pourtant, le contrat de base (bail ou commission) est exclu par la loi de 1975.

Cette solution est désormais confortée par l'article 33 de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 qui dispose : «le transporteur routier qui a passé un contrat de transport est tenu, soit de l'exécuter lui-même ou à l'aide de ses préposés, soit sous sa responsabilité de le sous-traiter pour tout ou partie à une autre entreprise de transport public, soit de l'assurer en passant un contrat de location avec un loueur de véhicules industriels avec conducteurs, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat»(1). L'existence de ce texte permet de pallier les conséquences d'une interprétation restrictive de la loi de 1975 et de conclure que le contrat de transport rentre dans le domaine d'application de ce texte[2].

955.– Il serait hâtif, cependant, de conclure que le domaine d'application de la sous-traitance, quant à la nature du contrat de base, se limite au contrat d'entreprise et

---

(1)-Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 ; D. 1983, lég., p.67 ; JO 31 décembre 1982, p.4004 ; Décret n°86-567 du 14 mars 1986 ; Bull. transp. 1986, p.204 ; commentaire Bull. transp. 1986, p.285. Circulaire du 30 juin 1983 ; JONC 22 septembre 1983, p.8690 et s., spéc. 8694.
- Lamy Transport, T.2, 1992, n°3020 ; Bull. transp. 1982, p.387 ; RODIERE et MERCADAL, «Droit des transports», 1990, n°153 ; cf. déjà Reims 22 mars 1976, Bull. transp. 1976, p.260, qui parle de «sous-traité» sans appliquer la loi qui n'était pas en cause ; comp. P. B., obs. Bull. transp. 1983, p.578 et le moyen soulevé par le demandeur dans l'arrêt commenté : Com. 8 juin 1983, Bull. transp. 1983, p.577
Le texte appelle quelques remarques. Il oppose bien la sous-traitance à l'exécution par les préposés (qui est en réalité l'exécution par le transporteur lui-même) et à la location de véhicule avec chauffeur. Cette dernière hypothèse ne relève pas de la sous-traitance, car la location assure la fourniture d'un moyen d'exécution au transporteur qui n'est pas déchargé de ses obligations.
L'esprit général est cependant fort restrictif. Le procédé est considéré comme exceptionnel, sauf pour les commissionnaires («le transporteur routier ne peut recourir à la sous-traitance que s'il a la qualité de commissionnaire de transport ou dans des cas exceptionnels», cf. art. 38 et s. du décret du 14 mars 1986). Cette indication est curieuse le commissionnaire qui conclut des contrats de transport ne sous-traite pas : il exécute sa convention. L'hypothèse concernée par le texte reste incertaine (commissionnaire qui est aussi transporteur ? sous-commission ?).
La loi enfin ne concerne que le transport routier. La précision est compréhensible. La sous-traitance est en pratique impossible pour le transport par voie ferrée, étant donné le monopole de la S.N.C.F. et les transports maritimes relèvent d'une réglementation particulière. Seule l'application au transport fluvial et surtout au transport aérien pourrait faire difficulté.
Sur l'évolution de la question : mise à l'étude d'un contrat type spécifique (Bull. transp. 1987, p.432) ; groupe de réforme en panne (Bull. transp. 1988, p.149) ; échec du groupe de travail nommé à cet effet (Bull. transp. 1988, p.161) ; inventaire pour la sous-traitance (nouveau groupe de travail en vue d'une table ronde ; Bull. transp. 1990, p.161) ; Circulaire du 1 juin 1990 (Bull. transp. 1990, p.454) ; «Le point sur la charte» (Bull. transp. 1990, p.519) ; nouvel échec (Bull. transp. 1991, p.26) ; «Séparer le bon grain de l'ivraie» (Bull. transp. 1991, p.103) ; «La charte redevenue impérative» (Bull. transp. 1991, p.194) ; G. DE FOS COLETTE, «Du réglementaire au juridique», Bull. transp. 1991, p.775 et «Gare à l'indépendance «Canada dry», Bull. transp. 1992, p.61 ; M. TILCHE, «Présomption de salariat», Bull. transp. 1992, p.63 ; G.F.C. et M.T., «Les deux modèles de contrat du CNT», Bull. transp. 1991, p.788 ; etc. !

(2)La jurisprudence est en ce domaine quasiment inexistante (cf. quand même les décisions citées supra n°949 et n°953 (notes) ; rappr. également : Tb. com. Nanterre 3 décembre 1985, Bull. transp. 1986, p.282 ; Aix 3 mars 1987, Bull. transp. 1988, p.458). Deux raisons peuvent expliquer cette situation. D'une part, en présence d'une substitution, les magistrats ont peut être tendance à qualifier le contrat principal de commission de transport. D'autre part, la fréquence de paiements immédiats par l'expéditeur diminue peut être, en pratique, l'intérêt de l'action directe.

au contrat de transport. Ce serait omettre en effet que la convention principale peut posséder une nature complexe.

Le contrat de base peut constituer un contrat mixte, composé de plusieurs obligations principales caractéristiques[1]. L'hypothèse n'est pas seulement théorique : elle est envisageable pour le contrat d'entreprise, si le marché principal est relatif, par exemple, à la construction d'une usine, que la jurisprudence a parfois qualifié de contrat mixte entreprise-vente[2]. Elle est concevable aussi pour le transport dans le cas d'une opération de garde-meubles mêlant un dépôt prolongé et un déplacement important[3]. A l'égard de cette difficulté, le terme de «contrat d'entreprise» employé par la loi de 1975 est d'un faible intérêt et la recherche doit plutôt être menée d'après les principes régissant les contrats mixtes. Or, le régime supplémentaire de la loi 1975 concerne essentiellement les modalités de paiement de la prestation du sous-traitant[4]. Il concerne donc l'obligation de somme d'argent contenue dans le sous-traité et, par ricochet, celle dont le maître de l'ouvrage est débiteur. Dès lors, comme dans un contrat mixte, chaque qualification de référence est sur un pied d'égalité[5] et comme la nature des obligations de paiement de sommes d'argent n'est pas incompatible avec une application distributive de différents régimes[6], la mixité du contrat de base ne semble pas être un obstacle à l'application de la loi de 1975. Pour reprendre l'exemple précédent de la construction d'usine, il semblerait anormal que le sous-traitant qui réalise les murs, bénéficie du texte si le marché principal exclut la fourniture des machines et en soit exclu dans l'hypothèse inverse.

956.– Néanmoins, cette position de principe paraît devoir être écartée dans une hypothèse particulière : le contrat de promotion immobilière.

---

(1) L'hypothèse envisagée est celle d'un contrat mixte par addition : c'est le même contractant qui est débiteur de ces prestations. Le cas du contrat mixte par opposition ne pose pas de problème : une des parties est tenue d'une seule obligation principale de transport ou d'entreprise, mais comme le maître de l'ouvrage n'est pas débiteur d'une obligation de somme d'argent, la loi de 1975 est inapplicable, le cœur de son régime (l'action ou le paiement direct) n'ayant plus aucun intérêt. Sur ces notions de contrats mixtes par opposition et par addition, cf. infra n°1226 et s. et n°1308 et s.

(2) Cf. infra n°461, n°469, et infra n°1370.

(3) Cf. infra n°1359 et s.

(4) S'agissant de l'action directe en responsabilité intentée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, il semble que la difficulté aurait pu être tranchée (dans le sens d'une action nécessairement contractuelle) par le seul recours aux principes généraux des groupes de contrats, indépendamment de leur qualification précise (cf. dans le sens d'une action directe nécessairement contractuelle : Civ. 1e 8 mars 1988, JCP 1988, II, 21070, note P. JOURDAIN ; contra : Civ. 3e 22 juin 1988, JCP 1988, II, 21125, note P. JOURDAIN), mais cet espoir vient d'être brisé par l'Assemblée plénière (cf. infra n°1187).

(5) Cf. infra n°1308.

(6) Cf. infra n°1511.

Le promoteur reçoit du maître de l'ouvrage un double mandat afin de procéder à la réalisation d'un programme de construction au moyen de contrats d'entreprise et à l'accomplissement des formalités administratives. Normalement exclue, comme les autres mandats, du champ d'application de la loi de 1975, cette convention peut susciter une sérieuse difficulté. Aux termes de l'article 1831-1 in fine, le promoteur qui est également entrepreneur, peut se charger d'exécuter lui-même une partie de l'opération de construction. Il peut par exemple exécuter le gros œuvre. S'il fait appel à un sous-contractant (par exemple, pour une prestation intellectuelle, calcul ou autre), la question se pose de savoir si ce dernier peut revendiquer la qualité de sous-traitant. Dans une première analyse, c'est en tant que mandataire du maître de l'ouvrage, que le promoteur conclut un contrat d'entreprise avec le prestataire intellectuel. Dans une seconde, le promoteur doit être pris dans sa qualité d'entrepreneur principal : des lors qu'il se substitue un sous-contractant dans l'exécution d'une partie de son obligation de prestation de service, la loi sur la sous-traitance est applicable[1]. Cette solution est certaine si la situation est analysée comme comprenant deux conventions : l'une de promotion et l'autre d'entreprise. Le sous-contrat se rattachant ou louage d'ouvrage, la sous-traitance s'impose[2]. Mais rien n'est moins sûr. Il semble au contraire que quelle que soit la participation matérielle effective du promoteur à la construction, la convention reste unique. La nature synthétique de son objet (faire procéder à la réalisation d'un programme de construction) y incite fortement. Il s'agit alors de déterminer si la convention de base source du contrat de sous-traitance peut constituer un véritable contrat mixte promotion-louage d'ouvrage. Si la mixité est réelle, elle devrait permettre le jeu de la loi de 1975 pour la fraction de l'ouvrage exécutée personnellement par le promoteur, d'autant que les conditions exigées par ce texte peuvent être remplies sans difficulté : identité d'objet, reprise des engagements. Cette analyse n'emporte pourtant pas la conviction. La qualification de promotion immobilière n'est pas affectée par l'exécution éventuelle par le promoteur d'une partie de la construction et le régime global de cette convention reste applicable. L'apparition d'une qualification mixte est donc paralysée. Il serait de plus difficilement compréhensible que les différents entrepreneurs ayant contracté avec la promoteur pour la réalisation de l'ouvrage subissent deux régimes distincts. La différence majeure dans les règles applicables ne réside plus dans la possibilité d'agir directement contre le maître de l'ouvrage : l'action directe est accordée au sous-traitant par la loi de

---

(1)Cf. en ce sens Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, «Droit de la promotion immobilière», 5e édit., 1991, n°507.

(2)Cf. Cl. GIVERDON, Rép. civ., v° Promotion immobilière, 1975, n°76.

1975 et la Cour de cassation a permis à l'entrepreneur d'agir contre le client du promoteur, si ce dernier fait l'objet d'une procédure collective, c'est-à-dire dans l'hypothèse pratique la plus importante[1]. Il semblait pourtant que le promoteur assurait un rôle centralisateur qui devrait créer un écran insurmontable entre les locateurs d'ouvrage et le client, celui-ci n'ayant qu'à verser le prix et la rémunération[2]. Les situations se sont donc rapprochées. Elles restent cependant très différentes quant aux conditions de cette action directe, en particulier vis-à-vis de l'exigence d'un agrément de l'entrepreneur. Cet agrément est exigé pour les sous-traitants et l'article 1831-3 réitère cette condition : «le promoteur ne peut se substituer un tiers dans l'exécution des obligations qu'il a contractées envers le maître de l'ouvrage sans l'accord de celui-ci». Un tel agrément est au contraire sans objet lorsque l'entrepreneur exécute un travail dont le promoteur ne s'est pas personnellement chargé : le choix d'un locateur d'ouvrage constitue l'exécution même du mandat général que lui a donné son client.

957.– Hormis le cas particulier de la promotion immobilière, la mixité du contrat de base n'est pas un obstacle à l'application de la loi de 1975. Une solution identique semble beaucoup plus douteuse lorsque la prestation d'entreprise n'est plus qu'une obligation accessoire d'un contrat de base, que sa nature exclut du champ d'application de la loi : rigoureusement, le régime de l'obligation de paiement est alors déterminé par l'obligation principale de cette convention et le régime de la prestation secondaire ne peut que s'incliner, une éventuelle distributivité ne s'imposant plus avec évidence[3]. Un arrêt de la Cour de Paris a cependant adopté la solution inverse pour un contrat de vente d'un système d'alarme, dont l'installation promise par le vendeur, avait été sous-traitée[4]. La solution n'emporte pas la conviction et il paraît bien difficile d'en mesurer la portée : toutes les installations d'un objet vendu pourraient relever de cette analyse, de même que les services après-vente intégrés dans le contrat de cession. Une position plus prudente conduit à réserver le bénéfice de la sous-traitance aux contrats de base dont la nature est celle d'un contrat d'entreprise, de transport ou de contrat mixte possédant l'une de ces qualifications de référence.

---

(1) Civ. 3e 8 mars 1977, D. 1979, IR, p.122 ; JCP1978, II, 18945, note P. MEYSSON ; RTD civ. 1977, p.787, note G. CORNU ; Rev. dr. imm. 1979, p.91 ; Gaz. Pal. 1977-2-p.421, note M. PEISSE.

(2) Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n°508 et n°515.

(3) Le problème ne se pose pas si le contrat principal entre dans le champ d'application de la loi de 1975 : les deux prestations principale et accessoire pouvant bénéficier de ce texte, une sous-traitance de la prestation accessoire peut entraîner l'application de la loi sans contrarier le régime de l'obligation principale (pour un exemple : sous-traitance du chargement dans un transport).

(4) Paris 25e ch. 30 octobre 1981, Juris-Data n°27897.

SECTION 2

LE SOUS-TRAITE

958.– Comme pour le contrat de base, la loi de 1975 adopte une conception restrictive du sous-traité. Toutes les conventions susceptibles de dériver du contrat principal ne se voient pas reconnaître la qualification de sous-traitance. Seules celles qui prévoient la reprise des engagements de l'entrepreneur principal en bénéficient. Cette substitution dans l'exécution est la marque spécifique de l'opération. Après avoir explicité la nature juridique du lien qui unit le sous-traité au contrat de base (I), il sera possible de préciser davantage les qualifications effectivement concernées par le texte (II), et de conclure sur le caractère complémentaire de la qualification de sous-traitance (III).

I - LA NATURE JURIDIQUE DU LIEN UNISSANT LE SOUS-TRAITE AU CONTRAT DE BASE

959.– Selon l'article premier de la loi, l'entrepreneur principal doit «confier» au sous-traitant «tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage». Toute l'originalité de la sous-traitance est contenue dans cette formule qu'il convient d'analyser davantage pour mettre en lumière le critère précis de cette qualification[1].

La définition légale insiste bien, et c'est un préalable important, sur la nécessité d'un rapport entre deux conventions et non entre un contrat et une chose : il ne s'agit pas de confier au sous-traitant l'exécution de l'ouvrage, mais l'exécution du contrat

---

(1)Critère est ici synonyme de relation d'équivalence. Tous les contrats répondant à ce critère sont des contrats de sous-traitance et tous les contrats de sous-traitance répondent à ce critère.

principal. La nécessité des prestations du sous-contractant pour la réalisation de l'ouvrage ne suffit pas, ce sont les obligations de l'entrepreneur principal qu'il faut scruter.

960.– Le sous-traitant exécute le contrat de base, il accomplit tout ou partie des obligations de l'entrepreneur principal. Le contrat de base et le sous-traité sont par conséquent caractérisés par une identité d'objet[1]. Plus précisément, le sous-traitant doit être tenu par les mêmes obligations que l'entrepreneur principal, sur le même objet de la prestation. Cette double identité d'objet (obligation et prestation) ne s'étend pas à l'objet du contrat[2]. En effet, le sous-traité ne reprend pas obligatoirement toutes les obligations du contrat principal : il lui est loisible de n'en viser qu'une partie seulement. Dans cette hypothèse, si le sous-traitant n'exécute, par exemple, qu'une des obligations d'un contrat de base mixte, les deux objets du contrat ne seront pas les mêmes, sans que la qualification de sous-traitance soit remise en cause.

961.– L'identité d'objet est cependant insuffisante pour caractériser la sous-traitance[(3)]. Si c'était le cas, un contrat d'entreprise conclu entre A et B, ayant même objet de l'obligation et de la prestation qu'un contrat d'entreprise conclu entre A et C devrait être un contrat de sous-traitance. La critique est aisée : en se limitant aux éléments indiqués, la convention qui unit A et C pourrait tout aussi bien être le sous-traité. L'identité d'objet, à celle seule, engendre une relation égalitaire entre deux contrats. Or le lien qui unit le sous-traité au contrat de base est un rapport hiérarchisé. Hypothèse d'école : une entreprise A, pour plus de sécurité, fait contrôler une de ses installations par deux techniciens spécialisés B et C. Le schéma est exactement celui évoqué plus haut : deux contrats, un contractant commun, identité absolue d'objet de l'obligation et de la prestation. Pourtant, les deux conventions A-B et A-C ne peuvent être qualifiées de contrat de base et de contrat de sous-traitance. Elles sont sur un pied d'égalité. Cette absence de hiérarchie a pour conséquence l'absence de substitution dans l'exécution : bien que tenus par des obligations rigoureusement identiques, les

---

(1)Ceci justifie a priori, mais a priori seulement, le classement de ce groupe dans la catégorie des chaînes de contrats. La situation est en réalité beaucoup plus complexe (cf. infra n°962 et s.).

(2)Contra : J. NERET, Thèse précitée, n°129, p.103.

(3)Il faut rappeler que la discussion ne porte plus ici que sur des contrats de base soigneusement délimités, dont sont exclus en particulier ceux comprenant à titre principal, une obligation de donner. Il est clair que sans cette limitation, l'identité d'objet constituerait un critère encore plus insuffisant : il existe des différences importantes entre la sous-traitance et les ventes successives (J. NERET, Thèse précitée, n°205 à 208, p.160 sur l'objet et la cause du sous-contrat).

deux contractants exécutent personnellement leur prestation[1]. Pour qu'il y ait sous-traitance, il est indispensable que l'identité d'objet soit «orientée», hiérarchisée. Si le sous-contrat a le même objet que le contrat de base, c'est pour en assurer l'exécution. C'est ce qu'exprime l'idée de «reprise» des engagements de l'entrepreneur principal. Les obligations ne sont pas seulement identiques in abstracto, dans leur genre (par exemple, deux entreprises qui se partagent l'installation de la plomberie d'une même maison), mais in concreto. Il se produit une substitution dans l'exécution qui n'est pas une cession de contrat[2]. Les deux conventions restent distinctes, mais l'entrepreneur fait exécuter à sa place tout ou partie de ses obligations par le sous-traitant. Autrement dit, la reprise des engagements ne se réduit pas à une simple identité d'objet, mais exprime simultanément la finalité, la cause de cette identité[(3)].

962.– Car c'est bien de cause dont il s'agit. La cause immédiate de l'obligation de l'entrepreneur principal réside dans la perspective de l'exécution par le sous-traitant de son engagement et celle de l'obligation du sous-traitant, dans l'engagement corrélatif de l'entrepreneur de payer le prix convenu. Cependant, l'entrepreneur conclut le sous-contrat afin d'exécuter le marché principal qu'il a passé avec le maître de l'ouvrage et, ainsi, réaliser l'ouvrage convenu. Il y a là une cause objective médiate, spécifique d'un lien d'accessoire par destination, qui réalise l'insertion du sous-traité dans un groupe de contrats.

Comme souvent, cause et objet demeurent toutefois fortement imbriqués. D'un côté, le sous-contrat est conclu pour assurer l'exécution du contrat principal : cette finalité particulière «oriente» l'identité d'objet. De l'autre, tous les contrats poursuivant cet objectif ne sont pas des contrats de sous-traitance : seuls bénéficient de cette qualification ceux qui stipulent une reprise des engagements prévus par le contrat de base, et une location de matériel, par exemple, ne répond pas à cette définition.

La notion d'objet joue de surcroît un rôle supplémentaire, qui est courant lorsqu'une cause médiate d'un contractant est érigée en critère de qualification : elle

---

(1)Pour une hypothèse voisine (mais en dehors du domaine de la loi de 1975), la coassurance (plusieurs assureurs pour le même risque) qui se distingue de la réassurance (assurance de l'assureur) : B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°132, p.74 et 206 et s., p.108 et s. ; J. NERET, Thèse précitée, n°65, p.58.

(2)V. ROULET, «Définir la sous-traitance», chr. précitée, n°43, p.266 ; Y. DOUSSET, Thèse précitée, p.50 et s.

(3)Cette identité causée entraîne l'existence d'une autre particularité. Dans la sous-traitance, l'entrepreneur principal se décharge d'une obligation. Il est donc débiteur dans le contrat de base et créancier dans le second. Au contraire, dans les hypothèses de cotraitance, de coassurance ou dans l'exemple indiqué de double contrôle technique, le contractant commun est deux fois créancier.

permet «d'objectiver», au sein du contrat conclu par les parties, le mobile requis par la structure normative de qualification. En effet, la prestation du sous-traitant n'est pas originale : elle existe déjà dans le contrat de base. Elle va reprendre les caractéristiques générales de l'obligation imposée le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal[1]. Le sous-traitant sait donc que son intervention s'insère dans le cadre d'un travail plus global. La cause médiate de l'entrepreneur entre nécessairement dans le champ contractuel : la connaissance par le sous-traitant du mobile de l'entrepreneur engendre en quelque sorte une conscience commune de l'existence du groupe, sur lequel est fondé l'apparition d'une qualification originale[2].

963.– Reprenant en définitive la notion de sous-contrat exposée par M. Neret, mais dans un sens plus restrictif, la loi de 1975 accorde la qualification de contrat de sous-traitance à toute convention simple de transport ou d'entreprise et à toute convention mixte possédant l'une de ces qualifications de référence, lorsque celles-ci sont conclues pour assurer l'exécution d'un autre contrat de même nature[3]. De manière plus abstraite, il est nécessaire que le débiteur du prix dans l'une des trois conventions évoquées, se soit engagé dans le but médiat d'exécuter une prestation principale de transport ou d'entreprise qu'il avait lui même souscrite à l'égard d'un tiers.

