

Essai sur la gratuité en droit privé

Stéphane Benils

► To cite this version:

Stéphane Benils. Essai sur la gratuité en droit privé. Droit. Université de Montpellier 1, 2006. Français. tel-01874759

HAL Id: tel-01874759

<https://hal.umontpellier.fr/tel-01874759>

Submitted on 14 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

FACULTÉ DE DROIT

Année 2006

N° attribué par la bibliothèque

I_I_I_I_I_I_I_I_I_I

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

présentée et soutenue publiquement

par

Stéphane BÉNILSI

le 8 décembre 2006

ESSAI SUR LA GRATUITÉ EN DROIT PRIVÉ

Directeur de thèse : Mme le Professeur Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE

JURY

M. François COLLART-DUTILLEUL, Professeur à l'Université de Nantes, rapporteur

M. Hervé LÉCUYER, Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), rapporteur

M. Stéphane DARMAISIN, Maître de conférences au Centre Universitaire de Nîmes

Mme Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, Professeur à l'Université Montpellier I

M. Jacques RAYNARD, Professeur à l'Université Montpellier I

UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

FACULTÉ DE DROIT

Année 2006

N° attribué par la bibliothèque

I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

présentée et soutenue publiquement

par

Stéphane BÉNILSI

le 8 décembre 2006

ESSAI SUR LA GRATUITÉ EN DROIT PRIVÉ

Directeur de thèse : Mme le Professeur Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE

JURY

M. François COLLART-DUTILLEUL, Professeur à l'Université de Nantes, rapporteur

M. Hervé LÉCUYER, Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), rapporteur

M. Stéphane DARMAISIN, Maître de conférences au Centre Universitaire de Nîmes

Mme Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, Professeur à l'Université Montpellier I

M. Jacques RAYNARD, Professeur à l'Université Montpellier I

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur

Essai sur la gratuité en droit privé

à mes parents,

à ma sœur,

à mes amis,

à tous ceux qui m'ont apporté leur soutien pendant l'élaboration de cette thèse

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif
APD : Archives de Philosophie du Droit
art. : article
Ass. Plén. : Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Bibl. Dr. Entr. : Bibliothèque de Droit de l'Entreprise, Litec
Bibl. Dr. Privé : Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
c./ : contre
c.civ. : Code civil
c.com. : Code de commerce
c.consom. : Code de la consommation
c.pén. : Code pénal
CAA : Cour administrative d'appel
CE : Conseil d'État
Cf. : Confer
CGI : Code général des impôts
Ch. mixte : Chambre mixte, Cour de cassation
Chr. : Chronique
Civ. 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2^{ème} : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3^{ème} : Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. Bancaire : Commission Bancaire
Comm. Com. Électr : Communication Commerce Électronique
Conc. Consom. : Revue de la Concurrence et de la Consommation, Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
Cons. Const. : Conseil Constitutionnel
Contr. Conc. Consom. : Contrats, Concurrence, Consommation
CPI : Code de la Propriété Intellectuelle
Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Essai sur la gratuité en droit privé

CSBP : Cahiers Sociaux du Barreau de Paris

CSP : Code de la Santé Publique

D. : Recueil Dalloz

Defr. : Répertoire du Notariat Defrénois

dir. : directive communautaire

DMF : Le Droit Maritime Français

Dr. et Patr. : Droit et Patrimoine

Dr. Soc. : Droit Social

fasc. : fascicule

GP : La Gazette du Palais

Ibid. : *ibidem*, au même endroit

In : dans

Infra : ci-dessous

J. Cl. : Juris-Classeur

JCP A : La Semaine Juridique, éd. Administratif

JCP E : La Semaine Juridique, éd. Entreprise et Affaires

JCP : La Semaine Juridique, éd. générale

JCP N : La Semaine Juridique éd. Notariale

L. : loi

PA : Les Petites Affiches

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

RD Publ. : Revue de Droit Public

RDC : Revue des contrats

RDSS : Revue de Droit Sanitaire et Social

Rec. : Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État

Rep. Civ. : Répertoire Civil Dalloz

Rep. Soc. : Répertoire des Sociétés, Dalloz

Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Rev. Dr. Rur. : Revue de Droit Rural

Rev. Hist. Dr. Français et Étranger : Revue Historique de Droit Français et Étranger

Rev. Sociétés : Revue des Sociétés

RJC : Revue de Jurisprudence Commerciale

RJS : Revue de Jurisprudence Sociale

RLDI : Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Essai sur la gratuité en droit privé

RRJ : Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif

RTD Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil

RTD Com : Revue Trimestrielle de Droit Commercial

S. : Sirey

s. : suivantes

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

ss. : sous

SSL : Semaine Sociale Lamy

Supra : ci-dessus

T.Com. : Tribunal de commerce

TA : Tribunal Administratif

TGI : Tribunal de Grande Instance

TPS : Travail et Protection Sociale

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
1^{ÈRE} PARTIE : DÉFINITION JURIDIQUE DE LA GRATUITÉ.....	23
TITRE 1^{er} : Mode d’appréhension de la gratuité.....	25
Chapitre 1 : Une appréhension technique nécessaire.....	27
Chapitre 2 : Une appréhension technique suffisante.....	87
TITRE 2nd : Méthode de délimitation de la gratuité.....	153
Chapitre 1 : Approche externe : domaine de la distinction de la gratuité et de l’onérosité.....	155
Chapitre 2 : Délimitation interne : mise en œuvre de la distinction de la gratuité et de l’onérosité.....	225
2^{NDE} PARTIE : PRINCIPES DE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA GRATUITÉ.....	283
TITRE 1^{er} : Identification des principes de traitement des manifestations classiques de la gratuité.....	287
Chapitre 1 ^{er} : Principe de faveur pour la gratuité dans le groupe solidaire.....	291
Chapitre 2 nd : Principe de défaveur pour la gratuité dans les rapports de domination.....	357
TITRE 2nd : Mise à l’épreuve des principes de traitement face aux manifestations nouvelles de la gratuité.....	419
Chapitre 1 ^{er} : Mise à l’épreuve du principe de faveur : la gratuité dans la communauté virtuelle.....	425
Chapitre 2 nd : Mise à l’épreuve du principe de défaveur : la gratuité dans les réseaux de consommateurs.....	475
CONCLUSION GÉNÉRALE :.....	527
BIBLIOGRAPHIE :.....	533
INDEX :.....	571

« Quand ferai-je pour ma maisonnée ? »

Genèse, XXX, 30

INTRODUCTION

1. **Divine gratuité**<>Le don est, pour la religion catholique, une grâce¹. De façon plus générale, la gratuité apparaît, dans la tradition judéo-chrétienne, comme un bienfait d'ordre divin. L'action de Dieu auprès des hommes est, en effet, gratuite. C'est ainsi que l'Alliance avec le peuple d'Israël est présentée comme gratuite, de même que celle conclue, par l'intermédiaire de Jésus-Christ, avec les nations². L'homme étant à l'image de Dieu et ayant pour obligation de faire le bien ainsi que d'aimer son prochain comme lui-même, les religions monothéistes l'encouragent à agir gratuitement. C'est ainsi que la charité est un devoir et que le prêt doit être gratuit.

2. Mais l'homme n'est pas Dieu et n'agit pas gratuitement par nature. Du reste, les écritures postulent, s'agissant des relations entre les hommes, un principe d'onérosité : *« C'est à la sueur de ton visage que tu mangeras du pain, jusqu'à ce que tu retournes à la terre d'où tu as été tiré »*³. Cette injonction contribue à jeter la suspicion sur la gratuité, qui apparaît, de nos jours, comme une véritable profanation de l'idole contemporaine qu'est l'argent⁴. L'homme est en effet *homo oeconomicus* : il recherche son intérêt, et la gratuité

¹ B. CLAVERO, *La grâce du don, Anthropologie catholique de l'économie moderne*, préf. J. Le Goff, Albin Michel, coll. L'Évolution de l'Humanité, 1996.

² J.-M. LUSTIGER, *La promesse, Parole et Silence*, 2002, p.16 : « L'Église apparaît comme "catholique", pour utiliser un terme qui sera adopté ultérieurement, c'est-à-dire "selon la totalité". Elle est selon la totalité parce qu'elle est l'église des juifs et des païens. Elle accomplit le mystère du salut de toutes les nations puisqu'elle réunit les deux catégories qui divisent l'histoire : celle qui participe de l'Élection, Israël, et celle qui n'y avait pas droit. Pour les uns comme pour les autres, le salut est donné comme une grâce, et une grâce gratuite. Cette Église est "selon la totalité" car cette "assemblée de Dieu" est prise parmi les juifs comme parmi les païens. Elle ne peut subsister comme Église que dans le mystère de la grâce faite à Israël. Dans ce mystère les païens doivent reconnaître un don qui leur est fait gratuitement. Réciproquement, en découvrant le don fait aux païens, Israël doit reconnaître que ce qu'il a reçu est une grâce et non un dû. Dans ce mystère réciproque de gratuité, l'un sert de témoin à l'autre. Chacun atteste pour l'autre la gratuité absolue du don de Dieu, en même temps qu'il permet de mesurer l'universalité du péché, c'est-à-dire du pardon de Dieu, puisque le péché ne se mesure que dans la miséricorde. Parce que Dieu fait complètement miséricorde à Israël, celui-ci peut découvrir que la même grâce est donnée aux païens ; et dans la mesure où les païens reconnaissent le don gratuit qui leur est accordé d'avoir part au don fait à Israël, la grâce de Dieu se manifeste dans toute sa splendeur. ».

³ Genèse, III, 19.

⁴ J. ELLUL, *L'homme et l'argent* (Nova et Vetera), Neuchâtel et Paris, Delachaux et Niestlé, coll. « L'actualité protestante », 1954, p. 144-145 : « Il est un acte par excellence qui profane l'argent, celui qui va directement à l'encontre de la loi de l'argent, celui pour lequel l'argent n'est pas fait : le don. Et les hommes, ainsi que les autorités, savent très bien que le don s'attaque à quelque chose de sacré. Ils savent très bien que c'est un acte de profanation, de destruction d'une valeur qu'ils adorent. Et c'est pourquoi, dans

peut alors constituer un piège pour son bénéficiaire comme pour son auteur. L'épisode du cheval de Troie, et la célèbre réflexion du grand prêtre Laocoon, « *timeo danaos et dona ferentes* »⁵ est là pour nous rappeler la méfiance ancestrale envers la gratuité.

Entre l'apparence de la sainteté et la méfiance qu'elle suscite, entre le bienfait ostensible et la malice – ou la naïveté – qu'il peut dissimuler, comment doit-on envisager la gratuité⁶ ? Doit-on l'encourager pour ses vertus morales ou la décourager pour son anormalité suspecte ? Le droit privé, qui opère une distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, semble devoir répondre à ces questions. En réalité, si la notion de gratuité est ancienne, son opposition à l'onérosité est bien contemporaine.

3. *L'opposition de la gratuité et de l'onérosité dans l'histoire* ⇔ Dans l'Ancien Régime, la gratuité faisait partie intégrante de la vie économique et de l'échange. Le prêt devait être gratuit, de même que le mandat, et, plus particulièrement, les services fournis par les médecins, les avocats et les professeurs. Ceci ne signifiait pas que ces prestataires agissent en pure perte : ils recevaient fréquemment une rémunération, considérée comme un cadeau en retour, une donation rémunératoire, juridiquement libre et indépendante du service fourni. Ce système, appelé *antidora* dans l'Europe catholique moderne⁷, ne permettait pas de rattacher la gratuité et l'onérosité à deux logiques antagonistes, l'une désintéressée, l'autre intéressée. Un acte gratuit appelait un cadeau en retour, une fidélité, une gratitude. Ainsi s'était constituée la vassalité⁸.

toutes les législations du monde, à toutes les époques, le don est l'acte le plus suspect au point de vue juridique. L'acte juridique entouré du maximum de précautions, envisagé avec toute la suspicion possible, limité par le droit le plus complètement dans son application et ses effets, c'est la donation. Du point de vue de l'homme normal, c'est un acte anormal – presque inimaginable – et pour le fonder, on est bien obligé de lui trouver des raisons secrètes inavouables, immorales, etc. En effet, si l'on arrivait à penser à un don pur et simple, ce serait encore plus scandaleux, car ce serait vraiment la profanation d'un des dieux de l'homme. »

⁵ VIRGILE, *Énéide*, II, 49. « Je crains les grecs et leurs offrandes ».

⁶ F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, n° 21 : « On a souvent souligné ce paradoxe que le droit civil devrait a priori être favorable aux actes gratuits, car on ne peut rester insensible aux sentiments généreux. Mais le juriste, soupçonneux de nature, croit difficilement en la spontanéité des élans du cœur et pressent derrière eux les manœuvres les plus louches ».

⁷ B. CLAVERO, *La grâce du don*, *Anthropologie catholique de l'économie moderne*, préf. J. Le Goff, Albin Michel, 1996.

⁸ Voir ainsi le bénéfice, tenure qui était accordée par les rois carolingiens et par les seigneurs. Le bénéfice était considéré comme un bienfait, un *honor*. Il était juridiquement gratuit, mais il plaçait son bénéficiaire en état de vassalité. Il devait alors assistance politique et aide militaire à son seigneur (P.-C. TIMBAL et A. CASTALDO, *Histoire des institutions politiques et des faits sociaux*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2004, n°48 et s.).

À partir du XVII^{ème} siècle, la distinction du titre gratuit et du titre onéreux commence à émerger en doctrine⁹. Avec le Code civil, la distinction de la gratuité et de l'onérosité a été érigée en distinction fondamentale, devenant, entre autres, une classification des contrats¹⁰. La gratuité semble alors devoir émerger comme notion juridique autonome. La distinction entre la gratuité et l'onérosité appelle une différence de régime, la gratuité doit donc déclencher l'application de certaines règles de droit.

4. **Une définition controversée** <> On devrait donc s'attendre à ce que la définition de la gratuité fasse l'objet d'un consensus le plus large possible. Il n'en est rien. Le législateur n'a pas défini la gratuité. La doctrine, comme la jurisprudence, est divisée sur cette question. Nous ne prendrons que quelques exemples pour illustrer ce désaccord. Ainsi, à propos des actes juridiques en général, certains auteurs estiment que la distinction entre la gratuité et l'onérosité repose, en réalité, sur les mobiles qui ont poussé les parties à agir. La gratuité reposerait sur des mobiles altruistes, l'onérosité sur des mobiles intéressés¹¹. Pour d'autres, il conviendrait d'avoir une approche plus économique de la distinction entre la gratuité et l'onérosité, et de se fonder sur le résultat patrimonial de l'acte¹². Mais, tout en privilégiant une telle approche, la plupart des auteurs souligne la nécessité de se référer à l'intention de l'acteur. C'est ainsi que, pour le Professeur Jean-Jacques DUPEYROUX, « *il y a acte à titre gratuit lorsque l'avantage conféré à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifice objectivement ou subjectivement équivalent* »¹³.

Mais la discussion s'est surtout centrée sur la distinction des contrats gratuits et onéreux. Le contrat gratuit est alors défini de différentes manières. Selon certains, le contrat serait gratuit lorsque l'obligation du débiteur ne serait pas rémunérée par le créancier¹⁴ ; pour

⁹ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Sirey, 1941, p. 42 et s. L'auteur relève que le premier auteur à établir cette distinction fut Domat, suivi en cela par Pothier.

¹⁰ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Sirey, 1941, p. 55 et s.

¹¹ Voir ainsi, par exemple : L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1984, n°293 et s. — Dans le même sens : H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, 1998, n° 100 — C. NOBLOT, note ss. Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, D. 2004.903

¹² M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, LGDJ, 1930, n°37 s. — M. PLANIOL, D.1891.2.113

¹³ J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955, p. 160.

¹⁴ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, p. 167 — J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1969, p. 197 et s. — Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t.3, *Les obligations, le contrat*, 5^{ème} éd., 2003, n°195

d'autres, lorsque le bénéficiaire d'un avantage n'est pas tenu de fournir un avantage équivalent¹⁵. Enfin, pour certains auteurs qui se rattachent à une conception plus affective de la gratuité, il ne saurait y avoir de contrat gratuit que désintéressé¹⁶, altruiste.

5. Plusieurs points de discordance fondamentaux apparaissent alors rapidement dans les différentes conceptions proposées de la gratuité. Doit-elle être essentiellement désintéressée ou non ? Doit-on la qualifier en se fondant sur les obligations souscrites par les parties à un acte juridique ou en se fondant sur les avantages qu'elles se procurent ? Doit-on, enfin, apprécier la gratuité du côté de l'acteur¹⁷ ou du bénéficiaire¹⁸ ? Le désaccord est, sur tous ces éléments, patent, et se retrouve dans l'étymologie : le nom « gratuité » apparaît ainsi comme « un dérivé savant du latin *gratuitus* ou un emprunt au latin médiéval *gratuitas* 'faveur' ». Le mot a signifié [au XIV^{ème} siècle] 'exemption de payer' ; il désigne ensuite l'action d'accorder quelque chose par faveur [XV^{ème} siècle]. Par extension, gratuité signifie 'caractère désintéressé d'une action' [XVI^{ème} siècle]. À partir du XIX^{ème} siècle, il s'applique au caractère de ce qui s'obtient sans payer (la gratuité de l'enseignement), au caractère de ce qui est non motivé¹⁹. Toutes les acceptions proposées de la gratuité reposent donc sur les divers sens que le terme a pu revêtir, parfois concomitamment, au cours de l'histoire.

6. Par ailleurs, la notion affecte des situations qui peuvent, *a priori*, paraître bien différentes les unes des autres : libéralités, contrats de bienfaisance, ventes avec prime, loteries publicitaires, bénévolat associatif, logiciels libres, téléchargements sur l'Internet,

¹⁵ F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, n°14, reprenant la définition donnée par le Vocabulaire CAPITANT de 1930, il définit l'acte à titre gratuit comme l' « acte juridique ... qui procure ou pourra procurer à un personne un avantage résultant soit d'un enrichissement, soit d'un service rendu, sans que le bénéficiaire soit tenu de fournir un équivalent ».

¹⁶ A. BÉNABENT, obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, RDC 2004 p. 718.

¹⁷ Voir ainsi Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat*, n°193 : « En réalité, lorsqu'il s'agit de qualifier le contrat de prêt pour savoir s'il est à titre onéreux ou bien à titre gratuit, on se place du côté du prêteur et non pas de celui de l'emprunteur. En effet, si l'on se plaçait du côté de l'emprunteur, le prêt devrait toujours apparaître comme un contrat à titre onéreux, qu'il s'agisse prêt à usage des articles 1875 et 1876 du Code civil, du prêt de consommation de l'article 1892 ou du prêt à intérêt de l'article 1905. La raison en est que l'emprunteur est toujours tenu d'une obligation, celle de restituer la chose prêtée, cette obligation ayant nécessairement une contrepartie, laquelle consiste en ce que cette chose a été mise à sa disposition par le prêteur ».

¹⁸ En ce sens, à propos, également, du prêt (mais, plus spécialement, du prêt à usage), F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, n°602 : « il y a aujourd'hui plusieurs types de prêteurs. L'ami, mais aussi l'homme d'affaires. Le classique et le moderne. L'emprunteur, lui, ne change pas. Pour lui, le modèle du Code civil conserve sa valeur ».

¹⁹ A. REY (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 1999.

distribution de journaux gratuits, entraide agricole, crédit gratuit, gratuité de la tutelle ou des fonctions de contrôleur dans les procédures collectives.... A-t-elle le même sens dans chacune de ces situations ?

7. **La nécessaire recherche d'une définition**<>La signification de la gratuité en droit privé, qu'elle soit unique ou multiple, doit donc être recherchée. Sachant que la notion existe hors du droit, et, par ailleurs, qu'elle existe en droit public, il est possible, dans un premier temps, de songer à transposer au droit privé les définitions de la gratuité ressortissant à des domaines extérieurs à notre champ de recherche.

8. **Sens psychanalytique**<>Vaguement, il apparaît que la gratuité du droit privé traduit un déséquilibre économique dans l'échange, ce qui permet, d'ores et déjà, de la distinguer d'un autre sens qui lui est parfois donné, notamment en psychanalyse. L'acte gratuit y est, en effet, envisagé comme celui qui n'a aucune motivation²⁰. On parle ainsi de *crime gratuit* pour désigner le crime commis sans mobile apparent, ou, tout au moins, sans mobile autre que la volonté de commettre une infraction. La question qui se pose alors est de savoir si un homme peut commettre un acte gratuit, sans motivation aucune, donc *sans rationalité, en contradiction avec le postulat*, admis dans la plupart des sciences humaines, *selon lequel l'homme agirait toujours en coordonnant ses fins et les moyens qu'il perçoit pour y parvenir*. Il s'agit là d'une question fort intéressante mais qui n'a rien de juridique. En droit pénal, les mobiles n'ont, en principe, aucune conséquence sur la qualification des infractions, au contraire de l'intention²¹, ni sur les peines encourues. S'ils peuvent avoir un impact sur l'individualisation de la sanction, il s'agit là de question de fait et non de droit²², que nous écarterons de notre recherche.

9. **Sens en droit administratif**<>La gratuité est également connue, dans un sens plus proche de celui qui semble être le sien en droit privé, en droit administratif. Il est ainsi question de gratuité du service public²³ et de gratuité du domaine public²⁴. Dans les deux

²⁰ Voir ainsi la célèbre pièce d'André GIDE, *Les caves du Vatican*.

²¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 19^{ème} éd., 2005, n°258 et s.

²² Voir ainsi B. BOULOC, *op. cit.* n°263 : « Toutefois, si, en droit, le mobile n'a aucun effet sur la peine, en fait il en est autrement ».

²³ R. HERTZOG, *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité des services publics*, Th. Strasbourg, 1972 —J.-P. JARNEVIC, *Remarques sur la gratuité des services publics*, Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet, Université d'Auvergne, L.G.D.J., Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001, p.125.

cas, la définition en est bien posée : est gratuit ce qui n'est pas financé par la redevance mais par le seul impôt²⁵. Ainsi, si la gratuité du service public a pu être considérée par l'École du service public comme un attribut essentiel de cette notion²⁶, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est qu'une technique de financement du service, assuré par l'impôt, et qui ne s'impose jamais que pour des raisons d'ordre pratique et juridique²⁷.

10. Il convient, pour s'en convaincre, de rappeler que la gratuité ne fait pas partie des lois fondamentales du service public, dites lois de Rolland, qui sont au nombre de trois : égalité devant le service public, adaptation, et continuité²⁸. La gratuité du service public ne s'impose donc pas au législateur. Reste à savoir si l'Administration peut instaurer des redevances versées par l'usager en contrepartie du service utilisé, l'instauration de redevances relevant du pouvoir réglementaire.

11. **Fondement de la gratuité du service public**<>La question de la gratuité du service public ne se pose que pour les services publics administratifs. Les services publics industriels et commerciaux font, en effet, l'objet d'une rémunération en contrepartie du service fourni. S'agissant des services publics administratifs, une distinction semble devoir être établie entre les services publics rendus obligatoires pour les personnes publiques par la constitution, la loi ou la jurisprudence, et ceux dont la création est facultative²⁹. Les

²⁴ Y. GAUDEMET, *La gratuité du domaine public*, Études de finances publiques, Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul-Marie Gaudemet, Économica, 1984, p. 1024.

²⁵ Y. GAUDEMET, note ss CE, 21 oct. 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, RD publ. 1989, p.1465 — J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, coll. U, 3^{ème} éd., 2004, p. 446.

²⁶ Voir ainsi G. KOUBI et G.-J. GUGLIELMI, *Droit du service public*, Montchrestien, Domat Droit public, 2000, n°1114 : « *parce qu'il est une réponse à des besoins essentiels de la vie sociale et quotidienne, le service public devrait ne pas avoir de prix* ».

²⁷ Comp. G. KOUBI, *La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif français*, JCP A 2003.769. L'auteur, qui estime que la gratuité doit être consubstantielle à la notion d'égalité devant le service public, regrette que « *réduite à un acte des plus étroits : ne "rien" payer – plus que ne pas payer "le" prix - , la gratuité n'est plus un module intégré au principe d'égalité ; elle ne dispose plus de valeur sociale, elle perd de son sens juridique, elle devient une notion comptable : définir la gratuité comme l'absence de paiement du prix du service ou du bien considéré revient à inscrire la notion dans un module économique qui fait de la rentabilité un des principes directeurs des activités juridiques et sociales. Les inégalités sociales deviennent incontournables ; elles peuvent même apparaître nécessaires à l'équilibre général des systèmes sociaux* » — Contra : R. HERTZOG, *Le prix du service public*, AJDA 1997, n° spécial, p. 55. L'auteur démontre que la gratuité ne découle ni du principe de continuité du service public ni de la règle de l'égalité devant le service public. Selon lui, l'égalité ne doit pas emporter exclusion du prix mais « *des aménagements du service pouvant concerner son prix* ».

²⁸ D. TRUCHET, *Unité et diversité des « grands principes » du service public*, AJDA 1997, n° spécial, p.38.

²⁹ J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, coll. U, 3^{ème} éd., 2004, p.447 et s.

premiers doivent fonctionner gratuitement, sauf si une disposition légale prévoit le contraire et autorise l'Administration à instaurer une redevance³⁰. Les seconds peuvent être soumis à redevance³¹, de même que lorsque le bénéficiaire du service peut être regardé comme un usager privatif du service public, bénéficiant d'une prestation spécifique détachable de celles traditionnellement dévolues au service.

12. Il est alors possible d'estimer que les services publics administratifs obligatoires correspondent véritablement à la poursuite de l'intérêt général, ce qui justifie un principe de gratuité qui, en revanche, ne trouve pas à s'appliquer pour les services facultatifs. Une telle explication ne saurait cependant prospérer. Les services publics administratifs, même facultatifs, sont, en effet, motivés par la satisfaction de l'intérêt général. Par ailleurs, il est possible d'estimer que le principe de gratuité des services obligatoires ne découle que de l'application d'une règle de compétence. Cette vision est défendue par le Professeur Robert HERTZOG³², qui remarque que « *la tarification est dépendante d'un préalable économique : il faut que le service public ait une activité qui consiste à produire des biens ou des services pouvant être fournis séparément à des usagers dûment individualisés, en un mot, qu'il soit fournisseur de prestations divisibles* ».

13. Ce principe découle des articles 34 et 37 de la Constitution. Le premier de ces textes donne compétence au législateur en matière fiscale. Seul ce dernier est compétent pour instaurer un impôt ou une taxe. En revanche, l'Administration est compétente pour instaurer des redevances, ce qui implique la possibilité de désigner le bénéficiaire du service. Ainsi, lorsqu'on se pose la question de la validité de l'instauration de redevances,

³⁰ Il est également possible que certains services publics administratifs, en eux-mêmes gratuits, nécessitent le recours à des auxiliaires intervenant à titre onéreux pour l'accès effectif des usagers au service. Il en est ainsi du service public de la justice. *L'accès au droit et à la justice* nécessite alors la prise en charge, par l'État, de la rémunération des avocats, de façon à ce que les plus défavorisés aient effectivement accès au service public de la justice. C'est ainsi qu'un système d'aide juridictionnelle est prévu, pouvant aboutir à la gratuité des frais de justice pour certains justiciables. Sur la question, voir, notamment, M.-A. FRISON-ROCHE, *Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice*, Rev. Trim. de la Cour d'appel de Versailles, 1998, p. 13.

³¹ A. de LAUBADERE, J.C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t.1, droit administratif général, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, n° 1557: « *Lorsque ni la constitution ni la loi ne se sont prononcées, le juge administratif applique un principe qu'il déduit directement de sa jurisprudence : les prestations que la loi du service met à la charge du service, pour qui elles sont une obligation, prestations auxquelles tous les usagers ont droit parce que le service a été créé à cette fin, sont fournies gratuitement sans prix ni redevance à la charge de l'usager. Au contraire, peuvent donner lieu à rémunération des prestations supplémentaires soit facultatives pour le service soit requises spécialement pour un usager ou une catégorie d'usagers en raison de l'utilisation spécifique qu'ils font du service* » — J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, coll. U, 3^{ème} éd., 2004, pp. 449-450.

³² R. HERTZOG, *Le prix du service public*, AJDA 1997, n° spécial, p.55.

on ne se demande pas si un service public peut échapper à un éventuel principe de gratuité, mais si l'Administration est compétente pour fixer une redevance. Lorsque le service consiste en une prestation indivisible, dont les bénéficiaires ne peuvent être identifiés, il est impossible d'instaurer une redevance, faute, précisément, de déterminer les personnes auxquelles le service a profité³³. Ainsi, lorsque les pompiers interviennent pour éteindre un feu dans un immeuble situé en centre-ville, leur intervention ne profite pas seulement à son propriétaire ou à ses habitants, mais aussi aux propriétaires et habitants des immeubles voisins, aux passants, aux usagers des services publics situés aux alentours, aux clients des entreprises du voisinage, etc. Il est, dès lors, impossible de faire payer l'intervention du service à un usager particulier, et impossible de déterminer une quote-part pour chacun du bénéfice de l'intervention. Cette impossibilité matérielle aboutit nécessairement à un financement du service par l'impôt, prévu dans la loi de finances et de la compétence du seul législateur. La gratuité du service public résulte alors de l'impossibilité d'individualiser le bénéficiaire du service, ce qui implique une impossibilité matérielle pour l'Administration d'instaurer des redevances dont découle son incompétence juridique.

14. La gratuité du service public, technique de financement<> Cette dernière explication permet de définir la gratuité du service public comme un simple mode de financement du service public : elle est son financement par l'impôt. Il est alors possible d'estimer qu'elle ne constitue pas un avantage pour l'usager, puisque ce dernier, en tant que contribuable, finance le service public. Cependant, même si la raison d'être du prélèvement de l'impôt est le financement des services publics, il a pu être noté qu'il était, juridiquement, sans contrepartie, de même que, par conséquent, l'usage du service³⁴.

15. La gratuité du domaine public<> De la même manière, la gratuité du domaine public³⁵ traduit une simple technique de financement. L'utilisation commune³⁶ du domaine

³³ Ceci explique aussi que les prestations obligatoires pour le service ne puissent donner lieu au versement d'une rémunération, puisqu'elles sont présumées être assumées dans l'intérêt général, mobile du service public. La poursuite d'un intérêt général est, avec le rattachement du service à une personne publique, caractéristique du service public. Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *Précis Domat Droit public*, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 760 — G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Armand Collin, coll.U, 9^{ème} éd., 2004, p.537 — J. RIVERO ET J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., 2006, n° 363 et s.

³⁴ D'un point de vue juridique, il est possible de soutenir que l'impôt est requis sans contrepartie, et qu'il faut séparer l'usager du contribuable (en ce sens, J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, 3^{ème} éd., 2004, p. 449).

³⁵ J. DUFAU, *Domaine Public, règles générales d'utilisation*, J.Cl. Adm. fasc. 406-20, n° 48 : « L'utilisation commune du domaine public affecté à l'usage de tous ne peut être assujettie au paiement de redevances, en dehors des cas prévus par les textes ».

public est en principe gratuite, c'est-à-dire qu'elle ne peut donner lieu au paiement d'une redevance, sauf exception expressément prévue par un texte de loi³⁷. Néanmoins, l'utilisation commune du domaine public nécessite un entretien qui est financé par la collectivité. Lorsqu'elle est gratuite, le financement de cet entretien est donc assuré par l'impôt.

16. Conclusion : impossibilité de transposer la définition publiciste de la gratuité en droit privé<>Si la gratuité existe donc en droit administratif, et si sa définition est incontestablement établie, cette dernière ne saurait être transposée en droit privé. En effet, dans la mesure où le droit privé régit les relations entre particuliers, chaque prestation régie par cette discipline est fournie à un bénéficiaire déterminé.

17. Le renouveau de la gratuité<>Même si l'on peut trouver quelques éclairages sur la notion de gratuité en droit privé en étudiant son sens en droit public et dans des disciplines non juridiques, on ne peut que constater qu'elle conserve une bonne part de son mystère. Pourtant, elle semble bien en plein essor en ce début de XXI^{ème} siècle. Ainsi, depuis quelques années, l'argument de la gratuité se développe dans les affaires. La grande distribution, le secteur bancaire, voire des activités civiles comme l'enseignement privé utilisent fréquemment la gratuité comme élément attractif de la clientèle. Mais il ne s'agit pas là que d'une mode argumentaire. La gratuité trouve en effet un terreau de développement exceptionnel dans les nouvelles technologies. Au-delà, la gratuité est devenue une composante essentielle de ce qu'il est convenu d'appeler la *nouvelle économie*, c'est-à-dire l'économie de réseau. Le modèle du réseau, qui tend à s'imposer dans tous les secteurs de l'économie, reposerait ainsi sur la substitution du tarif au prix³⁸ : les prestations sont facturées indépendamment de leur valeur intrinsèque, et, si certaines sont sous-évaluées, d'autres prestations proposées par le même prestataire seront, au contraire, surévaluées, laissant ainsi un espace, au minimum, à l'argument de la gratuité,

³⁶ A distinguer des utilisations privatives du domaine public, qui ne connaissent pas de principe de gratuité (CE 11 févr. 1998, *Ville de Paris c./ Association pour la défense des droits des artistes peintres sur la place du Tertre*, Rec. Lebon p. 46, AJDA 1998.523 concl. Bachelier, RFDA 1998.458), et qui, au contraire, connaîtraient un principe de non-gratuité (en ce sens, CAA Marseille 6 déc. 2004, AJDA 2005.832 note Deliancourt) dès lors que l'occupation privative ne présente aucun intérêt pour la collectivité.

³⁷ En effet, le principe de gratuité de l'utilisation commune du domaine public n'est pas constitutionnellement protégé. En particulier, il ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République : Cons. const., 12 juillet 1979, Décision n°79-107, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.

³⁸ M. HENOCHSBERG, *La gratuité, quels fondements, quels financements ?* Rev. Conc. Consom. Avril-mai- juin 2005 p. 3 et s.

mais peut-être bien, également, à la gratuité elle-même. Ce modèle repose, par ailleurs, sur le lien qui est fait entre la puissance d'une entreprise et le nombre de clients, ou, plus largement, de clients potentiels qui lui sont affiliés, ce qui justifie, là encore, dans l'intérêt commun du prestataire et de son client, de recourir à la gratuité, au moins au moment de l'adhésion.

18. Le succès d'une firme comme Google témoigne de ce qu'une activité gratuite à titre principal peut prospérer³⁹. Le développement des journaux gratuits est là pour nous confirmer qu'un tel succès n'est pas accidentel. La nouvelle économie semble reposer, en réalité, sur la fourniture gratuite de services qui étaient autrefois payants grâce à des recettes publicitaires ou grâce à un report de leur coût sur le prix d'autres prestations.

19. Qu'il s'agisse d'un simple « phénomène de société » ou d'une modification bien plus structurelle de notre économie, ce renouveau de la gratuité, dont la presse généraliste se fait largement l'écho⁴⁰, justifie une nouvelle étude de la notion⁴¹, ne serait-ce que pour savoir si ces nouvelles formes de gratuité doivent bien être rattachées à la notion de gratuité telle qu'on la trouve en droit civil, et pour savoir comment elles doivent être traitées juridiquement.

20. **Économie**<>Ce renouveau de la gratuité n'a encore fait l'objet d'aucune étude juridique d'ensemble. En revanche, il est étudié par d'autres disciplines des sciences humaines, qui connaissent un regain d'intérêt pour la notion. C'est évidemment le cas du marketing et de ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'*e-business* ou la netéconomie, faisant très clairement apparaître la consubstantialité de la gratuité à cette forme d'économie⁴². De même, cette discipline bénéficie du développement du parrainage

³⁹ Voir D. A. VISE et M. MALSEED, *Google story*, Dunod, 2006.

⁴⁰ Voir ainsi le numéro spécial de *Courrier International*, n° 0 800, du 2 mars 2006, intitulé : « Vous avez dit gratuit ? ».

⁴¹ Voir les précédentes études sur la notion de gratuité : J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit, étude de technique juridique*, Th. Rennes, 1919 — J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, Sirey, 1920 — J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931 — M. BOITARD (M.), *Les contrats de service gratuits*, Th. Paris, Sirey, 1941 — J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955 — J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Université Libre de Bruxelles, Institut de sociologie, 1960 — F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978 — D. BELLAICHE, *La gratuité en droit des affaires*, Th. Paris II, 1999 — V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004 — C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social, Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille II, 2005.

⁴² S. GODELUCK, *Le boom de la netéconomie, Comment internet bouleverse les règles du jeu économique*, préf. J.-M. Billaut, La Découverte, 1999.

publicitaire⁴³, qui tient compte de l'impact de la gratuité dans l'efficacité de la publicité, si bien que la gratuité apparaît comme une notion de marketing, dont l'objectif est, pour l'acteur, d'acquérir une clientèle, de créer une communauté virtuelle de clients potentiels ou de cibles publicitaires, ou bien de faire payer d'autres biens ou services liés à celui fourni gratuitement.

21. **Sociologie, anthropologie**<>De leur côté, la sociologie et l'anthropologie ont toujours porté une attention particulière au don, notamment depuis les écrits de MAUSS⁴⁴. Le don et le contre-don y apparaissent comme permettant aux sociétés primitives de nouer des liens, comme étant la forme primitive de l'échange économique, et surtout social⁴⁵. Mais l'étude du don, et donc de la gratuité, ne concerne plus seulement les sociétés primitives. Des anthropologues et des sociologues contemporains, à la suite d'Alain CAILLÉ⁴⁶, ont entrepris de créer un nouveau paradigme en sciences sociales, le « *paradigme du don* », qui serait substitué au paradigme de la rationalité et de la recherche de son intérêt, fondement de l'individualisme méthodologique dominant. Un mouvement a été créé pour promouvoir ce nouveau paradigme, le Mouvement Anti-Utilitariste dans les Sciences Sociales (M.A.U.S.S.). Pour les différents auteurs proches de cette tendance, le don serait le moyen par lequel les individus noueraient des liens sociaux, qui seraient

⁴³ J.-M. MOUSSERON et M.-E. ANDRÉ, *Sponsoring et mécénat ? l'un affiche et l'autre signe*, Cah. Dr. Ent. 1/1984, p. 1 — C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring*, Mélanges offerts à J. Derrupé, Litec, 1991, p.125 — D. ROSKIS, *Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire*, D.1999, chr. p.443 — D. GRILLET-PONTON, *Publicité, contrat de parrainage publicitaire*, J. Cl. Contrats distribution, fasc. 4050 — G. TRIBOU, B. AUGÉ, *Management du sport*, Dunod, 2003.

⁴⁴ M. MAUSS, *Essai sur le don, forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Année Sociologique, seconde série, 1923-1924, t. 1, et in *Sociologie et anthropologie*, PUF, Quadrige, 2001, p. 143 et s. L'auteur étudie le don et le contre-don dans les sociétés archaïques. Le don constituait la forme primitive de l'échange, mais avait surtout une finalité sociale : il permettait à des tribus, à des clans, de nouer des liens, des alliances, mais aussi, parfois, de mesurer les rapports de force. L'auteur étudie ainsi le *potlatch*, cérémonie au cours de laquelle les chefs de famille procédaient à des dons et des contre-dons de biens de toute nature, en faisant de la surenchère, le plus prodigue s'attirant tout le prestige. Voir aussi F. CUSIN et D. BENAMOUZIG, *Économie et sociologie*, PUF, Quadrige, 2004, p. 20 et s.

⁴⁵ Voir ainsi l'analyse du don cérémoniel par M. HENAFF, *Le prix de la vérité. Le don, l'argent, la philosophie*, Le Seuil, 2002 — Voir aussi *De la philosophie à l'anthropologie, comment interpréter le don ?* Entretien avec Marcel Hénaff, Revue Esprit, février 2002, p. 135 et s. Selon lui, le don cérémoniel, fait par le chef d'une tribu à un autre, est un défi destiné à provoquer, en réaction, l'établissement de relations amicales. — Voir aussi Ph. ROSPABÉ, *La dette de vie aux origines de la monnaie*, La Découverte – M.A.U.S.S., 1997. L'auteur analyse les paléo-monnaies (sel, coquillages) et constate que leur don servait souvent à s'engager. C'est ainsi également que, dans certaines sociétés africaines, le mari versait une dot à sa femme lors du mariage, destinée à servir de gage à l'engagement souscrit par lui et sa famille de verser son sang si besoin est, pour la protéger — Sur ce point, cf. E. PERROT, *L'argent sous les feux de la religion*, Arch. phil. droit n°42 (1997), p. 61 et s. (*L'argent et le droit*).

⁴⁶ A. CAILLÉ, *Anthropologie du don. Le tiers paradigme*, Desclée de Brouwer, 2000 ; *Don, intérêt et désintéressement. Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres*, La Découverte – M.A.U.S.S., 1994.

recherchés pour eux-mêmes, abstraction faite de tout calcul d'ordre économique⁴⁷. En réalité, il a pu être remarqué que, même motivé par la seule recherche de lien social, le don aurait, pour cette seule raison, une utilité, un intérêt, qui ne permettrait pas d'en faire le paradigme d'une nouvelle science sociale rejetant l'utilitarisme⁴⁸, et ce d'autant plus que le don pourrait avoir pour objectif d'asseoir sa domination sur le donataire⁴⁹.

22. La notion de gratuité semble donc faire l'objet d'une interrogation générale dans les sciences humaines, à laquelle nous entendons participer, en tentant de définir la notion juridique, et plus précisément privatiste, de gratuité. Comment y parvenir ? Doit-on favoriser la recherche d'une définition unique de la notion ou peut-on admettre qu'elle diverge en fonction des situations visées ?

23. Il convient d'emblée d'opérer un constat : la gratuité est opposée à l'onérosité, et la distinction entre ces deux termes est posée à propos des actes juridiques. L'article 893 du Code civil introduisant le titre relatif aux donations entre vifs et aux testaments, énonce ainsi : « *On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies* ». Les donations et les testaments sont ainsi placés dans la catégorie des actes à titre gratuit⁵⁰. S'agissant des contrats, les articles 1105 et 1106 du Code civil établissent une distinction entre les contrats de bienfaisance et les contrats à titre onéreux. Le premier de ces textes est ainsi rédigé : « *Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* » ; le second dispose : « *le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ».

⁴⁷ Voir ainsi la présentation du M.A.U.S.S. et du paradigme du don par S. DZIMIRA, *Une vision du paradigme du don : don, juste milieu et prudence*, www.revuedumauss.com — Voir aussi, allant dans ce sens, M. HÉNAFF, *Le prix de la vérité. Le don, l'argent, la philosophie*, Le Seuil, 2002.

⁴⁸ D. DE BECHILLON, *La gratuité dans le doute*, Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 53 et s.

⁴⁹ C.-MAZZONI, *Le don, c'est le drame*, RTD Civ. 2004, p. 701 et s. : « *Le don, c'est le drame. Pouvoir, mépris, domination, destruction. Tout pour la jouissance de celui qui donne. Le don ruine parce qu'il se fonde sur l'inégalité, sur la différence (...). Celui qui donne sait qu'il est supérieur, plus important, plus haut. Même pour un moment il pourra dire : moi, j'ai pour de bon ce que j'ai donné. Le don est le moyen par lequel on mesure la distance sociale. C'est la mesure avec laquelle on affirme sa domination sur l'autre* ».

⁵⁰ Ce rattachement sera encore plus net à compter du 1^{er} janvier 2007, jour de l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Le Titre II du Livre III du Code civil est ainsi rebaptisé « *Des libéralités* ». L'article 893 est ainsi reformulé : « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament* ».

24. Caractère fondamental de la distinction de la gratuité et de l'onérosité<>La distinction de la gratuité et de l'onérosité a alors un impact considérable. Dans certains cas elle agit sur la qualification des actes juridiques : certains d'entre eux, comme la donation, le testament, le prêt à usage, ne peuvent exister qu'en présence de gratuité ; d'autres, comme la vente, l'échange ou le louage de chose, ne peuvent être qu'onéreux. Lorsque ce n'est pas le cas, la distinction n'en demeure pas moins fondamentale, puisqu'elle agit souvent sur le régime supplétif des actes. Ainsi, si certaines catégories d'actes juridiques admettent à la fois la gratuité et l'onérosité, leur régime supplétif pourra varier en fonction du caractère gratuit ou onéreux de l'acte. C'est le cas s'agissant du dépôt et du mandat, dont le régime supplétif prévoit une responsabilité plus lourde pour le prestataire intervenant à titre onéreux que pour celui intervenant à titre gratuit⁵¹.

De façon plus ponctuelle, certains textes imposent ou prohibent, selon le cas, que certains actes juridiques soient gratuits. C'est ainsi, par exemple, que l'article L.121-35 du Code de la consommation pose un principe de prohibition des ventes avec prime gratuite, les primes onéreuses étant admises. À l'inverse, les loteries publicitaires ne peuvent être que gratuites, sur le fondement de l'article L.121-36 du même code.

Enfin, il peut arriver que les règles de pouvoir diffèrent selon que les actes sont gratuits ou onéreux. L'article 1422 du Code civil nous fournit un bon exemple de cette démarche, en disposant que « *les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté* », alors que, pour les actes onéreux, la règle est celle énoncée à l'article 1421 : « *Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer (...)* ».

Dans tous ces cas, on se réfère à une seule et même distinction, dont le caractère fondamental impose qu'elle soit cohérente. Par conséquent, il conviendrait que la gratuité, tout comme l'onérosité, fasse l'objet d'une seule et unique définition.

⁵¹ Voir ainsi l'article 1928 du Code civil, qui, en matière de dépôt, énonce que la responsabilité du dépositaire doit être appréciée avec plus de rigueur s'il a été stipulé un salaire à son profit, et l'article 1992 al. 2 c.civ. qui, à propos de la responsabilité du mandataire, énonce que « *néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ».

25. **L'idéal d'une gratuité monosémique**<>Le constat de la diversité des définitions proposées de la gratuité ne peut donc pas nous satisfaire. Doit-on alors regretter l'absence de définition légale de la notion de gratuité ? Les définitions légales permettent de lutter contre la polysémie⁵², ce qui n'est pas un avantage minime. Si la monosémie est, certainement, utopique⁵³, elle reste en effet un idéal à atteindre dans le langage juridique⁵⁴. Or, puisqu'elle déclenche l'application de règles de droit, la gratuité est une notion juridique⁵⁵, et puisqu'elle a surtout une fonction, qui est celle de qualifier des actes juridiques et d'en déterminer le régime supplétif, il serait logique qu'elle ait une seule définition. Mais on a pu souligner que les définitions n'avaient pas leur place dans les codes⁵⁶, et l'on a pu, à juste titre, remarquer les imperfections de celles qu'ils contiennent⁵⁷.

26. Plutôt que de regretter, inutilement, l'absence de définition légale de la gratuité, nous devons partir à la recherche d'une définition si possible unique, car si la notion de gratuité apparaît dans des situations diverses, une certaine « *discipline du style législatif* »⁵⁸ par laquelle le législateur désignerait toujours une notion par le même terme semble pouvoir être attendue. Le Code civil étant issu d'une seule et même œuvre, il serait normal qu'à chaque mot employé corresponde un seul et unique sens, signe de la cohérence généralement louée des codificateurs.

27. **Méthode de définition**<>Pour définir la gratuité, plusieurs méthodes peuvent alors être envisagées. Il serait ainsi envisageable de définir la gratuité en se fondant

⁵² G. CORNU, *Linguistique juridique*, Précis, Domat, Droit Privé, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, n° 22 : « La définition légale d'un terme privilégie l'un des sens de ce terme. La loi choisit ; elle exclut. Le sens légal est, par hypothèse, unique. La loi réduit ainsi l'usage de la polysémie en en faisant émerger un seul sens, au sens de la loi ».

⁵³ G. CORNU, op. et loc. cit.

⁵⁴ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, L.G.D.J., 1932, t. 3, n° 257: « on a pu enjoindre au juriste de fixer ne varietur le sens des mots qu'il emploie en les distinguant les uns des autres, de façon à assurer, à chacun autant qu'il est possible, une portée nettement spécifique ».

⁵⁵ Voir G. KOUBI et G.-J. GUGLIELMI, *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003.

⁵⁶ V. GALLI, selon lequel les définitions sont « déplacées dans un Code civil », FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, p. 262. Voir aussi l'opinion de BÉRENGER, op. cit. p. 263 : « Les définitions appartiennent à la jurisprudence et non à la loi ; elles sont très difficiles. Il est donc dangereux de les placer dans un Code ; car si elles étaient vicieuses, elles conduiraient à de fausses conséquences. Les définitions sont le résultat des dispositions du Code, elles sont donc du domaine de la science : or le Code est le fait du législateur ».

⁵⁷ M. BOITARD, *Les contrats de service gratuits*, th. Paris, Sirey, 1941, p. 54.

⁵⁸ G. CORNU, op. et loc. cit.

essentiellement sur la catégorie qui est considérée comme l'archétype de l'acte à titre gratuit, c'est-à-dire la libéralité, voire, au sein de cette catégorie, en se focalisant sur la donation. *A priori* séduisante, cette méthode inductive présente pourtant un grand risque : celui de confondre l'espèce (la donation) et le genre (l'acte à titre gratuit), et de parer le second des attributs de la première, dénaturant ainsi la notion de gratuité. Par ailleurs, cette méthode nous priverait de la possibilité d'observer la gratuité hors des actes juridiques.

Une deuxième méthode est envisageable. Empirique, elle consisterait à étudier tous les actes juridiques qualifiés de gratuits par la loi ou la jurisprudence, voire par la doctrine, et à rechercher le plus petit dénominateur commun à chacun d'entre eux, de façon à faire émerger une définition de la gratuité. Visiblement fastidieuse, cette méthode présente un handicap majeur. Dans l'hypothèse où certains actes seraient qualifiés de gratuits à tort par le législateur, le juge ou la doctrine, il serait impossible d'aboutir à une définition de la gratuité. D'ores et déjà, au seuil de cette étude, certaines erreurs de qualification légale sont perceptibles. Deux exemples devraient nous convaincre d'écarter la méthode proposée. En effet, la gratuité semble traduire un déséquilibre dans les rapports entre deux personnes ou catégories de personnes, l'acteur et le bénéficiaire. Or un contrat parfaitement équilibré est qualifié de gratuit par la loi : le contrat d'entraide agricole⁵⁹, qui oblige chacune des parties à aider son cocontractant en cas de besoin. L'erreur de qualification par le législateur semble évidente et les auteurs ne se privent pas de la critiquer⁶⁰. Par ailleurs, alors que la gratuité semble devoir apparaître comme un avantage pour son bénéficiaire, il est des cas dans lesquels la loi l'emploie en dehors de tout avantage fourni. Ainsi, en cas d'augmentation du capital d'une société anonyme par incorporation de réserves, l'article L.225-154 du Code de commerce prévoit la gratuité de l'émission d'actions nouvelles⁶¹. Or elle ne représente pas un « avantage » pour les actionnaires, mais le simple exercice de leurs droits sur les bénéfices.

Ces deux méthodes présentent un égal inconvénient, consistant à s'enfermer, sans s'en rendre compte, dans la catégorie des actes juridiques, ce qui, *a priori*, ne s'impose pas.

⁵⁹ Art. L.325-1 c.rur.

⁶⁰ Voir entre autres : I. COUTURIER, *L'entraide, une solidarité acceptée pour l'agriculture*, INRA, Actes et communications, n°18, 2001 (Séminaire de Dijon des 6 et 7 juin 2000) — A. JALLAIS, J. Cl. Rural, fasc. *Entraide en agriculture*.

⁶¹ M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, LGDJ, 18^{ème} éd., 2002, n°1957.

Cependant, il convient de constater que les seules situations qualifiées de gratuites dans le Code civil correspondent à des actes juridiques. Donc, pour aboutir à une définition de la gratuité, nous devons partir de l'observation des actes juridiques gratuits, pour, ensuite, se poser la question de la gratuité hors des actes juridiques.

Ayant écarté ces deux méthodes extrêmes mais également périlleuses, nous avons préféré opter pour une autre voie : il s'agit de définir la gratuité en analysant la spécificité des deux grandes catégories d'actes juridiques gratuits reconnues par le Code civil, les libéralités et les contrats de bienfaisance, en les opposant aux actes onéreux. Cette méthode, compromis entre les méthodes inductive et empirique, nous permettra alors de retenir une définition unique de la gratuité, même si, comme nous le verrons, certaines différences pourront être relevées entre l'appréhension de la gratuité dans la qualification des libéralités et dans celle des contrats de service et des contrats commerciaux gratuits.

28. **Une notion technique**<> Nous verrons alors que la gratuité est une notion technique, indépendante des mobiles de l'acteur. Le caractère intéressé ou altruiste est ainsi sans incidence sur la qualification gratuite ou onéreuse d'un acte juridique. La gratuité s'appréhende en effet en observant les effets de droit produits par les actes juridiques⁶². Ces derniers, sont, en effet, définis comme des manifestations de volonté destinées à créer des effets de droit. La distinction entre les actes gratuits et les actes onéreux concerne donc les effets de droit recherchés par les parties. Pour savoir si un acte est gratuit ou onéreux, nous verrons donc qu'il suffit de rechercher les effets de droit produits par l'acte, de se fonder uniquement sur ce qu'il prévoit intrinsèquement, sur les conditions de l'échange qu'il organise. Peu importent alors les effets non juridiques recherchés par les parties (comme, par exemple, un sentiment de gratitude de la part du bénéficiaire d'un acte gratuit), et peu importent les effets de droit produits par d'autres actes juridiques qui peuvent, éventuellement, les lier (si bien que la gratuité peut très bien se retrouver dans des rapports d'affaires). Il est alors impossible d'exclure la gratuité d'un acte juridique parce qu'elle ne se retrouverait pas « globalement » dans l'activité de l'acteur⁶³.

⁶² Cette méthode s'apparente à l'individualisme méthodologique utilisé dans les sciences sociales, qui consiste à appréhender les faits sociaux en partant des comportements individuels. Cf. P. BIRNBAUM et J. LECA, *Sur l'individualisme*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1991.

⁶³ Comp. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Daloz, 7^{ème} éd., 2006, n°352.

La notion de gratuité peut alors paraître relativement large et peu significative, tout au moins par rapport aux préjugés que l'on peut avoir sur la notion. Elle ne traduit pas l'altruisme, ni la grâce, ni la volonté d'échapper à l'utilitarisme économique. Elle ne traduit pas non plus nécessairement un sentiment de solidarité. Au contraire, elle peut être intéressée. La gratuité peut ainsi avoir pour but de fidéliser des clients ou une maîtresse, de nuire à ses créanciers, voire d'encourager ses enfants à la piété filiale.

29. Un régime juridique introuvable<>Devant une telle diversité des situations qualifiées de gratuites, le lecteur ne sera pas étonné de l'impossibilité de trouver et de proposer un régime unique de la gratuité, contrairement à ce qui est souvent – trop rapidement – affirmé.

Il est ainsi fréquent de relever la défaveur du droit envers la gratuité⁶⁴, manifestée par des conditions de forme plus strictes pour les actes gratuits que pour les actes onéreux. Cela est vrai à propos des libéralités, mais absolument pas pour les contrats de service gratuits, qui, dans certains cas, sont soumis à des conditions de formation plus souples que les contrats de service onéreux. L'exemple du prêt de consommation est ainsi frappant, puisque la stipulation d'intérêts doit être expresse, et le montant des intérêts déterminé par écrit, sur le fondement de l'article 1907 du Code civil. Au contraire, ce prêt pourra être tacitement gratuit.

Par ailleurs, on affirme souvent que la responsabilité est moins lourde dans les contrats gratuits que dans les contrats onéreux. C'est vrai s'agissant des régimes supplétifs du mandat et du dépôt. Mais on ne saurait généraliser cet allègement de responsabilité à tous les contrats gratuits. Le législateur a même, récemment, pris le parti de ne pas tenir compte du caractère gratuit ou onéreux de l'activité des professionnels du commerce électronique pour établir les conditions de leur responsabilité. Les articles 14 et 15 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance en l'économie numérique, prévoient ainsi un régime de responsabilité de plein droit applicable aux prestataires de commerce électronique, qu'ils agissent à titre gratuit ou à titre onéreux.

Enfin, si la gratuité est souvent présentée comme empreinte d'un très fort *intuitus personae*, il arrive fréquemment que des actes gratuits ne soient pas conclus en

⁶⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n°414.

considération de la personne du bénéficiaire de gratuité. Au contraire, de nombreux actes onéreux sont conclus *intuitu personae*. C'est le cas, notamment, des contrats conclus dans le milieu bancaire⁶⁵.

30. *Explication de l'impossibilité de trouver un régime unique de la gratuité*<>L'absence d'un régime juridique unique de la gratuité s'explique parfaitement. Certes, la gratuité a toujours des effets liés à ses aspects techniques, qui peuvent apparaître comme inéluctables. Néanmoins, il ne pourrait être question, à proprement parler, d'un régime juridique de la gratuité que si cette dernière faisait l'objet de dispositions déroatoires au droit présenté comme commun, celui des actes onéreux. Certes, il serait envisageable que le droit soit, par principe, défavorable à la gratuité, dans un souci de protection de l'acteur. Mais une attitude générale qui consisterait à décourager la gratuité serait néfaste, car elle découragerait la générosité et la solidarité. Or la liberté de s'entraider doit être assurée, et va, à n'en pas douter, dans le sens de l'intérêt général en repoussant les limites de l'exclusion et de la prise en charge de certains individus par les services sociaux. Dès lors, si le droit pose, dans le cas particulier des libéralités, des conditions de forme très strictes, on ne saurait voir là l'illustration d'un principe de défaveur envers la gratuité.

De la même manière, un système juridique qui encouragerait de façon générale la gratuité par souci de favoriser l'altruisme et le développement des liens sociaux se fourvoierait inexorablement dans la mesure où la gratuité peut être motivée par des sentiments moins nobles et peut, dans certains cas, être dangereuse pour ses bénéficiaires.

31. L'impossibilité de déceler un régime juridique unique de la gratuité rejoint donc, en fin de compte, le caractère technique de la notion et le nécessaire pragmatisme dans son étude. Doit-on alors conclure à une inutilité de la recherche sur la notion de gratuité ? La réponse est, assurément, négative. En effet, on pressent que la gratuité est une notion particulière au sein du droit privé. Cette sensation, ce préjugé, sortent renforcés de l'examen de la notion. Certes, la gratuité n'est en rien spécifique au regard des intentions, du calcul. Son originalité est ailleurs : son traitement échappe à l'individualisme méthodologique pourtant inéluctable en droit privé, et qui, par ailleurs, est de mise dans

⁶⁵ Voir ainsi, à propos du contrat-porteur de carte bancaire, F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2006, n°833.

l'appréhension de la notion. Le traitement juridique de la gratuité dépasse les aspects techniques de la notion, pour tenir compte de son contexte social. Ceci permet de comprendre pourquoi l'attitude du droit vis-à-vis de la gratuité est variable, tantôt favorable, tantôt défavorable.

32. Le traitement des effets de la gratuité, fonction du contexte dans lequel elle intervient : la gratuité encouragée au sein des groupes solidaires<> Dès lors qu'il s'agit de déterminer les effets de la gratuité, le lien social unissant l'acteur et le bénéficiaire devient prépondérant. Tout se passe comme si la gratuité avait naturellement vocation à s'exercer au sein de groupes solidaires : la famille, le cercle amical, le voisinage. Au sein de ces groupes, elle apparaît à la fois comme un facteur de cohésion, comme l'instrument juridique de l'entraide et comme une technique d'échange, un échange dispensé de contreparties obligatoires. La pression du groupe suffit, en principe, à assurer un échange équitable, ce qui permet de placer la gratuité à la lisière du non-droit. Cependant, le droit français n'a pas été jusqu'à exclure la gratuité de la sphère contractuelle. Il se distingue, en cela, des systèmes de *common law*, et notamment du droit anglais, dans lesquels figure, comme condition de l'existence du contrat, la *consideration*, qui peut être définie comme la « *contrepartie, ou prix qu'une partie accepte de payer en échange de la promesse ou de l'engagement de l'autre partie* »⁶⁶. Seuls les *contracts made by deed*, c'est-à-dire les contrats solennels, par acte notarié, peuvent exister et être *enforceable* en l'absence de *consideration*. Les donations (*gifts*) sont ainsi des contrats dès lors qu'elles sont rédigées par acte notarié. Le simple accord de volontés consensuel sans *consideration* est un *nudum pactum*. Le droit américain en sanctionne l'inexécution dans le seul cas où elle cause un préjudice pour le bénéficiaire de la promesse. Néanmoins, on ne saurait voir dans cette sanction la reconnaissance d'un contrat, dans la mesure où elle ne résulte pas d'une action en exécution mais d'une *tort action*, c'est-à-dire d'une action en responsabilité⁶⁷.

Le droit français, quant à lui, reconnaît comme contrats toutes les conventions créatrices d'obligations, ce qui permet de reconnaître l'existence de contrats gratuits, même s'il a tendance à réduire la pression juridique pesant sur ces derniers par rapport aux contrats onéreux.

⁶⁶ B. DHUICQ et D. FRISON, *L'anglais juridique*, BMS Pocket, 2005.

⁶⁷ Sur la question, cf. Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 5^{ème} éd., 2003, n°195-444 — K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Trad. T. Weir, Third edition revised, Clarendon Press, Oxford. 1998, p. 389 et s.

33. **La gratuité découragée dans les rapports de domination**<> En dehors de ces groupes solidaires, et, plus encore, dans les rapports de domination, juridique ou économique, la gratuité devient suspecte. Elle est alors défavorisée par le droit. Il en va ainsi dans la relation de travail subordonné, au sein de laquelle la gratuité est fortement découragée quant elle n'est pas, tout simplement, niée. Mais le droit reconnaît, au moins implicitement, d'autres relations dans lesquelles une partie domine l'autre, comme ceux existant entre les professionnels et les consommateurs ou entre les éditeurs et les auteurs. Dans tous ces cas, où une partie est présumée faible, la gratuité émanant de cette dernière sera forcément suspecte et combattue, dans un souci de protection de la partie faible. Mais, de la même manière, le droit verra avec défaveur la gratuité émanant de la partie forte, car dans un jeu présumé à somme nulle, l'intérêt de l'une des parties est forcément considéré comme néfaste pour l'autre. Ceci permet de comprendre les discours hostiles à la gratuité intéressée.

34. **Le renouveau de la gratuité concomitant à l'essor de nouveaux groupes**<> Face à cette attitude d'ensemble, permettant d'expliquer non pas le régime mais les effets juridiques de la gratuité, on ne peut qu'être interpellé par le renouveau de la gratuité impulsé par les nouvelles technologies, dans la mesure où ces dernières ont insufflé, dans le même temps, la création de nouveaux groupes apparemment solidaires, pouvant parfois unir des personnes qui, jusqu'à présent, étaient considérées comme devant nécessairement s'opposer. La gratuité se développe ainsi dans des réseaux de consommateurs et des communautés virtuelles. De l'attitude du droit envers la gratuité au sein de ces nouveaux groupes dépendra leur survie, dans la mesure où elle paraît bien leur être consubstantielle.

35. L'étude de la gratuité renvoie donc le juriste à des instincts grégaires que l'on pouvait croire inopérants en droit privé, mais qui ressurgissent, de façon marginale, lorsqu'il est question de gratuité. Le renouveau de la notion peut alors, légitimement, l'inquiéter, et ce d'autant plus qu'il est concomitant à un autre phénomène, celui de la communautarisation de la société et de l'économie. L'essor actuel de la gratuité dans la nouvelle économie appelle donc une vigilance particulière, et, peut-être, un nouveau regard sur la notion, ou, tout au moins, sur la pertinence des principes de traitement juridique de la gratuité.

36. Si la gratuité est souvent présentée comme une notion anormale ou étrange, la source de son originalité a souvent du mal à apparaître. Il est, en particulier, impossible de

Essai sur la gratuité en droit privé

la rattacher à la prise en compte d'éléments moraux dans sa définition juridique (1^{ère} Partie). En revanche, si la gratuité apparaît comme une notion spécifique en droit privé, c'est certainement parce qu'il est tenu compte de son contexte économique et social dans son traitement juridique (2^{nde} Partie).

|

|

1^{ère} PARTIE : DÉFINITION JURIDIQUE DE LA GRATUITÉ

37. La gratuité apparaît au juriste dans l'étude des actes juridiques, dans l'opposition entre les actes gratuits et les actes onéreux. Cette distinction est, plus précisément, étudiée en matière contractuelle. Les articles 1105 et 1106 du Code civil distinguent ainsi les contrats de bienfaisance des contrats à titre onéreux. La notion de gratuité apparaît, également, dans l'étude de la notion de libéralité. Dans tous les cas, la notion de gratuité apparaît dans l'étude des *effets des actes juridiques*. Ces derniers étant définis comme des « *manifestations de volonté accomplies en vue de produire des effets de droit et sans lesquelles ces effets de droit ne se produiraient pas* »⁶⁸, il apparaît que la notion de gratuité doit être recherchée parmi les « *effets de droit* » produits par les actes juridiques présentés comme gratuits. Il n'y a alors rien d'étonnant à ce que la gratuité s'appréhende en analysant le contenu des actes juridiques sans considération aucune pour tout ce qui est extérieur à l'acte, qu'il s'agisse des mobiles ou des multiples relations contractuelles que l'acteur et le bénéficiaire sont susceptibles d'entretenir entre eux ou avec des tiers. La gratuité ne s'appréhende donc pas « globalement » mais individuellement.

38. Dès lors, certains actes juridiques étant qualifiés de gratuits par le Code civil, nous pourrions étudier en quoi consiste leur spécificité. Plus particulièrement, notre attention se portera sur les deux grandes catégories d'actes juridiques gratuits : les libéralités et les contrats de bienfaisance. Il s'agira alors d'étudier le contenu des actes juridiques gratuits pour parvenir à identifier un mode d'appréhension de la gratuité (Titre 1^{er}).

39. Nous parviendrons alors à identifier le cœur de la notion de gratuité. Ce travail n'est cependant pas suffisant dans notre entreprise de définition. Nous devons encore, d'une part, circonscrire le domaine au sein duquel l'opposition entre la gratuité et l'onérosité est pertinente, et, d'autre part, voir où se placent les frontières entre la gratuité et l'onérosité. Il conviendra alors d'établir une méthode de délimitation de la gratuité (Titre 2nd).

⁶⁸ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n°217.

TITRE 1^{er} : MODE D'APPRÉHENSION DE LA GRATUITÉ

40. Certains actes juridiques sont qualifiés par la loi de gratuits. Il convient donc de les observer pour parvenir à l'objet de notre quête : une définition de la gratuité. Pour autant, comme nous avons déjà pu le préciser, il n'est pas question de s'appuyer sur tous les exemples d'actes juridiques qualifiés de gratuits pour arriver à nos fins. Il est possible, en effet, que le législateur ait utilisé l'adjectif « gratuit » dans des sens différents, ou qu'il l'ait, dans certains cas, utilisé à mauvais escient.

En revanche, deux catégories d'actes juridiques sont caractérisées par la gratuité : les contrats de bienfaisance et les libéralités. La gratuité permettant de rattacher des actes juridiques à des catégories, elle devrait apparaître de façon suffisamment uniforme pour permettre de dégager une définition.

41. La gratuité apparaît alors comme un déséquilibre dans les avantages fournis grâce à l'acte juridique, ou, plus précisément, dans les prestations objectives organisées par l'acte juridique. Une appréhension technique de la gratuité est donc nécessaire.

Mais, sans remettre en question cette nécessaire appréhension technique de la gratuité, ne doit-on pas également, la définir eu égard à un élément moral ? La gratuité ne traduit-elle pas, au moins dans le langage courant, un comportement altruiste, désintéressé ? La notion juridique de gratuité n'est-elle pas censée comprendre cette dimension morale ? Certains juristes le pensent, prenant appui sur la notion de libéralité, elle-même constituée d'un élément moral, l'intention libérale, qu'ils croient pouvoir utiliser dans son acception concrète, affective, traduisant le désintéressement.

Pourtant, si cette conception de l'intention libérale a pu être retenue, elle ne l'est plus depuis bien longtemps, les tribunaux ayant choisi de se référer à une conception abstraite de l'intention libérale depuis une centaine d'années. Par ailleurs, l'histoire du droit nous révèle que si les codificateurs ont pu être sensibles à la gratuité, ils ne croyaient pas à un

Essai sur la gratuité en droit privé

altruisme⁶⁹ dont la présence dans la définition de la gratuité serait particulièrement handicapante en droit positif. Nous verrons donc que si une appréhension technique de la gratuité est nécessaire (Chapitre 1^{er}), elle est aussi suffisante (Chapitre 2nd).

⁶⁹ X. MARTIN, *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, *Rev. Hist. de Dr. Français et étranger*, 1982, p. 589

CHAPITRE 1^{er} : UNE APPRÉHENSION TECHNIQUE NÉCESSAIRE

42. **La gratuité, notion juridique**<>Les manifestations de la présence de la gratuité en droit privé sont nombreuses. Ainsi, elle caractérise deux grandes catégories d'actes juridiques, les libéralités, constituées des donations entre vifs et des testaments, et les contrats de bienfaisance. Au sein de cette dernière catégorie figurent le prêt à usage ou commodat, contrat « *essentiellement gratuit* » aux termes de l'article 1876 du Code civil ; le prêt de consommation ou simple prêt, qui, à défaut de stipulation expresse d'intérêts est gratuit⁷⁰ ; le contrat de dépôt, qualifié de « *contrat essentiellement gratuit* » par l'article 1917 du Code civil⁷¹ ; et le contrat de mandat, dont l'article 1986 nous précise qu'il est « *gratuit, s'il n'y a convention contraire* ».

Le Code civil n'est pas seul à évoquer la gratuité. Le Code général des impôts prévoit l'imposition des mutations à titre gratuit aux articles 750 et suivants, et vise par-là les biens reçus par succession ou par libéralité ; le Code de la consommation pose un principe de prohibition des ventes avec prime gratuite⁷² ; le Code de commerce prévoit des hypothèses de distribution d'actions gratuites⁷³, notamment en cas d'augmentation de capital d'une société anonyme par incorporation de réserves ; il annule, par ailleurs, les actes à titre gratuit translatifs de propriété accomplis en période suspecte et permet d'annuler ceux qui ont été accomplis dans les six mois précédant la cessation des paiements⁷⁴.

Il ne s'agit pas ici de dresser une liste exhaustive des textes visant la gratuité, mais, plus simplement, de remarquer que la notion est bel et bien connue et utilisée par le droit ; et

⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1991, Bull. Civ. I, n° 335.

⁷¹ Sont essentiellement gratuits les contrats dont la qualification n'est possible qu'en présence de gratuité, sont gratuits par nature ceux qui sont supplétivement gratuits, mais dont la qualification reste identique en présence d'une rémunération. La qualification donnée au dépôt par l'article 1917 est donc fautive, dans la mesure où l'article 1928, 2° prévoit la possibilité de stipuler un salaire au profit du dépositaire, si bien que ce contrat apparaît davantage comme gratuit par nature.

⁷² Art. L.121-35 c.conso.

⁷³ Art. L.225-154 c.com.

⁷⁴ Art. L.632-1 c.com.

qu'elle est observable au sein d'actes juridiques, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elle n'existe que dans des actes juridiques, ni qu'elle n'existe que dans des actes isolés. Mais il convient de commencer par l'étudier dans ce cadre, puisque c'est celui dans lequel le Code civil la fait apparaître.

Pour appréhender la gratuité, il convient donc d'étudier le contenu des actes juridiques, étant entendu que la gratuité s'observe (Section 1) et se définit (Section 2) dans des actes juridiques isolés.

SECTION 1 : LA GRATUITÉ OBSERVABLE DANS DES ACTES JURIDIQUES ISOLÉS

43. La gratuité apparaît en droit au sein d'actes juridiques. La donation est gratuite, tout comme le legs et le prêt à usage ; de même, à titre supplétif, le mandat, le dépôt et le prêt de consommation sont gratuits. Cette situation est importante car elle va nous permettre d'établir un cadre d'analyse de la gratuité, qui sera utile pour qualifier des opérations complexes de gratuites ou d'onéreuses et dont on pourra éventuellement se servir pour déceler la gratuité en dehors des actes juridiques. La gratuité apparaîtra ainsi toujours dans des relations bilatérales ou bipolaires.

Par ailleurs, la gratuité sert à qualifier ces actes juridiques. Or la qualification d'un acte juridique se fait en observant ses éléments intrinsèques. Ainsi, un acte juridique sera gratuit en fonction des effets qu'il aura vocation à produire. La gratuité s'apprécie alors acte juridique par acte juridique, les actes juridiques étant qualifiés isolément les uns des autres.

Le cadre d'analyse de la gratuité présentant deux caractéristiques, nous verrons qu'elle s'observe dans des rapports bilatéraux (Sous-Section 1), envisagés ponctuellement (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ DANS DES RAPPORTS BILATÉRAUX

44. La focalisation du droit des contrats sur les rapports à deux personnes a déjà été remarquée⁷⁵. Les contrats spéciaux sont définis entre deux personnes⁷⁶. Si les textes généraux relatifs aux contrats, notamment l'article 1101 du Code civil, envisagent ce dernier comme pouvant lier plus de deux personnes, de même que les textes relatifs aux classifications des contrats, il convient de remarquer que les articles 1105 et 1106, qui posent la distinction des contrats de bienfaisance et des contrats onéreux, se placent, eux-aussi, dans un univers à deux personnes.

45. Cependant, même lorsque les textes du Code civil envisagent le contrat liant plus de deux personnes, ils l'envisagent généralement comme un rapport bipolaire : le contrat met en rapport deux individus ou deux catégories d'individus. Le contrat, tout comme, plus généralement, l'acte juridique patrimonial, est envisagé dans des rapports bilatéraux⁷⁷ ou bipolaires : malgré la pluralité de personnes, le contrat lie deux parties, c'est-à-dire deux intérêts⁷⁸. En effet, en énonçant que « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* », ce texte semble envisager deux catégories de personnes : celles qui s'engagent, et celles qui bénéficient de l'engagement, autrement dit, les débiteurs et les créanciers.

Une telle approche ne doit pas surprendre, dans la mesure où l'étude des actes juridiques s'inscrit dans celle du droit des obligations. Or l'obligation, qui est définie comme un lien de droit par lequel une personne s'engage à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose au profit d'une autre, est clairement un rapport bipolaire entre un créancier et un débiteur ou, plus précisément, entre un ou plusieurs créanciers et un ou plusieurs débiteurs. Par

⁷⁵ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Une troisième personne bien singulière, ou 2+1= tout autre chose*, RTD Civ. 2003. 51.

⁷⁶ Voir ainsi l'article 1582 du Code civil pour la vente, l'article 1704 pour l'échange, 1709 pour le louage de choses, 1710 pour le louage d'ouvrage, 1800 pour le bail à cheptel, etc.

⁷⁷ C'est-à-dire liant deux groupes d'intérêts ; cf. R. CABRILLAC, *op. cit.* n°53, et non un contrat bilatéral au sens de synallagmatique.

⁷⁸ En ce sens, et pour une distinction entre les personnes participant à l'acte et les parties, R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 52 s.

ailleurs, les actes juridiques considérés comme les plus emblématiques sont ceux qui opèrent un transfert de propriété. La vente est ainsi considérée comme l'archétype des actes onéreux, la donation comme celui des actes gratuits. Le transfert de propriété est également, par essence, bilatéral.

De la même manière, la gratuité apparaît dans des rapports bilatéraux, qu'elle intervienne dans des actes simples (§1) ou conjonctifs (§2).

§1 : L'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ DANS DES ACTES SIMPLES

46. Il ne s'agit pas encore, ici, de définir la gratuité, tâche qui sera l'objet de la deuxième section, mais simplement d'observer la gratuité telle qu'elle se manifeste dans les deux catégories générales d'actes à titre gratuit que sont les libéralités et les contrats de bienfaisance. Plus précisément, il s'agit de montrer que la gratuité s'apprécie dans les effets des actes juridiques, et, plus précisément, dans leurs effets entre deux personnes, que nous appellerons l'acteur et le bénéficiaire de gratuité. Ce champ d'observation, ce cadre d'analyse de la gratuité est indépendant de celui gouvernant la formation des actes juridiques gratuits. Particulièrement, la gratuité va s'observer dans des conventions, c'est-à-dire des accords de volonté de deux personnes au moins ayant des effets de droit (A) ; mais elle va aussi s'observer dans des actes juridiques unilatéraux. Si ces derniers sont parfaits par la manifestation d'une seule volonté, leur gratuité sera observée à travers leurs effets entre deux personnes (B).

A. La gratuité dans les conventions

47. Deux catégories de conventions gratuites nous sont présentées par le Code civil : il s'agit des contrats de bienfaisance et des donations directes, généralement envisagés comme liant deux personnes.

48. **Contrats de bienfaisance**<>Comme nous l'avons vu, le contrat de bienfaisance est défini par l'article 1105 comme « *celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un*

avantage purement gratuit ». Ce texte envisage donc l'hypothèse d'un contrat à deux personnes, la gratuité s'appréciant entre deux protagonistes : un acteur qui fournit un avantage et un bénéficiaire qui le reçoit, cet avantage étant envisagé sous la forme d'un service⁷⁹. La gratuité caractérise donc un rapport bilatéral entre l'acteur et le bénéficiaire de gratuité, qui ne sont autres que les parties au contrat. Cette démarche se retrouve pour tous les contrats spéciaux de bienfaisance. Ainsi, à propos du prêt à usage, défini par l'article 1875 du Code civil comme le « *contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi* », et qualifié de contrat « *essentiellement gratuit* » par l'article 1876, la gratuité s'apprécie dans le rapport bilatéral liant le prêteur et l'emprunteur de la chose, les deux parties au contrat. Il en va de même pour le prêt de consommation, dont la gratuité de principe découle des articles 1902 et 1905 du Code civil. La gratuité du dépôt s'apprécie également dans le rapport bilatéral entretenu par le déposant et le dépositaire. Il en va de même du mandat, envisagé comme un service rendu par le mandataire au mandant. Dans toutes ces hypothèses, la gratuité s'observe donc dans un rapport bilatéral : un prestataire rend un service gratuit à un bénéficiaire.

49. **Donations**<> L'autre catégorie de convention qualifiée par le Code civil de gratuite⁸⁰ est la donation entre vifs, définie par l'article 894 comme l'acte « *par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* ». La donation est donc, de prime abord, envisagée comme une convention liant deux personnes, le donateur et le donataire. La gratuité s'appréhende là-encore dans un rapport bilatéral : un acteur de gratuité qui s'appauvrit au profit d'un bénéficiaire qui s'enrichit corrélativement⁸¹. On appréhende donc un flux de « *valeurs comptables* » entre deux patrimoines⁸².

50. **Exemple : donations avec charge dans l'intérêt d'un tiers**<> Un exemple très révélateur de cette démarche qui consiste à toujours se placer dans un rapport bilatéral ou bipolaire pour appréhender la gratuité nous est fourni par les donations avec charge dans

⁷⁹ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, th. Paris, 1941.

⁸⁰ Art. 893 c.civ.

⁸¹ Sur cette définition de l'élément matériel des libéralités, cf. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1001.

⁸² R. SAVATIER, obs. ss. Civ. 1^{ère}, 21 oct. 1973, RTD Civ. 1975, p. 756 : « *Il est unanimement reconnu que l'acte gratuit est une notion plus large que la donation. Celle-ci suppose, en effet, le transfert d'une valeur comptable d'un patrimoine à un autre* ».

l'intérêt d'un tiers. Une personne donne un bien à une autre personne, à charge pour cette dernière de fournir telle prestation à une troisième personne. Pour savoir s'il y a ou non gratuité, on observe le rapport gratifiant-gratifié, puis le rapport gratifiant-bénéficiaire⁸³.

51. L'appréhension de la gratuité de ces conventions dans un cadre bilatéral n'est pas surprenante dans la mesure où elles sont elles-mêmes présentées comme formées entre deux personnes. Cependant, on va constater une indépendance entre le cadre d'analyse de la gratuité, que nous appréhenderons toujours entre deux personnes ou deux groupes de personnes, et le nombre de personnes participant à la formation de l'acte gratuit. Il en sera ainsi dans l'acte juridique unilatéral gratuit.

B. La gratuité dans les actes juridiques unilatéraux

52. L'acte juridique unilatéral est généralement défini comme « *toute manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit, soit à sa charge, soit même à son profit* »⁸⁴. Parmi cette catégorie figure le testament, qualifié de gratuit par l'article 893 du Code civil.

53. **Testaments**<>Le testament est défini par l'article 895 du Code civil comme l'acte « *par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qu'il peut révoquer* ». Il s'agit donc d'un acte juridique unilatéral, parfait dès lors que la manifestation de volonté du testateur obéit aux règles de forme posées pour ce genre d'actes par les articles 967 et suivants du Code civil. Le Code civil distingue ensuite les legs universels, à titre universel, et à titre particulier. À propos du premier, l'article 1003 énonce que « *le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès* ». De la même manière, à propos des legs particuliers, l'article 1014 dispose que « *tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée* ». Le legs est donc lui aussi clairement appréhendé, quant à ses effets, dans

⁸³ M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, n°1198. Le rapport entre le gratifié-grevé et le bénéficiaire de la charge échappe, en principe, à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, le gratifié exécutant une obligation. Or, comme nous le verrons plus loin, les actes d'exécution ne sont pas soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, et sont « neutres » au regard de cette distinction. Voir *infra*, n°387.

⁸⁴ J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°929.

un rapport bipolaire liant le testateur au(x) légataire(s). Le legs opérant transfert de propriété de la chose léguée, cela n'a rien d'étonnant, car qui dit transfert dit mouvement entre deux points, le point de départ, à savoir le patrimoine du *de cujus*, et le point d'arrivée, celui du légataire. C'est entre ces deux points que la gratuité sera appréciée, et ce même si le testament est un acte juridique unilatéral ; et même, plus loin, si, comme le permet l'article 1003 du Code civil, il institue plusieurs légataires.

§2 : L'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ DANS DES ACTES JURIDIQUES CONJONCTIFS

54. Parmi les actes juridiques gratuits visés par le Code civil figurent, ainsi que nous l'avons déjà laissé entendre, des actes juridiques conjonctifs, c'est-à-dire, selon la définition donnée par le Professeur Rémy CABRILLAC, des actes dans lesquels « *plusieurs personnes sont rassemblées, lors de [leur] formation ou postérieurement, au sein d'une même partie, c'est-à-dire par un même intérêt, défini par rapport à l'objet de l'acte* »⁸⁵. La gratuité s'y appréhende toujours dans un rapport bilatéral, qu'il y ait pluralité d'acteurs de gratuité (A) ou de bénéficiaires (B).

A. La pluralité d'acteurs de gratuité

La pluralité d'acteurs de gratuité apparaît à de nombreuses reprises dans le Code civil, que ce soit en matière de contrats de bienfaisance ou de libéralités.

55. **Co-mandat**<>Ainsi, l'article 1986 du Code civil énonce que « *le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire* ». L'article 1995, de son côté, évoque la pluralité de mandataires, en énonçant que « *quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée* ». Ces deux textes sont parfaitement compatibles : en principe, le mandat est gratuit, et il se peut donc que ce mandat gratuit soit un co-mandat, un mandat conjonctif. Dans ce cas-là il

⁸⁵ R. CABRILLAC, *op. cit.* n°319.

Il y a bien plusieurs acteurs de gratuité : les différents mandataires ayant accepté la mission confiée par le mandant. La gratuité s'apprécie donc toujours, malgré la pluralité de contractants, de façon bilatérale, car il y a toujours deux parties : le mandant, seul bénéficiaire, et les mandataires, partie plurielle du contrat⁸⁶. Ces derniers rendent un service gratuit au mandant, ils lui fournissent une prestation unique, malgré leur pluralité, de représentation.

56. **Co-donation**<>Ce même schéma se retrouve dans les libéralités. La donation conjonctive, par laquelle plusieurs personnes, par exemple deux parents, vont donner un ou plusieurs biens à un ou plusieurs donataires, est indirectement prévue par l'article 1422 du Code civil, qui énonce que « *les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté* ». De la même manière, elle peut être fondée sur l'article 815-3 du Code civil⁸⁷, qui impose le consentement de tous les co-indivisaires pour accomplir des actes de disposition sur les biens indivis. Dès lors, la donation d'un bien commun ou d'un bien indivis doit être faite par les deux époux dans le premier cas, par tous les indivisaires dans le second. On se retrouve donc dans la situation d'une donation conjonctive par pluralité de donateurs. Encore une fois, la gratuité s'apprécie malgré tout de façon bilatérale, elle est le résultat de la fourniture d'un bien par la partie plurielle des donateurs à la partie donataire.

57. **Testament conjonctif**<>Enfin, il serait tout à fait possible d'envisager l'hypothèse d'un acte juridique unilatéral gratuit conjonctif à travers le testament conjonctif. Néanmoins, ce dernier est prohibé par l'article 968 du Code civil, qui énonce qu'« *un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle* »⁸⁸.

⁸⁶ R. CABRILLAC, *op. cit.* n°52 s.

⁸⁷ Le nouvel article 815-3, issu de la loi du 23 juin 2006, en vigueur le 1^{er} janvier 2007, aux indivisions existantes et aux successions ouvertes non encore partagées à cette date, ne dit pas autre chose. Ce dernier texte permet, en effet, aux indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis d'accomplir certains actes, et, notamment, de vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision (art. 815-3, al. 1^{er}, 3^o). L'article 815-3, alinéa 3 précise que « *toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3^o* ».

⁸⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006, n° 472.

B. La pluralité de bénéficiaires de gratuité

58. **Co-bénéficiaires de gratuité dans les contrats de bienfaisance**<>La loi envisage l'hypothèse de la pluralité de bénéficiaires dans les contrats de service gratuits. Il en va ainsi dans le prêt à usage, contrat essentiellement gratuit⁸⁹, à propos duquel l'article 1887 du Code civil énonce que « *si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur* »⁹⁰. Ces co-emprunteurs bénéficient d'un service gratuit de la part du prêteur, la gratuité étant, une fois de plus, envisagée dans un rapport bipolaire (prêteur-emprunteurs). De la même manière, alors que le mandat est supplétivement gratuit⁹¹, l'article 2002 du Code civil envisage les obligations des co-mandants vis-à-vis du mandataire. On se trouve là en présence d'une autre forme de mandat conjonctif, liant toujours deux parties : un mandataire et plusieurs mandants. Ce schéma est bien évidemment applicable au dépôt, notamment si la chose déposée appartient à plusieurs personnes, et au prêt de consommation gratuit. Il l'est également en matière de libéralités.

59. **Co-donataires**<>La donation conjonctive par pluralité de donataires apparaît, quant à elle, très clairement dans le Code civil à propos de la donation par contrat de mariage. Ainsi, l'article 1082 prévoit l'hypothèse d'une donation par les père et mère, les autres ascendants, les collatéraux, « *et même les étrangers* » tant au profit « *desdits époux, que des enfants à naître de leur mariage* ». La pluralité de donataires est donc tout à fait possible, tout comme celle, déjà envisagée, de donateurs, les deux pouvant très bien être réunies. C'est même l'hypothèse visée par l'article 1082, celle d'une donation par des parents aux époux et à leurs enfants. Dans tous les cas, la donation reste un contrat bipartite, les deux parties, donateur et donataire, pouvant être plurales. La même conjonctivité existe dans la donation partage, envisagée par les articles 1076 et suivants du Code civil.

⁸⁹ Art. 1876 c.civ.

⁹⁰ Pour un exemple de prêt à usage de logement à deux époux, Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1993, D.1994, p. 248, note Bénabent ; JCP 1994.II.22239 note Morgand-Cantegrit ; RTD Civ. 1994, p. 125, obs. Gautier ; Defr. 1994, p. 428, obs. Vermelle ; M.-L. IZORCHE, *La liberté contractuelle*, in R. CABRILLAC, Th. REVET et M.-A. FRISON-ROCHE, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 1^{ère} éd.

⁹¹ Art. 1986 c.civ.

60. **Conclusion de la sous-section 1**<> Indépendamment du nombre d'auteurs de l'acte, indépendamment de l'unité ou de la pluralité des parties, la gratuité s'appréhende toujours dans un lien entre deux personnes ou deux catégories de personnes, l(es)'acteur(s) et le(s) bénéficiaire(s). Elle s'observe donc toujours dans un cadre d'analyse prenant comme point de repère le rapport bilatéral acteur-bénéficiaire. Il conviendra donc d'étudier la notion de gratuité dans ce cadre-là pour la définir, mais, au préalable, il faut envisager un autre élément du cadre d'analyse de la gratuité, telle que cette dernière nous est présentée par le Code civil⁹² : cette dernière est une caractéristique intrinsèque de certains actes juridiques. Il convient donc, pour appréhender la gratuité, d'analyser les actes juridiques ponctuellement.

SOUS-SECTION 2 : L'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ DANS DES RAPPORTS PONCTUELS

61. Comme nous l'avons déjà évoqué, la distinction de la gratuité et de l'onérosité permet de qualifier des actes juridiques. La qualification⁹³, « *opération intellectuelle d'analyse juridique (...), consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui⁹⁴ les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement* »⁹⁵, procède d'une analyse intrinsèque de l'acte en cause. Ainsi, pour savoir si l'on est en présence d'une donation, il faudra que l'acte juridique observé contienne en lui-même la gratuité. La gratuité ne peut donc s'observer qu'à l'intérieur d'un acte juridique donné (§1), apprécié indépendamment de son environnement (§2).

⁹² Il s'agit toujours, pour le moment, de raisonner à partir des deux catégories d'actes juridiques qui nous sont présentées comme gratuites.

⁹³ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956.

⁹⁴ Nous soulignons.

⁹⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, v° *Qualification*.

§1 : LA RECONNAISSANCE DE LA GRATUITÉ DANS LE CONTENU DES ACTES JURIDIQUES

62. La distinction de l'onérosité et de la gratuité, telle qu'elle est présentée dans le Code civil, s'applique aux actes juridiques. On parle d'acte gratuit ou onéreux, de contrat gratuit ou onéreux. La gratuité est donc toujours envisagée en tant qu'attribut d'un acte, comme intrinsèque à un acte juridique donné. La qualification d'acte juridique gratuit ne saurait donc découler d'éléments extérieurs à l'acte juridique soumis à la qualification. Du reste, à propos des contrats, la classification du gratuit et de l'onéreux procède, sur ce point, de la même méthodologie que les autres classifications posées par les articles 1102 et suivants du Code civil.

63. **Contrats synallagmatiques et unilatéraux**<>La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, sur laquelle nous reviendrons⁹⁶, est posée par les articles 1102 et 1103 du Code civil. Cette distinction repose sur la réciprocité des obligations créées par le contrat. Le contrat est synallagmatique s'il crée des obligations réciproques, il est unilatéral s'il n'en crée qu'à la charge d'une partie. La distinction s'opère donc par seule référence au contrat, indépendamment de son environnement. Ainsi, un contrat unilatéral comme le prêt à usage pourra intervenir entre des personnes qui sont en relation d'affaires⁹⁷ ; le cautionnement, contrat unilatéral, pourra être conclu par une banque ou par un particulier, etc. La multiplication des exemples est inutile tant il relève de l'évidence que le caractère unilatéral ou synallagmatique s'apprécie uniquement en observant le contrat en question.

64. **Contrats commutatifs et aléatoires**<>Il en va de même pour la classification des contrats commutatifs et aléatoires, posée par l'article 1104 du Code civil, qui énonce que « *le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire* ». La qualification de contrat commutatif ou aléatoire repose donc également sur la seule observation des effets du contrat. Ainsi, la rente viagère est aléatoire, car le débirentier ne sait pas, au moment de

⁹⁶ Voir *infra* n°81 et s.

⁹⁷ R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977 p. 193.

la conclusion du contrat, quel sera son coût définitif. Au contraire, la vente est, en principe, un contrat commutatif, car chaque partie sait exactement ce qu'elle va donner à l'autre. L'environnement du contrat n'est pas pris en considération dans la qualification de contrat aléatoire. C'est ainsi qu'en matière de rente viagère, l'âge n'enlève rien au caractère aléatoire du contrat. Le célèbre exemple de Jeanne Calment en est l'exemple le plus révélateur⁹⁸. Si l'aléa peut être réduit, notamment en matière d'assurance, en fonction de l'environnement du contrat, notamment s'agissant de la fixation de la prime⁹⁹, ce dernier ne permettra jamais de qualifier le contrat de commutatif.

65. **Contrats gratuits et onéreux**<>Comme les deux classifications précédentes, la classification des contrats gratuits et onéreux a pour objet les contrats en eux-mêmes, et, plus particulièrement, leurs effets économiques¹⁰⁰. Chaque fois que la loi qualifie un acte juridique de *gratuit*, le terme est utilisé en tant qu'adjectif qualificatif, en tant qu'attribut du contrat en cause. La gratuité apparaît donc, grammaticalement parlant, comme une caractéristique intrinsèque de certains contrats. Par ailleurs, si la gratuité n'est pas définie, le contrat de bienfaisance est défini par l'article 1105 comme « celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ». On ne saurait mieux insister sur le fait que la gratuité est intrinsèque au contrat de bienfaisance, « dans lequel » elle se trouve.

66. **Actes gratuits**<>Plus largement, cette remarque vaut pour tous les actes gratuits, qu'ils prennent ou non la forme d'un contrat. En énonçant à l'ancien article 893 qu'« on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament », le Code civil inscrivait la disposition à titre gratuit, et donc la gratuité, comme devant se retrouver dans les deux types d'actes énoncés. De façon encore plus précise, le nouvel article 893, issu de la loi du 23 juin 2006, définit la libéralité comme « l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au

⁹⁸ Cette dernière avait, à l'âge de 90 ans, vendu son appartement moyennant le versement d'une rente viagère de 2500 F par mois. Elle mourut à l'âge de 122 ans, quelques années après son débirentier... Cf. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 4^{ème} éd., 2004, n°537, note 7. Ces derniers rapportent une citation de l'Arlésienne qui fut, pendant quelques années, la doyenne de l'humanité : « Dans la vie, on fait parfois de mauvaises affaires ! ».

⁹⁹ Voir en matière automobile, où les primes sont plus élevées pour les jeunes conducteurs ; et où elles sont fonction des dangers présentés par la personne grâce au système du bonus-malus.

¹⁰⁰ Cf. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n°64 et s. Ces auteurs envisagent la classification des contrats gratuits et onéreux, tout comme celles des contrats synallagmatiques et unilatéraux et des contrats commutatifs et aléatoires dans un passage consacré aux « classifications des contrats quant à leurs effets ».

profit d'une autre personne ». L'inhérence de la gratuité à l'acte juridique – la libéralité – est donc affirmée de façon encore plus explicite depuis la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

§2 : L'INDIFFÉRENCE DE LA GRATUITÉ À L'ENVIRONNEMENT DES ACTES JURIDIQUES

67. Puisque la gratuité est intrinsèque à l'acte, elle est indépendante de son environnement. Peu importent alors l'activité économique des parties (A) ou les relations qu'elles entretiennent (B).

A. L'indifférence de l'activité économique des parties

68. *L'activité économique, facteur d'une différenciation des régimes contractuels*<>L'activité économique des parties à un acte juridique est prise en considération par le droit commercial et par le droit de la consommation. Ces matières apportent des dérogations au droit commun, et, souvent, modifient le régime de certains contrats. Ainsi, par exemple, si le gage est régi par des dispositions du Code civil¹⁰¹, il est adapté en matière commerciale, le Code de commerce contenant des dispositions particulières sur le gage constitué « *soit par un commerçant, soit par un individu non-commerçant pour un acte de commerce* »¹⁰². De la même manière, le bail consenti à un commerçant pour les locaux de son commerce¹⁰³ ne sera pas soumis au même régime que celui consenti à un professionnel libéral¹⁰⁴, à un agriculteur¹⁰⁵ pour la terre qu'il exploite,

¹⁰¹ Art. 2073 et s. c.civ.

¹⁰² Art. L.521-1 c.com.

¹⁰³ Art. L.145-1 et s. c.com.

¹⁰⁴ Loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 *tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière*.

¹⁰⁵ Art. L.411-1 et s. c.rur.

ou à un particulier pour se loger¹⁰⁶. Enfin, les « *ventes commerciales* » sont régies par de nombreux textes du Code de la consommation.

69. ***L'activité économique, facteur d'une qualification***<> Dans certains cas, l'activité a une influence sur les qualifications. Il en va ainsi en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier, dont le régime est très étroitement encadré par le Code de la consommation. Les dispositions applicables au crédit à la consommation s'appliquent « *à toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit* »¹⁰⁷ ; et, entre autres limites, non destinée à financer les besoins d'une activité professionnelle¹⁰⁸. Il ne s'agit pas seulement, ici, de modifier le régime du prêt de consommation en fonction de l'activité des parties, mais de créer une catégorie juridique plus large, puisque par crédit il faut entendre non seulement le prêt, mais encore « *la location-vente et la location avec option d'achat, ainsi que les ventes et prestations de services dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné* »¹⁰⁹. En revanche, s'agissant du crédit immobilier, il s'agit d'un prêt spécial, destiné à financer l'acquisition d'un bien immobilier, sachant que, encore une fois, la qualification de crédit immobilier reposera sur l'activité des parties, puisqu'elle ne sera retenue qu'en présence d'un prêteur dont le crédit est l'activité habituelle et d'un emprunteur qui ne cherche pas à financer une activité professionnelle¹¹⁰.

70. ***Absence de modification des classifications dans les droits spéciaux***<> Si les droits spéciaux modifient les régimes de certains contrats lorsqu'ils sont utilisés dans leur champ d'application ; s'ils semblent aller parfois un peu plus loin en créant de nouvelles catégories comme le « *crédit à la consommation* » ; ces disciplines ne vont jamais jusqu'à remettre en cause les classifications des contrats contenues aux articles 1102 et suivants du Code civil. Pas plus ne remettent-elles en cause les classifications des actes juridiques en général.

Dès lors, l'activité économique des parties à un acte ne devrait avoir aucune influence sur

¹⁰⁶ Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986*.

¹⁰⁷ Art. L.311-2 c.conso.

¹⁰⁸ Art. L.311-3, 3°, c.conso.

¹⁰⁹ Art. L.311-2 c.conso.

¹¹⁰ Art. L.312-2 et L.312-3 c.conso.

sa qualification gratuite ou onéreuse, ce qui renforce l'idée que cette dernière procède d'une analyse intrinsèque de l'acte juridique¹¹¹.

71. Analyse individuelle des actes juridiques : ponctualité des qualifications<> Dès lors, la distinction du gratuit et de l'onéreux se fait en utilisant les concepts du droit civil. Or cette discipline envisage les actes juridiques indépendamment les uns des autres, et indépendamment de l'activité des parties. La qualification d'un acte juridique ne peut donc, en principe, dépendre que de son contenu propre. Nous dirons qu'elle s'apprécie donc de façon ponctuelle¹¹², acte juridique par acte juridique.

72. Groupes de contrats<> Est-il alors possible d'envisager la gratuité dans des groupes de contrats¹¹³, plus précisément dans des ensembles contractuels ? La réponse n'est pas, de prime abord, aisée. Deux solutions sont en effet possibles : isoler chaque contrat faisant partie de l'ensemble pour observer si, en lui-même, il présente les caractéristiques de la gratuité, ou, au contraire, considérer l'ensemble comme s'il s'agissait d'un seul et unique contrat. En réalité, comme nous le verrons plus loin¹¹⁴, la première solution est la seule envisageable, ce qui ne signifie pas, malgré les apparences, qu'il faille avoir une vision hermétique du contrat, exclusive de la notion d'ensemble contractuel, dans la mesure où la fourniture d'une prestation peut avoir pour cause une contre-prestation extérieure à l'acte.

De la même manière, l'appréhension des actes juridiques est, en principe, indépendante des relations d'amitié ou familiales existant entre les parties.

¹¹¹ Voir en ce sens F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, p. 23 : « le droit des obligations n'appréhende pas les relations des parties de manière globale. Il les fractionne ».

¹¹² « *Qui ne concerne qu'un point, qu'un élément d'un ensemble* », selon la définition donnée par le *Petit Robert*.

¹¹³ B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1975

¹¹⁴ Voir *infra*, n°140

B. L'indifférence des relations entretenues entre l'acteur et le bénéficiaire

73. Les liens entretenus par l'acteur et le bénéficiaire sont indifférents dans l'appréhension de la gratuité. Peu importe, notamment, qu'ils entretiennent des liens familiaux (1) ou amicaux (2).

1. L'indifférence des liens familiaux

74. *Rareté des dispositions spécifiques aux actes juridiques patrimoniaux entre parents*<>Le Code civil n'ignore pas les relations familiales. Il y consacre, au contraire, de nombreuses dispositions, que ce soit en matière extra-patrimoniale (mariage, divorce, filiation) ou patrimoniale (régimes matrimoniaux, successions, libéralités). Cependant, il ne prévoit qu'exceptionnellement un régime spécifique des actes juridiques conclus entre des personnes de même famille. C'est le cas pour la donation-partage, le donataire étant, par définition, un héritier du donateur. Il y a, en revanche, de moins en moins de dispositions spécifiques relatives aux donations entre époux, qui étaient révocables depuis 1804. Or, depuis la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, seules les donations de biens à venir entre époux sont révocables, les donations de biens présents étant, conformément au droit commun, irrévocables¹¹⁵.

75. *Indifférence des liens familiaux dans la qualification des actes juridiques*<> Par principe, les actes juridiques, et notamment les contrats, proposés par le Code civil peuvent être utilisés par des personnes d'une même famille, désireuses de se lier juridiquement. En effet, les dispositions relatives à ces actes sont générales, et ne sont pas subordonnées à une quelconque absence ou présence de liens familiaux. Dès lors, la qualification de ces actes juridiques ne sera pas affectée par l'existence de liens familiaux, pas plus que l'appréhension de leur gratuité ou de leur onérosité¹¹⁶. Du reste, la loi prévoit, outre le cas des donations, l'utilisation d'un contrat en principe gratuit entre époux : le mandat. C'est ainsi que l'article 218 du Code civil prévoit qu' « *un époux peut donner mandat à l'autre*

¹¹⁵ Art. 1096 c.civ.

¹¹⁶ En revanche, comme nous le verrons dans la deuxième partie, les liens familiaux ont un effet sur le régime de l'acte à titre gratuit. Voir *infra*, n°511 et s.

de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue ». De même, les articles 1431 et 1432 prévoient l'hypothèse du mandat donné par l'un des époux à l'autre de gérer ses biens propres en régime de communauté ; les articles 1539 et 1540 prévoyant des dispositions identiques pour le mandat de gérer les biens personnels dans le régime de séparation de biens. Ces mandats ne sont en rien spécifiques du point de vue de leur qualification ; leur seule spécificité reposant sur la présomption de mandat posée par les articles 1432 et 1540 lorsque l'un des époux gère, au su de l'autre et sans opposition de sa part, ses biens propres dans le premier cas, personnels dans le second.

2. L'indifférence des liens amicaux

76. Si les liens familiaux ne sont pas ignorés du Code civil, on ne peut pas en dire autant des liens amicaux¹¹⁷. L'amitié n'est visée par aucun texte du Code civil, et, même si l'on a pu voir dans les contrats de service gratuits un cadre juridique destiné aux relations entre amis¹¹⁸, rien ne leur interdit de recourir à des contrats onéreux ; pas plus que les contrats gratuits ne sont fermés à des personnes qui ne sont pas liées amicalement. Nous verrons cependant que le régime de l'acte gratuit sera influencé par les liens amicaux entretenus entre les parties¹¹⁹.

77. Conclusion de la sous-section 2<> La qualification de l'acte gratuit doit résulter d'une analyse intrinsèque et individuelle de l'acte en question. L'environnement de l'acte, c'est-à-dire les liens familiaux, amicaux ou autres qui unissent l'acteur au bénéficiaire, comme l'activité économique des protagonistes, semblent, à ce stade du raisonnement, ne pas devoir intervenir dans la qualification de la gratuité ; si bien que cette dernière semble devoir être appréhendée ponctuellement.

78. Conclusion de la section 1<> La gratuité semble donc devoir être analysée dans un cadre d'analyse qui présente une double caractéristique : il faut, tout d'abord, se placer

¹¹⁷ D. MAYER, *L'amitié*, JCP 1974.I.2663.

¹¹⁸ D. MAYER, *ibid.*

¹¹⁹ Voir *infra*, n°504 et s.

dans un rapport bilatéral, éventuellement conjonctif, entre un ou plusieurs acteurs et un ou plusieurs bénéficiaires ; et, par ailleurs, se placer dans un rapport ponctuel, un acte juridique qui contiendra ou non la gratuité, indépendamment de son environnement extrinsèque. Une fois situé le cadre d'analyse de la gratuité, il reste à la définir dans ce cadre.

SECTION 2 : LA GRATUITÉ DÉFINIE DANS DES ACTES JURIDIQUES ISOLÉS

Le rapport bilatéral ponctuel, cadre d'analyse des deux catégories d'actes juridiques gratuits, va nous révéler le rôle joué par la prestation objective dans la distinction du gratuit et de l'onéreux. Nous verrons ainsi que les actes juridiques sont gratuits lorsqu'ils organisent une fourniture unilatérale de prestations objectives (Sous-Section 1), qui doit être volontaire (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : UNE FOURNITURE UNILATÉRALE DE PRESTATIONS OBJECTIVES

79. Les actes gratuits sont opposés aux actes onéreux. Plus spécialement, les articles 1105 et 1106 du Code civil permettent de distinguer les contrats de bienfaisance, gratuits, et les contrats onéreux¹²⁰. Pour définir la gratuité, il semble donc utile de partir d'une comparaison entre ces deux derniers textes. Ainsi, l'article 1105 définit le contrat de

¹²⁰ Il faut ici remarquer qu'avec le Code civil de 1804, c'est la première fois qu'est formulée cette distinction des contrats gratuits et onéreux. Elle n'a jamais été formulée à Rome, et n'avait été dégagée que par la pratique de l'Ancien Droit. C'est ainsi que, en parlant des classifications des contrats opérées par les articles 1101 à 1107 du Code civil, BIGOT-PRÉAMENEU avait pu dire qu'il s'agissait à la fois d'un point de doctrine et de législation : « Cette division, facile à saisir et qui renferme tous les genres de contrats, était nécessaire à placer à la tête de ce titre pour faire connoître que le Code rejette ou regarde comme inutiles toutes les autres distinctions et divisions établies par les lois romaines ; c'est à la fois un point de doctrine et de législation ». Cf. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, Paris, 1836, t. XIII p. 222.

bienfaisance comme celui « *dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* ». Il semble donc qu'il faille observer les « *avantages* » fournis grâce à l'acte juridique pour le qualifier de gratuit. Cependant, l'article 1106 se place sur un autre critère pour définir le contrat onéreux, envisagé comme « *celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ». Il semble donc, à sa lecture, que l'onérosité s'apprécie eu égard aux obligations engendrées par le contrat, que l'onérosité serait synonyme du synallagmatisme.