La combinaison de la cause et de l'objet que réalise ce critère suscite une importante difficulté. Elle paraît remettre en cause l'appartenance du contrat de sous-traitance, et plus généralement du sous-contrat, à la catégorie des chaînes de contrats, puisque l'utilisation de la cause était réservée par M. Teyssié aux ensembles de contrats. Le sous-contrat ne serait-il pas un sous-ensemble commun de ces deux catégories, l'intersection des chaînes et des ensembles ? La réponse à cette question est délicate et nécessite quelques développements. Le problème est fondamental : il s'agit de savoir si la classification de M. Teyssié doit être révisée, soit par la création d'une nouvelle

---

(1)La distinction faite par la pratique entre la sous-traitance transparente et non transparente ne contrarie pas cette analyse. L'opacité (délimitation spécifique des devoirs du sous-traitant et non reprise exacte des engagements de l'entrepreneur principal) ne peut être que relative : elle vise les conditions de prix, de paiement mais, pas l'objet et le mode d'exécution des travaux (cf. B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.74 et s. et p.252 et s.).

(2)Cette conscience peut parfaitement exister même si le sous-contrat précède le contrat de base. (cf. supra n°946 (note)). En revanche, cette conscience de l'existence du groupe n'existe pas forcément entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage, ce que tente de réparer la procédure d'agrément. Le défaut de conscience n'est pas sans limite : «un maître d'ouvrage ne peut ignorer qu'un entrepreneur général de construction n'effectue pas lui même les travaux de plomberie ou d'électricité» (MAZEAUD, T.3, vol. 2, n°1379-2, note 4, p.832).

(3)Que l'une d'un des trois types cités : transport, entreprise ou mixte.

catégorie de groupes, soit par la remise en cause du critère des chaînes : l'identité d'objet.

964.- La notion d'objet utilisée par M. Teyssié semble relativement imprécise[1]. Si toutes les chaînes révèlent une identité d'objet des contrats qui les composent, il ne s'agit pas toujours d'une identité absolue (contrat, obligation, prestation). L'objet du contrat du sous-traité et du contrat de base n'est pas forcément identique[2]. L'auteur en fournit lui même la preuve puisqu'il range (discrètement) dans cette catégorie le binôme contrat préparatoire-contrat définitif[3]. Or, il est impossible de soutenir qu'un pacte de préférence ou un accord de principe ont le même objet (contrat ou obligation) et la même nature que la vente qu'ils annoncent. Seule une similitude d'objet de la prestation associe ces conventions.

La critique n'est pas cependant irrémédiable. Une triple identité d'objet assure à elle seule la solidité du groupe, même si celui-ci se constitue entre parties multiples (ventes successives). Si cette identité diminue, la cohésion ne peut se maintenir qu'avec le soutien d'autres éléments. Pour les contrats préparatoires c'est l'identité de contractants qui peut être invoquée pour rapprocher deux conventions unies par la seule identité d'objet de la prestation. Dans les chaînes par diffraction, l'identité ne va pas jusqu'à celle d'objet du contrat[4]. Mais c'est alors la cause du sous-contrat qui parfait l'unité du groupe. Le débat, dès lors, rebondit et le colmatage d'une petite fuite conduit à l'ouverture d'une grande brèche.

965.- Puisque les chaînes par diffraction se caractérisent par une identité d'objet et une unicité de cause, elles répondent donc aussi à la définition des ensembles de contrats[5]. L'affirmation n'est pas surprenante puisque M. Goubeaux, dès 1967, étudiait sous la catégorie unique d'accessoire, des contrats accessoires par destination (par exemple le cautionnement, rangé dans les ensembles à dépendance unilatérale par M. Teyssié) et des contrats relevant de l'accessoire par «production» : la sous-location[6]. M. Teyssié lui-même a bien senti la proximité de ces groupes, puisqu'il

---

(1)Cf. supra n°943 (note).
(2)Cf. infra n°971 et s. Contra justement : B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°124, p.70.
(3)Thèse précitée, n°93, p.52.
(4)Cf. en ce sens, D. CHEDEVILLE, Thèse précitée, n°163, p.172-173, à propos d'une sous-location. Pour cet auteur, le lien qui unit sous-location et bail principal est purement matériel (objet de la prestation).
(5)J. NERET, Thèse précitée, n°209 et s., p.162 et s.
(6)Cf. supra n°399. La sous-traitance est techniquement un accessoire par destination (cf. supra note n°398 (note), n°962 et infra n°989).

relève pour tous deux, bien qu'il les ait classés dans des catégories différentes, une communauté de régime dans l'uniformisation des rapports contractuels[1].

Faut-il alors adopter une classification tripartite des groupes de contrats identité d'objet, identité de cause, identité d'objet et de cause[2] ? Cette analyse est en réalité trop schématique. Il existe en effet d'autres groupes que le sous-contrat qui répondent à une identité d'objet et de cause : coassurance, réseau de concessions ou d'agents d'assurance. Or ces groupes sont très différents des chaînes par diffraction. De plus, l'identité de cause prétendue recouvre une réalité plus complexe : un groupe peut être cimenté par la cause, soit parce qu'un contrat est la cause d'un autre (pas d'identité), soit parce que tous les contrats ont pour cause médiate, le groupe lui-même[3]. Sans vouloir entrer dans le détail, quelques propositions de solution peuvent être formulées. Toutes les chaînes décrites par M. Teyssié présentent au minimum deux points communs : une identité d'objet de la prestation (ventes successives, contrats préparatoires, sous-contrat, contrats expressément ou tacitement reconduits)[4] et une absence de personnage central. Cette dernière condition est fondamentale car elle est incompatible avec les ensembles. Elle est assurément remplie lorsque les contrats composant la chaîne sont conclus par les mêmes contractants (contrats préparatoires, contrats reconduits). L'identité de l'objet de la prestation peut alors suffire (contrats préparatoires), mais elle est parfois largement dépassée (contrat reconduits). Lorsque les contrats sont conclus entre parties différentes, tout dépend de la nature de l'obligation : obligation de donner (chaîne par addition) ou de faire (chaîne par diffraction). La triple identité d'objet de contrats comportant une obligation de donner, confère obligatoirement au groupe une structure linéaire du fait de l'essence même de cette obligation (translation) : chaque contractant reçoit un droit qu'il transfère ensuite, aucun n'occupe de place privilégiée. Dans les chaînes par diffraction la règle semble aussi respectée. Certes, l'entrepreneur principal est au cœur de la naissance du groupe[5]. Mais il n'occupe pourtant pas une position dominante : comme pour chaque maillon des chaînes par addition (ventes successives), s'il est débiteur dans un contrat (convention de base), il est créancier dans le second (sous-traité)(6). Cet équilibre oppose nettement le sous-contrat aux autres groupes marqués par une identité de cause

---

(1)Thèse précitée, n°434 et s., p.216 et s.
(2)Cf. en ce sens, B. GARRIGUES, Thèse précitée, note 4, p.289.
(3)Cf. infra, Section 2, paragraphe 2.
(4)V. aussi Ph. DELEBECQUE, art. précité, p.25, texte et note 4.
(5)P. CATALA, préface à la thèse de J. NERET, précitée, p.XVI : «personnage-pivot».
(6)Plus précisément, s'agissant de contrats simples, débiteur de l'obligation caractéristique dans un contrat, il est créancier de l'obligation caractéristique dans l'autre.

et d'objet, dans lesquels un contractant occupe une position centrale où il bénéficie de plusieurs créances identiques (assuré, concédant, compagnie d'assurances). Dès lors que le critère des chaînes est réorienté vers la linéarité, une nouvelle catégorie ne s'impose pas. Même un peu spéciales, les chaînes par diffraction restent des chaînes de contrats.

II - LES QUALIFICATIONS DU SOUS-TRAITE

966.- Les considérations théoriques précédemment exposées permettent de mieux saisir pourquoi certaines superpositions contractuelles sont exclues du domaine de la loi de 1975 (A). Malgré l'identité d'objet du sous-traité et du contrat de base, il sera ensuite possible de constater dans certaines hypothèses, une disparité dans la qualification des deux conventions (B).

A) Les qualifications exclues

967.- Pour être qualifié de sous-traitance, le sous-contrat doit stipuler les mêmes obligations qu'un contrat simple d'entreprise ou de transport ou qu'un contrat mixte possédant cette qualification de référence, qu'il a pour finalité d'exécuter (identité «orientée» ou de substitution). La sous-traitance est par conséquent exclue lorsque le sous-traité prévoit (à titre principal) une obligation que la convention de base ne contient pas. Ainsi, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre une décision qui avait refusé la qualité de sous-traitant d'un constructeur d'ouvrage, au loueur d'une grue avec chauffeur[1]. La Cour, qui ne se contente pas de requalifier le contrat en louage de choses, affirme que le demandeur «qui n'avait pris aucune responsabilité directe dans la réalisation de l'ouvrage, ne s'était pas substitué à la société... dans l'exécution de ses obligations mais avait uniquement mis à la disposition du maître d'œuvre un matériel qu'il ne possédait pas pour lui permettre de remplir une mission dont il ne s'était pas déchargé». Le début de l'attendu est rédigé de manière ambiguë. Il pourrait laisser croire que la Cour exige du

---

(1) Civ. 3e 21 avril 1982, Bull. civ., III, n°102, p.72 ; Rev. dr. imm. 1982, p.515, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; RTD civ. 1983, p.552, obs. Ph. REMY.
Dans le même sens : Paris 22 mai 1990, D. 1990, IR, p.159 ; Rev. dr. imm. 1990, p.369, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Com. 12 mars 1991, D. 1991, IR, p.104 ; Juris-Data n°644 ; Rev. dr. imm. 1991, p.346 ; D. 1992, somm. p.112, obs. A. BENABENT (location d'une grue, d'un compresseur et mise à disposition d'un poste à quai).

sous-traitant une intervention sur le site[1]. Son final est heureusement beaucoup plus clair. Les seules obligations de l'entrepreneur principal portent sur l'exécution d'un travail (assorti éventuellement d'une fourniture de matière). Aucune substitution ne s'est effectuée à leur propos. Traditionnellement, il appartient à l'entrepreneur de se trouver en mesure d'exécuter ses obligations par les moyens qu'il désire ; mais la fourniture du matériel nécessaire à la construction n'entre pas dans le champ contractuel de la convention de base[2]. La location de la grue, si elle est nécessaire à l'exécution de l'ouvrage, n'est pas l'accomplissement par le loueur d'une obligation de l'entrepreneur, mais une prestation nouvelle, originale par rapport au contenu de la première convention. Il n'y a ici aucune identité d'objet, même si le second contrat a été conclu pour faciliter l'exécution du premier.

968.– Même si le sous-contrat a en tout ou partie les mêmes prestations que le contrat de base, la qualification de sous-traitance ne lui est accordée que s'il y a reprise des engagements de l'entrepreneur principal, déchargeant ce dernier d'une exécution personnelle. Tel n'est pas toujours le cas. Le contrat d'entreprise avec fourniture de matière en constitue un premier exemple[3]. Il est extrêmement fréquent, en pratique, qu'un contrat d'entreprise contienne, à titre accessoire, une obligation de fourniture. L'entrepreneur pour exécuter son travail doit livrer des matériaux qu'il doit se procurer généralement au moyen de contrats de ventes conclus avec des tiers. Le contrat principal est un contrat d'entreprise ; la convention dérivée a, pour partie, le même objet que le contrat de base. Pourtant, la quasi-totalité des auteurs refuse au fournisseur la qualité de sous-traitant[4]. Cette solution est justifiée par deux arguments.

---

(1)Critère qui n'est pas celui de la jurisprudence, cf. supra n°467-468 et infra n°974 et s.

(2)Il serait spécieux de jouer sur les mots. Si le maçon «doit» fournir la truelle, ce n'est pas parce que le contrat «l'oblige» à fournir les outils, mais parce que le maître n'a pas à s'occuper de ce point à propos duquel il n'a rien stipulé. Le maçon doit tout faire pour exécuter le travail promis : si ce dernier nécessite un outillage, à lui de se le procurer. Toute autre analyse est artificielle (par exemple pour le contrat de base : obligation de construire un ouvrage, plus obligation de se fournir à soi même des outils ; pour le sous-traité : sous-traitance de l'obligation de fournir l'outillage auprès du loueur).

(3)V. en ce sens : Com. 12 mars 1991, précité (fourniture d'eau et d'électricité).

(4)MAZEAUD, op. cit., n°1379 ; RODIERE, op. cit., loc. cit. ; A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°19 et n°29 ; B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.16 ; G. FLECHEUX, chr. précitée, loc. cit. ; J.-Cl. FOURGOUX et POUX-JALAGUIER, op. cit., p.134 ; M. BOIZARD, Rép. précité, n°22 et s. ; Ch. GAVALDA, Recherches Panthéon-Sorbonne, op. cit., p.16.
Contra : V. ROULET, «Définir la sous-traitance», chr. précitée, p.267 ; «Six années d'application», chr. précitée, qui donne à notre avis trop d'importance au silence des parlementaires sur ce point, alors que le texte et la théorie générale du sous-contrat suffisent à justifier la solution ; adde du même auteur, «Le sous-traité peut être un contrat de fourniture», Petites Affiches 1 janvier 1982, p.13, à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1981 qui aurait retenu cette solution (implicitement, semble-t-il, le texte de l'arrêt n'étant pas fourni).

Un argument de texte tout d'abord. Contrairement au contrat de base, ce n'est pas ici l'article 1 de la loi qui est décisif. Aucun terme de ce texte n'impose au sous-traitant d'être lui aussi un locateur d'ouvrage. Certes, les sous-traitant se voient confier «l'exécution du contrat d'entreprise». Mais cette formule n'est pas déterminante puisque l'exécution par le sous-contractant peut n'être que partielle et porter ainsi sur une obligation accessoire non qualifiante dont la nature risque d'être différente. L'article 2 est au contraire très net : «le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propos sous-traitants». Indirectement mais nécessairement, par la reproduction du rapport initial que cette disposition impose aux différents sous-traités, le texte reconnaît que le contrat de sous-traitance doit avoir la même nature que la convention de base, c'est-à-dire entreprise, transport ou contrat mixte. L'article détermine ainsi la nature des contrats que la qualification de sous-traitance va catégoriser. Le deuxième argument, plus théorique est en définitive le même que celui qui avait déjà été avancé pour exclure la vente des conventions de base visées par la loi de 1975. Que l'obligation de fourniture soit principale ou accessoire dans la convention principale importe peu : dans les deux cas la nature translative de l'obligation de donner rend impossible toute substitution dans l'exécution. Quand l'entreprise achète les matériaux ou les éléments nécessaires à l'exécution de son travail et à l'accomplissement de son obligation de fourniture, ces biens rentrent dans son patrimoine : elle exécute par conséquent personnellement l'obligation de donner qui lui incombe.

969.- De la même manière, le commissionnaire de transport qui conclut un contrat de transport avec un voiturier, ne suscite pas la création d'une convention de sous-traitance[1]. Tout d'abord, le contrat de base n'est pas de ceux que vise le texte. Malgré les similitudes (déplacement, indépendance du commissionnaire, possibilité d'effectuer lui-même une partie du parcours), la commission de transport n'est pas un contrat d'entreprise, mais une variété de mandat sans représentation. Ensuite et surtout, en organisant le transport par la conclusion de convention diverses, le commissionnaire ne se décharge pas sur le transporteur de sa mission ; tout au contraire, il l'exécute. Sa tâche est de «soigner» le transport et pour cela de conclure

---

Cette solution a d'ailleurs redonné de l'importance à la distinction vente-entreprise en doctrine (cf. Commission de la sous-traitance RTD com. 1980, p.1) et en jurisprudence (cf. par exemple : Paris 11 juillet 1983, Gaz. Pal. 1983-2-p.723 ; Civ. 3e 5 février 1985, Bull. civ., III, n°23, p.16 ; Paris 25 mai 1990, Rev. dr. imm. 1990, p.371 (cuisine intégrée) ; cf. supra n°458).

(1)Contra : Tb. com. Paris 10 septembre 1981, Bull. transp. 1981, p.459, obs. critiques RODIERE, Bull. transp. 1981, p.450 ; Reims 21 octobre 1985, n°627, inédit : «il ne peut être sérieusement contesté que la loi du 31 décembre 1975 est applicable à la commission de transport, le voiturier étant le sous-traitant du commissionnaire».

tous les contrats de transport, d'assurance, d'entreprise qui s'avèrent nécessaires. L'agrément exigé par la loi de 1975 est ici une contrainte inutile, l'expéditeur ayant justement donné mission à son contractant de choisir des exécutants compétents. Par conséquent, même si le domaine réservé du contrat de base avait inclus la commission, et du fait de l'absence d'un véritable remplacement dans l'exécution, le groupe composé d'un contrat de commission de transport et des conventions conclues en application de celle-ci, n'aurait pu bénéficier du régime de la sous-traitance(1).

970.- Enfin, pour être complet, il convient d'ajouter, que l'article 2 de la loi de 1975, dont découle l'exigence d'une similitude de nature entre la convention de base et le sous-traité, exclut également deux autres conventions de second rang. Le sous-traité ne peut être un contrat de mandat, dans l'hypothèse plausible où le contrat de base contiendrait un mandat accessoire[2], bien que les exigences de la loi soient par ailleurs satisfaites. Il est d'autre part impossible qu'un sous-traitant soit lié à l'entrepreneur principal par un contrat de travail. Toute l'économie de la loi de 1975 repose sur l'existence de contractants indépendants. Le marchandage fait d'ailleurs l'objet d'un réglementation spécifique[3].

Bien qu'il ait été loisible au législateur de s'en écarter, la conception retenue par la loi de 1975 pour le contrat de sous-traitance s'apparente parfaitement à la théorie du sous-contrat, conçue de manière restrictive.

B) La disparité de qualification entre contrat de base et sous-traité

971.- Après avoir affirmé que le contrat de base et le sous-traité doivent être unis par une identité d'objet, il est paradoxal de prétendre que les deux conventions peuvent différer dans leur qualification. L'origine de cette situation réside dans la possibilité d'une reprise seulement partielle des engagements de l'entrepreneur principal. Bien évidemment, la substitution totale de ce dernier dans l'exécution de ses obligations confère nécessairement au sous-traité la même qualification que le contrat

---

(1)Cette hypothèse doit être distinguée du groupe commission-sous-commission étudié plus haut (cf. n°949) que seule la délimitation législative du contrat de base écarte du champ d'application de la loi de 1975.

(2)Mandat à un architecte par exemple ou mandat d'encaissement, d'assurance ou de dédouanement à un transporteur.

(3)Cf. Y. DOUSSET, Thèse précitée, p.36-37 ; J. NERET, Thèse précitée, n°73, p.64 ; MAZEAUD, op. cit., n°1380 ; La Semaine Sociale Lamy, 16 juin 1986, supplément au n°315, sur le prêt de main d'œuvre, n°34 à 57. Cf. en dernier lieu : Crim. 29 octobre 1985, Guegan, Liaison sociales, n°5744, p.7.

de base[1]. Une substitution seulement partielle, en revanche, peut entraîner des distorsions, pour des raisons tenant à la théorie générale des qualifications[2].

972.– Un premier groupe de disparités se rattache aux principes de qualification régissant le contrat de base. La nature de ce dernier est déterminée par ses obligations principales. Si le contrat de base contient plusieurs obligations caractéristiques, autrement dit, s'il s'agit d'un contrat mixte par addition, le sous-traité peut ne reprendre que l'une d'entre elles ; il s'identifiera alors à l'une des qualification de référence du contrat mixte. Tel est le cas d'un contrat complexe entreprise-vente dont la partie travail serait sous-traitée.

Ensuite, les obligations accessoires n'influent pas sur la qualification : elles s'intègrent au contrat dans une mesure qui sera précisée plus loin[3] et perdent leur qualification propre. L'écran constitué par les obligations principales n'est pas définitif. En particulier, la conclusion d'un sous-contrat portant uniquement sur une obligation accessoire de la convention principale va faire réapparaître cette qualification, qui peut ne pas être rigoureusement identique à celle du contrat de base. L'hypothèse se présente pour le contrat de transport. Il est possible qu'un transporteur soit obligé d'exécuter le chargement, le déchargement, voire même le conditionnement de la marchandise. Le transporteur peut se décharger d'une de ces obligations auprès d'un tiers. Les conditions de la loi de 1975 sont remplies ; pourtant le contrat de base est un contrat de transport, alors que le sous-traité est un simple contrat d'entreprise.

973.– Un second groupe de distorsions dépend au contraire de la nature propre du sous-contrat. Le caractère partiel de la reprise des obligations de l'entrepreneur peut modifier la nature du contrat. Dans une première hypothèse, le sous-traité peut

---

(1)Rappr. en dehors de la loi de 1975 le curieux schéma admis explicitement en appel et constituant une des explications de l'arrêt de cassation par : Paris 7e ch. B 11 juin 1987, Juris-Data n°23168, pourvoi rejeté par Civ. 1e 29 mars 1989, JCP 1990, II, 21415, note E. PUTMAN et B. SOLLETY (contrat principal de location de coffre-fort avec procuration et (?) sous-contrat de dépôt entre le locataire et le mandataire).

(2)Cette disparité dans la qualification est clairement admise par M. NERET (Thèse précitée, n°155 et s., p.124 et s. et n°191 et s., p.151 et s. ; préface CATALA, p.XVII ; V. ROULET, «Définir la sous-traitance», chr. précitée, n°45, p.267) mais refusée par M. TEYSSIE (Thèse précitée, n°124, p.70) qui exige des deux conventions une identité d'objet et de nature. Cette limitation excessive résulte, semble-t-il, d'une relative imprécision dans la notion d'objet utilisée (cf. supra n°964). V. aussi : R. CABRILLAC, «L'acte juridique conjonctif», Thèse LGDJ 1990, n°155 (qui limite le sous-contrat à des hypothèses où le sous-traité a la même obligation caractéristique et principale que le contrat de base) ; Ph. JESTAZ, obs. Gaz. Pal. 1984-1-pan p.87, sous Civ. 3e 2 novembre 1983.