80. Les articles 1105 et 1106 semblent donc se placer dans des univers de référence¹²¹ différents, ce qui est critiquable dans la mesure où ils sont censés poser une distinction. Du reste, la définition du contrat onéreux posée par l'article 1106 est unanimement critiquée¹²². Ceci dit, elle contribue à jeter le trouble sur la distinction entre la classification des contrats gratuits et onéreux et celle des contrats unilatéraux et synallagmatiques, qui ne sauraient pourtant être tenues pour identiques¹²³, faute de quoi on verrait mal pourquoi les codificateurs auraient établi deux classifications distinctes. Il convient, en réalité, de rejeter l'idée selon laquelle le critère de distinction de la gratuité et de l'onérosité reposerait sur la réciprocité des obligations (§1). Cette distinction repose en effet sur la réciprocité des avantages fournis grâce à l'acte juridique, c'est-à-dire sur la réciprocité des prestations objectives¹²⁴ (§2).

¹²¹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. Thémis, 2001, p. 127 et s., spec. p. 128 : « *L'univers de référence d'un discours (également appelé univers du discours, ou ensemble de référence) est l'ensemble des objets sur lesquels porte le discours : c'est, en première approche, l'ensemble des objets considérés par celui qui émet le discours* ». Plus précisément, à propos de la différence entre les deux classifications des contrats qui nous intéressent ici, *op. cit.* p. 61.

¹²² B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, 2. *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n° 1101—H., L., et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd., par François CHABAS, 1998, n°103—Ch.. LARROUMET, *Droit civil, t.3, Les obligations, le contrat*, 5^{ème} édition, Economica, 2003, n°189 s—M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2004, n°68.

¹²³ Dans ce sens, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 21 s. : « *sans pouvoir en faire la démonstration rigoureuse, en raison de l'absence de critère admis de façon générale pour les deux classifications, on sent de façon intuitive qu'elles ne peuvent coïncider absolument* ».

¹²⁴ Voir, pour une telle approche, M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 129 : « *La classification qui émerge alors [aux XV^e et XVI^e siècles] est celle des contrats à titre onéreux (...) et à titre gratuit. Dans l'optique utilitariste, elle met en évidence l'existence d'un intérêt au contrat, qui prend la forme d'une recherche d'avantage, au moins de la part d'un des cocontractants. Il est vrai que cette classification est cependant vite concurrencée par la division des contrats synallagmatiques et unilatéraux qui, au contraire, met l'accent sur l'obligation du (ou des) débiteur(s). or la première classification s'appuie sur la réciprocité ou non de prestation objective, d'avantage escompté ; la seconde s'articule sur la réciprocité ou non d'obligation au sens classique, renvoyant à l'acte d'engagement et, au-delà, à la prestation subjective, à l'activité promise* ». La distinction

§1 : LE REJET DE LA THÉORIE PRÉSENTANT LA RÉCIPROCITÉ DES OBLIGATIONS COMME CRITÈRE DE DISTINCTION DU GRATUIT ET DE L'ONÉREUX

81. La distinction des contrats unilatéraux et synallagmatiques¹²⁵, présentée classiquement comme reposant sur la réciprocité des obligations¹²⁶, serait, selon certains auteurs, identique à la distinction des contrats gratuits et onéreux. Certains opposent ainsi, expressément, les contrats gratuits aux contrats synallagmatiques¹²⁷. Il y aurait alors une synonymie entre les contrats gratuits et unilatéraux, et entre les contrats onéreux et synallagmatiques¹²⁸.

S'il est possible que les deux classifications coïncident, nous pourrions constater leur indépendance (A). Celle-ci s'explique par la différence et l'indépendance des critères utilisés dans ces deux distinctions, la créance d'un côté, l'avantage de l'autre (B).

du gratuit et de l'onéreux prend sa source dans la doctrine utilitariste. Sur ce point, voir J.M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.P. Braud, thèse LGDJ 1987.

¹²⁵ R. HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, th. Paris, 1937

¹²⁶ Pour une critique de cette approche insuffisante, cf. F.-L. SIMON, *La spécificité du contrat unilatéral*, RTD Civ. 2006, p. 209. Selon cet auteur, le critère de distinction entre les contrats unilatéraux et synallagmatiques reposerait sur l'extériorité de la cause. Ainsi, des contrats pourraient être unilatéraux tout en créant des obligations réciproques, dès lors que leur cause ne réside pas dans ces obligations réciproques.

¹²⁷ Voir, pour une opposition systématique de la gratuité et du synallagmatisme, F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris 1, 1978. Voir ainsi n°7 : « *La souplesse qu'impose la commodité, qu'autorise la confiance et que facilitent les mœurs s'accommode mal d'un synallagmatisme incessant. Si le jeu est l'âme de la mécanique, la gratuité est celle du commerce...* » ; n°8 : « *Le phénomène de la gratuité a enfin des raisons économiques. Même dans un système dominé par la recherche du profit, le synallagmatisme n'est pas toujours de mise* » ; n°22 : « *On ne semble jamais avoir mis en doute que l'acte gratuit n'avait point de place dans le droit commercial (...) Sans synallagmatisme, semblait-on supposer, point de profit* ».

¹²⁸ En ce sens, J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1969, p. 230 et s. Envisageant le régime des contrats gratuits, l'auteur parle du débiteur pour envisager l'acteur de gratuité. Ainsi, p.235 : « *Le débiteur d'un contrat de bienfaisance est-il tenu d'une obligation de garantie lorsque la loi en impose une dans le contrat à titre onéreux correspondant ?* ». S'il arrive aussi qu'il le désigne comme « *le débiteur de la prestation essentielle caractéristique du contrat* », c'est en envisageant la prestation subjective, c'est-à-dire l'objet de l'obligation. Il faut noter, à cet égard, que le Pr. OVERSTAKE nie l'existence de la catégorie des contrats réels. V. par exemple p. 54 : « *Le contrat de prêt de consommation est formé par la réunion des consentements du prêteur et de l'emprunteur* », l'auteur considérant les contrats réels comme « *une tradition juridique insoutenable dans notre droit positif* ».

A. Le constat de l'indépendance des classifications des contrats gratuits et onéreux et des contrats synallagmatiques et unilatéraux

L'idée selon laquelle il existerait une coïncidence entre les contrats unilatéraux et les contrats gratuits d'une part, et entre les contrats onéreux et synallagmatiques d'autre part ne résiste pas à l'observation (1). Il est, en effet, facile de trouver des contre-exemples à cette idée (2).

1° Une coïncidence trompeuse

82. Il arrive souvent que des contrats onéreux soient synallagmatiques. C'est le cas de la vente, du louage de chose, et de la plupart des contrats onéreux. On pourrait voir là un indice, au minimum d'une coïncidence voire d'une similitude entre l'onérosité et le caractère synallagmatique.

De la même manière, il est fréquent de trouver des contrats gratuits et unilatéraux. C'est le cas du prêt à usage, contrat essentiellement gratuit qui ne crée d'obligations qu'à la charge de l'emprunteur. C'est le cas, également, du dépôt, contrat gratuit par nature (nous préférons dire gratuit à titre supplétif), qui ne crée d'obligations qu'à la charge du dépositaire. On retrouve donc là un indice d'une coïncidence entre les deux classifications des contrats synallagmatiques et unilatéraux, et des contrats gratuits et onéreux.

83. **Distinction du prestataire et du débiteur**<> Ce dernier exemple est particulièrement révélateur : il nous permet de constater que la prétendue coïncidence entre les deux classifications n'est bien qu'une coïncidence, qui apparaît d'emblée comme trompeuse. En effet, le prêt à usage comme le dépôt sont des contrats unilatéraux. Malgré tout, dans le premier, c'est le bénéficiaire de la prestation caractéristique du contrat, l'emprunteur, qui est obligé. Au contraire, dans le dépôt, la personne engagée unilatéralement est le prestataire de service, le dépositaire. Donc, dans le prêt, seul le bénéficiaire de gratuité est obligé ; dans le dépôt, seul l'acteur de gratuité est obligé. L'idée

selon laquelle le bénéficiaire de la gratuité serait toujours créancier et l'acteur débiteur ne peut donc pas être admise¹²⁹.

On mesure donc bien que la coïncidence possible entre les deux classifications étudiées, aboutissant à la reconnaissance de contrats synallagmatiques onéreux et de contrats unilatéraux gratuits est fortuite. Du reste, il est possible de le constater en lui trouvant des contre-exemples.

2° Une indépendance avérée

84. L'indépendance entre les deux classifications est avérée en droit positif, qui nous présente des contrats unilatéraux onéreux (a) et des contrats synallagmatiques gratuits (b).

a) l'existence de contrats unilatéraux onéreux

85. **Prêt à intérêt**<> S'il ne nous dit pas quel est le critère de distinction entre le contrat gratuit et le contrat onéreux, le Code civil n'hésite pas à qualifier certains contrats. C'est le cas du prêt à usage, qualifié par l'article 1876 de contrat « *essentiellement gratuit* ». Ceci signifie que l'emprunteur n'est tenu que de la restitution de la chose prêtée, et qu'il ne saurait être tenu de quelconques intérêts ou rémunérations, faute de quoi le contrat devrait être regardé comme un louage de chose. L'autre catégorie de prêt, le prêt de consommation, ne reçoit pas de qualification légale, gratuite ou onéreuse. Cependant, on y retrouve certains caractères du prêt à usage. En effet, l'article 1902 du Code civil énonce

¹²⁹ En ce sens, J.F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1969, p.243. L'auteur, parlant de l'*intuitus personae* dans les contrats gratuits, dit la chose suivante : « *Si un débiteur consent à s'appauvrir ou à se priver d'un gain au profit d'une autre personne, sans contrepartie, c'est qu'en général le débiteur y est poussé par un sentiment d'affection ou d'amitié, et ce sentiment se fixe sur une personne déterminée. Dans ces contrats, l'intuitus personae concerne la personne du créancier ou une de ses qualités* ». Il y a donc une assimilation totale entre le gratifiant et le débiteur, qui provient en grande partie de ce que l'auteur nie la catégorie des contrats réels. Néanmoins, la réfutation de cette catégorie ne permettrait pas de faire coïncider nos deux classifications des contrats. En effet si le prêt à usage, par exemple, était un contrat consensuel, il deviendrait synallagmatique (le prêteur devant alors délivrer la chose), mais ne laisserait pas d'être un contrat gratuit.

que « *l'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu* ». L'article 1905 énonce, quant à lui, qu'il est possible de stipuler des intérêts. La jurisprudence considère qu'à défaut d'une stipulation expresse d'intérêts, le contrat est gratuit¹³⁰. Ainsi, le prêt de consommation est un contrat gratuit par nature : à défaut de rémunération prévue par les parties, il s'agit d'un contrat gratuit.

A contrario, la stipulation d'intérêts rend le prêt de consommation onéreux. En effet, outre la restitution des biens consommables prêtés, l'emprunteur est tenu de rémunérer le prêteur pour le service rendu. Cependant, il s'agit toujours d'un contrat unilatéral : l'emprunteur, qui était déjà tenu de rembourser, doit, en plus, payer les intérêts. Le prêteur, quant à lui, n'est tenu d'aucune obligation. Le prêt à intérêt est donc un contrat unilatéral onéreux, ce qui nous permet de constater une indépendance entre la classification des contrats unilatéraux et synallagmatiques et celle des contrats gratuits et onéreux.

86. Un contrat unilatéral du fait de son caractère réel<> Si le prêt à intérêt, contrat onéreux, est unilatéral, c'est parce qu'il est, en principe, un contrat réel, en vertu de l'article 1892 du Code civil qui énonce que « *le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* ». Ainsi, le prêteur livre, il ne s'engage pas à le faire. Le caractère réel du contrat, hérité du droit romain¹³¹, ne connaissait, encore récemment, aucune exception. Dès lors, le client d'une banque auquel avait été consenti un prêt ne pouvait exiger de cette dernière qu'elle s'exécute si elle décidait de revenir sur son consentement avant de verser les fonds au client. Le consentement n'étant pas suffisant à l'existence du contrat, le client ne pouvait demander au juge l'exécution forcée de la remise, mais seulement des dommages et intérêts « *pour manquement fautif à l'engagement de prêter des fonds* »¹³².

87. Recul de la « réalité » du prêt de consommation<> Ces dernières années, la Cour de cassation est venue limiter le caractère réel du prêt de consommation, si bien qu'aujourd'hui, s'il est toujours de principe, la majorité des contrats de prêt sont devenus consensuels. Cette évolution s'est faite en deux temps. Ce sont tout d'abord les crédits

¹³⁰ Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1991, Bull. civ. I, n° 335.

¹³¹ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, coll. *Domat Droit privé*, 2^{ème} éd., 2000, p. 267. Le *mutuum*, ancêtre du prêt de consommation, était un contrat réel.

¹³² V. par exemple Civ. 1^{ère}, 20 juill. 1981, Bull. civ. I, n° 267 ; Defr. 1982, p. 1085, note J.L. Aubert, RTD civ. 1982, p. 427, obs. Ph. Rémy.

immobiliers pratiqués par des professionnels du crédit, régis par les articles L.312-1 et suivants du Code de la consommation, qui se sont vus nier leur caractère réel par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 27 mai 1998¹³³. Il est vrai que le caractère réel du prêt peut paraître inconciliable avec certaines exigences du droit de la consommation, comme l'obligation faite au prêteur de maintenir son offre pendant un délai de trente jours, et le délai minimal de dix jours entre la réception de l'offre et l'acceptation, conditions prévues par l'article L.312-10 du Code de la consommation. Ainsi, alors que l'arrêt ne visait que les crédits immobiliers, certains auteurs prévoyaient une extension de cette jurisprudence à tous les prêts régis par le Code de la consommation¹³⁴. Néanmoins, ce sont tous les prêts accordés par des professionnels, indépendamment de l'activité de l'emprunteur, qui sont désormais considérés comme des contrats « *non réels* ». Ainsi, la première chambre civile estime que « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* »¹³⁵.

On peut s'interroger sur la nature de ces contrats. Comme nous l'avons vu, la jurisprudence se contente d'affirmer qu'il ne s'agit pas de contrats réels. S'agit-il alors de contrats consensuels ? La question peut être posée à propos du crédit à la consommation. En effet, les articles L.311-8 à L.311-13 du Code de la consommation posent des règles très strictes relatives à l'offre préalable de crédit. L'article L.311-10 énonce les mentions qui doivent être contenues dans ce document, parmi lesquelles on trouve, entre autres, l'identité des parties et des cautions, le montant du crédit, le taux effectif global et le rappel du délai de rétractation de sept jours à compter de l'acceptation de l'offre. Ces mentions obligatoires pourraient nous laisser croire que le contrat de crédit à la consommation est un contrat solennel. Malgré tout, la sanction du défaut d'accomplissement des formalités n'est pas la nullité du contrat, mais, comme le prévoit l'article L.311-33 du Code de la consommation, la déchéance du droit aux intérêts¹³⁶. Du reste, la Cour de cassation a pu estimer que l'irrégularité de l'offre préalable, « *surchargée et remaniée* », ne saurait entraîner la nullité

¹³³ Civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, Bull. civ. I, n° 186 ; D.1999.194 note Bruschi ; *ibid.* Somm. 28 obs. Jobard-Bachelier ; *ibid.* 2000 somm. 50 obs. Pizzio ; Defr. 1998. 1054 obs. Delebecque ; *ibid.* 1999.21 note S. Piédelièvre ; PA 16 juill. 1999 note Depadt-Sebag.

¹³⁴ V. M.-N. JOBARD-BACHELIER, obs. préc.

¹³⁵ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105 ; D.2000.482 note S. Piédelièvre et Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001 D.2002.119 note Chartier ; JCP 2002.II.10050, note S. Piédelièvre ; Defr. 2002.259 obs. Libchaber. La première affaire concernait l'octroi d'un prêt à un agriculteur pour son activité professionnelle (achat de matériel agricole).

¹³⁶ Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, coll. Domat, Droit privé, 6^{ème} éd., 2005, n° 709 — S. PIÉDELIÈVRE, *Droit bancaire*, PUF, coll. Thémis, 2003, n°392.

du prêt, mais simplement la déchéance du prêteur du droit aux intérêts¹³⁷. En réalité, il s'agit ici d'une sanction spécifique, destinée à protéger le consommateur et à faire en sorte qu'il dénonce les pratiques illicites. La nullité du prêt, et, avec elle, la renonciation au crédit, lui seraient trop nuisibles¹³⁸. Des dispositions similaires concernent le crédit immobilier : les articles L.312-7 et L.312-8 du Code de la consommation réglementent très précisément le contenu de l'offre de prêt. La sanction est prévue à l'article L.312-33 : le prêteur qui ne respecte pas les règles de forme entourant l'offre de prêt est puni d'une amende et déchu du droit aux intérêts. Dès lors, le non-respect du formalisme de l'offre préalable de crédit n'étant pas sanctionné par la nullité du prêt, il s'ensuit que ce dernier est bel et bien un contrat consensuel. Par ailleurs, la jurisprudence qui considère que le prêt accordé par un professionnel n'est pas un contrat réel a un champ d'application très étendu, qui dépasse les hypothèses du crédit mobilier et du crédit immobilier, pour s'appliquer notamment aux prêts accordés à des entreprises. Là, il n'y a pas de doute, nous sommes bien en présence de contrats consensuels.

88. *Le consensualisme du prêt de consommation, facteur d'une simple coïncidence entre ses caractères synallagmatique et onéreux*<> La délivrance des fonds devient une obligation à la charge du prêteur, et n'est plus une condition de formation du contrat, qui devient synallagmatique et qui est, en principe, onéreux. Il serait alors tentant de dire que le prêt à intérêt, contrat onéreux, était unilatéral du fait d'une anomalie : le fait qu'il s'agissait d'un contrat réel. Il est vrai que le caractère réel du contrat de simple prêt semble davantage justifié lorsque le prêt est gratuit que lorsqu'il est onéreux. En effet, dans le premier cas, il peut sembler légitime de permettre à celui qui prête sans contrepartie de revenir sur son consentement jusqu'à la délivrance de l'objet du contrat, cette protection apparaissant comme superflue dans le prêt à intérêt. Ainsi, le prêt gratuit aurait vocation à être unilatéral, parce que réel ; tandis que le prêt à intérêt aurait vocation à être synallagmatique, parce que consensuel.

89. *Maintien du prêt unilatéral onéreux réel*<> Peut-on considérer que la réfutation du contrat réel, lorsque le prêt est accordé par un professionnel, est fondée sur son onérosité? La réponse semble bien négative. En effet, il faut remarquer que le prêt à intérêt réel demeure la règle. En effet, seuls sont visés par la Cour de cassation les prêts accordés

¹³⁷ Civ. 1^{ère}, 28 nov. 1995, Bull. civ. I, n° 439.

¹³⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd. refondue, 2005, n° 957.

par des professionnels du crédit. Dès lors, on a là seulement une exception au principe selon lequel le prêt de consommation est un contrat réel, et non une remise en cause de ce principe. Le prêt accordé par une personne qui n'est pas un professionnel du crédit sera donc un contrat réel, même si des intérêts sont stipulés. On sera alors en présence d'un contrat réel, unilatéral et onéreux. Réciproquement, un prêt accordé sans intérêt par un professionnel du crédit devrait être considéré comme consensuel.

Si la jurisprudence avait voulu faire un lien entre contrat réel et contrat gratuit, elle aurait admis que tous les prêts à intérêt fussent consensuels. Il n'en est rien, probablement parce que la légitimité de la protection accordée au prêteur dans le contrat réel est apparue aux juges comme liée non pas à la gratuité de principe du prêt de consommation, mais à ses dangers, et, principalement à la consomptibilité de son objet. Ce dernier, destiné à être consommé, va sortir du patrimoine de l'emprunteur. La restitution ne pourra donc se faire que si l'emprunteur parvient à regagner ce qu'il a dépensé, ce qui représente un risque pour le prêteur, indépendamment de la gratuité ou de l'onérosité du prêt. Ceci justifie que le prêteur ne soit pas engagé avant la délivrance des fonds, de façon à lui permettre de préserver son capital si des doutes sur les capacités de remboursement de l'emprunteur surviennent avant la remise. Or le prêteur professionnel est bien mieux armé que le prêteur profane dans l'appréciation du risque occasionné par le crédit. Il est censé maîtriser l'analyse financière et a accès à des fichiers lui permettant de limiter ses risques¹³⁹. L'exigence de professionnalisme du banquier interdit qu'il puisse accepter d'octroyer un crédit puis revenir sur sa décision avant la remise des fonds, ce qui justifie que leur délivrance devienne une obligation.

b) l'existence de contrats synallagmatiques gratuits

90. **Faux exemple : le mandat**<>On pourrait tout d'abord songer à illustrer la catégorie des contrats synallagmatiques gratuits par le mandat. En effet, ce dernier est, en principe, gratuit¹⁴⁰. Or, faisant suite à un chapitre relatif aux obligations du mandataire, un chapitre

¹³⁹ Fichier des incidents de paiement institué par les articles L.333-4 et L.333-5 du Code de la consommation ; registres tenus aux greffes des tribunaux de commerce, comme celui des protêts, prévu par l'article L.511-56 du Code de commerce.

¹⁴⁰ Article 1986 du Code civil.

III s'intitule « *Des obligations du mandant* ». Néanmoins, à y regarder de plus près, les obligations mentionnées dans ce titre ne font pas du mandat gratuit un contrat synallagmatique. En effet, le premier article de ce chapitre, l'article 1998, énonce que « *le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné* ». Cela signifie que le mandant est tenu des obligations contractées, en son nom et pour son compte, par le mandataire, auprès d'un tiers. On remarquera donc que le créancier de cette obligation n'est pas le mandataire, mais le tiers contractant, ce qui empêche de qualifier le contrat de mandat, c'est-à-dire le contrat liant le mandataire au mandant, de synallagmatique, faute d'engagements « *réciproques* »¹⁴¹. Les articles suivants, quant à eux, sont relatifs aux remboursements des avances faites par le mandataire et à l'indemnisation des pertes occasionnées par l'exécution du contrat. Il s'agit donc bel et bien d'obligations. Néanmoins, ces créances ne sont pas nées du contrat, mais des événements survenus lors de son exécution, et elles n'ont aucun lien de causalité avec les obligations pesant sur le mandataire¹⁴². Les auteurs préfèrent alors parler de contrat synallagmatique imparfait que de véritable contrat synallagmatique.

91. **Contrat d'entreprise gratuit**<>Un meilleur exemple nous est fourni avec le contrat d'entreprise. En effet, ce dernier peut être gratuit¹⁴³. Néanmoins, sa gratuité n'enlève rien à son caractère synallagmatique. En effet, même lorsque le maître de l'ouvrage ne doit pas

¹⁴¹ En réalité, les obligations du mandant ne sont pas issues du contrat de mandat mais du contrat signé par le mandataire au nom et pour le compte du mandant. L'engagement du mandant résulte davantage de la force obligatoire du mandat que d'une obligation. Sur cette distinction, voir P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999, p. 771.

¹⁴² Voir, pour l'utilisation de ce critère de l'extériorité de la cause dans la distinction des contrats unilatéraux et synallagmatiques, F.-L. SIMON, *La spécificité du contrat unilatéral*, RTD Civ. 2006, p. 209.

¹⁴³ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 28 et s.—Ph. LE TOURNEAU, *Contrats d'assistance*, J. Cl. Contrats Distribution, fasc. 2040, n° 46 : « *un contrat d'entreprise peut être gratuit* ». Contra : F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, n°732 : « *le contrat d'entreprise est un contrat à titre onéreux* »—A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 2004, n°506. Voir aussi le propos plus nuancé de Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2003, n°765 : « *le contrat d'entreprise est généralement à titre onéreux* », visiblement modifié dans la dernière édition : « *Le contrat d'entreprise est nécessairement à titre onéreux (art. 1710) ; sinon, il serait une convention d'entraide où, comme toujours, la responsabilité de celui qui agit à titre bénévole est allégée* » (Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., 2005, n°765). L'idée selon laquelle le contrat d'entreprise est essentiellement onéreux est héritée du droit romain et de l'Ancien Droit, pour lesquels la forme gratuite du louage d'ouvrage était le mandat, dont l'objet n'était pas limité à la conclusion d'actes juridiques. Cf. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, n° 31. En réalité, il semble plus vraisemblable que le contrat d'entreprise soit par nature onéreux : il peut être gratuit, mais il est supplétivement onéreux. En ce sens, voir Civ. 3^{ème}, 24 septembre 2003, RDC 2004, p. 369 obs. A. Bénabent.

payer, il reste tenu d'autres obligations : la réception de l'ouvrage, et la prise de livraison notamment¹⁴⁴.

92. **Donation avec charge**<>Mais l'exemple type du contrat synallagmatique gratuit semble être la donation avec charge dans l'intérêt du disposant. Par exemple, la donation d'un immeuble moyennant une rente viagère inférieure aux revenus procurés par l'immeuble. Il faut quand-même s'interroger sur le double caractère gratuit et synallagmatique d'un tel contrat.

93. **La donation avec charge dans l'intérêt du disposant, contrat synallagmatique**<>Le caractère synallagmatique suppose de voir dans la charge une obligation. Mais en est-elle vraiment une ? On peut se le demander. En effet, dans l'hypothèse où le donataire ne s'acquitterait pas de sa charge, il ne serait pas question de résolution pour inexécution, mais de révocation de la donation. Cette dernière relève de l'article 954 du Code civil, et non de l'article 1184. Elle produit cependant des effets similaires à la résolution. Elle est, notamment, rétroactive¹⁴⁵. Par ailleurs, comme la résolution, elle n'a jamais lieu de plein droit¹⁴⁶, ce qui n'empêche pas les parties de stipuler une clause résolutoire, admise par la jurisprudence par analogie avec l'article 1183 du Code civil¹⁴⁷. De plus, la jurisprudence admet, sur le fondement de l'article 1184 alinéa 2, que le juge puisse accorder un délai au donataire afin qu'il s'exécute¹⁴⁸. Du reste, la Cour de cassation n'hésite pas à parler d'obligation pour désigner la charge¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Sur ces obligations, Cf. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.* n° 737 et 738 ; A. BENABENT, *op. cit.* n° 575 et 576.

¹⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1980, Bull. n° 336 : « *Il résulte de l'article 954 que la révocation d'une donation pour inexécution des charges a un effet rétroactif* ». Cette même règle joue vis-à-vis des créanciers, dont les sûretés réelles consenties par le donataire sur le bien sont anéanties par la révocation : Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, Dr. Fam. 2001, n°22, note Beignier ; RJP 2000-7-8/60 note Casey.

¹⁴⁶ Article 956 c.civ.

¹⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1956, JCP 1956.II.9343, note Voirin : « *En dépit des termes, en apparence prohibitifs, de l'article 956, les parties sont libres d'y déroger en stipulant dans l'acte de donation que la révocation aura lieu de plein droit par le seul fait de l'inexécution des conditions, et, dans ce cas, le principe posé par l'article 1183 est applicable* ».

¹⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1984, Bull. n° 343 ; RTD Civ. 1985. 762 obs. Patarin.

¹⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1990, Bull. n° 298 ; RTD Civ. 1991. 783, obs. Patarin : « *Une cour d'appel apprécie souverainement que les manquements d'un donataire aux obligations mises à sa charge par la donation ne sont pas suffisamment graves pour justifier la révocation de la donation* » ; Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1980, préc. : « *Il résulte de l'article 954 que la révocation d'une donation pour inexécution des charges a un effet rétroactif et ne peut prendre effet (...) qu'à partir du moment où le débirentier a cessé d'exécuter son obligation* ».

Il semble donc bien que la charge soit une obligation¹⁵⁰. D'ailleurs, elle correspond à sa définition : lien de droit par lequel un débiteur est tenu de fournir une certaine prestation à un créancier, et si la sanction de son inexécution fait l'objet de dispositions particulières, elles ne sont que l'application du droit commun, notamment des articles 1183 et 1184 du Code civil. Dès lors, la donation avec charge est bel et bien un contrat synallagmatique.

94. *Gratuité de la donation avec charge dans l'intérêt du disposant* <> La question de sa gratuité semble ne pas faire de doute. En effet, la donation avec charge étant avant tout une donation, elle est, par essence, gratuite¹⁵¹. Il faut cependant, pour cela, que la donation soit d'une valeur plus importante que les charges, à défaut de quoi on ne serait plus en présence d'une donation avec charge mais d'un acte à titre onéreux. Le problème se posera surtout lorsque la charge consistera en le versement d'une rente viagère au donateur. Dans ce cas, il faudra nécessairement que la rente soit d'un montant inférieur aux revenus produits par le bien, et ce afin de supprimer tout aléa. En effet, s'agissant des rentes viagères constituées à titre onéreux, la jurisprudence pose comme condition de validité du contrat la réalité de l'aléa. Lorsque la rente est d'un montant inférieur aux revenus produits par le bien, on estime que le débirentier est, quoi qu'il en soit, gagnant. Dès lors, le contrat est nul faute d'aléa¹⁵². Or, la doctrine présente souvent la distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires comme une sous-distinction des contrats onéreux¹⁵³. En effet, dans ces deux types de contrat, chacune des parties fournit à l'autre un avantage, évaluable *ab initio* dans les contrats commutatifs mais pas dans les contrats aléatoires. Pour que le contrat soit gratuit, il faut donc qu'il ne soit ni aléatoire, ni commutatif. C'est pour cela qu'il faut supprimer l'aléa en stipulant une rente inférieure aux revenus produits par le bien. L'absence de commutativité, dans la donation avec charge, provient par ailleurs de ce que les parties ont avant tout entendu procéder à une donation, et de ce qu'elles avaient voulu des prestations déséquilibrées. Il y a bien un enrichissement du donataire et un appauvrissement corrélatif du donateur, du montant de la différence de valeur entre le bien

¹⁵⁰ Cf. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1192 : « La charge est une obligation que la libéralité fait naître sur la tête du gratifié, donataire ou légataire ».

¹⁵¹ Pour une explication plus détaillée de la gratuité des donations avec charge, voir *infra* n°377-379 ; 384 et s.

¹⁵² Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, Bull. Civ. I, n° 304 ; Civ. 1^{ère}, 24 oct. 1978, Bull. Civ. I, n° 319.

¹⁵³ B. PETIT, J. Cl. Civ. art. 1101 à 1108, *Contrats et obligations, Définition et classification des contrats*, n°100 — F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 69 — Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n° 415 — J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°930. Nous retenons aussi ce point de vue, mais réservons nos explications pour plus tard. Voir *infra*, n°373 et s.

donné et la charge. Nous sommes donc bien en présence d'un contrat non-onéreux, donc d'un contrat gratuit.

Ainsi, il apparaît que l'étude des obligations créées par le contrat ne permet pas de déterminer si le contrat est gratuit ou onéreux. L'indépendance entre la distinction des contrats gratuits et onéreux et celle des contrats synallagmatiques et unilatéraux procède directement de l'indépendance entre les notions qu'elles appliquent : l'avantage et la créance.

B. Un constat expliqué par l'indépendance de la créance et de l'avantage

95. L'article 1105 du Code civil définit le contrat de bienfaisance comme « *celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* ». Il semble donc que le critère de qualification des contrats gratuits soit celui, relativement impalpable, d'avantage. Visiblement, dans un contrat à deux personnes, le contrat est gratuit lorsqu'une seule des parties fournit un avantage à l'autre. La définition du contrat onéreux est plus maladroite. En effet, l'article 1106 du Code civil énonce que « *le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ». Nous avons déjà évoqué la confusion qu'une telle définition pouvait laisser planer entre le contrat onéreux et le contrat synallagmatique, mais nous avons également vu que tout contrat onéreux n'était pas nécessairement synallagmatique, et *vice-versa*. Une lecture *a contrario* de l'article 1105 nous permettrait alors de dire que le contrat est onéreux lorsque chaque partie fournit un avantage à l'autre. Or si un contrat peut être gratuit tout en étant synallagmatique, cela signifie que toute créance n'est pas forcément constitutive d'un avantage : un contrat peut créer une obligation sans que le créancier n'y trouve, à proprement parler, un avantage par rapport à son état antérieur au contrat. Ainsi, par exemple, si le prêteur est créancier de la restitution de la chose par l'emprunteur, on ne peut pas, pour autant, dire que le contrat de commodat lui procure un avantage. De la même manière, il est possible qu'un contrat procure un avantage à une partie indépendamment de toute obligation¹⁵⁴. C'est le cas, précisément, dans le prêt à usage,

¹⁵⁴ Voir *infra*, n°128 et s.

puisque l'avantage fourni par le prêteur à l'emprunteur, la mise à disposition de la chose, ne constitue pas une obligation.

96. **La créance, un bien ?**<> Une telle distinction entre créance et avantage peut sembler bien curieuse. N'enseigne-t-on pas en effet que toute créance est un bien¹⁵⁵ ? Voir un bien entrer dans son actif est forcément un avantage. Donc, si toute créance était un bien, tout contrat synallagmatique créerait un avantage pour chacune des parties, qui verrait entrer un bien à son actif, et serait, par voie de conséquence, onéreux. De la même manière, le contrat unilatéral ne procurerait un avantage qu'au créancier, seul à voir un bien entrer à son actif, et serait, par conséquent, gratuit au bénéfice du créancier.

Nous avons vu qu'une telle analyse était impossible s'agissant des contrats synallagmatiques, puisque certains d'entre eux peuvent être gratuits. Si dans un contrat d'entreprise gratuit, l'entrepreneur est créancier d'une obligation de réception de l'ouvrage, il est impossible d'affirmer que cette créance l'enrichit et qu'il pourrait éventuellement la céder. En ce qui concerne les contrats unilatéraux, nous avons également vu que le créancier n'était pas forcément le bénéficiaire d'un avantage. Le prêteur à usage est créancier d'une obligation de restitution à la charge de l'emprunteur. Pour autant, on ne peut pas affirmer que le contrat crée un avantage pour le premier au détriment du second.

97. **De la valeur économique des créances**<> Tout bien ayant, par définition, une valeur économique, il faut se demander si toutes les obligations en ont une. Une chose a une valeur économique, et devient un bien, si elle est utile et rare¹⁵⁶. La rareté s'oppose à l'abondance qui caractérise les choses communes¹⁵⁷, visées par l'article 714 du Code civil : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». Ces choses communes sont, notamment, l'air, l'eau de mer, les eaux courantes¹⁵⁸, c'est-à-dire des choses qui existent en quantité illimitée ou, tout au moins, en quantité suffisante

¹⁵⁵ Cf. STARCK, ROLAND, BOYER, *Obligations*, t.3: *régime général*, Litec, 5^{ème} éd., 1997, n° 1 : « *Les obligations, quelle qu'en soit la source, sont des biens. Sous leur aspect positif, les obligations, appelées créances, font partie du patrimoine du créancier, ce sont des valeurs* ». Ceci justifie qu'« *en principe, toutes les créances sont cessibles* » (op. cit. n° 21). V., dans le même sens, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 1278 : « *Toute créance, quelle qu'en soit la nature (espèces ou autre prestation), quel qu'en soit l'objet (faire, ne pas faire ou donner), quelles qu'en soient les modalités (...) peut en principe être cédée* ».

¹⁵⁶ F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. Dr. fondamental, 2^{ème} éd. refondue, 1997, n° 1.

¹⁵⁷ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n°7—F. ZENATI et Th. REVET, *op. et loc. cit.*

¹⁵⁸ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. et loc. cit.*

pour satisfaire aux besoins de tous. Il n'en va pas de même des créances, qui existent en nombre limité. On ne peut donc pas voir dans l'obligation une *res communis*. Si certaines créances ne sont pas des biens, ce ne sera donc pas faute de remplir la condition de la rareté. Aussi convient-il de se tourner vers celle de l'utilité. *A priori*, toute créance est utile au créancier. Ainsi, la créance de restitution du prêteur à usage est évidemment utile pour ce dernier. Mais l'utilité qui va permettre à une chose ou à un droit de devenir un bien ne s'apprécie pas subjectivement, mais objectivement. Les économistes, qui opposent la valeur d'usage à la valeur vénale des biens le savent¹⁵⁹. Or ce qui va compter pour qu'une chose ou un droit soit un bien, c'est qu'il ait une valeur vénale : il faut que d'autres personnes puissent être intéressées par l'acquisition du bien, qu'il ait une utilité objective. Or, pour rester dans notre exemple, la créance de restitution n'a d'utilité que pour son créancier¹⁶⁰. De même, la créance d'information que détient la caution sur le créancier n'a d'utilité que pour cette dernière. Par conséquent, les seules obligations qui auraient une valeur patrimoniale seraient celles qui présenteraient un intérêt « *non seulement pour le créancier mais encore pour d'autres personnes* »¹⁶¹, ce qui est notamment le cas des obligations de somme d'argent. Les obligations qui ne présentent d'intérêt que pour leur créancier ne sont donc pas des biens, et n'ont aucune valeur économique, ce qui explique encore une fois que le contrat synallagmatique n'est pas nécessairement onéreux et que le contrat unilatéral n'est pas forcément gratuit.

La réciprocité des obligations ne peut donc pas servir à distinguer les contrats gratuits des contrats onéreux. En réalité, pour distinguer ces deux catégories de contrats, il faut faire appel à une autre notion : celle de prestation objective¹⁶².

¹⁵⁹ G. ABRAHAM-FROIS, *Économie politique*, Economica, 7^{ème} éd., 2001, pp. 25 et 67.

¹⁶⁰ Ou, indirectement, par voie oblique, pour le créancier du créancier.

¹⁶¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n°1286.

¹⁶² M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002.

§2 : LA RÉCIPROCITÉ DES PRESTATIONS OBJECTIVES, CRITÈRE DE DISTINCTION DES CONTRATS GRATUITS ET ONÉREUX

98. Selon PLANIOL et RIPERT¹⁶³, « *le contrat est intéressé ou à titre onéreux, lorsque chacune des parties a reçu ou reçoit (...) un avantage qui est la contrepartie de celui qu'elle procure à l'autre (...). Le contrat est de bienfaisance ou à titre gratuit, lorsqu'une seule des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange* ». Ainsi, le contrat onéreux consisterait en l'organisation d'une fourniture réciproque d'avantages, le contrat gratuit en l'organisation d'une fourniture unilatérale d'un avantage par une partie à l'autre. Le terme d'avantage est, par ailleurs, celui utilisé par l'article 1105 du Code civil pour définir le contrat de bienfaisance. Le recours à la notion d'avantage est significatif : il suggère une approche économique du contrat¹⁶⁴, fondée non pas sur les obligations créées par le contrat, mais sur son résultat économique, tel qu'envisagé par les parties au moment de la conclusion du contrat¹⁶⁵.

Le contrat est, en effet, un instrument juridique d'organisation de l'échange économique. Outre sa fonction de création d'obligations, il permet de prévoir des fournitures de prestations au sens économique du terme. C'est précisément en étudiant les prestations prévues par le contrat que nous parviendrons à le qualifier de gratuit ou d'onéreux. À la suite de la thèse du Professeur Marie-Élodie ANCEL, nous emploierons, pour désigner ces prestations économiques, l'appellation de prestation objective. Étudions alors cette notion (A), avant de voir quels sont les instruments juridiques qui permettent de fournir des prestations objectives (B).

¹⁶³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, LGDJ, 1930, n°37 s.

¹⁶⁴ J.-M. PUGHON, *Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat*, *Droits*, t. 12, 1990, p. 57.

¹⁶⁵ Pour une telle approche : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n° 4.

A. La notion de prestation objective

99. Il convient de s'interroger sur le sens de la prestation objective en rappelant comment cette notion a surgi (1), avant d'opérer une utile classification des diverses prestations (2).

1. Essor et sens de la notion de prestation objective

100. Comme l'a démontré Mme ANCEL, l'essor de la notion de prestation objective procède d'un double phénomène d'orientation des obligations (a) et des contrats (b) vers leur exécution.

a) Orientation de l'analyse des obligations vers leur exécution

101. ***Droit romain***<> La notion de prestation n'est pas inconnue des juristes. Son essor procède d'une évolution de la notion d'obligation tendant progressivement vers son exécution. En effet, à Rome, l'*obligatio* était essentiellement perçue comme une entrave juridique. Elle désignait l'opération d'engagement du débiteur, tandis que son exécution, dénommée *praestatio*, participait de la *solutio*, qui consistait en la libération du débiteur, sachant que, dans l'Ancien droit romain, le paiement était solennel¹⁶⁶. Le droit de l'époque classique supprima le formalisme de la *solutio*, et il fut admis que la *praestatio* suffisait à libérer le débiteur. Quoi qu'il en soit, le droit romain se manifeste par une focalisation sur la personne du débiteur, et, ce faisant, conçoit l'obligation sous son seul aspect d'entrave, d'atteinte à la liberté du débiteur.

102. ***Évolution du concept d'obligation à partir du XVII^{ème} siècle***<> Cette conception de l'obligation devait être remise en cause à partir du XVII^e siècle, l'obligation étant alors perçue comme une relation injonctive, un lien de droit entre le créancier et le

¹⁶⁶ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002, n° 714 : on parlait de « *solutio per aes et libram* » (paiement par l'airain et la balance), dont les modalités étaient semblables à celles de la mancipation.

débiteur. Suite aux travaux de ZACHARIAE, repris en France par AUBRY et RAU¹⁶⁷, la prestation est alors considérée comme l'objet de l'obligation, l'activité due par le débiteur¹⁶⁸. Madame ANCEL parle alors de « *prestation subjective* ». Cette dernière intégrant l'objet même de l'obligation, elle y intègre son exécution. Malgré tout, la prestation étant l'activité due par le débiteur, on continue de se focaliser sur la personne de ce dernier, indépendamment des attentes du créancier.

103. **Époque contemporaine**<> De nos jours, le rapport obligatoire est envisagé en tant que processus finalisé. « *L'obligation n'est plus seulement une relation qui doit déclencher l'activité du débiteur, mais un processus censé procurer, par l'activité du débiteur, une utilité au créancier. La prestation, qui demeure l'objet de l'obligation illustre cet enrichissement, cette vision fonctionnelle de l'obligation, en se dédoublant : prise subjectivement, elle désigne l'activité du débiteur, objectivement, elle renvoie au résultat attendu par le créancier* »¹⁶⁹. Or ce résultat attendu par le créancier n'est autre qu'un avantage, en vue duquel il a contracté : l'obtention d'un bien ou d'un service. La prestation objective est alors « *la transformation attendue puis réalisée grâce au contrat* »¹⁷⁰, le contrat ayant pour objet « *de modifier, par l'intermédiaire ou non d'obligations*¹⁷¹, la réalité telle que le droit l'appréhende ». En effet, il apparaît, comme nous le verrons plus loin, que des prestations objectives peuvent être fournies en dehors de toute obligation. Cette affirmation, introduite par la jurisprudence à propos de l'enrichissement sans cause¹⁷², apparaît au grand jour lorsqu'il est question des contrats réels ou du transfert de propriété dans la vente.

De son côté, l'appréhension du contrat a connu la même évolution.

¹⁶⁷ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, F. Lagier, 1838.

¹⁶⁸ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n° 103 s.

¹⁶⁹ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n° 111 s ; 118 s. Nous soulignons.

¹⁷⁰ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n° 151.

¹⁷¹ Le contrat peut, en effet, modifier la réalité juridique autrement que par des obligations. Cf. P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999.771.

¹⁷² Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, Bull. Civ. I, n° 250 « *le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents* ».

b) Orientation de l'analyse des contrats vers leur exécution

104. ***Focalisation de l'analyse des contrats sur les obligations*** <> L'approche économique du contrat que nous avons précédemment évoquée constitue un dépassement de l'analyse classique du contrat, envisagé en tant que source d'obligations. En effet, l'obligation a toujours été considérée comme la notion fondamentale du droit des contrats, et la question de son fondement est bien entendu particulièrement importante. Il faut savoir pourquoi on est obligé et à quoi on est obligé. L'analyse du contrat permet de définir le contenu des obligations, notamment leur caractère de moyens ou de résultat, mais aussi, en théorie, de choisir entre l'exécution forcée et l'exécution par équivalent, selon que l'on est en présence d'une obligation de donner ou de faire. La plupart du contentieux en matière contractuelle portant sur la responsabilité, cet aspect a naturellement retenu, pour ne pas dire monopolisé, l'attention de la doctrine en matière de contrats¹⁷³.

105. ***Appréhension économique du contrat*** <> Si cette approche subjective du contrat est nécessaire, et s'il est bien évident que le contrat doit être envisagé sous son aspect de source d'obligations, cela ne doit pas pour autant nous faire occulter un autre aspect de la notion de contrat, plus objectif et économique, à savoir qu'il est l'instrument juridique de l'échange¹⁷⁴. Il permet de prévoir l'échange de biens et de services, donc de prestations économiques¹⁷⁵. Cet aspect est renforcé depuis le milieu du XX^e siècle par la

¹⁷³ Pour une critique de cette focalisation sur la formation du contrat, v. Ch. JAMIN, *Pour en finir avec la formation du contrat !*, 94^{ème} congrès des notaires de France, PA 6 mai 1998, p. 25

¹⁷⁴ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1969, p. 17 : « *Au fond, un contrat c'est généralement la transposition juridique d'une opération économique et réglementer un contrat, c'est mettre sous la forme d'une équation juridique un problème économique* » ; voir aussi M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n° 128. L'auteur, qui dresse un historique de la perception du contrat, constate une orientation de la notion de contrat vers l'exécution. Si à Rome, le contrat était essentiellement considéré sous son aspect « accord de volontés », l'éclosion des doctrines utilitaristes a eu pour effet d'envisager le contrat comme instrument de l'échange. Pufendorf, mais aussi Domat se situaient dans cette perspective. Voir aussi Cambacérès, cité par le Professeur M.-E. Ancel, n°128 : « *Tout contrat est essentiellement un échange ; il suppose donc un remplacement par équipollent, un concours et un engagement respectif de deux ou plusieurs personnes* » (Rapport fait à la Convention Nationale sur le deuxième projet de Code civil, au nom du Comité de législation).

¹⁷⁵ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n°4 : « *la prestation caractéristique participe du dépassement de la conception, héritée du droit romain, qui fait du contrat une simple source d'obligations. Elle émancipe le contrat des obligations qu'il crée (...) Pour être prestation et non pas obligation caractéristique, la notion étudiée suppose aussi que les contrats (...) valent surtout par les résultats qu'ils produisent concrètement dans la vie sociale, par l'effet de leur exécution. À une vision très subjectiviste du contrat – rencontre de volontés, source de droits personnels – succède ainsi une conception plus objective, qu'atteste la prestation caractéristique. Observé sur le plan des catégories contractuelles, le phénomène objectiviste ne peut que s'accroître : la catégorie, au travers des prestations qu'elle comporte, apparaît comme un instrument juridique au service de résultats conceptualisés, en application d'une fonction socio-économique.* ».

spécialisation accrue des formes de contrats nommés, la diversité des contrats spéciaux reposant précisément sur la diversité des fonctions économiques qu'ils permettent de remplir¹⁷⁶.

106. ***L'approche économique : une nécessité juridique pour déterminer la loi applicable***<> Si une telle approche économique du contrat pouvait satisfaire l'analyse économique du droit et la théorie générale du contrat¹⁷⁷, son intérêt juridique pratique pouvait sembler, à tort, négligeable. Elle a néanmoins été rendue nécessaire à propos de la détermination de la loi applicable au contrat. La Convention de Rome du 19 juin 1980, relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, ratifiée en 1991, impose en effet de recourir à une telle approche, en se référant à la « *prestation caractéristique du contrat* »¹⁷⁸. Par ailleurs, les travaux du Professeur Marie-Élodie ANCEL ont mis en lumière le rôle de cette notion en tant qu'instrument de qualification contractuelle¹⁷⁹. Il est vrai que la finalité de l'opération contractuelle avait déjà été intégrée dans les deux instruments de qualification qu'étaient la cause¹⁸⁰ et l'objet du contrat¹⁸¹. Ce faisant, « *les conceptions modernes de la cause et de l'objet du contrat ont tendance à se recouper ; leur distinction paraît trop subtile pour que ces notions restent opératoires. C'est donc la fonction économique qu'il faut retenir comme critère cardinal* »¹⁸². Le Professeur ANCEL estime alors que la prestation caractéristique est la notion la plus à même de rendre compte de la finalité économique de l'opération envisagée par les parties, rejetant la notion d'obligation essentielle¹⁸³.

¹⁷⁶ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n° 139 et s.

¹⁷⁷ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* préf. J.L. Aubert, LGDJ, bibl. Dr. Privé, t. 264, 1997.

¹⁷⁸ Cf. l'article 4§2 de la Convention. Cette dernière permet aux parties à un contrat international de désigner la loi applicable à leur convention. Lorsque aucun choix n'a été effectué, la Convention prévoit que la loi applicable au contrat est celle du siège de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat.

¹⁷⁹ Le Professeur M.-E. ANCEL estime que « *la prestation caractéristique n'est pas toujours ce qui suffit à qualifier un contrat* » (*op. cit.* n°3). Nous verrons que ceci est vrai. Néanmoins, elle nous semble nécessaire à l'opération de qualification. Dans certains cas, un autre élément devra être pris en compte. Le plus souvent, ce sera le caractère gratuit ou onéreux du contrat. Dans d'autres cas, ce sera la nature de la contre-prestation (ainsi, pour distinguer la vente et l'apport en société, qui sont tous deux des transferts de propriété onéreux, la spécificité de la contre prestation de l'apport, consistant en des parts sociales, permet sa qualification), mais ceci reste exceptionnel.

¹⁸⁰ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1999, n° 304.

¹⁸¹ H. MAYER, *L'objet du contrat*, Th. Bordeaux, 1968.

¹⁸² M.-E. ANCEL, *op. cit.* n° 149.

¹⁸³ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n° 151.

107. *Continuation des contrats en cours dans les procédures collectives*<>

Cette approche est également utilisée par la jurisprudence en matière de procédures collectives, à propos de la continuation des contrats en cours¹⁸⁴. L'article L.622-13 du Code de commerce donne à l'administrateur une option : il peut exiger la continuation des contrats en cours ou y renoncer. L'objectif est simple : il s'agit de sélectionner, parmi les contrats en cours d'exécution, ceux qui sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise, et ceux, qui, au contraire, ne lui sont pas favorables. La notion de contrat en cours concerne évidemment les contrats à exécution successive en cours au moment du jugement d'ouverture, mais également des contrats à exécution instantanée. Ces derniers sont considérés comme des contrats en cours lorsqu'ils n'ont pas produit leurs « *effets essentiels ou principaux* »¹⁸⁵. Il suffit pour cela que le débiteur en procédure « *soit encore créancier de [son] cocontractant ou, plus largement, qu'il attende quelque chose de l'autre partie* »¹⁸⁶. On ne se réfère donc pas aux obligations, mais, « *plus largement* » à la « *prestation caractéristique du contrat* »¹⁸⁷. C'est ainsi qu'un contrat consensuel de prêt sera en cours si la remise des fonds, prestation caractéristique du contrat, n'a pas eu lieu avant le jugement d'ouverture¹⁸⁸. La notion de contrat en cours repose donc sur la notion de prestation au sens objectif du terme, ce qui témoigne de l'intérêt de cette notion, sachant que, par ailleurs, cette dernière « *joue le rôle de fait générateur des autres prestations contractuelles* »¹⁸⁹, et, notamment, des créances de somme d'argent pesant sur le débiteur en procédure. Pour savoir si une créance de somme d'argent est antérieure ou postérieure

¹⁸⁴ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2006, n° 279 s. ; Ph. PÉTEL, *Procédures collectives*, Cours, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n° 228 s. ; M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de crédit et de paiement, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, n° 646 s.

¹⁸⁵ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, 6^{ème} éd., n° 191.

¹⁸⁶ *Ibid.* Nous soulignons.

¹⁸⁷ Ph. PÉTEL, *op. cit.* n° 236 : « *on n'est en présence d'un contrat en cours que si **la prestation principale et caractéristique de ce contrat** n'a pas encore été fournie* » (l'auteur souligne).

¹⁸⁸ Com. 14 décembre 1993, *Bull. civ. IV*, n°477. Cette solution semble devoir être maintenue même si le fait générateur de la créance de remboursement est l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur : Com. 11 février 2004, JCP 2004.1.153, obs. Pétel. À propos de la vente, la jurisprudence considèrerait traditionnellement qu'elle était en cours si le transfert de propriété n'avait pas eu lieu avant le jugement d'ouverture (voir en ce sens Com. 9 avril 1991, JCP E 1991, I, 102, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; D. 1992, somm. 257, obs. F. Derrida). Aujourd'hui, on doit cependant constater une modification dans l'appréhension de la vente en cours. En effet, la chambre commerciale estime désormais que la vente sous réserve de propriété n'est pas un contrat en cours, même si le prix n'a pas été payé au jour du jugement d'ouverture. On se concentre en effet sur la livraison et non plus sur le transfert de propriété, peut-être parce que la Cour de cassation se concentre sur l'obligation essentielle du contrat, à savoir l'obligation de délivrance, et non pas sur la prestation caractéristique, le transfert de propriété. Cf. Com. 5 mai 2004, D.2004 AJ p. 1525, obs. A. Lienhard.

¹⁸⁹ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n° 376.

au jugement d'ouverture, et pour savoir si elle doit être privilégiée, il faudra donc savoir à quel moment la prestation objective correspondante a été fournie par le cocontractant.

108. ***Intérêt théorique de l'analyse finalisée du contrat*** <> Ainsi, cette approche moderne du contrat, nécessitée par le droit international privé et par le droit des procédures collectives, permet d'expliquer des notions anciennes, et de révéler une unité conceptuelle du contrat en droit matériel¹⁹⁰. C'est elle, notamment, qui permet de faire la distinction entre les contrats gratuits et les contrats onéreux, ainsi que l'a justement vu Madame ANCEL¹⁹¹ : le contrat onéreux est celui dans lequel chacune des parties fournit une prestation à l'autre ; le contrat gratuit celui dans lequel une partie fournit une prestation unilatéralement à l'autre.

Ces prestations objectives peuvent, certainement, faire l'objet d'une classification.

2. Classification des prestations

109. Lorsqu'on examine les principaux contrats spéciaux, on s'aperçoit que la plupart fonctionnent sur un même schéma. Ceci se conçoit aisément, dans la mesure où ils correspondent tous à des hypothèses simples dans lesquelles l'une des parties fournit un bien ou un service à l'autre moyennant ou non une rémunération, qui, même si cela n'est dit par aucun texte et ne semble pas obligatoire, est généralement envisagée sous la forme d'une somme d'argent, à la notable exception du contrat d'échange. Ainsi, les contrats spéciaux consistent généralement en la fourniture d'une prestation particulière, qui sera le plus souvent caractéristique d'un contrat particulier. Cette prestation caractéristique, souvent étudiée sous le terme d'objet du contrat¹⁹², est parfois fournie sans contre-prestation. On se trouve alors en présence d'un contrat gratuit.

110. ***Dare, facere, praestare*** <> Certains contrats ont pour objet la fourniture d'un bien par un contractant à un autre. Ce sera le cas de la vente, de l'apport en société, de

¹⁹⁰ M.-E. ANCEL, *op. cit.* n°71 s.

¹⁹¹ *op.cit.* n° 129.

¹⁹² Voir en ce sens M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD Civ. 1996.85 ; spé. n° 24 : « *Au delà des objets possibles des contrats, l'objet commun de tous les contrats est de procéder à un échange de prestations entre les parties* ». Pour une étude de la prestation caractéristique du contrat de travail, voir Th. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Dr. Soc. 1992, p. 859.

la donation. D'autres auront pour objet la fourniture d'un service. Ce dernier, que l'on peut définir comme « *toute prestation qui peut être fournie à titre onéreux mais qui n'est pas un bien corporel* »¹⁹³, trouve dans le contrat d'entreprise sa structure juridique de base¹⁹⁴, ce contrat obligeant l'entrepreneur à « *faire* » quelque chose pour le maître de l'ouvrage¹⁹⁵. Cependant, certaines prestations de service particulières font l'objet de contrats spécifiques. C'est le cas, par exemple, de la prestation de transport, qui fait l'objet du contrat de transport, dans lequel on peut voir une espèce de louage d'ouvrage¹⁹⁶. On retrouve là une distinction familière au droit des obligations, entre les obligations de faire et celles de donner. Si cette distinction a perdu toute pertinence dans son champ d'application d'origine, celui des prestations subjectives, du fait de la probable inexistence de l'obligation de donner¹⁹⁷, elle semble pouvoir être utilisée à propos des prestations objectives¹⁹⁸. Ceci n'a rien d'étonnant, dans la mesure où elle envisageait précisément le résultat de l'obligation. Or la notion qui permet le mieux d'envisager le résultat de l'opération contractuelle dans son ensemble est précisément celle de prestation objective, car elle dépasse l'approche obligationnelle du contrat.

Par ailleurs, la distinction des obligations de donner et de faire ou de ne pas faire a pu apparaître comme insuffisante. Héritée du droit romain, elle a, en effet, occulté un troisième type d'obligation : celle de *praestare*, « *traduite en général par l'obligation de fournir une chose* »¹⁹⁹. Cette dernière, également qualifiée d'obligation de mise à

¹⁹³ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 198.

¹⁹⁴ P. PUIG, *La qualification de contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002.

¹⁹⁵ Art. 1710 c.civ.

¹⁹⁶ En témoigne l'application, en cas de sous-transport, des textes applicables à la sous-traitance. Sur ce point, cf. Ph. DELEBECQUE, *Sous-traitance et transport*, DMF 1995.245 ; L. GUIGNARD, *Sous-traitance et transport*, th. Montpellier, 1998.

¹⁹⁷ V. not. D. TALLON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, D. 1992, chr. p. 68 — M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD Civ. 1996, p. 85 — Comp., en faveur de l'existence d'une telle obligation : J. HUET, *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée*, Études offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p.425 — Voir, pour une explication de la controverse, A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale*, RTD Civ. 2006, p. 521.

¹⁹⁸ M.-E. ANCEL, La prestation caractéristique du contrat, n°119, à propos du transfert de propriété dans la vente : « *Aucune prestation subjective fournie par le vendeur n'entraîne la survenance de la prestation objective au bénéfice de l'acheteur* ».

¹⁹⁹ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* p. 87 — Sur cette notion, cf. G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD Civ. 2001, p.41.

disposition²⁰⁰, pourrait faire l'objet d'une exécution forcée, au contraire de ce qui est théoriquement prévu par l'article 1142 du Code civil pour les obligations de faire. Cependant, cette catégorie d'obligation n'est pas reconnue par la jurisprudence. C'est ainsi, par exemple, que la violation par le promettant de la promesse unilatérale de vente se résout en dommages et intérêts²⁰¹.

Si l'obligation de *praestare*, ou la prestation *subjective* de mise à disposition, n'est pas reconnue, on peut, en revanche, remarquer qu'il existe une prestation *objective* de mise à disposition. Cette dernière constitue un service, par lequel une personne va autoriser une autre à se servir de son bien. Cette dernière peut être distinguée de la prestation de faire en ce qu'elle ne consiste pas essentiellement en un travail, et en ce que la rémunération qu'elle permettra d'obtenir sera qualifiée de fruit civil. Ainsi, après avoir étudié la prestation de fourniture d'un bien (a), il nous faudra, au sein des prestations de service (b) distinguer entre la prestation de faire et la prestation de mise à disposition.

a) la prestation de fourniture d'un bien

111. La fourniture d'un bien constitue évidemment un avantage pour celui qui le reçoit. La théorie du patrimoine, mise en lumière par AUBRY et RAU, permet de comptabiliser cet avantage, qui apparaît à l'actif du bénéficiaire. L'obtention d'un bien sera souvent l'objectif poursuivi par l'une des parties au contrat, le résultat attendu de son exécution.

112. **Fourniture de bien onéreuse. Transfert de propriété**<>La prestation de fourniture d'un bien n'est pas, en elle-même, caractéristique d'une catégorie de contrats onéreux nommés. Elle peut prendre des formes très diverses, qui, elles, seront caractéristiques de certains types de contrats onéreux. Au premier rang de ces techniques se trouve bien évidemment le transfert de propriété, caractéristique de la vente. Tous les types de biens peuvent, en principe, faire l'objet d'un transfert de propriété, réserve faite des biens exclus du commerce juridique et des biens indisponibles. C'est le cas, bien sûr, des biens matériels comme des biens immatériels. Le transfert de ces derniers est souvent

²⁰⁰ G. PIGNARRE, *op. et loc. cit.*

²⁰¹ Civ. 3^{ème}, 28 oct. 2003, RDC 2004.270, obs. D. Mazeaud.

qualifié de cession (cession de brevet, cession de marque, cession de droit d'auteur). C'est le cas, par ailleurs, des droits personnels, à travers la cession de créance, voire de la cession de contrat. Enfin, les droits réels peuvent également faire l'objet d'un transfert de propriété (vente d'usufruit). Au sein de ce type de prestations, on peut également classer le transfert d'argent. Cette prestation servira, la plupart du temps, à rémunérer la prestation caractéristique dans les contrats onéreux simples.

113. **Fournitures de biens sans transfert de propriété**<> Mais d'autres techniques permettront également de fournir un bien à autrui. Ainsi en sera-t-il des conventions créatrices de droits réels : la convention d'usufruit²⁰² permet de procurer un bien, l'usufruit, à l'usufruitier. La qualification de cette convention, lorsqu'elle est onéreuse, est donc distincte de celle portant sur un transfert de propriété onéreux, c'est-à-dire de la vente. De même, la remise de dette conventionnelle a des effets proches d'une fourniture de biens, dans la mesure où elle réduit le passif du débiteur remis. Une valeur comptable disparaît de son passif, ce qui contribue à l'enrichir. Cette dernière peut intervenir à titre onéreux, notamment lorsqu'elle prend sa source dans une transaction²⁰³. Là encore, il ne saurait être question de vente.

114. **Constat : diversité des qualifications en fonction de la technique utilisée**<> Ainsi, selon la technique utilisée, la convention par laquelle un bien est fourni à titre onéreux n'aura pas la même qualification. Il peut donc sembler inutile d'envisager la fourniture de biens dans son ensemble. Ce n'est pourtant pas le cas : en effet, les fournitures de biens à titre gratuit doivent toutes, indépendamment de la technique utilisée, recevoir la qualification de libéralités.

115. **Libéralités**<> La donation constitue, avec le legs, la catégorie des libéralités²⁰⁴. Cette dernière est définie par deux éléments : un élément matériel dont il sera question ici, et un élément moral, dont l'intérêt a pu être contesté²⁰⁵. L'élément matériel peut être défini comme « un appauvrissement du disposant et un enrichissement corrélatif

²⁰² F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2^{ème} éd. refondue, 1997, n°223.

²⁰³ Com. 2 oct. 2001, Droit et procédure janv. févr. 2002, p. 23, obs. Picod ; RJDA 2002 n° 179.

²⁰⁴ Voir ainsi, formulant désormais clairement cette idée, le nouveau titre donné par la loi du 23 juin 2006 au Titre II du Livre III du Code civil : « Des libéralités » (jusque là, il s'intitulait : « Des donations entre vifs et des testaments »).

²⁰⁵ J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955, n°163.

de son ayant-cause »²⁰⁶. La libéralité se caractériserait donc par un « mouvement de valeur »²⁰⁷ : une valeur disparaîtrait du patrimoine du disposant ou du gratifiant pour se retrouver dans celui du bénéficiaire. Ainsi, avant toute définition juridique, c'est, en quelque sorte, une approche comptable qui permet d'appréhender directement l'élément matériel des libéralités, qui consiste, en réalité, en une fourniture gratuite d'un bien, que ce soit dans la donation ou dans le legs.

116. **Donations directes**<>La donation « normale », de principe, est la donation directe : celle qui, conformément aux exigences de l'article 931 du Code civil, est passée devant notaire, à peine de nullité. Cette dernière est un contrat solennel, par lequel le donateur transfère gratuitement la propriété d'un bien au donataire. Le mouvement de valeur y est donc translatif de propriété. Le donateur s'appauvrit bel et bien, et, corrélativement, le donataire s'enrichit.

Le droit a cependant admis l'existence de certaines exceptions au formalisme exigé par l'article 931. C'est ainsi que la jurisprudence reconnaît la validité des dons manuels, la tradition faisant alors office de formalité. Là encore, on est en présence d'un contrat mettant en présence le donateur et le donataire, et d'un transfert de propriété permettant l'appauvrissement du premier et l'enrichissement corrélatif du second. De la même manière, notre droit admettant la simulation, il valide les donations déguisées²⁰⁸. Si, aux yeux des tiers, l'acte apparaît comme étant à titre onéreux, il n'en demeure pas moins qu'entre les parties, il s'agit d'une véritable donation. On se retrouve donc dans la situation d'un contrat translatif de propriété par lequel une partie s'appauvrit tandis que l'autre s'enrichit.

117. **Donations indirectes**<>Il existe cependant, parmi les exceptions admises au formalisme de l'article 931 du Code civil, une hypothèse échappant à ce modèle du contrat translatif de propriété : la donation indirecte. Cette dernière, traditionnellement envisagée comme une donation ne se présentant pas comme telle, a été « redéfinie » par le Professeur

²⁰⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1001.

²⁰⁷ R. SAVATIER, obs. ss. Civ. 1^{ère}, 21 oct. 1973, RTD Civ. 1975, p. 756 : « Il est unanimement reconnu que l'acte gratuit est une notion plus large que la donation. Celle-ci suppose, en effet, le transfert d'une valeur comptable d'un patrimoine à un autre ».

²⁰⁸ Req. 16 août 1853, DP 1854.1.390 ; Civ. 1^{ère}, 29 mai 1980, D. 1981. 273, note NAJJAR ; RTD Civ. 1981. 422, obs. PATARIN : « Les libéralités faites sous le couvert d'actes à titre onéreux sont valables lorsqu'elles réunissent les conditions de forme requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence, les règles auxquelles elles sont assujetties quant au fond étant celles des actes à titre gratuit ».

LIBCHABER²⁰⁹ comme la donation se réalisant, certes, par un appauvrissement du disposant et un enrichissement du bénéficiaire, mais sans que cet élément matériel ne se traduise par un flux de richesse ou, plus clairement, par un transfert de propriété²¹⁰. Ainsi, par exemple, la renonciation à un droit réel²¹¹ fait disparaître une valeur du patrimoine du renonçant²¹², cette dernière se retrouvant dans le patrimoine du propriétaire, sans pour autant qu'il y ait transfert de valeur²¹³. De même, la reconnaissance de dette artificielle faite dans une optique libérale est un acte constitutif de droit et non translatif. Cependant, il y a bien un mouvement de valeur, caractérisé par la création d'une dette au passif du disposant et d'une créance à l'actif du bénéficiaire²¹⁴.

118. ***Unité de qualification pour toutes les fournitures de biens à titre gratuit***<>Ainsi, des actes juridiques extinctifs ou constitutifs de droits personnels ou réels peuvent être qualifiés de donations. La donation n'est donc pas forcément un contrat²¹⁵, et elle n'est pas toujours translatrice de propriété. En revanche, elle se manifeste toujours par un mouvement de valeur : même s'il ne s'agit pas d'un « flux »²¹⁶, une valeur disparaît du patrimoine du disposant pour se retrouver dans celui du bénéficiaire. La définition de

²⁰⁹ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409.

²¹⁰ R. LIBCHABER, chr. préc., n° 7 : « Toutes les donations qui ne relèvent pas de la donation indirecte peuvent être dites directes, ce qui induit qu'elles ont au moins ce caractère en commun. En les considérant de plus près, on voit assez bien où ce caractère pourrait se loger : dans les relations entre donateur et donataire. Risquons l'idée que le terme de libéralité directe identifie toutes celles où l'enrichissement du donataire procède d'un flux émanant directement du donateur, c'est-à-dire celles où le donataire est enrichi par une transmission de biens qui procède directement du donateur ».

²¹¹ Envisagé par le Pr. LIBCHABER selon la définition qu'en a donné le Pr. ZENATI, à savoir « un droit sur la chose d'autrui », la propriété étant exclue de cette catégorie. Cf. F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ. 1993.305.

²¹² Si, du fait de la renonciation, l'héritier est censé n'avoir jamais hérité du *de cujus*, il n'en demeure pas moins qu'il refuse une valeur qui lui était destinée. Si elle n'entre pas dans le patrimoine du renonçant, c'est précisément parce qu'il la refuse. Ce faisant, il ampute bel et bien son patrimoine d'une valeur qui avait vocation à y entrer.

²¹³ En effet, le droit réel est éteint par la renonciation. Mais le propriétaire, dont les prérogatives étaient réduites du fait de l'existence d'un droit réel, en retrouve la pleine jouissance, si bien que son bien retrouve la valeur dont il était amputé. R. LIBCHABER, *op. cit.* n° 15.

²¹⁴ Il en va de même pour les autres exemples de donations indirectes donnés par le Professeur LIBCHABER, que ce soit celles dans lesquelles intervient un tiers (paiement pour autrui, abandon de créance par délégation), ou celles dans lesquelles une telle intervention ne se retrouve pas : création d'un droit ou renonciation à un droit.

²¹⁵ Ce qui, finalement, donne raison à BONAPARTE, qui avait refusé que la donation soit qualifiée de contrat, même si c'était pour des raisons moins orthodoxes sur le plan juridique. En effet, il refusait cette qualification parce que le contrat, au contraire de la donation « impose des charges mutuelles aux deux contractants ». Discussion devant le Conseil d'État du 30 nivôse an XI, FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, Paris, 1836, t. XII, p.261. Voir *infra*, n°367.

²¹⁶ R. LIBCHABER, *ibid.*

l'élément matériel, appauvrissement du disposant et enrichissement corrélatif du bénéficiaire, est donc valable pour toutes les formes de donations. En réalité, dans toute donation, une valeur disparaissant du patrimoine du gratifiant pour entrer dans celle du bénéficiaire, on constate que la prestation fournie est toujours la même : le donateur fournit une valeur, donc un bien²¹⁷, au donataire, la prestation de fourniture d'un bien étant ici envisagée dans son ensemble, indépendamment de la technique utilisée (transfert de propriété, création ou renonciation à un droit).

119. **Legs**<>La prestation de fourniture d'un bien se retrouve également dans le legs. Ce dernier n'est pas directement défini par le Code civil. En revanche, le testament, lui, est défini par l'article 895 comme « *un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qu'il peut révoquer* ». Acte juridique unilatéral, le testament prend effet au décès de son auteur. Il semble donc curieux d'y voir un appauvrissement de ce dernier : la mort ayant pour effet la fin de la personnalité juridique, et, par conséquent, du patrimoine, le *de cuius* ne subit aucun appauvrissement. En revanche, il est à peu près certain qu'il enrichit le légataire, sauf, hypothèse rare, le legs rapportable fait au profit d'un héritier²¹⁸, qui est davantage un choix fait par le *de cuius* concernant le partage qu'une véritable libéralité. Hormis ce cas particulier, il apparaît tout de même que le legs constitue un appauvrissement : il appauvrit les héritiers, le legs quittant la masse à partager au profit d'une personne déterminée, qu'elle soit ou non un héritier.

Dès lors, l'élément matériel de la donation, l'appauvrissement du disposant et l'enrichissement corrélatif du bénéficiaire se retrouve partiellement dans le legs, à ceci près que l'appauvrissement ne frappe pas le disposant mais ses héritiers. Le légataire, comme le donataire, reçoit un bien sans avoir à fournir de contre-prestation.

La prestation de fourniture de bien, qui, en fonction de la manière dont elle est fournie, est caractéristique de différentes catégories de contrats spéciaux onéreux, permet donc, lorsqu'elle est faite gratuitement, de qualifier les libéralités, et ce indépendamment de la technique juridique utilisée pour accomplir cette prestation.

²¹⁷ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, Mélanges A. Breton-F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 277 ; Inventer, Centre du Droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 131.

²¹⁸ Le caractère rapportable doit être stipulé. À défaut, au contraire de la donation, le legs est présumé précipitaire (art. 843 al. 2 c.civ.).

b) les prestations de service

120. Ainsi que nous l'avons vu, il convient de distinguer entre deux types de prestations de service : une première que nous appellerons prestation de faire, qui a pour objet la réalisation d'un travail par le prestataire (i), et la prestation de mise à disposition, permettant à une personne d'utiliser une chose dont elle n'est pas propriétaire²¹⁹ (ii).

i- la « prestation de faire »

121. ***De l'obligation de faire à la prestation objective de faire***<> Le Code civil connaît l'obligation de faire. Ainsi, l'article 1101 définit le contrat comme la convention par laquelle les parties s'obligent « à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » ; et les articles 1142 à 1145 forment une section relative à ce type d'obligation, prévoyant les conséquences de son inexécution. Ces dispositions appréhendent l'activité qui devra être déployée par le débiteur, l'objet de l'obligation, la prestation subjective. La plupart du temps, cette action du débiteur aura pour effet de procurer un avantage au créancier, que l'on pourra qualifier de service, au même titre que la prestation de mise à disposition d'une chose. Approcher le service en termes de prestation objective, et non plus seulement subjective, permet de prendre conscience du phénomène de standardisation des services observable depuis quelques décennies, à tel point que certains auteurs²²⁰, de même que le législateur²²¹, ont été jusqu'à parler de « vente de services ». Cette approche, qui consiste à

²¹⁹ L'inclusion de la mise à disposition dans la notion de prestation de service est généralement admise. Cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, v° Prestation de services : « Terme générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.), en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.)— Voir aussi G. RAYMOND, *Actualité législative en droit de la consommation*, Contrats, Conc., Consom., mars 2005, p. 8.

²²⁰ R. SAVATIER, *La vente de services*, D. 1971, chr. p. 223.

²²¹ Cf. la loi n°92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjour. L'article 1^{er} b) prévoit que les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnes se livrant ou apportant leur concours aux opérations consistant en l'organisation ou la vente de services pouvant être fournis à l'occasion de voyages ou de séjours. Les articles 14 et suivants sont relatifs à la vente de voyages ou de séjours, et organisent les rapports entre « le vendeur » et « l'acheteur ».

voir dans le service un bien appropriable, est exagérée. En effet, contrairement à la chose, et malgré la standardisation, le service n'a pas d'existence propre. Il demeure une simple activité, et si le service doit également désigner le résultat de l'activité déployée, cela n'en fait pas pour autant un bien dont la propriété pourrait être transférée à l'occasion d'une vente.

122. **Modèle du contrat d'entreprise**<> Au contraire, l'archétype des contrats permettant la prévision de la fourniture de services, et plus précisément de prestations de faire, est le contrat d'entreprise. Défini par l'article 1710 du Code civil comme celui « *par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* », le louage d'ouvrage apparaît bel et bien comme le « moule » des contrats de service²²². Ici, la prestation correspond à une obligation, l'obligation de faire, ce contrat étant consensuel. Il n'y a pas de terme plus large que « *quelque chose* » pour définir l'objet de l'obligation. Tous les services, à l'exclusion des mises à disposition, ont donc vocation à faire l'objet de ce contrat, à moins qu'ils ne fassent l'objet de contrats spécifiques, comme c'est le cas du mandat, du contrat de transport ou du dépôt.

123. **Gestion d'affaires**<> Mais cette prestation peut également être fournie en dehors de tout contrat. C'est le cas dans la gestion d'affaires, le gérant fournissant au maître de l'affaire les mêmes prestations qu'un mandataire ou un locateur d'ouvrage, et ce sans y être obligé, preuve de ce que l'on se situe bien dans le cadre d'une prestation objective.

ii- la prestation de mise à disposition

124. **Mise à disposition : de l'obligation de praestare à la prestation de mise à disposition**<>Le droit romain connaissait, outre l'obligation de donner (*dare*²²³), et de faire (*facere*), une troisième catégorie d'obligation, celle de *praestare*. On traduit généralement

²²² P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002.

²²³ Rappelons que le terme « donner » vient du latin *dare* qui signifie transférer la propriété, et non de *donare*, qui signifie transférer un bien à titre gratuit.

cette dernière par l'obligation de mise à disposition²²⁴, même si cette définition ne fait pas l'unanimité en doctrine²²⁵, la notion d'obligation de *praestare*, paraissant assez floue. Si l'on considère l'obligation de mise à disposition²²⁶ de manière autonome, cette dernière apparaît dans beaucoup de circonstances : chaque fois qu'une personne est obligée de fournir une chose à une autre. Ainsi, toutes les obligations de délivrance (notamment celle du vendeur et celle du bailleur) sont des obligations de mise à disposition ; de même que les obligations de somme d'argent, l'obligation du prêteur de remettre les fonds à l'emprunteur dans le prêt de consommation consensuel. Cette fourniture peut intervenir à titre temporaire ou définitif, elle peut avoir un effet translatif de propriété ou non.

125. **Exemple : de l'obligation de couverture à la prestation objective de couverture**<> Cependant, on peut se demander si certains exemples donnés d'obligations de *praestare* constituent véritablement de telles obligations. Ainsi, on a pu estimer que l'obligation de couverture de la caution constituait une obligation de mise à disposition, « celle de conserver 'l'intérêt garanti' »²²⁷. Ce n'est pas tant l'idée que la couverture constitue une mise à disposition qui nous semble ici contestable, mais le fait qu'elle constitue une obligation. Ainsi, le Professeur Pascal ANCEL a pu considérer qu'il s'agissait non d'une obligation mais d'un effet de la force obligatoire du contrat de cautionnement²²⁸. Le Professeur Geneviève PIGNARRE conteste cette position, qui, selon elle, resterait « tributaire de la dichotomie opérée entre les obligations de faire (de ne pas faire) ou de donner ». Il est vrai que Monsieur ANCEL se place dans cette *summa divisio*, et que, constatant que la caution n'a rien à faire ni à donner pour assurer la couverture dans le cautionnement omnibus, il en déduit l'absence d'obligation. Ceci dit, nous ne voyons pas en quoi l'intrusion d'une troisième catégorie d'obligation devrait modifier cette opinion. Telle que définie par Madame PIGNARRE, l'obligation de *praestare* semble être

²²⁴ G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD Civ. 2001.41.

²²⁵ Une définition plus restrictive a été proposée par Fuji OHO, pour qui *praestare* signifie garantir (*Saiken Soron* (La théorie générale des obligations), 1959, nouv. éd. 1972, cité par N. KANAYAMA, *De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir »*, Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, t. 2, p. 375. En réalité, cette définition serait plus conforme à l'étymologie du terme, qui viendrait de « *praes dare* » : lorsqu'un débiteur ne s'était pas exécuté et qu'il passait sous la puissance du créancier, ce dernier pouvait le libérer pour lui permettre d'exécuter son obligation. En attendant, il devait fournir une personne au créancier en garantie (V. MANINO, Cours donné au DEA de Droit Privé Fondamental de Montpellier, le 19 mars 2003).

²²⁶ N. DECOOPMAN, *La notion de mise à disposition*, RTD Civ. 1981.300

²²⁷ G. PIGNARRE, *op. cit.* n°17.

²²⁸ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999.771.

une variété d'obligations de faire, ce qui se conçoit aisément tant le mot « *faire* » permet de désigner toutes les actions de l'homme, y compris donner et mettre à disposition. L'intérêt de la notion semble tout de même important, en ce qu'elle ne serait pas soumise à l'article 1142 du Code civil. Partant, qualifier certaines obligations d'obligations de mise à disposition permettrait de recourir à l'exécution forcée. Néanmoins, encore faut-il qu'il y ait obligation. À ce sujet, nous croyons que la distinction formulée par le Professeur Pascal ANCEL entre les obligations issues du contrat et sa force obligatoire rend compte de la réalité, car comme nous le verrons plus loin, certains résultats du contrat sont obtenus sans qu'aucune obligation n'ait été exécutée²²⁹. Par-dessus tout, nous pensons qu'elle rejoint une observation de bon sens du Professeur Jacques GHESTIN²³⁰, selon laquelle la possibilité d'inexécution est nécessaire pour caractériser une obligation. Or ce n'est pas le cas pour la couverture dans le cautionnement. D'ailleurs, le contentieux est important en matière de violation de l'obligation de règlement de la caution. Il est inexistant s'agissant de l'obligation de couverture, la seule contestation possible portant alors sur son étendue.

Cela n'empêche pas que la couverture puisse être considérée comme une mise à disposition. En effet, si elle ne réside pas dans une obligation, la couverture constitue une prestation objective de mise à disposition de son patrimoine par la caution. Cette prestation objective de mise à disposition ne prend pas les mêmes contours que la prestation subjective du même nom. Si l'obligation de mise à disposition est l'obligation de fournir un bien, il existe un service de mise à disposition, une prestation objective, qui consiste, pour un propriétaire, à autoriser une personne à se servir de son bien. Envisagée ainsi, la mise à disposition a un caractère temporaire, et, lorsqu'elle s'effectue par le biais d'une dépossession, elle nécessite une restitution²³¹. Elle peut avoir un caractère translatif de propriété lorsque la chose mise à disposition est consomptible. Il faudra alors restituer son équivalent.

126. ***Exemples de prestation de mise à disposition***<>Envisagée ainsi, la mise à disposition d'une chose est considérée comme l'objet de plusieurs contrats. C'est le cas du

²²⁹ Voir *infra*, n°130

²³⁰ J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, chr. 1 : « [L'obligation] suppose, en effet, la possibilité d'une inexécution ».

²³¹ A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2001, n° 47.

louage de chose et du prêt²³², ainsi que du contrat de travail, qui consisterait en la mise à disposition de sa force de travail par le salarié²³³. La mise à disposition apparaît comme le fait, pour un propriétaire, de laisser une personne utiliser une chose, sans pour autant lui conférer de droit sur la chose, donc de droit réel. Au contraire, elle oblige le propriétaire à laisser le bénéficiaire jouir de la chose. Elle ressortit donc à la catégorie des droits personnels. Ainsi définie, la prestation de mise à disposition se retrouverait dans l'opération de cautionnement. En effet, si le contrat de cautionnement est celui qui unit la caution au créancier, il ne faut pas occulter le lien existant entre la caution et le débiteur principal. Ce lien peut prendre la forme d'un contrat, notamment lorsque le cautionnement est assuré par une banque à titre onéreux. Dans ce cas, ce contrat a pour effet la mise à disposition, par la caution, de son patrimoine, au profit du débiteur. Lorsque le contrat unissant la caution au débiteur est gratuit, ce dernier aura seulement pour obligation de restituer les fonds à la caution ; lorsqu'il sera onéreux, il devra, par ailleurs, rémunérer le service offert par cette dernière, et dont il est le principal bénéficiaire²³⁴. Enfin, si on a pu classer le dépôt parmi les contrats de mise à disposition²³⁵, il nous semble que ce dernier repose essentiellement sur un service de garde de la chose assuré par le dépositaire, qui ferait davantage entrer sa prestation dans la catégorie des prestations de faire.

127. La mise à disposition d'une chose est donc, avant tout, une prestation économique, un service : son bénéficiaire peut se servir d'une chose qui n'est pas sienne²³⁶, et qu'il ne peut ou ne veut acquérir. Ainsi, pour prendre l'exemple du logement, le bail permet à une importante part de la population de se loger sans avoir à acheter un immeuble. La propriété ayant pour principale fonction la réservation des biens, le propriétaire qui laisse une personne se servir de son bien lui octroie un évident avantage économique, donc une prestation. Cette dernière pourra donc être rémunérée : c'est le cas dans le louage, le loyer étant la contrepartie de l'avantage fourni au locataire. Dans

²³² P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, Litec, 4^{ème} éd., 2004. Le titre 2 de leur première partie est ainsi intitulé « les contrats de mise à disposition ». V. aussi A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, préc., dont la deuxième partie concerne « les contrats ayant pour objet la mise à disposition d'un bien ».

²³³ En ce sens, Th. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Dr. Soc. 1992.859.

²³⁴ Si certains voient dans l'assurance une obligation de *praestare*, ce contrat ne crée pas, en revanche, de prestation de mise à disposition. En effet, lorsque l'assurance répare un sinistre, elle rend un service pour lequel elle a été rémunérée, sans obligation de restitution à la charge du bénéficiaire. Il faut donc classer ce contrat parmi ceux créant une prestation de faire.

²³⁵ A. SÉRIAUX, *op. cit.* n°47.

²³⁶ À la notable exception du prêt de consommation, puisque la propriété de la chose mise à disposition est transférée au bénéficiaire de la prestation, l'emprunteur.

l'hypothèse où la chose serait mise à disposition sans contre-prestation, on serait donc bien en présence d'un avantage gratuit. Il en va ainsi dans le prêt à usage.

Ces divers types de prestations objectives ne prennent pas nécessairement pour support une obligation. Il convient alors d'étudier les instruments juridiques grâce auxquels ces prestations pourront être fournies.

B. Les instruments juridiques des fournitures de prestations objectives

128. ***L'obligation, vecteur de la fourniture de prestation***<> Dans de très nombreux cas, la prestation objective aura pour support juridique une obligation. Cela se comprend très bien, notamment lorsque la prestation est fournie moyennant rémunération : il faut s'entendre au préalable sur les modalités de l'échange, avant la réalisation de la prestation, et donc fixer, par contrat, une obligation de l'exécuter. Il devrait donc y avoir, du moins dans les contrats onéreux, une concordance entre les prestations objectives et les obligations. C'est le cas, notamment, dans le contrat d'entreprise : son objet consiste en la réalisation d'un ouvrage, d'une *prestation de faire*, laquelle constitue également une obligation, l'obligation essentielle du contrat. Il en va de même pour le paiement, prestation économique recherchée par les personnes fournissant des biens ou des services, qui sera l'objet d'une obligation.

129. ***La prestation fournie grâce à la conjonction de plusieurs obligations***<> Il est cependant des cas dans lesquels plusieurs obligations sont nécessaires à l'exécution d'une prestation. C'est le cas dans le louage de chose : l'article 1719 du Code civil oblige le bailleur à plusieurs obligations (délivrance et entretien de la chose, obligation de laisser le locataire en jouir paisiblement, assurer la permanence et la qualité des plantations) qui, toutes, convergent vers un même but, une même prestation, celle pour laquelle le loyer sera dû, la mise à disposition de la chose. Ceci nous permet de voir que toute obligation ne permet pas à elle-seule de fournir une prestation objective. Il sera parfois nécessaire de créer plusieurs obligations à la charge d'un prestataire pour assurer la fourniture de la prestation promise.

130. ***La prestation fournie grâce à la conclusion du contrat***<>Plus loin, il est des cas dans lesquels la prestation, tout en étant fournie dans le cadre d'un contrat, ne reposera sur aucune obligation. Ce sera le cas dans les contrats réels, et, notamment, dans le prêt à usage : la remise de la chose, condition de formation du contrat, constitue l'essentiel de la prestation de mise à disposition ; pourtant elle ne constitue pas une obligation²³⁷.

131. ***La prestation fournie grâce aux effets du contrat***<>Il est encore d'autres cas dans lesquels la prestation sera détachée de l'obligation. Ainsi, il se peut que la prestation soit réalisée automatiquement par le seul fait de l'existence d'un accord de volontés. C'est ainsi que le transfert de propriété dans la vente, prestation caractéristique de ce contrat, ne repose pas sur une obligation²³⁸. On a pu dénier, d'ailleurs, l'existence des obligations de donner, et ce alors que le transfert de propriété constitue bien une prestation économique. Le droit français ayant une conception très abstraite de la propriété, il semble impossible de faire de son transfert une véritable obligation, indépendante des obligations permettant, de façon médiate, d'y parvenir, comme l'obligation d'individualiser les choses fongibles ou celle de remettre la chose dans le prêt de consommation consensuel, qui semblent essentiellement ressortir à la catégorie des obligations de faire, voire, si l'on admet l'existence de cette catégorie, aux obligations de *praestare*²³⁹.

132. ***La prestation fournie grâce à un acte juridique non-contractuel***<>Il est également possible de fournir une prestation indépendamment de toute obligation. Le contrat n'est donc pas la seule catégorie d'acte juridique d'organisation de l'échange²⁴⁰. C'est ainsi que des conventions créatrices de droits réels aboutissent à la fourniture d'une prestation. Il en va de même pour des conventions extinctives de droits personnels, telles que la remise de dette conventionnelle, qui aboutit à un enrichissement du débiteur déchargé et à un appauvrissement du créancier, permettant de voir dans cet acte une donation indirecte. Un acte juridique unilatéral peut également être l'instrument d'une fourniture de prestation : la renonciation à une succession afin de favoriser un cohéritier ou un héritier subséquent est ici révélatrice du fait que les prestations objectives peuvent être

²³⁷ Il est cependant possible que la conclusion du contrat consiste, elle-même, en l'exécution d'une obligation préexistante, notamment lorsque le contrat réel a été précédé d'une promesse de contrat.

²³⁸ Art. 1589 c.civ.

²³⁹ G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD Civ. 2001, p. 41.

²⁴⁰ Sur cette notion, voir *infra*, n°289 et s.

fournies indépendamment de toute obligation. Le testament, acte juridique unilatéral, permet également, comme nous l'avons évoqué plus haut, de fournir une prestation objective.

133. ***La fourniture de prestation dans un fait juridique***<>Enfin, la fourniture d'une prestation peut résulter d'un simple fait juridique. Les quasi-contrats permettent d'illustrer ce phénomène. Ainsi, la gestion d'affaires consiste en la fourniture d'une prestation de service au profit du maître de l'affaire (prestation de *facere*) ; le paiement de l'indu, consistant, dans une analyse classique, à un prêt sans consentement, aurait pour effet une mise à disposition ; enfin, l'enrichissement sans cause peut prendre la forme de n'importe quel type de prestation. C'est du reste à propos de cette dernière hypothèse que la Cour de cassation a été amenée à utiliser le terme de prestation.

134. ***La fourniture par application de la loi***<>Enfin, des prestations peuvent être fournies simplement par application de la loi. La succession en est l'exemple le plus significatif.

135. ***Conclusion de la sous-section 1***<>Il résulte de tout ce qui précède que les actes juridiques sont gratuits lorsqu'ils organisent la fourniture d'une prestation objective par une personne, l'acteur de gratuité, à une autre, le bénéficiaire, sans que cette dernière ne soit tenue de fournir une contre-prestation. La gratuité s'apprécie donc indépendamment des obligations. Mais encore convient-il de préciser quelque chose. Il faut, pour qu'il y ait gratuité, que ce déséquilibre ait été voulu.

SOUS-SECTION 2 : UNE FOURNITURE VOLONTAIREMENT UNILATÉRALE DE PRESTATIONS OBJECTIVES

136. Nous avons vu comment caractériser la gratuité d'un point de vue purement matériel. Elle consiste en la fourniture unilatérale d'une prestation objective : celui qui la fournit ne reçoit pas de contre-prestation de celui qui la reçoit. Cependant, cela n'est pas

suffisant pour caractériser la gratuité. En effet, il est possible qu'une personne fournisse une prestation à une autre sans cause. On se situe alors sur le terrain des quasi-contrats, plus précisément du paiement de l'indu et de l'enrichissement sans cause, ce qui justifiera des restitutions. Il faut donc recourir à la cause de la fourniture unilatérale de prestation pour distinguer l'acte gratuit et l'enrichissement sans cause. La fourniture unilatérale de prestation ne sera qualifiée de gratuite que si elle est causée. Aussi devons-nous étudier la cause de la gratuité dans les actes juridiques (§1), avant de voir les effets de l'absence de cause de la prestation fournie (§2).

§1 : LA CAUSE DE LA FOURNITURE UNILATÉRALE DE PRESTATION OBJECTIVE

137. *Nécessité d'une intention d'agir gratuitement* <⇒ Nous avons vu que la gratuité caractérisait des actes juridiques, c'est-à-dire des « *manifestations de volonté accomplies en vue de produire des effets de droit et sans lesquelles ces effets de droit ne se produiraient pas* »²⁴¹. Dès lors, les libéralités et les contrats de bienfaisance présentent un autre point commun : outre le fait qu'ils permettent une fourniture unilatérale de prestation objective, ils procèdent d'une volonté d'aboutir à ce résultat. Ainsi, le donateur, le testateur, le prêteur à usage, le dépositaire gratuit, le mandataire non-salarié, etc., ont tous la volonté de fournir une prestation gratuitement, c'est-à-dire sans recevoir de contre-prestation en retour. Cette volonté, portée vers le résultat de l'acte, est, plus précisément, une intention²⁴² de fournir une prestation gratuitement²⁴³. Cette intention semble rien de moins que nécessaire pour parler de gratuité : à défaut, le bénéficiaire de la prestation s'enrichirait au dépens du prestataire, ce qui aboutirait à une répétition pour enrichissement sans cause ou, éventuellement, à une répétition de l'indu. Ces derniers sont des quasi-contrats, c'est-à-dire des faits juridiques²⁴⁴ qui, dans le cas particulier de l'enrichissement sans cause, comme dans celui du paiement de l'indu, et contrairement à la gestion

²⁴¹ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 217.

²⁴² L'intention, utilisée en droit pénal où elle est distinguée de la volonté et des mobiles, rend davantage compte que la seule volonté de la gratuité. En effet, le paiement peut être volontaire tout en étant indu. Dans ce cas-là, l'enrichissement procuré à l'*accipiens*, résultat du paiement, n'est pas intentionnel.

²⁴³ Voir *infra*. n°187 et s.

²⁴⁴ J. CARBONNIER, *Les biens, Les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, n° 1213.

d'affaires, procèdent de la fourniture non-intentionnelle d'un avantage à une personne, l'enrichi dans l'enrichissement sans cause, l'*accipiens* dans le paiement de l'indu. Au contraire, dans la gestion d'affaires, le service rendu par le gérant au maître de l'affaire est un avantage fourni de manière parfaitement intentionnelle et gratuite : le gérant ne sera jamais rémunéré pour la gestion, il pourra seulement être indemnisé. La gestion d'affaires est donc un fait juridique gratuit, parce qu'intentionnel.

138. ***Intention libérale***<> L'intention nécessaire à la gratuité dans les actes juridiques est qualifiée, la plupart du temps, d'*intention libérale*. Ce terme est, semble-t-il, trop restrictif. Il évoque, en effet, la libéralité. Or l'acte juridique gratuit n'est pas nécessairement une libéralité : il peut s'agir d'un contrat de bienfaisance, par lequel une personne fournit un service gratuit à une autre. Il serait peut-être préférable de parler d'intention gratuite ou d'intention d'agir gratuitement. Ceci dit, le terme d'intention libérale étant également usité en matière de services, nous continuerons de l'utiliser pour tous les cas de gratuité.

139. ***L'intention libérale, cause de la fourniture de la prestation à titre gratuit***<> La cause de la fourniture de prestation dans les actes gratuits est alors l'intention du prestataire de procurer un avantage à autrui sans en recevoir en retour. Si une telle conception de la cause dans les actes à titre gratuit a pu être contestée²⁴⁵, au motif que l'intention libérale n'était rien d'autre que la volonté inhérente à tout acte juridique, elle est pourtant nécessaire pour éviter la qualification d'enrichissement sans cause. En effet, la notion d'enrichissement y est tellement large, incluant à la fois l'enrichissement au sens strict, c'est-à-dire l'obtention d'un bien, que l'obtention de services, qu'elle pourrait concerner tous les actes à titre gratuit. Recourir à la cause des actes gratuits permet alors de paralyser toute action en restitution intentée par l'acteur de gratuité.

140. ***Ensembles contractuels***<> Par ailleurs, le recours à la cause permet de mieux cerner la question de l'appréhension de la gratuité dans les ensembles contractuels. En effet, il est fort possible que, dans un contrat donné, une partie fournisse une prestation à une autre sans recevoir de contre-prestation dans ce même acte. Une approche un peu rapide nous conduirait alors à conclure à la gratuité d'un tel contrat. Ceci dit, il est fort possible que la cause objective de la fourniture de la prestation réside dans l'obtention

²⁴⁵ J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, th. Toulouse, LGDJ, 1955.

d'une contre-prestation dont la fourniture est prévue par un autre contrat, inscrit dans le même ensemble. Dans ce cas-là, la cause de la fourniture de la prestation n'étant pas l'intention libérale de l'apparent acteur de gratuité, mais la fourniture d'une contre-prestation par l'apparent bénéficiaire, grâce à un autre contrat, il conviendra de conclure à son onérosité.

L'exemple le plus révélateur de cette démarche est celui du **cautionnement**. En effet, dans le contrat de cautionnement, la caution fournit une prestation objective au créancier. Ce dernier ne fournit aucune prestation à la caution. On pourrait donc, dans un premier temps, conclure à la gratuité de ce contrat. Ceci dit, le cautionnement s'inscrit, la plupart du temps, dans un ensemble contractuel incluant le contrat générateur de la créance garantie. La jurisprudence le reconnaît volontiers, puisqu'elle estime que « *la cause de l'obligation de la caution est la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal* »²⁴⁶. Or ce crédit accordé au débiteur principal, qui constitue la contre-prestation fournie par le créancier, est nécessairement accordé dans un acte autre que le contrat de cautionnement. L'ensemble contractuel est donc pris en considération, sans pour autant remettre en cause le caractère ponctuel du champ d'observation de la gratuité. En effet, si un contrat extérieur à celui dont la qualification est en cause est pris en considération, c'est uniquement parce qu'il constitue la cause objective de la prestation fournie dans le cadre du contrat observé.

Envisageons désormais le cas dans lequel la prestation fournie est dépourvue de cause.

§2 : L'ABSENCE DE CAUSE DE LA FOURNITURE UNILATERALE DE PRESTATION OBJECTIVE

141. « *L'action de in rem verso n'ayant pas fait l'objet d'une réglementation législative et dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, il s'ensuit que son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée et que, pour sa recevabilité, il suffit que la partie qui l'intente allègue l'existence d'un avantage qu'elle aurait, par sacrifice ou par un fait personnel, procuré à celui contre lequel elle agit* ». Ces

²⁴⁶ Com. 8 nov. 1972 (*Lempereur*), D.1973.753, note Malaurie ; GP 1973.1.143, note D. Martin.

motifs, restés célèbres, de l'arrêt Patureau²⁴⁷, insistent sur le caractère anormal de l'enrichissement au détriment d'autrui. Sans autre précision, ils permettent à quiconque a fourni un avantage à autrui d'être indemnisé, donnant ainsi à l'*action de in rem verso* un champ d'application très large, et aux justiciables la possibilité de remettre en cause toutes les situations dans lesquelles existe un déséquilibre entre deux parties. Heureusement, par la suite, la Cour de cassation a considérablement limité l'exercice de cette action en posant deux conditions à son acceptation : l'absence de cause de l'enrichissement et la subsidiarité de l'action²⁴⁸.

142. **Absence de cause, absence d'intention libérale** <> Que faut-il entendre par absence de cause ? Cette question se pose redoutablement, comme à chaque fois qu'il est question de cause²⁴⁹. Selon CARBONNIER, « *il faut entendre : une cause juridique. Le mot peut être pris dans un sens assez voisin de celui de l'article 1131, ce qui n'est pas sans réintroduire dans la théorie quelque élément psychologique. La cause sera l'intention libérale de l'appauvri, s'il a voulu faire une donation, rendre un service gratuit à l'enrichi. Ce peut être aussi la contre-prestation qui a été fournie à l'appauvri par l'enrichi ou l'espérance d'une telle contre-prestation* »²⁵⁰. Ce serait donc la cause au sens de cause de l'obligation qui devrait être retenue ici, c'est-à-dire la contre-prestation attendue dans les contrats onéreux, l'intention libérale dans les contrats gratuits.

Cette intention libérale serait, en réalité, la volonté d'agir gratuitement. Ainsi, la gratuité passe nécessairement par une volonté de ne pas recevoir de contre-prestation. À défaut d'une telle volonté, l'*action de in rem verso* sera admise, et le prestataire devra obtenir la restitution de l'avantage fourni à l'enrichi.

143. **Charge de la preuve de l'intention libérale** <> La question se pose alors de la charge de la preuve de l'intention libérale. En principe, il appartient au demandeur, conformément à l'article 1315 du Code civil, d'apporter la preuve de l'enrichissement sans cause, et, par conséquent, de l'absence de cause. Il devra donc prouver l'absence

²⁴⁷ Req. 15 juin 1892, D.P. 1892.1.596 ; S.1893.1.281 note Labbé ; *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000, t.2, n° 227.

²⁴⁸ Civ. 2 mars 1915, D.P. 1920.1.102 ; GAJC, t. 2, n° 228 ; Civ. 28 février 1939, D.P. 1940.1.5 note Ripert ; GAJC, t. 2, n°229.

²⁴⁹ On rapporte souvent une remarque faite par le Professeur Jean-Marc Mousseron à ses étudiants : « *si vous avez compris ce qu'est la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliquée* ».

²⁵⁰ J. CARBONNIER, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadriga, 2004, n° 1223.

d'intention libérale. La jurisprudence est d'ailleurs majoritairement dans ce sens²⁵¹. Malgré tout, certains arrêts ont pu admettre qu'il appartenait aux défendeurs de prouver l'intention libérale²⁵². La preuve de cette dernière est évidemment difficile à rapporter. S'agissant d'un fait juridique, l'intention libérale sera prouvée par tous moyens, et notamment par présomption. Ainsi a-t-on pu débouter un locataire qui avait réalisé des travaux dans la maison qu'il louait en se fondant sur ses liens d'amitié avec les propriétaires²⁵³, suffisant à établir que l'enrichissement avait été recherché. Plus étrange est la solution qui déboute un concubin, qui avait effectué des travaux dans la maison de sa concubine, de son action *de in rem verso* aux motifs que l'appauvrissement « *avait une cause constituée par son hébergement pendant dix-huit ans dans la maison de sa concubine* »²⁵⁴. Cette solution est contestable dans ses motifs. En effet, faute de pouvoir démontrer l'existence d'un lien d'interdépendance entre les deux prestations, il semble difficile de pouvoir dire qu'elles se servissent mutuellement de cause. En revanche, le dispositif ne nous semble pas contestable. Il appartient en effet au demandeur à l'action *de in rem verso* de démontrer l'absence de cause, ce qui était difficile en l'espèce : le concubin vivant dans la maison, il avait certainement l'intention de faire ces travaux gratuitement. Là encore, les liens entre le demandeur et le défendeur permettent de présumer l'intention libérale²⁵⁵. L'intention libérale permet donc de distinguer l'acte gratuit de l'enrichissement sans cause. Elle est donc bien la cause objective des actes à titre gratuit.

144. **Conclusion de la Sous-Section 2**<> La fourniture unilatérale de prestation objective, qui caractérise la gratuité, doit donc être voulue pour que l'on puisse reconnaître la gratuité. À défaut, il sera possible d'y voir un enrichissement sans cause, donnant lieu à l'indemnisation de l'auteur. Cette condition est évidente, dans la mesure où la gratuité apparaît, pour le moment, dans des actes juridiques. Elle doit donc, par définition, résulter de la volonté de(s) l'auteur(s) de l'acte. Cependant, pour prouver l'existence d'un acte

²⁵¹ Voir entre autres Civ. 1^{ère}, 6 févr. 2001, n°99-10745.

²⁵² Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, n°96-10246

²⁵³ Civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 1989, Bull. civ. III, n°49 ; RTD Civ. 1990. 76 obs. J. Mestre.

²⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, Dr. Fam. 1999, n° 12, obs. H. Lécuyer.

²⁵⁵ Voir aussi Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, n°01-00959 : cassation d'un arrêt ayant condamné une concubine à indemniser son concubin qui avait construit une maison sur son terrain sans constater l'absence de cause. Plus explicite enfin, Civ. 1^{ère}, 17 février 2004, n°99-18057 : le demandeur ne rapportait pas la preuve d'un appauvrissement corrélatif à un enrichissement dont sa concubine aurait bénéficié, alors que sa participation à l'aménagement de l'immeuble, qui constituait le logement du couple et de l'enfant de la concubine se justifiait par leur relation de concubinage stable. Là encore, la situation familiale est utilisée pour présumer une volonté d'agir gratuitement, cause de l'enrichissement.

juridique gratuit, il conviendra de se poser la question de l'intention libérale du prestataire, étant entendu que le contentieux de l'enrichissement sans cause aboutit, la plupart du temps, à s'interroger sur l'existence d'un acte juridique organisant les prestations fournies. Il est alors utile de savoir qu'il appartient au prestataire, demandeur à l'action *de in rem verso*, de prouver l'absence de cause, et donc d'intention libérale.

145. **Conclusion de la Section**<> La gratuité peut donc être définie comme la fourniture volontairement unilatérale d'une prestation objective par une personne à une autre. L'acte juridique gratuit apparaît donc comme celui par lequel une personne, dénommée acteur, fournit une prestation objective à une autre personne, le bénéficiaire, sans que, par ce même acte, ce dernier ne fournisse de contre-prestation.

146. **Conclusion du chapitre**<> La gratuité apparaît, en l'état actuel de nos observations, comme une caractéristique des actes juridiques. Elle s'inscrit donc dans le même cadre d'analyse que ces derniers, c'est-à-dire dans un cadre bilatéral (les effets des actes étant, indépendamment du nombre de participants, mesurés entre deux catégories de personnes) et ponctuel (chaque acte est analysé séparément, indépendamment des autres et de son environnement juridique). Dans ce cadre-là, la définition de la gratuité est aisée à fournir : un acte juridique sera gratuit si son auteur, dans les actes unilatéraux, ou l'une des parties, dans les conventions, fournit une prestation à une autre personne, le bénéficiaire, sans recevoir de contre-prestation, et ce de façon intentionnelle. La gratuité apparaît donc comme devant être appréhendée de façon purement technique.

Cependant, l'explication traditionnellement donnée à ces actes gratuits est qu'ils procèdent de l'altruisme de l'acteur de gratuité, qui, sciemment, voudrait agir dans l'intérêt d'autrui, sans rechercher son propre intérêt. De cette explication découlerait la nécessité, pour qualifier un acte de gratuit, de caractériser l'altruisme de son auteur, qui serait une condition supplémentaire à celles déjà étudiées de la gratuité. Nous verrons qu'il n'en est rien, et que l'appréhension technique de la gratuité, nécessaire, est également suffisante.

Chapitre 2nd : UNE APPRÉHENSION TECHNIQUE SUFFISANTE

147. « Le titre gratuit nous apparaît (...) comme une vaste raison juridique abritant tout un monde d'actes et de services marqués au coin du désintéressement » énonçait JOSSERAND²⁵⁶. Cet éminent auteur, qui constatait, à son époque, un « *déclin du titre gratuit* »²⁵⁷, voyait dans ce dernier « *l'affirmation juridique du désintéressement* », une manifestation de « *la générosité, [de] l'altruisme* »²⁵⁸. S'il se félicitait de son déclin, c'est parce qu'il voyait dans le titre onéreux l'expression de l'égalité entre les hommes, l'« *égoïsme individuel aiguillé vers l'utilité sociale* »²⁵⁹, préférable à la charité qui caractérise les sociétés dans lesquelles une classe domine les autres. Le « *déclin du titre gratuit* » auquel assistait JOSSERAND était-il le premier mouvement d'un balancier aujourd'hui en retour, si bien que l'on assisterait désormais au « *déclin du titre onéreux* » ? S'il est impossible de savoir ce qu'en penserait l'illustre auteur, il est possible, à la lecture de ses écrits, d'envisager une réponse négative : la gratuité dont il parle n'est pas celle qui se développe aujourd'hui sur le marché²⁶⁰. D'aucuns diraient que JOSSERAND parle d'une *vraie gratuité* que l'on peine à identifier dans la vague de *gratuité intéressée* actuelle, tant il est vrai que l'idée selon laquelle la gratuité serait la traduction juridique de l'altruisme figure toujours, en ce début de XXI^{ème} siècle, en bonne place dans notre littérature juridique²⁶¹.