(3)Cf. infra n°1020 et s.

constituer un contrat mixte, entreprise-vente par exemple[1]. Pour les mêmes raisons que précédemment[2], le bénéfice de la sous-traitance est conservé : le régime légal de la loi de 1975 se rattache à l'obligation de paiement de l'entrepreneur principal. Le contrat étant mixte, ses qualifications de référence sont à égalité et la fongibilité de l'argent permet une distributivité des régimes de chaque obligation. Simplement, l'action directe ne pourra bien entendu être exercée que pour les sommes correspondant aux prestations de service et non pour celles se rapportant, par exemple, à un transfert de propriété. En revanche, cette distributivité doit être exclue lorsque la prestation de service reprise du contrat de base n'est qu'une prestation accessoire d'un sous-traité qui par nature échappe à la loi de 1975. Ainsi, le fournisseur qui s'engage à installer le bien fourni n'est pas un sous-traitant, même pour l'exécution de l'installation. Le régime du prix dans la vente s'oppose au régime de la prestation de service secondaire. Inversement, lorsque le sous-traité a la nature d'un contrat d'entreprise, son action directe s'exerce pour la totalité du prix promis par l'entrepreneur, y compris pour le montant des fournitures qui ont pu être intégrées dans la convention[3].

974.– L'examen de la jurisprudence montre que, celle-ci est encore loin d'avoir perçu cette possibilité de disparité dans les qualifications. Elle a même adopté parfois une solution diamétralement opposée, en imposant non seulement une identité de qualification, mais aussi une identité plus poussée de la nature même de l'obligation. Pour certaines décisions, la sous-traitance suppose une intervention sur le site, une participation matérielle à l'exécution du contrat de base[4]. La frontière de la sous-traitance ne passerait plus entre la vente et l'entreprise, mais au sein même du contrat d'entreprise[5].

975.– C'est ce que pourrait laisser croire une lecture rapide de l'arrêt de la troisième Chambre civile du 21 avril 1982[6] qui relève que le sous-contractant «n'a pris aucune responsabilité directe dans la réalisation de l'ouvrage». L'absence de toute

---

(1)Il s'agit toujours d'un contrat mixte par addition : si l'entrepreneur s'engage vis-à-vis du sous-traitant à une prestation en nature, l'action directe ou le paiement direct sont impossibles et la loi de 1975 est inapplicable.

(2)Cf. supra n°955.

(3)Ce qui élimine les craintes exprimées dans le compte-rendu de la Commission sur la sous-traitance, Rapport précité, RTD com. 1980, n°38. Contra : Ch. GAVALDA, Recherches Panthéon-Sorbonne, op. cit., p.16.

(4)J. RICATTE, «Quelques éléments sur l'application jurisprudentielle de la loi relative à la sous-traitance», JCP éd. CI 1983, 14124.

(5)Ph. REMY, obs. RTD civ. 1983, p.552 ; TGI d'Evry 13 mai 1982, D. 1982, IR, p.524.

(6)Civ. 3e 21 avril 1982, Bull. civ., III, n°102, p.72.

substitution dans cette affaire conduit cependant à restreindre considérablement la portée de cette affirmation, à la rédaction par ailleurs ambiguë. Le 18 janvier 1983, la troisième Chambre civile paraît pourtant confirmer cette position[1]. La Cour, après avoir rappelé que l'arrêt avait constaté l'absence de participation du sous-contractant «à la mise en œuvre des éléments [de charpente] fournis», estime que la Cour d'appel peut en déduire que le demandeur «ne pouvait prétendre avoir accompli un acte de production ou de service se rattachant à l'exécution de l'ouvrage ou de la prestation, pour le compte du maître de l'ouvrage, et avoir participé à l'exécution du contrat d'entreprise». L'attendu est sibyllin. Il peut signifier simplement que le sous-contractant n'est qu'un simple fournisseur ayant conclu avec l'entrepreneur principal, un contrat de vente. L'exigence d'une «mise en œuvre des éléments» ne serait qu'un critère de délimitation entre la vente et l'entreprise. Il est permis toutefois de penser que si telle avait été l'intention des hauts-magistrats, la formulation eût été plus directe. Jamais le mot vente n'est prononcé. Cette omission est d'autant plus importante que la Cour prend soin de relever que les fermes et chevrons ont été confectionnés en se conformant aux instructions de l'entrepreneur principal. Cette indication incite plutôt à voir dans le sous-traité un véritable louage d'ouvrage (travail spécial, instructions)[2].

976.– Cette jurisprudence est contestable. Elle s'appuie sur l'«exécution du contrat» mentionnée à l'article 1 de la loi du 31 décembre 1975, pour l'interpréter beaucoup trop restrictivement. Le constructeur d'un élément spécifique, à condition qu'il soit véritablement lié par un contrat d'entreprise, participe indiscutablement à l'exécution du contrat, puisqu'il décharge l'entrepreneur d'une de ses obligations. La sous-traitance est un sous-contrat ; cette qualification dépend de l'insertion d'une convention dans un groupe de contrats. Une relation doit s'établir entre deux conventions et non entre une convention et une chose. Par conséquent, la participation à l'exécution ne se détermine pas par rapport à une participation matérielle (lien avec une chose) mais par rapport aux obligations souscrites par l'entrepreneur principal (lien avec un contrat)[3].

---

(1) Civ. 3e 18 janvier 1983, Bull. civ., III, n°15, p.12 ; Gaz. Pal. 1983-1-pan. p.136 ; RTD civ. 1983, p.552, obs. Ph. REMY ; D. 1983, IR, p.280 ; JCP éd. CI 1983, 11434.

(2) Cf. d'ailleurs Civ. 3e 5 février 1985, Bull. civ., III, n°23, p.16 qui accorde la qualité d'entrepreneur et non de fournisseur au fabricant d'armatures métalliques ayant accompli «un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent».

(3) L'application de la loi sur la sous-traitance. Moniteur des travaux publics, 2 février 1981, p.69.

977.– Exiger une intervention sur le site entraîne d'autre part une conséquence regrettable. Il est fréquent que l'exécution du contrat de base nécessite l'accomplissement de prestations intellectuelles. Respecter cette jurisprudence conduit obligatoirement à refuser la qualité de sous-traitant aux sous-contractants chargés par l'entrepreneur principal d'effectuer ces opérations abstraites. Un auteur a pu parler de l'exigence d'une «homogénéité» du contrat de base et du sous-traité[1]. La terminologie spéciale nécessaire pour rendre compte de cette théorie est révélatrice. Elle démontre que la seule utilisation des critères légaux (reprise de l'exécution de tout ou partie du marché principal, ce qui entraîne identité des objets de l'obligation et de la prestation) ne permet pas d'exclure du bénéfice de la loi les prestataires intellectuels. Il est indispensable d'exiger une condition supplémentaire, l'homogénéité : le marché principal étant une prestation matérielle, le sous-traité doit présenter les mêmes caractéristiques. La faiblesse de l'argumentation est évidente : nulle part dans la loi n'existe une telle exigence. Ce serait donc ajouter au texte que d'imposer une homogénéité de la nature des obligations ou une intervention du sous-traitant sur le chantier.

978.– Cette interprétation restrictive de la loi de 1975 a été clairement condamnée par la Cour de cassation le 28 février 1984[2]. La Cour a cassé pour violation de la loi un arrêt de la Cour d'Angers refusant la qualité de sous-traitant à un ingénieur conseil chargé de réaliser la conception et les calculs d'une charpente. La motivation est d'une grande netteté : «les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise». Cette décision exclut donc toute limitation du domaine de la loi au détriment des prestataires intellectuels et par voie de conséquence, abandonne le critère d'intervention sur le site[3] (si tant est qu'il ait véritablement existé). Elle redonne par la même toute son unité au contrat de base, en évitant sa scission entre une partie-conception et une partie-réalisation. La comparaison des motivations des deux décisions de la troisième Chambre civile du 18 janvier 1983 et du 28 février 1984 est édifiante. Après avoir insisté en 1983 sur le lien du sous-traité avec l'objet de la

---

(1)Intervention SAINT-ALARY au Colloque de la Chambre des Ingénieurs Conseils de France. Cf. «La loi sur la sous-traitance s'applique-t-elle aux ingénieurs-conseils et B.E.T. ?», Moniteur des travaux publics, 15 juillet 1983, p.59 ; G. VALENTIN, Thèse précitée, n°184 et s., p.164 et s. ; contra : MAZEAUD, précité, n°1379 in fine.

(2)Civ. 3e 28 février 1984, Bull. civ., III, n°51, p.39 ; D. 1984, IR, p.257 ; Gaz. Pal. 1984-1-pan-p.181 ; Gaz. Pal. 1984-2-p.628, note M. PEISSE ; H. PERINET-MARQUET, «Le fabricant sous-traitant : une hybridation difficile», JCP éd. N 1989, I, p.402.

(3)La loi 86-13 du 6 janvier 1986 n'a pas modifié cette solution, malgré les craintes d'un auteur (cf. supra n°951 (note)).

prestation (pas d'accomplissement «[d'] un acte de production ou de service se rattachant à l'exécution de l'ouvrage»), la Cour de cassation se réfère en 1984, à juste titre, à une relation unissant deux conventions («l'ingénieur-conseil avait participé, en engageant sa responsabilité personnelle vis-à-vis de l'entrepreneur à l'exécution du contrat d'entreprise»).

III - LE CARACTERE COMPLEMENTAIRE DE LA QUALIFICATION DE SOUS-TRAITANCE

979.– En conclusion, le critère du contrat de sous-traitance est clair : il s'agit de l'insertion dans un groupe spécifique d'une convention d'entreprise, de transport ou d'un contrat mixte possédant l'une de ces qualifications de référence. Il reste cependant à préciser le rôle de cette qualification vis-à-vis du régime applicable au contrat : elle opère une sous-catégorisation des contrats d'entreprise et de transport. L'accomplissement d'un travail ou d'un déplacement à titre onéreux et en toute indépendance entraîne, si le contrat est isolé, l'application des règles légales de chacune des qualifications. Si la convention est insérée dans un groupe, conformément aux exigences de la loi de 1975, la qualification de sous-traitance s'ajoute à la qualification primaire et justifie l'application d'un régime supplémentaire, prévu par le texte sur la sous-traitance. Tant au regard de la qualification que du régime, le contrat de sous-traitance est d'abord un contrat d'entreprise ou de transport, puis un sous-traité.

980.– La jurisprudence n'a pas toujours appliqué ce principe avec netteté. Elle a parfois exigé, de manière ambiguë, la preuve d'une faute du sous-traitant pour engager sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de l'entrepreneur principal[1]. Cette adoption d'un régime de responsabilité de droit commun au détriment du régime

---

(1)MAZEAUD, op. cit., 5e édit., T.3 vol. 2, n°1379-3 ; A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°62 et s. (précédente édition) ; Ch. GAVALDA, Rép. précité, n°180 et s. ; B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.249 et s.
Les exemples jurisprudentiels cités par ces auteurs sont pourtant peu convaincants, hormis Orléans 17 mai 1973, (D. 1974, somm. p.57). Deux décisions retiennent la faute du sous-traitant, sans, semble-t-il, en faire une règle absolue (Civ. 3e 8 juillet 1971, Bull. civ., III, n°450, p.321 ; 11 mars 1981, JCP 1981, IV, p.190). Deux autres décisions ne semblent avoir aucun rapport direct avec la question (Civ. 3e 9 mai 1972, Bull. civ., III, n°293, p.211 ; Com. 17 février 1981, Bull. civ., IV, n°87, p.67 ; JCP 1981, IV, p.157 ; ce dernier arrêt est rendu à propos d'une action délictuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant).

normal du contrat d'entreprise qui met à la charge de l'entrepreneur une obligation de résultat, est critiquable. Certes, le sous-traitant n'est pas soumis au régime spécial des constructeurs. Les articles 1792 et 2270 dans leur rédaction de 1967 ou de 1978 ne lui sont pas applicables[1]. Mais cela ne signifie pas pour autant que le sous-traité n'est pas un contrat d'entreprise et qu'il ne doit pas en subir les règles. L'exclusion du régime prévu par la loi du 4 janvier 1978 tient à la spécificité de la garantie-constructeur et non à la nature du contrat de sous-traitance. «En d'autres termes, le concept de constructeur apparaît ici comme un simple procédé de technique législative et n'a aucun rapport avec le contenu des obligations assumées. Ou pour être plus précis, il sert à régler le sort d'une obligation accessoire (celle de garantir) mais ne change rien à l'obligation principale (celle de construire). Or, c'est tout de même l'obligation principale et nulle autre qui permet de qualifier le contrat»[2]. C'est donc à juste titre que la Cour de cassation a abandonné sa position initiale pour soumettre le sous-traitant à une obligation de résultat[3]. Sauf exception justifiée par une incompatibilité entre le régime du contrat et celui prévu par la loi de 1975[4], le sous-traité obéit aux règles du contrat d'entreprise ou du contrat de transport[5].

---

(1)B. GARRIGUES, Thèse précitée, p.257 et s., qui révèle, qu'en pratique, les stipulations contractuelles étendent presque toujours la garantie constructeur au sous-traité.
Adde : Civ. 3e 25 juin 1985, Bull. civ., III, n°102, p.77 (qui affirme nettement l'inapplicabilité de 2270 par une substitution de motifs) ; Civ. 3e 20 juin 1989, AJPI 1990, p.271, obs. B. PHILIPPON.

(2)Obs. Ph. JESTAZ, sous Civ. 3e 2 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984-1-pan p.87.

(3)Civ. 3e 3 décembre 1980, Bull. civ., III, n°188, p.142 ; Rev. dr. imm. 1981, p.224 ; JCP 1981, IV, p.68 ; Civ. 3e 24 février 1982, Bull. civ., III, n°54, p.38 ; JCP 1982, IV, p.170 ; D. 1982, IR, p.240 ; Civ. 3e 3 mai 1983, JCP 1983, IV, p.215 ; Civ. 3e 21 mars 1984, Bull. civ., III, n°75, p.60 ; Civ. 3e 29 mai 1984, Bull. civ., III, n°106, p.83 ; Civ. 3e 23 octobre 1984, Bull. civ., III, n°171, p.134 ; Civ. 3e 13 juin 1990, AJPI 1990, p.867 ; Civ. 3e 15 janvier 1992, D. 1992, IR, p.64.
Adde : A. BENABENT, J.-Cl. précité, n°147 et s. ; M. BOIZARD, n°124 et s. ; Ph. Le TOURNEAU, «La responsabilité civile», 1982, n°1498.

(4)Pour l'article 1793 : Ch. GAVALDA, Rép. précité, n°109.

(5)Pour l'article 1788 du Code civil : Civ. 3e 2 novembre 1983, Bull. civ., III, n°210, p.161 ; Gaz. Pal. 1984-1-pan p.87, obs. Ph. JESTAZ ; pour le devoir de conseil : Civ. 3e 20 mars 1984, D. 1984 flash, n°17 ; Civ. 3e 16 octobre 1985, JCP éd. E 1985. ADG, p.415, n°15022 (le sous-traitant intervient souvent dans un domaine précis ou il possède une compétence technique supérieure à celle de l'entrepreneur principal qui n'est qu'un généraliste).
Il convient de remarquer que l'insertion dans un groupe agit ici indirectement, par le biais de la qualification, mais aussi directement sur le régime de la convention insérée. La doctrine et les tribunaux s'accordent en effet pour imposer à l'entrepreneur principal qui sous-traite un devoir de direction générale et de surveillance des travaux exécutés par le sous-traitant (Com. 20 octobre 1965, D. 1966, somm, p.57 ; Ch. GAVALDA, Rép. précité, n°99 ; G. VALENTIN, Thèse précitée, p.67 et s.). Une précision s'impose cependant : si l'entrepreneur principal doit surveiller le sous-traitant, c'est en raison de ses liens avec le maître de l'ouvrage. L'obligation accessoire de contrôle vient s'ajouter aux stipulations du contrat de base et ne peut dès lors influer sur le sous-traité. Cette solution n'est pas automatique. Il en serait autrement si la surveillance exercée par l'entrepreneur principal déguisait une véritable subordination dans l'exécution du travail : cette

981.- Il paraît intéressant de rapprocher de cette discussion, certaines propositions doctrinales récentes relatives au contrat de traction[1]. Dans cette convention, le propriétaire d'un tracteur routier prend en charge une semi-remorque chargée d'un conteneur (ou le conteneur seul, s'il possède la semi-remorque) auprès d'un autre transporteur ou d'un commissionnaire de transport. En pratique, le tractionnaire ne vérifie jamais les marchandises figurant dans le conteneur : la prise en charge peut ainsi être réalisée en... deux minutes trente, ce qui paraît nécessaire, surtout dans les ports. Dès lors, le problème est simple : s'il est responsable comme un transporteur, le tractionnaire devra répondre des avaries et des pertes dans les termes de l'article 103 du Code de commerce et il lui sera pratiquement impossible de démontrer que le dommage est survenu à l'occasion du déplacement exécuté par le précédent transporteur ou commissionnaire. Pour éviter cette solution injuste, l'I.D.I.T., sous l'impulsion du professeur Mercadal, a tenté de mettre au point un contrat de traction, relevant de la prestation de services, au sein duquel le tractionnaire ne répondrait que de sa faute prouvée, tant pour les dommages causés à la marchandise transportée, que pour ceux subis par le matériel remis (semi-remorque ou conteneur)(2).

Cette analyse n'est nullement choquante pour la remorque et le conteneur : ceux-ci font l'objet d'une mise à disposition par le transporteur ou le commissionnaire, au titre d'une prestation accessoire qui, insérée dans un contrat synallagmatique onéreux, renvoie, par analogie, aux règles du bail[3]. Elle est en revanche, malgré son opportunité, beaucoup plus discutable pour la marchandise, car elle aboutit à évincer une règle d'ordre public, l'article 103 du Code de commerce. Les justifications

---

perte de l'indépendance d'exécution caractéristique des contrats d'entreprise et de transport disqualifierait le sous-traité en contrat de travail, incompatible avec l'application de la loi de 1975 (cf. supra n°173 et s. ; Civ. 3e 17 février 1982, Bull. civ., III, n°50, p.36, «La définition du contrat de sous-traitance n'exclut pas toute possibilité de contrôle de l'entrepreneur principal sur le sous-traitant» ; Soc. 17 avril 1991, Bull. transp. 1991, p.410). La perte de la qualification de sous-traitance envisageable ne résulte donc pas d'une obligation accessoire générée par le groupe, puisque celle-ci affecte le contrat de base, mais provient des conditions d'exécution de l'obligation principale du sous-traitant.

(1)«Livre blanc sur la traction routière», Colloque de l'I.D.I.T., Rouen 20 juin 1985, avec les présentations de M. GOUT, p.11 et s. et de B. MERCADAL, p.19 et s. ; «Le contrat de traction», Bull. transp. 1979, p.501 ; RODIERE et MERCADAL, Droit des transports, 5e édit., n°131 ; Lamy Transport 1992, n°8.
Rappr. les problèmes sociaux et économiques du tractionnariat : D. GEFFROY, Bull. transp. 1988, p.434 ; Versailles 23 septembre 1987, Bull. transp. 1989, p.562 et les références citées supra n°954 (note).

(2)Cette solution n'est pas une simple application des règles du contrat d'entreprise et paraît comporter une clause d'allégement des obligations du prestataire en obligation de moyens.

(3)Cf. infra n°1145 et s. Le remettant de la remorque et du conteneur répondra donc des vices cachés de ceux-ci (en ce sens : Lamy Transport précité ; P. B., «Rapports du tractionnaire et de la semi-remorque qu'il tire», Mise à jour Lamy Transport, T. 1, n°9, juin 1990, C, n°7, p.2).

proposées sont intéressantes en ce qu'elles se fondent sur des éléments externes au contrat de déplacement, pour aboutir à sa disqualification. La perspective adoptée est compréhensible, car tous les autres éléments de qualification, du transport sont réunis : déplacement, à titre onéreux, par un professionnel, en toute indépendance[1], d'une chose dépourvue de rôle actif[(2)]. Un premier argument s'appuie sur la nature professionnelle des deux contractants[3] : le fondement de l'article 103 résiderait dans la protection du seul chargeur ou expéditeur, et le caractère impératif de ce texte n'aurait plus de raison d'être entre deux professionnels. Outre que cette analyse ajoute une condition au texte, elle paraît heurter des solutions bien établies, notamment dans les relations commissionnaire de transport/voiturier, où la qualification et le régime du transport ne sont pas discutées[4]. A cette première justification un peu trop générale, s'en ajoute une autre, plus spécifique, qui s'appuie sur la présence d'un groupe de contrat[5], sur la qualité des parties et sur la nature de l'objet de la prestation. Dans cette conception, le tractionnaire est un maillon d'un groupe de contrats : il exécute une partie du déplacement promis par le transporteur principal ou le commissionnaire au propriétaire de la marchandise. Ce dernier est suffisamment protégé par le bénéfice de l'article 103 qui pèse sur son contractant direct. Les recours entre celui-ci et le tractionnaire peuvent échapper à cette disposition, d'autant qu'au vu des modalités d'exécution du déplacement, le contrôle de l'état quantitatif et qualitatif de la marchandise s'effectue une seule fois, lors de la prise en charge auprès de l'expéditeur. Là encore, la solution n'emporte pas la conviction. L'insertion du contrat dans un groupe ne réalise en principe, sauf disposition contraire, qu'une catégorisation : le régime de base est complété par certaines règles supplémentaires. Il paraît douteux qu'en l'absence de texte ou de modification plus fondamentale de la structure du contrat (de nature causale, notamment), une disposition d'ordre public puisse être écartée[6]. La jurisprudence, dans sa majorité, ne semble pas prête à

---

(1)Il ne s'agit pas d'un contrat de location du tracteur (cf. notamment art. 7 du contrat, p.6). Mais l'hypothèse est envisageable : Paris 26 avril 1960, D. 1960, p.565 ; Paris 3 juin 1976, Bull. transp. 1976, p.320 ; Paris 7 juillet 1976, Bull. transp. 1976, p.356 ; Com. 7 mars 1977, Bull. civ., IV, n°68, p.60 ; Paris 5e ch. 14 septembre 1987, inédit, cité au n°8 du Lamy Transport.

(2)L'application des principes dégagés par la jurisprudence en matière de remorquage aboutit à une qualification de transport, cf. supra n°215 et s.

(3)Cf. B. MERCADAL, op. cit., p.22.

(4)RODIERE, «Les transports», 2e édit., n°712 ; rappr. n°724, sur les voituriers successifs.

(5)Elle n'est pas explicitée directement par M. MERCADAL ; rappr. cep. p.21 : «chaîne de transport». Adde aussi le second moyen de l'arrêt cité infra de la Cour de cassation du 8 juin 1983.

(6)Il convient d'ailleurs de noter que l'apposition de scellés constitue une protection efficace du tractionnaire contre les manquants. Cf. contrat précité, article 10, p.7. Comp. cep. avec les solutions sévères du droit maritime : A. CHAO, «Conteneurs plombés. Le transporteur est-il responsable de leur contenu ?», Bull. transp. 1992, p.67.

admettre celle possibilité[1] et rares sont les décisions qui acceptent la spécificité du contrat de traction[2].

982.- Ce premier exemple de qualification dépendant de l'insertion d'une convention dans un groupe de contrats est révélateur des difficultés d'analyse de la nature juridique du lien unissant un contrat «situé» avec les autres composants du groupe. Le postulat de base pour les chaînes, l'identité d'objet, a du être nuancé, par l'utilisation de la théorie de la cause. Pour l'étude des ensembles de contrats, le point de départ est différent : ces groupes se caractérisent selon M. Teyssié par une identité de cause. Là encore, pourtant, au travers de la très grande diversité de ces assemblages, le rôle de l'objet va s'avérer perceptible.

---

(1) Paris 20 octobre 1981, Bull. transp. 1982, p.38 ; Paris 17 mars 1982, Bull. transp. 1982, p.395 ; Montpellier 19 janvier 1982 et sur pourvoi (rejet) Com. 8 juin 1983, D. 1984, IR, p.216, obs. B. MERCADAL ; Versailles 4 novembre 1987, Juris-Data n°46159 ; Com. 21 juin 1988, Bull. transp. 1988, p.455. Grenoble 15 mars 1990, Bull. transp. 1991, p.238. Adde aussi les décisions inédites citées par le Lamy Transport, 1992, n°8.
Rappr. la solution identique dans l'hypothèse voisine du transport par la S.N.C.F. de wagons de particuliers («Le contrat de traction», précité et les références).

(2) Douai 16 septembre 1982, Bull. transp. 1983, p.282, D. 1984, IR, p.216, obs. B. MERCADAL (Selon l'annotateur au Dalloz (adde RODIERE et MERCADAL, op. cit., n°131), l'arrêt se réfère à la prestation de services. L'analyse est discutable car, en réalité, les magistrats ne précisent pas la qualification retenue. Ils se contentent d'exclure l'article 103 du Code de commerce, solution qui n'est pas incompatible avec la location, qui semblait par ailleurs correspondre au reste de l'espèce (cf. en ce sens, obs. au Bull. transp. et Lamy Transport, précités).
Comp. avec un arrêt récent fort ambigu : Com. 3 janvier 1991, Bull. transp. 1991, p.237. L'arrêt entérine sans commentaires l'exclusion par la Cour d'appel de la qualification de transport, mais casse la décision attaquée car les juges du fond n'avaient pas recherché si le tractionnaire avait commis une faute. La solution est classique s'il s'agissait d'une simple location avec chauffeur (cf. la note). Si telle n'est pas la qualification retenue, l'arrêt constitue un revirement ; v. aussi : Com. 25 juin 1991, D. 1992, somm. p.80, obs. M. REMOND-GOUILLOUD (l'arrêt n'évoque pas une obligation de résultat mais le transporteur avait commis une faute).

CHAPITRE 2

LES ENSEMBLES DE CONTRATS

983.- Selon M. Teyssié, les chaînes de contrats constituent le regroupement de plusieurs conventions ayant le même objet, conclues par deux ou plusieurs parties, dont aucune ne joue un rôle privilégié. A cette première catégorie, cet auteur oppose les «ensembles de contrats», qui réunissent autour d'un personnage-clé plusieurs conventions poursuivant une finalité commune[1]. A l'identité d'objet, caractéristique des chaînes, répond l'identité de cause, spécifique des ensembles[2].

L'identité de cause constitue donc le critère principal des ensembles de contrats. Toutefois, se contenter d'une telle affirmation est insuffisant et M. Teyssié affine son analyse, en approfondissant le concept de cause auquel il recourt. Tout d'abord, il s'agit d'une cause médiate : «dans un groupe où chacun des contrats est conclu en vue de la réalisation d'un but immédiat que seul il permet d'atteindre, la fin commune poursuivie à travers eux, se situe dans le domaine du médiat»[3]. Mais, «quoique lointain, médiat, par rapport à chacun d'eux pris isolément, [ce but] constitue leur cause profonde, leur véritable raison d'être économique et juridique»[4]. Réfutant les positions classiques se limitant à la cause immédiate, M. Teyssié adopte la thèse de Capitant selon laquelle «les parties peuvent introduire dans le cercle de leur accord une fin commune d'ordre économique, si étroitement associée au but juridique lui-même dans la volonté des parties qu'il n'est pas possible de les distinguer»[5]. M. Teyssié

---

(1)B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°174 et s., p.95 et s.
Comp. : J.-M. LELOUP, «La création de contrats par la pratique commerciale», Journées R. SAVATIER, «L'évolution contemporaine du droit des contrats», PUF 1986, p.176. L'auteur désigne les ensembles sous le terme peut être plus évocateur de «faisceau».

(2)Thèse précitée, n°62, p.33 et n°68, p.36.

(3)Thèse précitée, n°65, p.35.

(4)Thèse précitée, n°66, p.35.

(5)Thèse précitée, n°67, p.35.

peut alors conclure : «il faut distinguer le but juridique stricto sensu, à savoir les prestations envisagées à travers chaque contrat considéré isolément, de la fin commune d'ordre économique, à savoir l'opération globale dont le réalisation est poursuivie à travers tel ensemble contractuel. Atteindre cet objectif constitue un but commun à toutes les parties, connu et voulu par elles, qui assure la connexité de leurs conventions»[1]. Plusieurs précisions importantes sont ainsi apportées par cet auteur : la cause identique qui soude le groupe est la réalisation de l'opération globale ; elle est médiate et commune à toutes les parties.

984.– M. Teyssié est cependant obligé d'aller plus loin, en constatant l'existence de deux sous-catégories. Dans les ensembles interdépendants[2], les contrats sont sur un pied d'égalité : ils ont la même importance et leur but commun est celui du groupe tout entier. Tous les contrats du groupe «se servent mutuellement de cause»(3). M. Teyssié illustre cette première catégorie par plusieurs exemples (ensembles de contrats de publicité (conception, réalisation, diffusion), contrats de transports sans (ou avec) titre unique, coassurance, ensembles de contrats de concessions[4] ou d'agence d'assurances et sa liste peut être complétée (ensemble de contrats de bail des appartements d'un même immeuble appartenant à un même propriétaire, réseau de franchise ou de distribution en général, contrats de croisière et d'assurance)[5].

Au contraire, dans les ensembles à dépendance unilatérale, les contrats sont hiérarchisés[6]. «Un seul suffit pour que l'essentiel de l'objectif poursuivi soit atteint. D'autres, greffés sur le précédent, en constituent, cependant, un complément utile, voire nécessaire. Affectés à l'exécution du but visé à travers l'accord principal, ils occupent, à son égard, la position d'accessoires. Leur cause doit y être recherchée tandis que l'inverse n'est point vrai. Les liens de dépendance qui scellent ce complexe

---

(1)Thèse précitée, n°65, p.36.

(2)Thèse précitée, n°178 et s., p.97 et s.

(3)Thèse précitée, n°66, p.35. Il semble que l'affirmation générale (vu sa place dans l'introduction du titre), selon laquelle l'identité de cause est «au moins partielle», donc qu'elle n'est pas toujours complète, s'applique mieux aux ensembles interdépendants (n°176, p.95) : un but commun médiat se surajoute aux buts immédiats. En réalité, l'identité n'est jamais complète, in specie (cf. infra n°1003).

(4)V. Ph. DELEBECQUE, art. précité, p.26 et s. et l'affaire Coca-Cola étudiée (Paris 14e ch. B 13 juillet 1988).

(5)Adde : M. DAGOT, «La centralisation financière du programme de construction vendu en état futur d'achèvement», JCP 1982, I, 3073, n°32 (groupe des ventes d'immeubles dans un lotissement) ; J.-M. LELOUP, op. cit., p.176 (ensembles de contrats souscrits pour l'organisation d'une exposition : organisateur/exposant, organisateur/clients, organisateur/prestataires de services (assureur, EDF, PTT, etc.).

(6)Thèse précitée, n°223 et s., p.119 et s.

contractuel sont unilatéraux»[1]. Les exemples de cette situation sont très nombreux, que les contrats principaux et accessoires soient conclus par les même parties (prêt assorti d'un gage, location avec promesse de vente, contrat de travail et de logement du salarié ou du concierge[2], etc.) ou par des contractants différents (cautionnement et contrat de base, vente et crédit-bail, contrats de travail conclus pour l'exécution d'un contrat d'entreprise, etc.).

Enfin, pour achever ce rapide panorama de l'ouvrage de M. Teyssié, il convient de souligner l'importance que peut revêtir le second critère des ensembles, lorsque l'identité de cause s'accompagne d'une identité d'objet[3] : l'existence d'un personnage-pivot. Dans un ensemble, un seul contractant est «en relation contractuelle immédiate avec chacun des participants au groupe»[4], alors que dans une chaîne, chaque participant est en relation avec deux parties au plus[5].

985.– Il n'est pas question de discuter ici l'ensemble de ces propositions(6). De même, il est inutile de reprendre la totalité des illustrations évoquées : seules doivent retenir l'attention les quelques cas où la présence d'un ensemble constitue un critère certain de qualification. Or, ces exemples existent et ils se retrouvent aussi bien dans la catégorie des ensembles à dépendance unilatérale (section 1), que dans celle des ensembles interdépendants (section 2), le cas du crédit-bail constituant une hypothèse particulière (section 3). En revanche, il est impossible, dans les développements qui

---

(1)Thèse précitée, n°223.

(2)Quoique la dualité de contrats soit ici parfois discutable, cf. supra n°395 et supra n°399.

(3)V. par exemple : réseau de distribution (concession, franchise) ou d'agents d'assurance (Thèse précitée, n°219, p.116).

(4)Thèse précitée, n°174, p.95.

(5)Ce critère, présenté par M. TEYSSIE comme subsidiaire (n°219), est en réalité essentiel (cf. supra n°965).

(6)La classification opérée par M. TEYSSIE peut-elle être contestée ? Sans vouloir trancher, il est permis d'avancer une proposition. En recentrant l'opposition des chaînes et des ensembles sur l'absence ou l'existence d'un personnage central, il devient possible de donner de ce critère une définition plus précise. Dans une chaîne (exception faite des baux successifs entre mêmes parties), lorsqu'un participant a contracté avec deux autres, il est à la fois débiteur et créancier d'une obligation caractéristique (acheteur et vendeur, entrepreneur et maître de l'ouvrage par rapport au sous-traitant). Au contraire, dans un ensemble, un contractant (et un seul) est plusieurs fois débiteur (assureur) ou créancier (assuré dans la coassurance) d'obligations caractéristiques. Une telle typologie s'avère extrêmement précise, mais, si elle confirme l'inclusion du sous-contrat dans les chaînes de contrats (cf. supra, n°965 et infra n°989 (note)), elle remet en cause l'appartenance de certains contrats accessoires par destination dans les ensembles (contrats de travail conclus pour l'exécution d'un contrat d'entreprise (n°233) ; contrats de manutention ou de transit nécessaires à l'accomplissement d'un déplacement). Rappr. confirmant la nécessité de cette remise en cause, le silence gardé par M. TEYSSIE, sur les ventes de matériaux à un entrepreneur, accessoires par destination qui ne rentrent pas dans la définition des chaînes de M. TEYSSIE, alors que la linéarité du groupe y est similaire (v. d'ailleurs la dérive terminologique en doctrine, infra n°1185 (note). Comp. infra n°989 (note), sur la différence entre cautionnement et sous-traitance, quant à l'identité du contractant dont la cause permet de marquer la présence du groupe.

vont suivre, de ne pas évoquer le contenu du concept de cause utilisé comme critère de qualification. La perspective est modifiée par rapport à l'ouvrage de M. Teyssié : il ne s'agit plus d'appréhender le groupe directement, mais au travers d'un des contrats qui le composent, et il en résulte certaines différences d'analyse. L'examen concret de quelques espèces montre en effet que la cause objective insérant le contrat dans un groupe n'est pas toujours médiate, pas véritablement commune et jamais totalement identique.

SECTION 1

LES ENSEMBLES A DEPENDANCE UNILATERALE

986.- La définition proposée par M. Teyssié pour ces ensembles correspond partiellement à celle que M. Goubeaux donne des contrats accessoires par destination[1]. Elle ne s'identifie pas complètement à cette dernière, puisqu'ainsi qu'il a été vu, la sous-traitance est aussi un accessoire par destination, mais qui figure dans les chaînes. Il n'existe, semble-t-il, aucun exemple de contrat principal dont la qualification soit modifiée par la présence d'une convention accessoire[2], même nécessaire. La solution est logique : l'accessoire n'influe pas sur la nature du principal et la règle concerne indifféremment les rapports de hiérarchie s'établissant entre obligations au sein d'un même accord, ou entre contrats, dans le cadre d'un groupe. En revanche, la nature d'une convention peut dépendre de son insertion dans un groupe à dépendance unilatérale, à titre d'accessoire d'un contrat principal. Le droit positif en fournit, depuis très longtemps, une illustration éclatante : les sûretés. Par définition, toute sûreté constitue l'accessoire d'une dette principale qu'elle garantit[3]. La sûreté renforce l'obligation du débiteur et par la sécurité qu'elle procure au créancier, elle facilite, ou même permet, la conclusion du rapport de droit principal. L'analyse est applicable indifféremment entre deux contractants (gage, hypothèque) ou trois (cautionnement réel ou personnel). Lorsque la dette garantie est de nature contractuelle, le rapport d'affectation caractéristique de la sûreté correspond à son insertion dans un groupe de contrats. A partir de cette première constatation, plusieurs précisions techniques méritent d'être apportées.

---

(1)G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°19 et s.

(2)Cf. supra n°942 note 4.

(3)Cf. G. GOUBEAUX, Thèse précitée, n°42 et n°46 ; B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°226-227, p.120-121. Adde, se référant aussi à la cause et au groupe pour la garantie à première demande : Y. POULLET, «L'abstraction de la garantie bancaire automatique», Thèse Louvain-la-Neuve 1982, n°284, n°297 et n°395.

987.– En premier lieu, les postulats de M. Teyssié relatifs à la notion de cause doivent être nuancés. En utilisant la définition très précise que M. Goubeaux donne de l'accessoire par destination, il est possible de préciser la portée exacte de la prétendue «identité de cause» caractéristique des ensembles à dépendance unilatérale. Comme le reconnaît M. Teyssié[1], dans ce genre d'hypothèses, la finalité du groupe est celle de son contrat principal. Les contrats accessoires sont affectés à l'exécution de ce but. Pour ces derniers, cependant, il ne s'agit que d'un but lointain, médiat. Selon M. Goubeaux, «le principal poursuit une certaine fin. C'est ce but qui est essentiel et qu'il importe d'atteindre. C'est pour faciliter la réalisation de cet objectif qu'un accessoire est adjoint au principal. L'ensemble formé par la réunion du principal et de l'accessoire vise alors le but qui était déjà celui du principal seul. L'accessoire a donc en définitive la même fin que le principal, mais il ne peut atteindre ce but qu'*indirectement*, au travers du principal dont le service est son but direct»[2]. L'identité de cause n'est donc que partielle et la fin commune aux deux contrats est la cause immédiate du contrat principal et la cause médiate du contrat accessoire[3]. M. Teyssié finit d'ailleurs par l'admettre, puisqu'il affirme que la «causa proxima du prêt» «constitue la causa remota du cautionnement»[4].

988.– La perspective que présuppose cette discussion amène à faire une seconde correction au système proposé par M. Teyssié. Conformément aux solutions dégagées à propos de la hiérarchisation des obligations d'une même partie[5], il faut en effet remarquer que la recherche causale ne concerne pas tous les participants du groupe. Elle privilégie les représentations contenues dans le contrat accessoire : pourquoi cette convention a-t-elle été conclue ? Il n'y a là qu'une conséquence, somme toute logique, du caractère unilatéral du lien de dépendance propre à ce type de groupes de contrats. Mais il faut aller plus loin. La notion de cause du contrat n'est pas satisfaisante et c'est la cause de l'obligation ou du consentement d'un contractant qui joue un rôle dans

---

(1)Thèse précitée, n°223.

(2)Thèse précitée, n°20, p.37.

(3)V. pour une illustration intéressante : G. MORIN, «Les groupes de contrats dans les projets GNL», Thèse Dijon 1980. Dans ces groupes, une vente de gaz constitue une convention principale, support de nombreuses conventions accessoires : construction d'installations portuaires, transports maritimes, etc. (n°56, n°116 et s., n°128, n°174, n°233 et s. L'auteur admet clairement que cette vente constitue une cause médiate, représentative du lien accessoire (n°112, n°129 et s., n°187). Corrélativement, cette cause médiate peut donner aux contrats accessoires une structure de conventions collatérales (n°112, n°121, n°227 et n°248 et s.), assimilable à un ensemble contractuel.

(4)Thèse précitée, n°227.

(5)Cf. supra n°358 et s.

l'opération de qualification[1]. Cette perspective mérite d'être conservée. La position accessoire d'une convention est assurée, d'une façon générale au regard d'un rapport de droit principal ou, de manière plus spécifique, au sein d'un groupe à dépendance unilatérale, par la cause du débiteur de l'obligation caractéristique dans le contrat accessoire : caution dans le cautionnement[2], constituant du gage ou de l'hypothèque(3). S'il est légitime de considérer que ce but est entré dans le champ contractuel de tous les participants, du groupe, il ne paraît pas convaincant d'en faire un but véritablement commun à toutes les parties, comme le pense M. Teyssié[4].

989.– L'hypothèse des sûretés remet en cause un troisième postulat de M. Teyssié. L'exemple du cautionnement le fait bien comprendre, mais la conclusion auquel il permet d'aboutir est généralisable aux autres sûretés. L'obligation de payer une somme d'argent est, apparemment[5], d'une grande neutralité et elle peut évoquer des qualifications fort diverses lorsque les parties n'ont pas clairement exprimé leurs volontés : prêt consensuel, dépôt consensuel, donation, apport en société, etc. C'est la cause de l'obligation du débiteur de l'obligation de payer (garde dans le dépôt consensuel, intention libérale dans la donation, affectio societatis pour la société), voire celle de son créancier (utilisation des fonds dans le prêt) qui, dans le doute, permet d'identifier la nature véritable de l'obligation souscrite et par la même celle du contrat conclu[6]. Au regard de ces hypothèses, le cautionnement est original, puisque c'est son affectation à la garantie d'un rapport de droit principal (qui correspond souvent mais pas toujours à son insertion dans un ensemble contractuel) qui assure son identification. La caution s'engage afin de garantir le paiement de la dette du débiteur principal et de permettre ainsi à ce dernier de conclure l'opération souhaitée. Au-delà, le but médiat de la caution est donc constitué par celui poursuivi par le débiteur cautionné, à savoir l'exécution de la prestation du créancier garanti : prêt d'argent, transfert de propriété, etc. La cause est un des éléments de qualification du

---

(1)Cf. supra n°43 et s.

(2)Cf. supra n°545 et s.

(3)La situation est différente dans la sous-traitance : c'est avant tout le but médiat poursuivi par l'entrepreneur principal, créancier de l'obligation caractéristique du sous-contrat, qui caractérise la position accessoire de cette convention. Cette différence est un indice supplémentaire en faveur d'une insertion de ce genre de sous-contrats au sein des chaînes de conventions (cf. supra n°985 (note)). Elle est la conséquence d'une répartition différente des deux contrats accessoires : le sous-traité est conclu avec le débiteur de l'obligation qu'il complète (entrepreneur principal), alors que le cautionnement renforce l'obligation du débiteur principal, mais est conclu avec le créancier de celle-ci (Com, 26 janvier 1988, Bull. civ., IV, n°49, p.35).

(4)Thèse précitée, n°67, p.36.

(5)Pour une analyse plus fine, tenant compte aussi de l'objet, cf. infra n°997-998.

(6)Cf. supra n°236 et s.

cautionnement[1] qui consacre la position accessoire de ce contrat par rapport à une dette principale, mais force est de constater qu'il s'agit de la cause immédiate de l'obligation de la caution : l'engagement de payer est directement affecté au service de l'obligation cautionnée. Cette solution contredit l'analyse de M. Teyssié, qui semble considérer que la cause, qui permet de souder les différents contrats d'un ensemble, est forcément médiate[2]. Le cautionnement s'oppose ici nettement à la sous-traitance, qui constitue pourtant une autre hypothèse d'accessoire par destination. L'insertion dans le groupe est en effet réalisée, dans ce cas, par le but médiat poursuivi par l'entrepreneur principal : celui-ci s'engage d'abord en considération de l'exécution de la prestation du sous-traitant (cause immédiate) et ensuite, parce que cette prestation lui permet d'exécuter l'obligation qu'il a souscrite auprès du maître de l'ouvrage (cause médiate, critère de la sous-traitance). Cette différence ne doit pas surprendre et il est facile de la justifier : la sous-traitance se greffe sur un contrat dont la structure de qualification est synallagmatique, alors que celle du cautionnement est unilatérale[3]. Dans la sous-traitance, chaque contractant est débiteur d'une obligation principale, dont la représentation constitue la cause immédiate de l'engagement de son vis-à-vis. L'intégration dans le groupe, ne peut prendre la forme que d'une représentation causale supplémentaire et médiate. Au contraire, dans le cautionnement, le créancier garanti n'est tenu d'aucune obligation principale et la représentation causale immédiate de la caution peut résider dans le rapport d'affectation à la dette principale, caractéristique du groupe lorsque la dette garantie est de nature contractuelle(4). Ceci explique d'ailleurs que la structure de qualification du cautionnement est du type unilatérale intéressée[5]. D'un autre point de vue, ce caractère immédiat de la cause permettant d'affecter le cautionnement au rapport de droit principal est parfaitement logique. Il a déjà été vu, en effet, que la cause objective immédiate d'une obligation, dans l'opération de qualification, revêt deux formes distinctes, selon la nature accessoire ou principale de celle-ci[6]. Dans le cautionnement, le caractère immédiat de la cause de l'élément accessoire demeure, mais, au lieu de jouer à l'intérieur d'un

---

(1)L'objet du cautionnement, le paiement de la dette d'autrui, est également un critère essentiel.