²⁵⁶ L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n°257.

²⁵⁷ L. JOSSERAND, *Le déclin du titre gratuit et sa transformation*, in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p.135 et s.

²⁵⁸ L. JOSSERAND, art. préc. p. 154.

²⁵⁹ Art. préc. p. 156.

²⁶⁰ Sur l'ensemble de la question, voir Rev. Conc. Consom. avril, mai, juin 2005, *Consommation et Gratuité*, (Actes de l'atelier de la consommation, tenu à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, le 3 décembre 2004).

²⁶¹ Voir ainsi A. REYGROBELLET, obs. ss. Com. 23 mars 1999, D. 2000, somm. 19 : « *Au fond, la gratuité existe-t-elle vraiment dans les rapports juridiques ? La donation, celle-là même qui est visée par les art. 893 et s. c.civ. ne poursuit-elle pas souvent - toujours - un objectif intéressé ?* ».

148. Récemment encore, à propos d'un arrêt énonçant qu'à défaut de terme convenu, le prêt à usage pouvait être résilié à tout moment par le prêteur, un auteur énonçait que « *le droit des contrats peut s'appréhender comme un système cohérent au sein duquel serpente une ligne qui sépare les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit. C'est que celui qui procure un avantage purement gratuit mérite davantage d'indulgence et de sollicitude que celui qui donne pour recevoir en échange* »²⁶². Cette idée se retrouve clairement énoncée dans un ouvrage célèbre²⁶³, à propos de la distinction des contrats gratuits et onéreux : « *On rencontre deux catégories de contractants : certains recherchent un avantage, font des affaires ; d'autres sont mus par un but désintéressé, ne poursuivant aucun avantage personnel* ». Ne recevant rien en échange de ce qu'il donne, l'acteur de gratuité mérite un régime de faveur, car il n'a « *aucun intérêt au contrat* »²⁶⁴. Plus encore, « *le caractère gratuit d'un contrat entraîne un régime protecteur de celui qui se dépouille* »²⁶⁵. Cette solution est justifiée par le caractère supposé désintéressé de l'acte à titre gratuit, qui exclurait *de facto* sa présence de la vie des affaires²⁶⁶, la gratuité étant « *entendue au sens de non rémunération et d'altruisme* »²⁶⁷. En effet, la recherche d'un intérêt économique serait caractéristique du titre onéreux, tandis que le fait de « *[négliger] son intérêt pour celui de l'autre partie* »²⁶⁸ serait la marque de la gratuité. C'est ainsi que le choix de l'ordre de responsabilité en matière de transport bénévole serait fondé sur « *la nécessité de protéger spécialement celui qui, en fournissant une aide gratuite, a été victime de sa générosité, ce qui justifierait l'application des principes de la responsabilité*

²⁶² C. NOBLOT, note ss. Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, D. 2004.903. Voir aussi L. LEVENEUR, note sous Civ. 3^{ème}, 19 janv. 2005, Contr. Conc. Consom. juin 2005, n° 103 : « *la solution qui triomphe en définitive, non seulement est conforme au droit commun des contrats à durée indéterminée, auxquels chaque partie est en principe en droit de mettre fin à tout moment sauf à respecter un délai de préavis, mais évite aussi de sacrifier injustement les intérêts du prêteur dont le geste gratuit mérite bien quelque considération* ».

²⁶³ H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, 1998, n° 100.

²⁶⁴ A. BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 7^{ème} éd., 2006, n° 737—H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* n°104.

²⁶⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat Droit Privé, 10^{ème} éd., 2005, n°18—Voir aussi R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n°35— J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, n°31230 et 33145.

²⁶⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, 12^{ème} éd., 2003, n°56 : « *Le commerçant n'agit pas dans un but désintéressé. Il recherche les bénéfices, le profit. De ce point de vue, on a pu parler, à propos des relations d'affaires, du « lac glacé des relations égoïstes ».* L'acte gratuit reste en dehors du droit commercial »—Voir aussi H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* n° 104.

²⁶⁷ C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n° 13.

²⁶⁸ IONASCO, *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, RTD Civ. 1931, p. 29 et s.

contractuelle à son profit, alors que le bénéficiaire de l'aide devrait se contenter, s'il subit un dommage, de l'application des règles délictuelles »²⁶⁹ ; le transporteur bénévole ne méritant plus la « protection » de la responsabilité délictuelle lorsqu'il est « tout de même intéressé à la réalisation de l'opération au cours de laquelle le dommage s'est produit. Il n'y a plus alors vraiment gratuité »²⁷⁰. Pour résumer, la gratuité apparaît de nos jours comme « emblème et support d'une apologie généralisée du désintéressement prôné sur l'air de la Vertu »²⁷¹.

149. L'acteur de gratuité serait donc mû par un sentiment altruiste²⁷², l'altruisme étant « un néologisme fondé par le sociologue Auguste Comte au milieu du 19^{ème} siècle pour désigner le contraire de l'égoïsme »²⁷³. Il est vrai que dans le cadre d'analyse de la gratuité, le rapport bilatéral ponctuel que nous avons précédemment étudié, l'altruisme apparaît bien comme la seule explication de ce mécanisme à bien des égards surprenant, qui constituerait même, selon un auteur, une véritable profanation²⁷⁴. En effet, comment expliquer qu'une personne fournisse une prestation à une autre sans vouloir de contre-prestation, autrement qu'en disant qu'elle souhaite agir dans le seul intérêt du bénéficiaire ? Toutes choses égales par ailleurs, l'acte gratuit correspond à un sacrifice de l'acteur dans le but d'avantager le bénéficiaire. Il n'est donc pas étonnant que l'altruisme apparaisse comme l'explication première de la gratuité. Ce sentiment est renforcé si l'on songe que la gratuité apparaît, à travers les libéralités, dans les relations familiales, et, à travers les contrats de bienfaisance, dans les rapports d'amitié. On touche là à l'affect, qui serait le mobile déterminant de l'acte gratuit.

²⁶⁹ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1995, n° 184.

²⁷⁰ G. VINEY, *ibid.*

²⁷¹ D. DE BECHILLON, *La gratuité dans le doute*, Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 53.

²⁷² E. LEVERBE, *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003.

²⁷³ F.-R. MAHIEU et H. RAPOPORT, *Altruisme, Analyses économiques*, Économica, 1998, p.7—E. LEVERBE, *op. cit.* n° 3 et s.

²⁷⁴ « Il est un acte par excellence qui profane l'argent, celui qui va directement à l'encontre de la loi de l'argent, celui pour lequel l'argent n'est pas fait : le don. Et les hommes, ainsi que les autorités, savent très bien que le don s'attaque à quelque chose de sacré. Ils savent très bien que c'est un acte de profanation, de destruction d'une valeur qu'ils adorent. Et c'est pourquoi, dans toutes les législations du monde, à toutes les époques, le don est l'acte le plus suspect au point de vue juridique. L'acte juridique entouré du maximum de précautions, envisagé avec toute la suspicion possible, limité par le droit le plus complètement dans son application et ses effets, c'est la donation. Du point de vue de l'homme normal, c'est un acte anormal — presque inimaginable — et pour le fonder, on est bien obligé de lui trouver des raisons secrètes inavouables, immorales, etc. En effet, si l'on arrivait à penser à un don pur et simple, ce serait encore plus scandaleux, car ce serait vraiment la profanation d'un des dieux de l'homme. » J. ELLUL, *L'homme et l'argent* (Nova et Vetera), Neuchâtel et Paris, Delachaux et Niestlé, coll. « L'actualité protestante », 1954, p. 144-145.

150. Seule explication rationnelle de la gratuité, l'altruisme en serait logiquement devenu une composante, si bien que la « *gratuité intéressée* », caractérisée à la fois par une absence de rémunération de l'acteur et la recherche de son intérêt, ne serait pas vraiment de la gratuité. Néanmoins, nous verrons qu'il est impossible d'intégrer l'altruisme à la gratuité. En effet, s'il peut, dans certains cas, la motiver, les deux notions sont parfaitement indépendantes, ce qui doit nous conduire à les distinguer. Cette nécessité apparaît d'abord d'un point de vue pratique (Section 1), mais trouve des explications théoriques : la gratuité et l'altruisme ne s'appréhendent pas de la même manière. Au contraire, si tant est qu'il soit possible d'appréhender l'altruisme, ce serait dans un cadre d'analyse distinct de celui de la gratuité (Section 2).

SECTION 1 : LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ALTRUISME : UNE NÉCESSITÉ PRATIQUE

151. Nous avons vu que la gratuité apparaissait comme la fourniture unilatérale d'une prestation objective, l'absence de contre-prestation étant voulue. *A priori*, les raisons pour lesquelles l'acte gratuit intervient ne sont pas prises en considération. Le caractère altruiste ou intéressé de l'opération ne devrait donc pas nous empêcher de la qualifier de gratuite. Deux raisons justifient ce point de vue. La première tient au fait que la distinction posée par le Code civil des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux ne comporte que deux branches alternatives. La « *gratuité intéressée* » doit donc être rattachée soit à la gratuité, soit à l'onérosité, mais nous verrons qu'en pratique, seule la première solution est possible, et qu'il convient, dans la qualification gratuite ou onéreuse des actes juridiques, d'éluder l'intérêt poursuivi (Sous-Section 1). La seconde vient de ce que l'altruisme ne peut, au mieux, qu'être un mobile de l'acte gratuit, donc participer de sa cause subjective. Or la gratuité d'un acte juridique est révélée par l'étude de sa cause objective, l'intention libérale, entendue dans son acception abstraite (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'ELISION NECESSAIRE DE L'INTÉRÊT

152. La distinction du titre gratuit et du titre onéreux, qui apparaît expressément en matière de contrats, est une dichotomie, une division entre deux catégories : celle des contrats de bienfaisance, visés par l'article 1105 du Code civil, et celle des contrats onéreux de l'article 1106. Nous avons vu que cette distinction reposait sur un critère technique : sont gratuits les contrats par lesquels une seule des parties fournit à l'autre une prestation objective ; sont onéreux ceux par lesquels les parties se fournissent réciproquement des prestations objectives. La question de l'intérêt de l'acteur doit-elle être prise en considération relativement à cette distinction ? Elle permettrait d'affirmer l'insuffisance du critère matériel, technique, de distinction entre le gratuit et l'onéreux. D'un point de vue logique, cette dernière proposition doit pourtant être écartée. Il n'existe, en effet, insistons-y, que deux branches à l'alternative : la gratuité et l'onérosité. Dans la mesure où cette distinction constitue une dichotomie, il ne peut y avoir qu'un seul critère distinctif. Si l'on devait utiliser deux critères de distinction (un critère technique, les flux de prestations objectives, et un « moral », l'intérêt), on devrait avoir non pas deux mais trois ou quatre catégories.

L'hypothèse de la gratuité intéressée doit donc être rattachée à l'une des deux branches de la distinction étudiée : gratuité ou onérosité. Si la qualification onéreuse a parfois pu être retenue, elle présente des inconvénients (§1), au contraire de la qualification gratuite (§2).

§1 : LES INCONVÉNIENTS DE LA QUALIFICATION ONÉREUSE DES CONTRATS GRATUITS INTÉRESSÉS

153. Les contrats par lesquels une partie fournit un avantage à l'autre sans attendre de rémunération ne sont pas forcément désintéressés. Il se peut, au contraire, que l'acteur ait intérêt à rendre service sans recevoir de rémunération. Ainsi, il arrive fréquemment que des contrats présentés comme gratuits, comme le prêt à usage²⁷⁵, soient utilisés dans des rapports d'affaires. Le prêt de cuve des compagnies pétrolières aux pompistes de marque en est l'exemple le plus révélateur²⁷⁶ ; mais ce contrat est également

²⁷⁵ R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977, p.193.

²⁷⁶ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, n°605. Si, comme le relèvent ces auteurs, les prêts à usage accordés par des professionnels sont des contrats d'intérêt commun, intéressés, « ils sont encore des prêts ».

utilisé dans d'autres circonstances, comme dans le cadre du parrainage publicitaire²⁷⁷ ou de relations plus simples (prêt de véhicule par un garagiste à un client dont la voiture est en réparation²⁷⁸, prêt de chariot dans les supermarchés²⁷⁹, etc.). Dans toutes ces hypothèses, le prêteur a un intérêt à la conclusion du prêt. Doit-on pour autant refuser de considérer ces contrats comme gratuits et, par conséquent, les disqualifier de prêt à usage ? Que dire, par ailleurs, du dépôt de vêtements dans un restaurant²⁸⁰, gratuit, mais nécessairement intéressé pour le dépositaire ?

154. Il serait tentant de donner à de tels contrats une qualification onéreuse. En effet, le régime supplétif des contrats gratuits est favorable à la partie qui agit gratuitement : le régime du prêt à usage est plus favorable au prêteur que ne l'est celui du louage de chose au loueur ; le régime de la donation est plus favorable au donateur que ne l'est celui de la vente au vendeur. De la même manière, dans les contrats gratuits par nature, la responsabilité du prestataire est allégée lorsqu'il agit gratuitement. On peut légitimement penser que de telles faveurs ne sont plus méritées lorsque celui qui apparaît comme l'acteur de gratuité poursuit, en réalité, son seul intérêt, la plupart du temps commercial, et refuser, par conséquent, la qualification aboutissant à un tel régime de faveur. Il nous faut, dans un premier temps, revenir sur les faveurs accordées par le droit supplétif, à l'acteur de gratuité (A), avant de voir que, même lorsque le contrat est intéressé, la qualification onéreuse n'est pas souhaitable (B).

A. Les faveurs du régime supplétif des contrats gratuits pour l'acteur de gratuité

155. L'acteur de gratuité est favorisé par le droit. En effet, les garanties qu'il doit au bénéficiaire, tout comme sa responsabilité, sont allégées par rapport au fournisseur de prestation onéreuse. Ces faveurs se vérifient dans les différents contrats gratuits nommés

²⁷⁷ J.-M. MOUSSERON et M.-E. ANDRÉ, *Sponsoring et mécénat ? l'un affiche et l'autre signe*, Cah. Dr. Ent. 1/1984, p. 1 — C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring*, Mélanges offerts à J. Derrupé, Litec, 1991, p.125 — D. ROSKIS, *Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire*, D.1999, chr. p.443.

²⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, Bull. civ. I, n°235 ; RDC 2004, p. 718, obs. A. Bénabent.

²⁷⁹ Rennes, 19 déc. 1972, RTD Civ. 1973, p. 587, obs. G. Cornu.

²⁸⁰ Ce dernier n'est pas, au contraire du dépôt hôtelier, un dépôt nécessaire : Civ. 1^{ère}, 11 mars 1969, D.1969.492.

par le Code civil : la donation, le prêt à usage, le dépôt et le mandat. En revanche, ce genre de faveurs n'apparaît pas dans le prêt de consommation gratuit.

156. **Donation**<>Si les donations obéissent à un régime très strict quant à leurs conditions de validité; si, par ailleurs, elles peuvent être remises en cause par les héritiers en cas d'atteinte à la réserve héréditaire, et par les créanciers, par la voie de l'action paulienne, il n'en demeure pas moins que le donateur connaît un régime de faveur. Ainsi, alors que le vendeur est tenu de garantir l'acheteur contre les vices cachés et contre l'éviction du fait des tiers et de son fait personnel, le donateur n'est tenu que de la garantie contre l'éviction de son fait personnel²⁸¹. Il n'est tenu ni de la garantie des vices cachés (*à cheval donné, on ne regarde pas les dents*), ni de la garantie contre l'éviction du fait des tiers.

157. **Prêt à usage**<>Le sort de l'acteur de gratuité est encore plus favorable si l'on observe le prêt à usage, et si on le compare à son homologue onéreux, le louage de chose. Une première faveur apparaît à l'article 1889 du Code civil, qui admet la résiliation du contrat avant terme pour imprévision, en énonçant que « *néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre* ». On mesure bien le caractère exorbitant du droit commun d'une telle disposition : malgré la stipulation d'un terme, le prêteur peut demander la résiliation anticipée du contrat, ce qui est en totale opposition avec l'article 1134 du Code civil, ainsi qu'avec le refus de la jurisprudence civile de prendre en compte l'imprévision²⁸² pour modifier ou résilier les contrats²⁸³ ; et ne trouve pas d'équivalent dans le louage de chose, le loueur étant tenu de respecter le terme convenu, conformément à l'article 1719, 3° du Code civil. Il s'agirait, ici, de favoriser le prêteur « *en cas de conflit entre deux besoins, parce qu'il a rendu un service gratuit à l'emprunteur* »²⁸⁴, « *d'une dérogation au droit commun dictée par l'altruisme du prêteur* »²⁸⁵. Une autre disposition

²⁸¹ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1406.

²⁸² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd. refondue, 2005, n°915.

²⁸³ Civ. 6 mars 1876, *affaire du Canal de Craponne*, GAJC, 11^{ème} éd., n°163 ; DP1876.1.193 note Giboulot ; S.1876.1.161.

²⁸⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *op. et loc. cit.*

²⁸⁵ A.BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 6^{ème} éd., 2004, n°438-1.

est favorable au prêteur, celle, prévue par l'article 1891, qui limite sa « responsabilité » pour vices cachés au cas dans lequel le prêteur connaissait les vices. Cette garantie est moins sévère, « *gratuité du prêt oblige* »²⁸⁶, que celle qui pèse sur le bailleur, posée par l'article 1721, et qui prévoit expressément qu'elle vaut pour tous les vices, même inconnus du bailleur. Enfin, il est une dernière disposition favorable au prêteur : celle, figurant à l'article 1885 du Code civil, qui interdit à l'emprunteur de retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit, qui, là encore, est justifiée par le fait que le prêteur rend un service à l'emprunteur²⁸⁷.

158. **Dépôt gratuit**<>De son côté, la faveur faite au dépositaire gratuit se mesure surtout au niveau de sa responsabilité. En effet, l'article 1927 du Code civil énonce que « *le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent* ». Sa responsabilité est donc appréciée *in concreto*, le déposant ne pouvant pas se plaindre d'avoir confié sa chose à une personne négligente avec ses propres affaires²⁸⁸, ce qui constitue une faveur par rapport au droit commun²⁸⁹. Néanmoins, cette faveur est limitée au dépôt gratuit, car l'article 1928 énonce que « *la disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur (...) s'il a été stipulé un salaire pour la garde du dépôt* ». Dans ce cas-là, on reviendrait à l'appréciation *in abstracto* de la faute du dépositaire, « *à l'aune du fameux bon père de famille qui tend à devenir le bon professionnel* »²⁹⁰. Le dépositaire gratuit est donc avantagé par rapport au dépositaire salarié, le régime de responsabilité semblant fondé sur la présence ou non d'une rémunération²⁹¹.

159. **Mandat gratuit**<>La responsabilité du mandataire est également appréciée différemment selon qu'il reçoit ou non une rémunération. L'article 1992 du Code civil énonce à cet effet que « *le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un*

²⁸⁶ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 4^{ème} éd., 2004, n°345.

²⁸⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd. refondue, 2005, n°912.

²⁸⁸ J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, n° 33145.

²⁸⁹ A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^{ème} éd., 2006, n°737.

²⁹⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, n°505.

²⁹¹ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. et loc. cit.*

salaire ». Il s'agit seulement d'une différence d'appréciation de la faute du mandataire, et non du montant du préjudice à indemniser²⁹².

160. **Exception : prêt de consommation gratuit**<> En revanche, une exception à ce régime de faveur supplétif des contrats gratuits : le prêt de consommation, contrat gratuit par nature, n'est pas plus favorable au prêteur gratuit qu'au prêteur à intérêt. Les règles relatives aux obligations du prêteur figurent dans une section applicable tant au prêt gratuit qu'au prêt à intérêt. Leur comparaison avec le prêt à usage est intéressante. En effet, contrairement à ce qui est prévu en matière de prêt à usage, le prêteur doit attendre le terme pour demander la restitution, indépendamment du caractère gratuit ou onéreux du prêt²⁹³. En revanche, comme en matière de prêt à usage, la responsabilité du prêteur pour les vices de la chose prêtée n'est engagée que s'il en avait connaissance²⁹⁴, et ce, sans distinction entre prêt gratuit et prêt onéreux.

161. **Un silence favorable à l'acteur**<> À l'exception du prêt de consommation, les dispositions supplétives régissant les contrats gratuits sont donc favorables à l'acteur de gratuité. Ces faveurs auront vocation à s'appliquer chaque fois que le contrat ne contiendra pas de stipulation contraire. Fondées sur l'idée selon laquelle l'acteur de gratuité ne gagnerait rien au contrat, leur application serait injustifiée dans l'hypothèse où l'acteur trouverait un intérêt au contrat gratuit, le contrat relevant alors « *d'une intention souvent plus intéressée que libérale* »²⁹⁵. Dans cette situation, il peut sembler préférable d'écarter ce régime protecteur de l'acteur de gratuité, et, pour cela, de donner au contrat une qualification onéreuse.

B. Les problèmes induits d'une qualification onéreuse du contrat gratuit intéressé

162. **Indétermination du prix**<> Peut-on donner une qualification onéreuse à un contrat ne prévoyant aucune rémunération pour le prestataire, dès l'instant où il y trouve

²⁹² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, n°567.

²⁹³ Art. 1899 c.civ.

²⁹⁴ Art. 1898 c.civ. : « Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité édictée par l'article 1891 pour le prêt à usage ».

²⁹⁵ J.-B. SEUBE, obs. ss. Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2003, RDC 2004 p. 362.

son intérêt ? La jurisprudence a pu répondre implicitement à cette question par l'affirmative. Ainsi, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 janvier 1976, on peut lire : « *Attendu (...) que l'arrêt attaqué, qui a retenu la circonstance que la Société Croix de Lorraine avait intérêt, pour la vente de ses produits, à ce que son concessionnaire disposât d'une presse, a par-là même écarté l'existence d'un prêt à usage de la machine* »²⁹⁶. La seule existence d'un intérêt suffirait donc à écarter la qualification de prêt à usage. Une telle position soulève immédiatement un autre problème : une fois écartée la qualification de prêt à usage, comment qualifier une mise à disposition de choses non-consommables sans rémunération ? La qualification de louage de chose semble difficilement admissible. En effet, cette dernière requiert, conformément à l'article 1709 du Code civil, qu'un loyer ait été stipulé²⁹⁷. De plus, elle aboutirait assurément à la nullité du contrat. En effet, le louage de chose est nul si le loyer n'est pas déterminé ou déterminable²⁹⁸. On voit bien, alors, l'inconvénient de requalifier un commodat en louage de chose, et ce même dans le but de soumettre le prêteur au régime de garantie des vices cachés de l'article 1721 : faute de loyer, ce dernier pourra demander l'annulation du contrat, et, par voie de conséquence, échapper à toute garantie. Par ailleurs, l'intérêt poursuivi par le prestataire ne suffit pas à reconnaître l'existence d'un loyer, ce dernier étant par définition l'objet d'une obligation reposant sur le locataire, totalement indépendante de l'intérêt poursuivi par le bailleur²⁹⁹. La qualification de louage de chose étant impossible, faute de loyer³⁰⁰, on pourrait songer à donner au contrat une qualification *sui generis*. Là encore, une telle solution serait inopportune, dans la mesure où son régime

²⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 15 janvier 1976, JCP 1977.II.18516, obs. G. GOUBEAUX.

²⁹⁷ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, n° 261.

²⁹⁸ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, n° 295.

²⁹⁹ Voir cependant Com. 23 mars 1999, D. 2000, somm. p. 19, obs. Reygrobellet, *Urssaf du Gard c./ Cheval Blanc et SENIM*. Cet arrêt reproche à la Cour d'appel de Nîmes d'avoir refusé de qualifier la mise à disposition d'un fonds de commerce de location-gérance, faute de loyer, alors que le fonds avait été concédé par son propriétaire dans un intérêt économique commun. Cette décision peut surprendre, puisque le louage de chose est un contrat essentiellement onéreux, qui suppose donc l'existence d'un loyer. Peut-on alors considérer que l'intérêt de la SENIM, propriétaire du fonds, permet de retenir l'onérosité du contrat, et donc de le qualifier de location-gérance ? Ce serait considérer l'intérêt comme une rémunération, et admettre que les contrats gratuits intéressés doivent recevoir une qualification onéreuse, solution pour le moins originale. M. Reygrobellet a une explication plus fine de cet arrêt. Selon lui, cette décision permettrait de conclure que la location-gérance n'est pas un louage de chose, ce qui justifie l'obligation à laquelle est tenu le locataire-gérant d'exploiter le fonds. Cette exploitation, parce qu'elle entretient la clientèle, et donc la valeur du fonds, est la contre-prestation de la mise à disposition, ce qui justifie que, même sans loyer, la qualification de location-gérance s'impose.

³⁰⁰ Civ. 3^{ème}, 27 avril 1976, Bull. civ. III, n° 176 : « *L'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée, implique la stipulation d'un prix sérieux* ».

serait, en grande partie, calqué sur celui du prêt à usage³⁰¹. De la même manière, il serait impossible de qualifier une donation intéressée de vente. Faute de détermination du prix, cette dernière serait nulle, ce qui serait encore plus avantageux pour le « donateur/vendeur », puisqu'il pourrait obtenir la restitution du bien donné.

163. **Onérosité par accessoire**<> Une autre solution pourrait alors être proposée : il s'agirait, lorsque le contrat gratuit est l'accessoire d'un contrat onéreux, de lui donner la qualification du contrat onéreux. Une illustration de cette méthode nous est donnée par un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 26 mai 1983³⁰². En l'espèce, une personne avait commandé à un vendeur de voitures de sport une *Jaguar* neuve. Dans l'attente de son arrivée, le vendeur lui prêta une *Maserati*. L'acheteur partit avec pour l'Alpe d'Huez, et, dans un virage, la voiture sortit de la route pour aller s'écraser en contrebas, tuant la passagère et blessant le conducteur. L'expertise imputa l'accident à un défaut du système de freinage. Le problème se posait donc de l'application ou non de la garantie des vices cachés à l'apparent prêt de la Maserati. Les juges raisonnèrent de la manière suivante : ou bien l'on qualifie le contrat de prêt à usage et, dans ce cas, il appartient à l'emprunteur de prouver que le prêteur connaissait les vices pour obtenir réparation, conformément aux exigences de l'article 1891 du Code civil ou, pour rendre le garagiste responsable des vices qu'il ignorait, on qualifie le contrat d'accessoire à la vente. L'accessoire suivant le principal, le régime de la vente serait alors applicable, et avec lui la présomption de connaissance des vices du vendeur professionnel. Cette solution, « *proprement héroïque* » aux yeux du Professeur Philippe RÉMY³⁰³, fut retenue. Son artifice est évident. La garantie des vices cachés, dans la vente, a pour fonction première de préserver le prix : celui qui a payé un bien doit pouvoir être remboursé si le bien est vicié³⁰⁴. Cette fonction apparaît très clairement à l'article 1644 du Code civil, qui prévoit les deux solutions que sont l'action estimatoire et l'action rédhibitoire. L'indemnisation du préjudice subi par l'acheteur n'est, au regard des textes, qu'une fonction secondaire, qui apparaît à l'article 1645, lorsque le vendeur est de mauvaise foi, comme une sanction spécifique de la connaissance des vices. L'extension de cet aspect indemnitaire de la garantie des vices cachés par l'assimilation du vendeur professionnel au vendeur de

³⁰¹ G. GOUBEAUX, obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 janv. 1976, préc.

³⁰² TGI Paris, 26 mai 1983, GP 9-10 novembre 1983, p. 16 ; RTD Civ. 1984, p. 121, obs. Ph. RÉMY.

³⁰³ obs. préc.

³⁰⁴ J. CALAIS-AULOY, *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, D.1993, chr. p. 130.

mauvaise foi³⁰⁵ ne doit pas occulter l'aspect essentiel de protection de la valeur investie dans le bien. Or cette dernière ne peut s'appliquer qu'à la chose vendue, et non à la chose prêtée en attente de la vente. Cette opinion est renforcée par une lecture de l'article 1641 du Code civil, qui énonce que « *le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue* », et non pas à une autre chose³⁰⁶. La qualification de contrat onéreux par accessoire est donc très contestable.

164. **Conclusion : rejet des qualifications onéreuses**<>On le voit, dans les hypothèses où la qualification du contrat varie selon que la prestation est fournie à titre gratuit ou à titre onéreux, il est impossible de donner une qualification onéreuse à un contrat dans lequel une partie fournit une prestation sans être rémunérée, et ce même si elle est intéressée. En réalité, cette impossibilité technique n'est pas un handicap si important qu'il y paraît parce que la qualification gratuite ne présente pas de réel inconvénient.

§2 : L'ABSENCE D'INCONVÉNIENTS DE LA QUALIFICATION GRATUITE

165. Maintenir la qualification gratuite en présence d'un intérêt poursuivi par l'acteur ne présente aucun inconvénient. En effet, rien ne s'oppose à ce que les qualifications gratuites englobent ce genre de situations, la distinction des contrats gratuits et onéreux, telle qu'elle apparaît dans les contrats spéciaux, semblant seulement fondée sur l'existence d'une rémunération (A). Par ailleurs, le régime de faveur des contrats gratuits est supplétif et, bien souvent, ce qui apparaît comme une faveur envers l'acteur de gratuité semble, en réalité, justifié par la seule absence de paiement et non par le désintéressement, si bien que l'intérêt est neutre au regard du régime des contrats gratuits (B).

A. La rémunération, seul critère de distinction des contrats gratuits et onéreux

³⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1965, D. 1965, p. 389 ; RTD Civ. 1965, p. 665, obs. G. Cornu (*Affaire du « pain maudit » de Pont-Saint-Esprit*).

³⁰⁶ De toute façon, l'indemnisation de l'acheteur est soumise par l'article 1645 c.civ. à la connaissance des vices par le vendeur. Or la jurisprudence assimile le vendeur professionnel au vendeur qui connaissait les vices. Pourquoi ne pas utiliser la même analogie en matière de prêt à usage pour l'application de la garantie de l'article 1891 c.civ. ? Voir *infra*, n°165 et s.

166. **Distinction entre le contrat gratuit et le contrat prévoyant un salaire—Mandat**<> Lorsque l'on étudie les différents contrats spéciaux gratuits, on se rend compte que les contrats sont gratuits dès lors que le prestataire n'est pas rémunéré, et ce même s'il poursuit son intérêt. Ainsi, l'article 1986 du Code civil énonce : « *Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire* ». L'article 1992 nous permet de considérer qu'il y a convention contraire, et que le mandat est onéreux, lorsqu'un salaire a été stipulé au profit du mandataire, cette rémunération étant présumée lorsque le mandataire est un professionnel³⁰⁷, ce qui est tout à fait justifié dans la mesure où la « *convention* » visée par l'article 1986 peut parfaitement être tacite, aucun caractère exprès n'étant exigé. À ce propos, une solution contraire est prévue pour le mandat à effet posthume à l'article 812-2 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2007. En effet, s'il est prévu que ce mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire, la stipulation de rémunération doit être expresse. Ce texte confirme, si besoin est, que la distinction entre le mandat gratuit et le mandat onéreux s'opère en fonction de l'absence ou de la présence d'une stipulation de rémunération.

L'article 1992 alinéa 2 du Code civil semble du reste très clair sur la signification de la gratuité, en énonçant que « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Ainsi, il semble bien qu'il n'y ait que deux situations : celle où le mandat est gratuit, et celle où il est salarié. La seule différence étant bien évidemment que le mandataire n'est pas rémunéré dans le premier cas, et qu'il l'est dans le deuxième.

167. **Dépôt**<> De la même manière, si l'article 1917 affirme, à tort, le caractère essentiellement gratuit du dépôt, l'article 1928, qui prévoit l'hypothèse d'un dépôt onéreux, vise le cas où « *il a été stipulé un salaire pour la garde du dépôt* ». Là encore, la distinction entre le dépôt gratuit et le dépôt onéreux semble seulement passer par la présence ou non d'une rémunération du dépositaire, indépendamment de la recherche de son intérêt ou de l'intérêt exclusif du déposant, et la gratuité semble englober tous les cas dans lesquels le dépositaire ne reçoit pas de rémunération.

³⁰⁷ Voir déjà Req. 5 janvier 1869 ; Civ. 1^{ère}, 10 févr. 1981, Bull. civ. I, n° 50. Cette solution a été réaffirmée à de nombreuses reprises : Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1989, Bull. civ. I, n° 299 ; Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, Contrats Conc. Consomm. 1998, n° 127, note Leveneur.

168. **Prêt de consommation**<> La même observation peut être faite à propos du prêt de consommation. Gratuit en principe par interprétation de l'article 1902 du Code civil, le prêt sera onéreux lorsque des intérêts auront été stipulés. Là encore, il n'y a pas de place pour un deuxième critère qui serait l'intérêt de l'acteur.

169. **La rémunération, critère unique de distinction entre la gratuité et l'onérosité**<> Au vu de ces textes, la situation du contrat « *gratuit-intéressé* » ne peut s'appréhender que de deux manières. La première consisterait à dire que seuls les contrats désintéressés sont gratuits³⁰⁸. Or comme les contrats onéreux sont nécessairement rémunérés, la distinction serait incomplète, et le contrat intéressé mais non rémunéré ne pourrait trouver place au sein des diverses classifications proposées³⁰⁹; et, surtout, ne pourrait pas, dans certains cas, recevoir de qualification. En effet, la qualification de prêt à usage serait impossible pour un contrat intéressé, faute de gratuité, et la qualification de louage de chose serait également impossible, faute de rémunération. Une telle position est parfaitement intenable : comment envisager que les codificateurs aient songé aux contrats désintéressés et aux contrats rémunérés sans laisser de place à la catégorie intermédiaire, celle des contrats intéressés mais non rémunérés ? Certes, il est possible de dire que l'utilisation des contrats gratuits dans les relations d'affaires est récente, et qu'elle n'était pas envisageable en 1804. Cette objection serait admissible, mais, pour autant, sans pertinence face à la question posée : les relations d'affaires ne sont pas, en effet, les seules dans lesquelles les contractants recherchent leur intérêt. Au contraire, tout en considérant que les contrats gratuits seraient utilisés par des personnes entretenant des liens d'amitié ou liées par des liens de parenté, les codificateurs les ont envisagés comme des contrats intéressés³¹⁰.

Seule une deuxième position est alors possible : à partir du moment où il est clairement établi que sont onéreux les contrats dans lesquels le prestataire est rémunéré, il faut considérer, a contrario, que tous les autres contrats, c'est-à-dire tous ceux dans lesquels le

³⁰⁸ Voir, à propos du prêt à usage, R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977, p. 193 s., n° 7 : « *l'analyse de la pureté de l'intention procède, toutefois, de l'utopie* ».

³⁰⁹ De même, peut-être que le contrat onéreux désintéressé, figure de prime abord difficile à imaginer mais qui, en apparence en tout cas, tendrait à se développer à travers la notion de commerce équitable.

³¹⁰ X. MARTIN, *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, Rev. Hist. de Dr. Français et étranger, 1982, p. 589.

prestataire n'est pas rémunéré, sont gratuits, indépendamment des mobiles poursuivis par l'acteur.

170. ***Conséquence : admission de la gratuité dans les rapports d'affaires***<>

Rien ne s'oppose alors à ce que les contrats gratuits soient utilisés dans les relations d'affaires, et ce point de vue est d'ailleurs souvent admis, car la situation du bénéficiaire n'en est pas bouleversée. Ainsi, les Professeurs COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE ont pu dire, à propos du prêt à usage, contrat essentiellement gratuit, « *il y a aujourd'hui plusieurs types de prêteurs. L'ami, mais aussi l'homme d'affaires. Le classique et le moderne. L'emprunteur, lui, ne change pas. Pour lui, le modèle du Code civil conserve sa valeur* »³¹¹. En effet, la qualification de contrat gratuit n'a, pour lui, aucun inconvénient.

B. La neutralité de l'intérêt poursuivi au regard du régime supplétif des contrats gratuits

171. Les différences de régime entre les contrats gratuits et onéreux semblent fondées sur l'idée selon laquelle celui qui reçoit une prestation gratuitement ne doit pas être trop exigeant, et non sur la volonté de protéger l'acteur de gratuité (1). Cependant, il ne s'agit que d'un régime supplétif, dont l'application est, par conséquent, subordonnée à l'absence de convention contraire, expresse ou tacite. Les larges pouvoirs du juge dans la recherche de la commune intention des parties, tout comme la protection de l'économie générale du contrat semblent protéger suffisamment le bénéficiaire de gratuité sans recourir à une qualification onéreuse du contrat (2).

1. Fondement du régime supplétif des contrats gratuits

172. Nous avons déjà commencé à envisager les différences entre les régimes supplétifs des contrats gratuits et ceux des contrats onéreux. Certaines différences apparaissent ponctuellement, comme la résiliation du prêt à usage avant terme en cas de

³¹¹ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, n°602.

besoin imprévu de la chose, vraisemblablement fondée sur la volonté de favoriser le propriétaire³¹². D'autres, comme la possibilité de révoquer les donations, notamment en cas de survenance d'enfants, sont fondées sur une volonté de privilégier la transmission des fortunes au sein de la famille. Il y a néanmoins deux différences entre les régimes des contrats gratuits et ceux des contrats onéreux qui apparaissent assez généralement, et qui sont davantage fondées sur l'absence de prix que sur le désintéressement présumé de l'acteur. Elles reposent, essentiellement, sur une absence ou un allègement des garanties contre l'éviction et des vices cachés et de la « responsabilité pour vices cachés » (a), et, par ailleurs, sur un allègement de la responsabilité contractuelle du prestataire gratuit (b).

a) les allègements de garantie

173. **Garantie contre l'éviction** <> Les contrats onéreux translatifs de propriété ainsi que les contrats onéreux de mise à disposition connaissent une garantie contre l'éviction : le vendeur³¹³, le bailleur³¹⁴, ainsi que l'échangiste³¹⁵ doivent ainsi garantir l'acheteur, le locataire et le copermutant contre l'éviction, tant de leur fait personnel, en application de l'adage *Qui doit garantie ne peut évincer*, que du fait des tiers. Une telle garantie ne se retrouve pas, totalement en tout cas, dans les contrats gratuits. Ainsi, la garantie contre l'éviction du fait des tiers n'existe pas dans le prêt à usage, pas plus que dans la donation. La garantie du fait personnel, quant à elle, se retrouve indirectement dans le régime de ces actes juridiques. Ainsi, s'il est permis au prêteur de reprendre sa chose avant terme en cas de besoin pressant et imprévu, il lui est *a contrario*, interdit de la reprendre si un tel besoin ne se présente pas, sachant qu'il appartient au juge d'apprécier la demande de restitution, conformément à la lettre de l'article 1889 du Code civil. La garantie contre l'éviction du fait personnel existe également dans les donations³¹⁶. Le contraire reviendrait à remettre en cause leur irrévocabilité.

³¹² Voir *supra*, n°157.

³¹³ Art. 1626 et s. c.civ.

³¹⁴ Art. 1725 et s. c.civ.

³¹⁵ Art. 1705 c.civ.

³¹⁶ Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1978, *Bull. civ. I*, n°12— M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1406.

174. **Explication de l'allègement de la garantie contre l'éviction dans les contrats gratuits**<>Ainsi, la garantie contre l'éviction du fait personnel existe dans tous les contrats dans lesquels un bien est transféré ou mis à disposition. Il s'agit là, essentiellement, de ne pas remettre en cause la force obligatoire des contrats, qu'ils soient gratuits ou onéreux. S'agissant des donations, il s'agit même d'assurer leur irrévocabilité. En revanche, la garantie du fait des tiers n'existe que dans les contrats onéreux. Il serait vain de rechercher dans le comportement de l'acteur de gratuité l'explication d'une telle faveur. En effet, s'il y a éviction du fait d'un tiers, c'est peut-être parce que le donateur ou le prêteur n'était pas vraiment propriétaire de la chose, et, dans certains cas, qu'il le savait pertinemment. Il n'y a là aucun désintéressement et aucune protection légitime de l'acteur de gratuité. Mieux vaut alors chercher la raison de l'absence de garantie du côté du bénéficiaire. Ce dernier, n'ayant pas payé le bien, il ne subit aucune perte en cas d'éviction³¹⁷, au contraire de l'acheteur qui a payé son bien et qui risquerait de tout perdre sans le mécanisme de la garantie contre l'éviction. Ce genre de considération explique aussi les différences de régime en matière de garantie des vices cachés.

175. **Garantie des vices cachés**<>La garantie des vices cachés³¹⁸, présente dans la vente et dans le louage de choses notamment, est en revanche absente de la donation, et apparaît de manière allégée en matière de prêt à usage³¹⁹. Nous avons déjà pu mesurer combien les questions de garantie étaient à l'origine d'une discussion sur la qualification des contrats gratuits intéressés³²⁰, notamment lorsque le bénéficiaire de gratuité subit un préjudice du fait de la défectuosité du bien. La garantie des vices cachés a, en effet, une fonction indemnitaire qu'on a du mal à exclure dans les contrats gratuits, au moins lorsqu'ils sont passés entre professionnels et consommateurs. Comment expliquer l'absence de garantie des vices cachés dans les contrats gratuits, notamment dans les donations, alors que le bénéficiaire peut subir un grave préjudice à cause d'un bien vicié ? C'était la question que permettait de se poser le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 26 mai 1983³²¹ à propos du prêt d'une automobile dont le système de freinage,

³¹⁷ En ce sens, v. M. GRIMALDI, n° 1406.

³¹⁸ P. JACHMIG-JOLY, *La garantie des vices cachés, essai de théorie générale*, Th. Paris II, 1997 — P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 2005.

³¹⁹ Voir *infra*, n°177

³²⁰ Voir *supra*, n°163

³²¹ GP 9-10 novembre 1983, p. 16 ; RTD Civ. 1984, p. 121, obs. Ph. RÉMY, v. *supra*, n°163.

défectueux, avait causé la mort d'une passagère. Puisque les contrats gratuits sont utilisés dans les relations d'affaires, et, notamment, dans les relations entre professionnels et consommateurs, on pourrait être tenté d'accorder au « *consommateur de gratuité* » la même sécurité qu'au consommateur qui paye.

176. ***Distinction de la conformité et de la sécurité***<> En réalité, un tel raisonnement provient d'une confusion, jadis nécessaire, entre la conformité et la sécurité³²². Il est vrai que les vices cachés peuvent être à l'origine d'un défaut de sécurité, ce qui explique l'attraction du défaut de sécurité vers la garantie des vices cachés. Or celle-ci sanctionne, originellement, le défaut de conformité à l'« *attente légitime des utilisateurs* »³²³. Cette fonction première de la garantie des vices cachés se mesure parfaitement à sa sanction de principe : la restitution de tout ou partie du prix, selon que l'acheteur opte pour l'action rédhibitoire ou pour l'action estimatoire. En matière de bail, la sanction semble identique : résiliation du bail ou diminution de loyer³²⁴. Il s'agit là de protéger les intérêts économiques de l'acheteur et du locataire³²⁵, ce qui se comprend aisément si l'on raisonne à partir de la vente : l'acheteur a payé la chose, il doit pouvoir éviter la perte du prix si jamais celle-ci est viciée. Au contraire, dans les contrats gratuits, la perte de valeur de la chose n'entraîne pas de perte pour le bénéficiaire de gratuité. Cette seule considération suffit, là encore, à expliquer l'absence de garantie des vices cachés dans les contrats gratuits.

177. **« *Responsabilité* » du fait des vices cachés**<>À la garantie *stricto sensu*, sanctionnée par les actions rédhibitoire et estimatoire, se superpose une garantie *lato sensu*, qui consiste davantage en une « responsabilité pour vices cachés », et qui est utilisée pour sanctionner les vices attentatoires à la sécurité du contractant qui obtient l'usage de la chose grâce au contrat. Ainsi, en matière de vente, l'article 1645 du Code civil prévoit que le vendeur qui connaissait les vices sera tenu d'indemniser l'acheteur de la totalité du préjudice subi. La jurisprudence considérant que le vendeur professionnel est tenu de

³²² En ce sens, J. CALAIS-AULOY, *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, D.1993, chr. p. 130.

³²³ J. CALAIS-AULOY, chr. préc.

³²⁴ En ce sens P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, n°309 —P. PUIG, *Contrats spéciaux*, coll. Hyper Cours, Dalloz, 2005n° 644 : « *Bien qu'aucun texte n'offre au preneur l'éventail des actions rédhibitoire et estimatoire offertes à l'acheteur (art. 1644 c.civ.), il convient de lui réserver un choix équivalent fondé sur la responsabilité contractuelle de droit commun* » — Comp. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 7^{ème} éd., 2004, n° 500 : ces auteurs n'envisagent que des dommages et intérêts ou la résiliation du bail.

³²⁵ J. CALAIS-AULOY, chr. préc.

connaître les vices de la chose, il est, dans tous les cas, possible de lui demander des dommages et intérêts³²⁶. Si, dans la vente, la responsabilité n'est encourue qu'en cas de connaissance des vices, le bailleur, de son côté, est toujours responsable des dommages causés par un vice de la chose louée, l'article 1721 alinéa 2 ne distinguant pas le sort du bailleur qui connaissait les vices de celui qui les ignorait. Cette différence entre la vente et le bail est expliquée par le fait que le bailleur reste propriétaire de la chose louée³²⁷. C'est le cas également dans le prêt à usage, mais dans ce cas, aux termes de l'article 1891 du Code civil, le prêteur ne devra indemniser l'emprunteur que s'il connaissait les vices de la chose. Le fondement de cette disposition repose certainement, pour une fois, sur la volonté de ne pas trop accabler le prêteur, qui ne gagne rien à l'opération. Mais ceci n'est absolument pas gênant lorsque le prêt est accordé par une personne dans le cadre de son activité professionnelle et qu'il est, par conséquent, intéressé. En effet, le fait générateur de la responsabilité pour vice caché est le même dans le prêt et dans la vente. Dès lors, rien n'interdit de considérer que le prêteur professionnel connaît les vices, et qu'il doit donc indemniser l'emprunteur dans l'hypothèse où ils lui causeraient un dommage autre que la seule impossibilité de se servir du bien emprunté. Il s'agirait tout simplement, ici, de transposer la jurisprudence assimilant le vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi en matière de prêt.

178. **Produits défectueux**<> Plus généralement, il conviendrait peut-être de mieux distinguer les obligations de sécurité de la garantie des vices cachés. De cette manière, l'absence ou l'allègement de la seconde dans les contrats gratuits, fondée sur l'absence de valeur à protéger, n'interdirait pas de sanctionner la première. C'est cette direction qui a d'ailleurs été prise par la directive n° 85/374 CE du 25 juillet 1985 transposée par la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Cette dernière s'applique, en effet, dès lors que le produit défectueux a été mis sur le marché, peu important que la victime soit liée contractuellement ou non avec le producteur, et peu important, *a fortiori*, que l'éventuel contrat ayant permis à la victime d'acquérir le bien soit gratuit ou onéreux.

179. **L'élision des garanties, conséquence technique de la gratuité**<> L'élision de la garantie des vices cachés, comme de la garantie contre l'éviction, dans les contrats

³²⁶ Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1965, D. 1965, p. 389 ; RTD Civ. 1965, p. 665, obs. G. Cornu (*Affaire du pain maudit de Pont-Saint-Esprit*).

³²⁷ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, n° 309, note 180.

gratuits, découle donc logiquement de la gratuité, elle en est une conséquence technique. S'agissant des allègements de responsabilité, cette argumentation peut être également invoquée, mais sans emporter la conviction.

b) les allègements de responsabilité

180. La responsabilité contractuelle du mandataire, comme celle du dépositaire, sont allégées lorsqu'ils agissent gracieusement. L'explication donnée de cet allègement par les codificateurs tenait au fait que ces contrats étaient des services d'amis, et que l'on ne pouvait pas exiger autant de diligence de la part de celui qui agit gratuitement que de celui qui reçoit une rémunération. Ainsi, lors de la discussion devant le Corps Législatif du titre relatif au mandat, le tribun Bertrand DE GREUILLE indiquait : *« il est tout naturel d'exiger plus de diligence et d'attention d'un homme qui reçoit le prix du service qu'il s'oblige à rendre, que de celui dont le zèle est uniquement dirigé par le sentiment de la bienfaisance »*³²⁸. La même idée justifie l'allègement de la responsabilité du dépositaire gratuit, comme en témoigne cette phrase tirée du discours du tribun FAVARD devant le Corps législatif : *« Si le dépositaire reçoit un salaire, ou si le dépôt n'a été fait que pour son intérêt, il est juste que dans ces deux cas sa garantie ait plus d'extension : il n'est plus un simple dépositaire ; il devient une espèce de préposé à gage ou un débiteur soumis à d'autres engagements »*³²⁹. Ainsi, dès 1804, le prestataire onéreux apparaissait comme celui souscrivant des engagements stricts. En d'autres termes, on se représentait déjà, derrière lui, le professionnel, celui qui a l'habitude de fournir certaines prestations, si bien que l'on peut exiger de lui qu'il s'engage à aboutir à un résultat meilleur que le prestataire qui n'a pas une telle habitude, la rémunération étant, en matière de service, le prix des diligences du prestataire.

Dès lors, si la responsabilité du prestataire gratuit semble allégée par rapport à celle du prestataire onéreux, c'est parce que, en réalité, les obligations du prestataire gratuit sont moins fortes que celles des prestataires onéreux : ils ne doivent pas aboutir au même

³²⁸ Discours prononcé devant le Corps Législatif le 19 ventôse an XII, FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, Paris, 1836, t. XIV, p. 609.

³²⁹ Discours prononcé devant le Corps Législatif le 23 ventôse an XII, FENET, t. XIV, p. 513.

résultat. Cela se justifie pleinement si l'on estime que le prestataire gratuit n'a pas la même habitude que le prestataire onéreux, qu'il est, par nature, moins efficace. Pour autant, il est fort possible que des personnes qui n'ont pas l'habitude de fournir certains services, ou qui n'ont pas de qualification particulière, se fassent rémunérer pour les services qu'ils rendent. À l'inverse, il se peut que des professionnels agissent gratuitement, si bien que la pertinence de la distinction entre les contrats gratuits et onéreux en matière de responsabilité contractuelle peut sérieusement être remise en cause³³⁰, et ne devrait pas avoir d'influence sur le niveau de responsabilité du prestataire. Plus pertinente serait la distinction entre le prestataire professionnel et celui qui n'a pas cette qualité³³¹, et qui ne s'engagerait pas à parvenir à un résultat identique à celui promis par le professionnel.

2. Portée du régime supplétif des contrats gratuits

181. L'allègement de la pression juridique dans les contrats gratuits, qu'il passe par un allègement de garantie ou de responsabilité, peut, dans certains cas, sembler illégitime, notamment lorsque le prestataire de service gratuit est un professionnel qui agit dans le but de fidéliser sa clientèle ou de conquérir des parts de marché. Nous avons vu que, dans ce cas, refuser la qualification gratuite du contrat n'était pas la meilleure solution. Au contraire, le maintien d'une qualification gratuite est sans inconvénient, d'abord parce que le régime de faveur est supplétif, ensuite parce qu'aujourd'hui la responsabilité du fait des produits défectueux permet de réparer les préjudices dus à un défaut de sécurité sans prendre en considération le contrat conclu.

182. **Un allègement supplétif**<> Le régime de faveur dont bénéficie l'acteur de gratuité, dans le prêt à usage, le mandat et le dépôt, est supplétif³³², et, par conséquent, ne s'applique que lorsque les parties n'ont pas exprimé leur intention sur le contenu des obligations. Cependant, l'incomplétude des stipulations expresses du contrat ne suffit pas, à elle seule, à déclencher l'application du droit supplétif. Il appartient, en effet, au juge de

³³⁰ Voir en ce sens, en matière de transport aérien, J.-P. TOSI, *Responsabilité du transporteur aérien : dépoussiérons le code de l'aviation civile !*, D.2005, p. 719.

³³¹ J.-P. TOSI, note préc.

³³² C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, *Bibl. Dr. Privé*, t. 421, 2004.

rechercher la commune intention des parties, conformément à ce que prévoit l'article 1156 du Code civil. Il peut, pour cela, s'appuyer sur le comportement postérieur des parties, susceptible de révéler leur intention³³³, comme sur leur comportement antérieur³³⁴. Il peut donc rechercher dans des faits extrinsèques au contrat l'intention des parties. C'est, du reste, ce que fait la jurisprudence lorsqu'elle considère que, même si ce n'est pas expressément stipulé, le mandat donné à un professionnel est onéreux. Il est donc tout à fait possible de considérer que le régime de responsabilité allégée des contrats gratuits est tacitement exclu par les parties lorsque le prestataire est un professionnel et qu'il agit de façon intéressée. Des décisions ont pu statuer en ce sens en matière de prêt à usage intéressé. Ainsi, un garagiste ayant prêté à son client un véhicule de remplacement a pu se voir reprocher de ne pas avoir prévenu l'emprunteur de ce que le véhicule n'était pas assuré³³⁵. En l'espèce, la Cour d'appel avait condamné l'emprunteur à payer les réparations, aux motifs que l'emprunteur, conformément à l'article 1880 du Code civil, est responsable des dommages survenus, par sa faute, à la chose. La Cour de cassation casse, considérant que le prêteur avait manqué à son obligation d'information sur l'étendue des garanties de son contrat d'assurance et sur la nécessité de souscrire des garanties complémentaires. Les parties étant liées, à titre principal, par un contrat d'entreprise, l'obligation d'information de l'entrepreneur professionnel s'applique même au prêt à usage accessoire. La qualification de prêt à usage n'est donc pas un inconvénient pour l'emprunteur qui contracte avec un professionnel, et peut donc être maintenue³³⁶.

183. **Responsabilité du depositaire**<>En matière de dépôt gratuit intéressé, il pourra paraître souhaitable d'appliquer au depositaire la responsabilité qui pèse, en principe, sur le depositaire salarié. Rappelons que la responsabilité allégée des mandataires et depositaires provient, comme nous l'avons vu, d'une appréciation plus stricte de l'obligation du prestataire salarié que du prestataire gratuit. S'agissant du dépôt, il faut s'intéresser à l'article 1927 du Code civil, qui énonce que le depositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte à la garde de ses propres affaires. L'article 1928 énonce que « *la disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur (...) s'il a été stipulé un salaire pour la garde du dépôt* ».

³³³ Civ. 3^{ème}, 5 févr. 1971, D. 1971, p. 281, rapport Cornuey.

³³⁴ Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1986, Bull. Civ. I, n°31.

³³⁵ Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, Bull. civ. I, n°235, RDC 2004 p. 718, obs. Bénabent.

³³⁶ Comp. A. BÉNABENT, obs. préc.

Ce surplus de rigueur vaut, également, selon les termes de l'article 1928, lorsque le dépositaire s'est offert lui-même pour le dépôt, si le dépôt est fait exclusivement dans son intérêt, et s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. On peut s'interroger sur la possibilité d'appliquer cette rigueur au dépôt non-salarié, accompli dans l'intérêt commun du déposant et du dépositaire, lorsque les parties n'ont pas expressément stipulé que le dépositaire répondrait de toutes sortes de fautes, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un dépôt non-rémunéré offert par un professionnel. Son obligation ne devrait-elle pas apparaître comme tacitement plus rigoureuse que celle du dépositaire gratuit non-professionnel ?

Les quatre cas, visés par l'article 1928, dans lesquels l'obligation du dépositaire doit être plus sévèrement appréciée, ne semblent pas, pour trois d'entre eux au moins, pouvoir s'appliquer à cette situation. Le dépôt, certes intéressé mais non rémunéré, reste en effet gratuit, ce qui ne permet pas d'appliquer l'article 1928, 2°. S'il présente un intérêt pour le dépositaire et pour le déposant, l'article 1928, 3° est également inapplicable, puisqu'il vise le dépôt accompli dans l'intérêt *exclusif* du dépositaire. Quant à l'article 1928, 4°, il n'est d'aucun secours dans l'hypothèse envisagée. Seul l'article 1928, 1° pourrait alors porter secours au déposant et aux défenseurs d'une responsabilité alourdie du dépositaire gratuit professionnel. En effet, il est possible de considérer que le dépositaire professionnel est, dans la formation du contrat, le pollicitant. Ainsi, par exemple, le restaurant ou le salon de coiffure qui offrent un vestiaire gratuit pourraient être obligés plus sévèrement que le dépositaire gratuit de l'article 1927, dès lors qu'ils apparaissent comme les pollicitants.

Cependant, il est possible d'obliger davantage le dépositaire sans lancer le débat sur la détermination des auteurs de l'offre et de l'acceptation. En effet, l'article 1928 du Code civil énonce quatre cas dans lesquels l'obligation du dépositaire doit être plus sévèrement appréciée. Rien ne permet de dire que la liste en question est limitative. Une telle approche contrarierait même l'aspect essentiellement supplétif de l'article 1927 du Code civil.

184. **Responsabilité du mandataire**<>De la même manière, l'article 1992 du Code civil énonce que « *le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion* », avant de préciser que « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Comme en matière de dépôt, la différence d'appréciation de la

responsabilité du mandataire gratuit et du mandataire onéreux ne concerne que la faute et non l'étendue de la réparation³³⁷. *A contrario*, cela veut donc dire que l'obligation du mandataire salarié est plus lourde que celle du mandataire gratuit. Néanmoins, rien n'interdirait à une juridiction de considérer que le mandataire professionnel gratuit a tacitement accepté de s'engager comme un mandataire onéreux : l'article 1992 est supplétif, et il n'est pas exigé de stipulation expresse pour y déroger. Cela permettrait d'engager plus facilement la responsabilité du mandataire professionnel lorsque ce dernier accomplit la mission dans son intérêt, et ce même s'il n'est pas rémunéré. Malgré tout, la jurisprudence a tendance à appliquer la responsabilité allégée au mandataire gratuit professionnel lorsque la mission n'est pas directement dans son intérêt³³⁸. Il faut dire que l'hypothèse d'un mandat intéressé et non rémunéré est sans doute une hypothèse d'école : le mandataire devant agir au nom et pour le compte du mandant, le mandat est, par définition, accompli dans l'intérêt du mandant, exception faite de l'hypothèse particulière du mandat d'intérêt commun.

185. **Responsabilité du fait des produits défectueux**<>Plus délicat est le problème de la garantie des vices cachés, et, plus particulièrement, de l'indemnisation du préjudice résultant d'un défaut de sécurité. Comme nous l'avons vu précédemment, la fonction première de la garantie des vices cachés, à savoir la conservation de la valeur investie dans le bien, est inutile dans les contrats gratuits, puisque le bénéficiaire ne perd rien. Néanmoins, la fonction seconde, à savoir l'indemnisation du défaut de sécurité, reste utile pour celui qui, par donation ou par prêt, obtient gratuitement l'usage d'un bien. En matière de prêt à usage, l'indemnisation ne sera possible qu'à condition de démontrer que le prêteur avait connaissance des vices. Nous avons vu qu'il n'était pas inenvisageable, loin de là, de présumer de façon irréfragable que le prêteur professionnel a connaissance des vices, comme cela se fait déjà en matière de vente. Le problème peut se poser, en revanche, de l'indemnisation de celui à qui un bien défectueux a été donné. En effet, la qualification de vente est improbable, surtout si le cadeau n'est pas, comme dans la vente

³³⁷ Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1980, Bull. Civ. I, n° 11 ; RTD Civ. 1981, p. 407, obs. Cornu.

³³⁸ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, CCC 2000, n°156 : « l'arrêt qui (...) énonce que la responsabilité est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, a pu retenir (...) que les choix peu judicieux faits par le mandataire ne constituaient pas un manquement à son obligation de conseil ». En l'espèce, un directeur du département « placements » d'une banque avait été mandaté pour gérer un porte-feuilles de valeurs mobilières. Il avait placé les fonds dans une SICAV dont il était membre du Conseil d'administration, avant que celle-ci ne se déprécie. L'action en responsabilité intentée par le mandant échoue au motif que le mandataire n'avait pas fait passer ses intérêts avant ceux du mandant, et que sa faute, appréciée moins rigoureusement compte tenu de la gratuité du mandat, n'était pas caractérisée.

avec prime, l'accessoire d'une vente. La qualification de donation, de son côté, ne permet pas au donataire d'être indemnisé. Reste alors à nier l'existence d'un contrat et à autoriser une action en responsabilité délictuelle. Néanmoins, cette action n'est possible qu'à condition de démontrer une faute du commerçant, ou, pour les choses dotées d'un mécanisme propre, de considérer que ce dernier a conservé la garde de la structure³³⁹. Cette solution n'était donc pas toujours acceptable, et le problème de l'indemnisation des victimes du défaut de sécurité d'un produit donné gratuitement pouvait se poser. Si, par ailleurs, la jurisprudence avait pu dégager une obligation, à la charge du vendeur professionnel, de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens, et ce tant vis-à-vis de son acquéreur que de tiers³⁴⁰, cette solution n'avait jamais été affirmée à propos du professionnel ayant donné le bien défectueux.

Ce problème est, depuis quelques années, résolu, tout au moins en partie. En effet, la loi du 19 mai 1998, transposant la directive communautaire du 25 juillet 1985, pose un régime de responsabilité du fait des produits défectueux indépendant des formes contractuelles ayant permis la mise en circulation du produit, et indépendant du lien (contractuel ou non), existant entre la victime et le responsable. Le grand avantage de cette loi était de permettre d'engager, outre la responsabilité du producteur ou de l'importateur, celle du « *fournisseur professionnel* », selon les termes utilisés par l'article 1386-7 du Code civil. Néanmoins, la Cour de Justice des Communautés Européennes a considéré que la possibilité de poursuivre le fournisseur était contraire au texte de la directive, et a, par conséquent, condamné la France pour manquement³⁴¹. Malgré tout, la victime d'un défaut de sécurité d'un produit fourni gratuitement pourra, et c'est le grand intérêt de la directive et de sa transposition, obtenir réparation auprès du producteur ou de l'importateur. Elle pourra

³³⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n° 203.

³⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 17 janv.1995, Bull. Civ. I, n°43 ; D.1995.350 note Jourdain ; D.1996.somm. 15 obs. Paisant ; RTD Civ. 1995.631, obs. Jourdain ; Rev. Gén. Ass. Terr. 1995.529 note Rémy ; Civ. 1^{ère}, 3 ars 1998, D.1999.36, note Pignarre et Brun ; JCP 1998.II.10049 rapp. Sargos ; JCP 1998.I.144, n°18, obs. Viney ; GP 1998.2.720, note Fouassier ; RTD Civ. 1998.683, obs. Jourdain. Cette jurisprudence est, certainement, aujourd'hui, condamnée par l'arrêt de la CJCE du 25 avril 2002, estimant que les droits conférés par la législation d'un État membre aux victimes d'un dommage causé par un produit défectueux, au titre d'un régime général de responsabilité ayant le même fondement que celui de la directive, peuvent se trouver limités ou restreints à la suite de la transposition de la directive 85/374 CE dans l'ordre juridique interne dudit État. Cf. CJCE 25 avr. 2002, aff. C-52/00, D.2002, p. 2462, note Larroumet ; *ibid.* AJ 1670, obs. Rondey ; *ibid.* Somm. 2935 obs. Pizzio ; CCC 2002, n°117, note Raymond ; RTD Civ. 2002 p. 523, obs. Jourdain ; *ibid.* 868, obs. Raynard ; RTD Com. 2002, p. 585, obs. Luby.

³⁴¹ CJCE, 25 avril 2002, cité *supra* note 340.

toujours, comme l'a précisé la loi du 9 décembre 2004, modifiant l'article 1386-7 pour conformer le droit français à la décision de la Cour de Luxembourg du 25 avril 2002, agir contre le fournisseur lorsque le producteur demeure inconnu.

186. **Conclusion de la sous-section 1**<> Il est possible, et même souhaitable, de se contenter de l'absence de rémunération ou, plus largement, de l'absence de contre-prestation, pour caractériser la gratuité. Si, dans ce cas, la gratuité peut être intéressée, la qualification gratuite ne présente aucun inconvénient. En effet, si certaines dispositions du régime supplétif des contrats gratuits sont favorables à l'acteur de gratuité, il est possible de les éluder facilement lorsque le prestataire est intéressé, dès lors que l'on considère qu'il ne mérite plus une telle faveur.

Les mobiles de l'acteur de gratuité, l'intérêt qu'il poursuit ou non, doivent donc rester extérieurs à la qualification et au régime des contrats gratuits. Au-delà, ils ne sauraient être considérés comme la cause des obligations du prestataire gratuit, et ne sauraient, par conséquent, apparaître comme constitutifs de l'intention libérale, dont il faut privilégier une acception abstraite.

SOUS-SECTION 2 : LA NÉCESSITÉ DE SE RÉFÉRER À UNE CONCEPTION ABSTRAITE DE L'INTENTION LIBÉRALE

187. Comme nous l'avons vu précédemment, la gratuité apparaît comme nécessairement causée. À défaut, le flux unilatéral de prestation objective constituerait un enrichissement sans cause. Il nous faut désormais envisager cette cause sous l'angle du rapport entre la gratuité et l'altruisme. En effet, si la gratuité ne pouvait pas être intéressée, si elle devait correspondre à l'altruisme, une étude de la cause subjective des actes juridiques la contenant serait indispensable. Au contraire, si la gratuité devait consister seulement en une absence de rémunération, seule compterait la cause objective ou *causa proxima*.

188. La cause est traditionnellement envisagée, s'agissant des actes à titre gratuit, à travers l'intention libérale. Cette dernière est alors présentée comme l'un des deux éléments constitutifs des libéralités, l'élément moral, complément de l'élément matériel constitué par l'appauvrissement du disposant et l'enrichissement corrélatif du bénéficiaire. Les contours de l'intention libérale ont fait l'objet de débats aujourd'hui tranchés : sa conception abstraite l'a emporté sur une conception plus concrète et morale, témoignant de l'utilisation de la cause objective dans la qualification des actes juridiques (§1). Néanmoins, l'intention libérale n'est pas, malgré son nom, propre aux libéralités. La même intention est exigée dans les contrats de services gratuits (§2).

§1 : LE CHOIX D'UNE CONCEPTION ABSTRAITE DE L'INTENTION LIBÉRALE DANS LES LIBÉRALITÉS

189. L'intention libérale est l'élément moral des libéralités, considérées par beaucoup d'auteurs comme l'archétype des actes à titre gratuit³⁴². Si la gratuité devait être la traduction juridique de l'altruisme, notion morale, ce serait donc par le truchement de l'intention libérale. Un débat a donc existé pour savoir si cette dernière devait inclure les mobiles du disposant ou si une volonté abstraite, portée vers le résultat de l'acte gratuit, à

³⁴² R. CABRILLAC, *Les obligations*, Cours, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n°34 — Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n°414.

savoir l'enrichissement du gratifié, suffisait à caractériser l'intention libérale. L'exclusion des mobiles de l'intention libérale est aujourd'hui admise (A), ces derniers ayant tout de même un rôle probatoire (B).

A. L'exclusion des mobiles de l'intention libérale

Il nous faut revenir sur les termes du débat entre les partisans de la conception abstraite de l'intention libérale et les partisans de la conception concrète (1), avant de voir pourquoi le choix d'une conception abstraite était plus pertinent (2).

1. Les termes du débat

a) *La conception concrète de l'intention libérale*

190. Selon cette conception, il ne peut y avoir de libéralité que si le donateur a agi dans un but désintéressé, altruiste³⁴³. La recherche de son intérêt, qu'il soit matériel ou, dans la conception la plus radicale, morale, suffit à écarter la qualification de libéralité, et ce malgré l'existence d'une gratuité objective. Il convient alors de scruter les mobiles du donateur : pour qu'il y ait donation, ce dernier doit avoir voulu préférer autrui à lui-même. La jurisprudence a pu aller en ce sens, et formuler expressément cette condition. Ainsi, un jugement du Tribunal civil de Mamers du 2 février 1875³⁴⁴ avait validé la prise en charge des travaux de réfection d'une église malgré l'absence d'acte authentique, au motif que la bienfaitrice était animée par la recherche de sa propre satisfaction religieuse, le tribunal précisant que « *sans doute, la demanderesse a été heureuse de servir les intérêts de la commune ; mais son but principal a été (...) de pouvoir plus souvent faire célébrer l'office divin, et de venir, à ses heures, prier sur la tombe de son mari ; que pour qu'il y eût donation, il faudrait que la demanderesse ait préféré la commune à elle-même, mais que*

³⁴³ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1006.

³⁴⁴ T. Civ. Mamers, 2 févr. 1875, D.1875, 5, p. 188.

telle n'a pas été son intention ». La recherche des mobiles de la donation apparaît très clairement, ces derniers révélant l'absence d'altruisme.

191. ***Un objectif de validation de l'acte***<> Cette conception très restrictive de l'intention libérale ne doit pas surprendre : la jurisprudence a toujours eu à cœur de limiter la portée de l'article 931 du Code civil³⁴⁵, exigeant, à titre de validité, que les donations soient dressées par acte notarié. L'exclusion de la notion de donation de ces actes qui ne sont pas, à proprement parler, désintéressés permettait alors, à une époque où les juges avaient encore quelques scrupules à l'égard de l'article 931 du Code civil, de maintenir la validité des actes qui n'avaient pas été dressés en la forme notariée. La « *désolennisation* » des libéralités, largement admise au XX^{ème} siècle, devait avoir raison de cette conception concrète de l'intention libérale.

b) la conception abstraite de l'intention libérale

192. ***Distinction avec le consentement***<> Selon une conception plus abstraite et moins affective, l'intention libérale serait seulement « *la conscience et l'intention de s'appauvrir au bénéfice d'autrui* »³⁴⁶, l'intention de parvenir à l'élément matériel des libéralités. On a alors pu estimer que l'intention libérale n'était rien de plus que le consentement à la libéralité, et que son utilisation en tant que cause dans les actes à titre gratuit procédait d'« *une pure tautologie, une symétrie de façade avec la cause de l'obligation onéreuse* »³⁴⁷. Une telle position ne saurait cependant être admise. En effet, l'intention n'est pas, à proprement parler, synonyme du consentement. Comme le dit le Professeur GRIMALDI, « *le consentement n'est que l'acceptation (qui peut être résignée) du sacrifice, alors que l'intention libérale postule sa recherche ; le consentement n'est qu'une volonté appliquée au sacrifice, alors que l'intention libérale est une volonté tendue vers lui* ». Le droit pénal, plus enclin à la recherche des mobiles que le droit civil, distingue

³⁴⁵ J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 209, 1989, n° 7 : « *Les solennités rigoureuses entourant donations et testaments ont toujours été édulcorées ou supprimées sous la pression de nécessités pratiques* ».

³⁴⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1006.

³⁴⁷ J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955, n° 163—F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n°349.

bien, à cet effet, les mobiles de l'intention, et cette dernière de la volonté. L'intention est portée vers le résultat de l'infraction. C'est ainsi que l'infraction de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, énoncée à l'article 222-7 du Code pénal, est une infraction volontaire, quant aux coups donnés, mais non intentionnelle : le résultat, c'est-à-dire la mort de la victime, n'étant pas recherché.

On pourrait alors très bien concevoir que le consentement soit, en droit civil, et dans la formation de l'acte juridique, l'équivalent de ce qu'est la volonté dans la commission des infractions, ce qui permettrait de le distinguer de l'intention³⁴⁸. Une telle position peut, de prime abord, sembler bien artificielle. En effet, le consentement à un acte juridique englobe, la plupart du temps, la recherche de ses effets. Dès lors, le consentement à une donation contient nécessairement l'intention libérale, au moins dans sa conception abstraite, puisque la donation aboutit nécessairement à un transfert de bien sans contre-prestation. Du reste, en matière contractuelle, on estime que le juge doit rechercher la commune intention des parties, et non leur volonté commune. Le consentement semble donc, comme le disait Jean-Jacques DUPEYROUX dans sa thèse³⁴⁹, correspondre à l'intention.

193. ***Une distinction nécessaire pour appréhender les donations non notariées***<> Néanmoins, cette synonymie entre consentement à la donation et intention libérale n'est qu'apparente. Elle ne vaut que lorsque les parties ont exprimé leur intention de procéder à une donation, autrement dit, lorsqu'on est en présence d'un acte causé, la cause et l'intention désignant, finalement, la même chose. Autrement dit, s'il y a une parfaite concordance entre le consentement et l'intention libérale en matière de donation notariée, les deux notions doivent en revanche être distinguées en matière de don manuel et de donation indirecte. Ainsi, dans le don manuel, la remise de la chose donnée est volontaire. Néanmoins, le seul transfert de valeur, fût-il volontaire, ne permet pas d'établir qu'il y a eu donation. Encore faut-il que son auteur ait eu l'intention de donner sans rien recevoir en retour, et, surtout, sans vouloir être remboursé. Le contentieux portant sur la qualification de donation ou de prêt à usage témoigne de la nécessité d'établir l'intention

³⁴⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD Civ. 1995.573.

³⁴⁹ *op. et loc. cit.*

libérale, et, surtout, de ne pas se contenter du consentement à la remise de la chose, ou, plus largement, au transfert de valeur.

194. ***Donations indirectes – exemple du cautionnement-libéralité***<> Ceci est encore plus évident s’agissant des donations indirectes³⁵⁰. Dans cette hypothèse, l’exemple du cautionnement est révélateur de la nécessité de distinguer le consentement et l’intention libérale. S’agissant d’un contrat, ce dernier requiert le consentement de la caution, qui est reçu dans les liens l’unissant au créancier. Malgré tout, il convient également d’étudier le lien entre la caution et le débiteur principal. Ce dernier peut être onéreux si la caution se fait rémunérer son service de couverture³⁵¹. Il peut également être gratuit si la caution n’entend pas se faire rémunérer le service qu’elle rend au débiteur principal. Mais il se peut, également, que la caution entende conférer une libéralité au débiteur. Dans ce cas-là, outre le fait que la caution n’attend aucune rémunération, elle renonce à ses recours après paiement contre le débiteur. Pour caractériser le cautionnement-libéralité, il faudra alors constater l’intention libérale de la caution, sa volonté de s’appauvrir au bénéfice du débiteur principal en assumant définitivement le paiement de la dette³⁵².

195. ***Exemple des renonciations***<> La nécessité de distinguer le consentement et l’intention libérale apparaît de manière encore plus nette à propos des renonciations. Acte juridique unilatéral, la renonciation à un droit est toujours volontaire de la part de son auteur. Son consentement a pour objet la renonciation en elle-même. Néanmoins, il convient de distinguer les renonciations *in rem* et les renonciations *in favorem*. En effet, la renonciation, notamment à une succession, peut avoir différents objectifs. Elle peut résulter de l’intention de rejeter sa famille ou de l’intention de favoriser un cohéritier dans le besoin. D’apparence neutre, la renonciation peut donc constituer une libéralité si elle a pour cause l’intention libérale de son auteur³⁵³. À l’inverse, si elle n’est pas faite dans une intention libérale, la renonciation ne sera pas qualifiée de libéralité³⁵⁴.

L’intention libérale, fût-ce dans sa conception abstraite, n’est donc pas synonyme du consentement, et doit donc bien être appréhendée comme la cause objective de la libéralité.

³⁵⁰ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409.

³⁵¹ Voir *supra*, n°125

³⁵² F.-X. TESTU, *Le cautionnement-libéralité*, JCP 1989.I.3377.

³⁵³ Civ. 1^{ère}, 27 mai 1961, D.1962, p. 657, note J. Boulanger.

³⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, Dr. Fam. 1999, n°71, note B. Beignier.

2. L'adoption de la conception abstraite de l'intention libérale

196. **Dons aux associations cultuelles**<> Si la jurisprudence n'est pas toujours unanime³⁵⁵, elle semble opter pour la conception abstraite de l'intention libérale. Pour qu'il y ait libéralité, il faut et il suffit que le gratifiant ait entendu s'appauvrir au bénéfice du gratifié ; peu importent ses mobiles. Ainsi, alors que les tenants de la conception subjective estimaient que la recherche d'un intérêt, fût-il seulement moral, interdisait de qualifier un acte de libéralité, la Cour de cassation opte aujourd'hui résolument pour la solution inverse. Alors qu'au XIX^{ème} siècle, on estimait que le fait de donner des fonds à une église pour pratiquer son culte n'était pas désintéressé, et, partant, ne constituait pas une libéralité, il en va différemment au XXI^{ème} siècle. Autres temps, autres « cultes », la Cour de cassation a eu à statuer sur les dons faits par des fidèles à l'Association « *Les Témoins de Jéhovah* »³⁵⁶. Suite à une vérification comptable, l'Administration fiscale a constaté que ladite association avait recueilli des sommes d'argent enregistrées dans sa comptabilité sous le nom d'« *offrandes* ». Pour le fisc, il s'agissait, plus prosaïquement, de dons manuels, qui n'avaient pas été déclarés. Après mise en demeure restée infructueuse, l'administration fiscale recourut à la procédure de taxation d'office et redressa l'association. Contestant le redressement fiscal, l'association fut déboutée par les juges du fond et forma un pourvoi en cassation. Plusieurs moyens étaient développés par les conseils des Témoins de Jéhovah, dont un nous intéresse tout particulièrement ici. L'association considérait en effet « *qu'un avantage quelconque direct ou indirect, y compris une simple satisfaction morale, est de nature à exclure toute intention libérale* ». La Cour de cassation, pour sa part, approuve la Cour d'appel d'avoir « *relevé que les sommes enregistrées par l'association dans sa comptabilité étaient des dons manuels dont les auteurs étaient animés à son égard d'une intention libérale que l'exercice d'un culte auquel ceux-ci entendraient contribuer ne pouvait suffire à exclure* ». Il s'agit donc ici, clairement, de rejeter la conception subjective de l'intention libérale, selon laquelle l'existence d'une satisfaction morale interdirait de retenir l'existence d'une donation.

³⁵⁵ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1007.

³⁵⁶ Com. 5 oct. 2004, Defr. 2005, p. 132, art. 38086, note Chappert — L. MARTIN, *Le régime fiscal des dons manuels faits à une association cultuelle*, JCP N 2005.1193.

197. ***Donation destinée à maintenir ou à « rémunérer » une relation adultère***<>L'adoption d'une conception abstraite de l'intention libérale est encore plus explicite en matière de libéralités consenties entre concubins adultères. Dans un arrêt de principe du 3 février 1999³⁵⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause d'une libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* ». Jusqu'alors, la donation entre concubins adultères n'était pas, en tant que telle, nulle pour cause immorale. Seule était considérée comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la donation destinée à former, continuer ou reprendre des relations adultères³⁵⁸, c'est-à-dire, précisément, la donation accomplie dans le but d'obtenir les faveurs du (de la) donataire, donation éminemment intéressée. Allant semble-t-il encore plus loin, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a récemment affirmé que « *n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* »³⁵⁹. Si une lecture de la seule solution peut laisser penser qu'elle est classique, en ce qu'elle n'annule pas une libéralité sur le seul motif qu'elle a été accordée à une concubine adultère, la lecture de l'ensemble de l'arrêt permet d'y voir une très grande et nouvelle permissivité de la part de la Cour de cassation³⁶⁰. En effet, l'Assemblée plénière casse un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait annulé le legs au motif qu'il avait pour but de « *rémunérer* » les faveurs de la concubine. La détermination des mobiles relevant du pouvoir souverain des juges du fond, il faut donc en déduire que la rémunération des relations adultères ne constitue pas une cause immorale. Il eût été, en l'espèce, impossible de qualifier le legs de paiement d'une quelconque obligation, dont l'objet aurait assurément été en dehors du commerce juridique. La disposition est donc bel et bien gratuite. Peu nous importe ici le bien fondé ou non de la solution : nous pouvons

³⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, JCP 1999.II.10083, note Billiau et Loiseau ; GP 2000.1, p.70, note S. Piédelièvre ; GP 2000.1, p. 646, note Chabas ; D.1999, p. 267, rapp. X. Savatier et notre Langlade-O'Sughrue ; D. 1999, somm. p. 307, obs. Grimaldi ; *ibid.* somm. p. 377, obs. Lemouland ; JCP 1999.I.160, obs. Bosse-Platière ; JCP 1999.I.189, obs. Le Guidec ; JCP N 1999, p. 1430, note Sauvage ; Dr. Fam. 1999, comm. 54, note Beignier ; RJPF 1999-2/27, obs. Casey ; Defr. 1999, p. 680, obs. Massip ; *ibid* p. 738, obs. D. Mazeaud ; *ibid* p. 814, obs. G. Champenois ; Contrats Conc. Consom. 1999, comm. 105, note L. Leveneur ; RTD Civ. 1999, p. 364 et 817, obs. Hauser ; *ibid* p. 892, obs. Patarin ; PA 27 nov. 1999, p. 10, note Mestrot ; JCP 1999.I.143, obs. Labarthe.

³⁵⁸ Req. 8 juin 1926, DP 1927.1. 113 note R. Savatier.

³⁵⁹ Ass. Plén. 29 oct. 2004, JCP 2005.II.10011, note crit. F. Chabas. Voir aussi F. TERRÉ, *L'occasion rêvée*, JCP 2005, actualités, 223.

³⁶⁰ En ce sens, F. CHABAS, note préc.

simplement constater qu'il y a bien libéralité malgré la recherche évidente d'un intérêt de la part du donateur, qui n'agit pas par pur altruisme³⁶¹.

198. **Choix explicite de la conception abstraite de l'intention libérale**<> Plus positivement, la jurisprudence retient très clairement la conception abstraite de l'intention libérale. Ainsi, dans une affaire où elle avait à connaître de la donation d'un portefeuille de courtage en assurances, la Première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir estimé « *que l'intention libérale (...) résultait suffisamment de la déclaration faite à l'expert judiciaire selon laquelle [le donateur] avait décidé de ne pas demander paiement de la valeur de son portefeuille de courtage* »³⁶². Peu importent les mobiles, seule compte donc la volonté de ne pas obtenir de contre-prestation.

199. **Un choix à approuver**<> Une telle conception doit être encouragée. En effet, les mobiles sont, la plupart du temps, impossibles à établir. De plus, même s'ils sont parfois dévoilés par les parties, rien ne permet de dire qu'ils sont tous connus³⁶³. Par ailleurs, une conception trop stricte de l'intention libérale sera souvent trop réductrice, ce qui rendra trop rares les libéralités, l'intérêt moral du disposant étant souvent recherché. Au-delà, vouloir à tout prix débusquer l'altruisme derrière l'intention libérale est sûrement contraire aux intentions des codificateurs de 1804. En effet, ces derniers envisageaient les donations comme un outil permettant aux parents de récompenser leurs enfants, ce qui a justifié l'octroi d'une quotité disponible³⁶⁴. De la même manière, la révocabilité des

³⁶¹ Voir déjà, illustrant par les donations entre concubins la possibilité de concilier la gratuité et la recherche d'un intérêt moral, J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955, n° 76 et 77.

³⁶² Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 02-14102.

³⁶³ En ce sens, M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1006.

³⁶⁴ Voir en ce sens MALEVILLE, Discussion devant le Conseil d'État, 30 nivôse an XI : « *Les peines et les récompenses sont le ressort le plus puissant des actions de l'homme ; et le législateur ne serait pas sage, qui croirait pouvoir les diriger uniquement par l'amour de leurs devoirs. Il faut donc mettre de grands moyens dans la main des pères si l'on veut compter sur l'obéissance et la moralité des enfants.(...) Ce serait toujours un avantage de ramener au devoir par l'espérance et par la crainte ceux sur qui l'amour du devoir serait impuissant. Eh ! que serait la société, si les hommes s'y montraient avec tous les vices que l'intérêt les engage à voiler ? Bien souvent, l'apparence de la vertu a l'effet de la vertu même* », FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Videcoq, Paris, 1836, t. XII, p. 254—TRONCHET, même séance : « *Il semble donc que la totalité du patrimoine paternel devrait passer aux descendants en ligne directe, et que le pouvoir du père devrait être réduit à faire quelques legs rémunérateurs d'une valeur modique. Cependant, l'intérêt public exige qu'on lui donne un peu plus de latitude, afin qu'il puisse distribuer des récompenses parmi ses enfants même* », op.cit. p. 258—PORTALIS, même séance, « *Il n'est donc pas question d'examiner ce qui est le plus conforme au droit naturel, mais ce qui est le plus utile à la société. Sous ce point de vue, le droit de disposer est, dans la main du père, non, comme on l'a dit, un moyen entièrement pénal, mais aussi un moyen de récompense. Il place les enfans entre l'espérance et la crainte,*

donations entre époux était justifiée par la préoccupation de voir le conjoint (entendez l'épouse) rester fidèle au donateur jusqu'au bout, pour conserver le bénéfice de la donation³⁶⁵. Rien ne résume donc mieux la conception que l'on se faisait des libéralités au XIX^{ème} siècle que cette phrase du Père Goriot mourant, apprenant que ses filles, à qui il avait donné tous ses biens, ne viendraient pas à son chevet : « *Ah, si j'étais riche, si j'avais gardé ma fortune, si je ne la leur avais pas donnée, elles seraient là, elles me lècheraient les joues de leurs baisers !(...) Si j'avais des trésors à laisser, elles me panseraient, elles me soigneraient* »³⁶⁶. De la même manière, l'altruisme n'a jamais été une composante du don, même dans les sociétés archaïques³⁶⁷. Qu'il nous soit donc permis de constater l'absence de lien entre l'altruisme et les libéralités et, plus généralement, l'indépendance de cette notion morale et de la gratuité, notion juridique. Les mobiles sont bien extérieurs à l'intention libérale : cette dernière « *est plus proche de l'acte de volition final que les motifs ou les mobiles* »³⁶⁸. Cependant, les mobiles peuvent avoir un rôle à jouer dans la démonstration de l'intention libérale.

c'est-à-dire entre les sentimens par lesquels on conduit les hommes bien plus sûrement que par des raisonnemens métaphysiques », op. cit. p. 258-259.

³⁶⁵ X. MARTIN, *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, Rev. Hist. de Dr. Français et étranger, 1982, p. 589—E. LEVERBE, *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003, n° 9.

³⁶⁶ H. de BALZAC, *Le père Goriot*, Le livre de Poche, 1968, p. 405. Dans le même sens, cet avertissement donné par LOYSEL : « *Qui le sien donne avant de mourir bientôt s'apprête à moult souffrir* ».

³⁶⁷ Voir en ce sens M. HÉNAFF, *Le prix de la vérité. Le don, l'argent, la philosophie*, Paris, Le Seuil, 2002 et : « *Le don cérémoniel n'est pas de l'altruisme ; ni un simple outil de manipulation sociale. Il ne consiste pas à partager ou à contrôler, mais à défier, à séduire ; bref, à solliciter une réponse. Reconnaître n'est pas un geste de bonté ou de calcul, c'est un geste ambigu de défi, d'offre et d'attente de la réplique* ». L'auteur reproche à MAUSS, dans son analyse du don et du contre-don, de ne s'être intéressé qu'au fondement du contre-don et non pas à celui du don premier. Selon Marcel HÉNAFF, le don aurait pour fonction de reconnaître l'autre, de nouer un lien social avec lui, et, par conséquent, de l'inviter à une reconnaissance en retour qui pourra se manifester par un contre-don. On est cependant en-dehors de la logique marchande qui passe par une évaluation et une comparaison des prestations réciproques. Au contraire : « *il ne s'agit pas d'abord d'échange de biens (mais on peut conserver le terme d'échange en le comprenant comme forme de la réciprocité), il s'agit d'engagement de soi par le truchement de ses biens* » (Esprit, févr. 2002, p. 140).

³⁶⁸ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, n° 243.

B. Le recours aux mobiles dans la preuve de l'intention libérale

200. Si les mobiles ne constituent pas l'intention libérale, ils pourront, dans certains cas, et lorsqu'ils sont connus, servir à la prouver³⁶⁹. La question se posera surtout dans le contentieux des donations déguisées et des donations indirectes. Le fait de savoir qu'une personne était animée de sentiments altruistes vis-à-vis d'une autre permettra de présumer son intention libérale. Malgré tout, si les mobiles jouent ce rôle probatoire, il ne faut pas croire que l'altruisme soit nécessaire dans la démonstration de la gratuité. Au contraire, des mobiles intéressés pourront très bien, également, apporter la preuve de la libéralité. Ainsi, le fait de vouloir frauder les droits d'un créancier ou, plus largement, de mettre des biens à l'abri d'une procédure collective permettra de démontrer la gratuité.

§2 : LE CHOIX D'UNE CONCEPTION ABSTRAITE DE L'INTENTION LIBERALE DANS LES CONTRATS DE SERVICE GRATUITS

201. Le terme d'intention libérale évoque les libéralités. Le recours au latin est encore plus évocateur : on parle en effet d'*animus donandi* et d'*animus testandi*. Du reste, l'intention libérale est présentée comme l'élément moral des libéralités. Au contraire, elle n'est jamais présentée comme celui des contrats de service gratuits ; mais elle apparaît cependant dans cette catégorie : l'intention libérale serait en effet la cause de l'engagement gratuit, ce qui permet, comme nous l'avons déjà vu, de distinguer gratuité et enrichissement sans cause³⁷⁰. Une question se pose alors : peut-on, au mépris de l'étymologie, parler d'intention libérale dans les contrats de service gratuits ? Nous verrons qu'une réponse positive est possible sous réserve de quelques aménagements (A). L'intention libérale dans les contrats de service gratuits doit alors s'apprécier de la même manière qu'en matière de libéralités : une conception abstraite, indépendante des mobiles

³⁶⁹ Voir déjà, en ce sens, J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, n°159.

³⁷⁰ Voir *supra*, n°137 et s.

de l'acteur de gratuité doit être adoptée, qui témoigne, encore un peu plus, de l'indépendance de la gratuité et de l'altruisme (B).

A. La présence de l'intention libérale dans les contrats de service gratuits

202. *L'intention libérale, cause de l'obligation du prestataire de service gratuit*<> Selon une opinion partagée par la majorité de la doctrine, la cause de l'obligation, dans les contrats gratuits, serait l'intention libérale. S'agissant des contrats de service, la pertinence de la référence à cette notion ne semble pas évidente. En effet, si l'intention libérale est l'intention de procurer une libéralité, de s'appauvrir au bénéfice d'autrui, elle est étrangère aux contrats de service gratuits. Le service, en effet, n'est pas un bien, et celui qui procure un service gratuitement ne s'appauvrit pas, dans la mesure où aucun bien ne sort de son patrimoine. Si le terme d'intention libérale est utilisé à propos des services dans le contentieux de l'enrichissement sans cause, c'est précisément parce que l'on y emploie une notion d'enrichissement et d'appauvrissement bien plus large qu'en matière de libéralités : si le seul manque à gagner ne constitue pas un appauvrissement caractéristique de la libéralité, il en constitue un sur le plan de l'enrichissement sans cause.

203. *Similitude du rôle de l'intention libérale dans les libéralités et les contrats de bienfaisance*<> Malgré tout, la question de la cause se pose de la même manière dans les contrats de service gratuits et dans les libéralités. Surtout, s'agissant de contrats, l'accord des parties doit porter sur le résultat escompté de l'opération³⁷¹, vers un but qui n'est autre que la fourniture ou l'obtention gratuite d'un service : l'acteur doit vouloir rendre service sans être rémunéré. Là encore, peu importent les mobiles de son acte. Ceux-ci peuvent être purement désintéressés, ou, au contraire, intéressés de différentes manières : instaurer des relations amicales avec le bénéficiaire, fidéliser une clientèle sont, entre autres, des mobiles pour agir gratuitement. Là encore, comme en matière de libéralités, le seul fait de constater que l'acteur agit dans son intérêt ne permet pas de rejeter la qualification de gratuité.

³⁷¹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 311, 1999, n°75.

L'intention d'agir gratuitement est évidemment une condition nécessaire pour qualifier un contrat de gratuit, et elle permettra de rejeter une éventuelle action *de in rem verso*³⁷².

B. La signification de l'intention libérale dans les contrats de service gratuits

204. ***Intention d'agir gratuitement***<> Reste à définir cette intention dans les contrats de service gratuits. L'intention libérale ne peut pas, comme nous l'avons vu, y avoir la même acception qu'en matière de libéralités. En effet, dans une conception sans doute exagérément dématérialisée du service, on considère que le service gratuit n'appauvrit pas le prestataire, pas plus qu'il n'enrichit le bénéficiaire³⁷³. Ce que l'on appelle l'« *intention libérale* » dans les contrats de service gratuits est alors l'intention de fournir un service gratuitement, sans recevoir de contre-prestation. Un autre terme pourrait alors être trouvé : intention gratuite, intention d'agir gratuitement. Il est, néanmoins, également possible de considérer que l'intention libérale, au sens large, est l'intention d'agir gratuitement, et que, au sens strict, il s'agit de l'intention de s'appauvrir au bénéfice d'autrui.

205. ***Distinction entre l'intention de rendre service gratuitement et l'intention de s'appauvrir au profit d'autrui – Exemple du cautionnement-libéralité***<> La différence entre les deux doit être remarquée à propos du cautionnement : si la caution agit gratuitement vis-à-vis du débiteur principal, il faut relever son intention libérale relativement au service (intention de rendre service au débiteur sans être rémunéré pour cela), c'est-à-dire son intention de s'obliger gratuitement à la dette. Au-delà, si le cautionnement est un moyen de procéder à une libéralité, il faudra relever l'intention libérale relativement à l'appauvrissement³⁷⁴, l'intention libérale au sens strict, celle de contribuer gratuitement à la dette.

³⁷² Voir *supra*, n°143

³⁷³ Ce qui est, bien entendu, très schématique, dans la mesure où le fait de rendre un service gratuit ne crée pas qu'un manque à gagner mais peut aussi représenter un coût ; et dans la mesure où un service peut augmenter la valeur d'un bien (travaux de réfection d'un immeuble) ou permettre la fourniture d'un bien (contrat d'entreprise dont l'objet est la fabrication d'un bien).

³⁷⁴ L'appauvrissement procédant de la renonciation aux recours contre la caution.

206. **Indifférence des mobiles**<> L'intention d'agir gratuitement, de fournir une prestation sans recevoir de contre-prestation, est donc toujours nécessaire pour caractériser la gratuité dans les contrats et les libéralités. Que ce soit dans les libéralités ou dans les contrats de service gratuits, la présence de mobiles altruistes, désintéressés, n'est donc jamais une condition de la gratuité.

207. **Conclusion de la sous-section 2**<> Si la gratuité se mesure par référence à un « *élément moral* », l'intention libérale, cause de l'obligation dans les contrats gratuits, elle reste indépendante des sentiments de l'auteur de gratuité. Le choix d'une conception abstraite, objective de l'intention libérale, que ce soit dans les libéralités ou les contrats de service gratuits, correspond à une nécessité pratique : à défaut, bon nombre de dispositions visant la gratuité resteraient sans application, et les actes gratuits seraient particulièrement peu nombreux. Du reste, cette conception de la gratuité était celle des codificateurs.

208. **Conclusion de la section 1**<> Si l'appréhension de la gratuité nécessite de se référer à un élément moral, l'intention libérale, cette dernière est indépendante des mobiles de l'acteur. Peu importe donc qu'il agisse de façon altruiste ou intéressée. Par ailleurs, la dichotomie opposant la gratuité à l'onérosité repose seulement sur un critère technique, celui de la rémunération. Distinguer la gratuité et l'altruisme procède donc d'une nécessité pratique : les mobiles sont très difficiles à établir, et les textes relatifs à la gratuité ne sont pas seulement destinés à une gratuité pure, altruiste³⁷⁵. Au-delà, cette nécessité pratique de distinguer les deux notions corrobore une profonde différence dans leur appréhension théorique.

SECTION 2 : LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ALTRUISME : UNE JUSTIFICATION THÉORIQUE

209. Si la distinction de la gratuité et de l'altruisme est une nécessité pratique, cette dernière reçoit, en outre, une justification théorique. On pourrait tout d'abord justifier cette distinction par la différence de registre des deux notions : la première ressortit au

³⁷⁵ Voir également en ce sens E. LEVERBE, *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003, n°19 : l'altruisme est présent dans certains actes gratuits, mais n'est pas systématiquement un élément de la gratuité.

droit tandis que la seconde ressortit à la morale³⁷⁶. Or il est généralement admis que les deux disciplines n'ont pas le même domaine, et qu'elles doivent rester indépendantes l'une de l'autre. Malgré tout, la notion de gratuité n'est pas seulement une notion juridique. Il s'agit également d'une notion religieuse et morale, et la distinction de son sens juridique des autres sens n'est pas toujours bien perçue. Il existe en effet une notion juridique de gratuité, dans la mesure où des qualifications et des régimes vont en découler directement. C'est précisément de la notion de gratuité dans son acception juridique et, plus précisément, dans son acception privatiste, qu'il est question ici. Si elle semble devoir être distinguée de l'altruisme d'un point de vue pratique, la question qui se pose à ce stade du raisonnement est de savoir si l'on peut vraiment concevoir une gratuité totalement a-morale et indépendante de l'altruisme. En effet, si la distinction semble nécessaire compte tenu des textes, essentiellement parce que l'alternative entre la gratuité et l'onérosité semble fondée sur la seule présence d'une rémunération, il convient encore de se demander si elle est acceptable sur le plan théorique. Il faut, en réalité, mesurer si ce sont les textes qui sont mal rédigés ou si ce sont les deux notions qui ne peuvent pas être réduites l'une à l'autre.

210. Nous verrons alors qu'il existe bien une profonde différence d'ordre épistémologique entre la gratuité et l'altruisme³⁷⁷ qui tient à la différence des cadres d'analyse dans lesquels ces deux notions doivent être appréhendées. Ainsi, le champ d'observation de la gratuité, le cadre bilatéral ponctuel, ou micro-juridique³⁷⁸ dans lequel a

³⁷⁶ Son existence même est contestée. Cf. A. FINKIELKRAUT, *La sagesse de l'amour*, Gallimard, 1988, p. 11 : « Mais qui croit encore au désintéressement ? Qui prend pour argent comptant l'existence de comportements bénévoles ? Depuis l'aube des Temps Modernes, toutes les généalogies de la morale font dériver la gratuité de la cupidité, et les actions nobles du désir d'acquisition. Il n'y a pas d'oubli de soi qui ne s'avère payant pour le soi, pas de prodigalité sans compensation, pas de générosité qui ne soit en sous main et symboliquement gratifiante, pas d'offrande, enfin, qui ne trahisse le besoin impérialiste d'agir sur l'Autre et de le posséder. Tout don est prédateur, et toutes nos conduites sont lucratives : voilà ce que nous pensons spontanément, et la lucidité est pour nous l'acte qui dévoile, sous le dévouement apparent, l'omniprésente réalité de l'égoïsme. L'homme tel qu'il est, c'est l'homme moins le don » — F. COLLART-DUTILLEUL, *Gratuité et droit des contrats*, Mélanges en l'honneur de Mme Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska, Université de Lodz, 1997, p. 7 : « En premier lieu, la gratuité n'exclut pas l'intérêt : en faisant la charité, on gagne son paradis ».

³⁷⁷ Voir D. DE BECHILLON, *La gratuité dans le doute*, Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 53 : « Cette notion [la gratuité] fournit-elle pour de bon la clé de « l'autre paradigme », à opposer à ce que serait la mercantilisation dénoncée de nos manières de penser à l'autre ? Le discours commun — celui du charity business, par exemple — incite plus que jamais à le croire. Mais il se pourrait bien que cette croyance doive céder à l'examen. Tel est en tout cas le résultat — paradoxal en apparence — qu'il convient de mettre au compte des investigations menées depuis plusieurs années par certains des plus savants promoteurs d'une valorisation du don, pour qui ce n'est pas la gratuité dont il faudrait se saisir pour marquer la coupure, mais précisément une conception du don qui saurait en faire l'économie ».

³⁷⁸ M.-L. IZORCHE, *Contrats conditionnels et définitifs*, RTD Com. 1998, p. 521.

été empiriquement observée la gratuité est insuffisant pour appréhender l'altruisme (Sous-Section 1). Il serait alors tentant, pour les tenants d'une gratuité pure, désintéressée, de chercher à élargir le champ d'observation pour tenir compte de la globalité des relations juridiques entretenues par l'acteur, de façon à révéler un altruisme objectif. Une telle proposition serait alors impraticable, parce que dans la mesure où il serait possible d'observer l'altruisme, son champ d'observation ne serait pas adapté à l'appréhension de la gratuité (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'INSUFFISANCE DU CHAMP D'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ POUR APPREHENDER L'ALTRUISME

211. Le cadre micro-juridique se caractérise par une appréhension ponctuelle et bilatérale des rapports juridiques. Cette méthode individualiste est celle qu'utilise, de façon générale, tout le droit du patrimoine. Il n'est donc pas étonnant que la distinction du gratuit et de l'onéreux, qui est posée à propos des actes juridiques patrimoniaux, se fasse dans ce cadre. Il apparaît que ce dernier est insuffisant pour appréhender l'altruisme. En effet, cette notion ne peut pas apparaître de façon certaine dans une relation détachée de l'ensemble des rapports juridiques auxquels est partie l'acteur. Il se peut très bien, en effet, que la gratuité d'un rapport juridique soit compensée dans d'autres rapports ou, même, que l'acteur de gratuité dégage un gain grâce à l'acte gratuit. Il nous faut alors envisager deux aspects qui permettent d'étayer notre propos : d'une part, la bilatéralité du rapport gratuit ne permet pas de mesurer le désintéressement, puisque l'acteur de gratuité peut compenser la perte sur ses autres partenaires économiques. D'autre part, la ponctualité du rapport envisagé ne permet pas de dire que la gratuité est irréductible à toute réciprocité, cette dernière pouvant apparaître en étudiant l'ensemble des rapports juridiques entretenus dans le temps entre l'acteur et le bénéficiaire d'un acte gratuit donné. Le cadre micro-juridique est donc trop étroit pour apprécier les mobiles de l'acteur de gratuit, pour mesurer leur caractère intéressé ou altruiste. Pour ce faire, il faudrait disposer d'un cadre d'analyse plus large, macro-juridique, par une ouverture du cadre d'analyse dans l'espace (§1) et dans le temps (§2).

§1 : L'INSUFFISANCE DU CADRE SPATIAL

212. ***Gratuité dans le rapport bilatéral et désintéressement de l'acteur***<>La gratuité apparaît, dans le rapport bilatéral, comme la fourniture d'une prestation objective, donc d'un avantage, par l'acteur au bénéficiaire, sans que ce dernier ne fournisse de contre-prestation. De la focalisation de l'observation sur le rapport juridique gratuit naît une explication de prime abord logique : puisque l'acteur fournit un avantage sans vouloir en recevoir en retour, c'est qu'il entend agir dans l'intérêt du bénéficiaire. L'acte gratuit apparaît alors comme désintéressé ou, plus précisément, altruiste. Il n'est alors nul besoin de se référer aux mobiles de l'acteur : l'acte apparaît comme objectivement désintéressé.

213. ***Fraude paulienne***<>Pour autant, l'altruisme induit de la gratuité n'en est qu'une explication parmi d'autres, elles-mêmes reconnues par le droit. Si l'on songe à la donation, il apparaît qu'elle peut intervenir dans l'intérêt du donateur, notamment lorsqu'il souhaite faire échapper un bien au droit de gage de ses créanciers ou lorsqu'il souhaite le mettre à l'abri d'une éventuelle liquidation judiciaire. L'action paulienne est alors favorisée pour les créanciers : ces derniers n'ont pas à prouver, outre la fraude, la complicité du tiers acquéreur³⁷⁹, à savoir le donataire, contrairement à ce que la jurisprudence prévoit pour les actes à titre onéreux. Le fait que l'acte ait été passé en fraude des droits des créanciers³⁸⁰ ne le disqualifie pas de gratuit³⁸¹. Du reste, ce dernier n'est pas nul mais seulement inopposable aux créanciers.

214. ***Nullités de la période suspecte***<>Par ailleurs, une simple suspicion de fraude permet d'annuler l'acte gratuit translatif de propriété accompli en période suspecte. Ce dernier est nul de droit, en vertu de l'article L.632-1, I, 1° du Code de commerce. La suspicion est forte, en effet, que l'acte en question soit destiné à faire échapper un bien à

³⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 23 avril 1981, D. 1981, p. 395 ; Com. 14 mai 1996, Bull. civ. IV, n°134.

³⁸⁰ La fraude paulienne résultant seulement de la conscience de soustraire un bien au droit de gage des créanciers : Voir notamment Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, JCP 1993.II.22027 note Ghestin ; Defr. 1993, 1376, obs. Aubert ; Civ. 1^{ère} 4 nov. 1983, RTD Civ. 1984 p. 719 obs. Mestre ; Civ. 1^{ère} 17 oct. 1979, GAJC, 11^{ème} éd., n°237 ; JCP 1981.II.19627, note Ghestin.

³⁸¹ J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955, n° 86 : « Est-il besoin d'ajouter que sur le plan de l'action paulienne nul ne songe à exiger, pour qu'il y ait acte à titre gratuit, un sentiment affectueux chez le débiteur aux abois dont le seul but est de mettre certains biens à l'abri de l'action des créanciers ? ».

une éventuelle liquidation judiciaire ou qu'il rompe l'égalité entre les créanciers³⁸². Elle est si forte que l'acte gratuit accompli depuis la cessation des paiements sera nul de droit : il sera impossible au débiteur d'échapper à la nullité en prouvant l'absence de fraude. Par ailleurs, l'acte gratuit accompli dans les six mois précédant cette date pourra, également, être annulé, la nullité étant alors facultative³⁸³.

215. ***Qualification gratuite malgré la poursuite de l'intérêt de l'acteur***<> Dans ces deux cas, l'acte gratuit est frauduleux ou suspect de fraude : il tend, en effet, à organiser l'insolvabilité du débiteur³⁸⁴ qui donne un bien à une personne de confiance qui lui permettra de continuer à en jouir par la suite. Il intervient donc dans l'intérêt exclusif du donateur. Pour autant, afin de permettre notamment l'exercice de l'action en nullité de la période suspecte fondée sur l'article L.632-1, I, 1° du Code de commerce, il faut bien, avant de l'annuler, qualifier l'acte de gratuit. En réalité, il apparaît bien que l'acte est gratuit dans le rapport bilatéral donateur-donataire. Mais l'introduction d'une troisième personne³⁸⁵, le ou les créanciers, permet de comprendre que l'acte gratuit n'est pas, loin s'en faut, altruiste.