(2)Thèse précitée, n°65-66.

(3)Cf. supra n°545 et s. ; n°397 et 538 (notes). Il est permis d'ajouter que la cause prise en compte est celle du débiteur de l'obligation caractéristique dans le cautionnement et celle du créancier dans la sous-traitance (cf. supra 985 (note)).

(4)Le fait que l'insertion dans un groupe du même genre puisse se réaliser, selon les cas, par une cause objective médiate ou immédiate confirme une nouvelle fois l'homogénéité des différentes représentations causales et le caractère artificiel de la distinction classique cause immédiate abstraite/mobile subjectif concret (cf. supra n°76).

(5)Cf. supra n°545 et s.

(6)Cf. supra n°74.

contrat entre une obligation principale et d'une prestation secondaire, il se produit entre l'obligation caractéristique d'un contrat accessoire, le cautionnement, et une dette qui n'appartient pas à cette convention.

990.- L'existence d'une cause objective immédiate, caractérisant la nature accessoire du contrat, est un trait commun à toutes les sûretés. La cause de la caution est comparable à celle du constituant d'un gage ou d'une hypothèque. Pourtant, dans ces deux hypothèses, il est clair qu'un élément nouveau intervient. Les obligations caractéristiques[1] de ces contractants sont plus typées que celles de la caution : elles possèdent une originalité très forte, puisqu'elles portent sur la constitution d'un droit réel spécifique. La complémentarité et les liens qui unissent l'objet et la cause, notamment dans le cadre des groupes de contrats, ont déjà été soulignés[2]. Ici, c'est le concept d'objet qui reprend le dessus. Pour qualifier un gage ou une hypothèse, il n'est guère besoin de s'interroger longuement sur de subtiles analyses causales, caractéristiques d'un ensemble contractuel à dépendance unilatérale ! L'examen de la nature de la prestation promise par le débiteur, pour garantir son engagement principal, suffit. La référence à la cause paraît même redondante, car en définitive, le rapport d'accessoire est contenu dans le droit réel lui-même. Le gage et l'hypothèque, selon une classification immuable, sont rangés parmi les droits réels accessoires, parce qu'ils constituent nécessairement l'accessoire d'une créance, à la garantie de laquelle ils sont affectés. Reléguée au second plan, la spécificité de la cause du constituant d'un gage[3] peut réapparaître dans les cas douteux. Comme le paiement d'une somme d'argent, la remise d'un objet est parfois équivoque : elle peut correspondre à une donation, un dépôt, un prêt d'usage ou... un gage. Pour identifier la nature de la convention concrète voulue par les parties, la jurisprudence se réfère alors à une investigation psychologique, permettant de déterminer la cause du contractant qui a remis la chose à son vis-à-vis. Ainsi, pour refuser la qualification de dépôt, à la somme versée par les ouvreuses d'un théâtre, au directeur de celui-ci, pour garantie de leur gestion, la Cour de cassation affirme «qu'il n'y a dépôt proprement dit qu'autant que la garde de la chose remise est la fin principale du contrat... ; que si la tradition a eu lieu pour une autre fin, ce n'est plus un contrat de dépôt, mais un contrat d'une autre espèce... ; [que l'arrêt] constate, au contraire que cette convention a eu pour fin principale de garantir le directeur contre les effets éventuels de la gestion des

---

(1)Ou les prestations, cf. supra n°319 et s.
(2)Cf. supra n°942 et n°965.
(3)Le formalisme et l'exigence d'une publicité rendent la discussion sans intérêt pour l'hypothèque.

ouvreuses». La Cour approuve donc la qualification de nantissement, puisque la «sûreté de la dette» constitue «le but principal de ce genre de contrat»[1].

991.– L'inventaire des hypothèses où la présence d'un ensemble contractuel à dépendance unilatérale influe sur la nature d'un contrat accessoire, le choix des techniques utilisées pour traduire juridiquement cette influence pourraient sembler acquis. L'apparition d'une nouvelle qualification, la garantie à première demande, vient cependant troubler cet ordre établi[2]. La garantie à première demande ou garantie autonome constitue «un engagement de payer une certaine somme, pris en considération d'un contrat de base et à titre de garantie de son exécution, mais constitutif d'une obligation indépendante et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat»[3]. Toute l'originalité de cette convention(4) réside dans

---

(1)Crim. 29 novembre 1866, DP 1867-1-p.43. Dans le même sens, en doctrine : RODIERE, Rép. civ., v° Dépôt, n°38 ; R. DE QUENAUDON, J.-Cl. Civ., art. 1915-1920, n°209.
Rappr. la discussion sur la nature du dépôt dans un magasin général. RODIERE refuse d'y voir un dépôt, parce que la garde «n'est pas l'objectif recherche par le déposant» (Rép. précité, n°39). Mais la solution est discutable, car les marchandises déposées ne sont pas forcément engagées (RIPERT et ROBLOT, T.2, 12e édition, n°2583 ; dans le même sens, semble-t-il, R. DE QUENAUDON, J.-Cl. précité, n°215). Cf. Com. 20 octobre 1955, D. 1966, p.353, note M. CABRILLAC.

(2)Sur la garantie à première demande, parmi une doctrine très abondante, v. :
- *Ouvrages généraux et manuels* : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les sûretés La publicité foncière», 3e édit., 1990, n°330 et s. ; MARTY et RAYNAUD, par Ph. JESTAZ, «Les sûretés La publicité foncière», 1987, n°631 bis et s. ; MAZEAUD et CHABAS, par V. RANOUIL, «Sûretés. Publicité foncière», 6e édit., n°53-1 et s. ; Ph. SIMLER, «Cautionnement et garanties autonomes», 2e édit., n°29 et n°848 et s. ; J.-Cl. Civ., App. art. 2011 à 2043, «Garanties autonomes» ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, «Les sûretés», n°157 et s. ; M. VASSEUR, Rép. Com., v° Garantie indépendante ; Ph. THERY, «Sûretés et publicité foncière», n°98 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Droit bancaire», 5e édit., 1990, n°735 et s. ; A. et M.-C. PIEDELIEVRE, «Droit du crédit», PUF, 1985, p.152 et s. ; P. ANCEL, «Droit du crédit», Litec 1986, n°389 et s.
- *Ouvrages spéciaux* : J.-P. CUBIZOLLES, «La garantie indépendante», Thèse Clermont I 1980 ; Y. POULLET, «L'abstraction de la garantie bancaire automatique», Thèse Louvain-la-Neuve 1982, spéc. n°205 et s.
- *Articles* : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», RTD com. 1980, p. 1 et s. ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français», Etudes ROBLOT, p.413 et s. ; Y. POULLET, «Les garanties contractuelles dans le commerce international», Dr. prat. com. int. 1979, p.387 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE, «Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ?», Rev. Banque 1985, p.902 et s., repris des Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. XXXV, 1984, p.301 et s. ; «Les garanties indépendantes et le rôle des banques», Rev. Banque 1987, p.11 ; J. STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», Colloque de Deauville, Rev. jurispr. com. 1982, n° spécial février, p.76 et s. ; «La garantie bancaire à première demande», Clunet 1987, p.265 et s. ; M. VASSEUR, «Les garanties bancaires dans les contrats internationaux», Colloque de Tours, Edit. du Moniteur, 1981, p.349 et s. ; J. TERRAY, «Le cautionnement : une institution en danger», JCP éd. N 1988, 1, p.221 ; adde : M. REMOND-GOUILLOUD, «La lettre de garantie pour absence de connaissement», Bull. transp. 1986, p.69 et s.

(3)Définition donnée par Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°157. V. aussi celle proposée par MM. MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, op. cit., n°632 : «engagement souscrit par un tiers de verser une certaine somme à un contractant, en règlement d'une créance d'origine

l'automaticité du paiement par le garant : celui-ci doit payer à première demande du bénéficiaire, sans pouvoir discuter le bien-fondé de celle-ci. Aucun moyen de défense tire du contrat de base (nullité, résiliation ou résolution, exception d'inexécution, compensation) ou des relations du garant et du contractant garanti(1) ne peut faire obstacle à l'exécution de cette obligation. Apparue initialement dans le commerce international, afin de conforter les engagements d'exportateurs, la garantie à première demande pénètre aujourd'hui le droit interne, où elle tente de pallier l'affaiblissement de l'efficacité du cautionnement, consécutif aux efforts de protection de la caution, d'origines législative et jurisprudentielle[2]. La Cour de cassation a admis depuis 1982, dans le cadre des relations internationales[3] et depuis 1983, dans celui du droit interne[4], la validité et la spécificité de cette qualification[5]. Elle a clairement affirmé que

---

contractuelle alléguée par celui-ci, le versement devant avoir lieu sur simple demande accompagnée ou non de documents justificatifs». Cf. également J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°735. En jurisprudence : Com. 2 février 1988, Bull. civ., IV, n°55, p.39 ; D. 1988, somm. p.274, obs. L. AYNES ; D. 1988, somm. p.239, obs. M. VASSEUR.

(4)Comp. : - MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°53-1 et 53-3, qui considèrent que ce contrat est conclu entre le garant et le contractant garanti. Il semble plus exact d'analyser cette convention comme une promesse de crédit par la banque, la garantie à première demande unissant le garant et le tiers bénéficiaire (cf. J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°739 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n°7 et n°12-13 ; J. STOUFFLET, Colloque précité, p.78 ; art. précité, Clunet 1987, n°8 et n°41).

- Les auteurs belges qui retiennent un acte unilatéral (Y. POULLET, Thèse précitée, n°241 et s.).

(1)Ce qui est moins original, puisque la solution est identique en matière de cautionnement (cf. en ce sens : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°10 ; J. STOUFFLET, chr. précitée, Clunet 1987, n°8).

(2)Cf. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°164 ; M. VASSEUR, Rép. com., n°9 ; J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.37 et s.

V. d'ailleurs : Ch. BOULLEZ, «Une sûreté nouvelle : la garantie à première demande», Administrer, décembre 1986, p.8 ; J. GUYENOT et D. DESURVIRE, «Les contrats de garantie à première demande du créancier et les contrats voisins», Petites affiches, 2 novembre 1987, p.15 (articles consacrés au jeu de la garantie pour un bail immobilier) ; J. TERRAY, chr. précitée, n°5-6-7 (qui regrette cette évolution en droit interne) ; Ch. MOULY, «L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français», Mélanges BRETON-DERRIDA, p.267 et s. ; Ph. SIMLER, «A propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques», JCP éd. N 1991, I, 90, p.461 et s. (et les réserves sur la qualification de ces contrats).

(3)Com. 20 décembre 1982 (2 arrêts), D. 1983, p.365, note M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1983-1-pan. p.110, obs. A. PIEDELIEVRE ; Com. 17 octobre 1984, D. 1986, p.269, note M. VASSEUR ; JCP 1985, II, 20436, note J. STOUFFLET ; Rapport 1984, p.84 ; Com. 20 février 1985, Bull. civ., IV, n°74, p.64 ; D. 1986, IR, p.153, obs. M. VASSEUR ; Com. 21 mai 1985, Bull. civ., IV, n°160, p.136 ; D. 1986, p.213, note M. VASSEUR ; Gaz. Pal. 1985-2-p.770, note A. PIEDELIEVRE ; Com. 29 avril 1986, D. 1987, p.17, note M. VASSEUR.

Pour des contre-garanties : Com. 27 novembre 1984, 12 décembre 1984 et 5 février 1985, D. 1985, p.269, note M. VASSEUR ; Com. 19 novembre 1985, Bull. civ., IV, n°274, p.231 ; D. 1986, IR, p.153, obs. M. VASSEUR ; Civ. 3e 20 juin 1989, D. 1990, somm. p.195, obs. M. VASSEUR.

(4)Com. 13 décembre 1983, D. 1984, p.420, note M. VASSEUR ; Com. 8 décembre 1987, Bull. civ., IV, n°261, p.196 ; D. 1988, somm. p.274, obs. L. AYNES ; Rev. Banque suppl. 1988, n°484, p.26, obs. J.-P. MATTOUT ; D. 1988, somm. p.240, obs. M. VASSEUR ; Com. 2 février 1988, Bull. civ., IV, n°55, p.39 ; D. 1988, somm. p.274, obs. L. AYNES ; D. 1988, somm. p.239, obs. M. VASSEUR.

l'engagement de payer à première demande «ne [constitue] pas un cautionnement, mais une garantie autonome», qui interdit au garant d'invoquer des exceptions tirées du contrat de base[1] et que cet engagement, indépendant du contrat de base, est «régi par les seules dispositions de la lettre de garantie», ajoutant que «même si l'engagement de [la banque a] pour cause [un contrat] dont la nullité [est] alléguée, en l'état, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne [peut] se dérober à cette obligation»[2].

992.- Cet ensemble de solutions fait apparaître le problème théorique suscité par la qualification nouvelle de garantie à première demande. Cette convention est différente du cautionnement, bien qu'elle s'en rapproche sur certains points[3]. La jurisprudence porte d'ailleurs la trace de cette proximité, puisque de nombreuses décisions sont consacrées à ce conflit de qualifications, en particulier lorsque les contractants ne se sont pas exprimés clairement et n'ont pas exclu sans ambiguïté toute influence des exceptions tirées du contrat de base, sur l'exécution par le banquier de son obligation(4). Or, l'unanimité de la doctrine considère que le critère séparant ces deux contrats réside dans le caractère accessoire ou autonome de l'engagement du garant[5]. Le cautionnement est nécessairement accessoire vis-à-vis du contrat de base,

---

(5)La doctrine approuve unanimement la reconnaissance de la nature spécifique de la garantie à première demande. V. par exemple : MAZEAUD, op. cit., n°53-6 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°333-334 ; Ph. SIMLER, ouvrage précité, n°29 et n°857 et s. ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, chr. précitée, n°17.

(1)Com. 20 décembre 1982 (1e espèce), précité.

(2)Com. 20 décembre 1982 (2e espèce), précité.

(3)J. STOUFFLET, chr. précitée, Clunet 1987, n°2 et colloque précité, p.76-77 ; MAZEAUD, op. cit., n°53-7 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°14 ; J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.3.

(4)Ces difficultés concernent la détermination de la nature de l'accord concret conclu par les parties, et sont de peu d'intérêt pour le problème abordé ici : le contenu des structures de qualifications du cautionnement et de la garantie à première demande. V. quand même les nombreuses décisions examinées par M. VASSEUR, dans ses chroniques de jurisprudence (D. 1986, IR, p.153 et s. ; D. 1987, somm. p.171 et s. ; D. 1988, somm. p. 239 et s. ; D. 1989, somm. p.145 et s. ; D. 1990, somm. p.195 et s. et p.205 et s. ; D. 1991, somm. p.191 et s. et p.197 et s.) et en doctrine : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°332 et 339 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°637 ; Ph. SIMLER, ouv. précité, n°29 et n°862 et s. Deux particularités méritent d'être notées : une exigence fréquente (mais discutable) d'un certain formalisme (nécessité d'utiliser certaines expressions précises : «à première demande» ou «indépendante») et une prééminence, en cas de doute, accordée au cautionnement (comp. Paris 27 juin 1990, D. 1992, p.30, note G. BLANC qui fait prévaloir la garantie pour... mieux annuler le contrat). La première exigence semble désormais difficile à soutenir (cf. Com. 2 février 1988, précité).

(5)MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°635-637 ; M. VASSEUR, Rép. com., n°24 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°333 et s. ; MAZEAUD, op. cit., n°53-7 ; Ph. SIMLER, ouvr. précité, n°850 ; J.-L. RIVES-LANGES et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°746 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°157 et s. ; J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.3, p.8 et p.168 et s. ; rappr. Ch. MOULY, «Les causes d'extinction du cautionnement», Bibl. dr. ent., 1979, T.10, n°9 et n°194 et s.

alors que la garantie à première demande est indépendante de celui-ci[1]. Ayant identifié le principe de l'accessoire à une figure causale spécifique, marquant l'insertion du cautionnement dans un groupe de conventions (lorsque la dette garantie est de nature contractuelle), l'analyse de la garantie à première demande semble insoluble : soit l'élimination du caractère accessoire supprime la cause et l'insertion dans un groupe des critères de la garantie indépendante, faisant à la limite de cette convention un acte abstrait, soit le maintien du caractère accessoire de la garantie rend impossible sa distinction d'avec le cautionnement, en aboutissant à nier l'originalité de cette qualification. En réalité, ces deux positions s'avèrent trop tranchées et une solution intermédiaire peut être découverte, qui oblige toutefois à approfondir la nature de l'obligation de la caution.

993.– Faire de la garantie à première demande un acte totalement abstrait n'est, semble-t-il, soutenu par aucun auteur français. Une partie de la doctrine évoque cependant l'idée d'une «abstraction partielle»[2]. Après avoir affirmé que la garantie à première demande est un élément d'un groupe de contrats et que «l'engagement bancaire a pour cause le contrat de base»[3], ces auteurs estiment qu'il faut «détacher» la garantie de sa cause, couper «le lien causal qui, au sein d'un groupe de contrats, rattache naturellement l'engagement du banquier à l'un des rapports de droit»[4]. «Il

---

(1)Cette différence entraîne plusieurs conséquences techniques : le contenu de l'engagement du garant peut excéder celui du donneur d'ordre (MAZEAUD, op. cit., n°53-7) ; les règles du contrat de base n'ont pas vocation à s'étendre à la garantie (pour une convention d'arbitrage : Com. 20 décembre 1982, 2e espèce, précité ; adde : Paris 14 décembre 1987, Rev. Banque 1988, p.236, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Paris 25 février 1988, D. 1989, somm. p.150, obs. M. VASSEUR ; en doctrine : M. CONTAMINE-RAYNAUD, chr. précitée, n°7 et s.) ; le garant ne peut invoquer aucune exception tirée du contrat de base ; le garant payant une dette personnelle, il ne dispose pas, semble-t-il, d'un recours subrogatoire (MAZEAUD, op. cit., n°53-7 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°632).

(2)J.-L. RIVES-LANGE, op. cit., Rev. Banque 1985, n°20 ; adde Ph. THERY, op. cit., n°110 et s., spéc. n°113 ; M. VASSEUR, Rép. com., n°43 et intervention au Colloque de Deauville, p.97 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°744 et s. ; rappr. B. MERCADAL, «Le droit des affaires : pourquoi ?», JCP éd. CI 1985, II, 14401, I, A ; J. TERRAY, chr. précitée, n°6. Adde en jurisprudence : TGI Paris 13 mai 1980, réf., JCP 1981, II, 19550, note M. VASSEUR, D. 1980, p.488, note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Rev. Banque 1981, p.778, obs. L. MARTIN ; Paris 27 octobre 1981, JCP 1981, II, 19702, note P. BOULOY ; RTD com. 1982, p.281.

(3)J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°743.

(4)Op. cit., n°744. L'analyse semble inspirée de la doctrine allemande (cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°4 ; A. RIEG, «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand», Thèse LGDJ 1961, n°277, p.278 : «L'acte abstrait n'est pas dépourvu de cause, il en est seulement détachée» ; comp. J. STOUFFLET, Colloque de Deauville, précité, p.101, dont la position est plus tranchée).

faut rechercher la cause de l'engagement pris par le banquier, non plus au sein du groupe de contrats, mais dans l'engagement lui-même»[1].

Cette analyse n'emporte pas la conviction : tant dans le régime juridique de la garantie à première demande, que dans la structure de sa définition, une présence minimale du contrat de base s'impose.

994.- S'agissant, tout d'abord, du régime juridique de cette convention, il convient de citer quelques décisions où le lien avec le contrat de base apparaît avec évidence, sous peine de tomber dans l'absurde. En effet, la garantie ne peut être appelée par le bénéficiaire, qu'à propos du contrat pour laquelle elle a été donnée[2]. Ainsi, un bénéficiaire s'est vu refuser un appel de garanties fournies à propos d'un marché complémentaire, alors que le motif réel de sa demande concernait, de son propre aveu, la mauvaise exécution du marché principal antérieur, dont les garanties propres étaient expirées[3]. D'ailleurs, à défaut d'établissement de ce lien minimal, il est permis de se demander à quoi pourrait servir la distinction très utilisée des garanties de soumission, de restitution d'acompte ou de bonne fin.

Ensuite, force est de constater que l'autonomie n'est pas absolue et que la Cour de cassation autorise les juges du fond à s'opposer au versement de la garantie, si la demande du bénéficiaire apparaît comme manifestement abusive ou frauduleuse[4].

---

(1) Op. cit., n°671. Les exemples illustrant cette cause «refermée» sur elle-même sont d'ailleurs curieux, car ils semblent... extérieurs : le versement de l'acompte (garantie de restitution d'acompte) ou la conclusion du contrat de base (garantie de bonne fin) ne sont pas des obligations imposées au bénéficiaire dans le contrat de garantie. Pareille recherche causale est vouée à l'échec : s'agissant d'un contrat unilatéral (solution indiscutée, cf. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°168, note 3), dénué de toute intention libérale, la cause du débiteur de l'obligation caractéristique est nécessairement extérieure au contrat (cf. en ce sens : Ph. SIMLER, Juris. précité, n°77).

(2) Ou de l'obligation : un bénéficiaire ne peut pas faire jouer une garantie de restitution d'acompte pour une difficulté mettant en cause la bonne fin des travaux.

(3) Tb. com. Paris 1 août 1984, réf. JCP 1986, II, 20526, note M. AZENCOT ; D. 1986, IR, p.159, obs. M. VASSEUR ; adde : Paris 14 novembre 1978, D. 1979, p.259, note M. VASSEUR ; Paris 18 mars 1986, D. 1987, somm. p.173, obs. M. VASSEUR. Rappr. en matière de contre-garantie : Paris 24 janvier 1984, D. 1984, IR, p.203, obs. M. VASSEUR cassé par Com. 20 novembre 1985, Bull. civ., IV, n°277, p.233.
V. dans le même sens, en doctrine : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°334 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°177 ; J. STOUFFLET, art. précité, Clunet 1987, n°9 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°755 ; Y. POULLET, Thèse précitée, n°224 et n°329.

(4) Com. 12 décembre 1984, D. 1985, p.269, note M. VASSEUR, JCP 1985, II, 20436, note J. STOUFFLET ; Rapport 1984, p.84 (fraude) ; Com. 21 mai 1985, D. 1986, p.213, note M. VASSEUR ; Com. 11 décembre 1985, D. 1986, p.213, note M. VASSEUR (fraude) ; Com. 10 juin 1986, D. 1987, p.17, note M. VASSEUR ; Rapport 1986, p.170 : «si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en cas de fraude manifeste» ; Com. 20 janvier 1987, JCP 1987, II, 20764, note J. STOUFFLET (extension à la demande manifestement

Certes, plusieurs auteurs affirment nettement que «la fraude doit être appréciée par rapport à la garantie elle-même et non par rapport au contrat principal»[1], mais cette assertion est souvent contredite ultérieurement, lorsque ceux-ci précisent leur pensée, en faisant référence à «une somme qui ne serait pas due»[2] ou à «une absence totale de droit»[3], qui ne peuvent se comprendre que par rapport au contrat de base. Cette position plus réaliste semble adoptée par la majorité de la doctrine[4].

De plus, si le garant ne se contente pas de payer la dette d'autrui et s'il acquitte sa propre dette, il faut indiquer que ce paiement éteint la dette du donneur d'ordre : «chacun reconnaîtra en effet que le créancier, une fois désintéressé par le garant, ne peut plus rien réclamer au débiteur»[5]. Ici encore, un lien minimal entre la garantie et le contrat de base ne peut être nié.

Il faut indiquer, enfin, que la garantie à première demande constitue la version la plus énergique de ce type de contrat. Tous les auteurs soulignent que les contractants assouplissent parfois la mise en œuvre de l'obligation du banquier en stipulant que celui-ci ne devra s'exécuter que sur présentation de certains documents (garantie documentaire)[6] ou d'une demande motivée (garantie sur demande justifiée[7]). Dans les

---

abusive) ; Com. 3 mai 1988, D. 1988, p.430, note M. VASSEUR ; Com. 10 janvier 1989, Bull. civ., IV, n°9, p.5 ; Com. 6 novembre 1990, D. 1991, p.109, concl. M. JEOL ; Com. 5 février 1991, D. 1991, somm. p.199, obs. M. VASSEUR.

(1) M. CONTAMINE-RAYNAUD, art. précité, n°29, p.431 ; adde dans le même sens : M. VASSEUR, Colloque de Deauville, précité, p.100 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°756 (avec une nuance de taille : «en principe»).

(2) M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., loc. cit.

(3) J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., loc. cit.

(4) MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°642 ; MAZEAUD, op. cit., n°53-11 ; J. STOUFFLET, art. précité, Clunet 1987, n°24 ; Y. POULLET, Thèse précitée, n°219 et s., n°258 et s., n°300 et s. Rappr. sur la cause subjective illicite ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°170 ; Ph. SIMLER, juris. précité, n°83 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n°12.

(5) MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°634 ; contra M. VASSEUR, Rép. com., n°23.

(6) Com. 9 janvier 1990, D. 1991, somm. p.191, obs. M. VASSEUR.

(7) MAZEAUD, op. cit., n°53-5 ; Ph. MALAURIE et L AYNES, op. cit., n°331 et n°337 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°167 ; M. VASSEUR, Rép. com., n°14 et s. ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, chr. précitée, n°3 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n°14.
V. en jurisprudence : Paris 24 novembre 1981, D. 1982, p.296, note M. VASSEUR ; Civ. 3e 20 juin 1989, D. 1990, somm. p.195, obs. M. VASSEUR ; Tb. com. Paris réf. 3 octobre 1989, D. 1990, somm. p.202, obs. M. VASSEUR ; Paris 9 janvier 1991, D. 1991, somm. p.196, obs. M. VASSEUR ; Paris 27 mai 1991, JCP éd. E 1992, pan., 114, p.38 (production d'une transaction ou d'une décision de justice).
Rappr. pour une garantie dont le montant diminue en fonction des paiements au créancier (Toulouse 26 octobre 1988, D. 1989, somm. p.145) ou de l'exécution des travaux (Paris 19 mai 1988, D. 1989, somm. p.146, obs M. VASSEUR ; Tb. com. Paris réf. 7 février 1989, D. 1990, somm. p.207, obs. M. VASSEUR ; Com. 5 décembre 1989, D. 1990, somm. p.213, obs. M. VASSEUR (qualification de garantie à première demande maintenue) ; Com. 27 février 1990, D. 1991, somm. p.197, obs. M. VASSEUR ; Com. 19 février 1991, JCP 1991, II, 21670, note M. VASSEUR (même remarque)).

deux cas, l'assouplissement, sans remettre en cause la qualification du contrat[1], met en valeur le lien spécifique unissant la garantie au contrat de base.

995.– Concernant, ensuite, les critères de qualification de la garantie à première demande, l'élimination de toute référence au contrat de base n'est pas convaincante. De ce point de vue, affirmer que cette convention est une garantie non accessoire[2] s'avère artificiel, car les termes employés sont contradictoires : l'idée d'accessoire est nécessairement contenue dans celle de garantie. Comme le constatent certains auteurs, «le verbe garantir ayant forcément un complément d'objet, on ne voit pas ce que la banque pourrait et voudrait garantir si ce n'est la dette d'autrui»[3]. Comme toute garantie, l'engagement de payer à première demande n'est souscrit que pour renforcer un rapport de droit principal et, par là-même, faciliter sa conclusion : «le garant s'engage, à la demande du donneur d'ordre, pour permettre à celui-ci d'obtenir l'avantage subordonné à la garantie : agrément de la soumission, versement de l'acompte, passation du marché... ; de même, le contre-garant s'oblige, le cas échéant, pour que le garant de premier rang s'engage lui-même envers le bénéficiaire»(4). Ce rapport minimal d'accessoire, qui traduit la fonction de toute garantie[5], est d'ailleurs implicitement admis par tous les auteurs, même par ceux soutenant la théorie de l'abstraction partielle, qui l'expriment à l'occasion de l'exposé de la pratique de cette institution dans le commerce international : si ces clauses de garantie ont été acceptées par les exportateurs, c'est «parce que c'était à prendre ou à laisser. Il s'agissait de savoir si l'entreprise française qui était candidate construirait l'aciérie en Irak ou ne la construirait pas. Les candidats sont nombreux ; la concurrence est particulièrement

---

(1)Selon un auteur, la garantie sur demande justifiée n'est pas une garantie indépendante (J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.21), mais cette opinion semble isolée et vient d'être désavouée en jurisprudence (cf. spéc. Com. 5 décembre 1989 et 19 février 1991, précités).

(2)Rappr. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°334, p.124.

(3)MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°634.

(4)Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°170 ; adde Ph. SIMLER, chr. précitée, n°20, p.464 et l'arrêt cité (Besançon 11 avril 1991, en annexe : «la référence à un contrat principal est de l'essence de la garantie, qu'elle soit autonome ou accessoire»). Cet exposé démontre bien qu'il s'agit en l'espèce d'une cause finale. La solution est d'ailleurs commune à tous les accessoires par destination. Il est par conséquent surprenant de constater que certains auteurs contestent cette analyse, au motif qu'il s'agit d'une cause efficiente, laquelle ne concerne que l'accessoire par «production» (cf. supra n°402 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°336 note 25 ; MAZEAUD, op. cit., n°53-8 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°639 ; Ph. THERY, op. cit., n°111).

(5)Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°157-158 et n°168 ; A.-C. KOUACOU, «La portée du caractère accessoire du cautionnement», Thèse Nice 1985, p.1 et s., qui montre bien l'accessoire minimal exigé par le concept de garantie et les variations historiques de la portée de ce concept.

âpre. Si le contrat n'est pas conclu avec l'exportateur français, ce sera un exportateur allemand qui enlèvera le marché ou un exportateur japonais»[1].

996.- La conclusion s'impose : la garantie à première demande n'est pas un acte abstrait[2]. L'engagement du débiteur de l'obligation caractéristique est causé par une représentation psychologique immédiate ; le service d'une obligation le plus souvent contenue dans un autre contrat. Cette cause, qui correspond à la définition structurelle d'un rapport d'accessoire, est commune à toutes les sûretés[3], et se retrouve de manière identique pour la garantie à première demande. Ainsi que l'admet une grande partie de la doctrine[4], c'est la considération du contrat de base[5] qui constitue la cause de l'obligation du garant. La solution ne présente aucune originalité vis-à-vis du

---

(1)M. VASSEUR, Colloque de Deauville, précité, p.97.

(2)V. en ce sens, en doctrine : Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°170 ; J. STOUFFLET, Colloque de Deauville, précité, p.101 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, art. précité, n°21 et s ; Y. POULLET, Thèse précitée, n°254 et s., théorie inutile (elle confond caractère abstrait et non accessoire ; elle ne justifie pas l'inopposabilité des exceptions ; elle ne peut expliquer les limites à l'abstraction) et erronée dans son fondement (n°262 et s., n°299, n°302 et s.). Adde les auteurs précités (n°993 (note)) qui, en se contentant d'une abstraction partielle, laissent un rôle minimal à la cause.

(3)Comp. Y. POULLET, Thèse précitée, n°320, pour qui l'engagement du garant est subsidiaire, mais non accessoire (adde n°206, n°255, n°288, n°314). Il est même possible de la retrouver dans un acte abstrait : l'aval, (v. A. RIEG, op. cit., loc. cit).

(4)Cf. en ce sens : J. STOUFFLET, chr. précitée, Clunet 1987, n°37 et Colloque de Deauville, précité, p.79 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°170 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, chr. précitée, n°23 ; plus ambigu Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°12 ; adde les positions des auteurs partisans d'une abstraction partielle, avant le «détachement» de la cause : J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°743 et s. ; P. ANCEL, «Le cautionnement des dettes de l'entreprise», Dalloz 1989, n°711 ; M. VASSEUR, note D. 1983, p.368-369 ; Rép. com., n°42 et s. et Colloque de Deauville, p.98 et p.100 (moins net).

V. aussi Y. POULLET, Thèse précitée, qui défend une conception originale (n°302 et s.), combinant une cause-matérielle (n°321 et s., n°277 et s.), où le rapport commercial principal sert de condition indispensable à la possibilité de réaliser le but de la garantie (conception proche de la cause-catégorique de M. BOYER) et une cause-fiction (n°304 et s., n°273 et s.), qui marque l'adhésion à une fonction de garantie-automatique, pièce indispensable à l'équilibre d'une opération économique internationale. La cause, pour cet auteur, réside dans le lien qui unit la cause-type et la cause-fonction (n°281, n°306). Cette conception est donc assez éloignée de celle soutenue ici. Outre qu'elle s'attache à rechercher la cause du contrat (v. par ex. n°275), plus que celle du débiteur, l'utilité de la cause-fonction semble surtout limitée à l'explication de la validité de la garantie (n°316 et s.). Elle explique assez mal la distinction avec le cautionnement : comme l'auteur affirme que «l'objet d'une sûreté personnelle est de garantir une opération» (n°320), il semble attacher un effet discriminant à la nature de la dette garantie (n°314) ce que le développement ultérieur de la garantie a démenti.

Dans le même sens, en jurisprudence : Riom 14 mai 1980, D. 1981, p.336 ; TGI Montluçon 9 janvier 1981, D. 1981, p.390 ; Paris 29 janvier 1981, D. 1981, p.336 ; Tb. com. Paris réf. 24 mars 1981 (2e espèce), D. 1981, p.482, note M. VASSEUR. Contra : M. DUBISSON, JCP éd. CI 1982, II, 13813, n°28 et 36.

(5)En totalité (sa conclusion) ou partiellement, pour des garanties limitées (exemple : garantie de restitution d'acompte). Sur cette différenciation, v. surtout Y. POULLET, Thèse précitée, n°307 et s.

cautionnement[1]. Cette analyse causale marque la nature «intéressée», c'est-à-dire unilatérale onéreuse de la garantie à première demande. Comme pour le cautionnement, cette représentation objective est complétée par un motif subjectif, tiré des rapports du garant et du donneur d'ordre(2). En pratique, vu la nature professionnelle des contractants, spécialement celle du banquier garant, l'intervention de ce dernier est effectuée contre rémunération.

997.– Cette identité de cause des engagements d'une caution et d'un débiteur à première demande suscite cependant une difficulté : comment distinguer les deux qualifications ? Depuis les premiers travaux sur la garantie indépendante, la doctrine semble avoir évolué et les auteurs résolvent ce problème en ayant recours à la notion d'objet, plutôt qu'à celle de cause[3]. C'est le contenu même de l'obligation de la caution et du garant qui diffère. Définir l'engagement de la caution comme celui de payer une simple somme d'argent ne saurait suffire. La caution ne s'engage à payer qu'en cas de défaillance du débiteur principal et dans la mesure de la dette de celui-ci : l'objet de son obligation est de payer la dette d'autrui. Au contraire le garant souscrit

---

(1)Cf. en ce sens : MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°632. Com. 8 novembre 1972, D. 1973, p.753, note Ph. MALAURIE. Comp. les réserves de Y. POULLET, Thèse précitée, n°275 et n°279, texte et note 494 pour les auteurs cités estimant que cette conception de la cause fait double-emploi... avec l'accessoire !

(2)Pour les mêmes raisons que pour le cautionnement, ce mobile ne peut être considéré comme la cause de l'obligation du garant : il n'est pas forcément connu du cocontractant et n'exerce aucune influence sur la nature du contrat conclu (cf. en ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°170). Plusieurs auteurs soutiennent la position inverse (MAZEAUD, op. cit., n°53-8 ; G. BERLIOZ, «Les garanties dans les relations internationales», JCP éd. CI 1980, 13324, n°18 et s. et intervention Colloque de Deauville, précité, p.103 ; J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.7)., qui procède d'une confusion entre la cause du garant dans le contrat conclu avec le donneur d'ordre (promesse de crédit synallagmatique onéreuse) et celle de ce dernier dans la convention conclue avec le bénéficiaire.

(3)Cf. en ce sens : MAZEAUD, op. cit., n°53-8, § 1 et 3 (très clair) ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°162 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°336 : «la caution s'oblige à payer la dette du débiteur principal ; le garant à première demande, telle somme d'argent, relative à un contrat» ; «Les obligations», 1990, n°497 ; M. VASSEUR, Rép. com., n°23 et 26 ; note D. 1983, p.367 ; J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.8 ; J. TERRAY, chr. précitée, n°5-6 (semble-t-il).
Rappr. MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°640 (qui évoquent l'idée d'objet complexe).
V. aussi Ch. MOULY, art.précité, p.267 («somme qui fait partie de la dette du contractant principal de ce créancier», l'auteur soutient en droit interne une solution originale, mais qui ne rend pas compte du droit positif : la garantie serait l'accessoire d'une obligation de constituer un dépôt de garantie. Le lien causal typique des sûretés serait maintenu, mais son support serait modifié).
Contra : M. CONTAMINE-RAYNAUD, art. précité, n°14 (qui se réfère aux effets de la garantie et non à son objet). Adde les auteurs qui évoquent une stipulation particulière des parties sur la preuve de la cause (M. CONTAMINE-RAYNAUD, chr. précitée, n°24 ; J. STOUFFLET, Colloque de Deauville, précité, p.79 et chr. précitée, Clunet 1987, n°38).
En revanche, la seule modification de la nature de l'obligation du donneur d'ordre (obligation de faire, le plus souvent), par rapport à celle du débiteur cautionné (paiement d'une somme d'argent) n'est nullement décisive : la nature de l'obligation garantie n'est figée dans aucune des deux qualifications (cf. en ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°165).

un engagement personnel de payer à première demande une somme déterminée[1]. Les auteurs soulignent parfois que la garantie indépendante constitue une application nouvelle d'une institution ancienne : l'engagement de payer la dette d'autrui ou pacte dit de constitut[2]. L'analyse est intéressante, mais elle doit être complétée : le renouveau de cet engagement passe par son insertion dans un contrat accessoire. En définitive, la cause caractéristique des contrats de garantie, qui permet de les positionner par rapport à une dette principale, est commune à toutes ces qualifications : cautionnement, garantie à première demande, gage, hypothèque, fiducie. La cause détermine le genre(3). Et, à l'intérieur de celui-ci, solution somme toute logique, pour ne pas dire banale, c'est l'objet de l'obligation, éventuellement complété par celui de la prestation, qui permet d'identifier la nature précise de la garantie conclue : engagement subsidiaire de payer, engagement autonome de payer, constitution d'un droit réel accessoire (gage ou hypothèque), transfert d'un droit de propriété et, pourquoi pas, obligation de faire[4].

---

(1)V. Ph. SIMLER, chr. précitée, n°25, p.464 : «il faut donc un montant déterminé et chiffré et une durée».

(2)Ph. SIMLER, ouvrage précité, n°28 in fine et n°866 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°637 ; Ph. DELEBECQUE, Rép. civ., v° Cautionnement, n°14 ; A.-C. KOUACOU, Thèse précitée, p.13 et pour d'autres exemple, p.5 et s. (sponsio et fidepromissio), p.11 et s. (mandat de crédit) ; J. TERRAY, chr. précitée, n°7 (qui souligne les différences) ; rappr. Y. POULLET, chr. précitée, n°16, p.406, texte et note 84, citant DE PAGE, qui oppose la «garantie à titre principal» au cautionnement.

(3)Cf. implicitement, mais certainement en ce sens : Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°157-158 et 168-170. Rappr. la solution italienne, donnant au cautionnement un sens large, englobant les garanties indépendantes (J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.50, p.171 et s. ; J. STOUFFLET, Colloque de Deauville, précité, p.96). L'intérêt d'une telle analyse en France n'est pas théorique ; il pourrait concerner quelques dispositions du régime du cautionnement, qui ne sont pas liées à l'obligation de la caution, ou, tout au moins à la subsidiarité de son engagement : interprétation stricte (article 2015 du Code civil ; pour une extension : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°13) ; article 1326 du Code civil, dans l'interprétation rigoureuse qu'en donne la Cour de cassation (cf. Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°338 ; il ne paraît pas douteux qu'une garantie à première demande, souscrite par un particulier dans le cadre des lois du 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979, serait soumise au régime prévu par ces textes pour le cautionnement, quant à la forme notamment (cf. art. 19 à 22 de la loi du 31 décembre 1989, D. 1990, lég., p.62 et s.) ; pour la loi du 1 mars 1984, J. TERRAY, chr. précitée, n°5 (qui pense la transposition impossible et critique la solution). Mais, même en conservant à la garantie à première demande, la nature d'un contrat sui generis, une transposition ponctuelle de certaines règles du cautionnement resterait possible (cf. D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°340 et s., p.383). Il semble, d'ailleurs qu'historiquement, le cautionnement en droit français a pu correspondre autrefois à des garanties relativement détachées du contrat de base (cf. A.-C. KOUACOU, Thèse précitée, p.1-2 et p.15 et s.).

(4)J.-P. CUBIZOLLES, Thèse précitée, p.21 ; Ph. LE TOURNEAU, «Quelques aspects de l'évolution des contrats», Mélanges RAYNAUD, p.349 et s., spéc. n°48 («caution de bonne fin»). Contra : A.-C. KOUACOU, Thèse précitée, p.61 et s., qui fait une distinction : la dette garantie peut indifféremment être en nature ou en argent, mais l'obligation de la caution doit nécessairement porter sur une somme d'argent. Il y a sinon obligation conditionnelle (DURANTON, T.18, p.132) ou promesse de dation en paiement (BAUDRY-LACANTINERIE, T.24, n°970, p.520).

998.– Par contrecoup, cette analyse amène à repréciser les critères de qualification du cautionnement. La nature accessoire de l'engagement de la caution se manifeste en réalité à un double niveau : à l'accessoire structurel, exprimé techniquement par la cause objective de la caution et qui indique la présence d'un groupe de contrats hiérarchisé[1], répond un accessoire dans l'exécution[2], intégré dans l'objet même de l'obligation de la caution, dont la nature est insuffisamment décrite par une référence vague à l'engagement de payer une somme d'argent[(3)]. La garantie à première demande ne possède dans sa structure de qualification que le premier aspect de l'accessoire (structurel), le garant souscrivant un engagement autonome dans son objet.

999.– Cette analyse de la garantie à première demande (cause accessoire - objet autonome) rend-elle compte du droit positif, notamment des limites à l'autonomie de l'obligation du garant imposées par la jurisprudence ? Les auteurs partisans d'une «abstraction partielle» en doutent, puisqu'ayant adopté une définition minimale de la cause, très proche de celle qui vient d'être exposée[4], ils proposent de «détacher» la garantie à première demande de sa cause, redoutant que par le biais d'une nullité pour défaut de cause, les garants ne puissent multiplier le refus de paiement. Cette inquiétude ne paraît pas fondée. Même si la cause du garant réside dans la considération de la conclusion du contrat de base, ou du versement d'un acompte, ou encore dans l'absence de retenue de garantie opérée par le bénéficiaire, cette cause s'apprécie au moment de la formation du contrat et elle ne joue plus aucun rôle par la suite[5]. Peu importent donc les éventuelles nullité ou résolution du contrat de base, dès lors que leur rétroactivité sera toujours prise en défaut, l'appel de garantie ayant lieu

---

(1)Le contrat de base apparaît ici comme le «support juridique» de la garantie (MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°634 ; MAZEAUD, op. cit., n°53-4 : «prend appui» ; M. VASSEUR, Rép. com. n°33 : «pris à son propos»).

(2)Se référant plus ou moins nettement à cette idée : Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n°157 ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°635 ; J. STOUFFLET, chr. précitée, Clunet 1987, n°38.

(3)Cette présence de l'accessoire dans l'objet, a déjà été rencontrée pour le gage et l'hypothèque : mais il s'agissait alors d'objet de la prestation, cf. supra n°990.

(4)J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°743 et s. ; M. VASSEUR, Rép. com., n°39 et s.