216. ***Gratuité dans le rapport bilatéral et intérêt exclusif du bénéficiaire : les cadeaux aux consommateurs***<> De la même manière, si l'acte gratuit intervient, en général, dans l'intérêt du bénéficiaire, il n'intervient pas toujours dans son intérêt exclusif. Là encore, c'est l'appréhension des autres personnes en relation avec les parties qui va nous permettre de contester l'explication de la gratuité par l'altruisme. Ainsi, les cadeaux faits par les professionnels aux consommateurs, autorisés depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sont bel et bien gratuits dans le rapport bilatéral donateur-donataire. Cependant, l'altruisme n'est pas à proprement parler une règle de comportement générale dans le monde des affaires. On peut même se demander s'il y est admissible, au regard de

³⁸² M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, n°827 et s.—F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2006, n°508—P. PÉTEL, *Procédures collectives*, Cours, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n°357—G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, t. 2 par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, 17^{ème} éd., 2004, n°3108.

³⁸³ Cf. Art. L.632-1, II c.com.

³⁸⁴ Ce comportement peut aussi être constitutif du délit de banqueroute. L'article L.654-2, 2° du Code de commerce sanctionne, en effet, le fait d'avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur, ce qui s'applique aux actes de disposition volontaires accomplis sur le patrimoine du débiteur, après la cessation des paiements, en fraude des droits des créanciers. En ce sens : Crim. 11 mai 1995, Bull. Crim. n°172.

³⁸⁵ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Une troisième personne bien singulière, ou 2+1= tout autre chose*, RTD Civ. 2003. 51

la théorie fiscale de l'acte anormal de gestion³⁸⁶. Il est évident que les prix sont fixés en tenant compte de tous les coûts, y compris promotionnels, supportés par l'entreprise. Dès lors, si cette dernière peut agir gratuitement, le coût des opérations gratuites sera répercuté sur les opérations onéreuses, c'est-à-dire sur la globalité de la clientèle.

217. Dès lors, le rapport bilatéral dans lequel la gratuité apparaît ne permet pas d'appréhender l'altruisme, car il est tout à fait possible que l'acteur de gratuité fasse supporter par une tierce personne ou catégorie de personnes, créanciers, clients, le coût de l'acte gratuit. De la même manière, le fait de se focaliser sur un acte juridique ponctuel ne permet pas non plus de faire apparaître l'altruisme.

§2 : L'INSUFFISANCE DU CADRE TEMPOREL

218. Même si l'on envisage seulement les rapports entre deux personnes, l'acteur et le bénéficiaire, l'acte gratuit ne permet pas de conclure à l'altruisme. Si A prête sa tondeuse à gazon à son voisin B, il n'entend pas forcément agir de manière désintéressée. Pour conclure à l'altruisme, il faudrait envisager la globalité des rapports entre les deux parties, et voir si B ne procure pas, parfois, à son tour, des avantages à A, si bien que les relations s'équilibrent. Or il est possible que des contrats gratuits interviennent successivement entre deux parties³⁸⁷, chacune fournissant tour à tour un avantage à l'autre, la réciprocité et l'équilibre de leurs relations étant alors la cause subjective, la *causa remota*, de chaque contrat gratuit. Dès lors que les avantages fournis ne sont pas conditionnés l'un par l'autre, dès lors que leur réciprocité n'intègre pas la cause objective des obligations qu'ils créent, dès lors qu'il n'y a aucune connexité³⁸⁸ entre ces dernières,

³⁸⁶ M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 30^{ème} éd., 2006, n°1339 et s. La théorie de l'acte anormal de gestion permet de refuser que le commerçant ne fasse passer en charges des dépenses qui n'ont aucun lien avec l'intérêt de l'entreprise. Si elle peut agir gratuitement, elle doit donc agir de façon intéressée. Voir ainsi l'article 39.1, 7°, CGI, qui établit le bénéfice net en déduisant toutes les charges, dont « les dépenses engagées dans le cadre de manifestations de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises, lorsqu'elles sont exposées dans l'intérêt direct de l'exploitation ».

³⁸⁷ Voir aussi, en ce sens, C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit*. Th. Lille 2, 2005, n° 123 et s.

³⁸⁸ J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, Litec, Bibl. Dr. Ent., t. 40, 1999, n°244 et s. L'auteur distingue bien la connexité et la réciprocité de l'indivisibilité, souvent employée, à tort selon lui, pour désigner les obligations connexes ou réciproques.

ces contrats sont bel et bien gratuits. Du reste, c'est en ce sens que les contrats de service gratuits étaient envisagés par les codificateurs, comme en témoigne l'exposé des motifs du Titre XV du Livre III du Projet de code civil, relatif au prêt, présenté par GALLI : « *on ne peut pas toujours acheter, échanger ou louer pour avoir certaines choses dont nous manquons et dont nous avons besoin. Ce fut une suite de notre liaison, de notre humanité, de nous en accommoder l'un l'autre, et de nous aider mutuellement³⁸⁹ par divers moyens, notamment par celui du prêt à usage* »³⁹⁰. L'entraide, la solidarité trouvent donc, dans les contrats gratuits, leur cadre juridique de prédilection. La succession de contrats gratuits entre deux personnes qui se fournissent mutuellement des avantages ne permet sans doute pas de voir dans ces derniers une manifestation d'altruisme pur.

219. **Conclusion de la Sous-Section 1 : la nécessaire appréhension de l'altruisme dans un cadre macro-juridique**<> Il résulte de ce qui précède que le cadre micro-juridique dans lequel la gratuité apparaît ne permet pas d'appréhender l'altruisme. En effet, si l'altruisme est une explication plausible de la gratuité dans certains cas, la prise en considération d'une personne tierce au rapport juridique gratuit, comme la prise en considération de la globalité des rapports entretenus dans le temps entre les parties à ce rapport nous permettent de comprendre que l'altruisme n'explique pas toujours la gratuité. Doit-on alors admettre que la gratuité puisse trouver d'autres explications ou doit-on, de façon plus rigoureuse, la sortir de son cadre d'appréhension naturel pour l'envisager dans un cadre global, macro-juridique, qui permettrait de voir dans la gratuité la fourniture unilatérale et définitive d'un avantage ? Cette deuxième solution, qui permettrait de révéler une gratuité pure, idyllique, est impensable, comme nous allons désormais le voir.

³⁸⁹ Nous soulignons.

³⁹⁰ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, Paris, 1836, t. XIV, pp. 449-450. Voir aussi le discours du Tribun ALBISSON devant le corps législatif, le 18 ventôse an XII, *op. cit.* p. 465 : « Parmi les différentes manières dont les hommes peuvent s'entr'aider et subvenir à leurs besoins réciproques, le prêt doit attirer singulièrement l'attention du législateur, comme un des plus propres à faciliter entre eux la communication bénévole de ce qu'ils possèdent respectivement. ». La même idée se retrouve à propos du mandat. Voir en ce sens le rapport du Tribun TERRIBLE devant le tribunal, le 16 ventôse an XII, *op.cit.*, t. XIV, p. 592 : « Le projet proclame que le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. Il imprime ainsi à ce contrat le beau caractère du désintéressement et de la générosité. La loi civile, toujours respectable, semble devenir plus touchante lorsqu'on la voit féconder dans le cœur des citoyens les sentiments officieux qui les portent à se rendre mutuellement des services gratuits, et les ennoblir en traçant les règles qui doivent les diriger ».

SOUS-SECTION 2 : L'INADAPTATION D'UN ÉVENTUEL CHAMP D'OBSERVATION DE L'ALTRUISME POUR APPRÉHENDER LA GRATUITÉ

220. Si la gratuité devait correspondre à l'altruisme, si elle était la notion par laquelle le droit appréhendait le désintéressement, on ne pourrait l'appréhender qu'en élargissant son champ d'observation. Il faudrait alors admettre qu'il n'y a véritablement gratuité que lorsque l'acteur ne trouve aucune compensation ou contrepartie à l'avantage qu'il donne, que ce soit dans ses rapports avec des tiers ou dans les autres rapports qu'il entretient avec le bénéficiaire. Il s'agirait, alors, de mesurer un altruisme objectif, apparent, dont on ne pourrait être certain qu'il soit absolument désintéressé. Néanmoins, faute de pouvoir scruter les mobiles de l'acteur de gratuité, on aurait là un champ d'observation juridique de l'altruisme, qui pourrait nous permettre d'approcher d'une gratuité quasiment mythique, véritable, apurée de toute recherche de son intérêt.

221. Une simple analyse du rapport juridique en question serait alors insuffisante pour percevoir la gratuité, ce qui est d'emblée un grand handicap, puisque nous avons vu que la gratuité était un attribut d'actes ou de rapports juridiques qui devait, par conséquent, s'apprécier au regard de leurs caractéristiques intrinsèques³⁹¹. Autre obstacle qui apparaît à cette tentative de recherche d'un altruisme objectif : dans la mesure où il suffirait de compenser, un beau jour, le sacrifice consenti dans l'acte gratuit dans d'autres rapports juridiques, la qualification gratuite ne pourrait pas être donnée immédiatement. Il faudrait, au mieux, attendre la fin d'un exercice comptable pour savoir si un acte était vraiment gratuit ; au pire attendre la mort de l'acteur de gratuité. De plus, ce serait soumettre la qualification d'un acte juridique à d'autres actes qui lui sont étrangers ou à l'intervention de tiers. Par ailleurs, si la corrélation entre la gratuité et un altruisme objectif est impraticable, elle est également contestable sur le plan conceptuel. Rejeter la gratuité chaque fois que l'acteur compense son sacrifice dans ses autres rapports juridiques est impensable, que cette compensation s'opère auprès de ses autres partenaires (§1) ou du bénéficiaire même (§2).

³⁹¹ Voir *supra*, n°62 et s.

§1 : L'IMPOSSIBLE EXCLUSION DE LA GRATUITÉ EN CAS DE COMPENSATION DU SACRIFICE AUPRES DE TIERS

222. Doit-on réfuter la gratuité lorsque l'acteur ne supporte pas définitivement le coût de l'avantage qu'il consent, et qu'il le répercute sur des tiers, quels qu'ils soient ? Si la sagesse populaire estime que l'on ne peut pas faire de cadeaux avec l'argent des autres, une telle réfutation de la gratuité dans ce cas semble extrêmement contestable, dans la mesure où elle paralyserait bon nombre de dispositions législatives, dont nous ne prendrons que quelques exemples ici.

223. **Vente avec prime**<>L'article L.121-35 du Code de la consommation énonce qu' « est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faites aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation ». L'infraction est sanctionnée par une contravention de la cinquième classe. S'agissant d'un texte pénal, l'article L.121-35 est d'interprétation stricte³⁹². Dès lors, pour que l'infraction soit reconnue et sanctionnée, il faut véritablement que la prime soit fournie gratuitement, la gratuité devant être entendue strictement. Or il apparaît que, le plus souvent, si la prime est fournie gratuitement aux consommateurs qui bénéficient de la promotion, son coût sera reporté soit sur les autres biens ou services fournis à titre onéreux par l'entreprise, soit sur le prix du bien ou du service support qu'il faudra payer pour obtenir la prime³⁹³. En effet, dans un système libéral où les prix sont libres, rien, en principe, n'interdit aux commerçants de fixer les prix comme ils l'entendent, l'essentiel étant qu'ils arrivent à vivre de leur activité³⁹⁴. Doit-on alors admettre que faute d'un véritable sacrifice de la part du commerçant offrant la prime, celle-ci n'est pas vraiment gratuite, ce qui permettra de ne pas sanctionner la pratique ? Malgré une interprétation stricte du terme de gratuité contenu

³⁹² Ce qui justifie que l'infraction ne soit pas qualifiée en cas de prime dite *autopayante*. Voir *infra*, n°430 et s.

³⁹³ F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, n°309.

³⁹⁴ F. GRUA, *op. cit.*, n°314. Critiquant la l'exception à l'interdiction des ventes avec prime gratuite lorsque la prime est un bien de même espèce et de même qualité que celui faisant l'objet de la vente, GRUA indique : « les exceptions procèdent d'une idée fausse : celle que ces avantages profitent réellement au consommateur, ou, du moins, ne lui nuisent pas. En vérité, on ne voit pas pourquoi ils seraient moins illusoires que les autres, car l'illusion ne tient pas à la nature de la prime, mais à l'apparence créée par le commerçant, à la séparation arbitraire qu'il opère entre le prix de vente de la prestation principale et celui de la prime » (nous soulignons).

à l'article L.121-35 du Code de la consommation, la jurisprudence n'est jamais allée aussi loin, sous peine de vider ce texte de son sens : si une telle argumentation était recevable, le texte ne pourrait jamais être appliqué. Il faut alors reconnaître que même entendue strictement, la gratuité ne doit pas être confondue avec l'altruisme, ni même avec un simple altruisme objectif.

224. **Publicité trompeuse**<>De la même manière, le fait d'annoncer qu'un bien ou un service sera fourni gratuitement devrait être considéré comme mensonger, et, par conséquent, entraîner les sanctions prévues pour la publicité trompeuse, chaque fois que l'acteur reporte le coût de la gratuité sur d'autres personnes. Il en irait ainsi que le coût soit supporté par la clientèle, ou par un éventuel annonceur qui « *sponsoriserait* » la prestation gratuite. Heureusement, la jurisprudence n'a jamais franchi ce cap.

225. **Crédit gratuit**<>Le législateur a lui-même reconnu, récemment, que la gratuité pouvait exister même lorsque l'acteur de gratuité ne supporte pas le coût de l'acte gratuit. Ainsi, il vient de libéraliser la publicité pour le crédit gratuit avec la loi sur la protection du consommateur : autrefois limitée, en principe, au lieu de vente, la publicité pour le crédit gratuit sera désormais licite en dehors. Toutefois, l'article L.311-6 du Code de la consommation issu de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 impose, outre le fait d'afficher le montant de l'escompte accordé en cas de paiement au comptant, d'indiquer la personne qui supportera *in fine* le coût du crédit gratuit³⁹⁵. On peut s'interroger sur l'application qui sera faite du texte : les promoteurs de crédit gratuit ne seront-ils pas tentés de dire qu'ils supportent eux-mêmes son coût ? Comment prouvera-t-on que le coût est, en réalité, supporté par la clientèle ? On peut, également, s'interroger sur le bien-fondé d'une telle obligation, ainsi que sur ses effets : si l'on dit aux clients qu'ils supportent de toute façon le coût des crédits gratuits, ils risquent d'être tentés d'acheter à crédit, malgré l'escompte proposé pour le paiement à prix comptant. Mais il faut remarquer que malgré l'obligation jésuitique de transparence imposée aux promoteurs de crédit gratuit, on ne leur interdit pas d'utiliser le terme de gratuité quand-bien même le coût de l'acte gratuit serait reporté sur des tiers.

226. **Testament**<>Si ces exemples sont issus du droit des affaires, le même constat peut être fait en droit civil. Il arrive également que celui qui supporte le coût de la

³⁹⁵ V. AVENA-ROBARDET, *Adoption définitive de la proposition de loi sur la protection du consommateur*, D.2005, p.274.

gratuité ne soit pas l'acteur, et c'est même le principe à propos du testament. Le testateur, acteur de gratuité, ne supportera jamais le coût de son acte gratuit puisque ce dernier se réalisera après sa mort. Si le terme de gratuité était limité aux seuls cas où l'acteur supporte lui-même le coût de l'acte gratuit, la gratuité des testaments serait remise en cause, au mépris des dispositions de l'article 893 du Code civil.

§2 : L'IMPOSSIBLE EXCLUSION DE LA GRATUITÉ EN CAS DE COMPENSATION DU SACRIFICE AUPRES DU BENEFICIAIRE

227. Il est, de la même manière, impossible d'exclure la gratuité lorsque les parties à la relation gratuite se rendent des services gratuits mutuellement. Cette affirmation trouve ses racines dans l'histoire. C'est ainsi qu'à l'époque où le prêt à intérêt était interdit, la question se posait de savoir s'il était possible d'admettre que l'emprunteur fournisse un service au prêteur. Dans certains cas, notamment lorsqu'un lien d'amitié existait entre le prêteur et l'emprunteur, on admettait que la fourniture d'un service en retour n'entachât point la gratuité du prêt³⁹⁶.

Dans le cas contraire, il serait impossible de qualifier un contrat tant que le service en retour n'a pas été rendu. Par ailleurs, si l'acteur de gratuité peut être mû par la volonté de rendre un service fourni antérieurement par le bénéficiaire ; s'il peut rendre service dans l'espoir de voir le bénéficiaire lui rendre service plus tard, ces mobiles n'ont aucune incidence sur la qualification de l'acte juridique. En effet, la cause subjective est sans influence sur les qualifications, au contraire de la cause objective, de la contrepartie recherchée³⁹⁷.

228. **Antidora**<>Du reste, historiquement, si la gratuité a pu être encouragée dans certaines époques, il n'a jamais été exclu que la gratitude puisse s'exprimer par un cadeau en retour. Au contraire, ce dernier était également encouragé. L'exemple le plus révélateur

³⁹⁶ B. CLAVERO, *La grâce du don, Anthropologie catholique de l'économie moderne*, Albin Michel, coll. Évolution de l'Humanité, 1996, p. 10. L'auteur cite un manuscrit anonyme d'un juriste castillan du XVIIème siècle, reprenant le *Tractatus de Contractibus et Restitutione* de Martino BONACINA, qui considère que « les docteurs sont communément d'avis que l'usure est un gain qui provient immédiatement d'un prêt. J'ai dit immédiatement car si le gain ne provenait pas immédiatement du contrat de prêt ou de la force d'un pacte de prêt mais plutôt de l'amitié ou de la gratitude, alors il ne constituerait pas une usure ».

³⁹⁷ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 311, 1999.

de cette démarche nous est donné par le système de l'*antidora* dans l'Église catholique du Moyen-Âge et des Temps Modernes³⁹⁸. Si l'Église catholique imposait la gratuité du prêt, elle encourageait, de façon générale, ses fidèles à agir gratuitement. Le bienfait ainsi prodigué à autrui était nommé « *bénéfice* », et appelait un contre-don de la part de son bénéficiaire, lui aussi encouragé, désigné sous l'appellation d'origine grecque d'« *antidora* »³⁹⁹. Le bénéfice comme l'*antidora*, le don comme le contre-don, étaient tous deux gratuits : l'*antidora* n'avait aucun caractère obligatoire juridiquement, elle était seulement encouragée, conformément à la maxime chrétienne enjoignant aux hommes de s'aimer les uns les autres. « *L'antidora est un type de conduite bénéfique, un type de relation obligée par l'amour et par rien d'autre* »⁴⁰⁰, mais serait, tout de même, une obligation naturelle⁴⁰¹.

La question qui se pose alors est celle de l'appréhension des libéralités rémunératoires, sur lesquelles nous nous focaliserons, étant entendu que des services gratuits pourraient, de la même manière, intervenir à titre rémunérateur. Il convient, plus précisément, de s'interroger sur la notion de libéralité rémunératoire, et, plus précisément, sur sa gratuité (A), ainsi que sur son régime (B).

A. La gratuité des donations rémunératoires

229. ***La tentation d'une qualification onéreuse*** <> La tentation est grande de considérer que la libéralité rémunératoire est onéreuse, ce qui permet de la faire échapper au régime des libéralités. La volonté de rémunérer un service rendu précédemment permettrait de réfuter l'intention libérale nécessaire à la libéralité, voire à la gratuité, surtout si la libéralité est équivalente au service rendu⁴⁰². Dès lors, la libéralité rémunératoire révélerait un lien de causalité entre le service antérieurement rendu et la

³⁹⁸ Sur cette notion, voir le remarquable ouvrage de B. CLAVERO, *La grâce du don, Anthropologie catholique de l'économie moderne*, préf. J. Le Goff, Albin Michel, coll. L'Évolution de l'Humanité, 1996.

³⁹⁹ B. CLAVERO, *op. cit.* p. 82-83.

⁴⁰⁰ B. CLAVERO, *op. cit.* p. 83.

⁴⁰¹ B. CLAVERO, *op. cit.* p. 190.

⁴⁰² Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006, n°358 et 722.

libéralité, si bien qu'ils seraient rattachés à un même acte, à titre onéreux⁴⁰³. Par ailleurs, il est des cas dans lesquels la fourniture de la prestation initiale aurait créé une obligation naturelle de rémunération à la charge de son bénéficiaire, si bien que la donation rémunératoire pourrait être considérée comme un paiement, l'exécution volontaire d'une obligation naturelle⁴⁰⁴.

230. ***La gratuité de la libéralité rémunératoire : exemple du pourboire***<> Une telle vision de la donation rémunératoire est pourtant contestable. Elle l'est tout d'abord dans l'hypothèse du pourboire, puisque, par hypothèse, le client de l'entreprise qui verse un pourboire à un de ses salariés a déjà payé le service fourni. Certes, le pourboire est destiné à récompenser le salarié pour sa diligence ou son amabilité, mais il est incontestable qu'il s'agit, pour le donateur, d'une somme versée en plus du prix qu'il devait payer, et qu'il est donc bien gratuit. Dire que le pourboire est onéreux reviendrait, en effet, à en faire la contre-prestation d'un service déjà payé, ce qui est illogique, sauf à démontrer que le salarié est sorti de ses attributions, qu'il a accompli une tâche pour laquelle il n'est pas payé par son employeur, auquel cas le pourboire sera le paiement d'un service rendu à titre onéreux. Cette distinction n'est pas sans effet sur le régime de la somme versée au salarié en droit de la sécurité sociale. En effet, dans le premier cas, celui où le pourboire est versé au salarié gratuitement, il appartient à l'employeur de centraliser les pourboires et de les redistribuer de façon égalitaire aux salariés, sachant qu'il devra acquitter des cotisations sociales sur ces sommes⁴⁰⁵. Au contraire, lorsque le pourboire est versé contre un service particulier rendu par le salarié au client, il appartient en principe à ce dernier d'acquitter des cotisations sur les sommes versées⁴⁰⁶.

231. ***La gratuité de la libéralité rémunératoire fondée sur le maintien de la qualification gratuite de la prestation rémunérée***<> La donation rémunératoire semble également devoir être classée dans les actes à titre gratuit lorsque le service initial a été rendu gratuitement. À défaut, le service serait gratuit jusqu'à ce que la donation intervienne, et serait, après coup, considéré comme onéreux une fois rémunéré, ce qui est

⁴⁰³ M. GRIMALDI, *Libéralités*, n° 1016.

⁴⁰⁴ Voir pour une illustration de ce recours à l'obligation naturelle, dans une application du droit libanais, Paris, 20 janvier 1998, D. 1998, p. 309, note Najjar. Voir aussi la distinction faite par cet auteur dans sa note « *il y a peut-être une morale – et une philosophie – à préférer l'obligation naturelle à la notion de paiement, d'acte à titre onéreux* ».

⁴⁰⁵ Art. L.241-7 c.sec.soc.

⁴⁰⁶ Soc. 27 avril 1983, JCP 1986.II.20586.

inconcevable : la gratuité s'apprécie, comme nous l'avons vu précédemment, grâce aux éléments intrinsèques à l'acte qui la contient, et seulement en fonction de ces éléments⁴⁰⁷. Une qualification gratuite temporaire de la prestation initiale, et son remplacement postérieur par une qualification onéreuse, est inconcevable⁴⁰⁸, car elle reviendrait à modifier les obligations des parties en cours de contrat, voire après son extinction, dans l'hypothèse où la prestation initiale serait fournie contractuellement. Ainsi, si la prestation initialement fournie est un transfert de bien, caractéristique, à titre gratuit, de la donation, le versement postérieur d'une rémunération aurait pour effet, si la donation rémunératoire était qualifiée d'onéreuse, de transformer la donation initiale en vente, ce qui mettrait, notamment, à la charge du donateur initial, une garantie des vices cachés et une garantie contre l'éviction du fait des tiers. En effet, alors que la gratuité qualifie une prestation, l'onérosité lie deux prestations fournies réciproquement entre les parties. Il est alors impossible de qualifier la contre-prestation d'onéreuse tout en maintenant la qualification gratuite de la prestation initiale.

232. *L'exemple de l'honor en droit romain et dans l'ancien droit* <> C'est du reste ce raisonnement qui était tenu, en droit romain et dans l'Ancien droit, à propos des honoraires du mandataire. Le mandat était, jusqu'en 1804, défini comme « *le contrat par lequel une personne charge de faire quelque chose dans son intérêt une autre personne qui accepte gratuitement cette mission* »⁴⁰⁹. Il s'agissait donc d'un contrat essentiellement gratuit. Plus précisément, il était l'équivalent gratuit du louage d'ouvrage, qui, lui, était essentiellement onéreux. C'est ainsi que le mandat pouvait avoir pour objet, outre l'accomplissement d'actes juridiques pour autrui, l'accomplissement d'actes matériels⁴¹⁰. Le fait de rendre un service à autrui moyennant rémunération entraînait, pour sa part, la qualification de louage d'ouvrage. Néanmoins, toutes les prestations faisant l'objet, gratuitement, d'un mandat, ne pouvaient faire l'objet d'un louage d'ouvrage lorsqu'elles étaient accomplies moyennant rémunération. C'était le cas, notamment, des services rendus par les professeurs, les médecins ou les avocats⁴¹¹, ainsi que de l'ensemble des

⁴⁰⁷ Voir *supra*, n°62 et s.

⁴⁰⁸ Voir ainsi, *infra*, n° 233, l'exemple du legs « du diamant » en faveur de l'exécuteur testamentaire, qui, en théorie, ne remet pas en cause la gratuité des fonctions de ce dernier.

⁴⁰⁹ P.-F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, 8^{ème} éd. revue et mise à jour par Senn, 1929, rééd. 1978, p. 618.

⁴¹⁰ P.-F. GIRARD, *op. cit.* p. 619, prenant comme exemple d'acte pouvant faire l'objet d'un mandat le nettoyage d'un vêtement.

⁴¹¹ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2^{ème} éd., 2000, p. 273.

professions libérales⁴¹², qui, à l'origine, étaient fournis gratuitement, et qui, dès l'époque classique, ont commencé à être fournis moyennant une rémunération. À l'origine, au I^{er} siècle de notre ère, il s'agissait simplement d'un cadeau fait par le mandant au mandataire en remerciement du service rendu, un *honor*⁴¹³, qui n'enlevait rien au caractère gratuit du mandat⁴¹⁴. Mais, par la suite, l'habitude fut prise de stipuler ces honoraires dès la formation du contrat, et une action fut accordée au mandataire pour exiger du mandant leur paiement.

Néanmoins, on continua de voir dans le mandat un contrat de service gratuit ; l'exact pendant, dans la sphère gratuite, du louage d'ouvrage, et ce jusque dans l'Ancien Droit. La stipulation d'honoraires n'enlevait rien à ce fait, ainsi que le notait POTHIER : « Néanmoins, si pour vous témoigner ma reconnaissance du service que vous me rendez en voulant bien vous charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, je vous ai promis par le contrat de vous donner quelque chose, soit une somme d'argent ou quelque autre chose, le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appréciable. Ce qui est promis de cette manière s'appelle honoraires »⁴¹⁵. Ainsi, l'honoraire, malgré sa stipulation initiale, n'étant pas le prix du service rendu⁴¹⁶, du fait du caractère inestimable de ce dernier, le mandat restait un contrat exclusivement gratuit, tout comme l'était précisément l'*honor*, qui était un cadeau. Or cet *honor* peut, sans nul doute, être considéré comme la première manifestation de ce que nous appelons aujourd'hui donation rémunératoire.

⁴¹² J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. droit fondamental, 1^{ère} éd., 1992, n° 110.

⁴¹³ J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Université libre de Bruxelles, 1960, n° 290. L'auteur remarque que l'on pouvait également parler de *remuneratio*, l'origine étymologique du mot, *re munus*, désignant le cadeau en retour.

⁴¹⁴ Ainsi que le précisait ULPIEN, *D.* 17, 1, *mandati*, 6, *ULP. pr.* : « (Mais) si c'est à titre de cadeau que les honoraires sont intervenus, il y aura lieu (malgré tout) de recourir à l'action de mandat ».

⁴¹⁵ POTHIER, *Traité des contrats de bienfaisance*, Contrat de mandat, chap. 1, sect. 1, art. 3, § 23.

⁴¹⁶ Voir aussi CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, n°98 : « Certains services, dont on trouve l'énumération au livre 50, titre 13, de *variis et extraordinariis cognitionibus*, étaient considérés comme non susceptibles d'une évaluation en argent et par conséquent d'une rémunération, et ne pouvaient pas dès lors faire l'objet d'un autre contrat que le mandat. Or en ce qui concerne ce genre de services, on admettait bien que les parties pouvaient stipuler une rémunération (*honos, honorarium, salarium*), mais cette rémunération ne modifiait pas la nature du contrat ».

233. **Le faux exemple du legs « du diamant »** <> Plus délicate en revanche est la qualification gratuite du legs du diamant, qui vient rémunérer le service gratuit fourni par l'exécuteur testamentaire⁴¹⁷. Chargé de veiller à l'exécution du testament, voire, s'il est investi de la saisine⁴¹⁸, de l'exécuter lui-même, l'exécuteur testamentaire, désigné par le testateur, agit gratuitement. Nonobstant, et sans contradiction, il a droit, au titre de l'article 1034 du Code civil, au remboursement des frais que sa mission le contraindrait à exposer. En effet, l'exécuteur testamentaire rend un service gratuit : il accepte de ne pas recevoir de rémunération, mais pas forcément de s'appauvrir au profit de la succession⁴¹⁹. La gratuité de ses fonctions ne disparaîtrait pas non plus dans l'hypothèse où un legs aurait été stipulé à son profit, baptisé legs « du diamant », qui, en pratique, est d'usage⁴²⁰, et qui vient d'être consacré par le législateur⁴²¹. Ce dernier est alors qualifié de legs rémunératoire. Pourtant, le legs et la nomination de l'exécuteur testamentaire étant contenus dans un seul et même acte, le testament, il n'est pas impossible de considérer que l'exécuteur testamentaire accepte sa mission en considération de la rémunération qui lui est offerte, si bien que le service qu'il rend ne serait plus gratuit.

À vrai dire, si la libéralité rémunératoire est gratuite, c'est parce qu'elle rémunère un service fourni dans le cadre d'un acte juridique qui lui est extérieur. Ainsi, la donation destinée à rémunérer un service gratuit fourni par le gratifié procède évidemment d'un acte juridique, la donation, qui est distinct de celui par lequel elle a obtenu l'avantage qu'elle entend rémunérer, et qui pourra être un contrat gratuit quelconque. Or, en matière d'exécution testamentaire, c'est un seul et même acte juridique, le testament, qui prévoit la rémunération et le service. On ne saurait donc qualifier le legs du diamant de legs rémunératoire. Au contraire, la qualification idoine pour cette situation semble être celle de legs à titre particulier avec charge, onéreux dans la mesure où il existe une équivalence entre le montant du bien légué et celui de la charge, le service rendu par l'exécuteur

⁴¹⁷ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1479 et s. — Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions, les libéralités*, n° 506 et s. — H., L., et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Successions-Libéralités*, par L. et S. LEVENEUR, n° 1029 et s.

⁴¹⁸ Cf. art. 1026 c.civ. : le testateur peut donner à ou aux exécuteurs la saisine de tout ou partie du mobilier. À défaut, ils ne pourront l'exiger.

⁴¹⁹ F. LETELLIER, Rep. Civ. v° *Exécuteur Testamentaire*, 2002, n° 6.

⁴²⁰ H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, L. et S. LEVENEUR, *op. cit.* n° 1031 — F. LETELLIER, *ibid.*

⁴²¹ Voir ainsi le nouvel article 1033-1 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2007 : « La mission d'exécuteur testamentaire est gratuite, sauf libéralité faite à titre particulier eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus »

testamentaire. Ceci justifie qu'en présence d'un diamant la responsabilité de l'exécuteur soit appréciée plus sévèrement que si elle était gratuite⁴²².

234. ***La libéralité rémunératoire, exécution d'une obligation naturelle ?*** La notion de libéralité rémunératoire resserrée, et limitée aux hypothèses dans lesquelles la libéralité et le service rémunéré sont issus de deux actes juridiques distincts, on doit admettre que le service rémunéré n'est pas la cause objective de la libéralité, mais seulement son mobile, sa cause subjective. Peut-on alors considérer que la libéralité rémunératoire n'est autre que l'exécution d'une obligation naturelle ? Une telle affirmation devrait nous faire conclure à la neutralité de la libéralité rémunératoire au regard de la distinction de la gratuité et de l'onérosité, étant entendu que, comme nous le verrons plus loin, l'exécution d'une obligation n'est ni gratuite ni onéreuse⁴²³. Dès lors, l'exécution d'une obligation naturelle ne saurait être qualifiée d'acte à titre gratuit : elle n'a pas à respecter les formes prescrites pour la formation des libéralités, et elle échappe, comme la libéralité rémunératoire au rapport et à la réduction⁴²⁴. Mais, alors que la libéralité rémunératoire semble devoir être considérée comme un acte gratuit qui déroge, dans une large mesure, au régime des libéralités, l'exécution d'une obligation naturelle ne saurait, comme nous allons le voir, être qualifiée de gratuite.

235. ***La recherche du fondement de la non-gratuité de l'exécution de l'obligation naturelle*** <> La question qui se pose alors est de savoir pourquoi l'exécution d'une obligation naturelle n'est pas une libéralité. La plupart du temps, la justification apportée repose sur l'absence d'intention libérale de la part du débiteur de l'obligation naturelle : ce dernier n'a pas l'intention de s'appauvrir au bénéfice d'autrui, mais de réparer ce qu'il considère comme une injustice, à savoir la dégénérescence de sa dette en obligation naturelle ou le fait qu'elle n'ait jamais été érigée en obligation civile. Pourtant, l'exécution de l'obligation naturelle entraîne bien un appauvrissement du débiteur, puisque la dette, faute d'être exigible, ne grevait pas son passif, et un enrichissement du créancier qui ne pouvait pas compter sur le recouvrement de sa créance faute de pouvoir en obtenir l'exécution en justice. La réfutation de la libéralité fondée sur l'absence d'intention libérale repose alors sur une conception subjective de l'intention libérale, qui consiste à la

⁴²² F. LETELLIER, n°38 ; Paris, 7 février 1850, DP 1852.2.46.

⁴²³ Voir *infra*, n°295 et s.

⁴²⁴ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 24.

confondre avec l'altruisme. Or nous avons vu qu'une telle conception n'était pas retenue, de nos jours, en droit positif.

236. ***La transformation en obligation civile : fondement suffisant de la non-gratuité de l'exécution de l'obligation naturelle*** <> Un meilleur fondement de la non-gratuité de l'exécution de l'obligation naturelle peut être trouvé dans le fait que cette dernière la transforme en obligation civile. *A fortiori*, il doit en aller de même du paiement : la fourniture d'un bien à titre de rémunération sera considérée comme l'exécution d'une obligation civile. L'apparente « *donation* » rémunératoire est alors un paiement⁴²⁵, non soumis à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux⁴²⁶, mais qui pourra être considérée comme l'exécution d'un acte à titre onéreux, dans l'hypothèse où l'obligation naturelle trouvait sa source dans un contrat.

237. ***Rejet de la reconnaissance systématique d'une obligation naturelle en cas de donation rémunératoire*** <> On ne saurait cependant voir dans chaque donation rémunératoire l'exécution d'une obligation naturelle⁴²⁷, sauf à reconnaître que toute fourniture de prestation gratuite crée une telle obligation à la charge de son bénéficiaire, ce qui irait directement à l'encontre de la notion même de gratuité, qui repose sur une absence de contre-prestation à l'avantage fourni. Dans certains cas, la libéralité rémunératoire pourra servir à s'acquitter d'une telle obligation, ce qui permettra de la qualifier d'onéreuse. Mais une telle qualification est elliptique : ce n'est pas la rémunération qui sera considérée comme onéreuse, mais l'ensemble de l'opération (la prestation initiale et la contre-prestation), une fois rattachée la « libéralité » rémunératoire au fait générateur de l'obligation naturelle. La plupart du temps, en dehors de toute obligation naturelle préexistante, la libéralité rémunératoire sera bel et bien gratuite⁴²⁸ : il s'agit d'une libéralité

⁴²⁵ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1961. Selon Mme CATALA, le paiement est un fait juridique. Nous le qualifierons plus tard d'**acte juridique d'exécution de l'échange**, par opposition aux **actes juridiques d'organisation de l'échange**, qui sont seuls soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux.

⁴²⁶ Voir *infra*, n°295 et s.

⁴²⁷ Voir, en ce sens, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1996, n° 254.

⁴²⁸ Voir aussi, en ce sens, à propos des donations rémunératoires aux Temps Modernes, B. CLAVERO, *La grâce du don, Anthropologie catholique de l'économie moderne*, préf. J. Le Goff, Albin Lichel, coll. L'Évolution de l'Humanité, p. 52 : « il peut exister des contre-prestations même pour les actes gratuits, à condition que ce soit précisément au travers de la gratitude. La donation rémunérée est possible à condition de toujours relever de la charité et de la générosité, pas de la justice ou du droit. Cette gratitude compensatoire peut être combinée avec le prêt lui-même. Toute récompense dont la valeur peut être estimée, qu'elle soit ou non pécuniaire, si elle est comprise comme rétribution du prêt est de nature usuraire (...). En

qui échappe, pour partie, au régime des donations et des testaments, mais qui ressortit tout de même à la notion de libéralité.

B. Éléments de régime des donations rémunératoires

238. ***Irrévocabilité entre époux***<> La donation rémunératoire trouve, dans les relations entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens, son cadre de prédilection. Lorsque l'un des époux travaille dans l'entreprise de l'autre, sans rémunération, et lorsque sa collaboration excède ce qui est dû au titre du devoir d'assistance, la donation que lui consentira son conjoint sera considérée comme une donation rémunératoire, visant à le rémunérer de son travail⁴²⁹. De la même manière, la jurisprudence a reconnu le caractère rémunératoire d'une donation consentie par un mari à sa femme qui s'était consacrée à l'éducation des enfants, renonçant à trouver un travail salarié, son « *sacrifice* » ayant excédé les devoirs du mariage et ayant été une source d'économie pour le donateur⁴³⁰. En séparation de biens, l'époux qui sacrifie ses intérêts patrimoniaux personnels pour exercer, en les excédant, ses devoirs d'entraide et d'assistance, le fait en pure perte et, lors de la dissolution du mariage, ne tirera pas les fruits de ses efforts, de manière encore plus flagrante que ce qui se passe en régime de communauté. Il convient donc de lui accorder une « *rémunération* », puisqu'il agit dans l'intérêt du ménage, et non dans l'intérêt exclusif de son conjoint. Or il est fréquent, au cours du mariage, que l'époux bénéficiaire de l'aide consente une donation à son conjoint. Jusqu'à présent, en cas de dégradation des relations entre les époux, le donateur entendait révoquer sa donation, comme l'y autorisait l'article 1096 du Code civil, qui énonçait que « *toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables* ». La requalification de la donation, par le truchement de son caractère rémunératoire, permettait alors au juge, voulant privilégier l'équité des rapports entre les époux, de faire échapper la donation consentie à la révocation.

revanche, tout change si cela se produit non par obligation, mais en vertu de la libre gratitude : "gratis et dans un esprit de bonté", "libéralement", "par bienveillance", "par amitié" ».

⁴²⁹ Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1979, Defr. 1980, art. 32174, obs. Ponsard ; Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1981, JCP 1982.II.19843, note Rémy.

⁴³⁰ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, coll. U, 2^{ème} éd., 2001, n°737.

239. *La perte partielle d'utilité de la notion depuis la loi du 26 mai 2004 relative au divorce*<>La révocabilité des donations entre époux, essentiellement justifiée, en 1804, par le désir de maintenir les égards de la femme envers son mari⁴³¹ et pour la dissuader de tout adultère, était, en réalité, obsolète depuis bien longtemps, du fait, d'une part, de l'évolution des relations familiales, et, plus particulièrement, de couple et, d'autre part, de l'évolution des concepts en droit des libéralités.

Sur le premier point, l'essor et la reconnaissance juridique du couple stable hors-mariage, que ce soit par le biais du concubinage ou du PACS, fait cruellement ressortir les différences de leur régime et de celui du mariage, surtout lorsque c'est ce dernier qui est le moins protecteur. Or c'était précisément le cas à propos des donations : comment admettre que la donation entre époux soit révocable, ce qui risque, immanquablement, de se retourner contre le plus faible des deux, alors que les donations consenties entre concubins ou entre cocontractants dans le Pacte civil de solidarité sont, conformément au droit commun, irrévocables ?

Par ailleurs, l'évolution des concepts du droit des libéralités, et particulièrement de la notion de cause illicite, aboutit, aujourd'hui, à valider la donation consentie au (à la) concubin(e) dans le but de maintenir une relation adultère, et, par voie de conséquence, à la rendre irrévocable⁴³². Dans l'hypothèse où un mari aurait donné un bien à sa femme, peut-on vraiment admettre qu'il puisse révoquer sa donation pour donner le même bien, irrévocablement, à sa maîtresse ? Là encore, la révocabilité des donations entre époux pouvait paraître bien contestable.

Le législateur, tenant compte de cette iniquité a décidé, dans la loi n°2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce, de rendre les donations de biens présents entre époux

⁴³¹ X. MARTIN, *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, Rev. Hist. de Dr. Français et étranger 1982, p. 589.

⁴³² Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, JCP 1999.II.10083, note Billiau et Loiseau ; GP 2000.1, p.70, note S. Piédelièvre ; GP 2000.1, p. 646, note Chabas ; D.1999, p. 267, rapp. X. Savatier et notre Langlade-O'Sughrue ; D. 1999, somm. p. 307, obs. Grimaldi ; *ibid.* somm. p. 377, obs. Lemouland ; JCP 1999.I.160, obs. Bosse-Platière ; JCP 1999.1.189, obs. Le Guidec ; JCP N 1999, p. 1430, note Sauvage ; Dr. Fam. 1999, comm. 54, note Beignier ; RJPF 1999-2/27, obs. Casey ; Defr. 1999, p. 680, obs. Massip ; *ibid* p. 738, obs. D. Mazeaud ; *ibid* p. 814, obs. G. Champenois ; Contrats Conc. Consom. 1999, comm. 105, note L. Leveneur ; RTD Civ. 1999, p. 364 et 817, obs. Hauser ; *ibid* p. 892, obs. Patarin ; PA 27 nov. 1999, p. 10, note Mestrot ; JCP 1999.I.143, obs. Labarthe ; Civ. 1^{ère}, 29 janv. 2002, Defr. 2002, p. 681, obs. Massip ; Dr. Fam. 2002, n°64, note Lécuyer ; Ass. Plén. 29 oct. 2004, JCP 2005.II.10011, note Chabas.

irrévocables, maintenant la révocabilité pour les seules donations de biens futurs. Dès lors, la donation indirecte qui consiste, pour un époux, à acheter un bien, souvent immobilier, au nom de son conjoint, sera désormais irrévocable. Peu importe alors la qualification de donation rémunératoire, qui devrait se raréfier⁴³³. Elle ne devrait cependant pas disparaître totalement⁴³⁴, et, par ailleurs, le legs peut, lui aussi, être rémunératoire⁴³⁵. Du reste, l'irrévocabilité n'est pas le seul aspect du régime des libéralités rémunératoires, qui échappent en grande partie au régime des libéralités⁴³⁶.

240. ***Élision du régime des libéralités malgré la gratuité des libéralités rémunératoires – Nécessité d'un fondement***<> La validité des donations rémunératoires n'est pas subordonnée à la rédaction d'un acte notarié. De la même manière, le bénéficiaire d'une donation rémunératoire n'en doit pas le rapport. Enfin, l'acte n'encourra pas la réduction pour atteinte à la réserve. La justification de ces dérogations au régime des libéralités est évidente dès lors que l'on considère que la donation rémunératoire est un acte onéreux, encore que, comme on l'a vu précédemment, ce n'est pas la donation rémunératoire en tant que telle qui serait onéreuse mais l'acte juridique ayant donné naissance à l'obligation naturelle exécutée par le biais de la donation rémunératoire. Dès lors que l'on considère que la donation rémunératoire est bel et bien un acte juridique gratuit, il faut trouver un autre fondement à la non-application du régime des libéralités.

241. ***Solennité***<> S'agissant tout d'abord des règles de forme, la très large admission des donations non solennelles⁴³⁷ permet, dans beaucoup de cas, de valider la

⁴³³ Voir, relevant déjà la rarefaction des libéralités rémunératoires avant la loi du 26 mai 2004, M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1017.

⁴³⁴ La donation rémunératoire peut, en effet, être relevée dans des rapports familiaux autres que les rapports entre époux. Pour une application entre beaux-frères, voir Paris, 31 mars 2000, D.2000, somm. p. 432, obs. Vareille. Dans ce cas, un couple avait acquis une maison totalement financée par la sœur et le beau-frère de la femme. Suite à la séparation du couple acquéreur, le beau-frère, qui avait payé la maison, a demandé à son beau-frère de lui rembourser la somme, se prévalant d'un contrat de prêt. Or le beau-frère acquéreur était ébéniste et avait accompli des ouvrages pour le beau-frère payeur. La Cour d'appel de Paris considère alors que le paiement de la maison était destinée à rémunérer l'ébéniste.

⁴³⁵ Civ.1^{ère}, 20 janv. 2004, D.2004, somm. p. 2341, obs. Nicod : des parents avaient tous deux testé au profit de leur fils qui leur avait prodigué des soins à domicile, nécessités par leur état de santé, pendant plusieurs années. Ils avaient tous deux prévu que leur fils aurait droit à la rémunération des soins qu'il leur donnerait jusqu'à leur mort. La Cour d'appel avait partiellement invalidé le legs pour indétermination de son objet, ce en quoi elle est cassée, l'objet étant parfaitement déterminable. Reste qu'en l'occurrence le legs est destiné à payer une créance et à prévenir tout litige entre les héritiers (voir en ce sens les observations de M. Nicod).

⁴³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 2^{ème} éd. 2006, n°358.

⁴³⁷ J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 209, 1989. Voir *infra*, n°351 et s.

donation rémunératoire au regard des exigences de l'article 931 du Code civil. En particulier, le don manuel devrait, dans quasiment tous les cas, être reconnu. Lorsque la donation porte sur un immeuble, un acte notarié est toujours requis, que l'acte soit qualifié de gratuit ou d'onéreux. Si dans le premier cas il est nécessaire à la validité de l'acte, et dans le second à son opposabilité aux tiers, il n'en demeure pas moins que, pour les parties, cette formalité doit être accomplie.

242. ***Rapport et réduction des libéralités rémunératoires***<>Plus intéressante est la question du fondement de l'élision des règles relatives au rapport et à la réduction. Dès lors que l'on considère que la donation rémunératoire est un acte juridique gratuit, en dehors des cas où elle a pour effet d'éteindre une obligation naturelle ou civile (extinction de l'obligation d'indemniser l'appauvri dans l'enrichissement sans cause), la question de l'application de ces textes se pose à nouveau. En réalité, c'est leur fonction qui permettra de comprendre pourquoi ils ne s'appliquent pas en matière de donation rémunératoire. En effet, le rapport a pour fonction d'assurer l'égalité entre les héritiers. Si l'un d'eux a reçu une donation rémunératoire, c'est parce qu'il avait, au préalable, fourni un avantage à son auteur, sans être rémunéré. Il ne se trouve donc pas dans la situation d'un héritier classique, tenu, sauf dispense, du rapport des donations. Le respect de l'égalité entre les héritiers passe, au contraire, par le non-rapport des donations rémunératoires. S'agissant, enfin, de la réduction, elle vise à protéger les héritiers réservataires contre un appauvrissement excessif de leur auteur par acte à titre gratuit. Si un tiers avait fourni un avantage non rémunéré au *de cujus*, et que ce dernier avait, par la suite, fourni une donation rémunératoire à ce tiers, alors il faut bien reconnaître que le fondement de l'application de la réduction pour atteinte à la réserve disparaît. En effet, la donation rémunératoire répond à une donation ou à un service rendu précédemment par le donataire, qui avait abouti à enrichir, *lato sensu*⁴³⁸, le donateur. Il y avait donc un déséquilibre, issu de l'acte gratuit initial, qui avantagait les héritiers réservataires. La donation rémunératoire ayant pour objectif de mettre fin à ce déséquilibre, elle n'appauvrit donc pas les réservataires, ce qui justifie l'absence de réduction.

243. ***Rapport et réduction de l'avantage initial***<>La question se pose, enfin, de l'application des règles relatives au rapport et à la réduction s'agissant de l'avantage initial, rémunéré par la donation rémunératoire. Prenons l'exemple d'une donation faite à

⁴³⁸ C'est-à-dire dans le sens donné à cette notion en matière d'enrichissement sans cause.

l'occasion de l'exécution d'une obligation alimentaire. Un père donne des aliments à son fils et va volontairement au-delà de ce qui était exigé de lui. Puis, revenu à meilleure fortune, le fils décide de donner un bien à son père en considération de l'avantage précédemment reçu. Au décès du père, le fils doit-il rapporter les sommes reçues au-delà du seuil de gratuité de l'obligation alimentaire ? Là encore, sans qualifier, de façon artificielle, l'ensemble de l'opération d'acte à titre onéreux, il semble que l'on puisse considérer que la donation rémunératoire a permis d'exécuter le rapport, en nature, avant son exigibilité, ce qui permettrait de dispenser l'héritier du rapport au décès de son auteur. Le même raisonnement pourrait être tenu en matière de réduction : en consentant une donation rémunératoire, le fils aurait renfloué la réserve héréditaire atteinte par la libéralité qu'il aurait précédemment reçue, si bien qu'il serait inutile de lui imposer une nouvelle réduction.

244. **Conclusion de la Sous-Section 2<>** S'il était possible d'appréhender juridiquement l'altruisme, ou, tout au moins, un altruisme objectif, il serait tout de même impossible de faire coïncider cette notion et la gratuité. En effet, de nombreuses dispositions visent la gratuité quand bien même l'acteur ne serait pas celui qui supporte le sacrifice consenti dans l'acte gratuit. Il en va ainsi des dispositions relatives à la gratuité en droit des affaires comme de celles relatives aux testaments. Par ailleurs, la gratuité résiste au contre-don, à la libéralité rémunératoire, qui est elle-même gratuite, et, plus loin, à l'acte gratuit rémunératoire en général.

245. **Conclusion de la Section 2<>** L'altruisme ne pourrait donc être appréhendé juridiquement qu'à travers un champ d'observation particulier, qui ne correspond pas à celui de la gratuité. Dès lors, on se rend compte de l'irréductibilité de ces notions l'une à l'autre d'un point de vue épistémologique.

246. **Conclusion du chapitre<>** La distinction de la gratuité et de l'altruisme est donc une nécessité sur le plan théorique. Elle est, par ailleurs, une nécessité pratique. En effet, exiger de la gratuité qu'elle corresponde à l'altruisme aboutirait à des solutions pratiques contestables, qu'il s'agisse de donner une qualification onéreuse à des actes ne prévoyant pas de rémunération à la prestation fournie ou de refuser l'application de dispositions spécifiques visant la gratuité sans la réduire au désintéressement.

L'appréhension technique de la gratuité, dont on a vu qu'elle était nécessaire, est donc, par ailleurs, suffisante. Il semble donc bien qu'il faille se résoudre à voir dans la gratuité une notion purement technique, a-morale, et à rejeter toute confusion entre acte juridique gratuit et acte désintéressé. L'assimilation de la gratuité à l'altruisme apparaît alors bien comme résultant d'une « mystique »⁴³⁹.

247. La gratuité ne saurait donc constituer un paradigme alternatif à l'utilitarisme de la sphère onéreuse : son étude scientifique ne permet pas, en effet, de conclure à une exclusion mutuelle de deux modes de comportement que certains, à tort, supposent opposés⁴⁴⁰. La gratuité n'est donc pas, par essence, désintéressée ; elle trouve tout-à-fait sa place dans le comportement utilitariste de *l'homo oeconomicus* décrit par SMITH⁴⁴¹. Ni la gratuité, ni le don ne sauraient donc constituer une alternative au paradigme individualiste de la rationalité, dominant dans les sciences sociales, ni servir les thèses de mouvements scientifiques qualifiés d'« anti-utilitaristes »⁴⁴².

248. Il serait donc superflu d'opérer une distinction entre une « vraie » et une « fausse » gratuité, la première étant désintéressée, la seconde, intéressée. En effet, ou bien une situation juridique est qualifiée de gratuite, ou bien elle ne l'est pas. La question de l'intérêt poursuivi ne doit pas être prise en compte dans la qualification, qui doit reposer exclusivement sur des éléments objectifs.

249. Cette indépendance entre la gratuité et l'altruisme tient au fait que la première des deux notions est juridique, alors que la seconde est morale. Cela se traduit,

⁴³⁹ J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Th. Bordeaux, 1932, p. 746.

⁴⁴⁰ D. DE BECHILLON, *La gratuité dans le doute*, Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 53 et s. L'auteur remarque un clivage entre une vision suspicieuse de la gratuité héritée de Marx et de Freud et une vision chrétienne idyllique qui ferait du don de soi un modèle de comportement. Il remarque alors que « le plus intéressant (...) tient au durcissement de ce clivage. Non pas tellement au sens d'une élévation en intensité du débat qui anime ses tenants (...) mais plutôt au sens de l'affermissement d'une revendication de « scientificité » : l'on donne de plus en plus à voir qu'il serait scientifiquement relevant d'opposer ces deux paradigmes dans une perspective anthropologique ou sociologique. Il y aurait, construites sur cette opposition, deux écoles, ou plus exactement deux familles de pensée, deux manières globales de voir et de lire la société humaine. Exclusives comme il se doit, alimentées par leur propre conflictualité, et objectivement compétitives sur le terrain de la vérité. Onde vs. corpuscule en quelque sorte ».

⁴⁴¹ A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Flammarion, 1991

⁴⁴² Voir ainsi la Revue du M.A.U.S.S. (Mouvement Anti-Utilitariste dans les Sciences Sociales), qui voit dans le don l'alternative à l'utilitarisme. Voir la très juste critique adressée à ces thèses, selon lesquelles le don, en tant recherche du lien social, serait anti-utilitariste, par D. DE BECHILLON, *op. cit.* Voir aussi l'interview de Marcel HÉNAFF dans Revue Esprit, Février 2002, p. 140 et s., et son désaccord avec le M.A.U.S.S.

comme on l'a vu, par une différence épistémologique fondamentale entre ces deux notions, dont les cadres d'analyse sont distincts. Mais, au-delà, leur indépendance apparaît de façon encore plus franche dans la manière d'appréhender ces deux notions. L'acte gratuit est, en effet, celui par lequel une personne, l'acteur de gratuité, fournit une prestation objective à une autre personne, le bénéficiaire, sans obliger ce dernier à fournir une contre-prestation.

Pour savoir si un acte est gratuit ou onéreux, il faut donc se placer du côté du bénéficiaire. S'il doit rendre quelque chose, on est dans l'onérosité, dans le cas contraire, on est dans la gratuité. Peu importe l'état d'esprit de l'acteur, peu importe qu'il cherche, éventuellement, à obtenir un avantage en retour : dès lors que ce dernier est facultatif, l'acte est gratuit. La redéfinition du contrat gratuit, contenue à l'article 1102-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations ne dit rien d'autre. En énonçant que le contrat est gratuit « *lorsque l'une des parties entend procurer à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie* », le nouveau texte semble, de prime abord, déduire la gratuité du comportement de l'acteur. Il est vrai que sa volonté est, nous l'avons vu, essentielle dans la qualification de l'acte juridique gratuit. Mais l'utilisation du terme de « contrepartie » place immanquablement, au centre du champ d'observation, le bénéficiaire, à condition d'admettre que la contrepartie, synonyme de la contre-prestation, désigne la prestation due par la partie qui reçoit quelque chose dans un acte juridique⁴⁴³. Dès lors, avec la prochaine définition du contrat gratuit, il faudra, comme on le fait déjà, voir si le bénéficiaire d'une prestation objective doit fournir une prestation à l'acteur pour qualifier l'acte de gratuit ou d'onéreux.

250. Au contraire, l'altruisme ne peut se mesurer qu'en observant l'acteur...si tant est qu'il soit observable. Les raisons qui nous poussent à agir ne sont pas forcément visibles, et il n'est pas d'acte par nature altruiste ou par nature intéressé. Les codificateurs le savaient. Molière l'avait mis en scène dans *Le Tartuffe*⁴⁴⁴, et il n'y a aucune raison de

⁴⁴³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, v° Contre-prestation.

⁴⁴⁴ MOLIÈRE, *Le Tartuffe*, Acte 1, scène 5, tirade de Cléante : « *Il est de faux dévots ainsi que de faux braves ; Et comme on ne voit pas qu'où l'honneur les conduit Les vrais braves soient ceux qui font beaucoup de bruit, Les bons et vrais dévots, qu'on doit suivre à la trace, Ne sont pas ceux qui font tant de grimace. Hé quoi ? vous ne ferez nulle distinction Entre l'hypocrisie et la dévotion ? Vous les ferez traiter d'un semblable langage, Et rendre même honneur au masque qu'au visage, Égaler l'artifice à la sincérité, Confondre l'apparence avec la vérité, Estimer le fantôme autant que la personne, Et la fausse monnaie à l'égale de la bonne ?* »

revenir sur ces évidences. Le « *présupposé anthropologique pessimiste* » des codificateurs⁴⁴⁵ est certainement ce qui a permis au Code civil de perdurer pendant deux siècles. On ne légifère pas efficacement par angélisme, de même qu'on ne saurait fonder des notions juridiques sur des comportements moraux.

⁴⁴⁵ E. DE MARI, *Principes et pratiques de la réforme du droit, d'hier à aujourd'hui*, in *Réformer le droit*, colloque tenu à la Faculté de droit de Montpellier le 12 mai 2006.

CONCLUSION DU TITRE 1^{ER}

251. À partir d'une observation de la gratuité dans les deux grandes catégories d'actes juridiques qu'elle caractérise, les contrats de bienfaisance et les libéralités, nous avons pu appréhender le cœur de la notion, étape nécessaire dans la construction d'une définition de la gratuité. Est ainsi gratuit l'acte juridique par lequel une personne, l'acteur de gratuité, fournit une prestation objective (bien ou service) à un bénéficiaire, sans que ce dernier ne soit tenu de fournir de contre-prestation.

252. Il est donc nécessaire d'appréhender la gratuité comme une notion technique : la gratuité traduit nécessairement un déséquilibre dans les prestations fournies grâce à un acte juridique. Mais, par ailleurs, une telle approche est suffisante : il n'est nullement besoin, au-delà, d'une quelconque appréhension morale de la gratuité, fondée sur les intentions des parties à l'acte juridique. Retenir une telle démarche serait, au contraire, contre-productif, dans la mesure où la notion de gratuité, telle qu'elle a été utilisée par les codificateurs de 1804, puis par les différents législateurs, n'a jamais été considérée comme la traduction juridique de l'altruisme. Cette dernière notion ressortit, en effet, à la morale et non au droit, et ne peut sans doute pas être appréhendée juridiquement. Exiger de la gratuité qu'elle corresponde à l'altruisme aurait un effet particulièrement néfaste : celui d'empêcher l'application de dispositions relatives à la gratuité, contre les prévisions du législateur et des justiciables.

253. Nous pouvons donc, d'ores-et-déjà, nous faire une idée de la définition de la gratuité, après avoir focalisé notre attention sur des actes juridiques dont la gratuité pouvait sembler évidente, du fait de son affirmation par le législateur et du rattachement des actes examinés à l'une des deux catégories d'actes gratuits. Il convient, désormais, de revenir à une vision globale de la notion, d'élargir la perspective, afin de déterminer les situations juridiques qu'elle est susceptible d'affecter. Nous pourrions alors également préciser où se situe la limite entre la gratuité et l'onérosité. En effet, il est des situations dans lesquelles deux personnes se fournissent des prestations objectives réciproques mais déséquilibrées, si bien que l'on peut hésiter sur la qualification des actes juridiques qui les organisent. Il est donc grand temps, après avoir appréhendé la gratuité de l'intérieur, de la délimiter par rapport à l'extérieur.

TITRE 2ND : MÉTHODE DE DÉLIMITATION DE LA GRATUITÉ

254. La distinction des actes gratuits et des actes onéreux est une dichotomie, qui repose, comme nous l'avons vu, sur un critère technique. *A priori*, cette distinction existe parce que le droit traite différemment les actes gratuits et les actes onéreux. Si aucune différence de traitement n'existait entre les deux branches de l'alternative, celle-ci serait surabondante._

Une qualification s'inscrivant dans une telle dichotomie ne prend donc sens que dans son opposition avec son antonyme. Il faut donc se demander quel est le champ couvert par la distinction dichotomique pour circonscrire le domaine de pertinence des qualifications qu'elle oppose, étant entendu qu'une qualification n'est alors pertinente que si l'on se trouve dans le champ d'application de la distinction.

255. Nous avons ainsi vu que la gratuité apparaissait dans des catégories d'actes juridiques soumises à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Mais cette distinction s'applique-t-elle à tous les actes juridiques ? Couvre-t-elle également les faits juridiques ? La question est importante, tant il semble évident que les qualifications n'ont d'intérêt que lorsque la situation à qualifier entre dans le champ d'application d'une distinction. Ainsi, nous verrons que la gratuité peut, de façon marginale, se retrouver dans des situations qui ne sont pas soumises à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, si bien que qualifier ces situations de gratuites n'a aucune conséquence, les qualifications n'ayant d'intérêt que là où il y a une distinction justifiant une différence de régime.

256. Nous devons ensuite préciser la frontière entre la gratuité et l'onérosité. Nous avons déjà pu estimer qu'il y avait gratuité lorsqu'une personne fournissait une prestation à une autre sans recevoir de contre-prestation. Il y a, *a contrario*, onérosité

lorsque la prestation trouve une contre-prestation équivalente⁴⁴⁶. Mais il y a bien sûr une hypothèse intermédiaire, qui est celle où la prestation et la contre-prestation ne sont pas équivalentes, et qui devra, compte tenu du caractère dichotomique de la distinction, entrer dans l'une des deux catégories.

257. Pour délimiter la notion de gratuité, deux étapes seront donc nécessaires. Il faudra, d'abord, approcher la notion de l'extérieur, en s'interrogeant sur le domaine de la distinction de la gratuité et de l'onérosité (Chapitre 1^{er}), sachant que la gratuité ne sera pertinente que dans ce cadre. Puis, une fois ce dernier identifié, il conviendra de procéder à une délimitation interne, et se demander comment la distinction de la gratuité et de l'onérosité est mise en œuvre (Chapitre 2nd).

⁴⁴⁶ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920, p. 39 et s.

CHAPITRE 1^{er} : APPROCHE EXTERNE : DOMAINE DE LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ONÉROSITÉ

258. ***Un fragile impérialisme***<> La distinction de la gratuité et de l'onérosité a pu paraître si fondamentale qu'elle engloberait tous les actes juridiques, voire, même, les faits juridiques. Cet impérialisme de la distinction de la gratuité et de l'onérosité est lié à sa signification morale présupposée. Il est vrai que la plupart des actions de l'homme peuvent être intéressées ou altruistes, qu'elles soient constitutives d'un acte ou d'un fait juridique.

Une fois remise en cause la connotation morale de la distinction de la gratuité et de l'onérosité, ne doit-on pas, nécessairement, abandonner l'impérialisme de cette distinction, et la limiter à certaines catégories de situations juridiques ? Il semble bien qu'une réponse positive s'impose.

259. En réalité, il convient de limiter la distinction de la gratuité et de l'onérosité aux actes juridiques patrimoniaux (Section 1). Pour autant, ces derniers ne doivent pas tous être régis par la distinction. Nous verrons que seuls doivent être regardés comme gratuits ou onéreux les actes ayant pour objet d'organiser les fournitures de prestations objectives. Les prestations objectives en elles-mêmes ne sauraient être gratuites ou onéreuses. Sont donc seuls soumis à la distinction les actes juridiques d'organisation de l'échange (Section 2), ce qui laisse la place à des actes qui ne relèvent pas de la distinction et que l'on pourra qualifier d' « actes neutres » (Section 3).

SECTION 1: LA LIMITATION DE LA DISTINCTION AUX ACTES JURIDIQUES PATRIMONIAUX

260. Seuls sont soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité les actes juridiques patrimoniaux. Cela ne signifie pas que la gratuité ne puisse déborder ce cadre. Cependant, comme seuls les actes patrimoniaux peuvent être onéreux, la qualification de « gratuit » n'aura d'impact qu'au sein de la sphère qui les contient. La qualification d'une

situation juridique n'a en effet d'intérêt que si elle s'inscrit dans une distinction embrassant la catégorie à laquelle la situation étudiée appartient.

Si le domaine de la distinction de la gratuité et de l'onérosité (et donc de la sphère à l'intérieur de laquelle le recours à la notion de gratuité sera efficient) se limite logiquement aux actes juridiques patrimoniaux (§1), l'appréhension des dons d'éléments et de produits du corps humain, que nous désignerons sous l'appellation générique de « *dons bioéthiques* »⁴⁴⁷ ne peut que nous interpeller (§2).

§1 : UNE DÉLIMITATION LOGIQUE

261. Pour limiter le domaine de la distinction de la gratuité et de l'onérosité aux actes juridiques patrimoniaux, nous devons en exclure les faits juridiques (A) et les actes juridiques extra-patrimoniaux (B).

A. L'exclusion des faits juridiques du domaine de la distinction

262. ***Exclusion des faits juridiques dommageables***<>La distinction du titre gratuit et du titre onéreux est posée à propos des actes juridiques. On peut, dans un premier temps, se demander si elle ne déborde pas ce domaine, et si elle ne pourrait pas, également, s'appliquer aux faits juridiques. À l'évidence, dans la mesure où la distinction du titre gratuit et du titre onéreux repose sur la réciprocité des avantages fournis, elle ne saurait gouverner les faits juridiques qui nuisent à autrui, ceux supposés engager la responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle de leur auteur. En effet, il n'y a aucune fourniture d'avantage entre l'auteur du dommage et la victime. Certes, si la gratuité peut être employée dans le domaine des délits, et notamment en matière pénale, c'est pour qualifier le fait délictueux intentionnel dépourvu de mobile. Le « crime gratuit » est ainsi celui qui est commis pour lui-même, l'auteur de l'infraction désirant simplement nuire à quelqu'un,

⁴⁴⁷ Expression utilisée par S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Les Études Hospitalières, 1999, n°209 et s.

à n'importe qui. Peu importe qui est la victime, l'acte délictueux est son propre mobile. L'utilisation du terme de gratuité est ici péjorative, et ne correspond pas, bien évidemment, à la gratuité que nous étudions, celle du droit privé. Au regard de cette dernière, il ne saurait être question de gratuité des faits juridiques préjudiciables, pas plus que d'onérosité, dans la mesure où il manque à ces situations le point commun aux deux catégories : la fourniture d'un avantage.

263. ***Exclusion des faits juridiques involontaires profitables à autrui***<> *Quid* alors des faits juridiques profitables à autrui ? Ces derniers permettent de procurer un avantage, si bien que l'on pourrait, vraisemblablement, songer à les soumettre à la distinction du gratuit et de l'onéreux. Pour autant, s'agissant de simples faits juridiques, ils ne sauraient obliger les tiers à rémunération⁴⁴⁸. L'onérosité doit donc être exclue de ce domaine. On se trouve, alors, en présence de ce que les économistes appellent les externalités positives : une personne fournit un avantage à une autre de façon purement spontanée, sans que la prestation n'ait été organisée par un acte juridique, sans manifestation de volonté de la part du bénéficiaire⁴⁴⁹, et sans pouvoir obtenir de rémunération. Ainsi, le virtuose qui joue du violon dans son jardin et qui, ce faisant, procure un réel plaisir à son voisin mélomane, ne saurait exiger de rémunération de ce dernier.

264. ***Présence possible de la gratuité dans les faits volontaires profitables à autrui***<> Si les faits juridiques profitables à autrui ne sauraient être onéreux, il semblerait que certains d'entre eux contiennent la gratuité. Mais encore convient-il de la limiter aux faits juridiques volontaires. En effet, il ne saurait y avoir de gratuité sans volonté de fournir un avantage à autrui. Du reste, le droit oblige parfois le bénéficiaire d'un avantage fourni par erreur à le restituer à son auteur. C'est ainsi que la personne qui s'est enrichie indûment, sans cause, au détriment d'autrui doit, sur le fondement de l'action *de in rem verso*, restituer l'avantage reçu à l'appauvri⁴⁵⁰. De la même manière, l'*accipiens* qui a reçu un paiement indu en doit restitution au *solvens*. Il ne saurait donc ici être question de

⁴⁴⁸ Il convient, à cet égard, de bien distinguer la rémunération et l'indemnisation. La rémunération constitue un avantage, une prestation objective, fournie en contrepartie d'un bien ou d'un service. L'indemnisation, quant à elle, désigne seulement la réparation d'un préjudice.

⁴⁴⁹ Ce qui permet de distinguer les faits juridiques et les actes de complaisance. Dès lors que ces derniers reposent sur un accord de volontés, il s'agit d'actes juridiques, qui ne créent pas d'obligation.

⁴⁵⁰ Voir *supra*, n°141 et s.

gratuité, faute de volonté de fournir un avantage à autrui de la part de l'appauvri ou du solvens.

265. ***Gratuité de la gestion d'affaires, qualification sans portée***<> Il existe en revanche un fait juridique volontaire profitable à autrui qui pourrait tout à fait être qualifié de gratuit : il s'agit de la gestion d'affaires. Comme tous les quasi-contrats, cette dernière est classée dans la catégorie des faits juridiques⁴⁵¹. Et si elle peut consister aussi bien dans la réalisation d'actes que de faits juridiques au profit du géré, il n'y a pas d'acte juridique unissant ce dernier au gérant d'affaire. Dès lors, à l'égard du maître de l'affaire, les contrats passés par le géré à son profit sont considérés comme des faits juridiques (puisque'il est tiers à ces derniers, au moins jusqu'à la ratification). On pourrait, certes, objecter que les conséquences juridiques de la gestion, à commencer par l'indemnisation du gérant et la ratification par le géré des actes passés pour son compte sont voulus par le gérant ; ce qui aurait pour conséquence de voir dans la gestion d'affaires un acte juridique unilatéral. Néanmoins, s'il est probable que de telles conséquences soient recherchées, il n'en va pas de même pour toutes les conséquences de la gestion d'affaires, à commencer par l'obligation de poursuivre la gestion jusqu'à son terme, prévue par l'article 1373 du Code civil, notamment lorsque cette dernière s'avère plus compliquée que prévue. Toutes les conséquences juridiques n'étant pas voulues, la gestion d'affaires semble donc bel et bien devoir être rangée dans la catégorie des faits juridiques.

Fait juridique volontaire, la gestion d'affaire a pour effet la fourniture d'un avantage sans contre-prestation au maître de l'affaire. En effet, si ce dernier est tenu d'indemniser le gérant des dépenses accomplies, dès lors qu'elles ont été utiles, sur le fondement de l'article 1375 du Code civil, on ne saurait voir dans cette indemnisation une rémunération. La prestation accomplie par le gérant est identique à celle que fournirait un mandataire lorsque la gestion consiste en la réalisation d'un acte juridique ; à celle d'un entrepreneur lorsqu'elle consiste en un fait juridique (notamment en la réalisation de travaux). Il s'agit donc d'une véritable prestation de service, d'un avantage économique qui est fourni au maître de l'affaire par le gérant. Néanmoins, on ne saurait obliger le maître de l'affaire à la rémunérer, faute de consentement préalable. La gestion d'affaire, comme tout fait

⁴⁵¹ Cf. J. CARBONNIER, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 1213 et s.. Ce dernier définit le quasi-contrat comme un « *fait licite, volontairement accompli, d'où découlent des obligations à la charge de son auteur ou à la charge d'un tiers* ».

juridique, ne saurait donc être onéreuse. Mais elle correspond bien à la définition de la gratuité : le gérant fournit un avantage volontairement au maître de l'affaire, sans rechercher de contre-prestation.

266. ***Présence de la gratuité dans certains faits juridiques – Absence de l'onérosité – Exclusion du champ d'application de la distinction***<> Dès lors, si l'on peut remarquer la gratuité de la gestion d'affaires, on peut aussi admettre que cette qualification n'est d'aucun intérêt, dans la mesure où, de toute façon, une qualification onéreuse de ce quasi-contrat eût été impossible. Une qualification ne présente en effet d'intérêt que lorsqu'elle s'inscrit dans une distinction, lorsqu'elle permet de désigner dans quelle catégorie il convient de ranger une situation. Si l'une seulement des deux catégories recouvre un domaine, comme, ici, celui de la gratuité qui, seule, recouvre le domaine des faits juridiques, la qualification ne présente plus aucun intérêt. Seule compte la qualification préalable de quasi-contrat, qui, à elle seule, permet d'écarter l'onérosité, et la qualification de gestion d'affaire, qui permet de déterminer le régime applicable.

La gratuité existe donc dans les faits juridiques, mais uniquement dans les faits juridiques volontaires par lesquels un avantage est fourni à autrui. C'est le cas dans la gestion d'affaires, mais aussi dans les actes de complaisance, par lesquels sont rendus de nombreux services gratuitement⁴⁵². En revanche, l'onérosité ne saurait exister en cette matière, qui n'est donc pas soumise à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, si bien qu'il est surabondant de remarquer la gratuité d'un fait juridique volontaire.

B. L'exclusion des actes juridiques extra-patrimoniaux du domaine de la distinction

267. ***Actes juridiques patrimoniaux et extra-patrimoniaux***<> La distinction du gratuit et de l'onéreux n'est donc pertinente qu'en matière d'actes juridiques. Mais, au sein de ces derniers, il est de tradition d'établir une *summa divisio* entre les actes juridiques extra-patrimoniaux et les actes juridiques patrimoniaux. Les situations qui sont traditionnellement présentées comme gratuites, les contrats de bienfaisance et les

⁴⁵² F. COLLART-DUTILLEUL, *Gratuité et droit des contrats*, Mélanges en l'honneur de Mme Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska, Université de Lodz, 1997, p. 7.

libéralités, ressortissent à la deuxième catégorie ; de même que les situations juridiques qui nous sont présentées comme onéreuses, notamment les contrats.

Peut-on imaginer que les actes juridiques extra-patrimoniaux soient soumis à cette distinction ? Certes, de nombreux auteurs ont estimé que la distinction du gratuit et de l'onéreux gouvernait l'ensemble des actes juridiques⁴⁵³. Pour autant, d'autres auteurs ont déjà pu remarquer que la distinction ne saurait gouverner les actes juridiques extra-patrimoniaux⁴⁵⁴. Le mariage, l'adoption, le divorce ou la reconnaissance d'un enfant naturel, actes juridiques extra-patrimoniaux, ne sauraient être soumis à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, et pour cause : ces actes juridiques ont pour but de nouer ou de dénouer des liens familiaux, eux-mêmes extra-patrimoniaux, et qui, de ce fait, ne sauraient être regardés objectivement tout au moins, comme des avantages. Si l'on admettait que le mariage puisse être gratuit ou onéreux, cela voudrait dire que l'on considèrât que l'un des époux, grâce au mariage, fournit un avantage à l'autre en l'épousant, qu'il lui rend un service. Le raisonnement par l'absurde nous permet donc de considérer que les actes juridiques extra-patrimoniaux ne sont pas soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux. Le calcul coût/avantage doit être contenu à la sphère économique, patrimoniale.

268. **Pacte civil de solidarité**<>Cependant, la frontière entre le patrimonial et l'extra-patrimonial est de plus en plus floue. Les contrats tendent à empiéter sur la sphère extra-patrimoniale. Cette tendance a pu être observée à propos des autorisations, souvent onéreuses, de dévoiler son image ou des éléments de sa vie privée, la jurisprudence allant

⁴⁵³ L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 254, «La distinction du titre gratuit et du titre onéreux est assurément une des clefs de voûte de notre droit ; elle intéresse, non pas seulement les contrats, mais les actes juridiques en général, puisque nombre d'entre eux évoquent l'idée de bienfaisance, encore qu'ils émanent d'une volonté unique, tels les legs, les renonciations in favorem ou les fondations (...) elle étend sa souveraineté sur tous les actes juridiques, en ce sens qu'il n'est pas un seul d'entre eux qui ne doive nécessairement rentrer dans l'un ou dans l'autre des termes de la classification, de même qu'il n'est pas un bien qui ne doive être meuble ou immeuble » — G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 290 : « La loi oppose le « contrat de bienfaisance » (art. 1105 c.civ.) au contrat à titre onéreux (art. 1106 c.civ.) ; mais cette distinction est applicable à tous les actes juridiques, et pas seulement aux contrats ». — F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1996, n° 239.

⁴⁵⁴ J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, n° 187 : « Nul ne songe actuellement, à notre connaissance, à qualifier de gratuit ou d'onéreux le mariage ou la désignation d'un tuteur, ni même ceux des actes modificatifs du statut personnel d'une personne qui comportent des conséquences patrimoniales directes, tels l'adoption ou mieux encore, l'émancipation ».

même, s'agissant de l'image, vers une reconnaissance expresse de la patrimonialité⁴⁵⁵. Mais le législateur a lui-même franchi cette frontière en instaurant le contrat de Pacte Civil de Solidarité (PACS), « *conclu par deux personnes physiques majeures célibataires, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* »⁴⁵⁶. Le PACS a pu être qualifié de « *quasi-mariage de nature contractuelle* »⁴⁵⁷, cette nature ne devant pas, à l'évidence, être exagérée, le PACS ayant, malgré sa qualification légale, tous les attributs du statut extra-patrimonial⁴⁵⁸. En réalité, si l'on devait le comparer au mariage, il apparaîtrait que le PACS organise, *comme ce dernier*, les aspects extra-patrimoniaux de la vie des partenaires, et, *comme le contrat de mariage*, les aspects patrimoniaux de leur union. Dès lors, s'agissant de ses aspects extra-patrimoniaux, le PACS est soustrait à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. S'agissant de ses aspects patrimoniaux, il convient d'y voir un contrat onéreux. En effet, l'article 515-4 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que les partenaires doivent s'apporter une aide mutuelle et matérielle. Chacun est donc tenu de fournir une prestation d'aide à son partenaire. Par ailleurs, la solidarité pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante, tout comme l'indivision que le PACS instaure, semble bien relever de l'onérosité.

Si la limitation du domaine de la distinction aux actes juridiques patrimoniaux pouvait, jusqu'à l'adoption des lois bioéthiques de 1994, sembler incontestable, ces dernières ont semé le doute sur la possibilité de l'appliquer à des actes juridiques extra-patrimoniaux.

⁴⁵⁵ Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sect., 22 sept. 2005, Comm. Com. Elect. 2006, Comm. 4, obs. Caron : « *Le droit à l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial. Il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations, entre le cédant, lequel dispose de la maîtrise juridique sur son image, et le cessionnaire, lequel devient titulaire des prérogatives attachées à ce droit* ».

⁴⁵⁶ Art. 515-1 c.civ.

⁴⁵⁷ A. BÉNABENT, *La famille*, Litec, 11^{ème} éd., 2003, n°433

⁴⁵⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 2004, n°356 : « *Le Pacs n'est donc pas un simple contrat (fût-ce un contrat d'adhésion) : c'est un statut du couple à base contractuelle. Les liens entre Pacs et état des personnes apparaissent d'ailleurs clairement lorsqu'on le débarrasse des oripeaux dont l'a revêtu le législateur interne et que l'on porte l'analyse en droit international privé : le Pacs se rapproche des partenariats enregistrés et autres statuts du concubinage qu'il convient de ranger dans la catégorie statut personnel, et non dans la catégorie contrats (faudrait-il sinon soumettre le Pacs à la Convention de Rome et s'interroger en conséquence sur la prestation caractéristique de ce prétendu contrat ?)* ».

§2 : UNE DÉLIMITATION EN QUESTION FACE AUX « DONS BIOÉTHIQUES »

269. La *summa divisio* la plus fondamentale du droit est celle qui oppose les personnes aux choses. Les premières ne peuvent être que sujets de droit, tandis que les secondes sont contenues au rôle d'objets de droit. La catégorie des personnes est alors la catégorie limitative, tandis que celle des choses est, comme son nom l'indique par ailleurs, la catégorie résiduelle : tout ce qui n'est pas une personne est une chose. Cette distinction fondamentale ne semblait pas, traditionnellement, poser de réelles difficultés de qualification, tout au moins depuis l'abolition de l'esclavage. L'esclave était, en effet, une chose, mais sa qualité de personne n'était pas, pour autant, totalement niée⁴⁵⁹. Malgré tout, les progrès de la science ont provoqué de nouvelles interrogations. Ainsi, la question de la qualification de l'embryon est toujours problématique⁴⁶⁰. De même, et c'est ce point qui retiendra notre attention, le sort des éléments et produits du corps humain a longtemps fait débat. L'intervention du législateur en 1994 n'a pas, sur ce point, anéanti toutes les incertitudes, pas plus que la révision des lois bioéthiques par la loi du 6 août 2004⁴⁶¹.

270. Il est ainsi affirmé, à l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil, que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». Il s'agit là d'une évidence à propos du corps humain pris *in extenso*, et, par ailleurs, du corps humain vivant. En revanche, cette précision était nécessaire à propos des éléments et produits détachés du corps humain. Ces derniers circulent, ils font l'objet de « *dons* » qualifiés de gratuits par la loi.

271. La question qui se pose alors est celle de la pertinence du recours à la notion de gratuité s'agissant des « *dons bioéthiques* »⁴⁶², c'est-à-dire des dons d'éléments et de produits du corps humain. *A priori*, s'agissant d'actes juridiques extra-patrimoniaux, ces derniers ne devraient pas pouvoir être onéreux, ce qui diminue considérablement la portée

⁴⁵⁹ F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Flammarion, 1987.

⁴⁶⁰ C. NEIRINCK, *L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ?*, D.2003, p. 841.

⁴⁶¹ J.-C. GALLOUX, *La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique*, D.2004 p. 2379 — D. THOUVENIN, *La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine*, D. 2005, chr. p. 116. Voir aussi le dossier sur la révision des lois bioéthiques, RDSS 2005-2, p. 185 et s.

⁴⁶² S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Les Études Hospitalières, 1999, n°209 et s.

de la qualification gratuite (A). En réalité, nous verrons que la question est plus compliquée qu'il n'y paraît. Les dons bioéthiques peuvent, certainement, être qualifiés d'actes juridiques patrimoniaux. Par conséquent, leur gratuité affirmée et imposée par la loi est pertinente (B).

A. Une gratuité en apparence sans portée face à l'extra-patrimonialité affirmée des dons bioéthiques

272. **Don et extra-patrimonialité**<> « Le don : le terme est polysémique. Et voilà une polysémie irréductible. Je voudrais ici (...) dissiper une confusion trop répandue : le don impliquerait la patrimonialité. Quelle erreur ! Le don n'est pas toujours une donation, le don est parfois une donation, dans l'un de ses sens. Et en ce sens il implique la patrimonialité : on donne une chose. Et quand on donne une chose, on est un donateur. Il n'y a pas de donateur dans notre loi (...). On ne donne pas que des choses, on donne son amour, on donne sa vie, on donne son temps. On donne son corps frémissant et vivant qui n'est pas une chose. Le don ne postule pas nécessairement la patrimonialité. Il faut évacuer cet argument verbal, littéral, facile. Le don ne renvoie pas à une chose, le don renvoie à une offre. Le don ne postule pas la patrimonialité, le don postule la gratuité et la générosité, la philanthropie. Dans le don, ce qui fait le don n'est pas l'objet donné, c'est l'acte de donner. Le don ne réifie pas, le don gratifie »⁴⁶³. Ces mots du Doyen CORNU révèlent l'évidence : le verbe « donner » ne s'applique pas qu'aux biens, le don peut avoir un objet extra-patrimonial. Mais cette évidence semble confinée au non-droit, et c'est, dans une certaine mesure, heureux. Qui songerait, en effet, à réglementer ce qui relève des sentiments ? Donner son amour, donner son temps ou, au contraire, ne pas les donner, relève de la plus élémentaire des libertés individuelles.

273. **La gratuité et les choses extra-patrimoniales** <> La gratuité peut donc tout-à-fait se retrouver dans la sphère extra-patrimoniale. *De lege lata*, elle semble, plus précisément, caractériser certains actes juridiques permettant de faire « circuler »⁴⁶⁴ des

⁴⁶³ G. CORNU, Intervention in *L'embryon humain, approche pluridisciplinaire*, Actes du colloque, CRJO, 1996, p. 103.

⁴⁶⁴ Il s'agira alors, essentiellement, d'une circulation purement matérielle. Les choses extra-patrimoniales ne pouvant être appropriées, elles ne sauraient circuler d'un patrimoine à un autre.

choses extra-patrimoniales. Il en va ainsi des dons d'éléments et produits du corps humain : leur objet est extra-patrimonial, et ces dons doivent être gratuits. Cette exigence générale est posée par l'article 16-6 du Code civil, qui énonce que « aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ». Ce principe est également formulé dans le Code de la santé publique, l'article L.1211-4 répétant qu' « aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits ». Les textes spéciaux relatifs aux différents « dons bioéthiques » abondent dans le même sens. L'article L.1221-1 du Code de la santé publique fait ainsi du bénévolat l'un des principes éthiques gouvernant la transfusion sanguine, tandis que l'article L.1221-3 alinéa 2 interdit de verser une rémunération au donneur de sang⁴⁶⁵. Le prélèvement d'organes sur une personne vivante obéit au même schéma, étant entendu qu'il s'agit d'un « don »⁴⁶⁶ opéré impérativement au profit d'un proche parent ou, depuis la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, au profit du concubin dès lors que la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans est rapportée ; quant au prélèvement de gamètes, il est également qualifié de don⁴⁶⁷. Dans tous ces cas, l'interdiction d'une rémunération, l'emploi du terme de « don », voire, comme pour le don de sang, de « bénévolat » invitent à conclure à la gratuité de telles opérations, et ce alors qu'elles ont pour objet des éléments et des produits du corps humain, donc des choses qualifiées par la loi d'extra-patrimoniales. La même exigence est posée par l'article L.1121-11 pour les personnes se prêtant à des recherches biomédicales⁴⁶⁸ et se retrouve dans les textes communautaires⁴⁶⁹.

274. Originalité de l'exigence de gratuité dans la sphère extra-patrimoniale<>

Cette exigence de gratuité dans la sphère extra-patrimoniale peut, de prime abord, surprendre. Il n'est pas courant, en effet, que de tels actes soient qualifiés de gratuits. Comme nous avons déjà pu le remarquer, il serait aberrant de qualifier le mariage, l'adoption, ou la reconnaissance d'un enfant naturel de gratuits⁴⁷⁰. En effet, ces actes

⁴⁶⁵ Ce qui n'exclut pas un remboursement des frais exposés par le donneur.

⁴⁶⁶ Art. L.1231-1 C.sant.pub.

⁴⁶⁷ Art. L.1244-1 C.sant.pub.

⁴⁶⁸ B. EDELMAN, *La recherche biomédicale dans l'économie de marché*, D.1991, chr. p. 203.

⁴⁶⁹ Directive n° 2004-23 CE du 31 mars 2004, sur laquelle voir J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, D.2005 p. 536.

⁴⁷⁰ Voir *supra*, n°267.

n'organisent pas la fourniture d'un avantage, mais ont seulement vocation à établir un lien entre des personnes. L'originalité des « dons bioéthiques » tient donc au fait qu'il s'agit, apparemment, d'actes juridiques extra-patrimoniaux portant sur des choses elles-mêmes qualifiées par la loi d'extra-patrimoniales. Dès lors, on comprend mieux pourquoi le législateur exige la gratuité de tels actes, les dons bioéthiques constituant, finalement, une exception au sein de la sphère des actes juridiques extra-patrimoniaux, car portant sur des choses.

275. ***Pertinence de l'exigence de gratuité dans la sphère extra-patrimoniale***<>

On peut cependant s'interroger sur la pertinence de l'exigence de gratuité des dons bioéthiques. Il convient, à cet effet, de rappeler que sont extra-patrimoniales les choses insusceptibles de faire l'objet d'une appropriation, donc insusceptibles de devenir des biens. Seules deviennent des biens, en principe, les choses utiles et rares. Dès lors, les choses qui ne remplissent pas ces conditions sont extra-patrimoniales. C'est le cas, par exemple, des choses communes, qui, faute de rareté, n'accèdent pas au rang de bien. Les éléments et produits du corps humain sont des choses utiles et rares, qui, en principe, devraient donc être des biens. Leur extra-patrimonialité ne saurait donc être « naturelle ». Dans l'hypothèse où elle serait admissible, ce serait alors seulement par détermination de la loi.

On peut alors se demander si une chose extra-patrimoniale peut vraiment faire l'objet d'un acte juridique. Rien n'est moins sûr. En effet, lorsqu'une chose est l'objet d'un acte juridique, c'est soit pour qu'elle soit créée ou transformée au profit d'autrui, soit pour qu'elle soit transférée, soit pour qu'elle soit abandonnée. Or, dans tous ces cas, l'acte implique la réservation de la chose, et donc son appropriation. On ne peut prévoir de fabriquer une chose ou de la transformer pour autrui que si ce dernier doit en devenir propriétaire. On ne peut la transférer ou l'abandonner que si cette dernière fait déjà l'objet d'une appropriation. Il nous semble donc difficile d'admettre que des choses extra-patrimoniales puissent faire l'objet d'un acte juridique⁴⁷¹, qu'il soit gratuit ou, *a fortiori*,

⁴⁷¹ Au contraire des choses seulement hors du commerce. Rappelons ainsi que les choses extra-patrimoniales sont nécessairement hors du commerce. En revanche, des choses peuvent être hors du commerce juridique sans être, pour autant, inappropriables. Sur le lien entre ces deux notions, et en ce sens, Th. REVET, obs. ss. Com. 24 sept. 2003, RTD Civ. 2004, p. 117. Les choses hors du commerce sont celles qui ne peuvent pas circuler d'un patrimoine à un autre, et, plus largement, qui ne peuvent faire l'objet de conventions, au titre de l'article 1128 du Code civil. *A contrario*, on pourrait donc admettre que les choses patrimoniales hors du commerce juridique puissent faire l'objet d'actes juridiques unilatéraux, et notamment de testaments. En effet, tout ce qui n'est pas interdit est permis. Pour une telle approche : I. MOINE, *Les choses hors du*

onéreux.

En admettant que les choses extra-patrimoniales puissent faire l'objet d'actes juridiques, elles ne sauraient, à l'évidence, faire l'objet d'actes juridiques onéreux. En effet, faute de pouvoir intégrer le patrimoine, ces choses-là ne sauraient avoir de valeur patrimoniale, et ne sauraient donc circuler en contrepartie d'un prix. Dès lors, le seul fait de dire que des choses sont extra-patrimoniales devrait suffire à rejeter l'onérosité des prétendus actes juridiques dont elles seraient l'objet. L'exigence de la gratuité serait alors inutile.

On peut cependant s'interroger sur la pertinence de la qualification extra-patrimoniale donnée par la loi aux éléments et produits du corps humain.

B. Une gratuité réellement pertinente face à la patrimonialité avérée des dons bioéthiques

276. En réalité, la qualification gratuite des dons bioéthiques semble pertinente. En effet, leur objet, les éléments et produits détachés du corps humain, semblent bel et bien être des choses patrimoniales et dans le commerce juridique (1). Dès lors, les dons bioéthiques peuvent être soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, du fait de leur caractère patrimonial (2).

commerce, une approche de la personne humaine juridique, préf. E. LOQUIN, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 271, n°441 et s. — Contre une telle approche, en matière de legs, M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, n°1154 : « *Un bien hors du commerce juridique, au sens de l'article 1128, ne peut être ni donné ni légué* » — F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, n°312. Dans le sens de ces derniers auteurs, on pourrait très bien soutenir que les actes juridiques unilatéraux sont soumis aux mêmes conditions que les conventions relativement à leur objet.

1. Patrimonialité et commercialité des éléments et produits détachés

277. Lorsque l'on observe le régime juridique des éléments et produits du corps humain à compter de leur prélèvement, il semble possible de considérer que ces choses sont dans le commerce juridique, et, par conséquent, patrimoniales. Par ailleurs, une telle solution semble souhaitable dans un but de protection de ces choses.

278. ***La patrimonialité des éléments et produits détachés du corps humain déduite de leur régime juridique***<> Tant que les éléments et produits du corps humain n'ont pas été prélevés, ils sont, à l'évidence, extra-patrimoniaux comme l'est le corps humain vivant lui-même. Au-delà, et tout comme ce dernier, ils ne peuvent être rattachés à la catégorie des choses. Mais une fois les éléments et produits prélevés, il est impossible de considérer qu'ils font toujours partie du corps vivant, et donc de la personne. Le prélèvement a pour effet de réifier les éléments et les produits du corps. Et à compter du prélèvement, il semble bien que les éléments et produits doivent intégrer la patrimonialité et la commercialité. L'exemple des produits sanguins labiles est particulièrement révélateur de ce phénomène.

279. ***Produits sanguins labiles. Cessions onéreuses***<> Le législateur distingue plusieurs utilisations possibles du sang prélevé. Ce dernier peut donner lieu à la préparation de produits sanguins labiles, de produits sanguins stables, de réactifs de laboratoire, de préparations cellulaires ou de produits de thérapie cellulaire⁴⁷². Les produits sanguins labiles comprennent, d'après l'article L.1221-8 du Code de la santé publique, le sang total, le plasma et les cellules sanguines d'origine humaine. Ils sont caractérisés par une courte durée de conservation. Les produits sanguins stables, quant à eux, sont élaborés industriellement et sont juridiquement considérés comme des médicaments. Si la définition des produits sanguins labiles n'est pas aisée à cerner, leur liste est dressée par voie réglementaire. Il nous faut simplement constater que lorsqu'on parle de transfusion sanguine, le sang transfusé est un produit sanguin labile.

Ces produits sanguins labiles font l'objet d'un monopole s'agissant de leur préparation, cette dernière étant assurée par les établissements de transfusion⁴⁷³, qui fournissent ensuite

⁴⁷² Art. L.1221-8 C.sant.pub.

⁴⁷³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, J.Cl. civ. art. 16 à 16-12, *Respect et protection du corps humain*, fasc. 24.

le sang aux établissements de santé dans lesquels sont effectuées des transfusions. Or cette fourniture de sang est réalisée à titre onéreux. Ainsi, l'article L.1221-9 du Code de la santé publique énonce qu' « *un arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale fixe les tarifs de cession des produits sanguins labiles* ». Le législateur parlant de cession, il semble évident que les produits en question font l'objet d'un droit patrimonial, et qu'ils circulent onéreusement par l'intermédiaire d'une vente. Certes, ce prix doit prendre en considération l'exigence de l'absence de profit, énoncée par l'article L.1221-1, et ne correspondre qu'à une indemnisation du coût de préparation, du reste très élevé, de ces produits. Mais cela ne suffit pas à nier l'existence d'une vente : cette dernière est caractérisée par l'existence d'un prix, pas d'un profit. Il ne faut pas confondre le commerce juridique, qui n'est autre que l'aptitude d'une chose à circuler d'un patrimoine à un autre, et l'acte de commerce défini par l'article L.110-1 du Code de commerce⁴⁷⁴.

280. **Importations de produits sanguins labiles et de pâtes plasmatiques. Contrat de fourniture de sang**<>Il semble donc que le don déclenche un véritable processus de patrimonialisation du sang. On en trouve un autre exemple avec l'admission de l'importation de produits sanguins labiles ou de pâtes plasmatiques, posée par l'article L.1221-12 du Code de la santé publique. Par ailleurs, la jurisprudence a pu qualifier de contrat de fourniture de sang le lien unissant les centres de transfusion sanguine aux établissements de santé, faisant ainsi du sang l'objet d'un contrat translatif de propriété⁴⁷⁵.

281. **Cessions de tissus, cellules, produits, organes...**<>S'agissant des cellules, tissus, et produits, certains auteurs remarquent qu'un véritable marché s'est mis en place, avec des acteurs privés prenant la forme de sociétés commerciales⁴⁷⁶. La loi admet, comme pour les produits sanguins labiles, la cession des tissus et cellules⁴⁷⁷. Des banques de sang de cordon ombilical ont été créées ces dernières années, pour certaines dans le secteur

⁴⁷⁴ *Contra* : A. LAUDE, et alii, Lamy Droit de la santé, étude 412 (Produits sanguins labiles), n° 412-16 : « Pour autant, comme tous les produits issus du corps humain, les PSL ne sauraient faire l'objet d'un commerce. Telle est la signification de l'absence de profit ».

⁴⁷⁵ Civ. 2^{ème}, 17 déc. 1954, D.1955.269, note Rodière ; JCP 1955.II.8490 note R. Savatier ; Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1995, JCP 1996.I.3985, n°7, obs. Viney ; Paris, 28 nov. 1991, D.1992.85, note Dorsner-Dolivet ; JCP 1992.II.21797, note Harichaux ; GP 1992.1.120, concl. Benas, note J.G.M., note Paire. Ces décisions considèrent que ce contrat contient une stipulation pour autrui tacite prévoyant, au profit du transfusé, une obligation de sécurité de résultat.

⁴⁷⁶ V. LARRIBAU-TERNEYRE, J.Cl. civ. art. 16 à 16-12, fasc. 22, n° 160 et suivants ; S. PRIEUR, *op. cit.* n° 78.

⁴⁷⁷ Art. L.1243-1 C.sant.pub.

privé lucratif⁴⁷⁸. Enfin, on admet l'importation et l'exportation d'organes⁴⁷⁹. Dès lors, il semble bien que « *le corps humain morcelé* » entre dans le commerce juridique⁴⁸⁰. Il y aurait ainsi un véritable « *marché de la santé* »⁴⁸¹, et nos principes juridiques traditionnels, tels que l'extra-patrimonialité du corps humain, seraient remis en cause par les techniques scientifiques actuelles⁴⁸².

282. ***Les éléments et produits objets de contrats onéreux***<> On ne peut donc que constater que les éléments et produits font, après leur détachement, et donc après l'acte gratuit de don, l'objet de contrats onéreux. Il n'est alors plus question d'extra-commercialité ni, *a fortiori*, d'extra-patrimonialité des éléments et produits détachés. En effet, les cessions visées sont bel et bien des contrats, et les éléments et produits détachés en sont bien l'objet⁴⁸³.

283. ***Une patrimonialité souhaitable dans un souci de protection des éléments et produits détachés***<> Affirmer la patrimonialité et la commercialité des éléments et produits détachés du corps humain revient à remettre en cause l'affirmation dogmatique de l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil. Mais cette remise en cause va dans le sens d'une plus grande protection des éléments et produits détachés. En effet, tant que les éléments et produits ne sont pas détachés, le principe de l'inviolabilité du corps humain permet de protéger la personne contre de prélèvements qui ne seraient pas voulus. Après le prélèvement, il apparaît nécessaire que les éléments et produits fassent l'objet d'une réservation au profit des établissements de santé chargés d'en assurer la circulation jusqu'au patient qui les recevra. Or, par principe, la réservation d'une chose passe par

⁴⁷⁸ J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, *Droits et libertés corporels*, D.2005, somm. p. 536.

⁴⁷⁹ Art. L.1235-1 C.sant.pub.

⁴⁸⁰ S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, n°77.

⁴⁸¹ B. EDELMAN, *La recherche biomédicale dans l'économie de marché*, D.1991, chr. p. 203.

⁴⁸² C. HURIET, rapp. Sénat (1988-1989), p. 54.

⁴⁸³ On pourrait contester le fait que les éléments et produits détachés soient l'objet de contrats onéreux, en retenant, par exemple, que les cessions de produits sanguins labiles sont des contrats d'entreprise, ce qui permettrait de continuer à parler d'extra-commercialité des éléments et produits détachés. En ce sens : V. LARRIBAU-TERNEYRE, J. Cl. civ. art. 16 à 16-12, fasc. 24, n° 108. Cependant, une telle analyse n'empêcherait pas de considérer que les éléments et produits détachés sont des choses patrimoniales, dans la mesure où le maître de l'ouvrage devient propriétaire de l'ouvrage. Par ailleurs, elle est certainement en opposition avec la jurisprudence qui voit dans la spécificité du travail le critère de distinction entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise (voir ainsi Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, GP 2000.2. Somm. 1655, obs. Peisse). Si les cessions de produits sanguins labiles portent sur du sang transformé, ce dernier ne répond pas à un besoin spécifique d'un patient déterminé, mais est fabriqué puis stocké avant d'être distribué sur prescription médicale, si bien que l'on doit voir dans la cession de PSL une vente.

l'appropriation. Surtout, seule la propriété permet de justifier la réservation, de la rendre opposable aux tiers, et donc, entre autres, de **se prémunir contre le vol**.

284. *Une patrimonialité sans inconvénient au regard des objectifs poursuivis par le législateur*<> Par ailleurs, il convient de remarquer que le législateur a affirmé l'extra-patrimonialité des éléments et produits du corps humain afin d'éviter la constitution d'un marché du don⁴⁸⁴. Mais il n'était pas nécessaire d'aller aussi loin. On perçoit en effet la grande difficulté qu'il y a à appréhender le marché, notion économique, en droit. Il est vrai que pour exclure une prestation du marché, l'extra-patrimonialité, tout comme l'extra-commercialité, sont des moyens radicaux et efficaces. Mais il est possible, tout en voulant exclure des biens du marché, de vouloir en permettre l'appropriation et la circulation. Or les notions en question l'interdisent, et sur l'autel du dogme de l'extra-patrimonialité et de l'extra-commercialité sont sacrifiées la protection des éléments et produits prélevés et l'efficacité des systèmes de transfusion sanguine et de greffes, qui passe par une bonne maîtrise et une traçabilité optimale de la circulation des éléments et produits du corps. La gratuité apparaît alors comme le seul bon moyen d'exclure une prestation du marché : l'interdiction de se faire payer empêche, par définition, la professionnalisation d'une activité. Surtout, la gratuité obligatoire empêche qu'un prix ne se forme en fonction de la loi du marché, celle de l'offre et de la demande. « Une chose peut être soustraite aux rapports marchands sans échapper, de façon générale, au commerce juridique, dès lors qu'il est possible d'en disposer à titre gratuit »⁴⁸⁵.

Il convient cependant de bien s'entendre ici sur le sens des termes employés : on ne refuse pas la création d'un marché des éléments et produits du corps humain, qui, apparemment, existe déjà. On rejette, davantage, la création d'un marché du prélèvement des organes et des produits ; une professionnalisation des donneurs dangereuse pour leur santé. En effet, les éléments et produits pour lesquels la gratuité est imposée sont ceux dont le don implique un sacrifice, au moins temporaire pour le don de sang, voire permanent pour le

⁴⁸⁴ M.-A. HERMITTE, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APD 1988, p. 323. L'auteur fait la proposition suivante : « entre la personne et la chose, il faudrait (...) instituer la "chose d'origine humaine et à finalité humaine", dont le statut viserait à apprivoiser les mécanismes de marché qui risquent sinon d'entraîner le corps humain dans la logique de la production, logique qui est déjà à l'œuvre dans certains secteurs ». — Dans le même sens, R. CABRILLAC, *Le corps humain*, in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, n°272 : « la gratuité repose incontestablement sur de bons sentiments, décourager toute volonté de profit sur le corps humain, et éviter l'apparition de "donneurs" professionnels, d'un marché des organes humains ».

⁴⁸⁵ G. LOISEAU, *Y a-t-il encore des biens non-marchands ?* Esprit, févr. 2002.

don d'organes. Au contraire, les phanères peuvent être vendus parce qu'il n'y a aucun sacrifice à s'en séparer⁴⁸⁶.

On mesure alors tout l'intérêt et toute la pertinence de l'exigence de gratuité du don, qui doit être considéré comme un acte juridique patrimonial.

2. Patrimonialité des dons

285. **Analyse juridique des dons bioéthiques**<> Le don bioéthique a pu être analysé comme une donation par la doctrine⁴⁸⁷ et par les vellétés du législateur⁴⁸⁸. Cependant, une telle analyse est certainement à rejeter, dans la mesure où les donations sont, par essence, irrévocables. Or le consentement donné à un don bioéthique peut toujours être révoqué⁴⁸⁹. Par ailleurs, la donation étant une convention entre le donateur et le donataire, elle exige la rencontre de leurs consentements, donc qu'ils se connaissent. Or les dons bioéthiques sont marqués, à la notable exception près du prélèvement d'organe sur personne vivante, par la règle de l'anonymat.

⁴⁸⁶ En ce sens, D. FOLSCHEID et J.-J. WUNENBERGER, *La gestion des corps*, in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER et J.-F. MATTEI, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, coll. Thémis Philosophie, 1997, p. 209 et s. : « le don oscille entre plusieurs registres, puisque les parties ou éléments du corps, comme le corps lui-même, oscillent entre l'avoir et l'être, la limite infranchissable étant l'indisponibilité du corps de la personne – à moins d'admettre qu'elle puisse se détacher librement de ce corps sans lequel pourtant elle n'est pas. Une seule catégorie permet de recueillir le don impliquant l'être : le sacrifice. (...) la gratuité repose sur la différence entre ce qu'on peut détacher de soi sans se léser (lait, cheveux) et ce qui nous coûte parce que l'être est impliqué ». Voir aussi F. QUERÉ, *L'éthique et la vie*, Odile Jacob, 1991, p. 158.

⁴⁸⁷ D. FOLSCHEID et J.-J. WUNENBERGER, in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J.-F. MATTEI, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, coll. Thémis Philosophie, 1997, p. 212 : « au lieu de parler de "donateur" et de "donataire", on parle de "donneur" et de "receveur". On cherche à résoudre ainsi la tension entre l'être et l'avoir, entre l'attentat à l'intégrité du corps et l'attentat à sa dignité ». — D. FENOUILLET, J. Cl. civil art. 16 à 16-12, fasc. 12, *Respect et protection du corps humain*, n°136.

⁴⁸⁸ Voir ainsi l'article 25 du projet de loi déposé à l'Assemblée Nationale le 25 mars 1992 : « les éléments et les produits du corps humain ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, hors le cas où la loi en dispose autrement. Les conventions à titre onéreux portant sur ces produits sont nulles. Les prélèvements d'éléments, le recueil de produits du corps humain et les expérimentations effectuées sur l'homme n'ouvrent droit à aucune rémunération à ceux qui s'y prêtent ». A contrario, les conventions à titre gratuit, donc les donations, auraient été possibles sur les éléments et produits détachés, ce qui conforte l'assimilation du don à la donation.

⁴⁸⁹ Cf. Art. L.1211-2 CSP (texte général). Dans le même sens, à propos du don d'organe, art. L.1231-1 al. 3 in fine CSP ; à propos des dons de tissus, cellules et produits : art. L.1241-1 ; à propos des gamètes : art. L.1244-2.

Il a donc pu être proposé d'analyser le don bioéthique comme un acte juridique unilatéral, par lequel le donneur autorise une personne à porter atteinte à son intégrité physique dans l'intérêt thérapeutique d'autrui⁴⁹⁰. Cet acte juridique unilatéral pourrait alors être qualifié de patrimonial, ce qui justifierait sa soumission à la distinction de la gratuité et de l'onérosité.