(5)En ce sens : M. VASSEUR, Colloque de Deauville, précité, p.98 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°745 et dans le même sens : Y. POULLET, Thèse précitée, n°236, n°290, n°293 et s., n°323 et n°330. L'auteur semble en déduire une altération de la cause matérielle de la garantie qui ne serait plus le contrat principal (concept juridique) mais le rapport commercial (concept économique).
Rappr. pour l'absence d'influence d'une modification du contrat principal : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, chr. précitée, n°19 ; Y. POULLET, Thèse précitée, n°215.

bien avant la décision prononçant définitivement l'anéantissement du contrat et que l'existence de restitutions peut conserver aux garanties toute leur utilité[1]. Seules devraient être réservées la nullité ou la caducité des garanties données avant la naissance de l'événement à couvrir, lorsque ce dernier ne se produit pas : garantie de restitution d'un acompte jamais versé, garantie de soumission d'une offre que le bénéficiaire n'a jamais acceptée, garantie de bonne fin d'un contrat qui n'a pas été conclu. Or, les partisans de l'abstraction partielle admettent aussi la nullité de la garantie dans ces hypothèses[2]. Après la formation, où le rapport d'accessoire a épuisé son rôle dans la structuration du contrat et du groupe, l'influence du contrat de base emprunte, techniquement, une toute autre voie. En s'obligeant à payer à première demande, le garant fait apparaître un droit à l'appel de la garantie au profit du bénéficiaire. C'est ce droit qui, en vertu des principes généraux, ne doit pas être exercé de manière frauduleuse ou manifestement abusive, contrairement à l'article 1134 alinéa 3 qui exige que les conventions soient exécutées de bonne foi(3). Une référence à la cause est ici inutile. Il semble donc possible de se passer de toute idée de «détachement» de la cause[4].

---

(1)Cf. d'ailleurs l'arrêt de la Chambre commerciale du 20 décembre 1982, (2ème espèce, précité) qui affirme que «même si l'engagement [du banquier] avait pour cause [le contrat de base] dont la nullité était alléguée», celui-ci ne pourrait échapper à son obligation. L'origine de la garantie à première demande, remplacer un dépôt de garantie, permet de mieux comprendre l'économie de l'institution.

(2)J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n°745. Rappr. Paris 17 janvier 1983, JCP 1983, II, 19966, note J. STOUFFLET (condition suspensive jamais advenue du fait du bénéficiaire).

(3)L'importance de ce texte et son renouveau contemporain ne sont plus à démontrer (MARTY et RAYNAUD, «Les obligations», 2e édit., n°245 ; FLOUR et AUBERT, op. cit., 1991, n°374 ; Ch. LARROUMET, «Les obligations», 2e édit., n°594 ; STARCK, 3e édit., n°1140 et s.). Mais, la «bonne foi» est d'un contenu variable et la nature de l'obligation impose ici une interprétation très restrictive.

(4)Cf. Ph. SIMLER, J.-Cl. précité, n°81. Cette idée de détachement conviendrait mieux aux véritables actes abstraits, comme l'aval. C'est bien une cause structurelle d'affectation à un rapport fondamental, qui distingue l'aval de la signature à titre principal d'un effet. Mais l'influence de ce rapport reste exceptionnelle. Si l'inopposabilité des exceptions cède aussi, parfois, en matière d'effets de commerce, plusieurs différences avec la garantie à première demande méritent d'être soulignées : le formalisme exclut que la demande en paiement ne concerne pas le rapport fondamental pour lequel l'effet a été créé et la mauvaise foi du porteur s'apprécie lorsqu'il acquiert l'effet de commerce (J.-L. RIVES-LANGE, chr. précitée, Rev. Banque 1985, spéc. n°26 et s.).

SECTION 2

LES ENSEMBLES DE CONTRATS INTERDEPENDANTS

1000.– Les ensembles de contrats interdépendants constituent, sans aucun doute, les groupes les plus originaux : autour d'un personnage central, rayonnent plusieurs conventions d'importance égale, ayant le plus souvent une nature identique. Ces ensembles, sauf peut-être lorsqu'ils concernent un réseau de distribution, demeurent assez peu étudiés et il convient de remarquer qu'ils sont restés, jusqu'à présent, étrangers au vaste mouvement jurisprudentiel qui tend à promouvoir l'essor d'actions directes nécessairement contractuelles, entre les participants d'un groupe qui ne sont pas parties à un même accord[1]. Cette discrétion se retrouve en matière de qualification : rares sont les conventions qui érigent en critère de qualification, l'insertion du contrat dans un groupe de ce genre. Deux exemples, principalement[2], semblent recourir, à ce procédé : le contrat d'assurance et celui de croisière maritime.

1001.– L'assurance peut être définie comme «le contrat par lequel un souscripteur, se fait promettre par un assureur, une prestation en cas de réalisation d'un risque, moyennant le paiement d'un prix, appelé prime ou cotisation»[3]. Malgré

---

(1) Alors qu'il pourrait y avoir un intérêt (v. par exemple, l'action d'un locataire contre un autre locataire, qui au lieu d'emprunter la voie délictuelle, utiliserait celle des articles 1733 ou 1735).

(2) Adde : cependant - la *fourniture de courant électrique* (supra n°861 et s., spéc. n°867).
- *le contrat de loterie* : cette convention suppose nécessairement que plusieurs personnes aient acheté des billets, dont quelques uns, seulement, tirés au sort, feront obtenir un gain à leur possesseur (rappr. G. VIGNALE, «Jeu et pari en droit civil», Thèse Paris II 1979, p.29 : «elle nécessite la participation d'un grand nombre de personne»).
Comp. : - *le contrat de travail.* L'intégration dans un service organisé, critère utilisé récemment par la jurisprudence (cf. supra n°174), n'est pas une application de cette insertion dans un ensemble. D'une part, parce que le contrat de travail peut exister sans entreprise (gens de maison), donc sans groupe. D'autre part, parce que l'entreprise et ses différents collaborateurs ne sont pas forcément organisés autour d'une structure contractuelle en général et, spécialement, autour d'un faisceau de contrats de travail).

(3) Y. LAMBERT-FAIVRE, «Droit des assurances», 7e édit., 1990, n°33.

les apparences, cette définition est toutefois insuffisante[1]. L'assurance est inséparable de l'existence d'une mutualité des risques[2]. Tout le mécanisme de cette opération repose sur des calculs de probabilité. La rareté statistique des sinistres et la gravité de leurs conséquences financières sont compensées par la multiplicité des primes (modiques) versées par les assurés. Pour qu'il y ait véritablement contrat d'assurance, il est donc indispensable que l'assureur ait conclu plusieurs contrats avec différents souscripteurs. Le schéma correspond parfaitement, à celui d'un ensemble de conventions interdépendantes : autour d'un personnage-pivot, l'assureur, convergent une multitude de contrats d'assurance. Ce faisceau contractuel ne s'identifie pas, simplement, à la nature professionnelle que la loi exige des assureurs. Certes, un professionnel focalise toujours autour de lui un ensemble de conventions, mais le lien qui unit ces contrats est trop lâche[3]. Dans l'opération d'assurance, au contraire, la multiplicité de conventions convergentes est nécessaire à la bonne exécution de chaque élément du groupe : seule la distribution des effets des sinistres permet leur couverture[4]. C'est donc bien la présence d'un ensemble de conventions interdépendantes qui constitue le critère de qualification de l'assurance et non la qualité de professionnel de l'assureur, qui n'est qu'un moyen d'objectiver la présence de ce groupe, en évitant, de surcroît, qu'une opération aussi risquée soit pratiquée par des contractants ne présentant pas un minimum de garanties.

1002.- Le contrat de croisière maritime est une création du législateur, prévue par les articles 47 à 49 de la loi du 18 juin 1966[5]. Le régime institué reste parcellaire : il concerne essentiellement la forme du contrat et la responsabilité de l'organisateur. La situation est encore moins favorable pour la définition du contrat, puisque les textes ne précisent pas la notion de «croisière». La jurisprudence a donc été amenée à préciser les critères de qualification de cette convention. A cette occasion, la Cour d'appel de

---

(1)Ibid. Elle décrit plutôt le «pacte analogue à l'assurance» (cf. Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Cont. distr., Fasc. 110, n°37 et les références citées).

(2)Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit., loc. cit. ; D. GRILLET-PONTON, Thèse précitée, n°353 ; adde les références citées supra n°923 (note).

(3)Cf. supra n°905.

(4)Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit., loc. cit. ; P. HEBRAUD, «Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques», Mélanges MAURY, T.2, p.417 et s., spéc. p.438.

(5)V. RODIERE, «Traité général de Droit maritime», T.III, 1970, n°1096 et s., spéc. n°1107 et s. ; J.-C. SOYER, «Le droit nouveau des contrats d'affrètement et de transport maritimes», RTD com. 1967, n°152 et s. ; E. du PONTAVICE, RTD com. 1966, p.708 et s. ; Ph. DELEBECQUE, Thèse précitée, n°266, p.300 ; A. MAUREL, «Les croisières maritimes et aériennes», Thèse Paris II 1976, p.128 et s. ; P. COUVRAT, Rép. com., v° Agence de voyages, n°71 et n°78 ; A. CHEMEL, J.-Cl. com., Fasc. 880, n°125 et s. ; fasc. 885, n°32 et s.

Paris[1], puis, sur pourvoi, la Cour de cassation[2], ont souligné qu'une croisière maritime, au sens de la loi de 1966, est nécessairement un voyage collectif. Pour les juges du fond, «une croisière, qui est un voyage organisé proposé au public par une agence, a un caractère collectif auquel ne peut prétendre le voyage des époux M., qui, bien qu'il ait été organisé par l'agence F., l'a été sur les indications de ces derniers et à leur seul profit». La solution est approuvée par la Cour de cassation qui affirme que «ce voyage individuel avait été organisé suivant leurs goûts et leurs indications et pour eux seuls» et qu'en conséquence la Cour d'appel pouvait décider que «l'ensemble ne constituait pas une croisière maritime au sens des articles 47 et suivants de la loi du 18 juin 1966, mais qu'il y avait eu un contrat de transport pour le voyage par mer et un contrat de mandat pour l'autre partie du voyage». Certes, il ne résulte pas de ces décisions que l'insertion du contrat de croisière est le critère unique qui distingue cette convention du simple passage maritime : la croisière est un contrat complexe, où les prestations normalement accessoires dans un transport maritime, comme l'hébergement et la nourriture, sont érigées en obligation principale[3]. Mais le caractère collectif du voyage reste une condition nécessaire de cette qualification et d'un point de vue juridique, cette collectivité de passagers signifie que l'organisation a passé plusieurs contrats identiques (ou presque) avec différents contractants, sans qu'aucune convention n'ait une importance supérieure aux autres[4]. C'est l'indice certain de la présence d'un ensemble de contrats interdépendants.

1003.– D'un point de vue technique, l'analyse de la structure de qualification de ces deux conventions s'avère fort délicate, notamment quant à la détermination du concept de cause utilisé. En se limitant à un examen d'ensemble du groupe, la situation paraît simple : c'est la réalisation de l'opération économique globale, la mutualité des risques ou la croisière, qui constitue le but commun de tous les contrats faisant partie du groupe[5]. S'agissant de contrats synallagmatiques, il s'agit d'une cause médiate. L'identité de cause caractéristique des ensembles peut dès lors être précisée : la cause médiate est la même, in specie, pour toutes les conventions composant le groupe, alors que la cause immédiate est simplement similaire, in genere. Parler d'identité partielle de cause semble donc plus exact. Il convient alors de

---

(1)Paris 27 janvier 1975, Bull. transp. 1975, p.155, note RODIERE, confirmant TGI Paris 22 mai 1973, Gaz. Pal. 1974-1-p.17. Dans le même sens : Paris 26 avril 1984, Bull. transp. 1985, p.173.

(2)Civ. 15 février 1977, Bull. transp. 1977, p.236.

(3)Rappr. RODIERE, op. cit., n°1096-1097, n°1100 et n°1108.

(4)Rappr. pour les agences de voyages supra n°657 et s., où cette condition est parfois indirectement prise en compte par l'exigence d'un voyage «organisé».

(5)Cf. B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°66 et 67, n°176 et n°178.

préciser la manière dont cette cause médiate s'intègre dans chaque contrat particulier. Or, cette intégration suscite certaines difficultés. Il est possible de rechercher la cause médiate dans la représentation du souscripteur ou du touriste. Dans cette analyse, cependant, il semble très artificiel de donner à cette cause la nature d'une véritable cause finale. Le souscripteur ne conclut pas un contrat d'assurance pour créer une mutualité des risques, de même que le passager ne conclut pas un contrat de croisière pour qu'un voyage collectif puisse être réalisé. L'objectif poursuivi par ces contractants est purement individuel et égoïste : l'ensemble contractuel ne peut pénétrer leur représentation qu'au titre d'un donné juridique extérieur, condition ou moyen nécessaire à la satisfaction de leur désir propre. La situation semble bien éloignée de la sous-traitance ou du cautionnement, où la cause insérant le contrat dans le groupe est véritablement finale : permettre la conclusion ou l'exécution du contrat principal. En maintenant cette perspective, il convient donc de modifier légèrement le contenu de la notion de cause utilisée. Devant ces difficultés, ne faut-il pas changer d'approche, en recherchant la cause médiate du côté du débiteur de l'obligation caractéristique, à savoir l'assureur et l'organisateur de croisière ? Il semble plus réaliste, en effet, de considérer que c'est l'assureur qui, à chaque fois qu'il contracte, poursuit le but médiat de créer une mutualité de risques, qui lui permettra de faire face à l'indemnisation des sinistres à laquelle il va être confronté. En concluant un contrat isolé, l'assureur sait très bien qu'il ne peut pas trouver dans cette seule convention, les moyens d'assurer son exécution, en cas de survenance du risque garanti : chaque accord n'est pour lui que l'élément d'un ensemble. Un raisonnement similaire est transposable à l'organisation d'une croisière : la rentabilité d'un voyage organisé, bâti autour de l'utilisation d'un navire de dimensions importantes, en dehors de son service régulier[1], n'est concevable que si l'organisateur conclut de multiples conventions. Une cause médiate véritablement finale est ici plus convaincante. Un problème demeure toutefois : concentrer l'objectif commun de tous les contrats du groupe sur la même personne, le contractant-pivot de l'ensemble, risque d'affaiblir la nature objective de cette cause médiate. Tout professionnel est confronté à des préoccupations économique de rentabilité et ce mobile est insuffisant à transformer la nature d'une convention[2]. L'objectif particulier de l'assureur ou de l'organisateur de croisière doit être connu de tous ses cocontractants, qui doivent comprendre que ce but médiat, marquant la présence d'un groupe de contrats, est la condition nécessaire de

(1)Ou dans des conditions qui rendent accessoires le déplacement concomitant de marchandises (cf. RODIERE, op. cit., n°1108).

(2)Sous réserve d'en présumer l'onérosité, cf. supra n°553 et s. et n°630 et s.

l'exécution de leur convention particulière. Pour l'assurance, c'est la qualité de professionnel de l'assureur qui réalise cette intégration du motif médiat. Pour la croisière, la situation est beaucoup plus floue, mais l'objet de l'obligation de l'organisateur peut arriver au même résultat : programme fixe, présence d'un encadrement, réalisation d'animations ou d'activités collectives, etc. En définitive, les deux approches causales ne s'excluent pas et sont complémentaires : la cause médiate finale du prestataire devient une cause médiate de «positionnements» pour ses clients, qui savent que leur convention ne peut se concevoir isolément[1].

(1)Cf. aussi supra n°899 (note), pour l'assistance maritime.

SECTION 3

LE CAS PARTICULIER DU CREDIT-BAIL

1004.- Dans une analyse superficielle, le crédit-bail est un contrat complexe par lequel un contractant, en pratique un établissement financier, s'engage à donner en location à un tiers, un bien d'équipement, un matériel d'outillage, un immeuble ou tout ou partie d'un fonds de commerce dont il est propriétaire ou titulaire, en lui conférant, au surplus la possibilité d'acquérir la chose ou le droit objet de la location, moyennant un prix tenant compte, au moins pour partie, des loyers versés[1]. Une lecture plus attentive de la définition légale de cette convention montre cependant qu'il est indispensable d'ajouter un autre élément[2] : la qualification de crédit-bail est attachée à la présence d'un groupe de contrats spécifique, composé de deux conventions : le contrat de crédit-bail et celui permettant l'acquisition du bien ou du droit par le crédit-bailleur(3). Une telle exigence est clairement précisée dans l'article premier de la loi de 1966 : s'agissant du crédit-bail mobilier, le texte dispose que les biens loués doivent avoir été «achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires». La condition s'est maintenue dans l'ordonnance du 28 septembre 1967, précisant la notion et le régime du crédit-bail immobilier : les immeubles à usage professionnel doivent avoir été «achetés par [l'entreprise] ou construits pour

---

(1)Article 1, modifié, de la loi n°66-455 du 2 juillet 1966.

(2)L'exigence a été maintenue dans la convention d'Ottawa sur le crédit-bail international (article I, 2, a et b ; E.M. BEY, «La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international», JCP éd. E 1989, II, 15643, p.726 et s., spéc. II.2.A.a).

(3)Selon M. TEYSSIE, le groupe de contrats organisé autour du crédit-bail est plus complexe. Il comprend, ce qui n'est pas contestable, des conventions d'assurance ou/et de cautionnement (Thèse précitée, n°255-256). Ces contrats sont des accessoires du crédit-bail et leur qualification n'est pas modifiée par leur insertion dans ce groupe : il est donc possible de les négliger. Il intègre ensuite, selon cet auteur, une série de mandats annexes conclus entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur (Thèse précitée, n°248 à 252). L'analyse est ici plus discutable : il semble que désormais ces prestations soient intégrées dans le contrat de crédit-bail. Il n'y a plus véritablement de groupe, ce qui correspond à la «tendance unitaire» que soulignait in fine M. TEYSSIE (Thèse précitée, n°257).

son compte». Elle a disparu formellement dans la loi du 6 janvier 1986, étendant le champ d'application du crédit-bail au fonds de commerce, mais il ne s'agit là, semble-t-il, que d'une inadvertance du législateur[1]. La jurisprudence respecte parfaitement cette conception du crédit-bail, qui oppose cette convention à la location-vente[2] : les tribunaux refusent de qualifier de crédit-bail les contrats de locations assortis d'une promesse de vente, lorsque ceux-ci sont conclus par des bailleurs qui sont déjà propriétaires des biens loués, notamment les fabricants de ceux-ci[3]. La jurisprudence a d'ailleurs nettement spécifié que l'exigence légale concerne l'existence d'un groupe de contrats et non, la présence de trois contractants, puisqu'elle a admis que les opérations de cession-bail («lease-back») relèvent de la loi de 1966[4]. La doctrine n'est pas en reste et la quasi-totalité des auteurs inclut l'existence d'un groupe de contrats dans la définition de cette qualification[5].

1005.– Au-delà de cette première constatation, le crédit-bail et le groupe qu'il suppose présentent certaines particularités. En premier lieu, l'intégration du groupe

---

(1)Cf. infra n°1628.

(2)Cf. infra n°1629.

(3)Com. 13 avril 1976, D. 1976, p.694, note Cl. LUCAS DE CEYSSAC, JCP 1977, II, 18669, note E.M. BEY ; RTD com. 1976, p.793, obs. J. HEMARD ; Bourges 1e ch. 30 juillet 1987, Juris-Data n°43056 (fabricant du matériel).
Rappr. Aix 28 juin 1984, Gaz. Pal. 1985-1-somm. p.181, note E.M. BEY.

(4)Sur le lease-back, en *doctrine* : Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°821 ; MAZEAUD, op. cit., n°923-2 ; G. PARLEANI, «Le contrat de lease-back», RTD com. 1973, p.699 et s. ; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n°558 ; J. CALAIS-AULOY, Rép. com., v° Crédit-bail (leasing), n°1, 3, 19 et 77 ; M. CABRILLAC, Rép. civ., v° Leasing et crédit-bail, n°11 ; E.M. BEY, J.-Cl. contrats distribution, Fasc. 851, n°851, n°98 à 110 ; Ch. GOYET, «Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire», Thèse Strasbourg, LGDG 1983, n°170 et s.
Pour la *jurisprudence* : Com. 21 mai 1979, D. 1980, p.611, note Cl. LUCAS DE CEYSSAC ; Paris 27 septembre 1983, Gaz. Pal. 1984-1-somm. p.42 ; BRDA 1983 n°23, p.14 ; contra, semble-t-il : Paris 5e ch. 26 mars 1982, Juris-Data n°26871, refusant la qualification de lease-back à une opération où le vendeur n'était pas un fabricant, mais un acheteur dans l'impossibilité de régler la totalité du prix ; Paris 5e ch. 16 octobre 1971, inédit cité par G. PARLEANI, chr. précitée, n°55. Pour le texte de l'arrêt et la critique de M. PARLEANI, cf. Ch. GOYET, Thèse précitée, p.237 et s. et n°173.
La majorité de la doctrine soutient cette analyse : MARTY et RAYNAUD, par Ph. JESTAZ, op. cit., n°558, p.361 ; M. CABRILLAC, Rép. précité, n°11 ; J. CALAIS-AULOY, Rép. précité, n°3, 19 et 77 ; G. PARLEANI, chr. précitée, n°60 et s. ; contra : MAZEAUD, op. cit., n°923-2 et, semble-t-il, Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°821, qui évoquent le leasing et non le crédit-bail stricto-sensu.

(5)M. CABRILLAC, Rép. civ., v° Leasing et crédit-bail, n°11 ; J. CALAIS-AULOY, Rép. com., v° Crédit-bail (leasing), n°11, 19 et n°28 ; D. CREMIEUX-ISRAEL, «Leasing et crédit-bail mobiliers», D. 1975, p.30 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, «Les contrats spéciaux», 1991, n°813 ; M. BRUSETTI, «Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes», Thèse Grenoble 1977, p.87.
Contra : J.C. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, «Droit bancaire», 1990, n°590 note 5 ; rappr. l'éventuel assouplissement proposé infra n°1629.

dans le champ contractuel est assurée par l'objet plus que par la cause : la conclusion du contrat d'acquisition est une obligation du crédit-bailleur[1]. Il en résulte que la conscience de la nécessité de cette convention fait partie de la cause immédiate du crédit-preneur et non de sa cause médiate. Ensuite, et les deux choses sont peut-être liées, l'influence de cette prise en compte du groupe dans la qualification dépasse très largement une simple catégorisation : c'est en effet par cette condition que la nature financière du crédit-bail pénètre sa traduction juridique[2]. Or, tout le particularisme du régime de ce contrat provient du rôle de financier que le crédit-bailleur se borne à assumer. Loin d'être un élément secondaire de sa définition, la nécessaire insertion du crédit-bail dans un groupe particulier est au contraire un de ses traits caractéristiques. Il reste alors à préciser davantage le contenu de ce groupe, tant vis-à-vis de la nature de ses éléments (I), que de leur agencement (II).