286. ***Le don, point de départ de la patrimonialisation***<> Le don permet le détachement des éléments et produits du corps humain. Or, une fois détachés, ces derniers accèdent à la patrimonialité et à la commercialité. Donc, le don patrimonialise les éléments et produits du corps humain. En cela, il semble bien que l'on doive le qualifier d'acte juridique patrimonial, car son objet, une fois prélevé, sera patrimonial. Au-delà, le consentement au prélèvement intègre nécessairement l'utilisation thérapeutique de l'élément ou du produit, qui conduit à anticiper sur son statut de chose⁴⁹¹ dans le commerce juridique.

287. ***Pertinence de la gratuité***<> Si le don bioéthique avait été un acte juridique extra-patrimonial, l'affirmation de sa gratuité aurait été sans portée, dans la mesure où cette catégorie d'actes n'est pas soumise à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Mais, comme nous l'avons vu, il est certainement préférable de rattacher le don à la catégorie des actes juridiques patrimoniaux, soumise, au moins en partie, à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. L'exigence de gratuité est donc tout-à-fait fondée, et permet de maintenir le don hors de la logique marchande, objectif recherché par le législateur.

288. ***Conclusion de la section***<> La distinction de la gratuité et de l'onérosité a donc pour seul domaine celui des actes juridiques patrimoniaux. La qualification de « gratuit » ou « onéreux » n'a donc vraiment d'intérêt que dans ce domaine. Le cas particulier des dons d'éléments et produits du corps humain ne constitue pas de contre-exemple à cette idée.

⁴⁹⁰ S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Les Études Hospitalières, 1999, n°225 : « *Ce n'est pas le don qui est premier, c'est le prélèvement, et le consentement est davantage une autorisation au prélèvement qu'une volonté de donner l'élément en question. Il n'y a pas volonté de donner au sens patrimonial du terme : il y a davantage assentiment à une utilisation de l'élément corporel* » (l'auteur souligne).

⁴⁹¹ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2005, n°14 : « *Quant au régime particulier des éléments ou produits du corps humain, voire de certains organes, il s'explique par l'idée que, dans des conditions rigoureuses, on peut alors être autorisé à admettre, dans un premier temps, l'existence de choses par anticipation* ».

Cependant, il serait faux de croire que tous les actes juridiques patrimoniaux sont soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Cette dernière ne s'applique qu'à certains d'entre eux, que nous appellerons actes juridiques d'organisation de l'échange.

SECTION 2 : UNE DISTINCTION LIMITÉE AUX ACTES JURIDIQUES PATRIMONIAUX DESTINÉS À ORGANISER L'ÉCHANGE

289. *Actes non destinés à organiser l'échange* <> Seuls les actes juridiques patrimoniaux sont donc soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Pour autant, tous les actes juridiques patrimoniaux ne sont pas concernés par cette distinction. En réalité, la distinction gouverne seulement les actes juridiques patrimoniaux destinés à organiser l'échange. Or ce but n'est pas celui de tous les actes juridiques patrimoniaux. Il est en effets des actes juridiques patrimoniaux qui n'ont pas pour but d'*organiser* l'échange. Il en va ainsi des actes déclaratifs, qui selon la définition donnée par le *Vocabulaire Juridique* de l'Association Henri Capitant, constatent un fait préexistant ou reconnaissent un droit préexistant. Il en va très certainement de même des assignations et autres demandes en justice, ainsi que de tous les actes de procédure, dont l'objet n'est pas d'organiser l'échange, mais, la plupart du temps, de faire valoir un droit préexistant. Mais l'exemple le plus typique de la catégorie des actes juridiques patrimoniaux non organisationnels nous est fourni par les actes d'exécution (Sous-Section 1). Au-delà, il existe des actes juridiques qui ne sont même pas destinés à autrui, purement égoïstes. Il en va ainsi des actes abdicatifs (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'EXEMPLE DE L'EXCLUSION DES ACTES JURIDIQUES D'EXÉCUTION

290. Comment savoir si un acte d'exécution est gratuit ou onéreux ? C'est là l'une des questions les plus épineuses du droit des libéralités. Face à une donation notariée, obéissant aux prescriptions de l'article 931 du Code civil, la question de la gratuité de l'acte ne se posera que rarement⁴⁹². Face à une donation déguisée, le problème se posera, essentiellement, de démontrer que la rémunération prévue par le contrat apparent est fictive. Mais pour qualifier un acte de don manuel ou de donation indirecte, il faudrait, ce qui serait plus difficile, qualifier un acte matériel de gratuit. Ainsi, à propos du don manuel, la question qui se posera sera de savoir si la tradition intervient à titre gratuit ou à titre onéreux...voire, pour prendre un raccourci sans doute dangereux⁴⁹³, si la tradition est gratuite ou onéreuse. De la même manière, selon la doctrine classique, la donation indirecte serait celle qui aurait pour support un « acte neutre » ou un « acte abstrait ». Or, selon un éminent spécialiste de la notion, « le type de l'acte abstrait, celui qui réalise le mieux l'idée, c'est l'acte purement matériel : il n'indique ni le motif qui a poussé à l'accomplir, ni l'effet qu'il est destiné à produire, ni la personne à laquelle bénéficiera cet effet ». C'est ainsi que la tradition « peut être translatrice soit de la propriété, soit de la possession, soit de la simple détention »⁴⁹⁴. Si l'acte neutre, élément caractéristique de la donation indirecte, n'indique pas s'il intervient à titre gratuit ou à titre onéreux, il faudrait pousser plus en avant les recherches pour déterminer son caractère gratuit ou onéreux.

291. Ceci dit, il ne faut pas tomber dans le piège tendu par des ellipses bien pratiques dans le discours juridique, mais cependant trompeuses. Quand on se pose la question de la gratuité ou non de la tradition, on cherche, en réalité, si elle intervient en exécution d'un acte juridique gratuit ou d'un acte juridique onéreux. De la même manière, lorsqu'on se demande si un acte en apparence neutre est gratuit ou onéreux, on tente de qualifier l'acte en exécution duquel il intervient. En réalité, ces actes matériels, ces actes d'exécution que sont les traditions, les paiements, les travaux ou services divers, ne sont pas soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Le débat sur leur nature juridique pourrait nous aider à le démontrer (§1), mais, en réalité, cette conclusion découle logiquement des critères qui nous ont permis de distinguer les contrats gratuits des contrats onéreux (§2).

⁴⁹² Elle pourra se poser en présence d'une donation avec charge dans l'intérêt du disposant, dès lors que le montant de ces dernières est suffisamment élevé pour que l'on puisse douter de l'enrichissement du bénéficiaire.

⁴⁹³ Voir *infra*, n°299 et s.

⁴⁹⁴ A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Th. Dijon, 1946, Sirey, p. 131.

§1 : LE DÉBAT SUR LA NATURE JURIDIQUE DES ACTES D'EXÉCUTION

292. **Nature juridique du paiement**<> Les actes d'exécution sont-ils des actes juridiques ou des faits juridiques ? La question se pose, depuis une thèse célèbre⁴⁹⁵, à propos du paiement. Exécution des obligations de somme d'argent comme des obligations en nature⁴⁹⁶, le paiement passe nécessairement par un acte d'exécution, qu'il s'agisse du versement d'une somme d'argent, de l'accomplissement d'un travail, d'une restitution, d'une délivrance ou autre, qui consiste donc en un acte purement matériel. Selon la doctrine classique, le paiement est un acte juridique. Plus précisément, il serait, selon certains auteurs, une convention entre le créancier et le débiteur, par laquelle ce dernier exécuterait son obligation en contrepartie de sa libération par le créancier⁴⁹⁷. Cette vision, héritée de l'Ancien droit romain dans lequel la *solutio* devait emprunter les mêmes formes que l'acte ayant créé l'obligation, est de plus en plus contestée. Ainsi, pour le Professeur Nicole CATALA⁴⁹⁸, le paiement serait un fait juridique, l'effet de droit, la libération, étant indépendant de la volonté des parties.

Enfin, le Professeur BÉNABENT a pu proposer de voir dans le paiement un acte juridique unilatéral⁴⁹⁹. Cette dernière position nous semble la meilleure, dans la mesure où le paiement émane du débiteur, et que ce dernier entend bien, en payant, provoquer un effet de droit, à savoir sa libération. Au contraire, peu importe la volonté du créancier, qui, dès lors qu'il reçoit ce qui lui était dû, doit reconnaître qu'il est satisfait. Du reste, s'il arrive que le créancier soit tenu de manifester sa satisfaction, il le fera par le biais d'un acte juridique unilatéral distinct du paiement. Il en va ainsi pour le maître de l'ouvrage qui réceptionne l'objet du contrat d'entreprise. Si le paiement était une convention, la réception

⁴⁹⁵ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1961.

⁴⁹⁶ C. BRUNEAU, *La distinction des obligations en nature et des obligations monétaires, essai de détermination de l'objet*, Th. Paris II, 1984 — L.-F. PIGNARRE, *La distinction des obligations en nature et des obligations de somme d'argent en droit privé*, Th. Montpellier, 2005.

⁴⁹⁷ Voir Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, n° 1075.

⁴⁹⁸ N. CATALA, *op. cit.*

⁴⁹⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, Droit Privé, 10^{ème} éd., 2005, n°783.

serait rattachée à l'exécution de l'ouvrage. Or tel n'est pas le cas, la réception est un acte juridique unilatéral indépendant de l'exécution de l'ouvrage.

293. *Influence de la nature juridique des actes d'exécution sur leur éventuelle soumission à la distinction de la gratuité et de l'onérosité* <> Si l'on admet la thèse selon laquelle le paiement est un fait juridique, alors il va de soi qu'il n'est pas soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Nous avons vu, en effet, en introduisant ce chapitre, que la distinction n'est absolument pas pertinente en matière de faits juridiques. Le paiement ne saurait être onéreux, les faits juridiques ne pouvant accéder à cette qualité. Il ne saurait être gratuit, compte tenu du fait qu'il ne crée aucun avantage pour *l'accipiens*. Si l'on considère, au contraire que le paiement est un acte juridique, n'est-on pas alors contraint de le soumettre à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux⁵⁰⁰ ? La nature juridique du paiement serait alors déterminante pour savoir s'il convient de le soumettre à la distinction étudiée.

294. *Actes matériels et actes d'exécution* <> Ceci dit, il convient de préciser que tous les actes matériels ne sont pas nécessairement des paiements. Nous avons vu, au cours de cette étude, que l'obligation n'était pas le seul moyen de fournir une prestation objective. Il peut y avoir fourniture d'une prestation sans qu'il y ait, au préalable, d'obligation. Dans certains cas, la fourniture d'une prestation objective permettra de former un contrat, et non de l'exécuter. C'est le cas, par exemple, en matière de prêt à usage, la mise à disposition de la chose valant formation du contrat. Mais c'est le cas, également, lorsque la fourniture de la prestation intervient en dehors de tout acte juridique. Ainsi, la gestion d'affaires est un fait juridique qui se manifeste par la prise en charge, par le gérant, des affaires du géré. On a donc là un acte matériel, qui n'est pas un paiement, et sur la nature duquel on peut s'interroger. La gestion d'affaires étant un fait juridique, il semble que l'interrogation ne dure pas longtemps, et que l'acte matériel par lequel elle se manifeste doive être considéré comme un fait juridique lui aussi.

Dès lors, on se rend compte que la catégorie des « *actes matériels* » est plus large que celle

⁵⁰⁰ Voir, pour l'affirmative, V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004, n°3. L'auteur, analysant la gratuité au sein de la famille, est tenu de qualifier le paiement des diverses obligations familiales, alimentaires et d'entraide notamment. S'il préfère considérer que le paiement est un fait juridique, ce qui permet de ne pas ranger l'exécution des obligations familiales dans la catégorie des actes gratuits, puisque le paiement n'est alors ni gratuit ni onéreux, il estime que si le paiement était un acte juridique, il serait un acte à titre onéreux.

des actes d'exécution, mais qu'elle n'est pas forcément homogène, dans la mesure où elle contient des faits juridiques apparemment exclus de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, et des actes juridiques qui devraient, en vertu de l'impérialisme de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, et de l'idée selon laquelle elle gouvernerait tous les actes juridiques patrimoniaux⁵⁰¹, être soit gratuits soit onéreux. Les actes matériels visant à exécuter des obligations étant considérés, au moins par une partie de la doctrine, comme des actes juridiques, il faudrait les dissocier des autres actes matériels, pour les soumettre à la distinction du gratuit et de l'onéreux, ce qui n'aurait pas à proprement parler le mérite de la clarté.

Il est donc grand temps de contester le poncif selon lequel la distinction de la gratuité et de l'onérosité devrait s'appliquer à tous les actes juridiques patrimoniaux. Pour cela, il nous faut revenir sur la définition que nous avons retenue de la gratuité et de l'onérosité, de façon à exclure tous les actes matériels, y compris ceux par lesquels sont exécutées les obligations, de la distinction du gratuit et de l'onéreux.

§2 : EXCLUSION LOGIQUE DES ACTES JURIDIQUES D'EXÉCUTION

295. L'exclusion des actes d'exécution de la distinction du gratuit et de l'onéreux découle logiquement de la définition de la gratuité (A). Il nous faudra en mesurer les applications concrètes (B).

⁵⁰¹ L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, op. et loc. cit.—H., L. et J. MAZEAUD, op. et loc. cit.

A. L'exclusion des actes d'exécution : justification logique et sémantique

296. Peu importe, en réalité, la nature juridique du paiement. Qu'il s'agisse d'actes ou de faits juridiques, les actes d'exécution doivent être exclus de la distinction de la gratuité et de l'onérosité. S'il ne nous appartient pas de trancher ce débat, nous avons déjà pu manifester notre préférence pour la thèse du Professeur BÉNABENT selon laquelle le paiement serait un acte juridique unilatéral. Exclure les paiements de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux reviendrait donc à admettre que la distinction ne gouverne pas l'ensemble des actes juridiques patrimoniaux, et reviendrait à remettre en cause son impérialisme. À dire vrai, la plupart des auteurs ayant soutenu l'idée d'une hégémonie de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ne se sont pas limités aux actes juridiques patrimoniaux. Ils ont considéré que tous les actes juridiques devaient être soumis à la distinction, et ce sans discrimination entre les actes patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Ayant déjà remarqué le caractère un peu hâtif de telles affirmations, nous pouvons aller plus loin et remarquer que tous les actes juridiques patrimoniaux ne sont pas nécessairement gratuits ou onéreux.

297. ***Critère de distinction : la réciprocité des prestations objectives organisées par l'acte*** <> Nous avons déjà pu nous interroger sur la distinction entre deux classifications des contrats : celle qui oppose les contrats unilatéraux aux contrats synallagmatiques et celle qui oppose les contrats gratuits aux contrats onéreux. Nous avons vu que ces deux classifications étaient bien distinctes : si toutes deux reposent sur la présence ou l'absence de réciprocité, elles diffèrent dans la mesure où la première a pour objet les obligations nées du contrat, tandis que la seconde a pour objet les prestations objectives fournies grâce au contrat. Ainsi, le contrat est synallagmatique lorsqu'il crée des obligations réciproques, il est unilatéral dans le cas contraire. Il est onéreux lorsqu'il a pour objet la fourniture réciproque de prestations objectives, il est gratuit lorsqu'une seule des parties fournit une prestation à l'autre.

298. ***Conséquence : exclusion de la distinction des prestations détachées de l'acte qui les organise*** <> De cette observation, une conclusion découle nécessairement : lorsque l'on parle de contrats, ce qui est unilatéral, synallagmatique, gratuit ou onéreux, c'est uniquement le contrat. Personne n'a jamais prétendu qualifier une obligation de synallagmatique ou unilatérale. Seul le contrat qui en est à la source pourra être paré de ces

qualificatifs. De la même manière, il faut renoncer à qualifier les prestations objectives de gratuites ou onéreuses. Or les actes d'exécution permettent la fourniture matérielle des prestations. Mais ils ne sont pas les seuls actes par lesquels une prestation peut être fournie. En réalité, tous les actes matériels, qu'ils soient ou non à proprement parler des actes d'exécution, qu'ils soient ou non des actes juridiques, permettent de fournir des prestations objectives. Aucun d'entre eux ne saurait donc être qualifié de gratuit ou onéreux. Seuls les actes juridiques d'organisation de l'échange, ceux destinés à organiser les fournitures de prestations objectives, à modifier l'ordre juridique, peuvent être qualifiés de gratuits ou onéreux. Les simples fournitures matérielles de prestations, même si elles consistent en des actes juridiques, doivent être exclues de la distinction.

299. **Conclusion : précision terminologique sur les termes « gratuit », « onéreux », « à titre gratuit », « à titre onéreux »**<> L'adjectif « gratuit » est souvent considéré comme un synonyme de l'expression « à titre gratuit »⁵⁰². Il convient, pour se convaincre de cette synonymie, de remarquer que les deux expressions sont utilisées dans le Code civil. L'article 1105, qui définit le contrat de bienfaisance, utilise seulement l'adjectif « gratuit ». L'article 1106, de son côté, définit, très maladroitement⁵⁰³, le contrat « à titre onéreux ». Enfin, notons que l'article 893, en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2007, qui introduit les dispositions relatives aux libéralités, précise que l'on ne pourra disposer de ses biens « à titre gratuit », que selon les modalités prévues par le Titre 2 du Livre 3 du Code civil, c'est-à-dire par donation entre vifs ou par testament. Le nouveau texte, issu de la loi du 23 juin 2006, définit la libéralité comme « *l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ». Les deux terminologies semblent donc, à première vue, équivalentes. Cependant, selon certains auteurs, il conviendrait de distinguer les « *contrats à titre gratuit* » et les « *contrats de service gratuits* », les premiers désignant seulement les contrats par lesquels une libéralité est fournie⁵⁰⁴. Malgré tout, l'expression « à titre onéreux » désignerait, de son côté, à la fois les contrats de service onéreux et les contrats onéreux portant sur une chose.

⁵⁰² Voir ainsi la définition donnée par le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, sous la dir. de G. Cornu, v° *Gratuit, uite*.

⁵⁰³ Voir *supra*, n° 23, 95.

⁵⁰⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n°67.

300. On peut tout de même être tenté par un rejet de la synonymie entre l'acte gratuit et l'acte à titre gratuit. On peut notamment se demander si l'on ne pourrait pas distinguer selon que l'on tente de qualifier des actes juridiques ou des prestations objectives. Le Code civil ne nous aide pas franchement, puisqu'il qualifie les libéralités, actes juridiques d'organisation de l'échange, d'actes « à titre gratuit ». En revanche, il qualifie le mandat de gratuit, de même que le dépôt, et le prêt à usage. S'agissant de la prestation objective, ou de l'avantage, le Code utilise l'adjectif gratuit à l'article 1105 du Code civil. Une telle confusion entre l'adjectif et la locution est gênante : en utilisant deux expressions pour désigner la même chose, on perd forcément de la précision dans le discours. Par ailleurs, grammaticalement, la confusion ne se justifie pas, bien au contraire : si l'adjectif qualifie directement un attribut ou un épithète de gratuit, la locution prépositive « à titre » désigne la raison au nom de laquelle on intervient, la cause de l'intervention. Ne pourrait alors être « à titre gratuit » que la prestation qui intervient en raison d'un acte gratuit, la prestation ne pouvant pas, en elle-même, être qualifiée de gratuite ou d'onéreuse.

301. Pour résumer, il faudrait donc considérer que seuls les actes juridiques d'organisation de l'échange sont concernés par la distinction du gratuit et de l'onéreux, à l'exclusion des actes d'exécution. Ces derniers sont, en réalité, les actes matériels qui permettent de fournir des prestations objectives, et la prestation ne saurait être qualifiée de gratuite ou d'onéreuse. En revanche, il serait fort possible de dire qu'une prestation est fournie à titre gratuit ou à titre onéreux, c'est-à-dire en exécution d'un acte gratuit ou d'un acte onéreux. Tout ceci peut sembler bien théorique. Il est donc grand temps d'en venir à l'application pratique de notre distinction.

B. L'exclusion des actes d'exécution : application pratique

302. Il est fréquent de confondre, y compris dans le Code civil, les actes juridiques et les prestations objectives qui en sont l'objet. Ceci a un impact sur la qualification gratuite ou onéreuse, dans la mesure où seuls les actes juridiques d'organisation de l'échange sont soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux. Leur objet n'y est pas soumis. De la même manière, si certains types d'actes juridiques d'organisation de l'échange sont essentiellement gratuits ou essentiellement onéreux, les

prestations objectives peuvent, sauf rares exceptions⁵⁰⁵, faire l'objet d'actes gratuits ou d'actes onéreux. Il est donc utile de distinguer les actes juridiques d'organisation de l'échange des prestations dont ils organisent la fourniture. Or, lorsqu'un acte juridique est nommé par référence à la prestation qu'il est censé organiser, il arrive qu'on lui donne le nom de la prestation, ce qui crée la confusion. Les meilleurs exemples pour comprendre ce qui précède nous sont donnés par la remise de dette (1) et par la rente viagère (2).

1. L'exemple de la remise de dette

303. **Fréquente gratuité**<> La remise de dette est régie par les articles 1282 à 1288 du Code civil. Elle ne fait pourtant pas l'objet d'une définition légale⁵⁰⁶, et n'est donc pas qualifiée de gratuite ou d'onéreuse. La seule qualification donnée par le Code civil à ce mode d'extinction des créances est celle de conventionnelle. Un temps débattue, certains estimant qu'une remise de dette étant une renonciation, elle pouvait être le résultat de la seule volonté du remettant⁵⁰⁷, cette qualification fait aujourd'hui l'unanimité en doctrine⁵⁰⁸. L'accord du débiteur est donc nécessaire, mais son acceptation devrait pouvoir être déduite de son silence⁵⁰⁹, l'acte ayant lieu dans son intérêt exclusif. On se trouve là en présence d'un trait caractéristique de la gratuité : l'admission d'un consentement par le silence de la part du bénéficiaire exclusif de l'acte. Cela veut-il dire que la remise de dette est toujours gratuite ?

La gratuité de l'opération apparaît souvent, et c'est ainsi qu'elle est considérée comme une donation indirecte⁵¹⁰, et qu'elle peut également être réalisée par voie testamentaire. Le créancier, en remettant sa créance, dispose d'un élément d'actif, et, par conséquent,

⁵⁰⁵ Voir *infra*, n°615 et s., l'exemple de la mise à disposition de la force de travail.

⁵⁰⁶ Y. PICOD, *Rep. Civ. v° Remise de dette*, 1997, n°1.

⁵⁰⁷ Y. PICOD, *fasc. préc.* ; Ph. SIMLER, *J.Cl. Civ. art. 1282 à 1288*, fasc. 105, 1997 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 3 : *Le rapport d'obligation*, Sirey, 4^{ème} éd., 2006, n° 472 s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 1459 s.

⁵⁰⁸ Cf. Ph. SIMLER, *fasc. préc.* n° 5. Le caractère conventionnel de la remise de dette est logique sur le plan du parallélisme des formes et de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil lorsque la créance remise a une source contractuelle : la créance est née de l'accord des parties, elle ne peut être éteinte que de ce même accord.

⁵⁰⁹ Req. 29 mars 1938, DP 1939,1,5, note Voirin.

⁵¹⁰ Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, Bull. civ. I, n°168.

s'appauvrit. Le débiteur, quant à lui, voit un élément de son passif disparaître, et s'enrichit. On est bien en présence de l'élément matériel des libéralités. Ici, le créancier fournit bien un avantage à son débiteur sans contre-prestation.

304. ***Une gratuité non automatique***<> Mais il n'en va pas toujours ainsi. En effet, si la remise de dette est conventionnelle, elle ne désigne pas une convention en particulier, ni même un acte juridique d'organisation de l'échange, mais plutôt une prestation objective. Cette dernière peut s'inscrire dans le cadre d'une convention prévoyant une contre-prestation à la charge du débiteur. Ainsi, la remise de dette pourra être l'élément d'une transaction, par définition onéreuse. Ce trait a été souligné par certains⁵¹¹, et contesté par d'autres en doctrine⁵¹². La Cour de cassation s'est résolument retranchée derrière ce point de vue en estimant que « *la remise de dette, qui a un caractère gratuit ou onéreux, peut être consentie lors d'une transaction* »⁵¹³. En l'espèce, une société avait fourni du matériel en location à une autre. Deux factures avaient été dressées par le loueur et non réglées par le locataire, un contentieux s'étant élevé à propos du prix de la location. Le loueur avait alors accepté de remettre partiellement sa créance en contrepartie d'un engagement du locataire de ne pas agir contre lui, peu de temps avant sa mise en redressement puis en liquidation judiciaire. Le liquidateur avait alors demandé la nullité de la remise, consentie en période suspecte, sur le fondement de l'article L.621-107, I, 1° du Code de commerce⁵¹⁴, qui déclare nuls « *tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière* » consentis en période suspecte. La Cour d'appel de Paris avait rejeté les prétentions du liquidateur, et ce dernier, dans son pourvoi, estimait qu'une remise de dette avait « *nécessairement un caractère gratuit* ». Le rejet du pourvoi paraît fondé : l'engagement de ne pas agir en justice consenti par le locataire du matériel est considéré comme étant véritablement la contre-prestation de la remise, car elle évite des frais et, visiblement, dans le cas d'espèce, la perte d'un procès au créancier remettant⁵¹⁵.

305. ***Remise à titre onéreux***<> Dans cette hypothèse, la remise de dette s'insère dans un accord plus vaste qu'est la transaction. Elle est la prestation fournie par l'une des

⁵¹¹ J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°1268

⁵¹² Voir les références citées par Y. PICOD, *fasc. préc.* n°18.

⁵¹³ Com. 2 oct. 2001, Droit et procédure, janv. - févr. 2002, p. 23, obs. Picod ; RJDA 2002 n° 179.

⁵¹⁴ Devenu art. L.632-1, I, 1° c.com. depuis la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁵¹⁵ On pourrait, de la même manière, considérer que, la créance n'étant pas certaine, sa remise ne constitue pas un avantage pour le débiteur.

parties à la transaction, l'autre s'interdisant d'agir en justice. Rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'une remise de dette ait lieu à *titre onéreux*, comme en témoigne l'article 1288 du Code civil, relatif à la décharge de la caution, qui admet que cette dernière puisse payer sa libération⁵¹⁶. Elle intervient alors en exécution d'un acte juridique onéreux, ou participe des effets de cet acte. Si la solution de l'arrêt du 2 octobre 2001 doit donc être approuvée, il convient d'y apporter une réserve sur un point : la remise de dette n'est pas, dans le cas d'espèce, onéreuse en elle-même. Elle participe de l'exécution d'un acte juridique onéreux, la transaction. Mais la remise de dette n'est ici qu'une prestation objective, fournie grâce à la transaction, qui est, ici, l'acte juridique d'organisation de l'échange. Il serait donc préférable, compte tenu de nos observations précédentes, d'estimer que la remise peut intervenir à *titre gratuit* ou à *titre onéreux*, plutôt que de dire que la remise est, en elle-même, gratuite ou onéreuse⁵¹⁷.

306. **Remise gratuite (libéralité)**<> La remise de dette n'est donc pas forcément gratuite, et ce même lorsqu'elle est consentie sans contrepartie. Dans ce cas, en effet, l'absence de certitude de la créance peut ôter tout caractère avantageux à la remise ; de même, peut-être, que la faible probabilité de recouvrement⁵¹⁸. En réalité, pour que la remise de dette soit qualifiée de gratuite, il faut la considérer elle-même comme un acte juridique d'organisation de l'échange. Elle sera alors, plus précisément, une libéralité intervenant par le biais d'une remise de dette. La gratuité exigera alors, évidemment, qu'il n'y ait aucune contrepartie à la décharge ; mais, par ailleurs, que la dette remise ait une valeur patrimoniale certaine. Or cette valeur patrimoniale ne s'apprécie pas seulement en fonction du montant de la créance. Elle doit s'apprécier de façon dynamique, en tenant compte de la solvabilité du débiteur, ce qui se conçoit aisément, car si elle est un bien,

⁵¹⁶ Voir, parlant très clairement de remise à titre onéreux dans une telle hypothèse, Y. PICOD, *fasc. préc.* n° 87.

⁵¹⁷ Voir *supra*, n° 299 et s.

⁵¹⁸ Voir en ce sens Com. 27 nov. 2001, RJDA 2002, n° 666 : après avoir licencié un salarié, une société en période suspecte avait accepté de le réembaucher en contrepartie d'une renonciation, par ce dernier, à sa créance d'indemnité de licenciement. La transaction est annulée sur le fondement de l'article L.621-107, I, 2° du Code de commerce (contrats commutatifs déséquilibrés), au motif que « l'abandon [du salarié] d'une créance de 1 500 000 F dont les chances de recouvrement étaient très aléatoires ne compensait nullement l'excès de charges ainsi créées pour la société, contrainte, après l'avoir licencié de l'embaucher à nouveau en qualité de directeur commercial, ce qui représentait un coût salarial annuel proche d'un million de francs, alors que la nécessité d'un tel poste n'était nullement justifiée, la cour d'appel a établi, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par le moyen, que les obligations du débiteur excédaient notablement celles de l'autre partie, au regard du deuxième alinéa de l'article L.621-107 du Code de commerce ». Il est notable, dans cet arrêt, que la Cour de cassation relève les faibles chances de recouvrement de la créance remise pour estimer, entre autres, que le sacrifice du salarié remettant était bien inférieur à celui de son employeur en période suspecte.

l'obligation n'en reste pas moins un lien de droit.

La remise d'une créance certaine, lorsque le débiteur est solvable et que le recouvrement est probable, constitue donc un avantage pour ce dernier, une prestation objective qui peut faire l'objet d'un acte gratuit ou d'un acte onéreux. En elle-même, la remise de dette n'est donc ni gratuite, ni onéreuse : il s'agit simplement d'une prestation objective, objet possible d'un acte juridique qui sera seul soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux, et qu'elle se contente d'exécuter ou auquel, plus largement, elle participe⁵¹⁹. Si l'on considérait que la remise de dette était un acte juridique d'organisation de l'échange, par lequel un créancier offre à son débiteur d'éteindre le lien de droit qui les unit sans que ce dernier ait à exécuter son obligation, il faudrait, nécessairement, voir dans la remise un acte gratuit, et, par conséquent, annuler toutes les remises de dettes consenties par des créanciers en période suspecte. Le fait de ne voir dans la remise de dette qu'une prestation objective, non soumise à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, permet d'éviter une telle solution, qui ne serait pas justifiée. En effet, les nullités de la période suspecte sont destinées à reconstituer le patrimoine du débiteur en remettant en cause les actes présumés frauduleux, de façon à améliorer les chances de redressement de l'entreprise et la probabilité pour les créanciers d'être payés. Or les remises de dette n'ont pas toujours pour objet ni pour effet de diminuer l'actif du créancier remettant-débiteur en procédure.

2. L'exemple des rentes viagères

307. **Du « contrat de rente viagère »**<> Un exemple encore plus frappant de confusion entre prestation objective et acte juridique d'organisation de l'échange nous est donné par l'intitulé du Chapitre II du Titre XII du Livre III du Code civil, intitulé « *Du contrat de rente viagère* ». Curieusement, en effet, ce « *contrat* » n'est pas défini. Il est seulement dit, à l'article 1968, que « *la rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable ou pour un immeuble* » ; et, à l'article 1969, qu'elle peut, également, être constituée « *à titre purement*

⁵¹⁹ La remise peut, en effet, participer de la force obligatoire de la transaction, davantage que de son contenu obligationnel. Pour cette distinction, cf. P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999, p. 771.

gratuit ». La rente viagère étant versée périodiquement jusqu'à la mort du crédirentier, le « *contrat de rente viagère* » à titre onéreux de l'article 1968 du Code civil est un contrat aléatoire ; personne ne sait, jusqu'à la mort du crédirentier, qui tirera le plus d'avantage du contrat : le débirentier si le crédirentier meurt vite, le crédirentier dans le cas contraire⁵²⁰.

308. ***Prestation objective de rente viagère et contrat de rente viagère***<> La rente viagère peut être définie comme les « *revenus périodiques, appelés arrérages, versés par le débirentier au crédirentier pendant toute la vie de celui-ci ou d'une autre personne* »⁵²¹. Il s'agit donc, *a priori*, d'une prestation objective particulière. Malgré tout, une deuxième définition du terme nous est donnée : « *Contrat (de constitution de rente viagère) par lequel le débirentier s'engage, moyennant ou non une contre-prestation, à verser périodiquement au crédirentier une somme déterminée, les arrérages, durant toute la vie de celui-ci ou celle d'un tiers* »⁵²². Si l'on admet, comme nous y invite le Code civil, que la rente viagère est un contrat spécial, on pourra la qualifier, en vertu des articles 1968 et 1969, de gratuite ou d'onéreuse. Mais la confusion risque de s'opérer entre la rente viagère-prestation objective et la rente viagère-contrat. En effet, si le contrat de rente viagère est un contrat nommé spécial, encore faut-il que la rente viagère soit la prestation caractéristique du contrat dans lequel elle intervient.

309. ***Inutilité de la notion de « contrat de rente viagère » - Cas de la rente versée à titre gratuit***<> Il est possible que la rente viagère soit la prestation caractéristique du contrat. C'est le cas lorsqu'elle est versée à titre gratuit : le débirentier verse une rente viagère au crédirentier, sans que ce dernier ne lui fournisse de contre-prestation. Mais on se trouve alors, conformément à ce que prévoit l'article 1969, en présence d'une donation, soumise par l'article 1970 à la réduction pour atteinte à la réserve et aux conditions de validité spéciales des donations. On peut estimer que c'est la totalité du régime des donations qui sera applicable, si bien que l'on peut se demander quel est l'intérêt de qualifier le contrat de « *contrat de rente viagère* » alors, précisément, que cette qualification ne permet pas de déterminer le caractère gratuit ou onéreux du contrat. Au

⁵²⁰ Voir la célèbre phrase de Jeanne Calment, morte à l'âge de 122 ans en 1997, et qui avait vendu un bien à un notaire de plusieurs années son cadet, moyennant rente viagère : « *Dans la vie, on fait parfois des mauvaises affaires* », citée *supra* note 98.

⁵²¹ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, 2^{ème} éd., 2004, v° *Rente viagère*.

⁵²² R. CABRILLAC (dir.), *ibid.*

contraire, la qualification de donation, bien plus instructive, semble devoir s'imposer dans une telle situation.

310. ***Inutilité de la notion de « contrat de rente viagère » — Cas de la rente versée à titre onéreux***<> S'agissant du contrat de rente viagère onéreux visé à l'article 1968 du Code civil, on peut, là encore, douter de l'utilité d'une qualification spéciale. En effet, les dispositions relatives au dit contrat ne régissent que la rente, et pas sa contrepartie ! Dès lors, on peut s'interroger sur le régime supplétif du contrat, concernant les obligations du créancier. La seule solution à ce problème se trouve alors dans la recherche d'une qualification alternative au contrat. Ainsi, lorsque la contrepartie de la rente viagère sera, selon les termes de l'article 1968, « *une chose mobilière appréciable* » ou « *un immeuble* », il sera possible de qualifier le contrat de vente, en considérant que la rente viagère n'est rien de plus que le prix de vente⁵²³. Le seul cas dans lequel il sera éventuellement possible de parler de contrat de rente viagère sera celui de la rente moyennant une somme d'argent. Mais hormis ce cas particulier, la rente viagère apparaît comme une modalité de paiement du prix transformant la vente, voire des contrats de service, en contrats aléatoires ; il s'agit d'une prestation qui peut faire l'objet d'un contrat gratuit ou d'un contrat onéreux, mais qui n'est jamais, en elle-même, gratuite⁵²⁴ ou onéreuse. En effet, il s'agit d'une prestation objective, dont l'exécution prendra la forme d'un paiement, non soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux, contrairement au contrat au titre duquel elle intervient et qu'elle permet d'exécuter.

311. ***Conclusion de la sous-section***<> La distinction entre les actes gratuits et les actes onéreux ne concerne donc que les actes juridiques d'organisation de l'échange, destinés à prévoir les fournitures de prestations, et non les prestations elles-mêmes. Une autre conséquence découle de ce constat : seuls sont concernés les actes juridiques destinés à autrui, à l'exclusion des actes juridiques purement égoïstes.

⁵²³ En ce sens, voir Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd. refondue, 2005, n°990 : « *malgré le langage du Code, il n'existe pas à proprement parler de contrat de rente viagère, car la rente est une créance d'un genre particulier, qui peut naître de sources diverses* ».

⁵²⁴ Outre l'hypothèse de la rente versée sans contrepartie, que l'on a qualifiée de donation, la rente viagère peut aussi intervenir dans le cadre d'une donation avec charge. Ainsi, lorsque le donataire doit verser au donateur une rente inférieure aux fruits produits par le bien, on n'est plus en présence d'un contrat aléatoire, mais bel et bien d'un contrat gratuit.

SOUS-SECTION 2 : L'EXEMPLE DE L'EXCLUSION DES ACTES ABDICATIFS

312. La distinction des actes juridiques gratuits et onéreux s'applique donc uniquement aux actes dont l'objet est l'organisation des fournitures de prestations objectives. Il peut s'agir de conventions comme d'actes juridiques unilatéraux. Ainsi, si le testament est, la plupart du temps, gratuit, il peut très bien être onéreux, notamment si une charge d'un montant équivalent à la valeur du legs est stipulée. La délimitation des actes soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité et de ceux qui y sont soustraits est donc indépendante du nombre de parties. En revanche, elle est fonction de l'objet des actes juridiques patrimoniaux : ceux destinés à organiser l'échange sont soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, ceux ayant un autre objet y sont soustraits.

313. Ainsi, nous avons vu que les actes d'exécution ne pouvaient être ni gratuits ni onéreux, dans la mesure où ils n'organisent pas l'échange. De façon encore plus évidente, les actes juridiques non destinés à autrui doivent être exclus du champ d'application de la gratuité et de l'onérosité. Il en va ainsi des actes abdicatifs⁵²⁵. Ces actes, purement égoïstes, ne sauraient donc être qualifiés de gratuits ou d'onéreux, étant entendu que, même s'ils peuvent avoir pour effet de fournir un avantage à un tiers, cet effet n'est pas l'objet de l'acte juridique. Observons, de façon plus précise, le fondement de l'exclusion des actes abdicatifs du domaine de la distinction de la gratuité et de l'onérosité (§1) et sa portée (§2).

§1 : FONDEMENT DE L'EXCLUSION DES ACTES ABDICATIFS

314. **Typologie des actes patrimoniaux unilatéraux**<> Les actes juridiques unilatéraux patrimoniaux peuvent avoir plusieurs objets. Ils peuvent, tout d'abord, être

⁵²⁵ F. DREIFUSS-NEITER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. Tercier, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1985 — G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, LGDJ, 1971 — A. BRETON, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels, le déguerpissement en droit civil français*, RTD Civ. 1928, p. 261 et s. — P. RAYNAUD, *La renonciation à un droit*, RTD Civ. 1936, p. 763 et s — Y. SEILLAN, *L'acte abdicatif*, RTD Civ. 1966, p. 686 et s. — D. HOUTCIEFF, *Rep. civ. v° Renonciation*, 2004.

translatifs de propriété, comme c'est le cas du testament. Ils seront alors soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux, puisqu'ils auront pour but la fourniture d'une prestation objective, le transfert de propriété, à un bénéficiaire : ils auront vocation à organiser l'échange, à modifier l'ordre juridique.

Les actes juridiques unilatéraux peuvent également être constitutifs de droits. C'est ainsi que l'employeur pourra, par engagement unilatéral⁵²⁶, octroyer des avantages, notamment des primes, à ses salariés⁵²⁷, et que, dans ce cas, la prime sera considérée comme un élément du salaire, et donc à *titre onéreux*⁵²⁸. En revanche, lorsque la prime n'est ni générale, ni fixe, ni constante, on y verra une gratification, donc une libéralité. Il faudra alors estimer qu'il y a bien une convention entre l'employeur-donateur et le salarié-donataire, par laquelle le premier donne un bien au second, sans toutefois lui promettre de redonner la même somme plus tard.

Il existe, enfin, une troisième catégorie d'actes juridiques unilatéraux, celle des actes extinctifs ou abdicatifs⁵²⁹. Ces derniers ont pour objet l'extinction d'un droit par son titulaire, mais leur spécificité vient de ce que cette extinction est souvent recherchée « *en elle-même* »⁵³⁰.

315. ***Notion d'acte abdicatif – Vraies et fausses renonciations***<> L'acte abdicatif est souvent considéré comme un synonyme de la renonciation, définie comme « *l'acte juridique unilatéral par lequel le titulaire abdique une prérogative ou un ensemble de prérogatives* »⁵³¹. Cependant, il est à noter que, parfois, le terme de renonciation est

⁵²⁶ M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995 — R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1995 — E. DOCKÈS, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. Soc. 1994, p. 227.

⁵²⁷ Voir ainsi A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 4^{ème} éd, 2004, n°726. Une prime exceptionnelle décidée par l'employeur s'analysera en une libéralité.

⁵²⁸ En effet, la prime n'est pas contractualisée, et l'employeur pourra y mettre un terme en dénonçant régulièrement l'usage. L'intérêt qu'il y a à considérer l'engagement comme unilatéral apparaît à l'évidence : point ne sera besoin, pour mettre un terme à la pratique, de modifier le contrat de travail, ce qui supposerait un accord du salarié.

⁵²⁹ Pour une équivalence des deux termes, cf. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 12^{ème} éd., 2006, n° 496 et s. — Pour une distinction : v. *infra*, n°333 et s.

⁵³⁰ Y. SEILLAN, chr. préc., n° 7 : « *Non seulement un tel acte juridique est extinctif dans ses effets, mais il l'est dans sa cause ce qui l'individualise par rapport aux autres catégories d'actes.* »

⁵³¹ D. HOUTCIEFF, fasc. préc., n° 1.

utilisé pour désigner des « *fausses renonciations* »⁵³², des actes translatifs, comme c'est le cas à l'article 780 du Code civil à propos des renonciations à succession *in favorem*. Ce texte énonce, en effet, que « *la donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers, soit à un étranger, soit à tous ses cohéritiers, soit à quelques uns d'entre eux, emporte de sa part acceptation de la succession. Il en est de même (...) de la renonciation, même gratuite, que fait un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers (...)* ». Ainsi, dès lors que la renonciation à une succession est faite au profit de quelqu'un, elle implique une acceptation préalable de la succession par le « renonçant », si bien que la renonciation n'en est pas vraiment une. Il s'agit plus précisément d'une convention⁵³³ translatrice de la propriété des biens compris dans la succession⁵³⁴.

Au contraire, l'acte véritablement abdicatif est unilatéral dans sa formation comme dans ses effets. La volonté de l'abdiquant n'est pas tournée vers ce qui va se passer après la renonciation. Ce dernier souhaite seulement voir un bien ou un droit disparaître de son patrimoine ou ne pas y entrer. L'acte n'a donc pas pour objet d'organiser des fournitures de prestations objectives.

316. ***L'acte abdicatif, avantage pour autrui*** <> Pourtant, il est possible que l'acte abdicatif avantage quelqu'un. Ainsi, la déréluction d'un bien profitera à celui qui voudra bien l'occuper⁵³⁵. De la même manière, le déguerpissement d'un droit réel⁵³⁶ avantagera inéluctablement son propriétaire, puisque, outre le fait qu'il n'aura plus à subir l'utilisation de sa chose par un tiers, ce dernier retrouvera la valeur totale du bien. Enfin, la renonciation à une succession avantagera nécessairement les cohéritiers ou les héritiers

⁵³² M. GIMALDI, *Droit civil, Les successions*, 6^{ème} éd., 2001, n° 506.

⁵³³ Lorsqu'elle intervient à titre gratuit, une telle renonciation est qualifiée de donation, ce qui impose d'y voir une convention. L'acceptation de la donation est, en effet, une condition de fond de cette dernière. Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions, Les libéralités*, n°395 : « *La donation est donc un contrat qui se forme par étapes : le Code Napoléon a appliqué ici, par anticipation, la théorie de la punctuation. Après l'acte du donateur, il peut y avoir : 1°) un refus du donataire, en une forme quelconque ; il fait tomber l'offre de donation ; 2°) le silence du donataire : la donation ne se forme pas, mais l'offre subsiste tant que n'intervient pas des événements qui la rend caduque ; 3°) l'acceptation du donataire : le contrat est formé, mais demeure provisoire tant que l'acceptation n'a pas été notifiée ; le donateur peut révoquer son offre, le donataire peut rétracter son acceptation ; 4°) la donation n'est définitive que par la signification au donateur de l'acceptation du donataire* ».

⁵³⁴ Civ. 1^{ère}, 6 juin 1973, D.1973, p. 738. Cet arrêt précise alors que ces renonciations ne sont pas soumises aux règles de forme des renonciations à succession, prévues par l'article 784 c.civ.

⁵³⁵ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 8.

⁵³⁶ A. BRETON, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels, le déguerpissement en droit civil français*, RTD Civ. 1928, p. 261 et s.

subséquents⁵³⁷. De la même manière, si la renonciation aux créances était possible, elle bénéficierait pleinement aux débiteurs. Cependant, il est désormais admis que la remise de dette doit être conventionnelle et ne saurait prendre la forme d'un acte juridique unilatéral⁵³⁸, illustrant ainsi que si la créance est un bien, elle n'est pas un bien comme les autres.

317. *La fourniture d'un avantage à un tiers, effet non recherché par l'abdicateur* ⇨ Même si l'acte abdicatif avantage un tiers, il reste intégralement soustrait à la distinction du gratuit et de l'onéreux⁵³⁹. En effet, s'il a pour effet de fournir un avantage à un tiers, une prestation objective, l'acte n'a pas pour objet cet effet, mais uniquement celui de faire disparaître le lien d'appartenance entre l'abdiquant et sa chose ou son droit. L'acte abdicatif n'est donc pas un acte juridique *d'organisation* de l'échange : s'il aboutit à une forme d'échange, il ne l'organise pas, ce qui explique qu'il soit exclu de la distinction du gratuit et de l'onéreux.

§2 : PORTÉE DE L'EXCLUSION DES ACTES ABDICATIFS

318. Les actes abdicatifs n'étant ni gratuits ni onéreux, il paraît impossible de les qualifier de libéralités. Pourtant, les actes abdicatifs sont considérés comme un moyen de procéder à des donations indirectes. Les renonciations ont même pu être considérées comme « *l'emblème de la donation indirecte* »⁵⁴⁰. C'est ainsi que la renonciation à un droit

⁵³⁷ Art. 786 c.civ. : « *La part du renonçant accroît à ses cohéritiers ; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent* ».

⁵³⁸ Voir *supra*, n°303.

⁵³⁹ D. HOUTCIEFF, fasc. préc. n° 2 : « *En raison de cette essence abdicative, la renonciation doit être exclue de la summa divisio classique des actes à titre gratuit et actes à titre onéreux. En effet, non seulement il est impossible que le renonçant ait agi à titre onéreux, mais il est indifférent qu'il ait agi par intention libérale, dès lors que l'acte accompli, impuissant à transférer un droit, a pour seule conséquence l'abdication d'une prérogative* ». En réalité, si le renonçant agit dans une intention libérale, l'acte ne doit plus être considéré comme abdicatif, mais comme translatif.

⁵⁴⁰ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1420, n° 15.

réel peut être considérée comme une libéralité⁵⁴¹. En effet, la renonciation à un droit réel permettra de réaliser l'élément matériel des libéralités : le renonçant s'appauvrit en renonçant à un droit patrimonial ; le propriétaire s'enrichit en retrouvant la plénitude de la valeur de son bien⁵⁴². Dès lors que cet effet est recherché, on n'est plus en présence d'un véritable acte abdicatif, si bien qu'il devrait être possible d'admettre l'existence d'une libéralité. La question qui se pose est alors la suivante : comment peut-on admettre que les renonciations puissent être qualifiées de gratuites, alors que leur caractère abdicatif semble devoir les exclure de la distinction du gratuit et de l'onéreux ? A vrai dire, la question ne se pose pas dans les mêmes termes selon que l'on envisage les renonciations à succession ou à la propriété sur des choses et les renonciations à des droits réels. En effet, dans le premier cas, l'objet survit à l'abdication (A), alors que, en principe, la renonciation à un droit réel entraîne la disparition de ce dernier (B).

A. Les renonciations n'éteignant pas leur objet

319. Dans deux catégories d'hypothèses, la renonciation n'entraînera pas disparition de son objet mais seulement du lien d'appropriation : lorsqu'elle porte sur une succession (1) et lorsqu'elle porte sur la propriété d'une chose (2).

⁵⁴¹ Com. 2 déc. 1997, Bull. Civ. IV, n° 319, renonciation à un usufruit, soumission aux droits de mutation à titre gratuit. En l'espèce, des parents avaient donné la nue-propriété de divers biens immobiliers à leurs enfants. Dix-huit mois plus tard, ils avaient renoncé à leur usufruit.

⁵⁴² R. LIBCHABER, chr. préc., n° 15 : « *Il y a, en effet, une forme d'élasticité spécifique à la propriété, qui fait que toute renonciation à un droit réel aboutit à la consolidation des droits du propriétaire. Tant que le droit existait, le propriétaire subissait une restriction à ses prérogatives, plus ou moins intense selon les cas ; aussitôt qu'il y a renonciation de la part du titulaire, l'exercice des droits du propriétaire connaît une brutale détente, pour reconquérir l'espace ainsi libéré. Qu'il y ait renonciation à un usufruit, une servitude à un bail constitutif de droit réel, le titulaire ne saurait rien transmettre puisque son droit réel est précisément éteint par la renonciation. Mais de même qu'un gaz occupe toujours la portion d'espace disponible, le propriétaire retrouve spontanément toutes les utilités de la chose qui avaient été neutralisées par le droit réel* ».

1° La renonciation à succession

320. **Renonciation in rem – Acte abdicatif**<>La renonciation à succession est, en principe, un acte abdicatif. L'héritier refuse la succession parce qu'il ne souhaite pas voir les biens de son auteur entrer dans son patrimoine. Il en va ainsi lorsque la succession est déficitaire, les dettes du défunt étant plus importantes que les biens qu'il laisse ; ou lorsque l'héritier était en mauvais termes avec lui, qu'il rejette sa famille. L'objet de la renonciation est alors uniquement porté vers le refus de voir les biens intégrer le patrimoine de l'héritier, sans aucun souci de leur sort. Si la loi prévoit alors que la part du renonçant accroît à ses cohéritiers ou aux héritiers subséquents⁵⁴³, la volonté du renonçant n'est pas tournée vers cet effet. Ce dernier se désintéresse des biens du *de cuius*, il ne souhaite ni les acquérir ni se soucier de leur sort. Il ne lui appartient d'ailleurs pas de désigner le bénéficiaire de sa renonciation⁵⁴⁴. C'est en cela que la renonciation est purement abdicative, et qu'elle ne saurait être soumise à la distinction du gratuit et de l'onéreux, n'ayant pas pour but d'organiser l'échange.

321. **Renonciation in favorem – Acte translatif**<>Il se peut, cependant, que le renonçant renonce en faveur de quelqu'un. On parle alors de renonciation *in favorem*, cette dernière pouvant intervenir à titre gratuit (le renonçant entend faire une donation des biens de la succession) ou à titre onéreux. Une telle situation est prévue par l'article 780 du Code civil, qui prévoit que, dans cette hypothèse, la « *renonciation* » emporte acceptation de la succession. En effet, l'héritier qui renonce *in favorem*, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, transfère les biens de la succession au bénéficiaire de la prétendue renonciation. Le renonçant est alors bien loin de se désintéresser du sort des biens du défunt, bien au contraire : il en transfère la propriété, ce qui implique nécessairement une acceptation de la succession. L'utilisation du terme « renonciation » est donc, dans cette hypothèse, trompeuse. On n'est pas en présence d'un acte abdicatif, mais bel et bien d'un acte translatif, soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité.

322. **Renonciation in favorem tacite**<>Si la distinction entre les renonciations véritables, abdicatives, ou *in rem* et les fausses renonciations, translatives, *in favorem* semble facile à opérer, un arrêt célèbre rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de

⁵⁴³ Art. 786 c.civ.

⁵⁴⁴ A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Th. Dijon, Sirey, 1946, p. 134.

cassation le 27 mai 1961⁵⁴⁵ a pu laisser perplexe une bonne partie de la doctrine. En l'espèce, une dame avait renoncé à la succession de sa sœur, morte sans enfants, sans indiquer de bénéficiaire. Elle mourut elle-même un mois plus tard, laissant une fille. Cette dernière assigna les héritiers de sa tante afin qu'il soit tenu compte des biens qu'ils avaient reçus suite à la renonciation de sa mère pour le calcul de la réserve. Elle obtint gain de cause devant la Cour d'appel d'Angers, et ses cousins, qui avaient profité de ladite renonciation, formèrent un pourvoi en cassation. Ils reprochaient aux juges du fond d'avoir admis « *qu'une renonciation pure et simple à succession pouvait constituer une donation indirecte* ». La Cour de cassation rejeta leur pourvoi, estimant « *qu'à bon droit la Cour d'appel a admis qu'une renonciation à succession faite en vue d'augmenter la part des cohéritiers constituait une donation indirecte* ». La Cour approuve ainsi les juges du fond qui avaient, dans leur pouvoir souverain, retenu l'existence d'une intention libérale : « *l'arrêt attaqué relève que [la renonçante] n'ignorait pas que la succession de sa sœur était très importante et que, par sa renonciation, la part de ses co-héritiers serait augmentée dans une notable proportion ; qu'il observe encore que l'intention libérale de la de cujus à l'égard de ses neveu et nièce s'explique aussi par la mésintelligence qui, depuis de nombreuses années, régnait entre sa fille et elle* ». L'arrêt a été lu comme admettant qu'une renonciation abdicative, *in rem*, pouvait constituer une donation, et, par conséquent, être qualifiée de gratuite. Ce point de vue a été justement critiqué⁵⁴⁶ : dans la mesure où, conformément à l'article 785 du Code civil, le renonçant est censé n'avoir jamais hérité, il est impossible d'admettre qu'il ait pu s'appauvrir en renonçant. Or l'appauvrissement du gratifiant est une condition essentielle de l'existence d'une donation.

Cependant, la Cour de cassation ne qualifie pas directement la renonciation. Si l'article 780 induit de la renonciation *in favorem* une acceptation tacite préalable de la succession, il n'exige pas que cette dernière soit expresse. Le renonçant qui souhaite avantager tous ses cohéritiers n'a pas, en effet, besoin de le stipuler dans sa renonciation. En apparence, cette dernière est alors « *pure et simple* ». En réalité, il s'agit d'une renonciation translatrice. La solution de la Cour de cassation se trouve alors pleinement justifiée, dans la mesure où, l'acceptation de la renonçante étant établie conformément à l'article 780, il est possible

⁵⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 27 mai 1961, Bull. civ. I, n° 268 ; D. 1962, p. 657, note crit. Boulanger ; JCP 1962.II.12973, note Voirin ; RTD Civ. 1961, p. 715, obs. R. Savatier.

⁵⁴⁶ Voir BOULANGER, note préc.

d'admettre que cette dernière s'est appauvrie et que ses cohéritiers se sont enrichis. On est bien alors en présence de l'élément matériel des donations.

2° La renonciation à la propriété des choses

323. **La déréliction, acte abdicatif**<>La renonciation à la propriété des choses est, également, un acte abdicatif dès lors que leur appropriation future n'est pas envisagée par le renonçant. Le propriétaire d'une chose peut détruire le lien l'unissant à cette dernière de deux manières : en la détruisant ou en y renonçant. Dans le premier cas, la chose disparaît directement, ce qui a pour effet évident de faire disparaître la propriété. Dans le second cas, la propriété seule disparaît, mais la chose survit. S'il s'agit d'un meuble⁵⁴⁷, elle devient alors une *res derelictae*, et pourra être à nouveau appropriée par occupation⁵⁴⁸. La renonciation ne peut alors être qu'abdicative, dans la mesure où la loi, contrairement à ce qu'elle fait pour les successions, ne détermine pas le sort du bien mobilier abandonné. Ainsi, le renonçant ne peut pas avoir dans l'idée d'avantager telle ou telle personne qui s'appropriera le bien.

324. **Renonciation in favorem – Transfert de propriété**<>Dans l'hypothèse où le « renonçant » aurait une telle intention, dans l'hypothèse où il abandonnerait la chose au profit d'une personne déterminée, on ne pourrait plus parler de déréliction ou de renonciation, actes abdicatifs. Il faudrait, au contraire, admettre que l'on se trouve en présence d'un transfert de propriété, l'acquéreur devenant propriétaire par un mode dérivé d'acquisition de la propriété, et non par un mode originaire d'acquisition⁵⁴⁹.

325. **Conclusion : impossibilité de rattacher les véritables actes abdicatifs à la distinction de la gratuité et de l'onérosité**<>Il est donc évident, en matière de propriété des choses, comme en matière de succession, que la renonciation, acte abdicatif, ne saurait être qualifiée de gratuite ou d'onéreuse, faute d'altérité. Seules les fausses renonciations,

⁵⁴⁷ Dans l'hypothèse où l'abandon porte sur un immeuble, celui-ci est alors dévolu à la commune ou à l'État, sur le fondement de l'article 713 du Code civil.

⁵⁴⁸ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n° 411 et s.

⁵⁴⁹ En réalité, dans ce cas-là, le « renonçant » voudrait à la fois détruire le lien de propriété l'unissant à la chose et voir un nouveau lien de propriété s'établir entre une autre personne et la chose. L'acte ne serait donc pas abdicatif, car tourné vers autrui.

qui constituent en fait des transferts de propriété, sont soumises à la distinction. Relativement aux droits réels, la question ne se pose pas de la même manière.

B. Les renonciations éteignant leur objet

326. Il existe deux catégories de biens : les choses et les droits, toutes deux objets de propriété⁵⁵⁰. Nous avons vu que la renonciation à la propriété des choses ne pouvait pas être qualifiée de gratuite ou d'onéreuse, ce qui a confirmé notre hypothèse selon laquelle les actes abdicatifs devaient être exclus de la distinction du gratuit et de l'onéreux. S'agissant des droits, nous avons déjà vu que la renonciation aux droits personnels était exclue. Le créancier désireux de renoncer à sa créance doit obtenir l'accord du débiteur, et passer par une remise de dette conventionnelle. En revanche, la renonciation aux droits réels est possible. Ces derniers étant définis comme les droits sur la chose d'autrui⁵⁵¹, ils pèsent directement sur la chose, ce qui explique qu'ils puissent, au contraire des droits personnels, faire l'objet d'une renonciation unilatérale.

327. Mais l'acte abdicatif de droit réel ne peut-il pas être qualifié de gratuit ou d'onéreux ? Il arrive que les tribunaux qualifient la renonciation de donation indirecte lorsqu'elle a pour but d'enrichir le propriétaire. Cette jurisprudence n'est-elle pas inconciliable avec le principe d'exclusion des actes abdicatifs de la distinction du gratuit et de l'onéreux ? Peu gênante dans la théorie classique de la propriété, qui présente souvent les droits réels comme des démembrements de la propriété (1), cette jurisprudence est plus gênante si on adopte la théorie moderne, issue des thèses des Professeurs GINOSSAR et ZÉNATI (2). Ayant implicitement, depuis le début de cette thèse, retenu cette dernière conception de la propriété, nous ne pouvons pas la rejeter au moment où elle semble nous poser problème. En réalité, l'exclusion des actes abdicatifs de la distinction du gratuit et de l'onéreux ne nous semble pas incompatible avec la jurisprudence qui, dans certains cas, qualifie les renonciations aux droits réels de gratuites, ni avec la possibilité de les voir intervenir à titre onéreux. Nous tenterons d'expliquer pourquoi (3).

⁵⁵⁰ F. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd. refondue, 1997, n°1 et 2.

⁵⁵¹ F. ZÉNATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, préc.

1. Admission du caractère translatif de la renonciation in favorem aux droits réels dans la théorie classique

328. ***Le déguerpissement, avantage pour le propriétaire***<>Comme nous avons déjà pu le voir, la renonciation à un droit réel opère, mécaniquement, augmentation de la valeur du bien sur lequel il porte. Elle appauvrit donc le titulaire du droit réel, qui perd un droit, et elle enrichit le propriétaire, puisque la valeur de son bien est augmentée. Dès lors que cet effet est recherché, que la renonciation procède d'une intention libérale, on se retrouve en présence de l'élément matériel et de l'élément moral des libéralités. Il semble, alors, qu'il faille admettre que la renonciation puisse être gratuite. Rien n'interdit, non plus, d'imaginer une renonciation onéreuse, le titulaire du droit réel renonçant en contrepartie d'une somme d'argent ou d'une autre prestation fournie par le propriétaire.

329. ***La renonciation in favorem au droit réel, acte translatif dans la théorie classique du démembrement du droit de propriété***<> Doit-on voir là une réfutation de l'idée selon laquelle les actes abdicatifs ne sont ni gratuits ni onéreux ? Si l'on reste dans la théorie classique de la propriété, on va considérer que les droits réels constituent un démembrement du droit de propriété⁵⁵². Leur titulaire est investi d'une partie des prérogatives du propriétaire, dont ce dernier est amputé. Il est donc possible de voir dans la constitution de droits réels un transfert des prérogatives constitutives du droit, et dans son extinction un retour de ces mêmes prérogatives au propriétaire.

Le droit de propriété se composant de trois attributs, l'*abusus*, l'*usus* et le *fructus*, les droits réels vont pouvoir être de deux sortes. Ils vont pouvoir, tout d'abord, consister en la réservation au profit du titulaire du droit réel d'un ou de plusieurs attributs du droit de propriété. Il en ira ainsi à propos du droit d'usage et d'habitation, par lequel le titulaire du droit réel se voit attribuer l'*usus*, et à propos de l'usufruit, par lequel le titulaire du droit réel se voit attribuer l'*usus* et le *fructus*. Ils vont pouvoir, dans d'autres cas, consister en la réservation d'une partie des prérogatives du propriétaire au profit du titulaire du droit réel. C'est ainsi que le créancier titulaire d'une sûreté réelle pourra exercer l'*abusus* en cas de non-paiement ; et qu'il voit la valeur du bien mise à sa disposition en cas de non-paiement.

⁵⁵² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, n° 48.

Si le propriétaire peut transférer cette valeur, le créancier bénéficiera d'un droit de suite en matière d'hypothèque, et, souvent, d'un droit de rétention au moins fictif en matière de gage, qui rendront la disposition de la valeur totale du bien délicate pour le propriétaire. Ils pourront, enfin, consister en l'attribution d'une propriété provisoire, comme c'est le cas dans les baux emphytéotiques.

Si l'on raisonne en termes de démembrement du droit de propriété, la renonciation à un usufruit au profit du propriétaire pourra être considérée comme un acte translatif, par lequel l'usufruitier transfère l'*usus* et le *fructus* au nu-propriétaire, qui recouvre ainsi la pleine propriété de son bien. C'est ainsi que, dans un arrêt du 2 décembre 1997, la Chambre commerciale de la Cour de cassation⁵⁵³ a pu qualifier de donation indirecte la renonciation par des parents à un usufruit d'un bien immobilier dont ils avaient donné la nue-propriété à leurs enfants dix-huit mois plus tôt. La Cour approuve le TGI de Nanterre d'avoir « *déduit que la renonciation, procédant d'une intention libérale, était un acte translatif de l'usufruit aux enfants* ».

330. Ainsi, si l'on reste dans la théorie classique de la propriété, la renonciation à un droit réel ne pourra être ni gratuite ni onéreuse lorsqu'elle sera abdicative. En revanche, elle pourra être qualifiée de gratuite ou d'onéreuse lorsqu'elle consistera, en réalité, en un transfert des attributs du droit de propriété abandonnés par le titulaire du droit réel.

2. Rejet du caractère translatif de la renonciation in favorem aux droits réels dans la théorie moderne

331. ***L'impossible raisonnement en termes de démembrement du "droit" de propriété***<> La théorie moderne de la propriété, issue de la thèse de GINOSSAR⁵⁵⁴ et de celle du Professeur ZÉNATI⁵⁵⁵, considère cette dernière comme le lien d'appartenance entre une personne et une chose. La propriété n'est pas un droit, mais le lien grâce auquel

⁵⁵³ Com. 2 déc. 1997, Bull. Civ. IV, n° 319 ; Defr. 1998, p. 477, art. 36782, note Chappert. Sur cette question, v. J. LAFOND, *Incidences fiscales de la renonciation à usufruit*, JCP N 1998, p. 1743.

⁵⁵⁴ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

⁵⁵⁵ F. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Th. Lyon 3, 1981.

les choses et les droits vont pouvoir être appropriés, et intégrer le patrimoine du propriétaire. Tout au plus peut-on voir dans la propriété une liberté qui n'est pas limitée à un certain nombre de prérogatives, mais qui rend le propriétaire libre de faire ce qu'il veut de sa chose ou de son droit⁵⁵⁶. Le droit réel, de son côté, est bel et bien un droit subjectif, c'est-à-dire une prérogative délimitée et absolue dont l'usage ne saurait être abusif⁵⁵⁷, une sphère d'impunité permettant de nuire à autrui, « *un espace de souveraineté à l'intérieur duquel on peut causer un préjudice* »⁵⁵⁸. Le droit réel est donc bien limité à une prérogative particulière, qui est forcément une des multiples prérogatives du propriétaire. Par la constitution de droit réel, comme par la mise à disposition, le propriétaire autorise un tiers à se servir de sa chose. Mais peut-on, pour autant, comme dans la théorie classique, estimer qu'il y a là un transfert de prérogatives ? Certes, le propriétaire perd une partie de son exclusivité sur la chose au profit du titulaire du droit réel. Mais avec cette théorie moderne, la constitution de droit réel est bel et bien une véritable constitution, une création de droit : ce qu'a le propriétaire, c'est la chose directement et non des droits ou prérogatives sur la chose. Ce qu'aura le titulaire du droit réel, c'est un droit qui n'existait pas avant sa création.

332. *L'impossible renonciation translatrice* <> Dès lors, avec la théorie moderne, il est impossible de dire que la renonciation *in favorem* au droit réel est translatrice. En effet, contrairement à la renonciation à la propriété et à la renonciation à succession, qui ne détruisent que le lien d'appropriation et non la chose qui en est l'objet, la renonciation au droit réel éteint purement et simplement son objet. Ainsi, lorsque l'usufruitier renonce à son droit réel, l'usufruit disparaît. Il ne se retrouve pas vacant, il n'est pas réduit au rang de *res derelictae*. Pas plus ne peut-on dire qu'il est transmis au propriétaire, comme l'avait fait l'arrêt de la Chambre commerciale du 2 décembre 1997⁵⁵⁹. Du reste, l'idée selon

⁵⁵⁶ F. ZÉNATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ. 1993, p.305 et s., spéc. p. 315 et 316 : « *Inventorier les droits d'usage du propriétaire, c'est les réduire et accréditer que celui-ci se trouve dans la même situation que le titulaire d'un droit sur la chose d'autrui, c'est-à-dire d'un droit déterminé (...). C'est parce qu'il est liberté et donc faculté dans l'ordre des choses que le droit de propriété est, contrairement aux autres droits, qui ne sont pas intrinsèquement facultatifs, imprescriptible. C'est pour la même raison que, comme la liberté, il est possible de choisir entre le bien et le mal et donc de commettre une faute (...). La propriété n'est que la mise en œuvre de la liberté dans l'ordre des biens et se trouve en conséquence soumise au même régime* ».

⁵⁵⁷ Voir F. ZÉNATI, chr. préc. : s'il peut y avoir abus de propriété, c'est précisément parce que la propriété est une liberté et non un droit.

⁵⁵⁸ Th. REVET, Cours de droit du travail, Faculté de droit de Montpellier, licence, 1998-1999. Voir aussi F. ZÉNATI, chr. préc. : l'abus de droit est alors impossible, seul est possible l'abus de liberté.

⁵⁵⁹ Com. 2 dec. 1997, préc.

laquelle l'addition des valeurs de la nue-propiété et de l'usufruit équivaudrait à celle de la propriété est reconnue comme fausse sur le plan économique⁵⁶⁰.

La renonciation à un droit réel faite dans le but d'avantager le propriétaire ne peut donc pas, contrairement aux renonciations *in favorem* à succession ou à la propriété d'une chose, être requalifiée en acte translatif.

Pourtant, il est évident qu'il doit pouvoir être qualifié de donation. En effet, les deux éléments, matériel et moral, des libéralités, sont réunis dans une telle renonciation.

Comment, dès lors, peut-on continuer à admettre que les actes abdicatifs ne soient pas soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité ? Si la renonciation *in favorem* à un droit réel ne peut, en aucun cas, être qualifiée d'acte translatif, doit-on pour autant y voir un acte abdicatif qui serait, exceptionnellement, gratuit ?

3. Proposition de distinction entre l'effet abdicatif et l'effet extinctif des actes juridiques unilatéraux

333. ***Admission d'une renonciation in favorem non translativ*** ⇨ L'acte abdicatif a pu être défini comme celui qui a pour but premier l'extinction d'un droit, cette dernière étant la cause de l'acte⁵⁶¹. Tenant compte de la théorie moderne de la propriété, issue des travaux de GINOSSAR et du Professeur ZÉNATI, nous pouvons le redéfinir comme l'acte par lequel une personne renonce à sa propriété sur une chose ou sur un droit, sachant que, en principe, les choses survivent à l'acte, tandis que les droits y succombent. La renonciation peut être considérée comme un synonyme de l'acte abdicatif⁵⁶². Elle ne sera abdicative que si elle est motivée par la seule volonté de rompre un lien d'appropriation. Si elle est motivée par la volonté de voir un tiers devenir propriétaire, elle est translativ lorsqu'elle porte sur une chose ou sur une succession. Mais que faire de la renonciation à un droit réel motivée par le désir de fournir un avantage au propriétaire ?

⁵⁶⁰ J. MAURY, *Successions, Libéralités*, Litec, coll. Objectif Droit, 3^{ème} éd., 2002, n°87 : « l'équation simpliste : usufruit + nue propriété = pleine propriété a cessé d'être considérée comme exacte ».

⁵⁶¹ Y. SEILLAN, *L'acte abdicatif*, RTD Civ. 1966, p. 686 et s.

⁵⁶² D. HOUTCIEFF, *fasc. préc.*

Elle ne saurait être translatrice, compte tenu du fait qu'elle détruit son objet. Elle ne saurait être abdicative, puisque l'extinction du droit n'est pas le but premier de l'acte. Faut-il alors considérer que le triptyque qui distingue les actes déclaratifs, des actes translatifs et des actes extinctifs de droits est incomplet⁵⁶³ ? A mi-chemin entre les actes abdicatifs et les actes translatifs figureraient les renonciations *in favorem* aux droits réels.

334. ***L'intention libérale, obstacle dirimant à la qualification d'acte abdicatif***<> À lire ces propositions, il semblerait que, s'agissant des effets des actes juridiques unilatéraux, la distinction doit porter uniquement sur des éléments matériels. Or, nous l'avons vu, les actes abdicatifs se définissent également par rapport à un élément moral : ils sont ceux qui, non seulement, éteignent un droit de l'abdiquant, mais qui, par ailleurs, sont motivés uniquement par la volonté de se défaire de la propriété d'une chose ou d'un droit. Or il se peut très bien, et l'exemple de la renonciation *in favorem* aux droits réels en est un bon révélateur, que des actes par lesquels une personne renonce à un droit dans l'objectif de fournir une prestation objective à autrui, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, soient extinctifs sans être à proprement parler abdicatifs. L'élément matériel est le même : une personne renonce à sa propriété sur un droit. Mais l'élément moral de l'acte abdicatif, la seule volonté de renoncer à sa propriété, ne se retrouve pas dans ce genre d'actes. Destiné à autrui, l'acte n'est pas abdicatif, et a bien pour fonction d'organiser l'échange. Il n'y a donc rien de surprenant à ce qu'il soit soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux, et ce même s'il n'organise pas, à proprement parler, de transfert de propriété.

335. ***Conclusion de la Sous-Section 2***<> Les actes abdicatifs, par lesquelles une personne renonce à un droit ou à la propriété d'une chose sans autre intention que celle de s'en débarrasser ne sont ni gratuits ni onéreux. Leur objet n'est pas, en effet, de fournir un avantage à autrui, et ce même si tel peut être leur effet. Si, en revanche, les renonciations *in favorem* sont soumises à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, c'est parce qu'elles ne constituent pas des actes abdicatifs. Elles sont translatives lorsque la renonciation n'éteint pas son objet, lorsqu'elle porte sur une succession ou sur la propriété d'une chose.

⁵⁶³ Sur cette distinction des effets des actes juridiques unilatéraux, voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, n° 496 et s. L'effet constitutif devrait également être mentionné : des actes juridiques unilatéraux sont, en effet, constitutifs de droits, comme ceux résultant d'un engagement unilatéral de l'employeur.

Elles sont extinctives, sans être abdicatives, lorsqu'elles éteignent leur objet, ce qui est le cas des renonciations aux droits réels.

336. **Conclusion de la Section 2**^{<>} Il existe des actes juridiques patrimoniaux qui ne sont pas soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Il en va notamment ainsi des actes abdicatifs et des actes d'exécution. On pourrait, également, exclure de cette distinction les actes déclaratifs : se contentant de révéler un ordre juridique préexistant, les actes déclaratifs ne le modifient pas et ne sont donc pas destinés à organiser un échange de prestations objectives, ce qui explique pourquoi ils ne sont ni gratuits ni onéreux. De même, les actes de procédure ne sont ni gratuits ni onéreux. Nous qualifierons tous ces actes non soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité d' « *actes neutres* ». Or cette appellation désigne déjà une autre catégorie d'actes juridiques. En réalité, la notion d'acte neutre, dans son acception classique, n'a pas de sens précis, au contraire du contenu que nous proposons de lui donner. Aussi convient-il de proposer une redéfinition de la catégorie des actes neutres.

SECTION 3 : REDÉFINITION DES ACTES PATRIMONIAUX NEUTRES

337. Si les actes neutres ne constituent pas une catégorie fondamentale du droit privé⁵⁶⁴, il n'en demeure pas moins qu'une grande importance leur est conférée : ils seraient, en effet, le critère de la donation indirecte⁵⁶⁵. Il faut alors rappeler que les

⁵⁶⁴ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409 et s., note 16 : « En fait, l'on ne sait pas grand chose de l'acte neutre, qui n'apparaît pas comme une catégorie classique du droit privé, et ne se manifeste guère qu'en matière de donation indirecte ». — Voir aussi en ce sens X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil*, RTD Civ. 1997, p. 25 et s., spéc. p. 39.

⁵⁶⁵ A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Th. Dijon 1946, Sirey, p. 130 : « Il semble donc que l'on puisse caractériser la donation indirecte (...) comme étant celle qui résulte d'un acte ou d'une clause abstraits, qui n'indiquent pas s'ils sont consentis à titre gratuit ou à titre onéreux. (...) ». L'auteur propose alors de distinguer trois types de donations indirectes : celles résultant d'actes abstraits proprement dits, celles résultant de l'attribution à autrui du bénéfice d'un acte juridique, et celle résultant des contrats onéreux déséquilibrés. Il précise alors « Ce double sens que nous donnons à l'expression « acte abstrait » risque de créer de regrettables confusions terminologiques. Pour les éviter, dans la mesure du possible, nous appellerons plus spécialement « actes abstraits » ceux qui appartiennent à la première des catégories que nous avons distinguées, réservant, sauf précision contraire, le terme d'acte neutre pour le sens plus général

donations sont soumises à des conditions de forme requises *ad validitatem* : elles doivent être reçues en la forme notariée, au titre de l'article 931 du Code civil⁵⁶⁶. Cependant, la jurisprudence admet la validité de bon nombre de donations non notariées. La question du fondement de ces solutions, apparemment contraires à la lettre de l'article 931, a longtemps fait débat⁵⁶⁷. L'argument qui a fini par s'imposer en doctrine est celui développé par RIPERT⁵⁶⁸ : la donation non notariée serait valable lorsqu'elle serait soumise à un « formalisme de substitution », qui permettrait d'atteindre les buts poursuivis par l'article 931, et, notamment, d'assurer l'irrévocabilité et l'actualité des donations⁵⁶⁹, dont la garantie a toujours été le fondement de la solennité⁵⁷⁰. C'est ainsi que trois catégories de donations non notariées sont pourtant valables : le don manuel, la donation déguisée⁵⁷¹ et la donation indirecte, qui nous intéresse plus spécialement ici. Les formalités de substitution, censées assurer l'irrévocabilité de la donation, seraient la remise matérielle de la chose dans le don manuel, le déguisement dans la donation déguisée⁵⁷² et l'acte neutre servant de support à la donation indirecte.

338. Ainsi, l'acte neutre serait le critère formel permettant d'appréhender les donations indirectes. En réalité, contrairement à ce qu'a pu affirmer PONSARD, la donation indirecte ne *résulte*⁵⁷³ pas d'un acte neutre. La présentation classique est, en effet, d'une confusion telle qu'elle laisse à penser que la donation indirecte est la catégorie

englobant également les deux autres catégories ». Selon PONSARD, l'acte abstrait serait donc une espèce d'acte neutre, et l'acte neutre serait le véritable critère de la donation indirecte.

⁵⁶⁶ M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Th. Paris XII, 1996.

⁵⁶⁷ J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Th. Montpellier, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 209, 1989, n°18 et s. — Sur la question des donations non solennelles, voir aussi M. DAGOT, *Des donations non solennelles*, JCP 2000.I.248 — H. LÉCUYER, *Des donations échappant au formalisme légal*, Dr. et Patr. mai 2003, p. 92 et s. — I. NAJJAR, *La validité des donations déguisées ou indirectes en droit français*, D.1995, chr. 115.

⁵⁶⁸ G. RIPERT, *Étude critique de la notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1930-1931, p. 113 et s. Pour une utilisation de cette théorie, voir H. LÉCUYER, chr. préc.

⁵⁶⁹ X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil*, RTD Civ. 1997, p. 26 et s. L'auteur démontre doctement dans cette étude que l'acte notarié a pour objet d'assurer l'irrévocabilité des donations, ce qui va dans le sens d'une meilleure protection du donataire.

⁵⁷⁰ N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 2001, n°7.

⁵⁷¹ H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. CLXXXIV, 1985.

⁵⁷² Selon cette conception, il ne pourrait y avoir de donation déguisée valable que si le « déguisement » est lui-même valide. Devraient alors être annulées les donations prenant la forme de ventes à vil prix (en ce sens, B. GARRIGUES, *La contre-prestation du franc symbolique*, RTD Civ. 1991, p. 459). Voir *infra*, n°395 et s.

⁵⁷³ A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Sirey, 1946, p. 131.

« *fourre-tout* » des donations⁵⁷⁴ (§1). En réalité, l'acte neutre ne constitue pas la donation indirecte, il exécute un acte juridique de donation préexistant, qui semble bien devoir être consensuel (§2). La notion de donation indirecte ne trouve alors plus aucune pertinence dans son acception classique. Pour maintenir un intérêt à la notion, mieux vaut y voir une donation non translatrice de propriété (§3).

§1 : REJET DE LA THÉORIE CLASSIQUE : L'ACTE NEUTRE CONSTITUTIF DE LA DONATION INDIRECTE

339. Selon la théorie classique, la donation indirecte résulterait d'un acte neutre, ce dernier constituant le formalisme de substitution permettant de valider la donation indirecte au regard de l'article 931 du Code civil. Pour pratique qu'elle soit, cette argumentation ne semble pas correspondre à la réalité et manque de pertinence. L'acte neutre semble en effet bien trop imprécis pour être caractéristique d'une catégorie (A). Son imprécision aboutit à un manque évident d'efficacité dans sa fonction de critère (B).

A. Le manque de précision de la notion d'acte neutre

340. ***Une notion mystérieuse***<> Le recours à la notion d'acte neutre pour caractériser les donations indirectes trouve son origine dans la thèse de PONSARD⁵⁷⁵. D'emblée, la notion d'acte neutre est alors entourée de mystère. Il est vrai que l'étude du droit des libéralités n'est pas, loin s'en faut, très diffusée. Il est vrai, surtout, que les juristes n'appréhendent l'acte neutre que lorsqu'ils sont au contact des donations indirectes⁵⁷⁶. L'articulation entre l'idée, répandue mais fautive, selon laquelle tous les actes

⁵⁷⁴ Voir ainsi la mystérieuse définition proposée par J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, n° 116 : la donation indirecte serait « *celle qui résulte d'un acte qui, par sa nature, eût été susceptible de produire un autre effet* ».

⁵⁷⁵ A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Th. Dijon, Sirey, 1946.

⁵⁷⁶ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409 et s., note 16 : « *En fait, l'on ne sait pas grand chose de l'acte neutre, qui n'apparaît pas comme une catégorie classique du droit privé, et ne se manifeste guère qu'en matière de donation indirecte* ». — V. aussi en ce sens X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil*, RTD Civ. 1997, p. 25, spec. p. 39.

seraient gratuits ou onéreux, et celle selon laquelle il y aurait des actes neutres, peut également paraître délicate. En réalité, il n'y a pas d'incompatibilité entre ces deux idées, dans la mesure où l'acte neutre est défini comme celui qui n'indique pas sa gratuité ou son onérosité. Cependant, la fausseté du postulat selon lequel tous les actes juridiques seraient gratuits ou onéreux aboutit à semer le doute sur la notion d'acte neutre, certains utilisant l'expression, comme nous suggérons de le faire, pour désigner les actes qui ne sont pas soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux⁵⁷⁷.

341. **Identification par l'absence d'expression du caractère gratuit ou onéreux**<> L'acte neutre est traditionnellement envisagé comme celui qui n'indique pas s'il a été consenti à titre gratuit ou à titre onéreux⁵⁷⁸ ; celui « *qui n'avoue pas le titre auquel il est effectué et qui peut donc être aussi bien onéreux que gratuit* »⁵⁷⁹. Cette définition de l'acte neutre, somme toute peu évocatrice, s'articule donc autour de ce que l'acte exprime en lui-même ; ou plutôt de ce qu'il n'exprime pas. On se trouverait, en réalité, en présence d'un acte ayant pour objet ou pour effet de fournir une prestation à un tiers, sans que l'on sache si cette dernière est accomplie gratuitement ou onéreusement, sans que l'on ne puisse savoir si une rémunération est prévue ou non. *A priori*, il n'y a donc pas d'empêchement à admettre l'existence de cette notion tout en admettant que tous les actes juridiques sont soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité : les actes neutres devraient, si l'on s'en tient à la théorie classique, pouvoir être rattachés à l'une des deux catégories. Seulement, leur appartenance n'est pas manifestée de manière ostensible.

342. **La difficile distinction entre les actes neutres et les actes abstraits**<> La confusion semble devoir s'opérer immédiatement avec la notion d'acte abstrait. Du reste, c'est bien l'acte abstrait qui est envisagé en premier par PONSARD comme caractéristique des donations indirectes, avant d'être rattaché à une catégorie semble-t-il plus vaste, celle de l'acte neutre⁵⁸⁰. Pour ce dernier, les donations indirectes seraient en effet de trois sortes : celles résultant d'actes abstraits, celles résultant de l'attribution à autrui du bénéfice d'un acte juridique, et les avantages indirects inclus dans un acte à titre onéreux⁵⁸¹. Selon l'auteur, tous ces actes seraient des « *actes abstraits au sens large* », sachant que la

⁵⁷⁷ En ce sens, à propos des renonciations, D. HOUTCIEFF, *Rep. civ. v° Renonciation*, 2004, n°2.

⁵⁷⁸ H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, n°531.

⁵⁷⁹ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409.

⁵⁸⁰ A. PONSARD, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁸¹ *op. cit.*, p. 184 et s.

première catégorie de donations indirectes correspondrait à celle des actes abstraits au sens strict, que PONSARD propose d'appeler « *actes abstraits* ». Le manque de clarté de cette proposition a été, à juste titre, maintes fois relevé⁵⁸². Il est vrai que l'on voit mal, *a priori*, ce que les « *actes abstraits au sens strict* » ont de spécifique par rapport à la catégorie prétendument plus vaste des actes neutres. Si l'on retient que l'acte abstrait est, selon la lettre de l'article 1132 du Code civil, celui qui n'exprime pas sa cause, on voit mal comment il pourrait être une espèce d'acte neutre, ce dernier étant défini comme l'acte qui n'exprime pas sa nature gratuite ou onéreuse.

Il est vrai que la notion d'acte abstrait peut laisser perplexe. L'article 1132 du Code civil énonce, en effet, que « *la convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée* ». Sachant que l'absence de cause est sanctionnée par la nullité, au titre de l'article 1131 du Code civil, la précision semble, de prime abord, importante. Malgré tout, l'article 1131 sanctionne expressément l'absence de cause *de l'obligation*, tandis que l'article 1132 vise la cause *de la convention*. Cette dernière, la *causa remota*, n'a donc pas à être exprimée. Mais ce n'est pas le seul enseignement qui est tiré de ce texte : on considère, en réalité, qu'il vise la cause de l'obligation, la *causa proxima*. Sont ainsi valables les conventions qui créent des obligations sans préciser leur cause. Plus largement, sont valables les actes abstraits, qui peuvent tout aussi bien être des actes juridiques unilatéraux. La lettre de change est ainsi un bon exemple d'acte juridique unilatéral abstrait. Sa cause, la créance de provision, n'a pas à être précisée dans la lettre de change. Du reste, si elle est précisée, cela ne sera pas sans effet puisqu'il est admis que la mention de la créance de provision dans la lettre de change a pour effet d'immobiliser la provision au profit du porteur⁵⁸³.

⁵⁸² H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, LGDJ, t. CLXXXIV, 1985, n° 531 : « *La critique essentielle que l'on peut adresser à M. PONSARD vient du « flou » qui entoure les notions d'acte abstrait et d'acte neutre ; il semble bien que l'acte neutre soit celui qui n'indique pas s'il est consenti à titre gratuit ou à titre onéreux ; mais l'acte abstrait a des contours plus vagues encore, tantôt assimilé au précédent, tantôt restreint à l'acte dont la cause n'est pas révélée, tantôt enfin défini comme l'acte qui a une valeur en soi, indépendamment de la cause qui le justifie ; d'ailleurs cette valeur en soi n'est pas univoque puisque la catégorie recouvre à la fois la reconnaissance de dette où l'abstraction se limite à la dispense de preuve de l'obligation reconnue et la lettre de change ou la délégation dans lesquelles l'abstraction est garantie par l'opposition des exceptions* » — Pour une critique plus vaste, cf. R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, préc.

⁵⁸³ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2006, n°648.

En réalité, dans la mesure où, dans les contrats onéreux, la cause objective de l'obligation consiste toujours en la contre-prestation, l'acte abstrait et l'acte neutre envisagé dans son acception classique ne peuvent être que synonymes. La présentation de PONSARD, qui laisse penser qu'il existe deux catégories d'actes neutres qui ne sont pas des actes abstraits, ne peut donc être que défectueuse. Ou bien ces actes sont également abstraits⁵⁸⁴ ou bien ils ne sont pas neutres⁵⁸⁵.

343. *Une notion contestable, procédant d'un découpage arbitraire des actes juridiques*<> Mais l'objection la plus décisive à la pertinence du recours à l'acte neutre dans sa conception classique est certainement celle apportée par le Professeur LIBCHABER, qui estime que l'érection de l'acte neutre en critère de la catégorie des donations indirectes ne pourrait se faire « *qu'au prix d'un raisonnement trompeur* »⁵⁸⁶. À ce titre, il relève que « *la démarche revient en effet à découper l'intérieur d'un acte juridique global, pour en extraire l'une des composantes, avant de la qualifier et d'en constater l'évidente neutralité. À ce compte, la neutralité peut se retrouver partout : toutes les manifestations juridiques qu'un acte relie entre elles peuvent être détachées de leur cadre naturel pour être envisagées isolément ; nul doute qu'alors elles doivent apparaître comme neutres, puisque rien ne signale plus le titre auquel elles sont effectuées. Hors du cadre juridique où il s'inscrit, tout fait d'exécution se neutralise, puisque cette neutralité procède des conditions dans lesquelles on l'a d'abord détaché de son milieu. La vente peut, sans doute, passer pour le prototype de l'acte onéreux ; il n'en reste pas moins qu'en eux-mêmes, le transfert de propriété aussi bien que le paiement du prix ou la livraison de la chose sont muets quant à la cause qui les justifie* ». Ainsi, l'acte qui est observé est un acte d'exécution. Or, dans la mesure où l'on admet que les actes d'exécution sont des actes juridiques, ils doivent, malgré tout, être soustraits à la distinction du gratuit et de l'onéreux. PONSARD admet lui-même que le type même de l'acte neutre est l'acte purement matériel, derrière lequel on devine aisément l'acte d'exécution. Or si l'acte d'exécution est neutre, ce n'est pas parce qu'il n'exprime pas son caractère gratuit ou onéreux, mais, plus irrémédiablement encore, parce qu'il n'est pas soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux.

⁵⁸⁴ Seraient ainsi abstraits les actes envisagés dans la deuxième catégorie, les attributions gratuites à autrui du bénéfice d'un acte juridique.

⁵⁸⁵ Seraient ainsi expressément onéreux les actes envisagés dans la troisième catégorie, les avantages indirects inclus dans un acte à titre onéreux.

⁵⁸⁶ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, n° 5.

344. *Redéfinition de l'acte neutre – Impossibilité d'y déceler une libéralité* <>

En admettant que l'on puisse, à partir de cet exemple, proposer de redéfinir l'acte neutre comme celui qui n'est pas soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux, on pourrait classer dans cette catégorie tous les actes juridiques patrimoniaux qui ne sont pas destinés à organiser l'échange, notamment les actes d'exécution, les actes abdicatifs et les actes déclaratifs. Du même coup, l'appellation d'acte neutre ne pourrait plus désigner le critère formel de la donation indirecte. En effet, si l'acte neutre échappe à la distinction de la gratuité et de l'onérosité, il ne saurait constituer une libéralité. Seule la catégorie des actes d'exécution permettrait, éventuellement, de matérialiser l'existence d'une donation. C'est ainsi que la tradition pourra toujours être considérée comme le critère formel du don manuel – et non de la donation indirecte – mais sans que l'on puisse, pour autant, la qualifier elle-même de gratuite, dans la mesure où elle ne fait qu'exécuter un acte juridique d'organisation de l'échange, un accord de volontés par lequel la donation a été prévue.

À l'inverse, bon nombre de donations indirectes reposent sur des actes que l'on pourrait qualifier de neutres dans la conception classique – celle qui repose sur la seule absence d'*expression* du caractère gratuit ou onéreux – mais pas dans la redéfinition de l'acte neutre que nous proposons qui repose sur le fond : sont neutres les actes juridiques qui ne sont pas soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Ainsi, l'émission de la lettre de change est neutre dans la première acception : la lettre de change est en effet un acte abstrait. Mais elle n'est pas neutre dans la seconde acception. Ainsi, elle sera onéreuse si elle est émise au bénéficiaire au regard d'une créance de valeur fournie, elle sera gratuite dans le cas contraire, celui où le bénéficiaire ne fournit aucune valeur au tireur en contrepartie de l'émission de la traite. Les rapports fondamentaux permettront donc toujours de qualifier l'émission ou les divers endossements de gratuits ou d'onéreux, ce qui se comprend aisément dans la mesure où il y a un lien d'accessoire entre la circulation du titre, de laquelle naissent des engagements cambiaires, et les relations fondamentales au nom desquelles elle intervient. Ainsi, le tireur peut très bien émettre la lettre de change pour conférer une donation au bénéficiaire. Il peut, au contraire, l'émettre en contrepartie d'une somme d'argent. Ce sera, bien sûr, l'hypothèse la plus fréquente, celle de la *mobilisation* de la créance, qui, en général, passe par un contrat d'escompte. La valeur fournie n'étant pas indiquée sur le titre, l'émission et les endossements de la lettre de change sont des actes abstraits, neutres au sens classique du terme. Mais le rapport fondamental pouvant toujours être qualifié de gratuit ou d'onéreux (la lettre de change est

donnée, vendue, ou confiée à un mandataire dans l'endossement de procuration, voire remise en gage dans l'endossement pignoratif), l'émission ou l'endossement ne sera jamais neutre dans l'acception que nous proposons de retenir du terme.

De la même manière, la renonciation à succession faite *in favorem* mais sans indiquer de bénéficiaire est un acte abstrait. Il ne s'agit pas d'un acte neutre, dans la mesure où une telle donation ne saurait être regardée comme abdlicative⁵⁸⁷, puisque faite au profit d'un bénéficiaire déterminé. Autre exemple, la renonciation à un usufruit faite pour avantager le nu-propriétaire ne saurait être neutre dans le sens que nous proposons de retenir. L'acte est, certes, extinctif de droit, mais pas abdicatif : il s'agit bel et bien d'un acte d'organisation de l'échange, parce que destiné à autrui, et doit donc être soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux. Or tous ces actes sont habituellement qualifiés de donations indirectes.

Mais, même dans sa conception classique, l'acte neutre ne rend pas compte de la notion de donation indirecte.

B. Le manque d'efficience de la conception classique de l'acte neutre dans la qualification des donations indirectes

345. Il semble bien qu'il soit difficile, au regard de la conception classique de l'acte neutre, de trouver des actes neutres qui ne soient pas abstraits. Selon la thèse de PONSARD, ce serait le cas de « *l'attribution gratuite à autrui du bénéfice d'un acte juridique* »⁵⁸⁸. Par-là, l'auteur vise les stipulations pour autrui, le paiement et l'achat pour autrui. Or il est bien évident que ces actes juridiques sont valables quand-bien même la cause de l'attribution du bénéfice à autrui n'est pas exprimée. Il s'agit donc d'actes abstraits. Mais, par ailleurs, certaines donations indirectes prennent appui sur des actes que l'on ne peut pas qualifier de neutres (dans la conception classique), puisqu'ils sont expressément gratuits ou onéreux (1). De la même manière, certaines donations *directes* ont pour support des actes qui correspondent à la définition classique de l'acte neutre (2).

⁵⁸⁷ Voir *supra*, n°322. Comp. Civ. 1^{ère}, 27 mai 1961, D.1962.657, note Boulanger ; JCP 1963.II.12973, note Voirin.

⁵⁸⁸ A. PONSARD, *op. cit.* p. 164 et s.

1. Les donations indirectes adossées à des actes expressément gratuits ou onéreux

346. **Vente à prix modique**<> La vente à prix modique est considérée comme une donation indirecte lorsque le vendeur avait conscience de fournir un avantage à l'acheteur, et qu'il était, en d'autres termes, animé d'une intention libérale⁵⁸⁹. Comment admettre que l'acte par lequel est réalisée la donation, c'est-à-dire la vente, soit un acte neutre ? La vente indique expressément son caractère onéreux. Il est donc impossible d'y voir un acte neutre, tout au moins si on définit ce dernier comme l'acte qui n'exprime pas son caractère gratuit ou onéreux. Il en va de même lorsque, à l'occasion de la vente, c'est l'acheteur qui consent une donation au vendeur, par le versement d'un prix nettement supérieur au prix normal⁵⁹⁰.

347. **Cautionnement-libéralité**<> De la même manière, le cautionnement-libéralité⁵⁹¹, par lequel la caution renonce à ses recours après paiement contre la caution, ne saurait être considéré comme un acte neutre. Si l'on considère, en effet, que l'acte juridique qui sert de support à la donation, et dans lequel on voit le formalisme de substitution, est le contrat de cautionnement, il faut bien admettre que ce dernier est expressément onéreux, dans la mesure où il a pour cause « *la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal* »⁵⁹². Le contrat de cautionnement liant la caution au créancier, il est vain d'y rechercher la nature gratuite ou onéreuse des rapports entretenus entre la caution et le débiteur principal. C'est donc dans le contrat liant ces derniers qu'il faudrait rechercher l'acte neutre permettant de déceler une donation indirecte. Pour autant, ce contrat reste tacite dès lors que le cautionnement n'est pas onéreux⁵⁹³. S'il apparaît que la caution avait promis au débiteur principal qu'elle

⁵⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1969, Bull. Civ. I, n° 8

⁵⁹⁰ Comp. M. DAGOT, *Des donations non solennelles*, JCP 2000.I.248. Cet auteur distingue deux types de donations indirectes : celles qui ont pour support un acte à titre onéreux et celles qui ont pour support un acte neutre. Cette présentation a le mérite du réalisme. Ce faisant, elle occulte la question du formalisme de substitution. Est-ce par rejet de cette théorie ?

⁵⁹¹ F.-X. TESTU, *Le cautionnement libéralité*, JCP 1989.I.3377

⁵⁹² Com. 8 nov ; 1972, *Lempereur*, D. 1973.753, note Malaurie ; GP 1973.1.143, note D. Martin.

⁵⁹³ Sur l'inutilité de la recherche de la qualification de ce dernier, voir M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., 2004, n°52. Ces auteurs remarquent que la qualification du rapport juridique

supporterait définitivement le poids de la dette, il sera, à l'évidence, impossible de voir dans leur accord un acte neutre, l'accord entre la caution et le débiteur principal étant alors nécessairement gratuit.

348. ***La donation indirecte, catégorie fourre-tout des donations non-solennelles***<> Le recours à la notion d'acte neutre pour caractériser les donations indirectes ne fonctionne donc pas dans tous les cas admis de donations indirectes. Il serait alors possible de dire que les ventes à prix modique ou à prix excessif, de même que les cautionnements libéralités, devraient être exclus de la catégorie. Mais c'est précisément là que le bât blesse : dès lors que l'on veut assurer leur validité, et qu'il est impossible de les qualifier de dons manuels ou de donations déguisées, ces actes sont rangés dans la catégorie résiduelle des donations non solennelles, celle des donations indirectes.

349. ***Actes gratuits : renonciation in favorem à succession***<> La catégorie des donations indirectes contient donc des actes expressément onéreux. Mais elle contient aussi des actes expressément gratuits. C'est ainsi que la renonciation à succession est considérée comme une donation indirecte, et, à ce titre, dispensée des formes de l'article 931 du Code civil. Pourtant, comme nous avons pu le voir⁵⁹⁴, il convient de distinguer deux types de renonciations à succession : les renonciations abdicatives et les renonciations translatives. Or seules les secondes peuvent être qualifiées de donation. Certes, il est possible de ne pas indiquer si la renonciation est abdicative ou translatrice, notamment si l'on veut avantager ses cohéritiers ou les héritiers subséquents. Dans ce cas, pour une fois, on se trouvera en présence d'un acte qui semble répondre à la définition couramment admise de l'acte neutre, mais à une différence près : l'acte dont on ignore la nature peut être gratuit ou onéreux, certes, mais il se peut aussi qu'il ne soit ni l'un ni l'autre si la renonciation est abdicative. On en revient alors à la limite de la notion d'acte neutre telle qu'elle est couramment utilisée : la notion n'aurait de pertinence que si tous les actes juridiques étaient soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Or tel n'est pas le cas. Puisque la notion d'acte neutre n'est pas efficiente lorsqu'elle est utilisée dans son sens habituel, celui de l'absence d'expression du caractère gratuit ou onéreux, il devrait être

caution-débiteur est peu étudiée. « Comme le principal intérêt est de fournir à la caution un recours de remboursement, le plus large possible, et que ce résultat est atteint par l'article 2028 du Code civil, on conçoit que l'effort n'ait pas été poussé plus loin ».

⁵⁹⁴ Voir *supra*, n°320 et s.

possible d'en modifier la définition, et d'utiliser cette catégorie pour désigner les actes qui ne sont pas soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux⁵⁹⁵.

2. Les donations directes adossées à des actes neutres : les dons manuels

350. ***La place délicate du don manuel dans la thèse de Ponsard***<> Selon PONSARD, l'archétype de l'acte abstrait, espèce de l'acte neutre, serait l'acte matériel : *« le type de l'acte abstrait, celui qui réalise le mieux l'idée, c'est l'acte purement matériel : il n'indique ni le motif qui a poussé à l'accomplir, ni l'effet qu'il est destiné à produire, ni la personne à laquelle bénéficiera cet effet : ainsi, la tradition, c'est-à-dire la remise matérielle d'un objet, est, (...) un « un acte incolore », elle peut être translatrice soit de la propriété, soit de la possession, soit de la simple détention ; elle ne révèle pas sa cause »*⁵⁹⁶. Comme le remarque l'auteur, la tradition est le support du don manuel. Elle en est même la formalité de substitution à l'acte notarié. Comment, dès lors, admettre que l'acte neutre soit caractéristique de la donation indirecte alors que son archétype sert précisément à identifier un autre type de donation non solennelle, le don manuel ? La seule présentation logique reviendrait alors à faire du don manuel une espèce de donation indirecte, si bien qu'il n'existerait plus que deux catégories de donations non solennelles, les donations indirectes et les donations déguisées, le don manuel devenant une sous-catégorie des premières. Une telle dilution de la notion de donation indirecte rendrait la catégorie encore moins palpable : seraient, dès lors, indirectes, toutes les donations qui ne sont ni notariées ni déguisées. Leur formalisme de substitution, déjà introuvable, le serait encore plus, si bien qu'il semble qu'il faille renoncer à identifier les donations indirectes par un tel formalisme.

Si l'acte neutre ne permet pas de caractériser la donation indirecte, le recours à la notion témoigne d'une reconnaissance implicite par la jurisprudence de la donation consensuelle.

⁵⁹⁵ Voir en ce sens D. HOUTCIEFF, *Rep. civ. v° Renonciation*, 2004, n°2.

⁵⁹⁶ A. PONSARD, *op. cit.* p. 131.

§2 : CONTRIBUTION À LA THÉORIE MODERNE : LE RECOURS À L'ACTE NEUTRE, CONSÉCRATION DE LA DONATION CONSENSUELLE

351. Il faut se rendre à l'évidence : l'acte neutre est, dans sa conception classique, introuvable. Si l'on peut proposer de le redéfinir comme l'acte juridique non soumis à la distinction du gratuit ou de l'onéreux, on voit bien qu'il ne nous sera d'aucun secours pour caractériser une donation, puisque, dans cette conception, l'acte neutre ne pourra jamais être considéré comme gratuit. C'est donc la formalité de substitution à l'acte notarié qui est introuvable en matière de donation indirecte. Un tel constat est grave si l'on tient au formalisme des donations : voilà une catégorie de donation non solennelle au domaine très vaste, dont on ignore, finalement, quelle est la formalité qui permet d'en assurer la validité. Elle laisse alors entrevoir une « *désolennisation* » des donations bien plus importante que ne pouvait le penser RIPERT. En réalité, l'idée même d'un formalisme de substitution à l'acte notarié est utopique (A). Si les donations non solennelles sont si largement admises par la jurisprudence, c'est, finalement, parce que la donation tend vers le consensualisme. Les donations indirectes ne sont qu'un exemple parmi d'autres de cette tendance jurisprudentielle (B).

A. L'utopie du formalisme de substitution

352. ***Théorie de Ripert***<> Selon RIPERT, les dons manuels, les donations déguisées et les donations indirectes sont valables parce qu'elles ont pour support une formalité qui a les mêmes effets que l'acte notarié. Leur validité, contre la lettre de l'article 931 du Code civil, serait le résultat d'une analyse fonctionnelle : il faudrait voir pourquoi un acte notarié est imposé, et, dans la mesure où le but poursuivi par ce texte pourrait être atteint par d'autres moyens, admettre la validité de ces « *formalismes de substitution* »⁵⁹⁷.

353. ***Fondement de l'article 931 du Code civil***<> Plusieurs explications viennent justifier l'exigence posée par l'article 931 du Code civil. Il est ainsi souvent relevé que le

⁵⁹⁷ Voir M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1278, note 74 : Ripert n'a pas utilisé directement le terme de « *formalisme de substitution* », mais l'idée ressort très clairement de son cours de doctorat.

notaire attirera l'attention des parties sur les particularités de la donation. Le donateur sera ainsi avisé du caractère irrévocable de son acte, ce qui permettra de s'assurer qu'il consent bel et bien, et de manière éclairée, à la donation. Le donataire sera, de son côté, informé des causes de révocabilité des donations. Si l'ingratitude ou l'inexécution des charges sont des causes de révocation prévisibles pour les donataires, il n'en va pas forcément de même de la survenance d'enfants. Le rôle du notaire est alors important en termes d'information juridique et de conseil. L'exigence d'un acte notarié permet, par ailleurs, de conserver une trace de l'acte, de façon à permettre l'exercice du rapport et de la réduction, même plusieurs années après la donation⁵⁹⁸. Une autre justification a pu être apportée : l'acte notarié permettrait, certes, d'assurer le principe d'irrévocabilité des donations, mais cela davantage dans l'intérêt du donataire que du donateur. En effet, le notaire, tenu de veiller à l'application de ce principe, paralysera toutes les clauses contraires que les parties, essentiellement le donateur, seraient tentées d'y insérer⁵⁹⁹. Il est nécessaire de rappeler, à ce titre, que le principe de l'irrévocabilité des donations ne se confond pas avec celui de la force obligatoire du contrat. Il est bien plus fort, et implique, en particulier, l'anéantissement des conditions simplement potestatives, valables dans les autres types de conventions.

354. *L'impossible formalisme de substitution* ⇔ Quoi qu'on en dise, toutes ces fonctions là (protection du consentement du donateur, établissement et conservation d'une preuve, protection et information du donataire), ne peuvent être remplies que par un acte notarié, et aucun formalisme de substitution ne saurait toutes les remplir à la fois. Ainsi, le don manuel repose certes sur une tradition qui, compte tenu de l'application de l'article 2279 du Code civil, permet d'assurer l'actualité et, semble-t-il, l'irrévocabilité de la donation. La Cour de cassation semble, du reste, tenir à ce dernier principe en matière de don manuel. C'est ainsi qu'elle refuse de qualifier de donation le virement fait sur un

⁵⁹⁸ Voir, sur ces justifications, M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1273 — J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, n° 44 et s.

⁵⁹⁹ X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil*, RTD Civ. 1997, p. 25 et s., spéc. p. 42 : « En réalité, le danger de la donation révocable consiste dans un éventuel abus de la situation de déséquilibre créée par cet acte. La victime potentielle de l'abus n'est pas le donateur mais bien plutôt le donataire (...) la donation présente pour le donataire des risques que son absence d'engagement ne lui permet a priori pas de soupçonner. S'il ne doit aucune contrepartie d'ordre patrimonial, au moins est-il redevable au donateur d'une certaine gratitude. Et parce qu'elle est insusceptible d'évaluation, il est à craindre qu'elle dégénère en servitude ; il ne faut jamais oublier que celui à qui l'on ne doit rien est aussi celui à qui l'on doit tout. Pour contenir ce risque de dérapage, en puissance dans toute donation, il est donc absolument nécessaire de libérer au mieux le donataire de la mainmise du donateur ».

compte sur lequel le solvens avait procuration⁶⁰⁰. En revanche, il est bien évident que l'information du donataire est alors inexistante, de même que la mesure du consentement du donateur.

355. **Exemple : cautionnement-libéralité**<> Il en va de même, à un degré supérieur en matière de donations indirectes : l'acte neutre, prétendu critère de la notion, ne permet pas de s'assurer de l'irrévocabilité de la donation, ni même de son actualité. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à prendre l'exemple du cautionnement-libéralité, par lequel la caution s'engage, envers le débiteur principal, à assumer définitivement le poids de la dette. Dans la mesure où, dans les rapports caution-créancier, on se trouve en présence d'un cautionnement pur et simple, et dans la mesure où le contrat de cautionnement est considéré comme le prétendu acte neutre qui servira de formalisme de substitution⁶⁰¹, on ne peut que constater que ce dernier ne permet pas d'assurer l'actualité de la donation : en effet, tant que la créance principale n'est pas exigible, il ne saurait y avoir de dessaisissement. La donation n'étant pas, dans ce cas, translatrice de propriété, il est impossible de faire jouer l'article 938 qui énonce que « *la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition* ».

L'irrévocabilité de la donation n'est pas non plus assurée. Rien n'empêchera, en effet, la caution de se prévaloir des règles spécifiques au contrat de cautionnement pour refuser de payer le créancier, faisant, du même coup, du débiteur principal le seul obligé à la dette. En effet, rien ne pourrait s'opposer à ce que la caution simple invoque le bénéfice de discussion. De la même manière, rien ne pourrait s'opposer à ce qu'elle invoque les dispositions relatives à la disproportion⁶⁰², la nullité du contrat pour défaut des mentions

⁶⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, 03-18413, Bull. Civ. I, n° 317 ; D.2005, p. 626, note Noblot : « *Attendu que le don manuel suppose une tradition définitive et irrévocable du donateur... Qu'en statuant ainsi [en déboutant le solvens qui demandait le remboursement de la somme], alors que le virement fait à un compte sur lequel le solvens avait procuration ne réalisait pas une dépossession irrévocable, la cour d'appel a violé les articles [894 et 931 du Code civil]* ».

⁶⁰¹ En ce sens : F.-X. TESTU, *Le cautionnement-libéralité*, JCP 1989.I.3377, n° 28 et s. *Contra* : M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 7^{ème} éd., 2004, n° 54. En réalité, la donation découle de la renonciation aux recours contre le débiteur principal. Mais cette dernière est tacite, et ne saurait donc constituer l'élément formel requis pour la validité de la donation indirecte. Dès lors qu'il est admis que le cautionnement peut servir de support à une donation lorsque la caution renonce à ses recours, il faut se résoudre à trouver dans le cautionnement lui-même le formalisme de substitution. Au contraire, si l'on renonçait à la théorie du formalisme de substitution, on pourrait très bien admettre que la donation se trouve dans la renonciation aux recours et non dans le cautionnement lui-même.

⁶⁰² Articles L.313-10 et L.341-4 c.consom.

manuscrites obligatoires à titre de validité⁶⁰³, ou la déchéance du droit aux intérêts en cas de défaut d'information. En effet, le créancier n'étant pas partie à la donation, il ne saurait invoquer la non application de règles permettant à la caution de se soustraire à son engagement. Dans la relation caution-créancier, le droit du cautionnement doit s'appliquer tel quel.

Par ailleurs, comment empêcher la caution, qui se raviserait, de poursuivre le débiteur principal après avoir payé ? Certes, dans l'hypothèse où la caution aurait payé, depuis le début, toutes les dettes du débiteur principal sans jamais se retourner contre lui, on pourrait très bien admettre que la libéralité ait reçu un commencement d'exécution. Dans ce cas-là, c'est le paiement pour autrui, davantage que le cautionnement, qui constituerait le formalisme de substitution. Pour autant, on ne saurait déduire de lui seul l'impossibilité pour la caution de se retourner contre le débiteur principal. Il faudrait bien, au bout du compte, démontrer qu'il y avait bien un accord portant donation entre la caution et le débiteur principal pour faire obstacle au recours de la caution. La seule signature du contrat de cautionnement ne saurait à l'évidence y suffire. Ce dernier ne saurait, pas plus que le paiement, constituer un formalisme de substitution.

356. *Émission ou endossement à titre gratuit d'une lettre de change* <> De la même manière, ces lacunes apparaissent dans un autre exemple : celui de l'émission d'une lettre de change ou de l'endossement à titre de libéralité. Ces deux formes de transmission gratuite d'une lettre de change ne permettent pas de voir une donation actuelle et irrévocable. En effet, dans l'hypothèse où le donataire déciderait, à son tour, de mobiliser la traite, il risquerait de devoir payer le porteur en cas de défaillance du tiré. L'actualité et l'irrévocabilité du dépouillement, et de l'enrichissement du donataire, risquent donc d'être interrompus, entre le moment où le donataire aura payé le porteur et le moment où il aura, à son tour, été payé. Par ailleurs, si le donataire reste porteur du titre, et s'il se heurte à un refus de paiement par le tiré, rien n'interdira au donateur regrettant son geste d'invoquer une éventuelle négligence du porteur pour refuser de payer. Sur le plan cambiaire, l'irrévocabilité de la donation n'est donc pas assurée. Sur le plan fondamental, le donataire-porteur négligent pourrait certes agir en paiement contre le donateur. Mais le seul fait qu'il faille agir en paiement suffit à démontrer l'absence de dépouillement actuel et irrévocable par le seul endossement de la lettre de change. Par ailleurs, l'action ne sera

⁶⁰³ Articles L.313-7 et L.313-8 ; L.341-2 et L.341-3 c.consom. ; art. 22-1 L. 6juillet 1989.

admise qu'à condition de démontrer que la valeur fournie était constituée par une donation, par hypothèse purement consensuelle. Enfin, de la même manière, la donation déguisée ne saurait protéger le donataire contre une éventuelle révocation de la donation. Il serait, en effet, tout à fait possible d'insérer une condition simplement potestative dans l'acte ostensible pour porter atteinte à l'irrévocabilité de la donation déguisée.

357. **Conclusion : abandon de l'explication de la désolennisation des donations par la théorie du formalisme de substitution**<> Il faut donc se résoudre à abandonner le recours à la théorie du formalisme de substitution pour expliquer la désolennisation des donations. Sûrement convient-il d'aller même encore plus loin.

B. L'illusion de la solennité des donations

358. **La donation non solennelle, une coutume ? – Thèse de M. Montredon**<> L'explication de la désolennisation des donations, de l'éviction des formes⁶⁰⁴ prescrites par l'article 931 du Code civil, ne saurait donc être expliquée de façon satisfaisante par la théorie du formalisme de substitution. Pas plus ne peut-on se fier aux différentes théories exégétiques, reposant sur une lecture stricte de l'article 931, selon lesquelles seuls seraient concernés par les formalités obligatoires les « *actes portant donation entre vifs* », les *instrumenti* de donation⁶⁰⁵. Une autre thèse, intéressante, développée par M. MONTREDON, verrait dans l'admission des donations non solennelles une coutume, développée par la pratique comme par les tribunaux. Cette théorie est séduisante, dans la mesure où elle semble bel et bien correspondre à la réalité concrète : autant les personnes soucieuses de procéder à une donation directe et ostensible, passant par la réalisation d'un écrit, ont, la plupart du temps, conscience de la nécessité d'établir un acte authentique, autant elles s'en sentent dispensées dès lors que la donation prend d'autres contours. Leur sentiment est d'autant plus justifié que la jurisprudence les dispense, dans bon nombre de cas, de recourir à un acte notarié. Les juges, de leur côté, semblent ne pas vouloir appliquer

⁶⁰⁴ Voir ainsi le titre de la 1^{ère} partie de la thèse de J.-F. MONTREDON, *op. cit.* : *La désolennisation des libéralités entre vifs : l'éviction des formes*, que l'auteur oppose à la désolennisation des libéralités *mortis causa*, qui se manifeste par une érosion des formes.

⁶⁰⁵ J.-F. MONTREDON, *op. cit.*, n° 38 et s., l'auteur parlant de « *cauchemar exégétique* » (n° 41). La théorie exégétique est extrêmement artificielle, et sans nul doute contraire aux intentions des codificateurs. Comme le relève à juste titre l'auteur, « *le législateur n'est pas un grammairien* » (n°39).

l'article 931 du Code civil à la lettre, tant il paraît éloigné des aspirations libérales des justiciables⁶⁰⁶.

359. **Une thèse contestable**<> Sur un plan plus juridique, une telle conception est cependant contestable. En effet, il ne saurait y avoir de « *coutume d'origine jurisprudentielle* »⁶⁰⁷. La coutume est, en effet, une source normative de droit. La jurisprudence, de son côté, ne saurait revêtir ce caractère, sous peine de violer l'article 5 du Code civil, qui prohibe les arrêts de règlement. Si les juges ont tendance à valider les donations non solennelles, rien n'interdirait à un tribunal de les annuler, nul ne pouvant se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée⁶⁰⁸. Par ailleurs, dans la mesure où l'article 931 semble bien être un texte impératif, il ne saurait tomber en désuétude, et la coutume *contra legem*, quand-bien même elle existerait, devrait céder devant la loi.

360. **En pratique, un triomphe contestable de la thèse exégétique** <> Dans les faits, c'est bel et bien l'argument exégétique qui semble prévaloir : seuls les « *actes portant donation* » sont soumis au formalisme de l'article 931 du Code civil ; les actes instrumentaires par lesquels sont réalisées des donations doivent seuls être soumis au formalisme. Les autres actes y sont soustraits. Ainsi, pour donner un bien mobilier, les parties qui ne souhaitent pas passer devant notaire ont le choix entre rédiger un acte sous seings privés qui sera nul, ou ne pas rédiger d'acte et exécuter la donation. Cette dernière sera alors valable. Une telle situation est ubuesque, et une doctrine avisée ne se prive pas de la dénoncer⁶⁰⁹.

361. **Proposition à réfuter : l'admission d'une donation réelle**<> Si les donations ne sont pas toujours solennelles, on pourrait refuser d'admettre l'existence de

⁶⁰⁶ J.-F. MONTREDON, *op. cit.* n° 71 : « *En offrant aux sujets de droit le choix entre consensualisme et formalisme, les juges sont venus corriger une disposition peu respectueuse de l'esprit de liberté et de bon sens qui anime notre législation civile et consolider ainsi un usage populaire marqué au coin de l'ancienneté et de la constance* ».

⁶⁰⁷ J.-F. MONTREDON, *op. cit.* n° 66.

⁶⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n°249 ; D.2001.3470, rapp. Sargos, note Thouvenin ; JCP 2002.II.10045, note Cachard ; Contrats Conc. Consom. 2002, n° 22, note Leveneur ; RRJ 2002/4.2061, note Viennois ; RTD Civ. 2002.176, obs. Libchaber ; GP 2001.1818, note Guigue ; GP 14-15 févr. 2003, note Perdriau ; RJPF 2002-1/34, note Chabas ; PA 6 déc. 2001, note Clément ; 13 mars 2002, note Marmoz. Voir aussi Civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, Bull. Civ. II, n° 361 ; RGDA 2004.933, note Kullmann.

⁶⁰⁹ Voir ainsi M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1279. Voir, admettant la théorie du formalisme de substitution pour les dons manuels et les donations déguisées, mais le rejetant pour les donations indirectes, J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, coll. U, 1982, n° 128.

donations consensuelles en remarquant que les donations non solennelles admises reposent, c'est la théorie du formalisme de substitution, sur des actes assurant l'irrévocabilité de la donation. On pourrait alors admettre l'existence de contrats réels de donation, comme cela a déjà pu être proposé s'agissant des dons manuels⁶¹⁰. La seule promesse n'aurait alors aucune valeur, mais l'exécution permettrait de déceler un contrat réel dont la validité serait, par la force des choses, admise. C'est ainsi que sont nés les contrats réels en droit romain : il s'agissait de contrats ne respectant pas les formalités requises, que l'une des parties exécutait. Se posait alors le problème de son action contre l'autre partie. Cette situation ressemble donc à celle des donations : on rejetterait ainsi la possibilité de se prévaloir d'une promesse pour agir en exécution forcée contre le promettant ou pour engager sa responsabilité contractuelle sur le fondement de la donation. Malgré tout, la donation exécutée, on reconnaîtrait, *a posteriori*, sa validité, fondée sur le dessaisissement actuel et irrévocable. L'idée de la protection du consentement du donateur serait donc bien prépondérante dans l'exigence d'un acte notarié : le donateur ne pourrait être engagé par un banal accord de volonté. En revanche, l'exécution de la donation signalerait le moment à partir duquel il est impossible de revenir en arrière.

L'idée selon laquelle l'admission des donations non solennelles permettrait d'ouvrir la porte à des donations réelles est donc séduisante. Malgré tout, comme on l'a vu, elle ne rendrait pas compte de la jurisprudence, qui voit des donations indirectes dans des actes qui n'assurent pas l'irrévocabilité des donations. De la même manière, une telle théorie serait en opposition même avec l'article 938 du Code civil, qui prévoit, certes en matière de donation notariée, que le seul accord des volontés suffit à transférer la propriété. Admettre, à côté des donations notariées, les seules donations réelles reviendrait donc à accepter un formalisme allégé par rapport à celui de l'article 931 du Code civil, mais, dans le même temps, reviendrait à rendre le droit des libéralités encore plus rudimentaire. Alors que le formalisme est justement critiqué pour son côté archaïque, justifier la désolennisation en recourant aux contrats réels ne permettrait pas de moderniser la matière. Et s'il ne faut pas rejeter à tout prix les solutions anciennes, mieux vaut ne pas conserver des conceptions qui ne sont plus en accord avec les idées ni avec les moyens techniques de son temps. Le virement bancaire, qui permet d'opérer très facilement des donations pour

⁶¹⁰ N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 2001, n°9

des montants éventuellement très élevés, et que l'on peut réaliser en quelques instants à partir de son domicile grâce à une connexion à l'Internet, est là pour nous le rappeler.

362. ***Seule position possible : admettre le caractère supplétif de l'article 931 du Code civil***<> Finalement, la seule solution cohérente serait d'admettre que l'article 931 du Code civil n'est pas impératif, mais bel et bien supplétif. Tout en incitant les parties à prendre conseil auprès d'un professionnel du droit, tout en exigeant un écrit à titre probatoire⁶¹¹, voire, comme c'est le cas en droit suisse, pour les donations de biens meubles, un écrit sous seing privé *ad validitatem*⁶¹², on pourrait très bien admettre la validité des donations sous seings privés⁶¹³. C'est finalement la seule explication logique et cohérente de l'admission jurisprudentielle des donations non solennelles. La jurisprudence, tant en matière de dons manuels que de donations indirectes, reconnaît que la tradition et le prétendu acte neutre ne sont que des actes d'exécution d'un acte juridique préexistant, emportant donation, seul à pouvoir être qualifié de gratuit.

Mais une telle vision trouverait un appui encore moins contestable dans la donation déguisée : si cette dernière est valable, c'est forcément parce que la contre-lettre, qui constitue une donation consensuelle, est elle-même valable. Il est donc grand temps de mettre fin à l'hypocrisie et aux circonvolutions de toute sorte tendant à maintenir un principe aussi suranné que celui de la solennité des donations. Il est aussi, peut-être, grand temps d'avancer dans la civilisation juridique. L'exigence d'un acte notarié requis *ad validitatem* témoigne d'un paternalisme juridique qui se comprenait il y a deux siècles, mais qui n'est plus, aujourd'hui, de mise. Il serait temps de responsabiliser les justiciables en les incitant à consulter un professionnel du droit préalablement à la conclusion de tout acte juridique important, au lieu de leur imposer, pour quelques actes seulement, une telle obligation, au risque de les dissuader de le faire lorsque la consultation n'est pas obligatoire.

⁶¹¹ M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, n°1279.

⁶¹² Cf. art. 243 du Code des obligations : « La promesse de donner n'est valable que si elle est faite par écrit. La promesse de donner un immeuble ou un droit réel immobilier n'est valable que si elle est faite par acte authentique. Dès que la promesse est exécutée, elle est assimilée à un don manuel [dont la validité est admise par l'article 242] ».

⁶¹³ M. GRIMALDI, *ibid* : « comment ne pas s'interroger sur la cohérence d'un système qui permet de choisir entre la donation notariée, d'une part, et la donation manuelle, déguisée ou indirecte, de l'autre, mais qui interdit de faire une donation ostensible sous seing privé. Qu'une donation de deniers puisse être faite indifféremment par acte notarié ou par un simple ordre de virement, mais ne puisse l'être par un acte sous seing privé, c'est une distinction dont la logique et le bon sens ne sont pas évidents ».

363. *L'absence d'obstacle à la reconnaissance du caractère supplétif de l'article 931*<> Les donations non notariées seraient donc valables parce que le principe de solennité obligatoire des donations résulterait, en réalité, d'un texte supplétif. Faute d'indication dans le texte sur le caractère impératif ou supplétif des donations, il faudrait donner à la jurisprudence la possibilité de procéder à une telle qualification. La lecture d'un texte pourrait alors fort bien être évolutive. Ce n'est pas parce que la jurisprudence a pu, pendant longtemps, considérer que l'article 931 était d'ordre public, qu'elle ne peut pas opérer de revirement en la matière en admettant que la promesse de donation vaut donation. Nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée...

364. *Conséquence sur la classification des donations non solennelles*<> Dès lors que l'on admet la validité des donations consensuelles, il n'est donc plus besoin de distinguer entre trois types de donations non solennelles. En réalité, pourtant, seule la notion de don manuel perdrait de son utilité, la tradition n'étant plus considérée comme élément de formation du contrat de donation, mais comme exécution de ce dernier. La donation déguisée conserverait un intérêt académique en tant que simple exemple de l'admission plus générale, par le droit des obligations, de la simulation. Mais la donation indirecte conserverait, quant à elle, un intérêt : elle témoignerait de ce que la donation n'est pas forcément un contrat, et de ce qu'elle n'est pas forcément translatrice de propriété.

§3 : CONSÉQUENCE DE L'ADOPTION D'UNE NOUVELLE THÉORIE : L'IDENTIFICATION DE LA DONATION INDIRECTE PAR L'ABSENCE DE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

365. *Opposition des donations indirectes aux donations directes – Thèse du Professeur Libchaber*<> La donation indirecte pourrait, malgré l'admission du consensualisme des donations, conserver un intérêt, dans la mesure où l'on pourrait très bien la redéfinir comme la donation non-translatrice de propriété⁶¹⁴. Ainsi que le souligne le Professeur Rémy LIBCHABER, s'il existe des donations indirectes, c'est que, *a contrario*, on doit admettre que les autres donations sont directes :

« Toutes les donations qui ne relèvent pas de la donation indirecte peuvent être

⁶¹⁴ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409.

dites directes, ce qui induit qu'elles ont au moins ce caractère en commun. En les considérant de plus près, on voit assez bien où ce caractère pourrait se loger : dans les relations entre donateur et donataire. Risquons l'idée que le terme de libéralité directe identifie toutes celles où l'enrichissement du donataire procède d'un flux émanant directement du donateur, c'est-à-dire celles où le donataire est enrichi par une transmission de biens qui procède directement du donateur ».

Les donations directes seraient ainsi celles qui se réalisent par un transfert de propriété, tandis que les donations indirectes se réaliseraient sans transfert. L'élément matériel des libéralités repose, en effet, sur un appauvrissement du gratifiant et un enrichissement corrélatif du gratifié. Il faut donc qu'une valeur disparaisse du patrimoine du premier pour se retrouver dans celui du second. Mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait transfert de propriété pour qu'il y ait transfert d'une valeur comptable. Ainsi, les actes constitutifs de droit, comme les fausses reconnaissances de dettes, enrichissent le « créancier » - son actif est augmenté – tandis que le « débiteur » s'appauvrit, puisque son passif est, également, augmenté. De la même manière, dans l'hypothèse d'une renonciation à un droit réel, un usufruit par exemple, faite *in favorem*, il n'est nul besoin de passer par une prétendue « donation d'usufruit » pour caractériser l'élément matériel des libéralités. Il suffit, au contraire, de constater que le renonçant s'appauvrit en perdant un droit, tandis que le propriétaire s'enrichit en récupérant la valeur totale de son bien.

366. **Conséquence : refonte de la typologie des donations indirectes**<> Une telle redéfinition de la donation indirecte devrait, comme le souligne le Professeur Rémy LIBCHABER, s'accompagner d'une nouvelle typologie des donations indirectes. Certaines donations que la jurisprudence qualifie d'indirectes sont, en effet, translatives de propriété. C'est ainsi que, dans la vente à prix modique, l'avantage conféré au donataire lui est fourni par le biais d'un transfert de propriété. De la même manière, il ne serait plus possible de voir une donation indirecte dans la renonciation *in favorem* à une succession : cette dernière étant translatrice, il faudrait la requalifier en donation directe.

Une telle modification de la typologie des donations indirectes pourrait être gênante selon la théorie du formalisme de substitution. Il faudrait, en effet, pour valider les donations exclues de la catégorie et qui n'auraient pas fait l'objet d'un acte notarié, admettre qu'elles constituent des donations déguisées ou des dons manuels. Si, à la limite, on pourrait

admettre que la vente à prix modique puisse être requalifiée en don manuel, une telle possibilité serait exclue pour la renonciation *in favorem* à succession.

Au contraire, dès lors que l'on admet que les donations consensuelles sont valables, le fait de dire que ces donations ne sont pas indirectes n'impose pas une requalification fondée sur les formes : on peut alors tout à fait admettre que les donations qui ne sont ni déguisées, ni indirectes, ni manuelles soient valables malgré l'absence de solennité. Du reste, si les donations indirectes semblent si hétéroclites, c'est parce que la jurisprudence y a rangé toutes les donations non solennelles qu'elle voulait valider, et qu'elle ne pouvait pas qualifier de donations déguisées ni de dons manuels. Le libéralisme de la jurisprudence ne peut pas s'accommoder d'une limitation des catégories de donations non solennelles.

367. *Intérêt de la notion de donation indirecte en cas d'admission des donations consensuelles*<> Néanmoins, la qualification de donation indirecte conserverait un intérêt au moins académique. En effet, dès lors que le critère de la donation indirecte est un critère de fond – celui de l'absence de transfert de propriété – cette dernière nous fournit de précieux enseignements sur la notion même de donation.

En effet, la donation directe, translatrice crée, au moins lorsqu'elle porte sur une chose, une obligation de délivrance. Dans ce cas, il s'agit d'un contrat. C'est ainsi que la donation est, la plupart du temps, analysée⁶¹⁵.

Cet effet, la création d'une obligation à la charge du donateur, n'existe pas nécessairement dans la donation indirecte, non translatrice. C'est ainsi qu'une renonciation *in favorem* à un droit réel ne créera pas d'obligation à la charge du renonçant. C'est ainsi, également, que la remise de dette conventionnelle faite à titre de libéralité ne créera pas, non plus, d'obligation à la charge du remettant⁶¹⁶. Dès lors, si la donation est souvent un contrat, il apparaît qu'elle n'est pas nécessairement un contrat.

⁶¹⁵ M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, n° 1025 — Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les successions, les libéralités*, n° 450.

⁶¹⁶ En revanche, il est possible qu'une donation indirecte crée une obligation de délivrance. Ce sera le cas, par exemple, de la constitution d'un usufruit à titre gratuit, qui obligera le donateur à délivrer la chose. Il est également possible qu'elle crée une autre obligation, notamment une obligation de paiement. La reconnaissance artificielle de dette créera ainsi une obligation de payer. Ces donations indirectes seront donc des contrats.

BONAPARTE, lors des travaux préparatoires du Code civil, avait refusé que les donations fussent qualifiées de contrat, au motif que le contrat « *impose des charges mutuelles aux deux contractans* »⁶¹⁷. Il est bien évident que cette dernière affirmation contredit celle de l'article 1105 du Code civil, qui admet l'existence de contrats de bienfaisance. Mais bien que mal fondé, ce refus de définir la donation comme un contrat n'en est pas moins justifié. En effet, lorsque la donation prend la forme d'un acte extinctif, l'acte de donation ne crée aucune obligation. Le consentement du donataire étant exigé, il faut bien y voir une convention, mais pas nécessairement un contrat.

368. **Conclusion de la Section**<> Nous avons pu remarquer que certains actes juridiques patrimoniaux ne sont ni gratuits ni onéreux. Nous avons alors proposé de baptiser cette catégorie « actes neutres ». Cependant, cette appellation est déjà donnée à une catégorie d'actes juridiques : ceux qui n'expriment pas leur caractère gratuit ou onéreux. Elle sert alors de critère formel à l'identification d'une catégorie de donations non solennelles : les donations indirectes.

Cependant, la notion d'acte neutre, entendue dans son sens classique, est très imprécise, et son rôle de critère de la notion de donation indirecte est très contestable. Au-delà, l'acte neutre participe d'un processus contestable de découpage des actes juridiques, visant à soumettre directement à la qualification gratuite ou onéreuse les prestations objectives et non l'accord de volontés.

Il est donc possible de rejeter la notion d'acte neutre dans son sens classique, et, dès lors, d'utiliser cette acception pour désigner les actes juridiques patrimoniaux qui ne sont ni gratuits ni onéreux. Mais, dans ce cas, il faut également redéfinir la notion de donation indirecte, puisque son critère était, précisément, l'ancienne notion d'acte neutre. Cela ne peut se faire qu'au prix de la remise en cause d'un principe moribond de la solennité des donations.

369. **Conclusion du chapitre**<> La distinction de la gratuité et de l'onérosité est limitée aux actes juridiques d'organisation de l'échange, ceux qui sont destinés à organiser les fournitures de prestations objectives, à modifier l'ordre juridique. Sont donc exclus de la distinction les faits juridiques, les actes juridiques extra-patrimoniaux, et, parmi les actes

⁶¹⁷ Discussion au Conseil d'État, 30 nivôse an XI, FENET, t. XII, p. 262.

juridiques patrimoniaux, les actes d'exécution et les actes abdicatifs. Plus largement, doivent être exclus du champ d'application de la distinction tous les actes juridiques qui n'ont pas pour fonction d'organiser l'échange, soit parce qu'ils ne sont pas destinés à autrui, soit parce qu'ils ont un objet autre, qui peut être d'exécuter une obligation issue d'un acte préexistant, de déclarer une situation juridique préexistante ou de faire valoir des droits, éventuellement issus d'un acte organisationnel.

Ces actes-là, qui ne sont ni gratuits ni onéreux, peuvent être qualifiés de neutres. La neutralité n'est alors pas entendue dans son acception classique, reposant sur l'absence d'expression du caractère gratuit ou onéreux de l'acte. En réalité, l'acception classique de la neutralité manque de pertinence et d'efficacité, si bien qu'il est préférable de la redéfinir, et d'y intégrer les actes juridiques patrimoniaux qui ne sont ni gratuits ni onéreux. Cette redéfinition de la notion d'acte neutre a pour conséquence nécessaire la redéfinition de la donation indirecte, et, finalement, la remise en cause du principe de solennité des donations.

L'étude du champ d'application de la distinction de la gratuité et de l'onérosité a donc d'importantes conséquences pratiques, ce qui confirme le caractère fondamental de la question. Aussi fondamentale est l'étude de l'application de la distinction.

CHAPITRE 2ND : DÉLIMITATION INTERNE : MISE EN ŒUVRE DE LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ONÉROSITÉ

370. Nous avons vu que la distinction entre la gratuité et l'onérosité reposait exclusivement sur un élément matériel, technique : celui de la présence ou non d'une rémunération. Peu importent les mobiles de l'acteur – il y a de la gratuité même intéressée – et peu importe, dans l'appréhension de la notion de gratuité, les éléments extérieurs à l'acte juridique que l'on cherche à qualifier⁶¹⁸ : la gratuité et l'onérosité qualifient des actes juridiques pris isolément, et c'est en leur sein uniquement que l'on peut les apprécier.

Nous avons vu, par ailleurs, que la distinction entre la gratuité et l'onérosité ne s'appliquait qu'aux actes juridiques d'organisation de l'échange, ceux destinés à organiser les fournitures de prestations objectives, biens ou services.

Nous pouvons donc, à ce stade du raisonnement, considérer que sont gratuits les actes juridiques d'organisation de l'échange par lesquels une personne, l'acteur, fournit une prestation objective à une autre, le bénéficiaire, sans que, par ce même acte, ce dernier ne s'engage à fournir de contre-prestation. Sont onéreux les actes juridiques qui prévoient des fournitures de prestations objectives à la charge de chacune des parties.

371. Il est cependant tant d'affiner le critère de distinction entre la gratuité et l'onérosité. En effet, dès lors qu'il est question de l'application de la distinction de la gratuité et de l'onérosité, il est possible de douter, dans certains cas, de la qualification à retenir. Ainsi, il est évident que l'on est en présence d'un acte juridique gratuit lorsqu'aucune rémunération n'est prévue en contrepartie de la prestation fournie. Il est, de la même manière, évident que l'on se trouve en présence d'un acte onéreux lorsque chaque partie fournit à l'autre une prestation équivalente de celle qu'elle reçoit.

⁶¹⁸ Mais ces derniers pourront avoir une influence sur le régime de la gratuité, voir *infra*, 2^{ème} Partie.

Mais comment qualifier l'acte juridique par lequel chacune des parties fournit à l'autre une prestation objective, dès lors que ces dernières ne sont pas équivalentes ?

Étrangement, il semble que la réponse soit différente selon l'objet de la qualification. Nous pourrions ainsi remarquer que, dans la qualification des libéralités, on apprécie la gratuité de façon extensive (Section 1). Au contraire, dès lors que l'on aborde l'étude et la qualification des contrats de service et des contrats commerciaux de fourniture de biens, la gratuité est entendue de façon plus restrictive (Section 2).

SECTION 1 : L'APPRÉCIATION EXTENSIVE DE LA GRATUITÉ DANS LA QUALIFICATION DES LIBÉRALITÉS

372. Pour qualifier un acte de libéralité, il faut nécessairement relever sa gratuité. Ainsi, l'acte par lequel une personne fournit un bien à une autre à titre gratuit sera une libéralité. La qualification en question est d'une importance primordiale, compte tenu de la spécificité du régime juridique des libéralités, et, en particulier, de l'application des règles relatives au rapport et à la réduction. Les intérêts en jeu, et notamment celui de la protection des héritiers, ainsi que celle des créanciers, conduisent naturellement les tribunaux à avoir une vision la moins restrictive possible de la notion de gratuité. Ceci dit, la nécessaire protection de la liberté de disposer impose de ne pas avoir une vision trop extensive non plus de la notion.

C'est donc à la recherche d'une position équilibrée qu'est tenue la jurisprudence en matière de libéralités. Cette dernière aboutit à appréhender la distinction de la gratuité et de l'onérosité en se référant le plus possible aux solutions préconisées par le droit commun des obligations. Ce dernier semble, en effet, rattacher l'onérosité à la commutativité (§1), ce qui permet d'expliquer pourquoi certains actes juridiques sont qualifiés de libéralités malgré l'existence d'une contre-prestation à l'avantage fourni (§2).

§1 : LA COMMUTATIVITÉ, CRITÈRE DE L'ONÉROSITÉ

373. ***Distinction des contrats commutatifs et aléatoires***<> Si le Code civil distingue les contrats gratuits et les contrats onéreux, il connaît également une autre distinction : celle des contrats commutatifs et aléatoires. Or cette dernière, énoncée par l'article 1104 du Code civil, apparaît comme une subdivision interne à la catégorie des contrats onéreux⁶¹⁹. La rédaction de ce dernier texte est très instructive. Elle nous indique que le contrat « *est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire* ».

374. ***Application à l'ensemble des actes juridiques d'organisation de l'échange***<> Si cette distinction est établie à propos des contrats, il est, sans doute, possible, comme pour la distinction des contrats gratuits et onéreux, de l'appliquer à l'ensemble des actes juridiques d'organisation de l'échange. Il est en effet possible d'induire des textes relatifs aux contrats des principes généraux applicables aux actes juridiques⁶²⁰ non contractuels destinés à organiser l'échange. Étant donné que la distinction évoquée semble s'appliquer aux prestations objectives, il n'y a aucune raison de la restreindre aux seuls contrats. Il est donc possible, en particulier, d'appliquer la distinction aux actes juridiques unilatéraux, et, notamment, aux testaments. C'est ainsi que, comme nous avons pu le voir précédemment, le testament avec charge pourra être onéreux lorsque la charge est d'un montant équivalent à celui du bien légué. Il se peut alors qu'il soit commutatif si la valeur de la charge peut être évaluée dès l'acceptation du légataire, ou aléatoire. Ce sera le cas du testament prévoyant le paiement, par le légataire, d'une rente viagère au profit, par exemple, des héritiers, la rente étant d'un montant suffisant pour rendre l'acte juridique aléatoire.

375. ***Point commun aux actes commutatifs et aléatoires : l'existence d'une équivalence***<> Ce qui nous intéresse ici, c'est davantage le point commun à ces deux catégories d'actes juridiques, mis en lumière par le texte, que leurs différences, qui sont

⁶¹⁹ B. PETIT, *J. Cl. civil* art. 1101 à 1108, 1997, n°100.

⁶²⁰ J. CARBONNIER, *Introduction au droit*, PUF, Quadrige, 2004, n°168.

d'ailleurs vraisemblablement à nuancer⁶²¹ : dans les deux cas, il est question d'équivalent. Si, dans les actes aléatoires, « *les parties ignorent si ce qu'elles fournissent vaudra finalement ce qu'elles reçoivent* »⁶²², elles savent que, dans l'ignorance du résultat, ce qu'elles fournissent ou risquent de fournir est équivalent à ce qu'elles reçoivent ou risquent de recevoir : « *au moment où il est conclu le contrat est en principe équilibré compte tenu des risques et des chances de chacun* »⁶²³. La fréquente présence de l'aléa au sein d'actes commutatifs, et l'imparfaite *summa divisio* déduite de la formulation de l'article 1104 du Code civil ont, du reste, amené certains auteurs à contester la distinction entre ces deux types d'actes juridiques, pour estimer que les actes aléatoires sont une sorte d'actes commutatifs⁶²⁴. Le contrat est alors aléatoire « *lorsque l'équivalent est d'une nature particulière et consiste en une chance de gain ou de perte* »⁶²⁵. On mesure alors ce que les actes commutatifs et aléatoires ont de commun. Dans les deux cas, chacune des parties doit fournir à l'autre une prestation qui est équivalente à celle qu'elle reçoit. Ainsi, si l'on prend l'exemple du contrat d'assurance, il ne faut pas croire que l'assureur ne fournit de prestation à l'assuré qu'en cas de sinistre. Au contraire, il lui fournit une prestation objective de garantie⁶²⁶, indépendante de toute obligation⁶²⁷, qui justifiera, si besoin est, le versement d'une indemnisation, ainsi que la qualification onéreuse des actes aléatoires.

376. **Onérosité des actes aléatoires**<>Le caractère onéreux des actes aléatoires est, du reste, largement retenu par la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt en date du 14 décembre 2004⁶²⁸, la Cour suprême avait à connaître d'une demande en rapport d'un bien

⁶²¹ F. GRUA, *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs*, RTD civ. 1983, p. 263.

⁶²² F. GRUA, art. préc.

⁶²³ F. GRUA, art. préc.

⁶²⁴ F. GRUA, art. préc. Voir cependant le maintien de cette distinction dans l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* issu du rapport CATALA, dont l'article 1102-3 énonce :

« *Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.*

Il est aléatoire lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent une chance de gain ou de perte pour chacune ou certaines d'entre elles, d'après un événement incertain.

⁶²⁵ F. GRUA, art. préc.

⁶²⁶ N. KANAYAMA, *De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir »*, Mélanges Christian Mouly, Litec, t. 2, p. 375— G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD Civ. 2001, p. 41.

⁶²⁷ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999, p. 771—M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Économica, 2002.

⁶²⁸ Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, Bull. Civ. I, n° 313, D.2005.2264 note C. Le Gallou.

immobilier acquis par une dame et son mari avec clause d'accroissement. Le mari étant décédé le premier, sa femme devint donc propriétaire du bien en question. Les filles issues d'un mariage antérieur du *de cujus* en demandèrent le rapport à la succession. Elles obtinrent gain de cause devant les juges du fond, à tort selon la Cour de cassation, qui estima que « *l'acquisition d'un bien avec clause d'accroissement constitue un contrat aléatoire et non une libéralité* ». Cette solution, classique au demeurant⁶²⁹, s'explique grâce au mécanisme de la condition, qui permet de faire rétroagir la propriété exclusive du survivant sur le bien au jour de l'acquisition⁶³⁰. Il ne peut donc pas y avoir de donation du bien, dans la mesure où ce dernier est considéré comme n'ayant jamais appartenu au pré-mourant⁶³¹. Malgré tout, il est possible de considérer que le mari, prédécédé, avait donné la moitié des fonds nécessaires à l'acquisition du bien par sa femme, si bien que l'on se trouverait en présence d'une donation dite indirecte, en réalité, d'une donation des fonds. C'est ce qu'avait admis la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans l'affaire qui nous intéresse, et c'est ce raisonnement qui est, à juste titre, cassé par la Première chambre civile de la Cour de cassation. En effet, si seul le survivant des partenaires à un pacte de tontine est réputé en être le propriétaire depuis le jour de son acquisition, chacun des partenaires en finance une partie, et personne ne peut savoir quel sera le dernier survivant. La condition est casuelle au sens de l'article 1169 du Code civil : elle ne dépend que du hasard et nullement du pouvoir des parties au pacte tontinier. Il y a donc bien un aléa qui interdit de voir dans le contrat un contrat gratuit et, plus spécialement, une libéralité.

377. ***L'équivalence, condition de l'onérosité*** <> L'équivalence, critère de la commutativité, présente également dans les actes aléatoires, serait alors, dans les actes civils ayant pour objet la fourniture d'un bien, une condition de l'onérosité⁶³². Reste à

⁶²⁹ Req. 20 janv. 1928, DP 1928, 1, 157 ; Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1959, Bull. civ. I, n° 66 ; D.1960.592, note De la Marnierre ; JCP 1960.II.11823, note P. Voirin. : la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir analysé « *justement la clause litigieuse comme conférant à chaque contractant la chance de devenir seul propriétaire du bien acquis contre le risque correspondant de ne le devenir jamais ; une telle convention constitue non une libéralité mais un contrat aléatoire à titre onéreux* ».

⁶³⁰ Ch. mixte, 27 nov. 1970, D. 1971.81, concl. Lindon ; Defr. 1971, art. 29786, concl. Lindon, note Morin ; JCP 1971.II.16823, note Blin. Voir M. GRIMALDI, *Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, n° 352 : « *Chacun se trouve ainsi, en quelque sorte, propriétaire d'une moitié sous la condition résolutoire de son prédécès et propriétaire de l'autre moitié sous la condition suspensive de sa survie* ».

⁶³¹ Comp., contre la rétroactivité des conditions : G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'étude de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 253, 1997, n°272 et s. — M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles*, Th. Montpellier 1, 2006, n°721 et s.

⁶³² J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955, n° 90 : « [L'article 1104 c.civ.] fait donc intervenir une notion nouvelle d'une primordiale importance, la notion d'équivalence : dans le contrat commutatif comme dans le contrat aléatoire, chaque partie reçoit

savoir ce que l'on entend par la notion d'équivalence⁶³³. Elle suggère, conformément à l'étymologie du terme, une égalité de valeur entre les prestations échangées⁶³⁴. Mais il est deux acceptions possibles de la notion : l'équivalence objective, qui suggère une égalité réelle, objective, des prestations, et l'équivalence subjective, l'égalité de valeur pour les parties entre deux prestations données. Si l'article 1104 du Code civil semble bel et bien renvoyer à la conception subjective de l'équivalence, en se référant à la prestation « *qui est regardée comme l'équivalent* » de celle reçue en retour, l'équivalence objective n'est pas pour autant dénuée d'incidence dans la qualification des actes juridiques. En effet, si l'équivalence subjective suffit à écarter la gratuité, l'équivalence objective permet de conclure à l'onérosité du contrat même en l'absence d'équivalence subjective⁶³⁵. En réalité, pour qu'un acte soit onéreux, il suffit que les prestations échangées soient équivalentes, que ce soit objectivement ou subjectivement. Dès lors que ni l'équivalence objective ni l'équivalence subjective ne sont présentes, l'acte sera gratuit⁶³⁶.

Il est bien évident que la question de l'équivalence ne se pose que dans l'hypothèse où chacune des « parties » au sens large⁶³⁷ fournit une prestation à l'autre. Lorsque le bénéficiaire d'une prestation n'a pas de contre-prestation à fournir, on est en présence d'un acte gratuit. Au moment où l'on aborde la question de la qualification gratuite ou onéreuse des actes déséquilibrés, il est alors intéressant de voir que, pour le Code civil, les actes onéreux doivent être subjectivement équilibrés. Certes, il n'est pas question de se soucier de la garantie de l'équivalence objective, dans la mesure où l'admission de la lésion demeure exceptionnelle, et dans la mesure où l'erreur sur la valeur n'est pas une cause de nullité des contrats. Mais l'absence d'équivalence, subjective et objective, aboutira à la qualification de libéralité. Ainsi le Professeur DUPEYROUX distingue-t-il deux hypothèses : d'une part, celle dans laquelle les prestations échangées sont objectivement de

de l'autre l'équivalent de ce qu'elle lui fournit. L'équivalence entre deux prestations apparaît donc, aux termes mêmes du Code civil, comme un des principes fondamentaux sur lesquels repose le titre onéreux ».

⁶³³ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920.

⁶³⁴ Voir J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.* n°91 : le terme vient du latin *aeque valere*.

⁶³⁵ J.-J. DUPEYROUX, *ibid.*

⁶³⁶ Cf. également, dans ce sens, J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1969, p. 187 : « Les articles 1105 et 1106 du Code civil ne sont guère utilisables pour faire apparaître les signes révélateurs du titre gratuit et du titre onéreux (...) Pour que cette opposition ait un sens, il faut rapprocher l'article 1105 non pas de l'article 1106 mais de l'article 1104 car, en fait, c'est cet article qui nous permet de dégager la caractéristique du titre onéreux ».

⁶³⁷ Il peut s'agir de l'acteur et du bénéficiaire dans le cas d'un acte juridique unilatéral.

même valeur, le contrat est alors onéreux, indépendamment de la volonté des parties ; d'autre part, celle où les parties se fournissent des prestations de valeur objectivement différentes. Dans ce dernier cas, « *le contrat qui réunit deux prestations économiquement inégales est onéreux s'il s'ajoute un élément subjectif particulier, la préférence marquée par chaque partie pour la prestation promise par l'autre : il y a équivalence subjective entre les prestations* »⁶³⁸.

378. **Équivalence subjective et élément moral des libéralités**<>Ainsi, il y aurait une « *intention onéreuse* »⁶³⁹, qui serait un élément constitutif de l'acte à titre onéreux. C'est ainsi qu'une personne soucieuse de liquider ses actifs rapidement avant de partir à l'étranger les vendra à un prix avantageux, tout en étant mue par une intention onéreuse. « *Au contraire, en l'absence de cette équivalence subjective, en l'absence de cette « intention onéreuse » de celui qui consent le sacrifice le plus important selon l'échelle objective, ne vont plus jouer que des considérations objectives* ». Si la prestation dont la valeur est la plus importante consiste en la fourniture d'un bien, on sera en présence d'une donation avec charge : en effet, si cette dernière prévoit une fourniture réciproque de prestations, ces dernières ne sont pas équivalentes objectivement ni subjectivement, si bien que le contrat n'est pas commutatif, et, par conséquent, n'est pas onéreux. La partie qui fournit la prestation la plus importante en valeur n'a alors aucune préférence pour la prestation qu'elle recevra. Elle agit dans une intention libérale, c'est-à-dire, selon les termes très forts employés par le Professeur DUPEYROUX, en « *l'absence d'intention onéreuse* »⁶⁴⁰.

379. **Appréciation extensive de la gratuité**<>On mesure alors bien l'appréciation extensive de la gratuité dans la qualification des libéralités. En effet, l'onérosité suppose, outre l'échange de prestations, une équivalence objective ou subjective des prestations, cette dernière se caractérisant par un élément moral spécifique, « *l'intention onéreuse* », dont l'intention libérale est seulement une manifestation de l'absence. À défaut de l'une de ces deux formes d'équivalence, on se trouve, et ce malgré l'existence de prestations réciproques, en présence d'un acte gratuit. Ce point va nous permettre de comprendre la

⁶³⁸ J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.* n° 157.

⁶³⁹ *ibid.*

⁶⁴⁰ J.-J. DUPEYROUX, *op. et loc. cit.*

gratuité des donations avec charge, que l'on avait pour le moment tenue pour acquise⁶⁴¹, ainsi que la gratuité de certaines ventes déséquilibrées.

380. **Corollaire : l'exigence d'un prix sérieux dans les contrats portant sur les biens**<> On peut, ici, remarquer l'attention particulière portée au caractère sérieux du prix dans les contrats portant sur des biens. En effet, contrairement au service, immatériel, dont la valeur est liée à la compétence de celui qui le fournit, la chose a une valeur intrinsèque, qui préexiste au contrat dont elle fera l'objet. L'exigence d'un prix sérieux, corollaire de l'exigence d'un prix, permettrait même d'« affirmer que le prix doit être en rapport avec la chose »⁶⁴², qu'il doit être équivalent à sa valeur. Du reste, la vente est généralement présentée comme un contrat en principe commutatif⁶⁴³, ce qui justifie l'exigence d'une équivalence au moins subjective entre la chose et le prix. S'il arrive, parfois, qu'elle soit aléatoire, notamment en présence d'une clause stipulant que le prix sera versé sous forme de rente viagère, elle ne saurait être ni commutative ni aléatoire, sous peine de devoir être considérée comme gratuite, et donc d'être requalifiée en donation. Il en ira ainsi lorsque la chose et le prix ne seront équivalents ni objectivement – la valeur du bien n'a aucun rapport avec le prix – ni subjectivement – le vendeur et l'acheteur savent pertinemment que les prestations promises ne sont pas équivalentes.

381. **Prix négatif, Prix symbolique**<> La question qui se pose alors est celle de la gratuité ou de l'onérosité de certaines ventes à prix négatif ou à prix symbolique⁶⁴⁴. Ces dernières sont fréquentes dans les cessions de parts sociales, notamment lorsque le repreneur s'engage à assumer le passif né avant la cession⁶⁴⁵. Ainsi, la reprise du passif servant de véritable et sérieuse contre-prestation au transfert de parts sociales, qui, généralement, ne valent plus grand chose, il apparaît bien que le cédant et le cessionnaire se fournissent tous deux des prestations objectives réciproques, et que ces dernières sont,

⁶⁴¹ Voir *supra*, n°94.

⁶⁴² Th. TAURAN, *La vente à bas prix*, RRJ 1998-3, p. 931.

⁶⁴³ J. GHESTIN, B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n°9 — Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd. refondue, 2005, n°67 — B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF, coll. Thémis Droit Privé, 2^{ème} éd., 2002, n° 24. La vente peut, exceptionnellement, être aléatoire, notamment lorsque le versement du prix se fait au moyen d'une rente viagère.

⁶⁴⁴ T. LAMBERT, *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux*, Rev. Sociétés, 1993, p. 11 et s.

⁶⁴⁵ P. MOUSSERON, *Les conventions relatives à la garantie dans les cessions d'actions*, Th. Montpellier, 2^{ème} éd., 1997, préf. M. Germain.

au moins subjectivement, mais aussi, la plupart du temps en cette matière, objectivement, équivalentes. Ainsi, malgré la stipulation d'un prix symbolique, voire négatif, on se trouve bien en présence d'un contrat onéreux.

382. **Conclusion du paragraphe**<> La distinction des actes commutatifs et aléatoires, interne aux actes onéreux, permet, en droit commun des obligations, d'apprécier strictement l'onérosité. Seuls sont onéreux les actes dans lesquels les prestations objectives échangées sont équivalentes. Dans l'hypothèse où chacune des parties fournit à l'autre une prestation objective, sans qu'il n'y ait d'équivalence objective ou subjective entre ces dernières, on se trouve en présence d'un acte gratuit. Ceci nous permet de comprendre pourquoi certains actes sont qualifiés de donations alors que le donataire fournit une prestation objective au donateur.

§2 : APPLICATION DE L'EXIGENCE DE COMMUTATIVITÉ DANS LA QUALIFICATION DES ACTES JURIDIQUES ONÉREUX

383. L'absence d'équivalence objective ajoutée à l'absence d'équivalence subjective vont donc se combiner lorsqu'une personne fournira une prestation à une autre, moyennant une contre-prestation dont elle sait très bien qu'elle n'est pas équivalente à celle qu'elle fournit. Dans ce cas-là, lorsque la prestation fournie est un bien, l'acte sera gratuit et qualifié de donation. Ceci nous permet d'expliquer la gratuité des donations avec charge (A) et la requalification en donation de ventes déséquilibrées (B).

A. La gratuité des libéralités avec charge

384. **La charge dans l'intérêt du disposant ou dans l'intérêt d'un tiers, prestation objective**<>La charge « est une obligation que la libéralité fait naître sur la tête du gratifié, donataire ou légataire »⁶⁴⁶. Cette obligation, qui peut être stipulée dans l'intérêt du disposant, d'un tiers, ou du gratifié lui-même, conduit, dans les deux premiers cas tout au moins, le bénéficiaire de la libéralité à fournir une prestation en contre-partie du

⁶⁴⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1192.

bien qu'il reçoit. Se pose alors inévitablement la question de la gratuité de la libéralité avec charge. En effet, la libéralité avec charge est un acte juridique par lequel un gratifiant fournit une prestation à un gratifié, la fourniture d'un bien, en contre-partie d'une prestation fournie par le bénéficiaire. Or nous avons vu que la gratuité s'entendait en principe de la fourniture unilatérale de prestation objective, l'échange de prestations objectives correspondant à l'onérosité.

385. ***Libéralités avec charge et commutativité***<>L'identification de l'onérosité par référence à la commutativité, c'est à dire à l'équivalence objective ou subjective des prestations, nous permet de comprendre pourquoi et dans quelle mesure les libéralités avec charge sont gratuites. En effet, l'auteur d'une libéralité avec charge entend bien, en principe, fournir un avantage au gratifié. Dès lors que la valeur du bien donné ou légué sera plus importante que celle de la charge, il y aura bien gratuité. En effet, dans ce cas-là, il n'y a pas d'équivalence objective, ni même d'équivalence subjective, le recours à la libéralité témoignant de l'intention libérale du disposant : ce dernier ne considère pas les deux prestations comme équivalentes, il n'agit donc pas dans une « *intention onéreuse* »⁶⁴⁷ mais dans une intention libérale. On se trouve donc bien en présence d'un acte non onéreux, donc d'un acte juridique gratuit. Si l'appréhension globale de l'acte nous permet de mesurer sa gratuité, du fait de l'absence d'équivalence objective et subjective des prestations, l'enrichissement du gratifié se mesure en déduisant le montant de la charge de la valeur du bien objet de la libéralité. Le droit civil en tire les conséquences. C'est ainsi que le rapport ne sera dû que pour l'« *émolument net* »⁶⁴⁸, à savoir après déduction de la charge de la valeur du bien⁶⁴⁹. Il en ira de même pour le calcul de la réduction⁶⁵⁰. En revanche, le droit fiscal a une approche unitaire de la libéralité avec charge, et la charge n'est pas déduite pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit⁶⁵¹.

À l'inverse, si la valeur de la charge absorbe totalement celle du bien donné ou lui est supérieure, on retrouve une équivalence objective entre les prestations qui interdira de

⁶⁴⁷ J.-J. DUPEYROUX, *op. et loc. cit.*

⁶⁴⁸ H., L., et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Successions – Libéralités*, 5^{ème} éd. par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, 1999, n° 1646.

⁶⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1981, JCP 1981.IV.360 ; Civ. 1^{ère} 23 mars 1994, D. 1995, somm. 333, obs. Vareille.

⁶⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, préc.

⁶⁵¹ Art. 758 et 761 C.G.I.

qualifier l'acte de gratuit. On sera alors en présence d'un acte onéreux, qui ne sera pas soumis au rapport ni à la réduction ni aux droits de mutation à titre gratuit⁶⁵².

386. ***Charge dans l'intérêt du gratifiant*** <> Ces principes sont d'application aisée lorsque la charge est stipulée au profit du gratifiant, par hypothèse dans le cadre d'une donation. On se trouve alors en présence d'une prestation fournie par le donateur au donataire (la fourniture du bien) et d'une contre-prestation due par le donataire au donateur (la charge, qui consiste alors souvent en la fourniture d'une rente viagère⁶⁵³). Dès lors que la charge est d'une valeur inférieure à celle du bien donné, on est bien en présence d'un acte à titre gratuit, faute d'équivalence subjective ou objective.

387. ***Charge au profit d'un tiers*** <> Il en va de même, quoique cela soit un peu plus compliqué, lorsque la charge est stipulée au profit d'un tiers. On se trouve alors en présence d'un disposant qui donne ou lègue un bien à un gratifié qui devra ensuite accomplir une prestation au profit d'une troisième personne. Dans ce cas là, le rapport entre le disposant et le gratifié sera gratuit si la valeur de la charge est, de la même manière, inférieure à celle du bien ; il sera onéreux dans le cas contraire. Le rapport entre le disposant et le bénéficiaire de la charge ne sera pas non plus forcément gratuit, selon que la charge consiste en le paiement d'une dette préexistante⁶⁵⁴ ou en la fourniture d'un avantage réel. Dans ce dernier cas, il se peut que par un seul acte, le disposant gratifie à la fois le bénéficiaire de la libéralité et celui de la charge⁶⁵⁵. Ainsi, il convient, pour qualifier la donation avec charge, de se placer dans un rapport bilatéral. Trois rapports naissent de ce type de donation. Dans le rapport disposant-bénéficiaire de la charge, la qualification de donation se fera normalement, par la combinaison de l'élément matériel et de l'élément moral des libéralités. Dans le rapport disposant-grevé, il y aura gratuité si le bien donné est d'une valeur supérieure à la charge (auquel cas on pourra avoir une double donation), il y aura onérosité dans le cas contraire. Enfin, le rapport du grevé et du bénéficiaire de la charge ne pourra être soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité : en effet, si le grevé fournit un avantage au bénéficiaire de la charge, c'est en exécution d'une obligation,

⁶⁵² Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006, n° 363.

⁶⁵³ Cette dernière doit alors être d'un montant inférieur aux revenus produits par le bien, à défaut de quoi on se trouverait en présence d'un contrat aléatoire, onéreux.

⁶⁵⁴ Si la dette est issue d'un contrat onéreux, alors on se trouve en présence d'un simple paiement, exclu de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.

⁶⁵⁵ M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1198.

la charge, et nous avons vu que les actes d'exécution devaient être soustraits de la distinction du gratuit et de l'onéreux.

388. **Charge dans l'intérêt du gratifié**<> Différente est la question de la charge dans l'intérêt du gratifié lui-même. La charge consiste alors en l'affectation de la chose donnée à un usage particulier, en sa destination⁶⁵⁶ à un usage dans l'intérêt même du gratifié. Dans ce cas-là, sa gratuité est évidente, et vaut alors pour le tout. Ainsi, un parent qui donnerait à son enfant une somme d'argent destinée à l'acquisition d'une automobile lui fournirait un avantage correspondant au total de la somme donnée. Il n'est alors pas question, naturellement, de déduire la charge du montant donné pour le calcul du rapport et de la réduction. En réalité, il y a seulement affectation du bien donné, obligation pour le donataire d'utiliser le bien à la seule fin décidée par le donateur, mais ce dernier ne fournit pas, à proprement parler une contre-prestation au donateur. On se retrouve alors dans une hypothèse type de gratuité, à savoir la fourniture d'une prestation sans contre-prestation.

B. La gratuité de ventes déséquilibrées

389. **Déséquilibre, absence d'équivalence**<>De la même manière, les ventes déséquilibrées sont souvent requalifiées en donations, lorsque le déséquilibre est recherché par les parties. Le déséquilibre marque l'absence d'équivalence objective entre la valeur de la chose et le prix ; l'intention libérale marque l'absence d'équivalence subjective entre les deux prestations. La gratuité de l'opération ne fait alors aucun doute, ce qui justifie la requalification par la jurisprudence en libéralité. Reste que la donation doit encore, selon la solution traditionnelle⁶⁵⁷, être notariée, conformément à l'article 931 du Code civil⁶⁵⁸ ou bien faire l'objet d'un formalisme de substitution⁶⁵⁹. Au regard de cette exigence, deux situations doivent être distinguées : celle où le prix est insuffisant, ou, au contraire,

⁶⁵⁶ R. BOFFA, *La destination de la chose*, Th. Montpellier, 2004, n°386 et s.

⁶⁵⁷ Voir pour une critique, v. *supra*, n°351 et s.

⁶⁵⁸ Voir sur ce texte X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil*, RTD Civ. 1997, p. 25.

⁶⁵⁹ J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 209, 1989.

excessif par rapport à la valeur de la chose (1), et celle où le prix n'est pas sérieux, mais vil ou symbolique (2).

1. Libéralité et vente à prix lésionnaire ou à prix exorbitant

390. **Vente à prix lésionnaire**<>Une vente à prix lésionnaire est une vente à bas prix⁶⁶⁰, une vente dans laquelle le prix est objectivement inférieur à la valeur de la chose. Dès lors que ce prix, quoique lésionnaire, est sérieux, il n'y a pas lieu à annulation de la vente, excepté en matière immobilière, dès lors que le vendeur aura été lésé des sept douzièmes⁶⁶¹. Par ailleurs, excepté dans l'hypothèse de la revente à perte ou de celle de la vente à prix abusivement bas, la vente à prix lésionnaire n'est pas sanctionnée. Elle est, au contraire, parfaitement valable.

Cependant, si le « vendeur » a cherché à avantager l'« acheteur », il sera possible de requalifier la vente en donation. En effet, dès lors que la valeur du bien cédé est supérieure au prix versé, il y a bien enrichissement de l'« acheteur » et appauvrissement corrélatif du « vendeur » ; ce dernier ayant agi dans l'intention d'enrichir son cocontractant. On retrouve alors l'élément matériel et l'élément moral des libéralités. Surtout, on ne retrouve ni l'équivalence objective ni l'équivalence subjective qui permettent de déceler un contrat commutatif, ni aucun aléa, si bien qu'on ne saurait qualifier le contrat d'onéreux. La jurisprudence abonde d'ailleurs très largement en ce sens, la Cour de cassation ayant, par exemple, approuvé des juges du fond d'avoir estimé « *qu'une vente constituait une donation indirecte, la modicité du prix trouvant sa cause dans l'intention libérale elle-même* »⁶⁶².

391. **Vente à prix exorbitant**<>Il en va de même lorsque, *a contrario*, une vente est réalisée moyennant un prix très nettement supérieur à la valeur du bien cédé, dès lors que les parties ont conscience de ce déséquilibre. Dans ce cas, l'« acheteur » s'appauvrit bien au bénéfice du « vendeur », résultat recherché de l'opération. Les deux éléments

⁶⁶⁰ Th. TAURAN, *La vente à bas prix*, RRJ 1998-3, p. 931.

⁶⁶¹ Ainsi que dans d'autres cas marginaux d'admission de la lésion.

⁶⁶² Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1969, *Bull. civ. I*, n°8.

constitutifs des libéralités sont alors réunis ce qui permettra de requalifier l'acte en donation.

392. ***Problème du formalisme de telles donations au regard de la théorie classique du formalisme de substitution***<> Reste, selon les théories classiques, à valider l'acte en tant que donation. En effet, le principe demeure celui de l'article 931 du Code civil, à savoir celui de la solennité des donations. Au formalisme de l'acte notarié imposé par ce texte, on admet que puissent être substitués d'autres formalismes. Comment faudrait-il alors analyser une telle « vente » ?

Une première possibilité serait de voir dans de tels contrats onéreux déséquilibrés des donations déguisées. Le déguisement en acte onéreux constitue, on le sait, un formalisme de substitution à celui de l'article 931. On serait alors en présence d'une donation déguisée en vente. Une telle qualification a pu parfois être admise par la jurisprudence⁶⁶³. Cependant, elle n'est pertinente que si le prix stipulé, était-il faible, n'avait pas vocation à être payé⁶⁶⁴. Dans l'autre hypothèse, celle où le prix indiqué est réellement payé, il paraît difficile de qualifier l'acte de donation déguisée, faute, précisément, de mensonge. Pourtant, on est bien en présence d'une donation.

On pourrait alors, à juste titre, considérer que l'on est en présence d'une donation avec charge, mais cette qualification ne permet pas de valider l'acte sur le plan des conditions de forme. D'où la proposition de nombre d'auteurs de qualifier un tel acte de donation indirecte⁶⁶⁵. Reste à savoir comment justifier une telle proposition. Nous avons vu que le recours à l'acte neutre n'était pas pertinent pour déceler une donation indirecte⁶⁶⁶, et que, au contraire, semblait bien plus pertinent le critère proposé par le Professeur LIBCHABER tenant à opposer la donation indirecte à la donation directe, et à y voir la donation non-translative de propriété⁶⁶⁷. Face à une vente, on est bien en peine de nier tout transfert de propriété, et le Professeur LIBCHABER admet l'incertitude qui enveloppe les contrats

⁶⁶³ Req. 20 juill. 1893, DP 1893, 1, 598 ; Soc. 21 juill. 1953, Bull. Civ. IV, n° 610 ; Civ. 1^{ère}, 12 oct. 1964, Bull. Civ. 1, n° 438 ; RTD Civ. 1965, p. 386, obs. crit. R. Savatier.

⁶⁶⁴ En ce sens, J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, n° 205.

⁶⁶⁵ A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Th. Dijon, 1946, p. 185 ; J.-F. MONTREDON, *op. cit.* n° 205.

⁶⁶⁶ Voir *supra*, n°345 et s.

⁶⁶⁷ R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409.

onéreux déséquilibrés⁶⁶⁸. Malgré tout, la vente déséquilibrée peut être analysée, lorsque le prix est faible, comme une vente avec remise partielle de dette, ce qui justifie le recours à la donation indirecte⁶⁶⁹. De la même manière, lorsque le prix est trop élevé, on peut voir dans l'acte une vente avec reconnaissance artificielle de dette, il s'agira alors également d'une donation indirecte. Le formalisme de l'article 931 du Code civil ayant pour principale fonction d'assurer l'irrévocabilité et l'actualité des donations⁶⁷⁰, il est possible d'y admettre une dérogation ici, dans la mesure où la vente en question sera irrévocable, sauf inexécution des charges, c'est-à-dire absence de versement du prix dans le premier cas, de délivrance de la chose dans le deuxième.

393. ***Proposition : qualification de donation consensuelle directe avec charge***<>Au contraire, si l'on admet, comme cela nous paraît plus raisonnable, que l'article 931 du Code civil doit être considéré comme supplétif⁶⁷¹, et si l'on admet, parallèlement, que le critère de la donation indirecte réside dans l'absence de transfert de propriété⁶⁷², on pourra voir dans la vente à prix lésionnaire une donation consensuelle directe avec charge. Le prix ayant vocation à être payé, il serait fallacieux de requalifier la vente apparente en donation déguisée ; tandis que la qualification de donation avec charge présenterait, quant à elle, l'intérêt de permettre la révocation en cas d'inexécution des charges. De son côté, la qualification de donation indirecte serait impossible, la donation étant translatrice de propriété. Par ailleurs, la qualification de donation avec charge permet

⁶⁶⁸ R. LIBCHABER, *art. préc.*, n° 17.

⁶⁶⁹ Il reste alors une question à trancher, et qui, visiblement ne l'est pas : faut-il considérer, à propos de la vente à prix réduit, qu'il y a donation de la valeur de la chose déduction faite du prix (au fond, seule la remise de dette compterait, donc le nominal), ou qu'il y a donation d'une fraction du bien (ce qui permettrait d'adopter, pour le rapport et la réduction, le système de la dette de valeur) ? Sur cette interrogation, cf. J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, n° 205, note 337. Selon ce dernier, il faudrait considérer qu'il y a donation d'une partie du bien, ce qui justifierait, en cas de révocation de la donation, une copropriété entre le vendeur et l'acheteur. Cette solution, peu praticable, est incompatible avec le système proposé par le Professeur LIBCHABER. Il faudrait alors raisonner de la façon suivante : la vente à prix réduit constitue une donation, qui, pour être valable, doit, à défaut d'acte notarié, rentrer dans l'un des types de donation pour lesquels il y a un formalisme de substitution. Ce ne peut être le déguisement, faute mensonge, ni la tradition, caractéristique du don manuel, car une telle donation peut très bien avoir pour objet un immeuble. Reste alors le seul cadre de la donation indirecte. Or celle-ci, surtout en matière de vente déséquilibrée, ne peut reposer sur la notion d'acte neutre. Mieux vaut alors la redéfinir, comme le propose le Pr. LIBCHABER, comme la donation non-translatrice de propriété. L'analyse en donation partielle du bien passe par le transfert de propriété. L'analyse de la vente en question comme une vente assortie d'une remise partielle de dette est donc préférable, la libéralité se situant dans cette dernière. Dès lors, en cas de révocation de la donation, seule la différence du prix devrait être restituée.

⁶⁷⁰ X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil*, RTD Civ. 1997, p. 25.

⁶⁷¹ Voir *supra*, n°358 et s.

⁶⁷² Voir *supra*, n°365 et s. — R. LIBCHABER, *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000.37273.

de considérer que la donation porte sur le bien entier. Point n'est alors besoin de recourir à l'idée de donation d'une partie du bien ou d'une remise partielle de dette dans l'hypothèse de la vente à prix lésionnaire. Ainsi, en cas de révocation, le bien sera entièrement restitué au donateur, ce qui évitera une co-propriété pour le moins difficile à vivre pour les parties après la révocation. Si le prix a été payé en partie, il devra, logiquement, être restitué à l'« acheteur-donataire » en cas de révocation pour inexécution des charges⁶⁷³. S'il l'a été en partie ou complètement, il devra, logiquement, en être de même en cas de révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfants⁶⁷⁴.

S'agissant de la vente à prix excessif par laquelle l'acheteur consent une donation au vendeur, il faudra également y voir une donation valable du seul fait du consentement des parties. Elle présentera également le caractère de donation directe avec charge. La délivrance du bien constituera alors la charge, et, en cas de révocation, le bien devra être restitué au donataire, en contrepartie de la restitution du prix, objet de la donation, au donateur.

2. Libéralité et vente à prix vil ou symbolique

394. **Conversion par réduction**<> Parmi les nombreuses manifestations que peut prendre le bas prix, il en est de plusieurs degrés différents⁶⁷⁵. En deçà du prix lésionnaire, on trouve le prix non sérieux, que l'on peut appeler le vil prix. La vente à vil prix est, en principe, nulle, étant entendu que l'exigence en la matière est celle du prix sérieux. C'est ainsi que, sous les quelques réserves près d'admission de la lésion, si le droit civil ne se soucie pas du niveau des prix, fixé librement par les parties, il n'admet pas qu'une vente soit passée pour un prix manifestement inférieur à la valeur du bien cédé, dérisoire. Lorsque la détermination du prix est une condition de validité du contrat, ce qui est le cas pour la vente, la vileté du prix est considérée comme l'inexistence du prix. Souvent, ce vil

⁶⁷³ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1424.

⁶⁷⁴ Les effets de la révocation sont les mêmes quelle qu'en soit la cause, voir M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, n°1436 et 1444.

⁶⁷⁵ Th. TAURAN, *La vente à bas prix*, RRJ 1998, p. 931.

prix prendra la forme d'un prix symbolique⁶⁷⁶ (à un euro). Si un tel prix ne rend pas une vente *ipso facto* illicite, notamment lorsque la vente a pour objet une entreprise en difficulté et que le cessionnaire reprend le passif⁶⁷⁷, il n'empêche que les hypothèses dans lesquelles il ne permettra pas d'annuler la vente seront assez limitées. Cependant, utilisant le procédé de la « *conversion par réduction* »⁶⁷⁸, la jurisprudence décide de valider de tels actes, en les qualifiant de donation, dès lors qu'ils sont accomplis dans une intention libérale. Il est vrai que l'on se trouve alors en présence d'actes répondant à la définition des donations : ils constituent un appauvrissement évident du pseudo-vendeur et un enrichissement corrélatif du bénéficiaire, le tout étant recherché, le disposant agissant dans une intention libérale. Il s'agit là d'une simple application de l'article 12 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile, selon lequel 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* ».

395. **Formalisme au regard de la théorie classique**<> La validité de telles donations pose tout de même problème. En effet, la jurisprudence estime parfois que l'on se trouve alors en présence d'une donation déguisée⁶⁷⁹, et ce même si le prix dérisoire est une cause de nullité de la vente. En effet, la donation déguisée obéit aux règles de forme des actes à titre onéreux et aux règles de fond des actes à titre gratuit. Or la nullité du contrat pour vileté du prix est une règle de fond⁶⁸⁰. Une telle qualification a, à juste titre⁶⁸¹ été décriée. En effet, qui dit donation déguisée dit déguisement, apparence de contrat onéreux. Or cette apparence ne peut exister qu'en présence d'un prix sérieux. Le vil prix étant assimilé à une absence totale de prix, le « voile » onéreux de la donation laisserait à désirer.

⁶⁷⁶ Ch. FREYRIA, *Le prix de vente symbolique*, D. 1997, chr. p. 51— B. GARRIGUES, *La contre-prestation du franc symbolique*, RTD Civ. 1991, p. 459.

⁶⁷⁷ Ch. FREYRIA, chr. préc.

⁶⁷⁸ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, p. 209 et s.

⁶⁷⁹ Civ. 3 déc. 1912, D. 1913, 1, 175.

⁶⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 29 mai 1980, D.1981, p. 273, note Najjar ; Defr. 1980, I, p. 1562, obs. Champenois ; RTD Civ. 1981, p. 422, obs. Patarin. Voir J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, n°210 et s. — B. GARRIGUES, *La contre-prestation du franc symbolique*, préc., p. 466.

⁶⁸¹ B. GARRIGUES, chr. préc., p. 467 : « *L'acte qui laisse transparaître l'intention libérale viole ouvertement les termes de l'article 931 du code civil (...) De fait, la crédibilité du mensonge dépend du prix qui est stipulé : le prix est l'élément déterminant de la qualification formelle de l'acte* ». J.-F. MONTREDON, *op. et loc. cit.*

Faut-il alors se résoudre à annuler ce type de donations pour défaut de respect des formes notariées exigées par l'article 931 ? Les auteurs sont partagés⁶⁸², mais un aspect du problème ne saurait laisser indifférent : celui de la distinction entre le prix simplement lésionnaire, sérieux mais insuffisant qui permet, en présence d'une intention libérale, de conclure à l'existence d'une donation indirecte, et le prix vil, manifestement dérisoire⁶⁸³. À quel moment le prix cesse-t-il d'être dérisoire pour devenir, seulement, insuffisant ? La réponse est évidemment malaisée, et il serait regrettable de sanctionner les parties, qui ont oublié quelques euros pour rendre leur prix sérieux, par la nullité de leur convention. Du reste, la vente à prix insuffisant est considérée comme une donation indirecte, et non, à part dans quelques décisions hasardeuses, comme une donation déguisée. Cette différence d'analyse de la vente à prix insuffisant et de la vente à vil prix ne semble fondée sur aucune raison valable. Les éléments qui nous permettaient, dans le premier cas, de conclure à l'existence d'une donation indirecte se retrouvent, bien évidemment, dans l'hypothèse de la vente à vil prix. Certes, on pourrait objecter que, à défaut d'intention libérale de la part du vendeur, il y a bien une différence de régime entre ces deux types de prix, puisque dans un cas, la vente sera valable et pas dans l'autre. Mais il s'agit, dans l'hypothèse du prix dérisoire, de protéger le vendeur qui a manifestement été abusé par l'acheteur, l'annulation de la vente à vil prix apparaissant alors comme une limite à l'indifférence du Code civil pour le niveau des prix. Dès lors que le « vendeur » est animé d'une intention libérale, il n'est plus question de le protéger, et la distinction entre le prix insuffisant et le vil prix n'a plus lieu d'être. Personne n'a alors intérêt à l'annulation de la convention, qui ne nuit pas plus à l'ordre public qu'aux parties.

396. ***Abandon du formalisme. Validité de la donation consensuelle assortie d'une charge symbolique*** < > Le malaise provoqué en doctrine par l'admission de la validité des donations consenties sous forme de vente à vil prix témoigne à elle seule des limites de la théorie du formalisme de substitution. Il est vrai que cette dernière n'avait peut-être pas vocation à valider toutes les formes de donations non solennelles admises aujourd'hui par la jurisprudence. Rejetant cette théorie pour admettre la validité de la donation consensuelle, nous constaterons que la vente à vil prix est nulle lorsque les parties ont voulu procéder à une vente, elle est valable lorsque les parties ont voulu procéder à une

⁶⁸² Pour la nullité : B. GARRIGUES, chr. préc. Contre la nullité : J.-F. MONTREDON, *op. et loc. cit.*

⁶⁸³ Voir, sur la question plus générale de la petite quantité, J. CARBONNIER, *Vers le degré zéro du droit : De peu, de tout et de rien*, Flexible Droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 84.

donation. En effet, si l'on peut risquer une lapalissade, la donation n'exige pas, pour sa validité, qu'un prix soit stipulé et déterminé. Dès lors, une donation consentie moyennant une charge symbolique n'a aucune raison d'être annulée.

397. **Conclusion du paragraphe**<>Aussi, si les deux hypothèses que nous venons d'étudier sont traitées différemment par la jurisprudence, nous ne pouvons que plaider pour une unification des solutions. Dès lors qu'une vente est conclue à un prix inférieur à la valeur du bien, que le vendeur est animé d'une intention libérale, et que, par ailleurs, le prix, quel qu'il soit, a vocation à être payé, on se trouve en présence d'une donation consensuelle, directe, avec charge.

398. **Conclusion de la section**<>L'intention libérale, qui apparaît, en réalité, comme l'absence d'intention de se fournir des prestations équivalentes, permet, et c'est là son vrai rôle, de qualifier de gratuites des situations apparemment onéreuses parce que laissant apparaître un échange de prestations objectives. La gratuité est donc bien entendue largement lorsqu'il est question de qualification des libéralités. En effet, la gratuité est possible même en présence d'une contre-prestation, dès lors que cette dernière n'est pas équivalente, objectivement ou subjectivement, à la prestation fournie par le gratifiant. Ceci permet d'expliquer la gratuité des libéralités avec charge et des ventes à prix lésionnaire ou vil. Au contraire, dès lors que l'acte analysé n'est pas susceptible d'être qualifié de libéralité, la gratuité est appréciée de façon plus restrictive.

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION RESTRICTIVE DE LA GRATUITÉ DANS LA QUALIFICATION DES CONTRATS DE SERVICE ET DES ACTES COMMERCIAUX DE FOURNITURE DE BIENS

399. Contrairement aux solutions retenues en matière de libéralités, la gratuité est entendue plus strictement dès lors que l'acte soumis à la qualification est un contrat de service ou un acte commercial organisant une fourniture de bien. Cette position, constatée dans la jurisprudence (Sous-Section 1), tient au fait que ces actes ne sauraient être qualifiés de libéralités, et à une appréciation différente de la commutativité. Elle est donc parfaitement justifiée (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : LE CONSTAT DE L'APPRÉCIATION STRICTE DE LA GRATUITÉ DANS LES CONTRATS DE SERVICE ET LES ACTES COMMERCIAUX DE FOURNITURE DE BIENS

400. Dans la distinction de la gratuité et de l'onérosité, la gratuité est entendue strictement dans les contrats de service (§1) et dans les actes commerciaux de fourniture de biens (§2).

§1 : LA GRATUITÉ ENTENDUE STRICTEMENT DANS LES CONTRATS DE SERVICE

401. **Notion de contrat de service**<>Les contrats spéciaux nommés peuvent être divisés en deux grandes catégories. Étudiant la distinction de la gratuité et de l'onérosité, nous distinguons les contrats en fonction de leur prestation caractéristique. Ainsi, nous pouvons retenir qu'il existe deux types de prestations objectives pouvant caractériser les différents contrats spéciaux nommés : les prestations de fourniture d'un bien, par lesquelles une personne permet à une autre de devenir propriétaire d'une chose ou d'un droit. L'exemple type est alors le contrat de vente, dont la prestation caractéristique est le transfert de propriété. L'autre catégorie de prestation pouvant être fournie et pouvant caractériser certains contrats nommés est la prestation de service, qui peut consister en une mise à disposition ou en l'accomplissement d'un travail. Cette distinction n'est pas sans incidence, puisque les contrats relevant de la première catégorie sont qualifiés de libéralités lorsqu'ils interviennent à titre gratuit, alors que les contrats de service ne pourront jamais être qualifiés de libéralités.

402. Les contrats de service ne sont considérés comme gratuits qu'en l'absence totale de prix. L'existence d'une rémunération, fût-elle modique et sans aucun rapport avec

la valeur du service fourni, suffira à déceler l'onérosité⁶⁸⁴. Il en va ainsi dans les deux catégories de contrats de service que nous proposons de distinguer : ceux dont la prestation caractéristique consiste en une mise à disposition (A), et ceux où elle réside dans l'exécution d'un travail, que nous désignerons sous l'appellation de « *contrats d'entreprise* » au sens large (B).

A. L'appréciation stricte de la gratuité dans les contrats de mise à disposition

403. Les contrats de mise à disposition sont des contrats de service, dont la particularité repose sur la différence de qualification en fonction de leur caractère gratuit (il s'agit alors de prêt à usage) ou onéreux (louage de chose). Pour être valable, le louage de chose requiert, tout comme la vente, la détermination d'un prix sérieux. On pourrait donc s'attendre à ce que la distinction entre le louage de chose et le prêt à usage s'opère de la même manière que la distinction entre la vente et la donation. Relativement à cette dernière distinction, nous avons pu mesurer l'importance de la notion de commutativité, d'équivalence objective ou subjective entre les prestations. Pourtant, la distinction entre le prêt à usage et le louage de chose semble bien obéir à des règles différentes : la ligne de partage entre la gratuité et l'onérosité y est distincte de celle présidant à la distinction des libéralités et des actes onéreux de fourniture de biens, la gratuité étant entendue de façon nettement plus stricte.

Après avoir constaté que la gratuité s'apprécie strictement dans les contrats de mise à disposition (1), nous verrons que cette solution se justifie pleinement en opportunité (2).

⁶⁸⁴ Voir déjà, en ce sens, M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, p. 159 et s. L'auteur justifie cette solution par la définition donnée du contrat de bienfaisance à l'article 1105 du Code civil, par lequel une partie procure à l'autre un avantage purement gratuit, si bien que l'avantage partiellement gratuit serait l'objet d'un contrat de service onéreux. L'auteur s'appuie également sur le fait que le mandat et le dépôt sont onéreux dès lors qu'une rémunération est prévue au contrat, quel que soit son montant.

1. Constat de l'appréciation stricte de la gratuité

404. La question qui se pose ici consiste à savoir comment il faut qualifier un contrat de mise à disposition lorsqu'un loyer est prévu mais qu'il n'est pas équivalent à la valeur de la prestation fournie par le propriétaire de la chose, la mise à disposition. Deux situations sont alors à distinguer : celle dans laquelle le loyer stipulé est vil (a) et celle où le loyer, modique, est néanmoins sérieux (b).

a) le loyer vil

405. **Nullité du bail**<> Le louage de chose requiert, au stade de sa formation, la détermination d'un prix sérieux, sous peine de nullité. Ainsi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle pu annuler le bail du château de la Perrière conclu par une société civile au profit de l'un de ses deux associés pour un loyer de dix francs par an, pour une durée de trente ans, au motif que « *l'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée, impliquant l'existence d'un loyer sérieux, les juges du fond ont pu déduire des circonstances de la cause que le bail consenti par la société à de Montaignac de Pessotte était nul* »⁶⁸⁵. Le bien, acheté en 1963 pour un prix de 115.000 francs ne pouvait pas, sérieusement, être loué 10 francs par an. On se rend alors bien compte que malgré la stipulation d'un loyer, le contrat est nul, précisément parce que le vil prix s'apparente à une absence de prix, cause de nullité du contrat. La même formation a eu, quelques années plus tard, l'occasion d'appliquer à nouveau cette solution, annulant le bail d'un golf de 53 hectares consenti moyennant un loyer de 100 francs par mois, montant jugé « *purement symbolique* »⁶⁸⁶.

406. **Conversion par réduction en commodat**<> Dans une autre affaire, la Cour de cassation a pu approuver les juges du fond d'avoir restitué à un contrat qualifié par les parties de bail sa véritable qualification de prêt à usage. En l'espèce, un terrain de chasse

⁶⁸⁵ Civ. 3^{ème}, 20 décembre 1971, Bull. Civ. III n° 644, p. 460.

⁶⁸⁶ Civ. 3^{ème}, 27 avril 1976, Bull. Civ. III, n°176, p. 137.

avait été donné à bail pour un loyer symbolique de un franc, cette contre-prestation ne constituant pas, au dire de la Cour, un loyer⁶⁸⁷.

407. ***Assimilation du loyer vil à l'absence totale de loyer***<> Dès lors, le bail à vil prix peut être annulé ou converti par réduction en commodat. Cependant, il ne faut pas en conclure que la gratuité s'accompagne, en la matière, de l'existence d'une contre-prestation, dans la mesure où le vil prix est assimilé à l'absence de prix. Envisageons donc l'hypothèse du loyer sérieux mais modique, celle dans laquelle le prix existe.

b) Le loyer modique sérieux

408. ***Persistance de la qualification de louage de chose***<> Il existe peu de solutions relatives à la qualification du bail à loyer modique ou insuffisant. La plupart du temps, cette situation apparaît dans le cadre d'un litige lorsque la modicité du loyer est justifiée par la réalisation prochaine d'une promesse de vente⁶⁸⁸, lorsqu'elle est justifiée par l'état de vétusté du bien⁶⁸⁹ ou lorsqu'elle intervient en contrepartie de la réalisation de travaux par le locataire⁶⁹⁰.

Cette dernière hypothèse se retrouve dans une décision en date du 15 mai 1973⁶⁹¹ qui concernait la mise à disposition d'un local par Edmonde CHARLES-ROUX à l'Association d'éducation populaire de l'École libre des filles du Pontet. Les parties avaient stipulé un loyer modique, que Mme CHARLES-ROUX avait renoncé à percevoir, le locataire s'engageant à prendre en charge toutes les réparations. Désireuse de résilier le contrat, la bailleuse se prévalait d'un prêt à usage, excipant à la fois de la modicité du loyer et de sa remise. De son côté, l'Association prétendait bénéficier d'un bail commercial ne pouvant prendre fin que dans le respect des dispositions du décret du 30 septembre 1953. L'argument tiré de la remise des loyers ne pouvait, à l'évidence, prospérer, et fut rejeté par la Cour d'appel de Nîmes, approuvée en cela par la Cour de cassation, au motif

⁶⁸⁷ Civ. 3^{ème}, 9 mai 1983, JCP 1983.IV p. 225.

⁶⁸⁸ Civ. 3^{ème}, 28 oct. 2003, 02-14486.

⁶⁸⁹ Civ. 3^{ème}, 12 février 1992, 90-13227.

⁶⁹⁰ Civ. 3^{ème}, 7 décembre 2004, 03-17885.

⁶⁹¹ Civ. 3^{ème}, 15 mai 1973, Bull. Civ. III, n°336.

que « *la remise d'un loyer déjà convenu faite dans une intention libérale, ne modifie pas la nature du contrat liant les parties* ». S'agissant de l'argument tiré de la modicité du loyer, il est également rejeté, au motif que cette dernière « *ne fait pas perdre au bail son caractère propre, alors surtout que le locataire prend la charge de toutes les réparations* ». Les motifs ne sont pas parfaitement clairs, dans le sens où l'on ne sait pas, à la seule lecture de la solution, s'il en aurait été autrement à défaut d'engagement du locataire d'assumer toutes les réparations. On peut tout de même penser que si la Cour de cassation avait voulu déduire l'onérosité du contrat de l'engagement pris par le locataire de réaliser des travaux, elle aurait estimé que la modicité du loyer ne faisait pas perdre au contrat son caractère onéreux **dès lors** que le locataire prenait en charge des travaux. Le fait d'utiliser l'adverbe **surtout** semble indiquer que l'engagement pris par le locataire s'ajoute à l'argument de la modicité du loyer pour conclure au caractère onéreux du contrat. Il semble donc que l'on puisse déduire de l'arrêt que la stipulation d'un loyer modique ne fait pas perdre au contrat sa qualification de bail, ce qui voudrait dire que sauf véritable gratuité (absence totale de prix ou, ce qui revient au même, vil prix), le contrat serait onéreux.

409. ***Application du régime des baux<>*** Cette impression est renforcée par l'étude d'autres arrêts, qui appliquent les différents régimes du bail, même en présence d'un loyer modique. C'est ainsi que, dans un arrêt du 8 octobre 1997, la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁶⁹² a pu estimer que la résiliation du bail commercial pour défaut de paiement d'un loyer modique constituait un motif grave et légitime de refus de l'indemnité d'éviction. Certes, la solution aurait, *a fortiori* été identique si l'on avait qualifié le contrat de prêt du local, dans la mesure où la résiliation du prêt ne donne jamais droit à une indemnité d'éviction au profit de l'emprunteur. Mais ce qui est notable ici, c'est qu'il est fait application du régime des baux commerciaux. La Cour qualifie donc implicitement le contrat de louage de chose malgré la modicité du loyer. Si le contrat avait été qualifié de prêt, il aurait fallu relever une soumission volontaire à certains aspects du régime des baux commerciaux (notamment en matière de terme et d'indemnité d'éviction) pour que ce dernier fût applicable.

⁶⁹² Civ. 3^{ème}, 8 octobre 1997, 96-10688, inédit.

410. **Bail emphytéotique**<> Dans un autre registre, la jurisprudence estime souvent que le loyer dans le bail emphytéotique doit être modique⁶⁹³. Malgré tout, le loyer de l'emphytéose s'apparente plutôt à un prix⁶⁹⁴ forfaitaire, dont la modicité s'explique par le fait que l'entretien de la chose louée est entièrement assumé par l'emphytéote⁶⁹⁵, qui devient, pendant la durée du contrat, propriétaire de la chose, et il n'est pas sûr que l'on puisse en tirer un grand enseignement quant à la question qui nous intéresse : la mise à disposition d'un bien moyennant un prix modique mais sérieux est-elle gratuite ou onéreuse ? Si la question n'a pas été souvent posée, on peut donc remarquer que la jurisprudence semble davantage considérer les baux à loyer modique comme des contrats onéreux.

411. **Explication du maintien de la qualification onéreuse**<> Un argument de poids nous semble devoir être relevé en faveur d'une telle démarche : il manque un outil pour permettre de qualifier les louages déséquilibrés de contrats gratuits. En effet, s'il est possible de requalifier les ventes déséquilibrées en donations, c'est par le truchement de la notion de donation avec charge. Il y a, en effet, une obligation à la charge de « l'acheteur/donataire » qui doit payer le prix. Si l'on admettait la gratuité des baux déséquilibrés, et, par conséquent, leur requalification en prêt à usage, il faudrait alors recourir à une notion qui n'existe pas : celle de prêt avec charge⁶⁹⁶.

On pourrait alors estimer que, faute de commutativité, la qualification gratuite de ces baux déséquilibrés serait la bienvenue. Si la notion de prêt avec charge n'existe pas, on pourrait

⁶⁹³ Civ. 3^{ème}, 3 oct. 1991, Bull. Civ. III, n°222; Civ. 3^{ème}, 7 oct. 1992, Bull. Civ. III, n° 264.

⁶⁹⁴ A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat Droit Privé, 7^{ème} éd., 2006, n°282.

⁶⁹⁵ Civ. 3^{ème}, 7 oct. 1992, préc. note 693 : en l'espèce, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir annulé un bail pour vileté du prix. Le preneur invoquait le caractère emphytéotique du bail pour justifier la modicité du loyer. Son pourvoi est rejeté, au motif que « *ayant retenu, par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, des clauses imprécises de la convention, que celle-ci interdisait au preneur tous travaux de construction, démolition, percement de murs ou cloisons, sans le consentement de la bailleuse, qu'elle mentionnait que le preneur s'engageait à souffrir que la bailleuse fasse exécuter les réparations lui incombant, qui deviendraient nécessaires au bâtiment loué et que les améliorations à apporter restaient à la charge de la bailleuse, la cour d'appel, qui en a exactement déduit que, malgré la longue durée du bail, son loyer modique et la dénomination donnée à l'acte par les parties, le bail ne pouvait être qualifié d'emphytéose conférant par essence un droit réel à l'emphytéote, a, par ces motifs propres et adoptés, légalement justifié sa décision* ».

⁶⁹⁶ Si la jurisprudence qualifie d'occupant à titre gratuit qui a l'usage d'un terrain sans autre charge que le remboursement de l'impôt foncier (V. En ce sens Com. 12 mai 1959, Bull. Civ. III, n°201), c'est en se fondant sur le fait que cette obligation ne constitue pas un prix sérieux. C'est donc sur le fondement de la vileté du prix que la gratuité du contrat est retenue, et non sur celui de son insuffisance, ce qui n'est pas la même chose, puisque la vileté du prix est considérée comme une absence totale de prix.

très bien admettre que la jurisprudence la crée et s'en serve. En réalité, l'intérêt de donner une qualification gratuite dans de telles situations est bien moindre qu'en matière de ventes déséquilibrées, dans la mesure où le régime du prêt, s'il est dérogatoire, n'est tout de même pas aussi spécifique que celui des libéralités.

Mais, précisément, le choix du régime applicable au contrat permet de comprendre que l'on préfère opter pour une qualification onéreuse, même en présence d'un prix insuffisant, et ce pour protéger le bénéficiaire de la mise à disposition.

2. Un choix justifié par des considérations d'opportunité

412. ***Les régimes spéciaux des baux, plus favorables que celui du prêt à usage***<> Si les régimes du prêt à usage et du louage de chose divergent en droit commun, leurs différences apparaissent de façon encore plus évidente lorsque l'on aborde les régimes spéciaux de louage de chose, essentiellement en matière d'immeubles. En effet, le souci de protéger le locataire a justifié l'adoption de statuts dérogatoires au droit commun, que ce soit en matière de bail d'habitation, de bail commercial ou de bail rural.

Présente à tous les stades du contrat, la protection du locataire se manifeste dans toute sa splendeur au moment de sa rupture. Plus particulièrement, le droit du bailleur de mettre fin au contrat est encadré de façon très stricte, et ce de diverses manières, dans chacun de ces statuts dérogatoires. Alors que, sous réserve de l'abus, le bail de droit commun à durée indéterminée est résiliable à tout moment, à condition de respecter un préavis qui est fonction de la périodicité du loyer ; et alors que le bail de droit commun à durée déterminée peut très bien ne pas être reconduit, à condition de ne pas laisser le preneur en possession, le bail d'habitation ne peut être résilié, à l'initiative du bailleur, que dans des cas strictement énumérés par la loi⁶⁹⁷, et seulement en respectant un préavis de six mois avant la date anniversaire du contrat⁶⁹⁸. De la même manière, le locataire commerçant a

⁶⁹⁷ Art. 15, I, L.6 juill. 1989 : le bailleur ne peut résilier le bail, à son terme, que s'il souhaite reprendre ou vendre le logement, ou s'il a un motif légitime et sérieux (inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant).

⁶⁹⁸ Art. 15, I, al. 2, L.6 juill. 1989.

droit au renouvellement de son contrat⁶⁹⁹, sous peine pour le bailleur de devoir payer une indemnité d'éviction⁷⁰⁰. Enfin, le fermier a droit au renouvellement de son contrat, sauf si le bailleur justifie de motifs graves et légitimes lui permettant de s'y opposer (aux termes de l'article L.411-53 du Code rural, peuvent seuls être invoqués à ce titre deux défauts de paiement de fermage ou de la part de produits revenant au bailleur et ayant persisté à l'expiration d'un délai de trois mois après mise en demeure postérieure à l'échéance et les agissements du preneur de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds) ou s'il souhaite exercer son droit de reprise pour exploiter lui-même sa terre⁷⁰¹.

413. *Absence de régime protecteur de l'emprunteur d'immeuble*<> Au contraire, il n'y a pas de régime spécial pour le commodat des immeubles. Ce dernier est donc soumis au droit commun, ce qui implique qu'en cas de prêt à durée déterminée, l'emprunteur n'a aucun droit au renouvellement de son contrat, et, par ailleurs, que l'emprunteur peut très bien demander à lui reprendre la chose avant le terme du contrat en cas de besoin pressant et imprévu⁷⁰². En matière de prêt à durée indéterminée, le bailleur peut mettre un terme au contrat à tout moment. Concrètement, cela signifie que l'emprunteur peut se voir expulser de l'immeuble du jour au lendemain, sous réserve, bien sûr, de l'abus.

414. *Application du droit commun à la résiliation du commodat des immeubles*<> La jurisprudence a eu à connaître de nombreuses affaires relatives à la résiliation de prêts d'immeubles d'habitation⁷⁰³. Alors que l'on pouvait s'attendre à une application du droit commun, et, par conséquent, à l'admission de la résiliation unilatérale du commodat à durée indéterminée, la première chambre civile a, un temps, estimé que l'emprunteur ne pouvait être évincé de la chose tant que son besoin n'avait pas cessé⁷⁰⁴. Fort critiquée, à juste titre, car elle remettait en cause le principe de prohibition des engagements perpétuels, la solution fut très vite amendée, la première chambre civile de la Cour de cassation estimant, deux ans plus tard, qu'à défaut de stipulation d'un terme, il

⁶⁹⁹ Art. L.145-8 et s. c.com.

⁷⁰⁰ Art. L.145-14 et s. c.com.

⁷⁰¹ Art. L.411-46 c.rur.

⁷⁰² Art. 1889 c.civ.

⁷⁰³ Sur l'ensemble de la question, cf. Ph. BIHR, *Le temps de la restitution dans le prêt à usage*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p. 33.

⁷⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996, D. 1997. 145 note Bénabent ; PA 23 janv. 1998, note Poracchia— M.-L. IZORCHE, *Emprunter et retenir ne vaut ?* Contrats, Conc. Consom. 1997, chr. n°8.

appartenait au juge d'en déterminer la durée⁷⁰⁵. Là encore, on voit mal comment justifier une telle solution, qui impartit le juge d'un rôle purement divinatoire, et qui, en pratique, aboutit à l'impossibilité de former un contrat à durée indéterminée, ce qui est contestable⁷⁰⁶.

De son côté, la troisième chambre civile a pu, à son tour, refuser la résiliation du commodat tant que le besoin de l'emprunteur n'avait pas cessé⁷⁰⁷, sauf besoin pressant et imprévu de la chose par le prêteur. Cet arrêt revenait, paradoxalement, à traiter le prêt sans détermination de durée comme un contrat à durée déterminée. En effet, lorsque le commodat est à durée déterminée, le prêteur doit respecter le terme, sauf en cas de besoin pressant et imprévu de la chose. La cessation du besoin de l'emprunteur apparaissait alors comme le terme du contrat.

Finalement, la Cour de cassation est revenue à la stricte application du droit commun dans un arrêt de la première chambre civile du 3 février 2004⁷⁰⁸, estimant que « *lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose à usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable* ». Cette solution a, depuis, été adoptée par la troisième chambre civile⁷⁰⁹, et réitérée par la première⁷¹⁰.

415. ***La qualification onéreuse du contrat, protectrice du bénéficiaire de la mise à disposition de l'immeuble*** <> Ainsi, lorsqu'un immeuble à usage d'habitation est mis à disposition d'une personne pour un prix modique, sans qu'un terme ne soit

⁷⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, Bull. Civ. I, n° 312 ; D. 1999. 414, note Langlade O'Shugrue ; D. Aff. 1998, p. 1994, obs. J.-F. ; JCP 1999.II.10157, note M. Audit ; JCP N 1999, p. 547, note Moizard ; Defr. 1999, p. 802, obs. Bénabent ; Contrats, Conc. Consom. 1999, n° 22, note Leveneur ; RTD Civ. 1999, p. 128, obs. Gautier.

⁷⁰⁶ Alors que le droit du travail considère le contrat à durée déterminée comme un contrat « *atypique* », il y a, de temps à autre, un rejet du contrat à durée indéterminé en droit civil. Cet arrêt en est la preuve, mais on peut retrouver cette attitude dans la loi. L'article L.341-2 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003 de sauvegarde des entreprises, en est un exemple particulièrement saisissant. Ce dernier oblige, en effet, la caution personne physique qui s'engage auprès d'un créancier professionnel à indiquer, sous peine de nullité, quel sera le terme du contrat. L'objectif était d'éviter que la caution ne subisse un engagement perpétuel, ce qui ne peut que laisser pantois, car la caution peut, à tout moment, résilier le contrat à durée indéterminée, conformément au droit commun, si bien que cette disposition, qui avait pour but de protéger la caution, aboutit à une obligation de maintenir la couverture pendant une période déterminée. N'y aurait-il pas, dans cette *chasse au contrat à durée indéterminée*, un signe inquiétant de décadence du droit ?

⁷⁰⁷ Civ. 3^{ème}, 4 mai 2000, D.2001.3154, obs. Mathieu-Izorche.

⁷⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, D. 2004.903, note Noblot ; Contrats Conc. Consom. 2004, n°53, note L. Leveneur

⁷⁰⁹ Civ. 3^{ème}, 19 janv. 2005, Bull. Civ. III, n° 12 ; D. 2005, IR, p. 315.

⁷¹⁰ Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. Civ. I, n° 204 ; D.2005, IR p. 1378.

déterminé, le choix entre la qualification gratuite et la qualification onéreuse aura des conséquences d'une importance capitale. En effet, si l'on voit dans le contrat, faute de commutativité, un prêt, au besoin avec charge⁷¹¹, il faudra admettre que le prêteur pourra, à tout moment, résilier le contrat, en respectant un délai de préavis raisonnable. Le contrat sera, en effet, qualifié de commodat à durée indéterminée.

Au contraire, si on estime que, parce qu'un loyer, quel que soit son montant, est stipulé, il s'agit d'un bail, alors il conviendra d'appliquer le statut impératif des baux d'habitation. Le contrat sera alors nécessairement à durée déterminée, et le bénéficiaire de la mise à disposition aura droit à un maintien de son contrat pendant trois ans et à un renouvellement de son contrat.

Il en va de même à propos des locaux à usage commercial : en présence d'une mise à disposition d'un local à usage commercial, le commerçant aura tout intérêt à ce que son contrat soit considéré comme onéreux, de façon à appliquer le statut impératif des baux commerciaux, ce qui lui donnera droit à un bail de neuf ans, avec un droit au renouvellement.

416. La volonté de protéger le bénéficiaire de la mise à disposition d'une expulsion précoce de locaux à usage d'habitation ou commerciaux notamment permet donc de justifier, en opportunité, le choix qui est fait d'une appréciation stricte de la gratuité en matière de contrats de mise à disposition. À défaut de loyer, le contrat sera qualifié de commodat. En présence d'un loyer modique, mais non vil, il sera qualifié de louage de chose, et ce même si le contrat ne peut pas être considéré comme commutatif sur le fondement de l'article 1104 du Code civil.

De la même manière, les contrats par lesquels on fournit un travail ne sont gratuits qu'en l'absence totale de prix.

⁷¹¹ Voir supra n°411

B. L'appréciation stricte de la gratuité dans les « *contrats d'entreprise* »

417. **Notion de « *contrats d'entreprise* »**<> Nous désignons, sous l'appellation de « *contrats d'entreprise* » (au sens large), les contrats de service par lesquels est fourni un travail, et qui ont pour modèle le louage d'ouvrage, le contrat d'entreprise (au sens strict). Dans cette catégorie des « *contrats d'entreprise* » au sens large, nous rangeons donc le contrat d'entreprise au sens strict, à savoir le louage d'ouvrage, mais aussi les contrats comme le dépôt, le mandat, le contrat de transport et tous les types de contrats, nommés ou innommés, ayant pour prestation caractéristique la fourniture d'un travail, une prestation de *facere*⁷¹².

418. **Indifférence de la gratuité dans la qualification des *contrats d'entreprise* nommés**<> Ces contrats étant des contrats de service, ils ne pourront jamais être qualifiés de libéralités lorsqu'ils seront gratuits. Mais, par ailleurs, il faut remarquer que, au sein de cette catégorie, les qualifications des contrats ne seront pas différentes en présence ou non de la gratuité. Ainsi, si le dépôt et le mandat sont supplétivement gratuits, ou gratuits par nature, ils pourront être onéreux sans que leur qualification n'en soit affectée. De la même manière, on pourra qualifier de contrat d'entreprise des contrats gratuits comme des contrats onéreux.

419. **Influence de la gratuité sur le régime supplétif**<> Dès lors, la question de la qualification de ces contrats en présence d'un prix modique ne se posera pas. Seul se posera le problème de l'influence d'un tel prix sur le régime de ces contrats, lorsque la responsabilité du prestataire bénévole est allégée. C'est le cas en matière de mandat et de dépôt. Le mandataire ou le dépositaire qui reçoivent une rémunération modique doivent-ils être traités comme des prestataires agissant gratuitement ? La question n'a visiblement pas encombré les tribunaux, et la jurisprudence ne nous sera ici d'aucun secours pour déterminer, en matière de « *contrats d'entreprise* » *lato sensu*, si la gratuité s'apprécie de façon stricte ou extensive. Pourtant, les textes sont sans équivoque. En engageant plus rigoureusement la responsabilité du dépositaire lorsque « *il a été stipulé un salaire* », l'article 1928 du Code civil semble nous autoriser à considérer que la gratuité est, en matière de dépôt, la catégorie limitative : il n'y a gratuité qu'à défaut de salaire pour le

⁷¹² Sur les liens entre ces contrats et le contrat d'entreprise, cf. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002.

dépositaire. De façon encore plus certaine, une telle position trouverait un soutien non négligeable dans la rédaction de l'article 1992 du Code civil, relatif au mandat. Ce dernier énonce en effet que « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Ainsi, ce texte n'oppose pas le mandat gratuit au mandat onéreux, mais, plus précisément, le mandat gratuit au mandat salarié. Il permet donc de placer la frontière entre le gratuit et le non gratuit dans la stipulation d'un salaire : dès lors qu'un salaire est stipulé, et ce quel que soit son montant, le mandat n'est plus gratuit. Or, comme nous avons vu que la distinction devait rester binaire, il convient de considérer que, dès lors qu'un salaire est stipulé, le mandat est onéreux, et ce quel que soit son montant.

420. **Gratuité et contrat de travail**<> De la même manière, il a pu être relevé que la gratuité de la prestation de travail s'entendait de l'absence totale de rémunération⁷¹³. En présence d'un salaire modique, le contrat par lequel elle est fournie devra donc être qualifié d'onéreux. Nous verrons plus tard que le travail subordonné gratuit est très strictement circonscrit par la jurisprudence⁷¹⁴.

421. Ainsi, la jurisprudence relative aux contrats de mise à disposition et les textes applicables aux « *contrats d'entreprise* » permettent de considérer qu'en matière de contrats de service, la gratuité doit s'entendre strictement, et ne peut être relevée qu'en l'absence totale de contre-prestation. Il en va de même à propos des actes commerciaux de fourniture de biens.

§2 : LA GRATUITÉ LIMITATIVE DANS LES ACTES COMMERCIAUX DE FOURNITURE DE BIENS

422. La gratuité, telle que nous l'avons définie, est largement présente dans le monde des affaires, dans les matières régies par le droit commercial (A). Dans cette matière, la gratuité est, là encore, appréciée de façon stricte (B).

⁷¹³ C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du service gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n°119 et s.

⁷¹⁴ Voir *infra*, n°569 et s.

A. La gratuité, notion présente en droit commercial

423. ***L'incompatibilité préjugée entre la gratuité et le commerce***<> La présence de la gratuité en droit commercial⁷¹⁵, et, plus largement, en droit des affaires, est contestée. La gratuité n'y existerait pas, « *l'acte gratuit reste(rait) en dehors du droit commercial* »⁷¹⁶ ; il lui serait par essence étranger⁷¹⁷. En effet, les cadeaux faits par les commerçants n'en seraient pas vraiment, leur coût étant, *in fine*, supporté par la clientèle. Par ailleurs, le commerçant ne serait pas mû par une véritable intention libérale, mais, au contraire, intéressé, le cadeau ayant pour but de fidéliser la clientèle. Du reste, la liste des actes de commerce, énoncée par l'article L.110-1 du Code de commerce, ne contient que des actes onéreux. L'acte gratuit ne saurait donc être qualifié d'acte de commerce par nature, tout juste pourrait-on admettre, et encore en faisant subir « *quelques entorses* » à la notion⁷¹⁸, des actes gratuits commerciaux par accessoire.

424. ***Présence de la gratuité en marge de la logique marchande : l'exemple des coopératives de commerçants détaillants***<> Il est vrai que la gratuité véhicule, dans l'imaginaire collectif, des idées de générosité, d'entraide, de solidarité, qui sont par nature étrangères au monde des affaires, « *lac glacé des intérêts égoïstes* »⁷¹⁹. Par conséquent, la présence de la gratuité ne peut qu'y être suspecte, à moins qu'elle n'intervienne dans un cadre particulier, celui de l'organisation de certaines structures sociales échappant à la logique capitaliste. C'est ainsi que la gratuité apparaît dans la gestion des sociétés coopératives de commerçants détaillants⁷²⁰, l'article L.124-6 alinéa 2 du Code de commerce énonçant que « *les fonctions des membres du conseil d'administration ou des membres du conseil de surveillance sont gratuites* ». Ces sociétés coopératives, qui prennent obligatoirement, sur le fondement de l'article L.124-3 du Code de commerce, la

⁷¹⁵ Sur la question en général, voir F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978 –D. BELLAICHE, *La gratuité en droit des affaires*, Th. Paris II, 1999.

⁷¹⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^{ème} éd., 2003, n°56.

⁷¹⁷ H., L., et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2 vol. 1, *Les obligations*, n°104

⁷¹⁸ R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977, p. 193.