II - La nature du contrat d'acquisition

1006.- Des deux conventions constituant l'armature du groupe, c'est le contrat d'acquisition dont la nature pose problème. Dans la rédaction initiale de la loi de 1966, la situation est en apparence simple : il s'agit d'une vente. Très rapidement, cependant, avec l'ordonnance de 1967, la qualification du contrat d'acquisition passe au second plan. Seul importe le résultat : le crédit-bailleur doit devenir propriétaire de l'immeuble crédit-baillé. Pour ce faire, il peut conclure des conventions de natures diverses : vente ou contrat d'entreprise, cette dernière hypothèse pouvant s'accompagner, lorsque le preneur est propriétaire du terrain, d'un bail à construction ou d'un bail emphytéotique. Par contrecoup, cette extension des qualifications du contrat d'acquisition dans le crédit-bail immobilier, invite à s'interroger sur la possibilité d'une interprétation souple de l'exigence d'une «vente» pour le crédit-bail mobilier. En effet, si le crédit-bailleur finance une opération spécifique, portant sur un matériel spécialement adapté aux besoins du crédit-preneur, il n'est pas du tout exclu que le contrat conclu avec le constructeur de ce bien puisse s'analyser comme un contrat d'entreprise avec fourniture de matière. Par rapport à une vente, le résultat final reste conforme à l'économie du crédit-bail : le crédit-bailleur devient bien propriétaire

---

(1)Sur la nature principale ou accessoire de cette obligation, cf. infra n°523.
(2)Cf. infra n°1682.

de la chose qui va être louée. Cependant, le contrat ne correspond pas stricto sensu à celui visé par la loi de 1966[1].

1007.– Pour éviter cette solution trop rigide, il est concevable de recourir à la notion subjective de l'accessoire[2]. Selon celle-ci, c'est la cause du créancier, en l'occurrence le crédit-bailleur, qui permet de hiérarchiser les obligations multiples assumées par un même contractant. Or, face à un fournisseur de matériaux, qui réalise de surcroît un travail spécifique, la cause du crédit-bailleur ne fait pas de doute, peu lui importe la nature de ce travail ou la valeur comparée des deux obligations : la phase de construction du bien ne l'intéresse pas et il n'a conclu le contrat que dans la perspective de son résultat final : le transfert de propriété, préalable légal au contrat de crédit. Autrement dit, dans tous les cas, le contrat conclu par le crédit-bailleur devrait être qualifié de contrat de vente[3].

Cette analyse n'emporte pourtant pas la conviction, pour deux raisons principales. La première tient au rôle original joué par le crédit-preneur dans le déroulement des opérations : c'est lui, en réalité, qui négocie avec le fournisseur, qui choisit le bien et qui procède aux formalités de sa réception. Il est permis de se demander, par conséquent, si l'appréciation du critère subjectif de l'accessoire ne devrait pas s'effectuer dans sa personne, plutôt que dans celle du crédit-bailleur[4]. La seconde concerne plutôt les conséquences de cette analyse vis-à-vis du constructeur. Pour des motifs, somme toute propres aux relations du crédit-bailleur et de son client, ce dernier voit en effet la qualification de son contrat passer de l'entreprise à la vente. Or, les régimes de ces conventions sont différents. Par exemple, une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, licite en matière de contrat d'entreprise, a de grandes chances d'être nulle si le contrat est une vente : le constructeur est professionnel, alors que le crédit-bailleur ne sera jamais un professionnel de même spécialité et que le crédit-preneur[5] ne l'est pas forcément.

---

(1)Si ce genre de situation n'est pas intégrée dans le champ d'application de la loi de 1966, une disqualification en vente est à redouter. Si le bien est très spécifique, il sera pratiquement impossible de le revendre. Sa valeur résiduelle sera faible et seul le locataire aura intérêt à garder ce bien. Autant d'éléments en faveur de la reconnaissance d'un engagement d'acheter du preneur, dès la conclusion initiale du contrat.

(2)Cf. supra n°358 et s.

(3)Le raisonnement est exactement l'inverse de celui évoqué précédemment pour la sous-traitance (cf. supra n°485).

(4)Cette solution paraît plus conforme à l'esprit général de l'opération. Elle est identique pour le caractère apparent d'un vice : l'importance des diligences et le caractère professionnel de celui qui contrôle l'objet livré par le fournisseur, sont appréciés dans la personne du mandataire : le crédit-preneur.

(5)A supposer qu'il faille tenir compte de sa qualité dans cette discussion, ce qui n'est pas certain : il ne s'agit plus, comme pour les vices ou la cause, d'une appréciation dynamique de comportements

Il paraît donc préférable de maintenir une qualification du contrat d'acquisition conforme aux principes classiques, en appréciant le caractère subjectif de l'accessoire dans la personne de l'utilisateur effectif du bien : le crédit-preneur. Cette solution respecte la répartition habituelle des rôles entre le crédit-bailleur et son client : financier pour le premier, technique pour le second. Pour éviter que les établissements financiers ne s'impliquent que dans des opérations d'achat de bien standardisés (vente)[1], il convient, par conséquent, d'adopter une interprétation souple du terme de «vente» figurant dans l'article 1-1° de la loi de 1966, définissant le crédit-bail mobilier, en privilégiant le résultat de ce contrat (transfert de propriété) plutôt que sa qualification précise, pour pouvoir englober dans le champ d'application de ce texte d'éventuels contrats d'entreprise avec fourniture de matière[2].

II - LA STRUCTURE DU GROUPE CONTRAT D'ACQUISITION - CREDIT-BAIL

1008.- La nature du rapport structurel unissant le contrat d'achat du bien crédit-baillé, au crédit-bail proprement dit, est loin de faire l'unanimité en doctrine. Plusieurs thèses s'affrontent, dont aucune ne s'avère entièrement satisfaisante.

Pour certains auteurs, la vente est la cause du crédit-bail, son motif impulsif et déterminant(3). Il en résulte que, normalement, la disparition de la vente, du fait de sa nullité ou de sa résolution, doit entraîner consécutivement l'anéantissement du crédit-bail, ce dernier se trouvant rétroactivement dépourvu de cause. Cette première conception ne peut être retenue. Sans qu'il soit possible d'en fournir immédiatement l'explication[4], il convient de noter la fausseté du corollaire tiré de cette analyse

---

ou de représentations, mais de celle de la qualité du cocontractant. Or, le crédit-preneur n'est pas le cocontractant du fournisseur.

(1)Tentation qui paraît grande ! (cf. E.M. BEY, «L'évolution du droit des sûretés», Colloque de Deauville, Rev. jurispr. com. n° spécial, février 1982, p.48 et s., spéc. n°10).

(2)Cf. en ce sens, implicitement, E. MASSIN, Rev. jurispr. com. 1972, p.35 et s., spéc. p.37.

(3)Comme le rapport inverse d'accessoire à principal est difficilement contestable (cf. n° suivant), cette première analyse est le plus souvent présentée sous la forme d'une interdépendance des deux contrats : la vente est la cause du bail et le bail est la cause de la vente (cf. Ch. LARROUMET, 2e édit., «Les obligations», n°479 et obs. D. 1980, IR, p.566, sous Com. 4 février 1980 ; E.M. BEY, J.-Cl. Contr. distrib., Crédit-bail mobilier, Fasc. 850, n°102 («les contrats de vente et de louage se servent mutuellement de cause juridique»), à comparer avec le n°96 (plutôt dans le sens d'une vente accessoire du crédit-bail).
Contre cette interdépendance : B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°254, p.130 ; D. CHEDEVILLE, Thèse précitée, n°172, p.182. Il convient de remarquer qu'un double rapport réciproque d'accessoire à principal est l'indication que les deux éléments... sont principaux (cf. à propos des contrats mixtes par addition, infra n°1369).

(4)Cf. infra, deuxième partie, titre 3, chapitre 2, section 2.

causale : la disparition de la vente n'entraîne pas toujours celle du crédit-bail. Il est même permis de se demander si la vente n'a pas été érigée en cause du crédit-bail à seule fin de justifier ce corollaire, car sur le fond, cette conception paraît fort discutable. Le crédit-bail n'est absolument pas dans une position accessoire vis-à-vis du contrat d'acquisition : il ne permet pas cette vente, il ne la facilite ou renforce pas[1]. Il y a semble-t-il une erreur de perspective. Certes, le crédit-preneur conclut le crédit-bail afin de pouvoir ultérieurement devenir propriétaire du bien, mais ce but est suffisamment exprimé par la cause immédiate de ses obligations, constituée par la représentation de l'exécution de deux des trois obligations du crédit-bailleur : acheter le bien et en promettre la vente[(2)]. La conclusion de l'achat marque la nature financière de l'intervention du crédit-bailleur, mais c'est l'obligation en vue de l'achat qui traduit juridiquement cette réalité. Ou alors il faudrait considérer que, dans une chaîne de ventes, le contrat conclu entre le fabricant et le grossiste constitue la cause impulsive et déterminante du contrat passé entre le grossiste et le sous-acquéreur. Personne n'a jamais soutenu cette analyse, qui paraît relever de la cause efficiente, plus que de la cause finale.

1009.– Une conception inverse est, a priori, plus satisfaisante. C'est la vente qui constitue l'accessoire du contrat de crédit-bail[3]. L'analyse rejoint ici les textes qui exigent un «achat en vue de la location». Autrement dit, la vente est conclue pour permettre l'exécution du crédit-bail : c'est la définition même d'un lien d'accessoire par destination[4], accessoire nécessaire de surcroît[5]. Il importe cependant de préciser la portée d'une telle analyse. Ce but médiat est celui-ci du crédit-bailleur et il fait partie de la représentation causale de ce contractant dans le contrat de vente. De plus, il constitue normalement un simple mobile de ce dernier. D'une part, il n'influe pas sur

---

(1)Sur la définition de l'accessoire par destination, cf. supra n°371 et s.

(2)Comme pour la garantie à première demande, l'objet s'avère un procédé technique qui perturbe le rôle de la cause, instrument de placement d'un contrat dans un groupe : dans les deux cas, l'indépendance entre les conventions en est renforcée.

(3)Cf. en ce sens : B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°254-256, p.130-131 ; Ch. GOYET, «Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire», Thèse Strasbourg, LGDG 1983, n°111, p.62 ; adde, semble-t-il, D. CHEDEVILLE, Thèse précitée, n°172 ; B. BOULOC, «Crédit-bail et location vente», Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur», Colloque 3-4 juin 1978, ENAJ, p.95 et s., spéc. p.118.
V. aussi C. CHAMPAUD, «Le leasing», JCP 1965, I, 1954, n°29 (acquisition décrite comme un «acte nécessaire» à l'exécution de la promesse synallagmatique de location souscrite par le crédit-bailleur).

(4)Cf. supra n°1041 et s.

(5)V. en ce sens : B. TEYSSIE, Thèse précitée, n°256, p.131.

la qualification du contrat d'acquisition[1]. D'autre part, la disparition du principal (le crédit-bail) n'entraîne pas celle de l'accessoire (la vente), sauf stipulation particulière expressément convenue entre le crédit-bailleur et le fournisseur (clause dite «de reprise»).

1010.– Aucune de ces deux solutions n'apparaît donc totalement satisfaisante. Quel que soit le sens adopté pour la relation d'accessoire à principal, l'effet normal d'un tel lien est contrarié, puisque la disparition du principal n'entraîne pas celle de l'accessoire. Cette altération est justifiée par des raisons diamétralement opposées : dans un cas, c'est parce que le but médiat reste un mobile, dans l'autre, c'est au contraire parce que la nécessité du groupe est tellement renforcée, qu'elle intègre le contrat au travers de ses obligations. En définitive, le crédit-bail et le contrat d'acquisition forment un groupe atypique, intermédiaire entre les chaînes et les ensembles. Si, à la base, ce groupe se rapproche d'un ensemble de deux contrats hiérarchisés, la vente étant un accessoire nécessaire du crédit-bail, dans une perspective dynamique, il se rattache à deux autres types de groupes de contrats. En premier lieu, il convient de ne pas perdre de vue que le crédit-bail n'est qu'une parenthèse insérée dans une chaîne translative de propriété. A l'issue du contrat[2], il est certain que le bien ne restera pas la propriété du crédit-bailleur : ce dernier est un financier qui n'est intéressé que par l'aspect garantie que peut représenter le droit de propriété. Le crédit-bail regroupe finalement dans un même contrat une opération de financement et une translation de propriété. Il évoque ainsi les ensembles contractuels composés d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise et du contrat de prêt conclu par l'acheteur ou le maître de l'ouvrage. La dualité des parties (vendeur-banquier) et de contrats qui en résulte est remplacée par une convention unique, marquée par un partage des rôles : financier pour le crédit-bailleur et technique pour le locataire. Le groupe de contrats regroupant le crédit-bail et le contrat d'acquisition participe de ces trois schémas, sans s'identifier complètement à l'un d'entre eux et l'influence du groupe sur la qualification du crédit-bail peut être analysée au travers des obligations figurant dans cette convention.

---

(1)Cf. toutefois la discussion évoquée précédemment n°1006 et s. L'établissement de liens directs avec le crédit-preneur (notamment l'opposabilité au vendeur des mandats conférés au crédit-preneur) peut, de plus, être considéré comme une influence directe sur le régime, la communauté du mobile (entré dans le champ contractuel) résultant de la qualité de l'acheteur et des relations de fait s'établissant avec le locataire.

(2)Ou éventuellement de plusieurs, si le bien crédit-baillé, est reloué, cf. infra n°1629.

1011.- Alors que les chaînes de contrats alimentent les discussions doctrinales et envahissent le prétoire, les ensembles de contrats restent assez méconnus. La technique des qualifications n'ignore pas ces groupes et elle y a même recours depuis longtemps. Toutefois, une telle conclusion globale serait quelque peu trompeuse. Ce sont les ensembles de contrats interdépendants qui connaissent la faveur de constituer souvent un critère de qualification. Ils rejoignent un schéma bien connu de rapport d'accessoire à principal. Au contraire, les ensembles interdépendants, où une multitudes de contrats rayonnent vers un personnage central, demeurent rarement utilisés. Si leur schéma général est facile à comprendre, il n'en reste pas moins qu'en pratique, il est difficile tant d'identifier concrètement ces groupes que de définir leur régime et, qu'en théorie, leur justification technique est difficile à préciser, les outils traditionnels (objet et cause) avouant leurs limites.

Conclusion du sous-titre 3

1012.– Au vu des développements qui précèdent, le récent arrêt de l'Assemblée plénière refusant au maître de l'ouvrage d'agir par la voie contractuelle contre le sous-traitant suscite des réserves. Le concept de groupe de contrats n'est pas une «invention» doctrinale mais la formalisation d'une réalité. L'examen des techniques de qualification contractuelle montre que l'insertion d'un accord au sein d'un groupe est un procédé connu du droit positif. Ici, comme ailleurs, la technique est ancienne, même si elle n'a été explicitée que récemment. Son développement ne saurait surprendre à une époque où il est fréquemment souligné que le contrat est sorti de son superbe isolement pour s'insérer dans des ensembles plus vastes selon l'analogie bien connu des atomes et des molécules.

Sur le strict plan technique, plusieurs enseignements peuvent être retirés. En premier lieu, le rôle de la cause objective, notamment médiate, et l'étroitesse des liens qui unissent ce concept à celui de l'objet reçoivent une confirmation indéniable. Ensuite, il apparaît, conformément aux conclusions qu'un examen de la matière indépendamment de la qualification pourrait indiquer, que le traitement des chaînes est nettement plus facile que celui des ensembles, spécialement des faisceaux de contrats interdépendants. Enfin, à titre prospectif, il serait souhaitable que la doctrine se penche de façon un peu plus technique sur la question des groupes de contrats. La classification de M. Teyssié n'est sans doute pas parfaite et son réexamen serait utile. Plutôt que de perpétuellement réfléchir sur l'opportunité de consacrer un concept dont l'existence n'est pas douteuse, il serait préférable d'approfondir les principes régissant la détermination du régime des groupes de contrats. La réticence de l'Assemblée plénière tient sans doute pour une bonne part à l'impression fâcheuse que la généralisation d'actions directes contractuelles entraînerait le juge sur un terrain inconnu : à la doctrine de placer des balises.

Conclusion du titre 2

1013.– La constatation avait été annoncée et elle était inévitable : la structure externe de qualification n'a pas l'homogénéité de la structure interne. Celle-ci combine la cause et l'objet des obligations produites par les contractants dans une structure organisée et cohérente qui constitue une partie de la structure globale de l'accord réellement conclu. Au contraire, la structure externe agglomère autour de cette première structure des éléments disparates qui tentent de placer le contrat dans son contexte concret, humain ou juridique. Les procédés de rattachement sont multiples. L'objet de la prestation et la qualité des parties entretiennent des liens directs avec l'obligation pour des raisons différentes - l'un subit l'obligation, l'autre l'exécute - qui rendent difficile toute synthèse. Le positionnement de l'accord par le biais de la cause relève a priori d'une technique mieux connue. En réalité, l'insertion du contrat dans un groupe, érigée en critère de qualification, démontre une nouvelle fois que la cause objective est une notion beaucoup plus riche que ne le dit la doctrine traditionnelle et, par ailleurs, il se confirme que les deux concepts d'objet et de cause sont parfaitement complémentaires. En tout état de cause, le développement important de la structure externe traduit techniquement de façon claire une évolution en faveur d'une part, d'une ouverture du contrat vers l'extérieur, d'autre part, d'un souci de réalisme très marqué. Ce dernier trait peut préserver des excès de la théorie mais, poussé à l'extrême, il devient dangereux par la remise en cause des catégories qu'il implique.

Conclusion de la première partie

1014– L'examen détaillé des structures internes et externes de qualification permet avec le recul de mieux comprendre l'insuffisance des concepts unitaires d'objet ou de cause du contrat un moment pressentis. Ces notions générales peuvent servir de base à une classification de grands types contractuels mais elles sont incapables de rendre compte de la diversité extraordinaire qui règne désormais en ce domaine. Si le contrat est une «pièce» individuelle de l'ensemble des relations sociales et s'il ne peut assumer cette position qu'en respectant les impératifs de l'utile et du juste[1], ceci suppose aussi qu'il soit efficace, qualité qui ne peut s'acquérir que par une adaptation étroite des qualifications à la réalité. Il en résulte nécessairement une multiplication des critères d'identification des contrats. La technique des qualifications ne se conjugue donc pas au singulier mais au pluriel : elle recouvre un grand nombre de procédés particuliers, qu'il importe de mettre en œuvre selon des principes rigoureux.

Dans le même ordre d'idées, il est facile de mesurer les limites du tableau proposé par Planiol à titre de classification synthétique des contrats. Comment imaginer de façon suffisamment précise pour être efficace une représentation de la multitude des combinaisons possibles de tous les procédés techniques de qualification recensés ? La tâche semble irréalisable d'autant que les développements qui précèdent ont clairement confirmé tant «l'irrégularité» des interventions du législateur, laquelle réussit parfois à diffuser sur les contrats innommés voisins, que celle de la réalité dont les contraintes matérielles sont toujours imprévisibles. Pour chaque procédé technique de qualification, les conclusions sont rarement absolues. Si l'obligation est en principe l'élément structurel fondamental, dans certaines conceptions théoriques, ce n'est pas toujours vrai et la qualification du contrat doit alors s'appuyer sur un effet automatique. Si la nature d'obligation de moyens ou de résultat reste en principe sans influence sur la qualification, il existe certaines exceptions. L'obligation accessoire n'appartient pas à la structure de qualification, mais les qualification récentes dotées d'un régime impératif multiplient les dérogations à ce principe. Il est inutile d'allonger la liste, la conclusion est assurée : le Droit n'est pas une science exacte.

Pour «mettre au point» une structure composite et relationnelle permettant de mieux rendre compte de la technique des qualifications que des concepts unitaires et globaux comme la cause ou l'objet du contrat, il faut disposer de notions définies avec

---

(1) J. GHESTIN, «Le contrat», n°172 et s.

précision. Au terme de cette première partie, il est permis de penser que l'entreprise a avancé et trois enseignements principaux peuvent en être retirés. Tout d'abord, les trois notions de l'objet (contrat, obligation, prestation) ont été utilisées pour désigner des phénomènes clairement identifiés. Seul le contenu de l'objet du contrat des accords complexes reste à préciser. Ensuite, la notion de cause objective jusqu'alors rabaissée au rang de concept inutile révèle toute sa richesse et son originalité. Sa richesse par la diversité des rôles qu'elle assume : trilogie des rapports d'équivalence (synallagmatique, intéressée, gratuite), hiérarchisation d'obligations, liaison avec des situations extérieures (juridique ou concrète), nivellement de certains particularisme techniques (effets automatiques). Son originalité par son contenu qui ne se limite pas aux objectifs immédiats d'une partie mais qui intègre aussi des représentations lointaines, obligeant à revoir l'une des classifications les plus traditionnelles du droit positif, et par sa faculté de servir en quelque sorte de «sas» aux mobiles subjectifs d'un contractant. Enfin, il apparaît avec une grande force que les concepts d'objet et de cause, trop longtemps présentés comme antagonistes sont au contraire étroitement complémentaires, tout au moins dans le cadre ici retenu de la qualification et d'une cause objective.

L'ensemble de cette première partie a surtout décrit les procédés de technique des qualifications au travers de contrats dont la structure est simple, c'est à dire dont l'objet caractéristique se compose d'une seule obligation ou d'une seule prestation. Nombre de ces procédés concernent aussi les contrat complexes et ceux-ci sont apparus au fil des développements à plusieurs reprises. Il est désormais temps de s'intéresser à ces contrats composites. La combinaison de plusieurs obligations provenant de contrats divers est une technique de qualification à part entière. Son examen nécessite cependant de changer quelque peu la perspective car, ici, le régime des qualifications devient une donnée majeure. Après avoir étudié la technique des qualifications sous l'angle d'une structure du contrat, l'examen des contrats composites invite à rechercher une éventuelle structure du régime.

BIBLIOTHÈQUE INTERUNIVERSITAIRE NANCY