⁷¹⁹ Y. GUYON, *ibid.*

⁷²⁰ J.-C. SERNA, *Sociétés coopératives de commerçants détaillants et magasins collectifs de commerçants indépendants*, Rev. Soc. 1972, p. 443 — Y. CHARTIER, *Rep. Soc. v° Coopérative de commerçants détaillants*, 1978 — M. HÉRAIL, *Rep. Soc. v° Coopérative*, 2002.

forme d'une société anonyme à capital variable, sont des « *groupements de commerçants ayant pour but l'amélioration des conditions d'exercice de leur profession par la mise en commun de moyens (enseigne commune, gestion des approvisionnements, livraisons, promotions, regroupement des commerçants dans la même enceinte)* »⁷²¹. Comme toutes les coopératives, ces dernières sont soumises à des règles de fonctionnement spécifiques, comme la gratuité des fonctions de membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Les coopératives se caractérisent en effet par un rejet des modes de gestion capitalistes⁷²². La genèse du secteur coopératif s'est accompagnée « *d'une forte revendication politique contre le capitalisme et le libéralisme* »⁷²³, qui apparaît également dans les coopératives de commerçants, destinées à lutter efficacement contre les grandes enseignes sur un modèle « *a-capitaliste* »⁷²⁴. L'implication des associés doit être telle qu'ils ne sauraient toucher des jetons de présence. En revanche, l'article L.124-6 alinéa 3, issu de l'ordonnance du 25 mars 2004, permet au président du conseil d'administration et aux membres du directoire d'être rémunérés.

425. ***Présence de la gratuité dans des actes anormaux : nullités de la période suspecte***<> La gratuité peut également apparaître comme une anomalie en droit commercial. C'est ainsi que l'article L.632-1, I, 1° du Code de commerce déclare nuls tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété accomplis par un débiteur en procédure collective au cours de la période suspecte. Relativement à ces actes, la suspicion de fraude aux droits des créanciers est même plus forte que pour les autres types d'actes frappés de nullité, puisque l'article L.632-1, II, permet au tribunal d'annuler les actes à titre gratuits accomplis dans les six mois précédant la date de cessation des paiements.

426. ***Présence de la gratuité dans le fonctionnement normal du commerce***<> Mais le terme de gratuité apparaît également dans d'autres domaines qui relèvent directement de l'économie de marché et qui n'appellent pas de suspicion particulière. Pour reprendre un exemple en droit des sociétés, la loi de finances pour 2005 n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 a introduit un régime de distribution d'actions gratuites pour les sociétés

⁷²¹ S. GRANDVUILLEMIN, *Le statut de coopérative de commerçants détaillants : déclin ou renouveau ?* JCP E 2003, 759. Parmi ces dernières, on retrouve des enseignes telles que Krys, Optic 2000, Intersport ou Système U.

⁷²² M. HÉRAIL, fasc. préc., n°1.

⁷²³ *ibid.* n°7.

⁷²⁴ S. GRANDVUILLEMIN, *Le statut de coopérative de commerçants détaillants : déclin ou renouveau ?*, JCP E, 2003, 759.

désireuses de compléter la rémunération de leurs salariés ou mandataires sociaux⁷²⁵. Des actions sont ainsi fournies à des salariés ou à des dirigeants, et ce sans contre-prestation de leur part, ce qui correspond à la définition de la gratuité. Malgré tout, on peut noter que, dans l'hypothèse où le contrat de travail prévoirait que le salarié aurait droit à une attribution d'actions gratuites, on pourrait tout-à fait considérer que les actions sont la contre-prestation du travail fourni par le salarié, ce qui permettrait de réfuter la gratuité de l'opération : contre-prestation de la mise à disposition de la force de travail, la distribution d'actions ne serait en elle-même ni gratuite ni onéreuse, mais interviendrait à *titre onéreux*, c'est-à-dire en exécution d'un contrat onéreux. De la même manière, si les actions étaient fournies moyennant une diminution de salaire, on devrait y voir une dation en paiement, non soumise à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Mais nous avons déjà pu évoquer les dangers de la qualification gratuite ou onéreuse appliquée directement aux prestations et non aux actes juridiques qui les organisent ou les prévoient⁷²⁶.

De la même manière, le prêt à usage, contrat essentiellement gratuit, est souvent utilisé dans les relations d'affaires⁷²⁷, son caractère intéressé n'enlevant rien à sa gratuité. Ainsi, dans un arrêt relatif au lieu de l'exécution de l'obligation de restitution dans le prêt à usage, la Cour de cassation a pu relever que le maître de l'ouvrage avait « *mis gratuitement à disposition de son sous-traitant [...] divers matériels, dont une presse à injecter, un compresseur et un chariot élévateur* »⁷²⁸.

427. **Reconnaissance par le législateur de la gratuité marchande**<> Le législateur, de son côté, reconnaît volontiers la présence de la gratuité dans le monde des affaires. C'est ainsi que la gratuité peut, aux termes de l'article L.122-6, 3° du Code de la propriété intellectuelle, intégrer le marché. Ce texte, relatif au droit d'exploitation de l'auteur d'un logiciel, prévoit que ce dernier comprend le droit d'effectuer et d'autoriser « *la mise sur le marché, à titre onéreux ou gratuit (...) du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé* ».

⁷²⁵ S. PLANTIN, *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stock options*, JCP E 2005, 524. Le grand avantage de ce dispositif repose sur le fait que les actions distribuées ne donnent pas lieu à cotisations sociales. Voir les articles L.225-197-1 et s. c.com.

⁷²⁶ Voir *supra*, n°298 et s.

⁷²⁷ R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977, p. 193.

⁷²⁸ Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2003, Contrats, Concurrence, Consommation, dec. 2003, n° 175.

De la même manière, si la gratuité ne semble pas permettre de déceler des actes de commerce par nature au sens de l'article L.110-1 du code de commerce, c'est-à-dire des actes de commerce classiques, le législateur reconnaît que des actes à titre gratuit puissent constituer des actes de commerce...électronique. C'est ainsi que l'article 14 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance en l'économie numérique, définit le commerce électronique comme « *l'activité par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ». Le texte précise, par ailleurs, qu'« *entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent* »⁷²⁹.

428. ***Rejet de l'incompatibilité entre la gratuité et le commerce*** ◊ En réalité, puisque la gratuité doit s'apprécier uniquement dans le rapport bipolaire acteur/bénéficiaire, et acte juridique par acte juridique, il n'y a rien de surprenant à ce que la gratuité se retrouve en droit commercial. Cette notion ne traduisant pas l'altruisme, elle n'est pas incompatible avec la logique marchande qui commande la recherche de son intérêt. Du reste, cette dernière est une règle de comportement impérative en matière fiscale. Ainsi, si les commerçants peuvent inclure dans leurs charges leurs dépenses publicitaires, ainsi que leurs dépenses de parrainage publicitaire et de mécénat, c'est sous réserve de la théorie de l'acte anormal de gestion⁷³⁰. Il convient alors de remarquer que de nombreuses dépenses gratuites pourront être incluses dans les charges sans que cela soit incompatible avec la recherche des intérêts de l'entreprise.

Par ailleurs, la gratuité s'appréciant du côté du bénéficiaire, et non de celui de l'acteur, elle apparaît même comme une technique naturelle de promotion des ventes⁷³¹.

La gratuité existe donc bel et bien en droit commercial. Elle y est définie de la même manière qu'en droit civil. Ceci dit, en la matière, la distinction entre la gratuité et l'onérosité ne se fait pas de la même manière qu'en matière de libéralités.

⁷²⁹ Nous soulignons.

⁷³⁰ Voir article 39.1, 7° CGI — M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 30^{ème} éd., 2006, n°1339 et s.

⁷³¹ Voir *infra*, n°637 et s.

B. L'appréciation stricte de la gratuité en droit commercial

429. **Principe**<>La gratuité apparaît comme devant être appréciée strictement en droit commercial. Il ne pourra donc y avoir de gratuité qu'en l'absence totale de prix. La présence d'un prix, fût-il minime, aboutit à une qualification onéreuse du contrat. Plusieurs exemples vont nous permettre d'illustrer cette affirmation. La plupart sont tirés du droit de la promotion des ventes, essentiellement concerné par les questions de prix bas et de gratuité, mais d'autres exemples pourront être trouvés, notamment en matière de procédures collectives.

430. **Exemple : la prohibition des ventes avec primes gratuites**<>En matière de promotion des ventes, un bon exemple de la démarche décrite ci-dessus nous est fourni par la prohibition des ventes avec prime. L'article L.121-35 du Code de la consommation énonce : « *Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faites aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation* ». Si la rédaction du texte manque de rigueur d'un point de vue juridique (quelle est la différence entre les biens et les produits ? Pourquoi opposer la vente, qui est un contrat, et la prestation de service ?), elle est parfaitement claire : la vente avec prime gratuite est interdite. Elle est même sanctionnée pénalement, par une contravention de la cinquième classe⁷³².

La question qui se pose alors est de savoir ce qu'il faut entendre par prime gratuite. Plus exactement, l'opération est-elle prohibée lorsque la prime est, certes, payante, mais d'un montant symbolique ? On parle alors de prime autopayante. De telles offres se multiplient, qui proposent, par exemple, un scooter à un euro pour l'achat d'une voiture, ou encore un ordinateur portable à un euro pour l'inscription à un cours privé. Une réponse ministérielle avait déjà pu aller dans le sens de la validité des primes autopayantes⁷³³. La Cour de

⁷³² Art. R.121-13 c.consom.

⁷³³ Rep. min. n°15532, JOAN Q, 16 nov. 1998, p. 6306 : « *Le fait de vendre deux produits, l'un à prix « normal » et l'autre au prix symbolique de 1 F ne constitue pas une vente avec prime illicite, la vente du*

cassation a statué dans le même sens⁷³⁴. Dans un arrêt de la Chambre commerciale du 29 janvier 2002⁷³⁵, la Cour de cassation refuse de sanctionner la prime consistant en la fourniture d'une bande dessinée pour 6 F pour tous les clients faisant leur plein d'essence dans une chaîne de stations services sur le fondement de la vente avec prime. En revanche, la pratique est sanctionnée sur le fondement de la loi Lang du 10 août 1981, interdisant les rabais de plus de 5% sur les livres par rapport au « *prix éditeur* ».

Si la vente avec prime autopayante est licite, c'est en application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. L'article L.121-35 du Code de la consommation étant un texte de nature pénale, il convient d'interpréter strictement l'adjectif « *gratuit* » qualifiant la prime, pour ne le retenir que dans l'hypothèse de la prime fournie pour 0 € de plus.

431. ***Vente à prix abusivement bas, revente à perte***<> Cependant, cette démarche consistant à voir dans la gratuité une catégorie limitative, cantonnée au prix zéro, se retrouve dans d'autres domaines. C'est ainsi que la vente à prix abusivement bas, sanctionnée par l'article L.420-5 du Code de commerce est une vente, donc un contrat onéreux, et ce malgré l'absence évidente d'équivalence, tant sur le plan objectif que subjectif, entre la chose ou la prestation de service⁷³⁶ et le prix. En revanche, l'infraction ne saurait être retenue en présence d'une fourniture gratuite de biens ou de services⁷³⁷. Ainsi, dès lors qu'il y a un prix, on est en présence d'une vente, contrat onéreux par essence. Il n'y a gratuité que s'il n'y a pas de prix. C'est ainsi, également, que la revente à perte, interdite par l'article L.442-2 du Code de commerce ne saurait être retenue en l'absence totale de prix.

432. ***Exemple des nullités de la période suspecte***<> Enfin, un autre exemple nous permet de confirmer l'attitude d'ensemble du droit commercial voyant dans la

produit principal ne donnant pas droit à une prime remise « à titre gratuit », interdite par l'article L.121-35, texte de nature pénale et, par conséquent, d'interprétation stricte ».

⁷³⁴ Y.-M. SERINET, *Ventes ou prestations de service avec prime : d'une prohibition à l'autre*, D.2002, p. 3252.

⁷³⁵ Com. 29 janv. 2002, D. 2002, AJ 885, note E. Chevrier — Y.-M. SERINET, chr. préc.

⁷³⁶ Le texte a, en effet, été appliqué aux prestations de service. Cf. Cons. Conc. 96-PB-01, du 27 nov. 1996, BOCC 8janv. 1997.

⁷³⁷ Riom, 6 juin 1990, D. 1992, somm. 47 obs. Izorche ; Juris-Data 1990-604598. L'inefficacité de ces dispositions n'est qu'un signe parmi d'autres de leur inadéquation totale à l'économie actuelle. Voir *infra*, n°661 et s.

gratuité la catégorie limitative et dans l'onérosité la catégorie résiduelle : celui des nullités de la période suspecte en matière de procédures collectives. En effet, l'article L.632-1, I du Code de commerce, qui prévoit des cas de nullité obligatoires, distingue très clairement deux types d'actes. Il prévoit, tout d'abord, la nullité des « *actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière* », puis celui de « *tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* ». Ainsi, l'article L.632-1, I, 2° vise les contrats « *commutatifs* » déséquilibrés en défaveur du débiteur en procédure. En effet, l'objectif des nullités de la période suspecte est de reconstituer l'actif du débiteur en procédure, l'annulation des actes qui lui sont défavorables sur le plan économique permettant, par le biais des restitutions, le retour de certains biens dans le patrimoine du débiteur. Les nullités de la période suspecte sont énoncées dans l'intérêt commun des créanciers⁷³⁸, mais, également, dans l'intérêt de l'entreprise, la reconstitution du patrimoine du débiteur devant augmenter ses chances de survie. Seuls sont donc concernés par l'article L.632-1, I, 2° les contrats déséquilibrés défavorables au débiteur en procédure, les contrats déséquilibrés en sa faveur étant parfaitement valables.

L'objectif des nullités de la période suspecte étant exclusivement économique, seule compte l'absence d'équivalence objective⁷³⁹. Dès lors qu'un contrat est objectivement déséquilibré en défaveur du débiteur en procédure, il est nul de plein droit. Peu importe alors que les prestations soient équivalentes d'un point de vue subjectif (dans ce cas, le contrat est véritablement commutatif ou déséquilibré) ou non (le contrat n'est alors pas commutatif, et devrait être qualifié de gratuit). En effet, le but de ce texte est de sanctionner, entre autres, des donations déguisées, sans avoir à rapporter la délicate preuve du déguisement⁷⁴⁰. Le terme de « *commutatif* » ne doit donc pas être compris dans le sens qui lui est donné à l'article 1104 du Code civil.

On se rend alors compte de ce que, en matière de nullités de la période suspecte, deux situations sont possibles : soit l'acte ne comporte aucun prix, et sera alors nul sur le

⁷³⁸ Voir en ce sens, à propos des *inopposabilités de la période suspecte* de la loi de 1967, F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, n°200.

⁷³⁹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2 par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n° 3120.

⁷⁴⁰ Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *ibid.*

fondement de l'article L.632-1, I, 1° du Code de commerce (actes à titre gratuit), soit il comportera un prix insuffisant, et l'acte sera nul sur le fondement de l'article L.632-1, I, 2° (contrats commutatifs déséquilibrés). Là encore, l'acte n'est gratuit qu'en l'absence totale de prix, onéreux lorsque le prix est insuffisant. En la matière, la nécessaire approche économique impose de ne pas se poser la question de l'équivalence subjective et d'annuler le contrat dès lors qu'est remarquée une inéquivalence objective. Par ailleurs, les nullités étant d'interprétation stricte, il faudrait considérer que seuls sont annulables sur le fondement de l'article L.632-1, II, les actes strictement gratuits, donc ceux ne stipulant aucun prix⁷⁴¹.

433. **Conclusion de la sous-section 1** <> En matière de contrats de service, comme dans les contrats commerciaux de fourniture de biens, il semble bien que la gratuité s'apprécie strictement et ne soit caractérisée qu'en l'absence totale de contre-prestation. La présence d'une contre-prestation suffit pour que l'onérosité soit retenue, et ce sans que l'on n'ait à se poser la question de l'équivalence subjective ou objective des prestations. Cette attitude semble incompatible avec celle que l'on a retenue dans la qualification des libéralités, et que semble préconiser le droit commun des obligations, notamment à travers l'article 1104 du Code civil. Elle trouve, cependant, une explication parfaitement logique.

SOUS-SECTION 2 : EXPLICATION DE L'APPRÉCIATION STRICTE DE LA GRATUITÉ DANS LES CONTRATS DE SERVICE ET LES ACTES COMMERCIAUX DE FOURNITURE DE BIENS

434. Si la distinction de la gratuité et de l'onérosité ne se fait pas de la même manière en droit des libéralités, d'une part, et en droit des contrats de service et des contrats commerciaux, d'autre part, c'est pour deux raisons : la première tient au fait que la qualification gratuite n'a pas, dans ces matières, le même impact que pour les contrats civils de fourniture de biens (§1), la seconde tient au fait que la commutativité ne peut être appréhendée, dans ces contrats, de la même manière que pour les actes civils de fourniture de biens (§2).

⁷⁴¹ Ce texte permet l'annulation des actes à titre gratuit accomplis dans les six mois précédant la cessation des paiements.

§1 : LA PORTÉE DE LA QUALIFICATION D'ACTE GRATUIT

435. La qualification gratuite des contrats civils de fourniture de biens est importante, dans la mesure où elle permettra de qualifier ces contrats de libéralités, et, par conséquent, d'appliquer un régime juridique largement dérogatoire au droit commun. Il n'en va pas de même en matière de contrats de service (A) et de contrats commerciaux (B).

A. Contrats de service et libéralités

436. Ni les contrats de mise à disposition (1) ni les contrats d'entreprise (2) ne peuvent, lorsqu'ils sont gratuits, aboutir à l'identification d'une libéralité. Pour évidente qu'elle puisse paraître, cette affirmation est pourtant, parfois, malmenée par la jurisprudence, à tort.

1. Contrats de mise à disposition et libéralités

437. ***Distinction libéralités/ contrats de service gratuits : critère économique***<>
Le prêt à usage, contrat par lequel une personne met gratuitement un bien à la disposition d'une autre, est généralement considéré comme un contrat de bienfaisance, un contrat de service gratuit⁷⁴². Or il est admis que les contrats de service gratuits doivent être distingués des libéralités. Deux critères de distinction ont pu ainsi être retenus pour opposer les contrats de bienfaisance et les libéralités. Le premier, économique, repose sur les concepts d'enrichissement et d'appauvrissement : le service gratuit n'appauvrit pas le prestataire, qui peut seulement se prévaloir d'un manque à gagner, distinct de la perte qui caractérise la libéralité, pas plus qu'il n'enrichit le bénéficiaire, qui a seulement évité une dépense. Ceci dit, ce critère « économique »⁷⁴³ semble, précisément, tout sauf économique. La distinction

⁷⁴² M. BOITARD, *op. cit.*, not. p. 185 et s.

⁷⁴³ M. BOITARD, *op. cit.* p. 106 et s.

de l'appauvrissement et du manque à gagner n'est pas vraiment évidente, celle de l'enrichissement et de la dépense évitée est contestable. Travailler sans s'enrichir revient souvent, en réalité, à s'appauvrir. Économiquement, il est vrai d'affirmer que le temps est de l'argent. Par ailleurs, le service portant sur un bien aura souvent pour effet d'en augmenter la valeur, et, par conséquent, d'enrichir son propriétaire. Du reste, les décisions relatives à l'enrichissement sans cause admettent l'action *de in rem verso* lorsque l'appauvri a fourni un service gratuit à l'enrichi.

438. **Critère juridique**<>À ce critère économique douteux a donc été préféré un critère plus juridique : celui du droit réel⁷⁴⁴. Par la libéralité, un droit réel (ou un bien) est conféré au bénéficiaire. Le contrat de service gratuit, au contraire, ne lui octroie qu'un droit personnel⁷⁴⁵. En réalité, ce critère permet de mieux comprendre le précédent, et d'avoir une approche juridique des notions d'appauvrissement et d'enrichissement. Ainsi, le premier consiste en la sortie d'un bien de l'actif du disposant tandis que le second correspond à l'entrée d'un bien à l'actif du gratifié⁷⁴⁶.

439. **Distinction du prêt à usage et des libéralités**<> Dès lors, le prêt à usage, qui ne fait pas sortir le bien du patrimoine du prêteur, et qui, parallèlement, ne le fait pas entrer à l'actif de l'emprunteur, mais qui ne crée que des droits personnels, ne saurait être qualifié de donation⁷⁴⁷. Ce principe, communément admis, a pourtant pu être remis en cause.

440. **Une distinction parfois mal respectée – Donation de fruits**<> Bien établie en principe, la distinction de la donation et du prêt peut connaître des zones de turbulence, notamment à travers la notion de donation de fruits. Ainsi, dans un arrêt du 14 janvier 1997⁷⁴⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné une Cour d'appel

⁷⁴⁴ M. BOITARD, *op. cit.* p. 108. il s'agit là de la conception classique du droit réel, selon laquelle le droit de propriété serait à classer dans cette catégorie. Pour une autre approche de la notion, selon laquelle le droit réel serait le droit sur la chose d'autrui, cf. F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ. 1993, p. 305.

⁷⁴⁵ A. NAQUET, note ss. Civ., 11 mai 1914, S.1920.1.297, cité par M. BOITARD, *op. cit.* p. 110, résumait bien ce critère juridique de la distinction. Pour ce dernier, la donation « suppose la dation d'une chose ou mieux d'un droit réel ou l'engagement d'effectuer cette dation...elle ne se confond pas avec les simples contrats de bienfaisance (mandat, dépôt, prêt à usage, cautionnement) qui, eux, n'impliquent pas mutation d'un droit réel ».

⁷⁴⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1001.

⁷⁴⁷ M. GRIMALDI, *ibid.*

⁷⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, Defr. 1997, art. 36650, p. 1136, note Malaurie ; Dr. et Patrimoine juill.-août 1998, p. 44, obs. Grimaldi ; RTD Civ. 1997, p. 480, obs. Patarin ; D. 1997, p. 607, note Barabé-Bouchard ; JCP 1998.I.133 obs. Le Guidec.

qui avait dispensé une donation de fruits à successibles du rapport. En l'espèce, un père de famille avait permis à certains de ses héritiers d'occuper gratuitement des immeubles lui appartenant, et ce pendant plusieurs années. À son décès, le rapport de ces avantages fut demandé. La Cour d'appel d'Amiens, qui avait eu à connaître de la demande de rapport, estima que la mise à disposition gratuite des appartements constituait une donation de fruits, ce dont elle déduisit la dispense de rapport, estimant que « *Saül Knoll était libre de disposer à son gré de fruits qu'il avait la liberté de percevoir ou de ne pas percevoir* ». La première chambre civile cassa, estimant que l'article 843 du Code civil « *n'opère aucune distinction selon que le défunt a donné un bien ou seulement les fruits de celui-ci* ».

441. **Rapport des fruits**<> La question du rapport de la donation de fruits a été abondamment et ardemment débattue⁷⁴⁹, certains auteurs se fondant, notamment, sur l'article 856 du Code civil, qui dispense du rapport les fruits et revenus produits par la chose donnée avant l'ouverture de la succession. Cependant, la question du rapport des fruits en cas de donation d'une chose frugifère est distincte de celle du rapport de la donation directe de fruits⁷⁵⁰. Certes, le propriétaire d'une chose frugifère est libre de percevoir ou non les fruits, comme l'avait remarqué la Cour d'appel d'Amiens. Mais cette constatation reste, *a priori*, étrangère à celle du rapport, sauf à considérer que le donateur de fruits ne s'appauvrit pas, auquel cas il n'y aurait pas donation. Or une telle position est intenable, la donation des fruits impliquant nécessairement leur perception. L'affirmation de principe de la soumission au rapport de la donation de fruits n'est donc pas critiquable : les fruits donnés étant nécessairement perçus, le donateur s'appauvrit et le donataire s'enrichit. On est donc bel et bien en présence d'une donation soumise au rapport. Peu importe alors que l'objet de la donation consiste en des fruits : la dispense légale de rapport, posée par l'article 856 du Code civil⁷⁵¹, ne vaut que pour les fruits de l'objet de la donation, pas pour l'objet lui-même. La solution a, du reste, été consacrée par le législateur, dans la loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités. Le nouvel article 851 alinéa 2 du Code civil, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2007,

⁷⁴⁹ Voir, pour un rappel, la note de Ph. MALAURIE, préc.— Voir aussi J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, n° 388 et s.

⁷⁵⁰ Voir en ce sens, M. GRIMALDI, obs. préc.

⁷⁵¹ Dans sa version applicable jusqu'au 1^{er} janvier 2007, antérieure à la loi du 23 juin 2006. Le nouvel article 856 énonce la même solution de façon différente : « *Les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession* ».

prévoit, en effet, que le rapport « est également dû en cas de donation de fruits ou de revenus, à moins que la libéralité n'ait été faite expressément hors part successorale ».

442. **La donation de loyers, qualification contestable du prêt de l'immeuble**<> Plus étrange et contestable est la qualification de donation de fruits apportée par la Cour d'appel d'Amiens à la mise à disposition gratuite d'immeubles, qui semble plus proche du prêt à usage que de la donation⁷⁵². Certes, les loyers sont considérés comme des fruits civils. Le propriétaire de la chose qui permet à un tiers de l'utiliser gratuitement se prive donc de ces fruits, et, en contrepartie, dispense le tiers d'avoir à payer des loyers. Dès lors, on pourrait tout à fait estimer que le prêt à usage correspond, et ce de façon générale, à une donation de fruits.

Au-delà de l'erreur de qualification qu'aurait commise la Cour d'appel, en qualifiant l'opération de donation de fruits au lieu de la qualifier de prêt à usage⁷⁵³, il convient donc de s'interroger sur la similitude entre les deux notions. Or il apparaît très vite qu'elles ne peuvent être tenues pour identiques. En effet, nous avons vu que la donation impliquait, du moins lorsqu'elle est directe, un mouvement de valeur patrimonial. Le prêteur, certes, connaît un manque à gagner en ne percevant pas de loyer, et l'emprunteur évite une dépense en étant dispensé d'en payer. Mais, précisément, la situation du prêteur est différente de celle du propriétaire qui, après avoir perçu les fruits de sa chose, en fait donation à un tiers. Ici, les fruits n'ayant pas été perçus, le propriétaire de la chose n'a pas pu les donner.

443. **La contestable notion de fruit civil**<> On touche là à une limite de l'assimilation des loyers à des fruits, et l'on s'en rendra compte en prenant un exemple simple : le propriétaire d'un figuier est propriétaire des figues qui poussent sur son arbre, indépendamment de leur cueillette (qui correspond à la perception des fruits). Un immeuble, de son côté, ne produit pas des fruits indépendamment de la volonté de son propriétaire. Pour qu'il y ait des fruits, c'est à dire, plus précisément ici, des loyers, encore faut-il que la chose ait été donnée à bail. Lorsque ce n'est pas le cas, on ne peut pas dire qu'il y ait renonciation à percevoir des fruits, dans la mesure où ces derniers n'existent tout simplement pas ! Le contraire reviendrait à affirmer qu'il existe une norme

⁷⁵² En ce sens, M. GRIMALDI, obs. préc. — S. ROBINNE, *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé*, Presses Universitaires de Perpignan, coll. Études, 2003, n° 207.

⁷⁵³ M. GRIMALDI, obs. préc.

comportementale, pour ne pas dire juridique, qui ferait qu'en principe, les immeubles ont vocation à être loués, ce que personne ne peut affirmer.

Finalement, l'assimilation des loyers à des fruits a pour effet de nier le service correspondant à la mise à disposition de la chose : le loyer n'est pas produit par la chose, il est la rémunération du service rendu par le bailleur au locataire, de la même manière que les intérêts sont la rémunération du service fourni par le prêteur à l'emprunteur. On ne peut, pour cela, que renvoyer aux propos tenus par le Professeur René SAVATIER⁷⁵⁴, il y a plus de trente-cinq ans, qui remarquait, déjà, l'inadaptation du langage juridique à l'économie de la fin des années soixante, propos encore plus d'actualité en ce début de XXI^{ème} siècle : « *La première phrase de l'article 583 reflète l'âge préhistorique, celui de la simple cueillette : « les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre » (...) Enfin l'article 584 parvient au début de l'âge des contrats (...)* ». Et l'éminent civiliste de regretter l'archaïsme de ce langage : « *le travail n'est pas considéré comme un bien frugifère. Toute richesse nouvelle a sa source dans un bien préexistant* ». Plus largement, on ne peut que constater que la notion de fruits civils nie le rôle de l'homme dans la production de richesses, pour la ramener, encore et toujours, à la terre, conformément à une doctrine économique pour le moins désuète, celle des physiocrates.

Du reste, qui oserait considérer le salaire comme un fruit ? Pourtant, le rattachement du contrat de travail au louage de chose a été parfaitement démontré⁷⁵⁵ : le contrat de travail a pour prestation caractéristique la mise à disposition de la force de travail du salarié au profit de l'employeur, locataire de la force de travail. Si l'on devait considérer la rémunération de la mise à disposition comme un fruit, alors il faudrait admettre que le salaire n'est rien de plus que le fruit de la force de travail, ce qui serait un pas supplémentaire dans la réification de cette dernière. Pourrait-on davantage nier le rôle de l'homme dans la production de richesse ?

La notion de fruits civils semble alors relever d'une approche rudimentaire, simpliste, de l'économie. Elle consiste à lier directement les « choses » et les revenus tirés de leur emploi, en oubliant que, entre les deux, il y a un service fourni par le sujet à son cocontractant.

⁷⁵⁴ R. SAVATIER, *La structure du régime matrimonial légal exprimée en fonction de l'économie moderne, fruits revenus, bénéfices et profit*, D.1969, chr. p. 199.

⁷⁵⁵ Th. REVET, *La force de travail, étude juridique*, préf. F. Zénati, Litec, Bibl. Dr. Entr., 1992.

444. **Inutilité de la qualification de « donation de fruits »**<> Dès lors, la notion même de donation de fruits apparaît comme superflue. Relativement à un immeuble, il sera possible de donner des loyers, on sera alors en présence d'une donation dont il est inutile de préciser qu'elle porte sur des fruits, et ce d'autant plus que la qualification de fruits apportée aux loyers est contestable. Le prêt de l'immeuble, quant à lui, ne peut être qualifié que de prêt à usage et en aucun cas de donation. On ne peut donc que regretter la consécration de cette notion par la loi du 23 juin 2006, l'article 851 alinéa 2 précisant, désormais, que le rapport est également dû en cas de donation de fruits ou de revenus⁷⁵⁶. Le seul cas où il est pertinent de parler de fruits en matière de donation reste, alors, celui de l'article 856, précisément parce qu'il dispense les fruits du rapport en cas de donation d'une chose frugifère. Si les fruits sont dispensés du rapport, c'est, précisément, parce qu'ils ne sont pas produits par la chose, mais par son propriétaire, en l'espèce le donataire.

La mise à disposition gratuite d'une chose ne peut donc être considérée comme une libéralité, s'agissant d'un service. Il en va de même pour les *contrats d'entreprise* gratuits.

2. Contrats d'entreprise et libéralités

445. De la même manière, il est impossible de considérer les *contrats d'entreprise* gratuits comme des libéralités. Rappelons que nous entendons par là les contrats de service ayant pour prestation caractéristique un travail, une prestation de *facere*, et reposant sur le modèle du louage d'ouvrage. Ainsi, le mandat gratuit tout comme le dépôt gratuit ne sauraient être qualifiés de donation, faute d'appauvrissement du prestataire qui ne voit pas un bien sortir de son patrimoine, mais qui manque seulement un gain. Il n'y a pas plus de « *donation de services* »⁷⁵⁷ que de « *vente de services* »⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Il aurait été plus utile de préciser que la donation portant sur des fruits ou des revenus constituait bien une donation, ce qui aurait pu être éventuellement contesté au motif que les fruits et revenus n'étant pas, en principe, économisés (cf. S. ROBINNE, *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé*, Presses Universitaires de Perpignan, coll. Études, 2003), leur « *donation* » n'appauvrirait pas véritablement le disposant (Ph. MALAURIE, *Les successions, Les libéralités*, n°360), étant entendu que les donations modiques doivent être soustraites au rapport.

⁷⁵⁷ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1001. Voir aussi les références chez M. BOITARD, *Les contrats de service gratuit*, Th. Paris, 1941.

⁷⁵⁸ R. SAVATIER, *La vente de services*, D.1971, chr. 223.

L'impossible qualification du contrat de service gratuit en libéralité diminue considérablement l'enjeu de la qualification gratuite, si bien que l'on comprend que cette dernière puisse être envisagée limitativement. Cette démarche se retrouve également en matière d'actes juridiques commerciaux.

B. Actes commerciaux et libéralités

446. ***Le cadeau commercial***<> La question qui se pose ici est celle des cadeaux octroyés par des commerçants dans le cadre de leur activité. Si un commerçant peut donner son fonds de commerce ou des éléments importants de ce dernier, on ne pourra voir là un contrat commercial. En effet, « *l'acte est commercial s'il est accompli dans l'exercice d'une profession commerciale ; il est civil dans le cas contraire* »⁷⁵⁹. Si certains ont pu considérer que les actes gratuits accomplis par le commerçant devaient être considérés comme des actes civils⁷⁶⁰, nous avons vu que des actes de commerce pouvaient très bien être gratuits⁷⁶¹. Ainsi, il convient de préciser que seront commerciaux les contrats gratuits qui sont effectués par le commerçant dans le cadre de son activité commerciale, plus précisément dans l'exercice normal de son activité commerciale. Sera alors commercial l'acte gratuit effectué dans l'intérêt de l'entreprise, tout comme le prévoit le droit fiscal⁷⁶², et sera civil l'acte gratuit effectué dans un intérêt autre.

Seuls nous intéressent ici les actes gratuits commerciaux. Il faut bien remarquer que, pour ces derniers, la qualification de libéralité n'impliquera, en principe, aucune conséquence, ce qui réduit, là encore, l'intérêt de la qualification gratuite. Cela explique pourquoi la gratuité est, en la matière, appréciée strictement, et caractérisée seulement en l'absence totale de prix. Encore convient-il de voir pourquoi la qualification de libéralité est ici superflue.

⁷⁵⁹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 1, LGDJ, 18^{ème} éd. par L. VOGEL, n° 347, 2001.

⁷⁶⁰ L. VOGEL, *op. cit.* n° 350.

⁷⁶¹ Voir aussi en ce sens F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978.

⁷⁶² Cf. Théorie de l'acte anormal de gestion, voir *supra*, n°428.

447. ***La soustraction du cadeau commercial au régime des libéralités***<> L'acte commercial gratuit, et donc le contrat commercial gratuit, est celui qui intervient dans l'exercice normal de l'activité du commerçant. Il sera donc, en principe de faible valeur, au moins au regard du patrimoine de l'entreprise ou de la valeur des biens ou des services qu'elle a l'habitude de fournir. Si le commerçant fournit un bien gratuitement, il conviendra, évidemment, de qualifier l'acte de donation. Pour autant, la qualification n'aura aucun impact, et ce pour deux raisons : parce que l'acte pourra, la plupart du temps, être qualifié de présent d'usage (1), et parce que les actes gratuits effectués par un commerçant personne morale ne pourront être remis en cause lors de la liquidation (2).

1. Le cadeau commercial, présent d'usage

448. ***Double condition du présent d'usage***<> Le cadeau commercial peut très certainement être qualifié de présent d'usage. Il s'agit là des dons qui « *répondent à un usage et sont de modeste importance* »⁷⁶³. Le cadeau commercial réunit ces deux conditions.

449. ***Le cadeau commercial répond à un usage***<> Dès lors que le cadeau commercial est défini comme celui qui correspond à l'intérêt du donateur, soit parce qu'il permet de fidéliser la clientèle, soit parce qu'il permet d'assurer sa publicité, on doit bien admettre qu'il correspond à un usage. En effet, depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, les cadeaux faits par les entreprises aux consommateurs sont, en principe, licites⁷⁶⁴. Les entreprises ayant tout intérêt à fidéliser leur clientèle, on peut très bien admettre que le cadeau commercial répond à cette condition.

450. ***Le cadeau commercial est modique*** <> L'autre condition du présent d'usage est sa modicité. Mais il est important de relever que la modicité s'apprécie eu

⁷⁶³ M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1018.

⁷⁶⁴ Par exception, cependant, certains biens ne peuvent faire l'objet de distributions gratuites. Il en va ainsi, par exemple, des produits du tabac (art. L.3511-3 CSP). Certaines distributions gratuites sont très fortement encadrées, comme celle des médicaments (art. L.5122-10 CSP).

égard aux ressources du donateur⁷⁶⁵. Dès lors, on pourra qualifier de présent d'usage le fait de donner un élément du stock, un actif circulant, et ce quelle que soit sa valeur. C'est ainsi que les donations effectuées dans le cadre de contrats de parrainage publicitaire pourront être qualifiées de présents d'usage. Ainsi, le fait de fournir du matériel gratuitement à un sportif, d'équiper gratuitement une fédération d'un logiciel, voire de donner un bateau pour une régate ou une voiture à un coureur de rallye pourra être qualifié de présent d'usage⁷⁶⁶

Le présent d'usage répond, comme nous l'avons vu, à la définition de la donation, mais il échappe à son régime. En effet, compte tenu de la modicité du cadeau, il n'est nullement besoin de protéger le patrimoine du disposant, ni celui de ses héritiers, et ce d'autant plus que, lorsque l'activité est exercée par une société, le droit des successions n'a pas à s'appliquer.

2. L'absence de rapport et de réduction des actes gratuits lors de la liquidation des personnes morales commerçantes

451. L'un des attraits de la qualification d'acte juridique gratuit, et plus précisément de libéralité, tient à la possibilité, pour les héritiers de l'acteur, de soumettre la donation au rapport et à la réduction. Les cadeaux faits par un commerçant personne physique pourront y être astreints, dès lors, tout au moins, que la qualification de présent d'usage ne sera pas applicable. Cette possibilité n'apparaîtra donc que lorsque le commerçant aura donné un bien important, en dehors donc de son activité commerciale, ce qui permettra de qualifier l'acte de civil.

Lorsque le commerçant est une personne morale, il n'est pas question, évidemment, de lui

⁷⁶⁵ Voir ainsi le célèbre arrêt Sacha Guitry : Civ. 1^{ère}, 30 déc. 1952, JCP 1953.II.7475, note Mihura ; D. 1953, p. 161 ; Defr. 1953, art. 27147, obs. Carbonnier ; RTD Civ. 1953, p. 360, obs. R. Savatier : « *Attendu que, comme le relève l'arrêt attaqué, le fait par un mari de remettre à sa femme un bijou au bout d'une année de bonheur conjugal est assez habituel pour qu'on puisse y reconnaître une coutume ; qu'il souligne, d'une part, que si important que soit le présent litigieux, il n'est pas excessif eu égard à la situation financière, le train de vie et les habitudes de Sacha Guitry ; — qu'en l'état de ces appréciations souveraines, la cour d'appel a pu estimer que le « présent » devait échapper aux règles sur la révocation des donations* ».

⁷⁶⁶ X. DELSOL, *Mécénat et parrainage, Guide juridique et fiscal*, 3^{ème} éd., Juris-Associations, 2003 — D. GRILLET-PONTON, *Publicité, contrat de parrainage publicitaire*, J. Cl. Contrats Distribution, Fasc. 4050 — C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring*, Mélanges offerts à J. Déruppé, Litec, 1991, p. 125 — D. ROSKIS, *Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire*, D.1999, chr. p.443.

appliquer les règles relatives au rapport et à la réduction. Si les associés peuvent être considérés comme les héritiers de la personne morale dissoute⁷⁶⁷, il ne saurait être question d'appliquer les règles du droit des successions, étant entendu que ces dernières ne concernent que la transmission du patrimoine des personnes physiques.

Lorsque le commerçant est une société, les associés reprennent leurs apports et se partagent le *boni* de liquidation. Ils ne bénéficient ni du rapport ni de la réduction des actes gratuits qui auraient été effectués par la société. Lorsqu'il s'agit d'une association, la dévolution des biens est libre. L'article 9 de la loi du 1^{er} juillet 1901 prévoit que « *les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts ou, à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale* ». Si les sociétaires peuvent reprendre leurs apports, ils ne peuvent, en revanche, prétendre aux biens de l'association⁷⁶⁸. Généralement, les biens de l'association dissoute sont dévolus à une autre association ayant le même objet ou un objet proche⁷⁶⁹. Quoi qu'il en soit, là encore, les biens donnés gratuitement par l'association n'ont à être ni rapportés ni réduits.

452. L'absence de rapport et de réduction limite encore un peu plus l'impact de la qualification gratuite dans les contrats commerciaux, ce qui justifie encore davantage que la gratuité soit, en la matière, appréciée de façon restrictive. L'appréhension particulière de la commutativité permettra de nous convaincre définitivement de cette distorsion entre, d'un côté, les contrats civils de fourniture de biens, et, de l'autre, les contrats civils de service et les contrats commerciaux.

§2 : L'APPRÉHENSION DE LA COMMUTATIVITÉ

453. Ayant pu relever les faiblesses de l'article 1106 du Code civil dans la définition du contrat onéreux, nous avons pu préférer trouver la substance de la notion à l'article 1104, et considérer que les contrats, et les actes juridiques en général, étaient onéreux lorsqu'ils étaient commutatifs ou aléatoires, lorsque chacune des parties fournit

⁷⁶⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 19^{ème} éd., 2006, n°449.

⁷⁶⁸ Art. 15 D. 16 août 1901

⁷⁶⁹ M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Rep. Civ. v° Association*, 1993, n°265

une prestation équivalente d'un point de vue subjectif ou objectif à celle qu'elle reçoit⁷⁷⁰. Nous avons alors pu estimer que la gratuité devait être entendue largement, et pouvait comprendre des actes juridiques prévoyant une fourniture réciproque de prestations objectives, dès lors que ces dernières n'étaient pas équivalentes. Cette idée est, nous l'avons vu, utilisée en droit des libéralités, à juste titre semble-t-il, tant cette solution paraît conforme au droit commun des classifications des actes juridiques.

Pourtant, en matière de contrats de service et d'actes commerciaux, la gratuité semble n'exister qu'en l'absence totale de prix, l'onérosité s'accommodant du déséquilibre volontaire. Nous avons pu expliquer cette différence d'attitude par la faible portée de la gratuité en ces matières, la qualification de libéralité étant exclue. Mais une autre explication à cette différence d'appréciation pourrait être tentée : la commutativité ne s'apprécie pas de la même manière que dans les actes civils de fourniture de biens dans les contrats de service (A) et dans les actes juridiques commerciaux de fourniture de biens (B).

A. L'équivalence et les services

454. ***La valeur marchande des services (prestation de faire)***<> Tout comme les biens, les services, tout au moins lorsqu'ils sont standardisés, ont une valeur marchande, qui permet de leur conférer une valeur objective. Si la réification des services s'explique par leur standardisation, elle néglige un aspect essentiel de la notion, qui permet de la distinguer des biens. En effet, les biens ont une valeur propre. Ainsi, le prix, dans la vente, ne sera pas, en principe, lié aux qualités intrinsèques du vendeur, mais uniquement à celles de la chose. Il en va différemment en matière de services : la valeur du service semble inéluctablement liée aux qualités du prestataire, ainsi qu'à son degré d'application et d'implication, qui sera plus ou moins important, peut-être, en fonction de la rémunération attendue.

455. ***Une valeur dépendant des compétences mises en œuvre par le prestataire***<> Dès lors, le prestataire de service qui propose un service à bas prix ne s'engagera peut-être pas à fournir une prestation de la même qualité que celle qu'il aurait

⁷⁷⁰ Voir *supra*, n°373 et 377.

fournie pour un prix plus important. Nous avons, du reste, invoqué cette flexibilité du service pour justifier la responsabilité allégée du mandataire et du dépositaire bénévoles⁷⁷¹. De la même manière, il est possible, lorsqu'un service est fourni à bas prix, que ce soit le salarié le moins expérimenté du prestataire qui soit chargé de la mission.

Le service n'a donc pas de valeur propre, seule compte la valeur de l'activité déployée par le prestataire de service, et cette dernière est, par essence, variable. On ne saurait donc, lors de la formation du contrat, mesurer l'équivalence objective des prestations : tant que le service n'est pas fourni, on ne peut pas savoir quelle sera sa valeur réelle. Sur ce plan, le contrat de service, et notamment, au sein de cette catégorie, celle des *contrats* d'entreprise, pourrait apparaître comme aléatoire. L'équivalence subjective est, elle-même, atteinte par le doute reposant sur l'équivalence objective. Ainsi, si un prestataire propose de fournir une prestation à un prix bas, le bénéficiaire du service pourra très bien estimer que les prestations sont équilibrées, compte tenu du doute reposant sur la façon dont la prestation sera accomplie.

456. **Mise à disposition- Destination de la chose**<>La question de l'équivalence se pose différemment en matière de contrats de mise à disposition. En effet, ces derniers ont pour objet un bien qui a, par nature, une valeur objective. Dès lors, la mise à disposition d'un tel bien aura, la plupart du temps, une valeur objective, marchande. Mais la mise à disposition peut, elle aussi, revêtir des aspects très différents, qui pourront justifier une impossibilité de comparer la prestation avec d'autres, et, par conséquent, une impossibilité de lui affecter une valeur objective. En effet, la mise à disposition d'une chose n'est jamais totale, et obéit à une destination qui lui est conférée par les parties⁷⁷². C'est ainsi que la mise à disposition d'un même local commercial pourra donner lieu à des loyers différents en fonction de l'activité que le locataire est autorisé à y développer. C'est pour cela que la déspecialisation pourra aboutir à une révision du loyer⁷⁷³. Ceci dit, en la matière, il est fort possible d'admettre que la mise à disposition d'une chose pour une destination précise a une valeur objective, et la commutativité semble devoir s'apprécier de la même manière qu'en matière de contrats de fourniture de biens. Si la gratuité est, en la matière, appréciée strictement, c'est certainement davantage pour des raisons

⁷⁷¹ Voir *supra*, n°180.

⁷⁷² R. BOFFA, *La destination de la chose*, Th. Montpellier, 2004.

⁷⁷³ Art. L.145-50 c.com.

d'opportunité, les tribunaux préférant appliquer les régimes protecteurs des baux à statut impératif que le régime du prêt à usage, trop défavorable au bénéficiaire de la mise à disposition.

En revanche, en matière de contrats commerciaux, la commutativité s'apprécie bien de façon particulière.

B. L'équivalence et les contrats commerciaux

457. Le droit commercial est réticent à admettre que les contrats déséquilibrés soient gratuits. Cela tient, en partie, au fait que la qualification de libéralité soit, en cette matière de faible portée, le présent d'usage permettant dans une large mesure d'échapper au régime des libéralités. Mais une autre raison explique cette différence d'approche avec le droit civil : en la matière les contrats déséquilibrés pourront être qualifiés de commutatifs, et donc de contrats onéreux.

458. L'impossibilité d'appliquer les critères de la commutativité retenus en droit civil en matière commerciale a été relevée par GRUA⁷⁷⁴. Reprenant l'exemple de la vente par Esaü à Jacob de son droit d'aînesse⁷⁷⁵, l'auteur relève qu'« *un droit d'aînesse vaut objectivement plus cher qu'un plat de lentilles, mais celui qui troque le premier contre le second ne fait pas acte de gratuité, s'il ne partage pas cet avis* ». Cet exemple permet de bien comprendre la notion d'équivalence subjective en droit civil, mais est, selon l'auteur, impraticable en droit commercial : « *la notion de valeur subjective n'a pas le même sens en droit civil et en droit commercial. Le droit commercial est celui de la spéculation et de la circulation. Un simple particulier estime la valeur d'un bien en fonction des qualités intrinsèques qu'il lui attribue. Le commerçant, lui, ne voit que le profit qu'il pourra retirer : le prix consenti anticipe toujours le profit escompté* »⁷⁷⁶. On ne saurait mieux expliquer la différence d'approche entre le droit civil et le droit commercial. En réalité, en droit commercial, dès lors qu'il y a un prix, et même si ce dernier est objectivement

⁷⁷⁴ F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Pars 1, 1978, n° 14 et s.

⁷⁷⁵ Genèse, XXV, 30 à 34.

⁷⁷⁶ F. GRUA, *op. cit.* n°16.

déséquilibré par rapport au bien ou au service fourni, il y a toujours équivalence subjective. Le commerçant qui vend une chose à bas prix préfère percevoir le prix bas que conserver la chose, et ce pour de multiples raisons : parce que le commerçant n'a pas vocation à conserver son stock, son actif circulant, parce qu'il a, au contraire, intérêt à percevoir des liquidités, et, surtout, parce qu'il a intérêt à fidéliser sa clientèle.

Dès lors qu'un prix est stipulé, le contrat commercial est donc subjectivement équilibré, et, partant, onéreux, ce qui permet de comprendre pourquoi, en la matière, il n'y a de gratuité qu'en l'absence totale de prix.

459. **Conclusion de la Sous-Section 2**<> La qualification gratuite des contrats de service et des actes juridiques commerciaux de fourniture de biens a un impact moindre que celle des actes civils de fourniture de biens. En effet, la qualification de libéralité y est impossible. Par ailleurs, la commutativité est, dans ces domaines, appréciée de façon particulière, dans la mesure où elle est irréfragablement présumée. Dès lors, on comprend que la gratuité y soit appréciée de façon stricte.

460. **Conclusion de la section 2** <> La loi, comme la jurisprudence, nous permettent de constater que la gratuité s'apprécie strictement dans les contrats de service et les actes commerciaux de fourniture de biens. Si ce constat laisse apparaître une divergence d'appréciation de la gratuité selon le type d'acte à qualifier, il est parfaitement expliqué. Dès lors, les contrats de service et les actes commerciaux de fourniture de biens ne pourront être qualifiés de gratuits qu'en l'absence totale de prix.

461. **Conclusion du chapitre**<> L'application de la distinction de la gratuité et de l'onérosité diffère en fonction des matières. Le droit commun semble prôner une appréciation restrictive de l'onérosité : la catégorie des actes onéreux, définie par l'article 1104 du Code civil, comprendrait en effet les seuls actes commutatifs et aléatoires. Dès lors, tous les actes non commutatifs ou aléatoires seraient gratuits. En particulier, les contrats déséquilibrés à la fois sur le plan objectif et subjectif sont, sur ce fondement, gratuits. Le droit des libéralités est, à ce titre, fidèle au droit commun, ce qui permet de comprendre pourquoi les donations avec charge sont gratuites, de même que les ventes à

Essai sur la gratuité en droit privé

prix abusivement bas ou à prix exagérément élevé, qualifiées de donations indirectes par la jurisprudence.

En revanche, en matière de contrats de service et d'actes commerciaux de fourniture de biens, la distinction s'opère différemment : il n'y a de gratuité qu'en l'absence totale de prix. La frontière entre la gratuité et l'onérosité peut donc différer en fonction de la catégorie d'acte soumise à la qualification.

CONCLUSION DU TITRE 2

462. La distinction du gratuit et de l'onéreux ne concerne que les actes juridiques patrimoniaux. Plus précisément, elle ne s'applique qu'aux actes juridiques patrimoniaux d'organisation de l'échange : ceux par lesquels sont organisées des fournitures de prestations objectives. Sont donc notamment exclus de la distinction les actes d'exécution, tels que les paiements, et les actes abdicatifs, non destinés à autrui, comme les renonciations *in rem* à succession, à la propriété d'un bien, ou à un droit réel.

Parmi les actes d'organisation de l'échange, on retrouve surtout des contrats, mais aussi des conventions créatrices de droits réels ou extinctives de droits réels ou personnels. Entrent également dans la distinction des actes juridiques unilatéraux, dès lors que leur objet est de fournir une prestation objective à un tiers. Ces derniers peuvent être gratuits, à l'image du legs. Mais ils peuvent également être onéreux. Il en va ainsi, par exemple, du testament avec charge lorsque la valeur de la charge est d'un montant équivalent à la valeur du bien légué.

463. En effet, l'application de la distinction de la gratuité et de l'onérosité se fait en tenant compte de l'équivalence des prestations échangées. En principe, il n'y a d'onérosité que si les prestations objectives échangées grâce à l'acte juridique sont équivalentes d'un point de vue objectif ou subjectif. Dès lors, la gratuité peut exister en présence d'une contre-prestation fournie par le bénéficiaire à l'acteur, dès lors qu'elle n'est pas équivalente à celle fournie par l'acteur de gratuité. Des actes juridiques peuvent donc être qualifiés de libéralités alors qu'ils organisent une fourniture réciproque de prestations objectives, dès lors que ces dernières ne sont équivalentes ni d'un point de vue objectif, ni d'un point de vue subjectif.

Cependant, cette appréciation extensive de la gratuité n'est utilisée que dans la qualification des libéralités. Au contraire, dans la qualification des contrats de service gratuits et des actes commerciaux gratuits de fourniture de biens, la gratuité s'entend strictement, et ne peut exister qu'en l'absence totale de contre-prestation.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

464. La gratuité s'apprécie donc selon une méthode individualiste : dans un rapport bipolaire et ponctuel, au sein d'un acte juridique déterminé. Qualifiant des actes juridiques, elle ne peut se révéler qu'en les observant de manière intrinsèque. Peu importe alors que l'acte soit intéressé ou désintéressé, peu importe qu'il s'inscrive dans un ensemble contractuel plus vaste.

Notre démarche, dans l'élaboration d'une définition juridique de la gratuité, a consisté à partir du cœur de la notion, des actes qui sont à l'évidence gratuits. Nous avons alors pu, dans un premier temps, déceler le critère de la gratuité dans la fourniture unilatérale de prestation objective. En effet, il y a, à l'évidence, gratuité, lorsqu'une personne fournit une prestation objective à une autre sans que le bénéficiaire ne soit tenu de fournir de contre-prestation.

À l'inverse, il y a, à l'évidence, onérosité, lorsque les parties à l'échange économique se fournissent réciproquement des prestations équivalentes. Il convenait donc de s'interroger sur la situation intermédiaire, celle de la fourniture réciproque de prestations non-équivalentes. Il apparaît alors que sera gratuit l'acte juridique d'organisation de l'échange par lequel une personne fournit une prestation objective à une ou plusieurs autres, sans que le bénéficiaire ne soit tenu, par le même acte, de fournir une contre-prestation équivalente d'un point de vue objectif ou subjectif ; étant entendu que, dans le cas des contrats de service et des actes commerciaux, l'équivalence est présumée irréfragablement, si bien que, pour ces actes-là, la gratuité n'existe qu'en l'absence de réciprocité dans la fourniture de prestations objectives.

465. Cette définition de la gratuité peut décevoir ceux qui voudraient déceler, derrière cette notion, le désintéressement ou l'altruisme, comme ceux qui voudraient y voir la traduction d'un déséquilibre définitif des relations s'établissant entre deux personnes. Elle est, malgré tout, la seule définition qui nous semble correspondre au droit positif, et, notamment, à la gratuité telle qu'elle apparaît dans les contrats de bienfaisance et dans les libéralités.

466. Cependant, si la nature des rapports unissant l'acteur au bénéficiaire de gratuité est indifférente pour appréhender la notion de gratuité, elle devient fondamentale dès lors que l'on étudie son régime ou, plus exactement, son traitement juridique.

2^{NDE} PARTIE : PRINCIPES DE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA GRATUITÉ

467. ***Caractère technique de la qualification***<> La qualification gratuite ou onéreuse procède d'une analyse du contenu des actes juridiques d'organisation de l'échange, c'est-à-dire des effets de droit produits par l'acte juridique, et, plus précisément, des fournitures de prestations objectives qu'il prévoit. Elle est donc indifférente au contexte économique et social de l'acte juridique, et aux mobiles poursuivis par l'acteur de gratuité, éléments extérieurs à l'acte. Nous avons pu alors estimer que la gratuité était une notion technique.

468. ***Diversité des fonctions de la gratuité***<> Dès lors, la gratuité peut avoir plusieurs fonctions possibles. Elle peut servir à rendre un service ou à fournir un bien de façon purement désintéressée. Elle peut, également, traduire un lien de solidarité entre l'acteur et le bénéficiaire. Il est également possible qu'elle ait pour fonction de fidéliser une clientèle, d'améliorer une image de marque, de déduire des charges de son revenu, de nuire à ses créanciers, à ses héritiers, ou de refuser de se soumettre aux droits d'auteur. Dans aucun de ces cas, la gratuité ne pourra être remise en cause du fait des mobiles poursuivis ou du contexte de l'acte juridique.

469. ***Un impossible régime uniforme***<> On comprend alors pourquoi la gratuité ne fait pas l'objet d'un régime juridique unique. Un tel régime ne serait possible que si les effets de la gratuité découlaient exclusivement du caractère technique de la notion. Dans ce cas, son impact serait faible. Mais si la notion de gratuité est purement technique, ses conséquences peuvent être, selon les cas, bénéfiques ou néfastes, que ce soit pour l'acteur ou pour le bénéficiaire de gratuité⁷⁷⁷. C'est pourquoi le législateur régit la gratuité en fonction de ses bienfaits et de ses méfaits, l'encourageant dans certains cas, la

⁷⁷⁷ F. COLLART-DUTILLEUL, *Gratuité et droit des contrats*, Mélanges en l'honneur de Mme Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska, Université de Lodz, 1997, p. 7: « Finalement, en eux-mêmes, le fait de donner ou de recevoir pour rien ne sont pas dangereux. Mais il faut craindre les rapports de force qui sont tantôt la cause, tantôt la conséquence du contrat gratuit. Si le pauvre donne à celui qui est déjà riche et puissant, il est esclave. Si le riche donne au pauvre, ce dernier est dépendant. C'est la liberté des personnes qui est en cause dans le contrat gratuit, et c'est pourquoi le droit s'en méfie ».

décourageant dans d'autres, protégeant tantôt l'acteur de gratuité, tantôt son bénéficiaire. Une attitude d'ensemble, visant à régir la gratuité de façon uniforme, aurait eu nécessairement pour conséquence d'occulter certains aspects de la gratuité. Cette dernière n'est, en effet, intrinsèquement, ni bonne ni mauvaise. Selon les circonstances, elle pourra être bénéfique ou néfaste, les bienfaits n'étant pas toujours pour le bénéficiaire ni les méfaits pour l'acteur. On ne peut donc pas parler d'un régime juridique de la notion de gratuité, contrairement à ce qui est parfois trop vite affirmé.

470. **Exemple des conditions de forme**<> Il est souvent affirmé que la distinction des actes gratuits et onéreux a des conséquences pratiques du point de vue des conditions de forme des actes juridiques. Celles-ci seraient plus strictes pour les actes gratuits que pour les actes onéreux. Cela est vrai si l'on observe les libéralités, en principe soumises à des conditions de forme très strictes, et si on les compare au consensualisme de la vente. Pourtant, il n'y a pas là matière à généralisation. En effet, de nombreux actes onéreux deviennent de plus en plus formels sous l'influence du droit de la consommation. Par ailleurs, les contrats de service gratuits sont parfaitement consensuels. Il arrive même que les formalités soient plus lourdes dans les contrats de service onéreux que dans les contrats de service gratuits. L'exemple du prêt de consommation est ici saisissant, dans la mesure où la stipulation d'intérêts doit être expresse et leur montant fixé par écrit, dès lors qu'ils sont différents du taux légal.

471. **Exemple des règles relatives à la responsabilité**<> Une autre conséquence pratique de la gratuité résiderait dans l'allègement de la responsabilité du prestataire gratuit par rapport au prestataire onéreux. Il est vrai que certaines dispositions prévoient un tel allègement, notamment en matière de mandat et de dépôt. Néanmoins, des dispositions récentes, relatives au commerce électronique, prévoient que la responsabilité est appréciée de la même manière pour le prestataire agissant à titre gratuit que pour celui agissant à titre onéreux⁷⁷⁸.

472. **Intuitus personae**<> Enfin, il est fréquent d'affirmer que les actes gratuits seraient, par principe, *intuitu personae*, au contraire des actes onéreux. Si les libéralités sont, à l'évidence, marquées par un très fort *intuitus personae*, il n'en va pas forcément de même des contrats de service gratuits. Il n'y a qu'à songer au prêt de chariot dans les

⁷⁷⁸ Art. 14 et 15 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique.

supermarchés pour trouver un contre-exemple. À l'inverse, de nombreux actes onéreux, notamment ceux par lesquels un crédit est accordé, sont conclus en considération de la personne.

473. ***Prise en compte du contexte dans le traitement juridique de la gratuité***<> Il n'y a donc pas un régime unique attaché à la gratuité, mais des conséquences ponctuelles, particulières à certaines manifestations de la gratuité. En réalité, comme on a pu d'ores et déjà le relever, la gratuité est perçue, dans certaines hypothèses, comme bénéfique. Dans d'autres cas, elle est regardée avec suspicion. Tout dépend de son contexte sociologique. Si ce dernier ne joue aucun rôle dans la définition juridique de la gratuité, il influe, sans contradiction, sur son traitement juridique. En effet, la gratuité est encouragée lorsqu'elle est l'expression d'un lien de solidarité, donc lorsque l'acteur et le bénéficiaire appartiennent à un même groupe social, familial ou amical notamment. Au contraire, la gratuité est désapprouvée lorsqu'elle traduit un rapport de domination. En effet, lorsque le dominé agit gratuitement au profit du dominant, on peut craindre, au mieux, que son consentement soit vicié, au pire, que sa situation se rapproche de l'esclavage⁷⁷⁹. Lorsque le dominant agit gratuitement au profit du dominé, on peut voir dans son acte, au mieux, un geste charitable⁷⁸⁰, au pire, un geste visant à asseoir sa domination⁷⁸¹. Il n'est donc pas surprenant que la gratuité soit vue avec défaveur dans la relation de travail subordonné, dans le rapport de consommation, ou dans le lien entre l'auteur et son éditeur.

Pour résumer, à l'intérieur du groupe, la gratuité manifeste la solidarité et suscite, généralement, l'approbation. Dirigée vers l'extérieur du groupe, et, plus encore, dans les rapports de domination, elle est regardée avec méfiance, avec suspicion.

474. ***Essor de nouvelles manifestations de la gratuité***<> Face à cette démarche générale du droit, qui consiste à favoriser la gratuité lorsqu'elle intervient à l'intérieur d'un

⁷⁷⁹ F. COLLART-DUTILLEUL, préc.

⁷⁸⁰ L. JOSSERAND, *Le déclin du titre gratuit et sa transformation*, in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p.135 et s.

⁷⁸¹ J.-P. SARTRE, *Le Diable et le bon Dieu*, Folio, 1993, p. 206 : tirade de Karl, après que Goetz, chef de guerre sanguinaire, eut décidé de faire le bien et de donner ses terres aux paysans : « *Quoi que fasse un Seigneur, il ne sera jamais votre égal. Et voilà pourquoi je vous demande de les tuer tous. Celui-ci vous a donné ses terres. Mais vous, pouviez-vous lui donner les vôtres ? Il pouvait choisir de donner ou de garder. Mais vous, pouviez-vous refuser ? A celui qui donne un baiser ou un coup Rendez un baiser ou un coup. Mais à celui qui donne sans que vous puissiez rendre Offrez toute la haine de votre cœur. Car vous étiez esclaves et il vous asservit. Car vous étiez humiliés et il vous humilie davantage. Cadeau du matin, chagrin ! Cadeau du midi, souci ! Cadeau du soir, désespoir !* »

groupe et à la décourager lorsqu'elle intervient dans des rapports de domination, on ne peut que s'interroger face à un phénomène récent, que nous qualifierons de « *communautarisation de l'économie* », et qui consiste en la création de réseaux ou de communautés, unissant des professionnels et leurs clients, ou passant par la création de communautés d'échange, éventuellement virtuelles. Ce phénomène s'accompagne d'un développement de la gratuité, notamment dans le secteur des nouvelles technologies, mais pas uniquement. Doit-on alors favoriser une telle gratuité sous le prétexte qu'elle intervient à l'intérieur de réseaux ou de communautés virtuelles, et, par conséquent, de groupes apparemment solidaires ? Ou bien doit-on prendre en compte l'éventuel rapport de domination pouvant exister entre l'acteur et le bénéficiaire pour décourager la gratuité ?

475. ***Annonce du plan***<> Après avoir identifié les principes de traitement des manifestations classiques de gratuité (Titre 1^{er}), il conviendra donc de les mettre à l'épreuve en les confrontant aux nouvelles manifestations de la notion (Titre 2nd).

TITRE 1^{ER} : IDENTIFICATION DES PRINCIPES DE TRAITEMENT DES MANIFESTATIONS CLASSIQUES DE LA GRATUITÉ

476. **La gratuité dans le groupe solidaire**<> Si la gratuité est perçue comme la marque du désintéressement ou de l'altruisme, c'est parce qu'elle affecte souvent les rapports juridiques entre des personnes unies par une appartenance à un même groupe, par des liens de solidarité forts. Le non-juriste envisage naturellement la gratuité dans les rapports amicaux ou familiaux, et la doctrine civiliste, en qualifiant les contrats de service gratuits de contrats d'amis, lui a emboîté le pas. Nous verrons, en effet, que ces contrats avaient été envisagés par les codificateurs comme devant intervenir entre amis ou voisins.

Du reste, l'idée selon laquelle la gratuité aurait vocation à régir les personnes unies par un lien de solidarité est corroborée par l'histoire du droit. Ainsi, si l'Ancien Droit romain connaissait deux types de prêts de consommation, l'un gratuit, le *mutuum*, l'autre onéreux, le *nexum*, ces deux contrats n'intervenaient généralement pas entre les mêmes catégories de personnes. Le *mutuum* était employé entre Patriciens ; ces derniers utilisant le *nexum* lorsqu'ils devaient prêter de l'argent ou des denrées à un Plébéien⁷⁸². De la même manière, le système de l'*antidota*⁷⁸³ dans l'Église catholique médiévale et moderne était fondé sur la volonté de renforcer les liens sociaux au sein de la communauté catholique⁷⁸⁴. La gratuité s'expliquait, là encore, par l'appartenance à un même groupe.

La volonté politique de renforcer les liens sociaux, que ce soit au sein de la famille, d'une communauté nationale, religieuse, ou, plus largement, dans la société, passe souvent par une promotion de la gratuité. De surcroît, cette dernière apparaît comme l'expression d'une

⁷⁸² M. BOITARD, *Les contrats de service gratuits*, Th. Paris, 1941, p. 16. — J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Université Libre de Bruxelles, 1960, n°160 – 161.

⁷⁸³ Voir *supra* n°228.

⁷⁸⁴ B. CLAVERO, *La grâce du don, Anthropologie catholique de l'économie moderne*, préf. J. Le Goff, Albin Michel, coll. L'Évolution de l'Humanité, p. 84 : « on comprend la persistance d'une "opinion favorable à la prodigalité" non seulement pour cette raison [le vice de l'avarice] "mais aussi pour une raison peut-être plus importante : le bien public" qui appelle la promotion et le développement de la communication et de l'échange sociaux ».

solidarité privée jouant nécessairement un rôle dans la lutte contre l'exclusion, ce qui justifie encore un peu plus qu'elle doive être encouragée à l'heure où les systèmes publics de solidarité connaissent des difficultés financières importantes.

477. ***La gratuité en dehors du groupe solidaire – Constitution du lien <>***
Comment doit-on alors appréhender la gratuité intervenant hors du groupe solidaire ? À première vue, il est possible de considérer une telle hypothèse comme incongrue. On voit mal, en effet, pourquoi une personne rendrait service ou fournirait un bien gratuitement à une personne à laquelle elle serait étrangère. Il est, certes, possible d'agir gratuitement par compassion envers un parfait inconnu que l'on ne reverra jamais. Mais, précisément, l'acte gratuit sera, dans cette hypothèse, souvent motivé par le sentiment d'une appartenance commune, ne serait-ce qu'à l'humanité. En dehors de cette hypothèse, l'acte gratuit accompli entre un acteur et un bénéficiaire qu'aucun lien de solidarité n'unit peut, précisément, créer un lien d'amitié, être constitutif d'un lien de solidarité. Les tenants du « *paradigme du don* » opposent ainsi la logique du don, visant à créer du lien social, et la logique marchande, utilitariste⁷⁸⁵. Si cette opposition peut, certainement, être remise en cause, dans la mesure où la recherche de lien social participe, également, d'une démarche utilitariste⁷⁸⁶, il est indéniable que l'acte gratuit peut avoir pour fonction cette constitution du lien, qui doit, également, être encouragée, de la même manière que l'acte gratuit intervenant entre des personnes déjà unies par un lien de solidarité.

478. ***La gratuité dans les rapports de domination<>*** Il est également possible que la gratuité intervienne dans des rapports de domination. La domination peut être juridique, comme c'est le cas dans la relation employeur-salarié. Elle peut aussi être économique. Le droit de la consommation est, ainsi, intégralement bâti sur l'idée selon laquelle le professionnel est en position de force par rapport aux consommateurs. De la même manière, le droit de la propriété intellectuelle considère l'auteur comme dominé par l'éditeur. La protection de cette « *faiblesse fonctionnelle* »⁷⁸⁷ passe alors par une

⁷⁸⁵ Voir, par exemple, M. HÉNAFF, *Le prix de la vérité, . Le don, l'argent, la philosophie*, Paris, Le Seuil, 2002 — A. CAILLÉ, *Anthropologie du don. Le tiers paradigme*, Desclée de Brouwer, 2000 ; *Don, intérêt et désintéressement*. Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres, La Découverte – M.A.U.S.S., 1994.

⁷⁸⁶ En ce sens : D. DE BECHILLON, *La gratuité dans le doute*, Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 53 et s.

⁷⁸⁷ L. JOSSERAND, *La protection des faibles par le droit*, in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 159. L'auteur identifiait ainsi les personnes qui commençaient à être considérées comme faibles dans les années 30, à savoir les travailleurs, les industriels et commerçants victimes des excès de la

condamnation de la gratuité émanant de la partie faible, et par une suspicion envers la gratuité émanant du fort, étant entendu que le droit ne croit pas à la possibilité de créer des liens de solidarité entre des personnes irréfragablement présumées opposées.

479. **Annonce du plan**<> Deux principes de traitement de la gratuité, dans ses manifestations classiques, peuvent donc être identifiés : un principe de faveur pour la gratuité intervenant dans le groupe solidaire (Chapitre 1^{er}), et un principe de défaveur pour la gratuité intervenant dans les rapports de domination (Chapitre 2nd).

concurrence, les clients des grandes entreprises (pas encore qualifiés de consommateurs) et les piétons, en danger à cause du développement de l'automobile.

CHAPITRE 1^{ER} : PRINCIPE DE FAVEUR POUR LA GRATUITÉ DANS LE GROUPE SOLIDAIRE

480. ***Gratuité obligatoire***<> L'acte gratuit au sein d'un groupe uni manifeste une solidarité privée qui peut se révéler fort utile pour la collectivité. Il arrive alors que la gratuité soit, dans certains cas, rendue obligatoire par la loi. On trouve un exemple récent d'une telle attitude de principe dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises⁷⁸⁸, qui prévoit, dans l'article L.621-11 du Code de commerce, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, que les fonctions de contrôleur, dans la procédure de sauvegarde, sont gratuites⁷⁸⁹, ce principe s'appliquant, également, au redressement et à la liquidation judiciaire⁷⁹⁰. Les contrôleurs sont des créanciers qui ont pour mission d'assister le représentant des créanciers et le juge-commissaire pendant la procédure collective. Ils ont pour mission de veiller à ce que les intérêts des créanciers soient correctement protégés par les organes de la procédure, et agissent donc dans l'intérêt commun du groupe auquel ils sont, *de jure*, rattachés : celui des créanciers du débiteur en procédure. La gratuité des fonctions de contrôleur s'explique alors aisément : les contrôleurs sont des créanciers qui agissent pour l'intérêt de leur groupe, et ne sauraient donc être rémunérés pour l'exercice de cette fonction.

Cette même attitude se vérifie dans d'autres hypothèses. Ainsi, en principe, les fonctions de tuteur ou de curateur sont gratuites ; tout comme l'administration des biens de l'absent, car, là encore, il y a, en principe, une appartenance à un même groupe (généralement la famille) commune à l'acteur et au bénéficiaire de gratuité.

481. ***Gratuité de principe***<> Sans aller aussi loin, le droit peut poser la gratuité en principe au sein du groupe solidaire. Là encore, un exemple d'une telle démarche peut être trouvé dans des dispositions récentes, et notamment dans celles relatives au mandat à

⁷⁸⁸ JO 27 juillet 2005.

⁷⁸⁹ Ce principe existait déjà, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, à l'ancien article L.621-13 du Code de commerce.

⁷⁹⁰ Article L.631-9 c.com.

effet posthume. La loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2007, a ainsi établi, à l'article 812 du Code civil, la possibilité, pour toute personne, de donner « *mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés* ». Une condition est cependant posée par l'article 812-1-1 : « *le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé* ». Aux termes de l'article 812 alinéa 2, le mandataire peut être un héritier. Il s'agira, en général, d'un membre de la famille ou d'un proche du mandant-*de cujus*. On comprend alors que l'article 812-2 énonce, à l'instar de l'article 1986, que ce mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. Mais, au-delà des exigences du droit commun du mandat, il est énoncé que « *s'il est prévu une rémunération, celle-ci doit être expressément déterminée dans le mandat* », preuve de ce que, dans le groupe solidaire, la gratuité est de principe.

482. **Gratuité encouragée**<> Plus fréquemment, le droit encourage la gratuité au sein des groupes solidaires. La question qui se pose alors est de savoir comment, dans un droit des obligations et, plus largement, du patrimoine, essentiellement individualiste, les personnes sont rattachées à un groupe, et comment ce dernier est reconnu. Si la gratuité était, à l'origine, envisagée comme devant intervenir au sein de groupes solidaires, la reconnaissance de ces groupes était essentiellement implicite (Section 1). Au contraire, de nos jours, le législateur et le juge ont tendance à encourager la gratuité au sein de groupes déterminés, comme celui constitué par les agriculteurs ou comme les associations, et donc à reconnaître explicitement certains groupes comme cadre de prédilection pour le développement de la gratuité (Section 2).

SECTION 1 : LA GRATUITÉ ENCOURAGÉE IMPLICITEMENT DANS LE GROUPE SOLIDAIRE

483. **Famille, amis**<>De prime abord, le groupe solidaire par excellence est la famille. Si elle est expressément reconnue comme un groupe solidaire, la gratuité devrait y être encouragée. C'est le cas, mais, la plupart du temps, la faveur envers la gratuité au sein

de la famille est implicite. Les liens d'amitié⁷⁹¹ sont eux aussi, fréquemment, le lieu d'expression de la gratuité. Dans le cercle amical, la faveur envers la gratuité est également implicite.

484. ***Différence : l'amitié est libre, la solidarité familiale est imposée par la loi***<> Pour autant, il ne faut pas croire que la gratuité soit favorisée de manière identique au sein de ces deux groupes solidaires. Une différence fondamentale existe entre eux, dans la mesure où, alors que la solidarité amicale est volontaire par essence, la solidarité familiale est, en grande partie, imposée par la loi⁷⁹². C'est ainsi que des devoirs, tels que le devoir d'entretien ou le devoir d'assistance, permettent d'assurer une solidarité familiale indépendamment de la volonté des individus.

Dès lors, la gratuité est plus équivoque au sein de la famille qu'au sein de groupes amicaux, dans la mesure où les prestations qui y sont fournies, en apparence gratuitement, pourront consister seulement, dans l'esprit de l'acteur, en l'accomplissement d'un devoir, en l'exécution d'une obligation. Envisageons donc tour à tour le régime de la gratuité dans un groupe où la solidarité est facultative, avant de voir son régime dans la famille, lieu où elle est obligatoire. Pour être plus clair, envisageons la gratuité lorsqu'elle est l'expression principale de la solidarité (Sous-Section 1), avant de l'observer en tant qu'expression secondaire de la solidarité (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA GRATUITÉ, EXPRESSION PRINCIPALE DE LA SOLIDARITÉ ENTRE AMIS

485. ***Contrats essentiellement gratuits et contrats gratuits par nature***<> Les contrats de service gratuits sont souvent présentés comme permettant d'accomplir des services d'amis. D'emblée, une difficulté doit être levée : y a-t-il des prestations qui ont vocation à être fournies gratuitement, des « *services d'amis* » qui ne trouveraient pas leur place sur le marché ? On pourrait le croire, dans la mesure où certains contrats sont « *naturellement gratuits* », ce qui signifie qu'ils sont gratuits à titre supplétif, mais qu'ils

⁷⁹¹ D. MAYER, *L'amitié*, JCP 1974.I.2663

⁷⁹² V. ZALEWSKI, *Famille, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, 2004.

peuvent être onéreux. Cette catégorie est opposée à celle des contrats « *essentiellement gratuits* », qui ne peuvent être que gratuits, et qui doivent changer de qualification en présence d'une rémunération. Un seul contrat de service ressortit à cette dernière catégorie : le prêt à usage. La prestation caractéristique de ce contrat, la mise à disposition d'une chose, pourra être fournie à titre onéreux, mais, à ce moment-là, le contrat qui permettra de la fournir devra être qualifié de louage de chose. Il en va de même de la donation, essentiellement gratuite, et dont la prestation caractéristique pourra être accomplie à titre onéreux en recourant, notamment, à une vente⁷⁹³.

486. **Fondement de la gratuité par nature**<>S'agissant, en revanche, de la prestation plus spécifique de mise à disposition de biens fongibles, caractéristique du prêt de consommation ou simple prêt, de la prestation de représentation des intérêts d'une personne, caractéristique du mandat ou de la prestation de garde d'une chose, caractéristique du dépôt, il existe une règle supplétive qui veut qu'elles interviennent à titre gratuit. Est-ce parce qu'il s'agit, par principe, de services d'amis ? Nous nous efforcerons de réfuter cette idée trop simple, ce « mythe » selon lequel certaines prestations auraient, par principe, vocation à être fournies dans un cadre amical (§1). En revanche, s'il n'y a pas de règle voulant que certains services soient, en tant que tels, fournis par prédilection entre amis, le Code civil procède d'une idée selon laquelle les services gratuits interviennent entre des personnes unies par des liens amicaux. L'amitié des parties peut alors permettre d'expliquer le régime supplétif des contrats gratuits (§2).

§1 : LE MYTHE DU « SERVICE D'AMI »

487. Si certains contrats sont « *naturellement gratuits* », ou, de façon plus parlante, gratuits à titre supplétif⁷⁹⁴, c'est parce que les services qu'ils permettent de rendre auraient, par principe, vocation à être fournis entre amis. On voit très bien, ici, le lien fait entre l'amitié et la gratuité, et il peut paraître normal que les contrats entre amis soient gratuits. Mais pourquoi certaines prestations de service auraient-elles vocation à être

⁷⁹³ Il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle la prestation fournie grâce à la donation est un transfert de propriété, ce qui caractérise la seule donation directe, ostensible ou déguisée. Voir *supra*, n°337 et s.

⁷⁹⁴ Voir sur la notion C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 2004, t. 421.

fournies uniquement dans un cadre amical ? Il y aurait, dit-on souvent, des raisons historiques à cela, qui, certes, ne vaudraient plus dans le contexte économique actuel, mais qui permettraient de comprendre pourquoi certains contrats nommés seraient gratuits à titre supplétif. En réalité, une étude historique de ces contrats gratuits « par nature » nous permettra de nous convaincre des approximations d'une telle analyse, tant à propos du prêt de consommation (A) que du mandat (B) ou du dépôt (C).

A. La gratuité supplétive du prêt de consommation

488. *Coexistence du mutuum et du nexum dans l'ancien droit romain* <>

L'ancêtre romain du prêt de consommation était le *mutuum*, contrat réel de droit strict, par lequel l'*accipiens*, recevant une certaine quantité de choses consommables, s'engageait à rendre la même quantité au *solvens*. Il n'y avait donc pas d'intérêts dans ce prêt, qui était, initialement, comme les autres contrats gratuits, réalisé entre des personnes unies par un lien de solidarité⁷⁹⁵. À l'origine, donc, le *mutuum* était certainement un contrat entre amis. Néanmoins, le prêt à intérêt existait, sous la forme d'un contrat primitif appelé *nexum*. Ainsi que nous le verrons, si le *nexum* a disparu, le prêt à intérêt a, lui, continué à exister, sous la forme du *mutuum*, lequel, tout en conservant son principe de gratuité, était accompagné d'une stipulation d'intérêt. Il est donc visiblement faux de penser que, à Rome, la prestation de service rendue grâce au prêt de consommation, à savoir la mise à disposition de biens consommables, devait par principe être gratuite ni qu'elle ait eu vocation à intervenir entre des amis. Il nous faut donc chercher ailleurs le fondement de la gratuité supplétive du prêt de consommation. Il ne peut apparaître que dans l'étude de l'histoire du prêt à intérêt.

489. *Méfiance envers les intérêts : Ancien Testament et Ancien Droit Romain* <> L'histoire du prêt de consommation est marquée par une méfiance quasiment permanente vis-à-vis des intérêts, qui s'est manifestée tantôt par une limitation de leur montant, tantôt par une interdiction pure et simple.

⁷⁹⁵ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, th. Paris, 1941, pp. 16-17 : « les accords gratuits interviennent entre amis, entre membres d'une même gens, entre un patron et ses clients ou ses affranchis. Les services onéreux sont de règles entre plébéiens et patriciens, romains et étrangers ».

Historiquement, il semble que la première illustration de cette méfiance nous soit fournie par l'Ancien Testament, qui prohibe le prêt à intérêt à l'intérieur du peuple juif⁷⁹⁶. L'Ancien droit romain, quant à lui, l'a, tout d'abord, admis par le biais du *nexum*. Ce dernier permettait au créancier impayé d'enchaîner le débiteur⁷⁹⁷ et de le conserver dans sa prison privée ou de le faire travailler comme esclave⁷⁹⁸, visiblement en dehors de toute condamnation⁷⁹⁹. La plupart du temps, le prêteur était un patricien et l'emprunteur un plébéien. Or les plébéiens étant devenus indispensables aux patriciens, du fait de leur très forte présence dans les armées dès le début de l'expansion de Rome, leurs revendications sociales furent de plus en plus écoutées. En plus de revendications d'ordre purement politique, l'allègement du régime du *nexum* faisait partie de leurs préoccupations. C'est ainsi que la Loi des XII Tables, en 450 avant Jésus-Christ, non seulement leur appliqua le *jus civile*, mais, en plus, limita les taux d'intérêt à un douzième du capital emprunté⁸⁰⁰. Suivirent des révoltes de plus en plus fréquentes de plébéiens hostiles aux conséquences plus que radicales des impayés, qui aboutit, en - 326 à la loi *Poetelia Papiria*, portant abolition de l'exécution sur la personne. Cette loi faisait suite à deux autres, prohibitives : la loi *Genucia* (- 342), qui interdisait purement et simplement le prêt à intérêt, et, peu de temps après, la loi *Marcia*, sanctionnant la précédente d'une *manus injectio*⁸⁰¹ à l'encontre du créancier qui aurait prêté à intérêt. Mais ces mesures « *démagogiques* »⁸⁰² restèrent sans effet. Cependant, on peut remarquer qu'elles constituent la première manifestation d'une hostilité à l'égard des intérêts.

⁷⁹⁶ Exode 22,25 ; Deutéronome, 23,20 et 23,21.

⁷⁹⁷ Le nom du contrat vient d'ailleurs du latin « *nexus* » qui signifie enchaîné.

⁷⁹⁸ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, n° 441 s.

⁷⁹⁹ Il faut dire que le *nexum* se formait « par l'airain et la balance », c'est-à-dire par une cérémonie ressemblant à la mancipation. Or la mancipation avait pour fonction de transférer la propriété des choses importantes. Dès lors, certains auteurs considèrent que ce qui était mancipé lors de la formation du *nexum* n'était autre que la personne même de débiteur, qui devenait la propriété du prêteur, ce qui explique que l'enchaînement se fasse en dehors de tout jugement. Cf. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op.cit.* n°442.

⁸⁰⁰ Il y a, semble-t-il, un doute sur la périodicité de cet intérêt, plus connu sous le nom de *fenus unciarium*. Ainsi, on ne sait pas s'il s'agissait d'un douzième par an, ce qui équivaldrait à un taux de 8,33%, ou d'un douzième par mois, ce qui ferait un taux de 100% par an. Visiblement, cette dernière hypothèse semble plus vraisemblable, compte tenu de ce que les Romains avaient l'habitude d'exprimer leurs taux mensuellement et des taux généralement pratiqués dans les civilisations pré-monétaires (en ce sens, J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Université libre de Bruxelles, 1960, n° 161).

⁸⁰¹ « Action de la loi qui permet à un créancier de mettre la main sur son débiteur récalcitrant, et, s'il ne paie pas, de l'enfermer dans sa prison privée, en attendant une issue dramatique : mise à mort peut-être, ou vente comme esclave » (J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* n° 455 note 2). Les auteurs notent qu'en accordant cette action au débiteur, la loi *Marcia* était d'une très grande sévérité.

⁸⁰² J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* n° 455.

La cause de cette hostilité était essentiellement d'ordre social et politique, et résultait de la lutte de la plèbe pour une égalité de droits avec les patriciens ; mais elle avait aussi une cause économique : les plébéiens qui recouraient au *nexum*⁸⁰³ le faisaient pour se procurer des moyens d'existence. Ainsi, le *nexum* servait de crédit à la consommation. Or les intérêts semblent, historiquement, beaucoup moins tolérables lorsque le prêt est destiné à financer l'acquisition de moyens d'existence que lorsqu'il sert à investir⁸⁰⁴. Par ailleurs, les patriciens, entre eux, pratiquaient un prêt gratuit, le *mutuum*, qui a pu laisser penser que l'égalité passait par la suppression du prêt à intérêts.

490. **Époque classique : admission du prêt à intérêt**<> Si le *nexum* a disparu suite à la loi *Poetelia Papiria*, le prêt à intérêt, lui, n'a pas disparu. Certes, le *mutuum*, contrat gratuit, restait le seul contrat disponible de prêt de consommation, mais il était souvent accompagné d'une stipulation⁸⁰⁵ d'intérêts. D'ailleurs, l'époque classique⁸⁰⁶, qui fut une période de forte croissance économique et d'expansion géographique de Rome, admit très largement le prêt à intérêt.

491. **Bas-Empire : limitation du montant des intérêts**<> Le Bas-Empire, caractérisé par une décadence économique aboutissant à une économie autarcique autour de la *villa*, vit renaître une certaine méfiance vis-à-vis des intérêts, qui furent à nouveau limités, notamment sous Dioclétien et Constantin. Justinien limita les taux d'intérêts à 6% par an, 8% lorsque l'emprunteur était négociant. On pourrait voir là une incidence de l'essor du christianisme dans l'Empire Romain⁸⁰⁷. Néanmoins, cette limitation des intérêts

⁸⁰³ Ce n'était pas, bien entendu, le cas de tous les plébéiens, dont certains avaient d'importantes fortunes mobilières. Rappelons que la distinction entre les patriciens et les plébéiens était fondée sur la propriété foncière. Seuls les patriciens, descendants des premiers habitants de Rome, avaient droit à la propriété foncière.

⁸⁰⁴ Sur cette idée, qui semble avoir traversé l'histoire jusqu'à nos jours, voir aussi J. STOUFFLET, *Propos non conformistes sur la protection du consommateur emprunteur*, in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Dalloz, 2001, p. 287 : « la monnaie était considérée moins dans sa fonction économique qu'en tant que moyen de satisfaire à des besoins vitaux (...). La problématique moderne est plus large. [...] Le crédit, l'endettement, est un moyen indispensable de financement de la production et de la distribution, mais aussi de la consommation ».

⁸⁰⁵ La stipulation était un contrat verbal, de droit strict, qui imposait à celui qui avait promis quelque chose à son cocontractant de la lui fournir. Ainsi, en plus de la remise de la chose, qui formait le *mutuum*, contrat réel, l'emprunteur s'engageait, par le biais d'une stipulation, à payer des intérêts.

⁸⁰⁶ Qui va, d'un point de vue général, du III^{ème} siècle avant J.-C. au III^{ème} siècle après J.-C.

⁸⁰⁷ Constantin fut le premier empereur chrétien, et Théodose fit du christianisme la religion d'État en 380 avec l'Édit de Thessalonique. Or l'Évangile selon Luc rapporte cette phrase du Christ : « *Prêtez sans rien espérer en retour* » (Luc, VI, 35).

fut initiée par Dioclétien, qui avait déclenché une vague de persécutions contre les chrétiens ; et, tandis que l'Église prohibait tout simplement les intérêts⁸⁰⁸, Rome se contentait de les limiter. Encore une fois, il semble que des considérations économiques et sociales aient prévalu dans cette attitude, le prêt de consommation ayant essentiellement recouvré des fonctions de crédit à la consommation ; et les Romains ayant toujours voué une « *hostilité profonde et durable* » aux prêteurs « *en qui ils voyaient autant d'usuriers virtuels* »⁸⁰⁹.

492. **Haut Moyen-Âge : prohibition des intérêts<>** : La première moitié du Moyen-Âge fut une période de totale interdiction du prêt à intérêt. L'influence de l'Église y était évidemment pour beaucoup⁸¹⁰, mais le pouvoir séculier la reprit à son compte⁸¹¹. Il faut dire que l'on était, à l'époque, dans une période de stagnation économique, et que le prêt servait rarement à financer des investissements.

493. **Résurgence du prêt à intérêt dès le XIII^{ème} siècle<>** Le prêt à intérêt avait beau être interdit, il fut de plus en plus pratiqué à partir du XIII^{ème} siècle. Ceci n'est pas étonnant : cette période marque un renouveau économique considérable, nécessitant beaucoup d'investissements et de financement, et dévoilant l'absurdité économique de la prohibition du prêt à intérêt. Des exceptions personnelles à la prohibition furent octroyées, notamment, aux Juifs⁸¹² et aux Lombards ; tandis que de savants montages étaient organisés pour dissimuler le prêt à intérêt⁸¹³. Les commerçants pratiquaient le prêt à intérêt, et il faut noter que le dépôt bancaire était rémunéré. Ainsi, s'il était toujours, en principe, interdit⁸¹⁴, le prêt à intérêt était pratiqué, et, dans certains, cas, validé par la

⁸⁰⁸ D'abord par le Concile de Nicée en 325, interdisant aux clercs de prêter à intérêt, puis, en 444, lorsque le Pape Saint Léon étendit cette interdiction aux laïcs.

⁸⁰⁹ J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Université Libre de Bruxelles, 1960, n° 195.

⁸¹⁰ L'interdiction fut notamment rappelée par un Décret de Gratien vers 1140, les deuxième et troisième conciles œcuméniques de Latran en 1139 et 1179, et par le pape Clément V, qui, en 1311, qualifia d'hérésie la thèse prétendant soutenir la légitimité du prêt à intérêt.

⁸¹¹ On peut citer ici un capitulaire de Charlemagne, en 789, interdisant à tous de pratiquer le prêt à intérêt.

⁸¹² Cette autorisation de pratiquer le prêt à intérêt était, bien sûr, intéressante pour les juifs qui n'avaient quasiment pas le droit d'exercer d'autre activité économique, mais elle l'était aussi pour les seigneurs : en effet, la pratique du prêt à intérêt était sanctionnée pénalement par des confiscations. Dès lors, en autorisant les juifs à prêter à intérêt, les seigneurs leur permettaient de s'enrichir, et, quand ils avaient accumulé suffisamment de richesses, leurs biens leur étaient confisqués. C'est ce qu'on a pu appeler le système de l'éponge (J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* n° 457).

⁸¹³ Voir pour les détails J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, n° 458 à 460.

⁸¹⁴ En ce sens, POTHIER, *Traité des contrats de bienfaisance*, Du prêt de consommation, partie I, chap. I, art. 1^{er}, n° 13 et 14 : « *Il est de l'essence du prêt de consommation que celui qui reçoit la chose prêtée s'oblige en*

jurisprudence⁸¹⁵. Cette pratique connut une relative bienveillance de la part des autorités. Le Roi décida de ne sanctionner que les intérêts trop élevés ; quant à l'Église, si elle condamnait toujours le prêt à intérêt, elle le pratiquait, notamment avec l'invention des Monts de Piété⁸¹⁶.

494. **Révolution : autorisation du prêt à intérêt**<> Finalement, le principe de prohibition des intérêts ne fut aboli qu'à la Révolution, par un Décret de l'Assemblée Constituante du 3 octobre 1789. Si le prêt de consommation est supplétivement gratuit, c'est peut-être parce que la prohibition du prêt à intérêt était encore très récente en 1804. Du reste, l'anormalité des intérêts est un sentiment qui a perduré jusqu'à une époque récente. « *Le bon prêteur est [...] celui qui prête à un taux faible, voire gratuitement* »⁸¹⁷. Mais cette prohibition des intérêts, nous l'avons vu, venait surtout de réactions à des problèmes sociaux et de postulats religieux. En aucun cas, le prêt de consommation ne doit sa gratuité au fait qu'il serait, à la base, un contrat d'amis, au contraire de ce qui est généralement affirmé pour le mandat et le dépôt.

B. La gratuité supplétive du mandat

495. **Droit romain : un contrat gratuit entre amis**<> Le mandat⁸¹⁸ était, avec la vente, le louage, et la société, l'un des quatre contrats consensuels du droit romain. Il se définissait comme « *le contrat par lequel une personne charge de faire quelque chose dans*

la recevant à en rendre autant... S'il s'obligeait à en rendre plus, le contrat de prêt et l'obligation qui en naît ne seraient valables que jusqu'à concurrence de la somme ou de la quantité que l'emprunteur a reçue, le contrat pour le surplus serait nul et usuraire ».

⁸¹⁵ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, th. Paris 1941, Sirey, pp. 48-49, citant Turgot : « *La rigidité des lois a cédé à la force des choses : il a fallu que la jurisprudence modère dans sa pratique ses principes spéculatifs et l'on en est venu à tolérer ouvertement le prêt par billet, l'escompte et toute espèce de négociations d'argent entre commerçants : il en sera toujours de même toutes les fois que la loi défendra ce que la nature des choses rend nécessaire* » (Rep. Dalloz de législ. et de jurisp., v° Prêt, t. XXXVI, p. 802).

⁸¹⁶ Le premier fut créé à la fin du XV^{ème} siècle à Orvieto. Pour pouvoir prêter à faible taux aux pauvres, il fallait emprunter, avec un taux moins élevé, pour pouvoir couvrir les frais. Cf. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 462.

⁸¹⁷ J. STOUFFLET, *Propos non conformistes sur la protection du consommateur emprunteur*, in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Dalloz, 2001, p. 287.

⁸¹⁸ Le terme vient du latin *manum dare*, donner la main, ce qui témoignerait de la confiance inhérente à ce contrat. En ce sens, Ph. PÉTEL, *Le contrat de mandat*, Dalloz, Connaissance du droit, 1994, p. 1.

son intérêt une autre personne qui accepte gratuitement cette mission »⁸¹⁹. Il était donc gratuit, et cette gratuité se justifiait par le fait qu'il était censé intervenir entre amis⁸²⁰. PAUL déduisait fermement cette gratuité de principe du lien d'amitié supposé des contractants, à travers un syllogisme pour le moins douteux dans sa résolution : « *il n'y a de mandat que gratuit. En effet, il tire son origine des devoirs de l'amitié. Donc le salaire est contraire à un tel devoir. En effet, dès qu'intervient une somme d'argent, l'acte ressemble plutôt à un louage* »⁸²¹.

496. ***Le mandat en droit romain, équivalent gratuit du louage d'ouvrage*** <> Ce dernier point est important. En effet, le mandat était, en droit romain, l'équivalent gratuit du louage d'ouvrage, qui, lui, était onéreux. C'est ainsi que le mandat pouvait avoir pour objet, outre l'accomplissement d'actes juridiques pour autrui, l'accomplissement d'actes matériels⁸²². Le fait de rendre un service à autrui moyennant rémunération entraînait, pour sa part, la qualification de louage d'ouvrage. Dès lors, les services que le mandat permettait de rendre n'étaient pas, intrinsèquement, des « *services d'amis* » qui auraient dû, par principe, être fournis à titre gratuit.

497. ***Prestations insusceptibles de faire l'objet d'un louage d'ouvrage – honoraires*** <> Certes, toutes les prestations faisant l'objet, gratuitement, d'un mandat, ne pouvaient faire l'objet d'un louage d'ouvrage. C'est ainsi que, comme nous avons déjà pu le voir⁸²³, les services rendus par les professeurs, les médecins ou les avocats⁸²⁴, ainsi que de l'ensemble des professions libérales⁸²⁵, ne pouvaient faire l'objet que d'un mandat. La rémunération de ces mandataires était tout de même possible, grâce à un honoraire, considéré comme une donation rémunératoire, même lorsqu'il était stipulé *ab initio*. Le

⁸¹⁹ P.-F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, 8^{ème} éd. revue et mise à jour par Senn, 1929, rééd. 1978, p. 618.

⁸²⁰ Ph. LE TOURNEAU, *De l'évolution du mandat*, D. 1992, chr. p. 157 : v. aussi Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil, contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd. refondue, 2005, n° 547 : « À ses origines romaines, le mandat supposait un rapport d'amitié entre mandant et mandataire : pas de confiance sans amitié ; pas d'amitié sans gratuité ».

⁸²¹ D. 17, 1, *mandati*, 1 PAUL, cité par J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Université libre de Bruxelles, 1960, n° 287, note 40 pour la traduction.

⁸²² P.-F. GIRARD, *op. cit.* p. 619, prenant comme exemple d'acte pouvant faire l'objet d'un mandat le nettoyage d'un vêtement.

⁸²³ Voir *supra*, n°232

⁸²⁴ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2^{ème} éd., 2000, p. 273.

⁸²⁵ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. droit fondamental, 1^{ère} éd., 1992, n° 110.

mandat ne cessait alors pas d'être considéré comme un contrat essentiellement gratuit⁸²⁶, et resta, jusqu'au Code civil, le pendant gratuit du louage d'ouvrage. L'artifice de la construction⁸²⁷ était nécessaire pour préserver l'unité de la notion de mandat dans l'Ancien Droit, et, notamment, son caractère essentiellement gratuit.

498. **Code civil : redéfinition du mandat**<> Cette conception historique du mandat justifie alors que l'article 1986 du Code civil énonce sa gratuité supplétive : le mandat avait toujours, jusqu'en 1804, été un contrat essentiellement gratuit. En admettant, cependant qu'il puisse être onéreux, le Code civil rompt avec la fiction voulant que, malgré la stipulation d'honoraires, le mandat soit tout de même gratuit. Au-delà, c'est la définition même du mandat qui a changé avec le Code civil. Ce dernier ne consiste plus qu'en l'accomplissement d'actes juridiques pour autrui, en une représentation du mandant. Ainsi, s'il regroupait, autrefois, tous les services gratuits, le mandat s'est spécialisé quant à son objet, sa prestation caractéristique, la représentation⁸²⁸. Ceci justifie, également, qu'il puisse être onéreux, puisque la prestation de représentation fournie onéreusement ne peut donner lieu qu'au contrat de mandat, ce dernier étant, aujourd'hui, défini comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* »⁸²⁹ ; et la gratuité n'étant plus de l'essence du contrat mais simplement de sa nature⁸³⁰.

⁸²⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, n°98 : « Certains services, dont on trouve l'énumération au livre 50, titre 13, de variis et extraordinariis cognitionibus, étaient considérés comme non susceptibles d'une évaluation en argent et par conséquent d'une rémunération, et ne pouvaient pas dès lors faire l'objet d'un autre contrat que le mandat. Or en ce qui concerne ce genre de services, on admettait bien que les parties pouvaient stipuler une rémunération (honos, honorarium, salarium), mais cette rémunération ne modifiait pas la nature du contrat ».

⁸²⁷ L'artifice de la construction ne reposait pas tant sur la stipulation initiale de l'honoraire que sur la réciprocité de la prestation intellectuelle et de la récompense qui était devenue automatique, et, par conséquent, obligatoire dans l'esprit du débiteur des honoraires, si bien que son acte n'était pas empreint d'une quelconque intention libérale.

⁸²⁸ Sur ce point, v. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon – Assas, 2002, n° 31 : « Le législateur, en 1804, a recueilli cet héritage mais a sensiblement déplacé la ligne de partage entre les contrats de mandat et de louage d'ouvrage. Le premier s'est spécialisé : il est devenu un contrat de représentation. Son essence gratuite s'est assouplie pour n'être plus que de sa nature ». En effet, la représentation était inconnue du droit romain. Dans les cas où l'objet du mandat était la conclusion d'actes juridiques, ceux-ci créaient des droits ou des obligations pour le mandataire, qui devait ensuite les transférer au mandant (J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, p. 273). La représentation directe, quant à elle, est apparue véritablement dans l'Ancien droit, sous l'influence des canonistes (J.-L. GAZZANIGA, *Mandat et représentation dans l'ancien droit*, Droits, n° 6, 1987, p. 21), avant d'être théorisée au XIV^{ème} siècle par BARTOLE (J.-L. GAZZANIGA, *ibid.* ; v. aussi F.-X. TESTU, *Les glossateurs, regards d'un civiliste*, RTD Civ. 1993. 279).

⁸²⁹ Article 1984 du Code civil.

⁸³⁰ Article 1986 du Code civil.

499. **Fondement de la gratuité supplétive du mandat**<> Ainsi, le fondement de la gratuité de principe du mandat ne vient pas de ce que la prestation de représentation devrait, en principe, être gratuite⁸³¹, car accomplie entre amis, mais de la tradition voulant que le contrat de mandat, qui servait initialement à accomplir tous les services gratuits, conserve son caractère malgré son changement de définition en 1804. Mais le lien avec le mandat du droit romain, contrat entre amis, qui expliquerait sa gratuité, doit être relativisé : le mandat actuel n'a pas la même définition que l'ancien, et même si les services qu'il permet de rendre correspondent à ceux qui étaient fournis par son ancêtre romain, sa gratuité de principe ne s'explique finalement plus que par une « *révérence au passé* »⁸³², par une tradition déformée, et non par une identité entre le mandat essentiellement gratuit, sous les réserves que nous avons évoquées, du droit romain, et le mandat du Code civil.

500. **Rejet de l'idée selon laquelle la prestation de représentation serait un « service d'ami »**<> La prestation de représentation, caractéristique du mandat⁸³³, n'a donc pas une vocation particulière à la gratuité. Si la notion même de représentation a été dégagée tardivement, les représentants d'aujourd'hui ont toujours existé et se sont toujours fait rémunérer. La représentation n'est donc pas, en tant que telle, un « *service d'ami* » qui aurait vocation à être fourni à titre gratuit.

C. La gratuité supplétive du dépôt

501. **Droit romain : contrat essentiellement gratuit**<> S'agissant du dépôt, sa gratuité de principe est souvent présentée comme découlant du fait qu'il s'agissait, à Rome, d'un contrat entre amis⁸³⁴. Il constituait alors ce qu'on appellerait un contrat

⁸³¹ Au contraire de ce que l'on pouvait penser suite à la codification et du fait de l'article 1986 c.civ. Cette vision traditionnelle du mandat, « *regardé plus comme un service d'ami que comme un contrat d'affaires : il s'agissait simplement de rendre service à une personne empêchée en accomplissant l'acte à sa place(...) marqué du sceau de la confiance* » (A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. Domat Droit Privé, 7^{ème} éd., 2006, n° 622), ne vient donc pas du droit romain ni même de l'Ancien Droit, mais peut-être, tout simplement, de ce que le mandat de 1804, restreint quant à son champ d'application, ne se pratiquait qu'entre amis. Dès lors, sa gratuité correspondrait davantage à l'environnement sociologique du mandat tel qu'il se présentait après l'adoption du Code civil qu'à une quelconque référence au passé.

⁸³² Ph. LE TOURNEAU, *De l'évolution du mandat*, D. 1992, chr. p. 157.

⁸³³ M.-L. IZORCHE, *À propos du « mandat sans représentation »*, D.1999, chr. p. 369.

⁸³⁴ J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2002, n° 478.

essentiellement gratuit : s'il était rémunéré, le dépôt était qualifié de louage d'ouvrage. On peut alors s'interroger sur le fondement d'une qualification particulière de contrat de dépôt. En effet, nous avons vu qu'en principe, les contrats de services gratuits pouvaient tous être qualifiés de mandat. La raison vient de ce que, à l'origine, la fonction assurée par le contrat de dépôt était assurée par un autre contrat, translatif de propriété, la fiducie⁸³⁵. Ce dernier était un contrat réel de bonne foi par lequel « *celui qui reçoit la propriété d'une chose est civilement obligé à la rendre ou plus largement à s'en dessaisir dans les circonstances déterminées* »⁸³⁶. Ainsi, la personne souhaitant déposer sa chose en transférait la propriété à une autre qui s'engageait à la lui restituer. L'admission d'un contrat spécifique de dépôt, au I^{er} siècle après J.-C., a permis de mieux protéger le déposant, en lui accordant une action réelle, et non plus, comme c'était le cas avec la fiducie, une action personnelle⁸³⁷. Le contrat de dépôt est demeuré un contrat réel, ce qui permet, là encore, de comprendre sa spécificité par rapport au mandat, lequel était un contrat consensuel.

502. **Code civil : contrat gratuit par nature**<> Le Code civil a qualifié de dépôt « *l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature* »⁸³⁸. La gratuité ne fait donc plus partie de sa définition, et si l'article 1917 du Code civil proclame encore qu'il est un contrat « *essentiellement gratuit* », l'article 1928 le dément en énonçant qu'un salaire peut être stipulé au profit du dépositaire. Ainsi, le dépôt onéreux demeure un dépôt, et n'est plus qualifié de louage d'ouvrage. Quant au caractère naturellement gratuit du dépôt, déduit de la combinaison des articles 1917 et 1928 du Code civil, il n'est rien de plus qu'une réminiscence de l'époque romaine, lorsque ce contrat était effectivement essentiellement gratuit. Mais, en soi, il n'y a aucune explication à la gratuité de principe de la prestation de garde de la chose, caractéristique du dépôt, puisque cette dernière a toujours pu être accomplie onéreusement, en recourant au louage d'ouvrage.

503. **Conclusion : mythe du service d'ami**<> Ainsi, si certaines prestations sont censées, à titre supplétif, devoir être fournies gratuitement, ce n'est que par référence à un droit antérieur auquel le Code civil ne correspond pas. Ainsi, le prêt à intérêt a toujours été pratiqué, même pendant les périodes où il était officiellement interdit, et sa gratuité de

⁸³⁵ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 477.

⁸³⁶ P.-F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, A. Rousseau, 8^{ème} éd. revue et mise à jour par Senn, 1929, p. 552.

⁸³⁷ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 477.

⁸³⁸ Article 1915 du Code civil.

principe semble, tout au plus, liée au fait que l'abrogation de la prohibition des intérêts était, en 1804, encore récente. Le mandat et le dépôt étaient, quant à eux, des contrats essentiellement gratuits. Néanmoins, les prestations qu'ils permettaient de fournir pouvaient être accomplies à titre onéreux, en recourant au louage d'ouvrage. Si ces contrats sont naturellement gratuits, cela ne veut donc pas dire que les prestations qu'ils permettent de fournir sont naturellement gratuites, qu'il s'agisse par principe de « *services d'amis* ». Le Code civil a spécialisé le mandat dans la représentation⁸³⁹, et, ce faisant, lui a permis d'être onéreux, quant au dépôt, il a étendu son champ d'application : en sus de la seule prestation gratuite de garde qu'il permettait d'accomplir, il accueille désormais la garde rémunérée⁸⁴⁰. Le mandat et le dépôt qui étaient des contrats essentiellement gratuits ont donc connu une extension de leur domaine dans la sphère onéreuse, ce qui, corrélativement, a abouti à un empiètement sur le domaine du louage d'ouvrage⁸⁴¹.

Au passage, on ne peut que remarquer le caractère récent des contrats gratuits par nature. Le prêt de consommation était officiellement, jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, un contrat essentiellement gratuit. Il en était de même pour le mandat et le dépôt jusqu'en 1804. La prestation de mise à disposition d'une chose consomptible ne pouvait être accomplie que gratuitement, quant aux prestations de représentation et de garde d'une chose, elles ne faisaient pas l'objet des mêmes contrats selon qu'elles étaient accomplies gratuitement, sous forme de mandat ou de dépôt ou onéreusement, par le biais d'un louage d'ouvrage.

Il n'y a donc pas de prestation objective qui aurait vocation à être fournie, par principe, dans un cadre amical. Les prestations caractéristiques des contrats de service gratuits ont toujours pu être fournies à titre onéreux. Dans l'Ancien Droit, la qualification des contrats était alors, généralement, modifiée, du fait du grand nombre de qualifications essentiellement gratuites. Avec le Code civil, la plupart des catégories de contrats gratuits nommés sont naturellement gratuites. Mais il est faux d'en déduire que les prestations objectives qu'ils permettent de fournir ont une vocation particulière à la gratuité et à

⁸³⁹ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon – Assas, 2002, n° 31.

⁸⁴⁰ Il est, au passage, notable que le droit romain correspondait davantage aux intérêts du dépositaire. Le dépôt onéreux étant qualifié de louage d'ouvrage, il constituait un contrat consensuel. Si une telle conception nous était parvenue, cela aurait permis au dépositaire d'exiger la rémunération convenue même en l'absence de dépôt par le déposant. Ce n'est pas le cas dans le système actuel : le dépôt, même salarié, étant un contrat réel, la promesse de dépôt salarié ne peut, au mieux, qu'engager la responsabilité délictuelle de celui qui s'était engagé à déposer moyennant rémunération.

⁸⁴¹ P. PUIG, *op. et loc. cit.*

l'amitié.

En revanche, si aucune prestation objective n'a vocation à intervenir, par prédilection, entre amis, le droit considère que les contrats gratuits interviennent par principe dans ce cadre, ce qui explique leur régime supplétif.

§2 : L'AMITIÉ, JUSTIFICATION DU RÉGIME SUPPLÉTIF DES CONTRATS GRATUITS

504. S'il n'existe pas de prestations qui auraient, *a priori*, vocation à être fournies dans un cercle d'amis, la gratuité, en revanche, semble principalement caractériser les relations d'amitié. En effet, la gratuité se traduit par un flux unilatéral de prestations objectives : l'acteur fournit une prestation au bénéficiaire sans obtenir de contre-prestation. Dans une telle perspective, l'acte gratuit peut aisément être compris lorsqu'il existe des liens affectifs entre les parties, et c'est pourquoi les contrats gratuits ont été envisagés dans ce cadre. Il en va ainsi pour le commodat, à propos duquel le tribun BOUTEVILLE estimait que « *celui qui consent à aider de sa chose un concitoyen, un ami, exerce envers lui un acte de générosité, d'amitié ou de bienfaisance* »⁸⁴². De la même manière, PORTALIS qualifiait le dépôt de service d'ami pour critiquer le projet d'article 1927 du Code civil, qui prévoyait que le dépositaire devait, dans tous les cas, agir en bon père de famille⁸⁴³. Enfin, le mandat était également, pour les codificateurs, un contrat entre amis⁸⁴⁴, ce qui justifierait sa nature gratuite.

505. S'agissant des contrats gratuits, conçus comme ayant vocation à s'épanouir principalement dans le cercle amical, leur régime serait, d'après la présentation qui en est généralement faite par la doctrine⁸⁴⁵, dérogame au droit commun sur plusieurs aspects, et

⁸⁴² FENET, t. XIV, p. 456.

⁸⁴³ FENET, t. XIV, p. 484 : « *un dépositaire qui rend un service d'ami ne doit pas être soumis à une responsabilité aussi étendue que celle qui résulterait de la rédaction qui est proposée* ».

⁸⁴⁴ Cf. la présentation au Corps Législatif du Titre relatif au mandat par BERLIER, le 12 ventôse an XII (3 mars 1804) : « *De sa nature le mandat est gratuit ; c'est un office de l'amitié : ainsi le définit le droit romain, et notre projet lui conserve ce noble caractère* ». FENET, t. XIV p. 584.

⁸⁴⁵ A. BÉNABENT, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, Droit Privé, 10^{ème} éd., 2005, n°18 — F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n°68.

ce en faveur de l'acteur de gratuité, de façon à encourager l'acte gratuit. Ces conclusions procèdent d'une induction du régime des différents contrats spéciaux gratuits, une généralisation pour laquelle certains auteurs se sont clairement prononcés⁸⁴⁶. Il nous faut alors nous poser deux questions : d'une part, les allègements de responsabilité et de garantie sont-ils tous dus à la présumée amitié des parties, à leur solidarité (A) ; d'autre part, que faire dès lors qu'un contrat gratuit lie des personnes qui ne sont pas liées par de tels liens d'amitié (B) ?

A. Les motifs d'intérêt général de l'allègement des obligations dans les contrats gratuits

506. ***Retour sur le régime supplétif des contrats gratuits***<> Nous avons déjà pu voir, au cours de cette étude, que les garanties dues par le prestataire gratuit, de même que sa responsabilité, sont moins lourdes que dans les contrats onéreux. Nous avons pu expliquer l'élision des garanties des vices cachés et contre l'éviction du fait des tiers par la seule absence de prix : dès lors que le donataire ou l'emprunteur n'a rien eu à payer, il n'y a aucun prix, aucune valeur économique à protéger. Si la chose se révélait viciée ou si un tiers venait à la revendiquer, le bénéficiaire de la prestation gratuite ne perdrait rien⁸⁴⁷.

Au contraire, nous avons vu que les allègements de responsabilité contractuelle dans les contrats gratuits correspondaient, en réalité, à un allègement des obligations souscrites par les prestataires gratuits. Selon le droit supplétif, l'obligation souscrite par un prestataire onéreux vise à obtenir un résultat supérieur à celle souscrite par un prestataire gratuit⁸⁴⁸. Si nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que la portée de ces dispositions supplétives, notamment des articles 1928 et 1992 du Code civil, était limitée, et si nous avons déjà pu

⁸⁴⁶ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Th. Paris, 1941, Sirey, p. 279 : « Lorsque'on a ainsi établi que les articles 1928 et 1992 énoncent le principe de modération des dommages-intérêts dus par le dépositaire et le mandataire non rémunérés, il est tout naturel d'étendre ces dispositions à tous les contrats bénévoles ; c'est ce que font les auteurs qui veulent résoudre le problème plus général que soulève la réparation du préjudice causé au créancier de services gratuits. On ne peut que les approuver. Les dispositions des articles 1928 et 1992 ne sont pas dictées par des considérations spéciales au dépôt et au mandat, mais énoncent une règle inspirée uniquement par la gratuité normale de ces contrats. Aucune contestation ne paraît possible à ce sujet. Rien n'interdit donc de voir dans la solution donnée par ces deux articles l'application à deux contrats nommés d'un principe très général ».

⁸⁴⁷ Voir *supra*, n°173 et s.

⁸⁴⁸ Voir *supra*, n°180 et s.

suggérer le manque de pertinence de la distinction des contrats gratuits et onéreux en matière de responsabilité contractuelle, pour préférer une distinction fondée sur la qualité de professionnel ou de non-professionnel du prestataire, il nous reste à répondre à une question essentielle à ce stade : pourquoi le droit supplétif, qui admet l'existence de contrats gratuits et donc d'obligations souscrites par des prestataires bénévoles, estime-t-il que les obligations souscrites par ces derniers sont moins fortes que celles souscrites par des prestataires rémunérés ?

507. *Nature et fondement des règles supplétives*<>On pourrait, tout d'abord, estimer qu'il s'agit là d'une présomption de la volonté des parties, qui n'ont pas pris la peine d'exprimer le contenu de leurs obligations. Il n'est pas tout à fait absurde de penser que celui qui s'engage gratuitement ne s'engage pas à atteindre le même résultat que s'il était rémunéré pour le service qu'il rend. Pour autant, le droit supplétif n'est pas une présomption⁸⁴⁹ de la volonté des parties, mais il correspond à ce que le législateur juge le plus équitable dans le silence des parties, à ce qui sied le plus à l'ordre public.

Il y a, en effet, nécessairement un motif d'intérêt général derrière chaque règle supplétive, parce que la loi est l'expression de la volonté générale. Néanmoins, les codificateurs, gardant à l'esprit l'idée selon laquelle le contrat sert d'abord et avant tout les intérêts privés, ont fait de leurs dispositions sur les contrats des dispositions supplétives. Il nous faut alors rechercher quelle raison d'intérêt général justifiait que l'on allégeât la responsabilité du mandataire et du dépositaire bénévole par rapport au mandataire et au dépositaire onéreux, celle du prêteur à usage par rapport au loueur de chose.

508. *L'amitié, à la lisière du non-droit*<> En réalité, si le droit supplétif amoindrit les obligations consenties par les prestataires de service gratuit, c'est parce que ces derniers sont conclus dans un cercle d'amis, au sein d'un groupe solidaire. Les « *petits contrats* »⁸⁵⁰ appellent alors naturellement cette question posée par CARBONNIER : « *Nous voici entre amis : sommes-nous encore dans le droit ?* »⁸⁵¹. Le contrat de service gratuit est alors l'expression d'une solidarité privée, d'un échange fondé sur la confiance, qui non seulement n'a pas besoin du droit pour être sanctionné, mais qui, surtout, doit être

⁸⁴⁹ En ce sens, C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, n°353 et s.

⁸⁵⁰ J. CARBONNIER, *Variations sur les petits contrats*, in *Flexible Droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 339.

⁸⁵¹ J. CARBONNIER, *op. et loc.cit.*

encouragé à l'heure où la solidarité publique fondée sur des systèmes de répartition semble trouver ses limites financières. L'idée des codificateurs était précisément d'encourager les particuliers à s'aider les uns les autres, de façon à faire en sorte que le lien social soit fort. C'est là le motif d'intérêt général de la règle supplétive limitant la responsabilité du prestataire gratuit. Cette idée peut largement être reprise de nos jours, car si en deux siècles la solidarité publique s'est développée, elle ne peut pas se substituer totalement à une solidarité privée qu'il convient toujours de favoriser. C'est précisément ce qu'a fait le législateur en adoptant le pacte civil de solidarité : il a reconnu des groupes solidaires au sein desquels des flux gratuits peuvent s'organiser assez librement. Une telle politique permet de décharger en partie l'État et les services sociaux pour leur permettre de se concentrer sur les exclus, qui sont, par définition, en dehors de tout groupe solidaire.

B. Le problème du régime des contrats gratuits entre personnes n'appartenant pas à un même groupe solidaire

509. Si, en 1804, les contrats de service gratuit étaient des « *petits contrats* », conclus entre amis, ils sont, aujourd'hui, en grande partie, des contrats d'affaires. Cette extension du domaine de ces contrats était inéluctable, à mesure que l'on s'orientait vers une phase d'économie de services dans laquelle les sociétés occidentales sont entrées à la fin du XX^{ème} siècle. L'idée selon laquelle il faudrait amoindrir la pression juridique en leur présence, pour favoriser la solidarité privée, doit donc être revue. Ainsi, si les banques sont, encore aujourd'hui, considérées comme des dépositaires agissant à titre gratuit, personne ne songe à leur appliquer l'allègement de responsabilité prévu par l'article 1928 du Code civil. Du reste, nous avons déjà pu voir que, dans l'hypothèse du contrat gratuit intéressé, il était largement possible d'éluder ces dispositions de faveur, en estimant que le prestataire professionnel bénévole s'est tacitement engagé de la même manière qu'un prestataire rémunéré⁸⁵². Or le professionnel indépendant est, en principe, celui qui agit sur le marché, lieu de rencontre de deux groupes antagonistes : les offreurs et les demandeurs. Lorsqu'il agit gratuitement, c'est donc, en principe, au bénéfice de personnes avec lesquelles il n'est lié par aucun lien de solidarité, ce qui justifie qu'il ne bénéficie plus des faveurs que le droit offre, à titre supplétif, aux prestataires bénévoles.

⁸⁵² Voir *supra*, n°181 et s.

510. **Conclusion de la Sous-Section 1**^{<>} La faveur qui entoure les contrats de service gratuits est fondée, implicitement, sur l'idée selon laquelle ces derniers ont pour cadre le groupe amical, et ce même si, sans contradiction, il n'y a pas de prestation objective qui ait, par principe, vocation à être fournie entre amis. Le contrat gratuit est alors encouragé en tant qu'instrument de renforcement du lien social, étant entendu que l'amitié est, par essence, volontaire, et que la gratuité est, par conséquent, l'expression principale de la solidarité dans le groupe amical.

Au contraire, la famille est un groupe à l'intérieur duquel la solidarité présente un caractère obligatoire. Ceci explique que la gratuité y soit considérée comme une expression secondaire de la solidarité, après les devoirs familiaux posés par la loi.

SOUS-SECTION 2 : LA GRATUITÉ, EXPRESSION SECONDAIRE DE LA SOLIDARITÉ FAMILIALE

511. Si le droit favorise la gratuité dans les rapports amicaux, c'est parce qu'elle est l'expression d'une solidarité privée. Les liens de solidarité qui existent entre amis existent également au sein de la famille. Ils sont même généralement plus forts entre proches parents. Il est alors bien évident que lorsqu'on justifie le régime supplétif des contrats de service gratuits par l'amitié entretenue entre les parties, on ne cantonne pas l'explication aux amis qui ne sont pas parents. Le contrat entre amis peut, également, être un contrat entre parents, sans que cela ne change quoi que ce soit à l'explication qui en est donnée.

Cependant, les rapports familiaux connaissent une particularité par rapport aux rapports purement amicaux : ils sont marqués par des devoirs qui rendent plus délicate l'identification de la gratuité (§1)⁸⁵³. Si la gratuité est plus difficile à appréhender au sein de la famille que dans les groupes amicaux, elle y est, comme dans ces derniers, favorisée (§2).

⁸⁵³ Voir sur ce point V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.

§1 : L'IDENTIFICATION DE LA GRATUITÉ FACE AUX DEVOIRS FAMILIAUX

512. Si la famille est souvent présentée comme l'archétype du groupe solidaire, il convient de remarquer que le droit ne se contente pas du bon vouloir de chacun pour rendre la solidarité effective : il impose aux membres de la famille de subvenir à leurs besoins réciproques. La solidarité présente donc un caractère obligatoire au sein de la cellule familiale. Elle est assurée essentiellement par deux types de devoirs : les devoirs alimentaires⁸⁵⁴ et d'assistance⁸⁵⁵. Leur exécution, qu'elle soit qualifiée d'acte juridique⁸⁵⁶ ou de fait juridique⁸⁵⁷, ne saurait relever du champ d'application de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux⁸⁵⁸. En effet, nous avons vu que cette distinction ne concernait que les actes juridiques modifiant la situation juridique des parties, que nous avons appelés actes juridiques d'organisation de l'échange, par opposition aux actes juridiques d'exécution de l'échange.

Dès lors, il convient d'identifier le seuil de ces devoirs⁸⁵⁹ (A), sachant qu'au-delà de ce dernier l'acte d'assistance ou d'entraide pourra être qualifié de gratuit, mais à condition que son auteur ait réellement voulu aller au-delà de ce que son devoir lui imposait. Ainsi, la volonté d'agir gratuitement sera plus difficile à établir au sein de la famille (B).

⁸⁵⁴ Sur l'ensemble de la question, voir L.-H. CHOQUET et I. SAYN (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, 2000.

⁸⁵⁵ V. ZALEWSKI, *Familles, Devoirs et Gratuité*, L'Harmattan, 2004, n° 6.

⁸⁵⁶ Voir *supra*, n°292 et s.

⁸⁵⁷ Pour une telle conception du paiement, voir N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1961.

⁸⁵⁸ V. ZALEWSKI, *op. cit.* n° 3.

⁸⁵⁹ Ce seuil est appelé « *seuil de gratuité* » par V. ZALEWSKI

A. Identification du seuil des devoirs familiaux

513. Pour identifier le seuil des devoirs familiaux, il convient d'identifier les différents devoirs et d'en tracer les limites. Ainsi, il sera possible de distinguer les actes qui relèvent des devoirs familiaux et ceux qui n'en relèvent pas, soit parce que les conditions d'exécution du devoir ne sont pas remplies, soit parce que les actes accomplis vont au-delà de ce qui est attendu du débiteur, et qui pourront, par conséquent, être qualifiés de gratuits ou d'onéreux. Au contraire, les actes d'exécution des devoirs échapperont, parce qu'ils sont des actes d'exécution, à la distinction de la gratuité et de l'onérosité⁸⁶⁰.

Deux familles de devoirs doivent alors être distinguées : les devoirs alimentaires (1) et les devoirs d'assistance (2).

1° Les devoirs alimentaires

514. Il importe ici de rechercher et de limiter quantitativement l'objet des obligations alimentaires. Il variera selon qu'il sera question de l'obligation alimentaire « *proprement dite* »⁸⁶¹ (a) ou d'obligations alimentaires spécifiques, dont l'objet est plus étendu, mais qui ne seront applicables qu'entre certains parents très proches, telles le devoir d'entretien des parents envers leurs enfants et le devoir de secours entre époux (b).

a) l'obligation alimentaire proprement dite

515. ***Identification des débiteurs et créanciers d'aliments*** <> L'article 205 du Code civil impose une obligation alimentaire entre ascendants et descendants : « *les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* ». Conformément à l'article 207, qui énonce que les dispositions relatives aux

⁸⁶⁰ Voir *supra*, n°290 et s.

⁸⁶¹ P. COURBE, *Droit de la famille*, Armand Colin, coll. U, 4^{ème} éd., 2005, n° 1093.

créances d'aliments sont réciproques, les ascendants doivent, eux aussi, aliments à leurs descendants qui sont dans le besoin. Une obligation identique entre beaux-parents et gendres ou belles-filles est prévue à l'article 206 du Code civil.

516. **Objet et limite du devoir alimentaire : les besoins du créancier et la "fortune" du débiteur**<> L'objet de l'obligation est expressément établi par l'article 208 du Code civil : il s'agit de remédier au « besoin » dans lequel se trouve le créancier, qui n'est pas « *en mesure d'assurer sa subsistance, spécialement en exerçant une activité rémunérée* »⁸⁶². Mais, par ailleurs, le montant de la créance est fixé, outre en fonction des besoins du créancier, en fonction des moyens du débiteur, de sorte que l'étendue de l'obligation, son montant, ne sera pas le même pour tous les débiteurs d'aliments. De la même manière, les besoins de tous les créanciers ne seront pas identiques. Si, comme son nom l'indique, la créance a pour objet de permettre au créancier d'obtenir des moyens de subsistance (nourriture, logement), la créance pourra, dans certains cas, être plus importante. Ce sera le cas lorsque le créancier d'aliments devra faire face à des frais nécessités par son état de santé ; de même, il se pourrait que l'obligation s'étende aux frais de scolarité. Il en irait ainsi lorsque les grands-parents doivent aliments à leurs petits-enfants scolarisés⁸⁶³.

Quoi qu'il en soit, les obligations d'aliments plus spécifiques auront un objet plus étendu.

b) les obligations alimentaires renforcées : les devoirs d'entretien et le devoir de secours

517. **Devoir de secours**<> Le devoir de secours fait partie des devoirs du mariage, énoncés par l'article 212 du Code civil. Il impose aux époux de subvenir aux besoins de leur conjoint. Le fait générateur de la créance est donc le même que pour les créances d'aliments des articles 205 et suivants. Néanmoins, l'obligation alimentaire fondée sur le devoir de secours est renforcée par rapport à l'obligation alimentaire proprement dite⁸⁶⁴. En effet, l'époux débiteur n'est pas seulement tenu de faire face aux

⁸⁶² Soc. 6 mars 1985, Bull. civ. V, n° 152.

⁸⁶³ En ce sens, V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, n° 66.

⁸⁶⁴ A. BÉNABENT, *Droit civil, la famille*, Litec, 11^{ème} éd., 2003, n° 190.

besoins vitaux de son conjoint, mais il doit faire participer son conjoint à son niveau de vie⁸⁶⁵. Il y a donc bien un renforcement de l'obligation par rapport aux obligations alimentaires proprement dites, qui est fondée sur le fait que les époux, contrairement aux parents liés par des obligations alimentaires, s'engagent à vivre ensemble. Cependant, une telle obligation ne sera l'objet de litiges qu'en cas de séparation de corps ou en instance de divorce, si bien que l'on peut trouver, dans la fixation du montant de la pension alimentaire, un prélude à la prestation compensatoire qui sera finalement adoptée.

518. **Obligation d'entretien** ⇨ L'obligation d'entretien est, elle aussi, une obligation alimentaire renforcée⁸⁶⁶. Posée par l'article 203 du Code civil, elle est due par les parents envers leurs enfants. Si ce texte est relatif au mariage, il était admis que l'obligation d'entretien incombât aussi aux parents naturels⁸⁶⁷, jusqu'à ce que la loi n°2002-305 du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, ne le précise à l'article 371-2. Beaucoup plus forte que l'obligation alimentaire de droit commun⁸⁶⁸, l'obligation d'entretien couvre l'« *ensemble des besoins d'entretien et d'éducation de l'enfant* »⁸⁶⁹, à l'exception des frais d'établissement, expressément exclus par l'article 204. Dès lors, tous les frais d'entretien et d'éducation payés par des parents ne sont que l'exécution de leur obligation, et ne sauraient, même si leur montant est élevé, être rapportés à la succession, dans la mesure où, rentrant dans le cadre de l'exécution d'une obligation, ils ne sauraient être qualifiés d'actes gratuits.

2° Les devoirs d'entraide

519. De nombreux devoirs d'entraide existent entre personnes d'une même famille. Distincts des devoirs alimentaires, ils trouvent à s'exercer même lorsque le parent créancier n'est pas dans le besoin. Les devoirs d'assistance les plus forts sont ceux qui engagent les époux (a) mais il en existe d'autres (b).

⁸⁶⁵ Voir, pour une pension alimentaire allouée en cours d'instance de divorce, sur le fondement de l'article 255 c.civ. : Civ. 2^{ème} 7 mai 1980, Bull. civ. II, n° 97. Voir aussi P. COURBE, *Droit de la famille*, n° 189 et s. — A. BÉNABENT, *op. et loc.cit.*

⁸⁶⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil, la famille*, 11^{ème} éd., 2003, n° 874.

⁸⁶⁷ Voir entre autres Versailles, 3 oct. 1996, D. 1998, somm. 30, obs. Granet — V. ZALEWSKI, *op. cit.* n° 64.

⁸⁶⁸ A. BÉNABENT, *op. cit.* n° 850.

⁸⁶⁹ A. BÉNABENT, *ibid.*

a) les devoirs d'assistance entre époux

520. *Le devoir d'assistance de l'article 212 du Code civil* ⇨ Énoncé, comme le devoir de secours, par l'article 212 du Code civil, le devoir d'assistance est considéré comme distinct de ce dernier dans la mesure où, alors que le devoir de secours relève essentiellement des obligations pécuniaires entre époux, le devoir d'assistance intéresserait leur seul « *comportement personnel* »⁸⁷⁰. Relativement vague dans son contenu, le devoir d'assistance se traduit aussi bien par des soins prodigués à l'époux malade que par un travail accompli en sa faveur⁸⁷¹, ainsi que par le soutien moral et toutes les petites aides matérielles que les époux s'apportent dans le cadre de leur vie commune⁸⁷². Dès lors, le devoir d'assistance sera exécuté par la fourniture d'un travail, de services rendus par un époux à l'autre. La prestation de service ne pourra, compte tenu du fait qu'elle vient exécuter un devoir, être qualifiée de gratuite. Mais encore convient-il de savoir où s'arrête le devoir d'assistance, où est fixé son seuil. En effet, un époux qui aura accordé tout son temps à aider son conjoint dans son activité professionnelle ou à lui prodiguer des soins aura souvent la tentation de lui demander une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause, dès lors que le dépassement du seuil du devoir aura été involontaire, et dès lors, surtout, que l'époux assistant se sera appauvri, ce qui sera le cas dans les régimes séparatistes⁸⁷³.

⁸⁷⁰ A. BÉNABENT, *La famille*, 11^{ème} éd., n° 169 — Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, H. FULCHIRON, *La famille*, n°1147.

⁸⁷¹ *ibid.*

⁸⁷² G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat, Droit privé, 9^{ème} éd., 2006, n°30. L'auteur donne quelques exemples de « *menus services* » qui entrent indubitablement dans l'exercice du devoir d'assistance : dactylographier une lettre, ouvrir une porte, recevoir des communications.

⁸⁷³ Voir V. ZALEWSKI, *op. cit.* n° 411. Pour cet auteur, la question du seuil de gratuité du devoir d'entraide entre époux se pose essentiellement dans les régimes séparatistes. Dès lors que les époux sont associés au « *résultat patrimonial de leur mariage* », ils « *ne devraient pas avoir de raison de se plaindre d'un excès dans l'exécution de leurs devoirs* ». Plus simplement, le dépassement involontaire du seuil donnant lieu à une action *de in rem verso*, l'époux assistant doit justifier d'un appauvrissement pour obtenir gain de cause. L'époux qui participe à l'activité professionnelle de l'autre en régime de communauté enrichit, certes, son conjoint, mais il ne s'appauvrit pas, dans la mesure où, même si le fonds exploité est propre à l'assisté, les revenus de l'activité sont toujours communs. Dès lors, son action en enrichissement sans cause ne saurait prospérer. Voir J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, coll. U, 2^{ème} éd., 2001, n° 88. Voir *infra*, n°531 et s.

521. ***Le devoir de contribuer aux charges du mariage***<> Un autre devoir existe entre les époux : celui de contribuer aux charges du mariage, établi par l'article 214 du Code civil. Ce devoir présente, quant à lui, un double aspect, à la fois pécuniaire (contribuer aux dépenses, notamment solidaires, établies par le régime primaire impératif), et d'obligation en nature (participer aux tâches ménagères, contribuer à l'activité professionnelle du conjoint).

522. ***Un devoir général d'entraide entre époux***<> La distinction de ces deux devoirs paraît artificielle, de même que la distinction avec le devoir de secours qui, dans son acception actuelle⁸⁷⁴, n'est plus un simple devoir alimentaire, mais une obligation de faire participer le conjoint à son niveau de vie. Dès lors, il a été proposé de voir dans ces différents devoirs la déclinaison d'un seul et unique devoir général d'entraide entre époux⁸⁷⁵. Il est alors important d'établir le seuil de ce devoir, étant entendu que l'exécution du devoir ne pourra être qualifiée de gratuite, et que seul le dépassement du seuil pourra permettre de déceler un acte gratuit.

523. ***Seuil du devoir d'entraide***<> À l'origine, le devoir d'assistance, apparaissait comme illimité⁸⁷⁶, contrairement aux obligations alimentaires, limitées à la fois par les besoins du créancier et par les moyens du débiteur. C'est ainsi que, lorsque la femme était soumise à la puissance de son mari, elle était engagée sans limite⁸⁷⁷. Au contraire, la contribution aux charges du mariage a toujours été limitée aux facultés contributives des époux ou à ce qui a été prévu par le contrat de mariage, ainsi que le prévoit l'article 214 du Code civil. Il y avait donc bien une différence à faire entre le devoir d'assistance et le devoir d'entraide. Le premier étant illimité, les actes d'assistance ne pouvaient jamais être qualifiés de gratuits.

524. ***Tâches domestiques***<> Ainsi, l'exécution des tâches ménagères ou domestiques relevait du devoir d'assistance et non de la contribution aux charges du mariage. En effet, c'était le mari qui était chargé, à titre principal, de la contribution aux

⁸⁷⁴ Voir *supra*, n°517

⁸⁷⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et H. FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Defrénois, 2004, n° 1147—C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, Th. Strasbourg, LGDJ, 1981, préf. G. Wiederkehr.

⁸⁷⁶ V. ZALEWSKI, *op. cit.* n° 407.

⁸⁷⁷ V. ZALEWSKI, *op. cit.*, n° 422 : « il faudra (...) attendre que l'égalité prenne son envol dans le droit de la famille, pour que des limites aux devoirs entre époux soient admises ».

charges du mariage, la femme y concourant, à titre subsidiaire⁸⁷⁸, par les apports financiers qu'elle pouvait faire. L'exécution des tâches domestiques était pour elle un devoir qui ne participait donc pas de la contribution aux charges du mariage⁸⁷⁹, à laquelle la femme n'était tenue que dans des cas exceptionnels. Il en allait ainsi lorsque, notamment, elle disposait d'un patrimoine propre important, où lorsqu'elle exerçait une activité professionnelle, la femme devant alors affecter une partie des revenus perçus aux charges du mariage.

Depuis la loi du 11 juillet 1975⁸⁸⁰, la contribution aux charges du mariage incombe de façon égalitaire aux deux époux. Il n'y a donc plus d'obstacle à ce que l'exécution des tâches domestiques y soit, naturellement, rattachée. Mais avec l'égalité et le rattachement au devoir de contribution aux charges du mariage apparaît nécessairement une limite à ce devoir. Cette dernière est, indirectement, reconnue, notamment quand la jurisprudence qualifie de rémunératoire la donation octroyée à l'époux qui a passé tout son temps à l'exécution des tâches domestiques⁸⁸¹. En revanche, il semble peu probable qu'une telle situation permette à une action en enrichissement sans cause d'aboutir⁸⁸².

⁸⁷⁸ Voir ainsi la rédaction d'origine de l'article 214 du Code civil : « *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre par-tout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* ». Le texte a ensuite été modifié de la façon suivante, par la loi du 18 février 1938 : « *Le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état. Sur les biens dont elle a l'administration, la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs, sauf dans les cas prévus aux articles 1537 ou 1575, où la contribution de la femme est fixée sur les bases établies en ces articles (...)* ». La loi du 22 septembre 1942 modifiera à nouveau ce texte, tout en conservant le principe de contribution à titre principal par le mari : « *Si le contrat de mariage ne règle pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils contribuent à celles-ci en proportion de leurs facultés respectives. L'obligation d'assumer ces charges pèse, à titre principal, sur le mari. Il est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état (...)* ». La loi du 13 juillet 1965 ne dira pas grand-chose de différent : « *Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Les charges du mariage incombent au mari, à titre principal. Il est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état. La femme s'acquitte de sa contribution en la prélevant sur les ressources dont elle a l'administration et la jouissance, par ses apports en dot ou en communauté, par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession du mari* ».

⁸⁷⁹ V. ZALEWSKI, *op. cit.* n° 427.

⁸⁸⁰ Voir note 878.

⁸⁸¹ Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2000, D. 2000, Somm. 428, obs. Nicod ; JCP 2000.I.245, n° 1, obs. Wiederkehr ; Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, JCP 2003.I.111, n° 22, obs. Storck ; Dr. Fam. 2002, n° 149, note B.B. ; RTD Civ. 2002, p. 790, obs. Hauser. Voir A. GOUTTENOIRE-CORNUT, *Collaboration familiale et enrichissement sans cause*, Dr. Fam. 1999, chr. 19, p. 8, critique : il faudrait, pour pouvoir prétendre à rémunération, que le travail domestique de l'époux ait enrichi son conjoint. Cette observation, qui limiterait l'admission de l'action *de in rem verso* de l'épouse (ou de l'époux...) travaillant à domicile, ne nous semble pas devoir s'opposer à

525. **Soins médicaux**<> De la même manière, un auteur a pu considérer que le fait, pour un époux, de passer tout son temps à prodiguer des soins à son conjoint constituait un dépassement de ce qui est dû au titre du devoir d'assistance⁸⁸³. Si cette solution devait être retenue, l'unification de ce devoir et de celui de contribuer aux charges du mariage serait consommée, dans la mesure où ces deux devoirs seraient limités. Le seuil du devoir d'assistance serait alors à rechercher du côté du débiteur. Ainsi, le seuil serait dépassé dès lors que le temps passé à soigner l'autre empièterait sur le temps qui, normalement, devrait être consacré au travail. Cette vision sordidement comptable du mariage permettrait alors de rapprocher les solutions en matière de devoir d'assistance. En effet, l'assistance par les soins aurait alors le même régime que l'assistance professionnelle.

526. **Assistance professionnelle**<> La collaboration professionnelle⁸⁸⁴ du conjoint relève, également, du devoir d'entraide entre époux⁸⁸⁵. Cependant, les devoirs du mariage n'obligent pas les époux à abandonner toute activité professionnelle propre pour se consacrer à celle de leur conjoint. Ainsi, dès que l'activité empiète sur le temps qui devrait, en principe, être consacré au travail, fût-ce à temps partiel, on peut considérer qu'il y a dépassement du seuil de gratuité⁸⁸⁶.

l'admission d'une donation rémunératoire : cette dernière vise, en effet, à rémunérer un service rendu, peu important qu'il ait ou non enrichi son bénéficiaire.

⁸⁸² S'il est évident que l'époux qui « *sur-contribue* » aux tâches domestiques subit un appauvrissement (V. ZALEWSKI, *op. cit.* n°428), l'enrichissement corrélatif de son conjoint ne sera-t-il pas difficile à établir ? Il faudra, au minimum, pour l'admettre, que les époux soient mariés sous un régime séparatiste et, par ailleurs, que le défendeur à l'action ait eu des revenus nettement supérieurs à ceux du demandeur, justifiant que ce soit bien lui qui ait évité une dépense. En effet, il convient, très certainement, d'apprécier les facultés contributives de chacun des époux aux charges du mariage pour apprécier lequel des deux a évité une dépense grâce à l'activité domestique de l'un d'entre eux.

⁸⁸³ V. ZALEWSKI, *op. cit.*, n° 439.

⁸⁸⁴ E. WAGNER, *La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint*, D. 1985, chr. p. 1.

⁸⁸⁵ Que l'on considère qu'elle participe de la contribution aux charges du mariage (en ce sens, V. ZALEWSKI, *op. cit.* n° 426) ou, plus vraisemblablement (le travail est-il à proprement parler une charge ?), du devoir d'assistance (G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 9^{ème} éd., 2006, n° 30).

⁸⁸⁶ V. ZALEWSKI, *op. cit.* n° 435 et 436.

b) les autres devoirs d'assistance

Il existe des devoirs d'assistance en dehors du mariage, qui, eux aussi, connaissent un seuil. Nous nous bornerons à les indiquer rapidement.

527. **PACS**<> L'article 515-4 du Code civil, issu de la loi du 15 novembre 1999, énonçait que « *les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte* ». L'indicatif valant impératif, le Conseil constitutionnel avait, logiquement, posé une réserve d'interprétation relativement à ce texte, estimant que « *l'aide mutuelle et matérielle s'analyse comme un devoir entre partenaires du pacte ; il en résulte implicitement mais nécessairement que, si la libre volonté des partenaires peut s'exprimer dans la détermination des modalités de cette aide, serait nulle la clause méconnaissant le caractère obligatoire de la dite aide ; par ailleurs, dans le silence du pacte, il appartiendra au juge du contrat, en cas de litige, de définir les modalités de cette aide en fonction de la situation respective des partenaires* »⁸⁸⁷. La loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, a modifié ce texte et prévu que « *si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives* ». Ainsi, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité sont tenus d'un devoir d'entraide, dont ils fixent les limites dans le pacte. Le dépassement de cette limite seule pourra alors, éventuellement, être qualifiée de gratuite. À défaut de stipulation expresse, il appartiendra au juge de déterminer le seuil du devoir, en fonction des facultés respectives des partenaires.

528. **Piété filiale**<> Il est, enfin, un autre devoir général d'assistance, énoncé à l'article 371 du Code civil, selon lequel « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* » : la piété filiale⁸⁸⁸. Ce devoir est, contrairement aux obligations alimentaires, unilatéral, et, par ailleurs, il est perpétuel : il ne cesse pas avec la majorité de l'enfant. Ce devoir est souvent considéré comme purement moral. Du reste, le Code civil

⁸⁸⁷ Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, JO 16 nov. ; D. 2000, Somm. 424 obs. Garneri ; JCP 2000.I.261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; PA 1^{er} déc. 1999, note Schoettl ; PA 26 juill. 2000 obs. Mathieu et Verpeaux.

⁸⁸⁸ G. CORNU, *La famille*, n°61 et s.

ne prévoit pas de sanction⁸⁸⁹. Il devait servir de « *point d'appui* » au juge, de principe de référence⁸⁹⁰. Ceci dit, de plus en plus, la jurisprudence n'hésite pas à y voir un véritable devoir juridique⁸⁹¹, et à en poser les limites⁸⁹². Au-delà du seuil du devoir de piété filiale, l'enfant sera fondé à demander une indemnisation à ses parents⁸⁹³.

B. Conséquences du dépassement du seuil des devoirs alimentaires et d'assistance

529. Lorsque le seuil des devoirs familiaux est dépassé, il n'est plus question de qualifier les actes accomplis par le débiteur au profit du créancier d'actes d'exécution. Deux situations sont alors possibles : soit le dépassement est volontaire, auquel cas on pourra y voir un acte juridique d'organisation de l'échange soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité (1), soit il est involontaire, et devra alors être regardé comme un fait juridique non soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité (2). Dans les deux cas, il faudra se poser la question de la qualification de l'avantage fourni en retour par le créancier du devoir bénéficiaire du dépassement du seuil (3).

⁸⁸⁹ G.CORNU, *ibid.* : « *En tant que devoir de piété, il dicte une loi du cœur qui tient tout droit par elle-même, comme un précepte moral, sans le secours d'aucune sanction (la loi n'en édicte pas ; ce serait déchoir de la fulminer avec la règle)* ».

⁸⁹⁰ F.-X. TESTU, note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, JCP 1993.II.22097.

⁸⁹¹ Voir ainsi Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, JCP 1993.II.22097, note Testu ; D.1993 p. 247, note Eschylle ; JCP N 1993.II.137 note Salvage ; Defr. 1992.1435, note Massip ; RTD Civ. 1993.171, obs. Patarin : condamnation des enfants d'une personne morte dans le dénuement à payer les frais d'obsèques sous le double visa des articles 205 et 371 du Code civil.

⁸⁹² Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, D. 1995, p. 623, note Tchendjou ; JCP 1995.II.22425, note Sériaux, Defr. 1994, p. 1511, note X. Savatier ; RTD Civ. 1995, p. 373, obs. Mestre et p. 408, obs. Patarin.

⁸⁹³ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, préc. : « *le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir d'indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents* ». En l'espèce, un enfant avait sacrifié toute activité professionnelle pour soigner ses parents malades. La Cour d'appel avait rejeté son action en considérant que le demandeur n'avait fait qu'exécuter un devoir moral dont il pensait être tenu. Or il n'était tenu que de la piété filiale, et avait dépassé le contenu de ce devoir, ce qui justifie la cassation. On ne peut que regretter, cependant, que la Cour de cassation ne s'explique pas plus sur l'absence de cause de l'enrichissement. Certes, le seuil de gratuité est dépassé, mais il ne suffit pas qu'il le soit ainsi pour admettre l'action *de in rem verso* : encore faut-il, à notre avis, que le dépassement soit involontaire, sans quoi il est gratuit parce que fondé sur une intention libérale. Dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, Juris-Data n°2006-032962. Voir *infra*, n°531 et s.

1° Le dépassement volontaire du seuil du devoir

530. **Acte gratuit ou onéreux**<> Le dépassement volontaire du seuil des devoirs de famille permettra de détecter un acte juridique soumis à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, selon qu'il est ou non conditionné par la fourniture d'une contre-prestation de la part du créancier de l'obligation légale. Si le dépassement du seuil de gratuité est conditionné par la fourniture d'une contre-prestation de la part du créancier du devoir, on est alors en présence d'un acte onéreux. Si, en revanche, le débiteur du devoir dépasse le seuil de gratuité volontairement, sans vouloir de contre-prestation, on est alors en présence d'un acte gratuit : il y a bien une intention libérale de la part de l'acteur de gratuité débiteur du devoir familial.

Dès lors que le seuil du devoir aura été dépassé volontairement et gratuitement, le régime de l'acte gratuit correspondant devra donc s'appliquer. Ainsi, surtout, lorsque le débiteur du devoir alimentaire ou du devoir d'entraide aura donné de l'argent ou un bien au créancier, on sera en présence d'une libéralité. Le rapport des sommes fournies au créancier d'aliment pourra alors être exigé, de même que la réduction pour atteinte à la réserve.

2° Le dépassement involontaire du seuil du devoir

531. **Enrichissement sans cause**<> Au contraire, si le dépassement du seuil du devoir est involontaire, il devra être qualifié de fait juridique. On se retrouvera dans un cas d'ouverture de l'action *de in rem verso*. Ainsi, le débiteur du devoir d'entraide ou alimentaire qui est allé au-delà de ce qui était exigé de lui, sans savoir qu'il franchissait le seuil du devoir, s'appauvrit tandis que le créancier s'enrichit. La cause de ce mouvement de valeur ne peut pas résider dans le devoir posé par la loi : il n'est, en effet, que la cause de sa stricte exécution, jusqu'au seuil compris, mais ne saurait être la cause de son dépassement. Certains arrêts, comme celui de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 juin 1992, cassé par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 1994⁸⁹⁴, ont pu

⁸⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, préc. note 892.

débouter le demandeur à l'action *de in rem verso* en estimant que l'enrichissement procuré au créancier était causé par le sentiment, existant chez l'appauvri, d'être tenu envers son parent d'un devoir moral allant au-delà du seul devoir légal. Ceci impliquait que le dépassement du seuil du devoir fût volontaire, ce qui n'était manifestement pas le cas. De deux choses l'une : soit le dépassement du seuil est volontaire, et alors peu importe son mobile : il ne peut constituer un enrichissement sans cause ; soit il est involontaire et ouvre alors droit à l'action *de in rem verso*. On a vu combien le seuil des différents devoirs familiaux pouvait varier. On comprend alors que le débiteur d'un tel devoir puisse, sans le faire exprès, aller au-delà de ce qui était exigé de lui par la loi, et qu'il puisse, par la suite, demander une indemnité pour le surplus.

532. **Difficulté de preuve**<> La difficulté est alors probatoire. D'une part, il faut se demander qui a la charge de la preuve de l'existence ou de l'absence de cause ; d'autre part, il faut se demander comment elle sera prouvée. Selon l'article 1315 du Code civil, celui qui demande l'exécution d'une obligation doit la prouver. Il appartient alors au demandeur à l'action *de in rem verso* de prouver l'obligation quasi-contractuelle du défendeur. Il doit donc prouver l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif, ainsi que l'absence de cause. Il lui appartiendrait alors de prouver son absence d'intention libérale. S'agissant d'un fait juridique, le quasi-contrat, ainsi que toutes ses composantes, doit pouvoir être prouvé par tout moyen. Il en va donc ainsi de l'absence de cause. Cette dernière peut être rapportée aisément si les parties au litige entretenaient des rapports tendus, voire froids. Mais, dans l'hypothèse où elles se seraient bien entendues jusqu'au procès, cela ne veut pour autant pas dire que le dépassement du seuil du devoir était causé. D'où la difficulté de prouver l'absence d'intention libérale, même si, pour ce faire, il suffirait de prouver le caractère involontaire du dépassement. Là encore, on peut s'interroger sur les moyens de preuve.

533. **Renversement jurisprudentiel de la charge de la preuve**<> Devant une telle difficulté, certains arrêts ont alors mis à la charge du défendeur à l'action la preuve de l'intention libérale du demandeur, c'est-à-dire la preuve de l'existence d'une cause⁸⁹⁵. Une telle position est, *de lege ferenda*, compréhensible, dans la mesure où la preuve d'un fait positif est toujours plus facile à rapporter que celle d'un fait négatif. S'agissant d'une

⁸⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, Dr. et patrimoine 1998, n° 1923, obs. Chauvel, retenant l'enrichissement sans cause en l'absence de preuve de l'intention libérale d'une mère ayant aidé son fils et sa belle-fille dans l'exploitation d'un commerce.

intention, la preuve de la présence de l'intention est délicate, mais la preuve de l'absence d'intention semble carrément impossible, sauf circonstances exceptionnelles. *De lege lata*, ces arrêts doivent pourtant être critiqués. En effet, ils violent ouvertement l'article 1315 du Code civil, qui met clairement à la charge du prétendu créancier la preuve de l'existence de l'obligation, tandis que le débiteur doit, quant à lui, prouver son exécution. Or, en matière d'enrichissement sans cause, la preuve de l'absence de cause participe de la preuve de l'existence de l'obligation.

La plupart du temps, le juge fera sa religion en scrutant l'attitude des uns et des autres dans la famille, en s'immisçant le plus possible dans leurs relations. Nous ne pouvons que comprendre, alors, que, la plupart du temps, les arrêts se contentent d'observer le dépassement du seuil du devoir pour condamner le créancier à indemniser son débiteur. Certes, il n'y a pas de référence à la cause de l'enrichissement. Mais cela ne veut pas, pour autant, dire que tout dépassement du seuil du devoir soit nécessairement sans cause. La jurisprudence laisse cependant penser, que, implicitement, il y a une présomption selon laquelle lorsqu'une personne est tenue d'un devoir alimentaire ou d'assistance, et qu'elle va au-delà de ce qui est exigé d'elle, le dépassement du seuil du devoir est involontaire. On ne peut que s'en féliciter, dans la mesure où il est bien évident que les débiteurs de devoirs familiaux ont, la plupart du temps, du mal à apprécier eux-mêmes leur seuil. On peut même penser que certains d'entre eux ignorent que leurs devoirs sont limités. Si *nul n'est censé ignorer la loi*, on ne peut pas exiger des justiciables qu'ils connaissent *le droit*, qui est, bien évidemment, bien plus que la loi⁸⁹⁶.

3° Avantage fourni en retour.

534. Le créancier du devoir, bénéficiaire et conscient du dépassement de son seuil, peut vouloir, à son tour, fournir un avantage au débiteur trop généreux. Il nous faut alors qualifier cette gratification en retour, en fonction du caractère volontaire ou involontaire, onéreux ou gratuit, du dépassement du seuil de gratuité.

⁸⁹⁶ J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 21.

535. **Dépassement du seuil du devoir volontaire à titre onéreux**<> Dans ce cas, la prestation fournie en retour constituera la contre-prestation du dépassement du devoir. Sa fourniture devra être qualifiée de paiement, et, à ce titre, échappera à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.

536. **Dépassement du seuil à titre gratuit**<> On se retrouve alors confronté à une hypothèse typique de donation rémunératoire : la donation vise à rémunérer un avantage fourni gratuitement par le débiteur du devoir, par ailleurs acteur de gratuité.

537. **Dépassement involontaire du seuil du devoir**<> Dans une telle hypothèse, le créancier du devoir familial est tenu d'indemniser le débiteur. Le fait qu'il lui fournisse un avantage en retour lui permet donc d'exécuter son obligation, par une dation en paiement acceptée par son parent trop généreux. Dans l'hypothèse où la valeur du bien donné serait supérieure à celle du service ou du bien reçu, il conviendrait de voir, avant de considérer que le surplus constitue un avantage à titre gratuit, s'il n'y a pas équivalence subjective des prestations au sens de l'article 1104 du Code civil⁸⁹⁷.

§2 : LA FAVEUR POUR LA GRATUITÉ DANS LES RAPPORTS FAMILIAUX

538. Comme nous avons pu le laisser entendre dans le paragraphe précédent, la gratuité est difficile à appréhender dans le cercle familial. Il convient, surtout, pour la qualifier, de voir si l'apparent acteur n'était pas tenu d'un devoir alimentaire ou d'entraide envers l'apparent bénéficiaire. Dans ce cas, il ne pourra y avoir de gratuité que si le débiteur du devoir est allé au-delà de ce qui était attendu de lui, et, par ailleurs, si le dépassement du « *seuil de gratuité* » était volontaire et non conditionné par la fourniture d'une contre-prestation de la part du créancier du devoir. Cette difficulté dans l'appréhension de la gratuité pourrait laisser croire que la gratuité est découragée dans le cercle de famille. Il n'en est rien, bien au contraire. Le droit privé est, en effet, favorable à la gratuité au sein de la famille (A). De manière plus directe et explicite, le droit fiscal tend également à favoriser la gratuité dans le cercle familial (B).

⁸⁹⁷ Voir *supra*, n°372 et s.

A. Les faveurs de droit privé

539. ***Encouragement implicite de la gratuité dans la famille***<> Comme dans les relations entre amis, les actes gratuits accomplis à l'intérieur du cercle de famille sont favorisés parce qu'ils sont la manifestation de liens de solidarité privés essentiels. En particulier, les services gratuits fournis entre parents devront permettre l'application des régimes supplétifs des différents contrats gratuits régis par le Code civil, favorables à l'acteur de gratuité et, par conséquent, à la gratuité elle-même. Ainsi, les divers allègements et élisions de responsabilité et de garantie devront trouver à s'appliquer. Il n'y a là rien de très particulier aux relations de famille, puisque nous avons vu que de telles solutions s'appliquaient, plus généralement, aux actes gratuits fournis entre amis. On a donc là, toujours, une reconnaissance implicite de la famille en tant que groupe solidaire à l'intérieur duquel la gratuité est encouragée.

540. ***Encouragement explicite de la gratuité dans la famille***<> Ponctuellement, il arrive que le droit favorise la gratuité au sein de la famille de façon explicite. C'est le cas en matière de mandat entre époux dans les régimes matrimoniaux. Si la possibilité de recourir au mandat entre époux est prévue, dans le régime primaire impératif, par les articles 218 et 219 du Code civil, il n'y est pas investi d'un régime spécifique. En revanche, le droit des régimes matrimoniaux prévoit, également, la possibilité d'un mandat, en allégeant les obligations du mandataire par rapport au droit commun. Ainsi, l'article 1431 du Code civil permet aux époux mariés sous le régime de la communauté légale de se mandater pour l'administration de leurs biens propres. L'article 1539 fait de même, en régime de séparation de biens, pour l'administration des biens personnels des époux. Dans les deux cas, il est indiqué que le régime du mandat est applicable, mais que, toutefois, l'époux mandataire ne sera tenu de rendre compte des fruits que lorsque la procuration l'y obligera expressément. Il s'agit là encore d'une faveur faite au mandataire⁸⁹⁸, et, plus spécifiquement, dans l'esprit du législateur, au mandataire gratuit. Certes, les articles 1431 et 1539 ne distinguent pas entre le mandat gratuit et le mandat

⁸⁹⁸ Voir Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 2004, n° 103—J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, coll. U, 2^{ème} éd., 2001, n° 408 : « c'est la confiance entre époux qui justifie cette dispense ».

onéreux, et il est fort probable que la dispense de rendre compte des fruits s'applique également en matière de mandat onéreux. Cette disposition a pour effet de « *supprime(r) la responsabilité contractuelle du mandataire* »⁸⁹⁹ ; or si la responsabilité du mandataire est allégée entre époux, c'est en raison du caractère supposé bénévole du mandat dans le cadre familial⁹⁰⁰.

541. ***Propriété intellectuelle : représentation gratuite dans le cercle de famille***<> Il existe d'autres dispositions spécifiques qui concernent la gratuité au sein de la famille. C'est ainsi que l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle soustrait au monopole de l'auteur les « *représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* ». Il y a là un régime de faveur parfaitement justifié : la famille est un lieu de vie en commun, et il serait pour le moins incongru d'exiger que les personnes qui achètent ou louent des CD ou des DVD se voient obligées de les visionner ou de les écouter toutes seules. Si le bon consommateur est un consommateur célibataire, le droit se doit d'encourager la fraternité, intégrée à la devise de la République.

B. Les faveurs de droit fiscal

542. Au contraire, certaines faveurs apportées à la gratuité dans le cercle de famille sont propres à ce cadre. Il en va ainsi, notamment, en matière fiscale. Le barème des droits de mutation à titre gratuit est un exemple révélateur de l'attitude générale du droit face à la gratuité : plus cette dernière se développe entre proches parents, plus elle est favorisée. En la matière, en revanche, il n'y a aucune considération pour les liens amicaux. Les faveurs pour les mutations à titre gratuit intra-familiales se manifestent à deux égards : au niveau des abattements (1) et du tarif (2) des droits de mutation.

⁸⁹⁹ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. et loc. cit.*

⁹⁰⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. et loc. cit.*

1. Les abattements sur l'assiette des droits de mutation à titre gratuit

543. **Barème des abattements**<> L'article 779 du Code Général des Impôts prévoit des abattements pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit. Le montant de ces abattements varie en fonction du degré de parenté existant entre le donateur et le donataire⁹⁰¹. L'abattement le plus important est celui applicable au conjoint, qui s'élève à 76 000 €. Puis viennent les mutations en ligne directe, pour lesquelles est prévu un abattement de 50 000 €. Pour les personnes liées par un pacte civil de solidarité, l'abattement est désormais de 57 000 € pour les libéralités consenties depuis le 1^{er} janvier 2002. À défaut d'abattement, donc entre des personnes dont le lien de parenté est distant, un abattement de 1 500 € est prévu pour les successions⁹⁰², mais aucun abattement n'est prévu en matière de donations.

544. **Faveur pour les couples officiels, défaveur pour le concubinage**<> Il y a donc une volonté, de la part du législateur, de favoriser les donations et, plus largement, les mutations à titre gratuit au sein du groupe solidaire qu'est la famille, étant entendu que cette dernière est constituée de noyaux à l'intérieur desquels la solidarité est plus ou moins forte. Ainsi, le législateur privilégie les mutations à titre gratuit à l'intérieur du couple officiel : époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité. En revanche, il ne reconnaît pas le couple non officiel, les concubins ne bénéficiant pas d'abattement, si ce n'est celui de 1 500 € qui pourra toujours être appliqué au légataire⁹⁰³.

545. **Faveur pour les libéralités en ligne directe**<> De la même manière, les mutations en ligne directe sont privilégiées par rapport aux mutations en ligne collatérale. Relativement à ces dernières, il n'existe, en effet, qu'un abattement en matière de mutations par décès, prévu par l'article 788 II du Code général des impôts. Ce dernier s'élève à 57 000 €, mais ne bénéficie qu'aux frères et soeurs célibataires, veufs, divorcés ou séparés de corps, à la double condition qu'ils soient âgés de plus de 50 ans ou atteints d'une infirmité les empêchant de subvenir à leurs besoins par leur travail, et qu'ils aient constamment été domiciliés chez le défunt au cours des cinq années ayant précédé le décès.

⁹⁰¹ Ou entre le *de cuius* et l'héritier ou le légataire, ce texte étant commun aux successions et aux donations.

⁹⁰² Art. 788, IV CGI.

⁹⁰³ F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Litec, 4^{ème} éd., 2005, n° 1714.

On retrouve, dans cette disposition, une volonté de favoriser la fratrie, lorsque le frère ou la sœur héritier ou légataire est seul et dans l'incapacité de subvenir à ses besoins, lorsque le décès de son frère ou de sa sœur aurait pour effet de le plonger dans l'exclusion. Néanmoins, cette disposition n'est pas applicable aux donations entre vifs.

La même logique préside au barème des droits de mutation à titre gratuit.

2. Le tarif des droits de mutation à titre gratuit

546. **Barème**<> Le tarif des droits de mutation à titre gratuit est établi à l'article 777 du Code général des impôts. Le barème le moins défavorable est celui prévu pour les mutations entre époux. Celui prévu pour les mutations en ligne directe est un peu plus défavorable. Puis viennent le barème prévu entre frères et soeurs ; entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité ; entre parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, et, enfin, entre étrangers⁹⁰⁴.

547. **Explication du barème : principe de faveur pour la gratuité au sein de la famille proche**<> Plus le degré de parenté est fort, moins les droits de mutation seront élevés. Ceci pourrait se comprendre par le fait que les proches parents sont héritiers *ab intestat*. Néanmoins, le barème ne fait aucune différence entre les personnes appelées à la succession et les donataires ou légataires. La seule explication possible à ce barème est alors celle qui consiste à dire que les mutations à titre gratuit ne doivent pas être trop découragées au sein de la famille proche, donc au sein du groupe solidaire.

548. **Rôle des transmissions de patrimoine dans la solidarité inter-générationnelle**<> Du reste, le rôle des transmissions de patrimoine en tant qu'instrument de solidarité inter-générationnelle a maintes fois été relevé. C'est ainsi qu'une proposition

⁹⁰⁴ Tarif pour les mutations entre époux : 5% jusqu'à 7 600 € ; 10 % entre 7 600 et 15 000 € ; 15% entre 15 000 et 30 000 € ; 20% entre 30 000 et 520 000 € ; 30% entre 520 et 850 000 € ; 35% entre 850 000 et 1 700 000 € ; 40% au-delà de 1 700 000 € (art. 777 C.G.I., Tableau II) — En ligne directe : 5% jusqu'à 7 600 € ; 10% entre 7 600 et 11 400 € ; 15% entre 11 400 et 15 000 € ; 20% entre 15 000 et 520 000 € ; 30% entre 520 000 et 850 000 € ; 35% entre 850 000 et 1 700 000 € ; 40 % au-delà de 1 700 000 € — Entre frères et sœurs : 35% pour la part n'excédant pas 23 000 € ; 45% au-delà — Entre partenaires liés par un Pacte civil de solidarité : 40% pour la part n'excédant pas 15 000 € ; 50 % au-delà (art. 777 bis CGI) — Entre parents jusqu'au quatrième degré inclusivement : 55% — Entre étrangers : 60%

de loi relative à la suppression des droits de succession, déposée le 22 septembre 2004, énonce, dans son exposé des motifs, qu' « *on constate notamment le développement d'un phénomène, celui d'une solidarité inter-générationnelle entre petits-enfants et grands-parents, lesquels assurent souvent par leur aide le relais de parents qui, du fait de l'allongement de la vie, n'accèdent au patrimoine familial que tardivement. Au demeurant, les liens collatéraux ne sont pas non plus à négliger ; ils peuvent également être un facteur de solidarité familiale, les célibataires âgés pouvant compter sur l'aide des frères et sœurs ou des neveux et nièces* »⁹⁰⁵. Cependant, cette proposition de loi, anecdotique au demeurant, ne propose pas d'abroger les droits de mutation sur les donations.

549. **Conclusion de la Sous-Section 2** <> L'identification de la gratuité au sein de la famille est délicate, compte tenu de la présence de nombreux devoirs justifiant des fournitures de prestations alimentaires ou d'aide sans contrepartie. Elle est néanmoins possible : toute fourniture volontaire de prestations objectives, en dehors des conditions de mise en œuvre du devoir ou au-delà de son seuil pourra être qualifiée de gratuite si elle n'est pas conditionnée par la fourniture d'une contreprestation. Il apparaît alors que la gratuité est favorisée au sein de la famille par le droit privé et par le droit fiscal.

550. **Conclusion de la section 1** <> Implicitement, le législateur reconnaît le groupe amical comme lieu d'exercice d'une solidarité privée qu'il tend à encourager en favorisant le recours à la gratuité. Il en va de même à propos de la famille, au sein de laquelle le droit tend à imposer une solidarité par des devoirs qui peuvent être dépassés volontairement et sans contrepartie. La gratuité alors manifestée sera également favorisée la plupart du temps implicitement, par application des mêmes dispositions que dans le groupe amical. Cependant, il arrive que la gratuité soit exceptionnellement, en la matière, reconnue et encouragée expressément.

Il est, cependant, d'autres groupes solidaires dans lesquels la gratuité est encouragée de façon bien plus explicite.

⁹⁰⁵ Proposition de loi n° 1811, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 22 septembre 2004, déposée par MM les députés Jean-Christophe LAGARDE, Olivier JARDÉ, Yvan LACHAUD, Jean LASSALLE, Maurice LEROY, Hervé MORIN et Rudy SALLES.

SECTION 2 : LA GRATUITÉ ENCOURAGÉE EXPRESSÉMENT DANS DES GROUPES SOLIDAIRES

551. Il arrive que la gratuité soit expressément encouragée au sein de certains groupes, qu'il est alors possible de qualifier de solidaires. C'est le cas, comme nous avons déjà pu l'indiquer, lorsqu'il impose la gratuité dans certaines circonstances. Nous avons ainsi pu évoquer le cas des contrôleurs, dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, dont les fonctions sont gratuites, au titre de l'article L.621-11 du Code de commerce. Cette gratuité se justifie par le fait que les contrôleurs sont des créanciers chargés de veiller à l'intérêt collectif des créanciers, donc des personnes chargées de veiller à l'intérêt d'un groupe dont ils font partie et dont l'unité et la solidarité sont fondées par le caractère collectif de la procédure.

Nous avons aussi pu évoquer le cas des coopératives de commerçants détaillants, dont la philosophie d'origine consiste précisément à renforcer la solidarité entre commerçants. Les fonctions de membre du conseil d'administration ou de membre du conseil de surveillance y sont alors gratuites⁹⁰⁶.

Mais le droit va, souvent, mettre en place un dispositif de faveur pour la gratuité, sans pour autant l'imposer. L'idée est la même que celle qui préside au régime de faveur dont jouissent les contrats de bienfaisance : à l'intérieur de groupes solidaires, il est normal que de la gratuité intervienne, et il faut favoriser cette gratuité en n'obligeant pas trop l'acteur de gratuité, mais aussi, parfois, en dispensant le bénéficiaire d'un travail gratuit de certaines obligations légales, telles que les cotisations sociales.

C'est ainsi que le législateur est intervenu pour favoriser la gratuité entre agriculteurs, en régissant le contrat d'entraide agricole (Sous-Section 1).

C'est ainsi, également, que la jurisprudence a pu favoriser le bénévolat au sein de l'association (Sous-Section 2).

⁹⁰⁶ Voir *supra*, n°424.

SOUS-SECTION 1 : L'EXEMPLE DU CONTRAT D'ENTRAIDE AGRICOLE

552. Nous avons vu que la fourniture de services gratuits réciproques entre voisins, parents ou amis était le fondement du régime des contrats de bienfaisance. Ces derniers, loin d'être désintéressés, sont la marque d'une solidarité privée, d'une entraide, qui va justifier une réciprocité, et ce malgré leur gratuité. Les contrats de bienfaisance sont alors à la limite du non-droit, bénéficiant d'un allègement de la pression juridique les entourant, mais néanmoins régis par le Code civil, essentiellement dans l'optique de protéger le propriétaire prestataire du service (prêteur) ou bénéficiaire (déposant, mandant) en assurant une restitution de la chose. Le trait le plus marquant de ces contrats de bienfaisance réside dans le fait qu'ils constituent bel et bien des contrats, et que, par conséquent, leur conclusion est libre. Fussent-ils la composante d'une relation de réciprocité entretenue dans la durée entre des personnes se faisant confiance, il n'empêche que ces contrats peuvent très bien ne pas être conclus. Il n'y a aucune obligation de rendre des avantages reçus gratuitement, et c'est précisément pour cela que l'on peut qualifier ces contrats de gratuits même lorsqu'ils s'intègrent dans un flux d'avantages réciproques.

553. Si la justification du régime des contrats de bienfaisance est issue d'une vision des rapports entre voisins, amis ou membres d'une même famille qui s'est peut-être altérée avec le temps, il est un domaine où la solidarité est restée vivace : le monde agricole. Il est fréquent que des agriculteurs s'apportent une aide mutuelle, en travaillant les uns pour les autres ou en se prêtant des machines ou des outils.

Au regard du droit civil, ces échanges ne présentent aucun danger, et devraient même être encouragés. On est, en effet, en présence de contrats gratuits entre personnes appartenant à un même groupe solidaire.

En revanche, au regard du droit social et du droit fiscal, ces opérations risquent d'attirer la suspicion. C'est ainsi que les risques de voir ces opérations aboutir à la qualification de travail dissimulé ou à la caractérisation d'une société créée de fait ont pu être relevés⁹⁰⁷.

⁹⁰⁷ I. COUTURIER, *L'entraide, une solidarité acceptée pour l'agriculture*, Installation, contrôle des structures et sociétés en agriculture, Séminaire Dijon, 6 et 7 juin 2000, INRA, Actes et Communications, n°18, 2001.

Soucieux de voir la solidarité entre agriculteurs se développer, le législateur a donc régi ces aides mutuelles, en instaurant, à l'article L.325-1 du Code rural, le contrat d'entraide agricole (§1), dont la qualification, au regard de la distinction de la gratuité et de l'onérosité, appelle, toutefois, un approfondissement (§2).

§1 : LE CONTRAT D'ENTRAIDE AGRICOLE

554. L'article L.325-1 alinéa 1^{er} du Code rural énonce que « *l'entraide est réalisée entre agriculteurs par des échanges de service en travail et en moyens d'exploitation* ». L'alinéa 2 du même texte prévoit qu' « *elle peut être occasionnelle, temporaire ou intervenir de manière régulière* », tandis que l'alinéa 3 précise que « *l'entraide est un contrat à titre gratuit* »⁹⁰⁸. Cette dernière bénéficie d'un régime de faveur d'un point de vue fiscal et social (A), et d'un régime de responsabilité simplifié (B).

A. Un régime de faveur sur le plan fiscal et social

555. **Énoncé des faveurs fiscales et sociales**<> Le régime de ce contrat est extrêmement favorable aux agriculteurs. En effet, l'article L.325-2 du Code rural prévoit que « *les prestations réalisées dans le cadre de l'entraide ne peuvent être assujetties ni à la taxe sur la valeur ajoutée ni à la taxe professionnelle. Elles ne peuvent donner lieu à prélèvement sur les salaires ni à perception de cotisations sociales* ». Il nous faut mesurer le régime de faveur du contrat d'entraide agricole relativement à chacun de ces points.

556. **Portée des faveurs fiscales et sociales**<> L'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée ne semble pas, à première vue, être un réel avantage pour les agriculteurs. À vrai dire, dans l'hypothèse où un agriculteur aiderait un de ses confrères à titre gratuit, il n'y aurait aucune raison de percevoir une TVA sur l'opération en question, étant entendu que seules sont assujetties à la TVA les opérations à titre onéreux, par application de

⁹⁰⁸ Sur cette qualification, voir *infra*, n°561 et s.

l'article 256, I du Code général des impôts⁹⁰⁹. Même si l'on pouvait douter de la gratuité de services fournis isolément entre agriculteurs, compte tenu d'une possible réciprocité, on aurait du mal à identifier le lien direct nécessaire entre la prestation soumise à la TVA et la contrepartie⁹¹⁰. L'exonération de TVA liée à l'organisation de ces services par un contrat d'entraide agricole, lui-même qualifié de gratuit par le Code rural ne semble donc créer aucun avantage pour les parties. Le seul intérêt de cette disposition est sans doute d'éviter toute discussion sur l'assujettissement à la TVA des éventuels remboursements de frais fournis par le bénéficiaire de l'aide au prestataire.

De la même manière, on ne saurait considérer l'exonération de la taxe professionnelle comme un avantage, dans la mesure où cette dernière n'est de toute façon pas due par les agriculteurs⁹¹¹.

En revanche, la dispense de cotisations sociales est assurément un avantage, dans la mesure où l'assistant sera souvent, pendant l'acte d'entraide, subordonné au bénéficiaire de l'aide. Ce faisant, dans l'hypothèse où un défraiement lui serait versé, il serait possible de vouloir soumettre ces sommes à cotisations sociales. Par ailleurs, cette dispense permet d'éviter la qualification de travail clandestin, ce qui, là encore, est un avantage certain pour les parties au contrat d'entraide agricole⁹¹².

557. ***Entraide agricole et systèmes d'échanges locaux*** <> Ainsi, le contrat d'entraide agricole aboutit à la fourniture de services occultes, ne faisant et n'ayant à faire l'objet d'aucune déclaration, que ce soit d'un point de vue fiscal ou social. Cette faveur adressée aux agriculteurs a pu être comparée à la défaveur envers les systèmes d'échanges locaux (S.E.L.)⁹¹³. Ces derniers se caractérisent également par des services réciproques entre membres du réseau. Mais il existe une différence qui semble fondamentale entre les S.E.L. et l'entraide agricole. En effet, dans les systèmes d'échange locaux, à chaque

⁹⁰⁹ Sur cette condition, voir M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 30^{ème} éd., 2006, n°706, 712.

⁹¹⁰ CJCE, 8 mars 1988, *Apple and Pear Development Council*, Dr. Fisc. 1989, n°15; RJF 8-9/88, n°970— M. COZIAN, *op. cit.* n° 713 et s.

⁹¹¹ Art. 1450 CGI.

⁹¹² Pour un exemple de requalification d'un contrat d'entraide agricole en contrat de travail aboutissant à la condamnation de l'une des parties pour travail dissimulé, du fait du profond déséquilibre entre les prestations fournies par chacune des parties au contrat d'entraide, voir Crim. 24 mai 2005, n°04-85079.

⁹¹³ I. COUTURIER, Communication préc.

prestation fournie correspond un paiement, dans une monnaie qui n'est pas la monnaie de la République, à savoir l'euro, mais une monnaie propre au réseau, parfois appelée grain de sel. Dès lors, on est bien en présence d'une économie souterraine : chaque prestation étant rémunérée, elle devrait, au minimum, être déclarée au titre de l'impôt sur les revenus, voire faire l'objet de déclaration à l'URSSAF.

Au contraire, les services fournis dans le cadre de l'entraide agricole ne font pas, à proprement parler, l'objet d'un paiement⁹¹⁴, et ce même s'ils obligent le bénéficiaire de l'aide à aider à son tour l'assistant.

558. **Une solidarité utile**<> Il n'empêche que le régime du contrat d'entraide agricole est néanmoins favorable. Cette faveur se justifie par la volonté de reconnaître et d'encourager une « *solidarité utile* »⁹¹⁵. L'entraide agricole avait en effet initialement pour objet de « *permettre la réalisation d'indispensables fournitures de services qui ne pouvaient être financées par les exploitants eux-mêmes, et ceci sans qu'il soit affecté aucun crédit public* »⁹¹⁶.

B. Un régime de responsabilité simplifié

559. L'autre avantage du contrat d'entraide agricole est la simplicité de son régime de responsabilité, énoncé à l'article L.325-3 du Code rural⁹¹⁷. Le prestataire est pleinement responsable des dommages qu'il subit dans le cadre de l'entraide, et est tenu de souscrire une assurance pour ces derniers. Ceci évite toute discussion sur une éventuelle responsabilité au titre des accidents du travail ou de la convention d'assistance bénévole. De la même manière, le bénéficiaire de l'aide est pleinement responsable des dommages

⁹¹⁴ Voir *infra* pour la qualification à apporter en l'espèce, n°561 et s.

⁹¹⁵ I. COUTURIER, Communication préc.

⁹¹⁶ I. COUTURIER, *ibid.*, cette dernière ajoutant que l'État accepte cette solidarité privée « *parce qu'il ne parvient pas à organiser lui-même une solidarité publique pour répondre à ces besoins, et cette acceptation est accordée d'autant plus volontiers qu'en laissant ces solidarités privées se déployer, l'État consent une aide qui n'amène aucune dépense publique, puisqu'il s'agit seulement de renoncer à percevoir des recettes* ».

⁹¹⁷ A. JALLAIS, *L'entraide en agriculture*, J.Cl. Rural, 1997, § 53 et s.

qu'il subit⁹¹⁸. La seule exception prévue à cette immunité entre les parties au contrat réside dans l'application de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation⁹¹⁹

On peut alors remarquer que, pour le législateur, un contrat gratuit est favorisé parce qu'il permet l'exercice d'une solidarité privée utile, ce qui nous conforte dans notre idée selon laquelle le droit serait favorable à la gratuité interne à un groupe solidaire. Reste à savoir dans quelle mesure on est en présence de gratuité.

§2 : LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'ENTRAIDE AGRICOLE

560. Si la reconnaissance légale du contrat d'entraide agricole avait pour objectif de favoriser le développement de la gratuité entre agriculteurs, on ne peut qu'être dubitatif face à la disposition de l'article L.325-1 alinéa 3 du Code rural qualifiant ce contrat de gratuit. En réalité, le contrat d'entraide agricole est un contrat onéreux (A). Cependant, il convient de voir en lui un contrat-cadre par lequel sont organisés des contrats gratuits (B).

A. L'onérosité du contrat d'entraide agricole

561. ***Une gratuité contestable***<> La qualification gratuite du contrat d'entraide agricole a maintes fois été critiquée⁹²⁰. Il est vrai que si l'article L.325-1 du Code rural qualifie le contrat d'entraide agricole de gratuit, il est tout de même relatif au contrat d'entraide, ce qui sous-entend une réciprocité des aides entre les parties ; le même texte caractérisant l'entraide par « *des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation* ». Le vocabulaire employé dans ce texte est donc révélateur d'une onérosité que le troisième alinéa a du mal à contredire.

⁹¹⁸ Soc. 17 nov. 1977, inédit titré.

⁹¹⁹ Civ. 2^{ème}, 17 novembre 2005, Resp. civile et assurance n°6, Juin 2006, Repère n° 6.

⁹²⁰ I. COUTURIER, Communication préc. — Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n°18 — P. ORLIAC, Journ. Not. 1988, p. 704 — Comp. C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social, Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n° 153 et s.

562. **Signification véritable de l'exigence de gratuité**<> Il faut alors apprécier cette qualification gratuite. En réalité, derrière la gratuité, le législateur aurait visé une impossibilité de rémunérer les prestations fournies dans le cadre du contrat d'entraide agricole autrement que par une aide. Il est ainsi impossible que le contrat d'entraide s'accompagne d'une rémunération sous forme de somme d'argent ou d'un avantage en nature⁹²¹. En réalité, par le contrat d'entraide agricole, des agriculteurs s'engagent réciproquement à s'aider pour faire face aux besoins de leur exploitation. On est donc en présence d'un contrat synallagmatique, chaque partie souscrivant des engagements réciproques, mais, par ailleurs, on est en présence d'un contrat onéreux : chacun s'engage à fournir une prestation objective, un service, qu'il s'agisse d'un travail ou d'une mise à disposition, à l'autre partie. Cependant, les prestations objectives promises sont d'un genre particulier : il s'agit de prestations d'aide. Le bénéficiaire de l'aide initiale ne pourra donc fournir de contre-prestation à son cocontractant que lorsque ce dernier sera dans le besoin.

563. **Conclusion : onérosité du contrat d'entraide agricole**<> On est donc bien en présence d'un contrat onéreux⁹²², chacun s'engageant à fournir une prestation objective, organisant les fournitures d'aides. Dans l'hypothèse où l'aide apportée par un agriculteur à un autre serait immédiatement rétribuée, en argent ou en nature, on ne serait donc plus en présence d'un contrat d'entraide agricole, mais d'un contrat d'entreprise ou d'un louage de chose classique, onéreux.

Le contrat d'entraide agricole semble donc rien de moins qu'un contrat cadre prévoyant la conclusion de contrats d'application gratuits.

B. La gratuité des contrats d'application

564. Le contrat d'entraide agricole est donc un contrat onéreux. Mais il s'agit, par ailleurs, d'un contrat-cadre, qui se contente de prévoir que les parties s'apporteront une

⁹²¹ Soc. 10 févr. 1977, Bull. Civ. V, n° 99 ; Rev. Dr. Rur. 1978, p. 248, obs. Le Calonnec ; Civ. 3^{ème}, 28 juin 2000, Dr. et Procédure 2001, p. 26, note Grimonprez.

⁹²² Comp., en faveur du maintien de la qualification gratuite du contrat d'entraide agricole, C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du contrat gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n°144 : « Dans le cadre de l'entraide agricole, la gratuité est présumée par la loi et légitimée à ce titre. Il n'est donc pas besoin de vérifier l'existence des critères traditionnels de gratuité ».

aide réciproque, sans que leurs obligations issues de ce contrat ne soient déterminées. Concrètement, c'est au fur et à mesure des besoins de chacun qu'elles s'apporteront une aide par des travaux des champs, par des mises à disposition, par la réfaction d'une toiture⁹²³, etc. La détermination des obligations de chacun et des prestations objectives à se fournir au fur et à mesure de l'exécution du contrat semble donc nous indiquer qu'il y aura des contrats d'application, et que ces derniers devront être gratuits. On peut alors hésiter entre deux techniques pour qualifier ces contrats : soit estimer qu'ils ne font qu'exécuter un contrat-cadre onéreux pour les soustraire à la distinction de la gratuité et de l'onérosité (1), soit prendre en considération leur autonomie pour les qualifier de gratuits (2).

1. La nécessaire soumission des contrats d'application à la distinction de la gratuité et de l'onérosité

565. *Le contrat d'application, acte juridique d'organisation de l'échange* <>

Nous avons vu, dans la première partie de cette étude, que seuls les actes juridiques d'organisation de l'échange devaient être soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux, ce qui nous avait permis d'exclure, entre autres, les actes d'exécution. C'est ainsi que nous avons pu exclure les paiements de la distinction, et constater leur véritable neutralité. Il serait donc possible, en matière de contrat d'entraide agricole, et, plus largement, en matière de contrats-cadres, de considérer que si le contrat-cadre est un acte d'organisation de l'échange, les contrats d'application n'en sont que des actes d'application. Ainsi, seuls les premiers seraient soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité.

Avec une telle présentation, on devrait être conduit à admettre que des contrats, en l'espèce les contrats d'application, dussent être exclus de la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Or ceci est impensable : le contrat est, par définition, un acte juridique d'organisation de l'échange, et ne saurait être réduit au rang d'acte d'exécution. C'est en effet lui qui sert de support juridique aux prestations objectives, lui qui les prévoit et qui surtout, dans la matière qui nous intéresse, les définit.

En réalité, la conclusion du contrat d'application n'est pas simplement un acte d'exécution

⁹²³ Pour l'admission de la réfaction d'une toiture comme acte d'aide, voir Soc. 21 février 2002, n°99-16799.

du contrat-cadre : les parties s'y accordent sur les modalités d'organisation de l'échange, elles complètent l'accord qui, dans le contrat-cadre, était incomplet pour permettre la fourniture de toutes les prestations. En réalité, le contrat-cadre pose le principe d'un échange de prestations, les contrats d'application précisent les prestations échangées. Pour résumer notre pensée, nous pourrions dire que le fait de la conclusion des contrats d'application relève de l'exécution du contrat-cadre, mais que les effets produits par ces contrats relèvent de l'organisation de l'échange, ce qui justifie, par conséquent, leur soumission à la distinction de la gratuité et de l'onérosité.

566. ***Réfutation de la vision unitaire du contrat-cadre et de son application dans l'entraide agricole*** <> La seule possibilité pour exclure les contrats d'application de la distinction de la gratuité et de l'onérosité serait alors d'adopter une vision unitaire du contrat-cadre et de son application, de voir dans le contrat-cadre un contrat « *unitaire, successif, d'intérêt commun, enchaînant des prestations réelles* »⁹²⁴, si bien que son application se résumerait à son exécution. Il n'y aurait alors pas de contrats d'application.

Cette solution ne peut pas davantage prospérer, tout au moins en matière d'entraide agricole. En effet, si les parties sont tenues de s'aider, elles s'accordent sur les modalités de cette aide et sur la teneur de leurs obligations dans le cadre de l'application du contrat, si bien que leurs volontés s'accordent à ce moment-là pour créer des obligations. Il y a donc bien, en matière d'entraide agricole en tout cas, un contrat-cadre et des contrats d'application. Ces derniers devront être gratuits.

2. La nécessaire gratuité des contrats d'application dans l'entraide agricole

567. Dès lors que l'on accepte la dualité entre le contrat d'entraide agricole – contrat cadre – et les contrats par lesquels il va effectivement être appliqué – contrats d'application – il faudra admettre que ces derniers sont obligatoirement gratuits. On comprend alors mieux la maladroite imbrication entre la réciprocité de l'aide, la gratuité

⁹²⁴ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n° 190 — D. FERRIER, *Les apports au droit commun des obligations*, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, colloque Montpellier, RTD Com 1997, p.49

affirmée du contrat d'entraide agricole, et l'impossibilité de rémunérer l'aide en nature ou en argent⁹²⁵. En réalité, le contrat d'entraide agricole est onéreux, mais les contrats cadre qui permettront son application doivent être gratuits.

L'onérosité du contrat-cadre n'enlève alors rien à la gratuité des contrats par lesquels l'aide est apportée, cette dernière ne souffrant pas de la réciprocité. Selon Mme LEBORGNE-INGELAERE⁹²⁶, au contraire, le contrat d'entraide agricole serait lui-même gratuit malgré la réciprocité des prestations qu'il fait naître. Elle estime, en effet, que « *le caractère gratuit de l'entraide agricole paraît juridiquement attesté. En effet, si la compatibilité affirmée par la loi entre réciprocité et gratuité n'a pas manqué de faire naître critiques et remises en cause, la législation de 1962 ne fait qu'annoncer et confirmer un principe dorénavant adopté en droit français selon lequel la gratuité d'un acte supporte une certaine réciprocité* »⁹²⁷.

Même si la discussion est académique, il nous semble impossible de partager ce point de vue. Certes, la gratuité s'accommode de la réciprocité. Mais elle ne s'accommode que d'une réciprocité extérieure à l'acte gratuit. Si deux personnes se fournissent réciproquement des services gratuits, la gratuité n'est pas affectée par la réciprocité des services, chacun d'entre eux étant issu d'un acte (un contrat ou un acte de complaisance), intrinsèquement gratuit, c'est-à-dire n'organisant de fourniture de prestations que d'une partie vers l'autre. Au contraire, la gratuité ne saurait survivre à une réciprocité organisée par l'acte même qu'il est question de qualifier. Or, dans le contrat d'entraide agricole, s'il y a une réciprocité des prestations, c'est une réciprocité interne à l'acte, au contrat d'entraide agricole : chacune des parties s'engage à aider l'autre. Ce contrat est donc à l'évidence onéreux.

En revanche, les contrats d'application du contrat-cadre seront des contrats gratuits. C'est cette gratuité qui justifie que la mise à disposition de matériel soit qualifiée de prêt⁹²⁸ et

⁹²⁵ J. LE CALONNEC, Rev. Dr. Rur. 1983, p. 351.

⁹²⁶ C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n° 152.

⁹²⁷ C. LEBORGNE-INGELAERE, *op. et loc. cit.*

⁹²⁸ Soc. 17 nov. 1977, D.1978, p. 571.

non de louage de chose⁹²⁹, qui justifie l'admission d'un remboursement de frais, ce dernier ne nuisant pas à la gratuité du contrat⁹³⁰, ou qui, de façon plus maladroite, réfute la qualification de contrat d'entreprise⁹³¹.

568. **Conclusion de la Sous-Section 1**<> Le contrat d'entraide agricole est donc un contrat-cadre onéreux, qui prévoit la conclusion de contrats d'application gratuits.

La démarche du législateur consiste clairement, en la matière, à favoriser la gratuité au sein d'un groupe solidaire donné – les agriculteurs – de façon à ce que se développe une solidarité privée qui corrobore l'intérêt général. Le moyen est original, puisqu'il passe par la reconnaissance d'un contrat-cadre onéreux, mais ne nous y trompons pas : cette dernière consiste seulement à mettre en avant une réciprocité qui n'est pas contraire à l'idée de gratuité. Au contraire, nous avons vu que, pour les codificateurs, les petits contrats de service gratuit, les contrats entre amis, avaient vocation à s'inscrire dans des flux réciproques. L'intérêt de la législation sur l'entraide est ailleurs, essentiellement dans son régime social et de responsabilité.

Une telle démarche de reconnaissance explicite d'un groupe solidaire au sein duquel la gratuité est favorisée se retrouve dans la jurisprudence sur le bénévolat associatif.

SOUS-SECTION 2 : L'EXEMPLE DU BÉNÉVOLAT ASSOCIATIF

569. Parmi les manifestations modernes de la gratuité, il en est une qui est particulièrement valorisée : il s'agit du bénévolat. Ce dernier apparaît comme un travail fourni à titre gratuit, le plus souvent au profit d'associations agissant dans des domaines variés : sport, humanitaire, activités religieuses, etc.

⁹²⁹ Civ. 3^{ème}, 28 juin 1989, Rev. Dr. Rur. 1989, p. 470 : « *la jouissance d'immeubles concédée en dehors de tout bail, en contrepartie de services dont bénéficie le propriétaire peut être constitutive du contrat d'entraide* ».

⁹³⁰ Soc. 16 mars 1983, Rev. Dr. Rur. 1983, p. 350.

⁹³¹ Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1992, Rev. Dr. Rur. 1993, p. 93 : « *La gratuité du contrat d'entraide et la réciprocité des services écartent la qualification de contrat d'entreprise* ». Voir *supra*, note 143, le débat sur le caractère essentiellement onéreux du contrat d'entreprise, et notre prise de position en faveur de l'admission de la qualification de contrat d'entreprise en présence de gratuité.

Si le travail peut être fourni à titre gratuit, encore faut-il préciser dans quel cadre. Plus précisément, il convient de se demander si la gratuité peut affecter le travail subordonné. La réponse n'est pas aisée. Un principe peut pourtant être dégagé de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : le travail subordonné à titre gratuit est possible au sein de l'association, lorsqu'il émane de ses membres. Cette affirmation de la compatibilité entre la subordination juridique et la gratuité est exceptionnelle (§1). Elle illustre parfaitement le principe de faveur pour la gratuité au sein d'un groupe solidaire, l'association (§2).

§1 : L'AFFIRMATION EXCEPTIONNELLE DE L'ADMISSION DU TRAVAIL SUBORDONNÉ GRATUIT AU SEIN DE L'ASSOCIATION

570. **Subordination et gratuité**<> Le travail subordonné peut-il intervenir à titre gratuit ? La réponse est délicate, dans la mesure où aucune disposition légale ne semble réellement ni interdire ni admettre le travail subordonné à titre gratuit. Cette lacune ne doit pas nous surprendre, dans la mesure où le contrat de travail ne fait l'objet d'aucune définition légale. Par conséquent, il est difficile de savoir si l'onérosité est une condition d'existence du contrat de travail ou, au contraire, si elle est un de ses effets, dans la mesure où la qualification de contrat de travail commande l'application de la législation sur le salaire minimum.

571. **Arrêt Croix-Rouge française**<> La question a pourtant pu trouver quelques éléments de réponse dans le secteur associatif, où le bénévolat est extrêmement vigoureux⁹³², à propos de personnes travaillant bénévolement pour la Croix-Rouge française, en qualité d'accompagnateurs de personnes voyageant seules⁹³³. Ces dernières, qui avaient signé avec l'association un « *contrat de bénévolat* », travaillaient gratuitement pour elle, mais recevaient un défraiement forfaitaire qui s'avérait être d'un montant supérieur aux frais réellement engagés. Elles furent remerciées et demandèrent une

⁹³² C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n°32.

⁹³³ Soc. 29 janv. 2002, *Assoc. Croix-Rouge c./ Huon et Mlle Roquefort*, Dr. Soc. 2002, p. 494, obs. J. Savatier (*La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association*) ; JCP 2002.I.160, obs. Darmaisin.

indemnité de licenciement, ce qui passait par une requalification de leur contrat en contrat de travail. Leur argumentation fut admise par la Cour d'appel de Paris. La Croix-Rouge forma un pourvoi en cassation, estimant que les intéressés avaient signé un « *contrat de bénévolat* », ce qui impliquait qu'elles avaient conscience de la gratuité de leur mission. Ce dernier est rejeté par la Chambre sociale qui estime que « *si, dans le cadre d'une association, les membres adhérents de celle-ci peuvent accomplir, sous l'autorité du président de l'association ou de son délégataire, un travail destiné à la réalisation de l'objet social, en ne percevant, le cas échéant, que le strict remboursement des frais exposés par eux, et ceci sans relever des dispositions du Code du travail, la seule signature d'un contrat dit de bénévolat entre une association et une personne n'ayant pas la qualité de sociétaire n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail dès lors que les conditions en sont remplies* ».

Or, selon la Cour de cassation, les conditions du contrat de travail sont bel et bien remplies, les demandeurs n'étant pas sociétaires, et la Cour d'appel ayant relevé que « *non seulement les intéressés effectuaient un travail d'accompagnement des voyageurs sous les ordres et selon les directives de l'association, qui avait le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels, mais encore que les intéressés percevaient une somme forfaitaire dépassant le montant des frais réellement exposés ; d'où il suit qu'elle a exactement décidé que les intéressés étaient liés à la Croix rouge française par un contrat de travail* ».

Il peut donc être déduit de cet arrêt que le travail subordonné à titre gratuit est possible, dans l'association, lorsqu'il émane des sociétaires (A). En revanche, il n'est pas évident que le bénévolat subordonné soit admis de la part des tiers à l'association (B).

A. L'admission certaine du travail subordonné à titre gratuit des sociétaires

572. **La reconnaissance du bénévolat subordonné des sociétaires**<> Aux termes de l'arrêt, les membres adhérents d'une association « *peuvent accomplir, sous l'autorité du président de l'association ou de son délégataire, un travail destiné à la réalisation de l'objet social, en ne percevant, le cas échéant, que le strict remboursement des frais*

exposés par eux et ceci sans relever des dispositions du Code du travail ». Le bénévolat subordonné est donc possible pour les sociétaires, dès lors, tout au moins, qu'ils ne sont pas rémunérés. Il convient, à ce propos, de ne pas confondre le défraiement, qui consiste à rembourser les frais exposés par les sociétaires dans le cadre de leur travail, et qui a seulement pour objet de leur éviter une perte, et la rémunération, qui, elle, consiste en un gain et qui n'est rien d'autre que le prix de la mise à disposition de la force de travail⁹³⁴. L'arrêt précise que l'on est dans cette situation de bénévolat lorsque les sociétaires ne touchent que « *le strict remboursement des frais* » qu'ils ont exposés, donc lorsqu'ils agissent à titre gratuit. La perception par le sociétaire d'un défraiement supérieur au montant des frais réellement exposés devrait, en principe, aboutir à la reconnaissance d'un contrat de travail. En effet, il ne serait plus alors question d'indemnisation mais de rémunération, ce qui aurait pour effet de rendre le contrat onéreux, quel que soit le montant du salaire⁹³⁵. Par ailleurs, il semble certain que le contrat par lequel une personne travaille, à titre onéreux, sous les ordres d'une autre, doit être qualifié de contrat de travail.

Il y a donc là une indication implicite sur la situation du sociétaire qui accomplit un travail sous les ordres du président de l'association tout en étant rémunéré. En limitant le bénévolat aux situations dans lesquelles les sociétaires ne touchent que le strict remboursement de leurs frais, la Chambre sociale laisse entendre que, dans l'hypothèse où le sociétaire dégagerait un gain de son activité, il faudrait requalifier le contrat en contrat de travail. Du reste, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer la compatibilité des qualités de sociétaire et de salarié⁹³⁶.

573. ***L'exclusion du droit du travail***<> L'arrêt apporte, enfin, une précision sur le régime du bénévolat, en indiquant que les sociétaires non rémunérés ne relèvent pas des dispositions du Code du travail. C'est donc, vraisemblablement, l'ensemble du droit du

⁹³⁴ C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n°127 et s.

⁹³⁵ Le contrat de travail est, en effet, un contrat de service. La gratuité doit donc être entendue strictement en matière de travail subordonné, et ne peut être relevée qu'en l'absence totale de salaire. Voir *supra*, n°401 et s.

⁹³⁶ Crim. 27 sept. 1989, RJS 11/89 n° 846 (ouvriers bénévoles embauchés par un prêtre à la réfection d'une abbaye) ; Soc. 15 oct. 1998, RJS 11/98, n° 1343 (mission d'assistance humanitaire requalifiée de contrat de travail).

travail qui est éludé par la qualification de bénévolat, ce qui permet de comprendre pourquoi cette dernière est utilisée avec parcimonie⁹³⁷.

L'affirmation, même implicite, de l'admission du travail subordonné à titre gratuit des sociétaires au profit de l'association est exceptionnelle. Ni le législateur ni le juge n'ont jamais été aussi loin en dehors de ce cas. Il est vrai que le législateur ignore assez largement la question du bénévolat⁹³⁸, et que la jurisprudence a tendance à restreindre son champ d'application⁹³⁹. On peut même se demander si le travail subordonné peut, en principe, être fourni à titre gratuit, notamment lorsqu'il émane de tiers à l'association.

B. L'admission douteuse du travail subordonné à titre gratuit des tiers à l'association

574. ***Caractère exceptionnel de l'affirmation de l'admission du bénévolat subordonné***<> Si les sociétaires peuvent, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, travailler gratuitement au profit de l'association et sous les ordres de son président, il convient de remarquer que l'affirmation de l'admission du travail subordonné à titre gratuit est exceptionnelle. La doctrine a pu, parfois, estimer que le bénévolat correspondait à un travail subordonné gratuit⁹⁴⁰; mais ni la loi, ni la jurisprudence n'ont jamais rien dit de tel. Par ailleurs, dans son arrêt du 29 janvier 2002, la Chambre sociale se contente d'examiner expressément la situation des sociétaires non rémunérés, et celle des tiers rémunérés, qu'elle oppose maladroitement sans envisager la situation des tiers travaillant sans rémunération au profit de l'association.

575. ***Doute sur l'admission du travail subordonné à titre gratuit***<> La situation du bénévolat des sociétaires au profit de leur association est donc exceptionnelle, dans la mesure où il s'agit du seul cas dans lequel le bénévolat subordonné est expressément

⁹³⁷ L'élision de l'ensemble du droit du travail ne va pas de soi, tout au moins si l'on admet que le bénévolat puisse être caractérisé en présence d'une subordination. Voir en ce sens A. ROUAST, *La prestation gratuite de travail*, Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, p. 695

⁹³⁸ Voir déjà A. ROUAST, *La prestation gratuite de travail*, Étude de droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, p. 695. Aujourd'hui, certains textes régissent le volontariat, mais, comme nous le verrons plus loin, ce dernier est distinct du bénévolat.

⁹³⁹ F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n°34.

⁹⁴⁰ A. ROUAST, chr. préc.— S. MOREAU, *L'activité désintéressée, fiction ou réalité en droit social ?*, RDSS 1981, p. 507.

admis. Mais il est permis d'aller au-delà encore, et de se demander si, en dehors de ce cas particulier, le bénévolat salarié est admissible. Ce doute apparaît dans l'étude des principes généraux du droit du travail, et, plus précisément, dans les conditions d'existence du contrat de travail (1) ainsi que dans l'évolution récente du droit social (2).

1. Le travail subordonné à titre gratuit en question face aux conditions d'existence du contrat de travail

576. ***L'onérosité, condition ou effet du contrat de travail ?***<> On peut, tout d'abord, et comme nous avons déjà pu le voir, se demander si l'onérosité est une condition du contrat de travail ou si elle est un de ses effets. Dans le premier cas, elle serait une condition au même titre que la subordination juridique⁹⁴¹. Le droit du travail ne s'appliquerait alors qu'au travail subordonné onéreux, autrement dit au louage de la force de travail⁹⁴², mais un prêt de la force de travail, une mise à disposition gratuite, serait possible. Le bénévolat serait alors le pendant, dans la sphère gratuite, du contrat de travail, et ne serait pas soumis au droit du travail.

Dans la deuxième hypothèse, celle où l'onérosité serait un effet du contrat de travail, il n'y aurait qu'une condition à ce contrat : la subordination juridique⁹⁴³, « *nœud gordien de la qualification de contrat de travail* »⁹⁴⁴. Dès lors, la présence de cette dernière permettrait de reconnaître l'existence d'un contrat de travail, soumis aux textes relatifs au salaire minimum. L'onérosité serait alors une conséquence de la qualification de contrat de travail. Dans une telle hypothèse, il ne saurait y avoir de bénévolat subordonné.

⁹⁴¹ En ce sens : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22^{ème} éd., 2004, n°120 : « le lien de subordination n'est pas "le" critère de la qualification, ainsi qu'il est habituel de le dire, mais (...) ce critère réside dans la réunion nécessaire de trois éléments : une prestation personnelle de travail (ou l'engagement de la fournir), une rémunération (ou la promesse de la payer), un lien de subordination ».

⁹⁴² Th. REVET, *La force de travail, étude juridique*, préf. F. Zénati, Litec, Bibl. Dr. Entr. 1992 — Du même auteur : *L'objet du contrat de travail*, Dr. Soc. 1992, p. 859 — M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail défini par son objet*, in A. SUPLOT (dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p. 116 et s.

⁹⁴³ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, Droit privé, 4^{ème} éd., 2004, n°393 et s. : la subordination est « le critère du contrat de travail ». Cependant, comme le reconnaît l'auteur, il existe des zones d'ombre, notamment entre la subordination et le bénévolat (*op. cit.* n°395).

⁹⁴⁴ S. DARMAISIN, JCP 2002.I.160

577. ***Une débat difficile à trancher***<> Il est difficile de trancher entre ces deux propositions. Si la subordination apparaît comme la condition essentielle du contrat de travail, c'est parce que l'onérosité est considérée, à tort, comme allant de soi. Il serait possible d'estimer que la protection du salarié est fondée sur sa subordination, ce qui permettrait d'exiger l'application du droit du travail dès lors que cette seule condition est remplie. Mais la protection du salarié semble surtout fondée sur le caractère alimentaire, donc onéreux, du contrat de travail. Le subordonné ne mériterait alors de protection que dans le cadre d'un contrat onéreux.

Face à ces incertitudes, il paraît donc délicat d'affirmer que le travail subordonné puisse être fourni à titre gratuit, ce qui permet de mesurer le caractère exceptionnel de la solution rendue à propos des membres d'associations. Ce dernier apparaît encore davantage à la lumière de l'évolution récente du droit du travail.

2. Le travail subordonné à titre gratuit en question à la lumière des réformes récentes en droit social

578. Le travail subordonné gratuit semble difficilement admissible lorsque l'on analyse les dispositions récentes en matière de droit social, que ce soit en matière de stage (a) ou de volontariat (b).

a) Les stages en entreprise

579. Depuis quelques décennies, l'insertion professionnelle des jeunes, qu'ils soient ou non diplômés, est difficile, et leur taux de chômage est élevé. Les premiers pas dans la vie active se font alors souvent par le biais de contrats à durée déterminée voire de simples stages. Ces derniers peuvent s'inscrire dans le cadre de la formation scolaire ou universitaire, mais peuvent également être indépendants de tout cursus pédagogique. Jusqu'à une époque récente, l'entreprise d'accueil n'était pas tenue de payer le stagiaire. Pour autant, il était impossible de qualifier le contrat de stage de gratuit. En effet, le « maître de stage » fournit une prestation objective au stagiaire, dans la mesure où il le

forme. Cette formation pouvait très bien être considérée comme la rémunération de l'activité déployée par le stagiaire, ce qui permettait, du même coup, de voir dans le stage un contrat onéreux.

Cependant, face à la constatation de nombreux abus, les stagiaires remplissant les tâches de véritables salariés, le législateur est intervenu pour octroyer aux stagiaires une rémunération, qualifiée de « *gratification* ». L'article 9 alinéa 2 de la loi n°2006-396 du 31 mars 2006, relative à l'égalité des chances, prévoit ainsi que « *lorsque la durée du stage est supérieure à trois mois consécutifs, celui-ci fait l'objet d'une gratification dont le montant peut être fixé par convention de branche ou par accord professionnel étendu ou, à défaut, par décret* », ce même texte précisant que « *cette gratification n'a pas le caractère d'un salaire au sens de l'article L.140-2 du [Code du travail]* ». Malgré la qualification légale de gratification, destinée à éviter que les sommes versées aux stagiaires ne suivent le régime du salaire, il convient, d'un point de vue civiliste, de voir dans ces sommes une véritable rémunération exigée au profit des stagiaires.

On ne peut donc que constater que la situation de subordination juridique semble exiger le versement d'une rémunération au subordonné, et ce même lorsque, comme en l'espèce, le contrat est onéreux indépendamment de cette rémunération. On peut donc, à partir de cet exemple, remarquer que tout travail mérite bien un salaire...pécuniaire, et, par conséquent, estimer que le bénévolat subordonné est difficilement acceptable.

b) Le volontariat

580. ***Volontariat associatif, volontariat de solidarité internationale***<> Compte tenu de la solution de l'arrêt Croix-Rouge française, la position des associations ayant recours à des bénévoles était plutôt délicate. En effet, dès lors que les bénévoles étaient des tiers à l'association, et dès lors qu'ils touchaient un défraiement forfaitaire supérieur aux frais réellement exposés, la requalification en contrat de travail semblait inéluctable, avec toutes ses conséquences néfastes pour des associations qui, par ailleurs, ont parfois des missions d'intérêt général. Le législateur est donc intervenu de façon à permettre aux associations de s'attacher les services de volontaires sans que la requalification en contrat

de travail ne soit possible. Une loi du 23 février 2005⁹⁴⁵ permet ainsi aux associations ayant pour objet des actions de solidarité internationale de recruter, sous certaines conditions, des volontaires. Par ailleurs, une loi du 23 mai 2006⁹⁴⁶, créée, au profit des associations et fondations reconnues d'utilité publique, agréées par le « ministère chargé de la vie associative », un volontariat associatif. L'objectif initial de cette dernière loi était de créer un cadre favorable au développement du bénévolat associatif dans la perspective...de l'organisation des Jeux Olympiques de 2012⁹⁴⁷. Il sera utilisé pour l'organisation de la Coupe du monde de rugby en 2007⁹⁴⁸. Notons, enfin, qu'il existe un volontariat civil issu d'une loi du 14 mars 2000⁹⁴⁹. L'intérêt majeur de ces textes est de permettre l'affiliation des volontaires à la Sécurité Sociale.

581. **Distinction entre volontariat et bénévolat subordonné**<> Si ces contrats de volontariat peuvent correspondre « à l'idée de service gratuit »⁹⁵⁰, et s'ils peuvent constituer un palliatif à l'incertitude entourant l'admission du bénévolat entendu au sens du contrat organisant la fourniture gratuite d'une prestation de travail subordonné, il faut bien reconnaître que, *juridiquement*, ils ne lui sont en rien assimilables. En effet, les textes relatifs à ces volontariats excluent tout lien de subordination entre le volontaire et l'association pour laquelle il travaille⁹⁵¹. Par ailleurs, ils prévoient le versement d'une « indemnité » par l'association au volontaire, qui semble, en réalité, correspondre à une rémunération, si bien que la gratuité semble bien faire défaut.

582. **Le volontariat, un contrat onéreux**<> Ainsi, l'article 7 de la loi du 23 février 2005 relative au volontariat de solidarité internationale prévoit qu' « une indemnité

⁹⁴⁵ L. n°2005-159 du 23 février 2005, JO 24 févr. 2005

⁹⁴⁶ L. n°2006-586 du 23 mai 2006, relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif, JO 25 mai 2006.

⁹⁴⁷ C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n°191.

⁹⁴⁸ Voir l'article 16 de la loi du 23 mai 2006 : « le groupement d'intérêt public 'Coupe du monde de rugby 2007' est autorisé à recourir aux dispositions de la présente loi afin d'accueillir des volontaires en vue de l'organisation en France de la coupe du monde de rugby en 2007 »

⁹⁴⁹ L. n°2000-242 du 14 mars 2000, JO 15 mars 2000.

⁹⁵⁰ C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005, n° 166.

⁹⁵¹ Voir, expressément, l'article 1^{er} du projet de loi relatif au volontariat associatif et à l'engagement éducatif, voté définitivement par le Sénat le 9 mai 2006 : « Ce contrat est un contrat écrit qui organise une collaboration désintéressée entre l'organisme agréé et la personne volontaire. Il ne relève pas, sauf dispositions contraires prévues par la présente loi, des règles du Code du travail. Le contrat de volontariat n'emporte pas de lien de subordination juridique ».

est versée au volontaire. Elle lui permet d'accomplir sa mission dans des conditions de vie décentes ». Cependant, ce texte précise aussitôt que cette indemnité « *n'a pas le caractère d'un salaire ou d'une rémunération. Elle n'est soumise, en France, ni à l'impôt sur le revenu, ni aux cotisations et contributions sociales* ». Certes, il est possible d'estimer que la destination de l'indemnité, qui est, vraisemblablement, de s'assurer le gîte et le couvert, ainsi que le minimum pour vivre, permet de maintenir la qualification gratuite du volontariat⁹⁵². Cependant, si l'« indemnité » versée au volontaire est destinée à financer ses besoins vitaux, on ne saurait pour autant exclure l'onérosité du contrat. En effet, si l'article 7 de la loi du 23 février 2005 précise qu'il ne s'agit ni d'un salaire, ni d'une rémunération, c'est, seulement, pour exclure les conséquences fiscales et sociales que ces qualifications entraîneraient. Il n'en demeure pas moins que la qualification d'indemnité donnée par le texte est artificielle, étant entendu que le volontaire ne subit aucun préjudice, dès lors que les conséquences de son engagement sont voulues. En réalité, l'« indemnité » semble bien correspondre à un salaire, et le volontariat de solidarité internationale semble bien être un contrat onéreux. Du reste, la fonction originelle du salaire⁹⁵³ était précisément d'assurer le financement des moyens élémentaires d'existence. Personne n'a pourtant jamais prétendu que le louage de services fût gratuit.

De la même manière, l'article 9 de la loi du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif, contient une disposition similaire, en énonçant qu'« *une indemnité, dont le montant est prévu par le contrat, est versée par l'organisme agréé à la personne volontaire. Le montant maximum de cette indemnité est fixé par décret. Cette indemnité n'a pas le caractère d'un salaire ou d'une rémunération. Elle n'est pas soumise à l'impôt sur le revenu, ni assujettie aux cotisations et contributions sociales pour ce qui concerne le volontaire(...)* ». Le texte ajoute, ce qui accroît l'impression d'onérosité, que « *les volontaires peuvent également recevoir les prestations nécessaires à leur subsistance, leur équipement et leur logement* ». Là encore, la qualification d'« indemnité » est fondée par le seul souci de rendre les sommes versées au volontaire non imposables. Mais d'un point de vue civiliste, elles correspondent à un véritable salaire.

⁹⁵² Soc. 26 oct. 1999, CSBP 2000, n°117, S55 ; Dr. Soc. 2000.146, obs. Savatier ; RJS 12/1999, n°1432 — C. LEBORGNE-INGELAERE, *La gratuité en droit social*, n°170 : « *Encore une fois, la gratuité du travail est admise en présence de compensations accordées au travailleur, dans la mesure où celles-ci sont prévues dans le décret [du 15 mars 1986] et ne correspondent pas à une véritable rémunération.* »

⁹⁵³ L'origine étymologique du mot salaire est *salarium*, qui signifie ration de sel. Cf. *Le Robert historique de la langue française*.

En réalité, le volontariat, qualifié par la loi de « désintéressé »⁹⁵⁴, se situe « entre bénévolat et salariat »⁹⁵⁵. Les partisans de sa gratuité reconnaissent que cette dernière « ne tient en fait ‘qu’à un fil’ »⁹⁵⁶, et se fondent surtout, pour la reconnaître, sur son caractère officiellement « désintéressé »⁹⁵⁷. Il faut vivre dans un pays bien riche pour estimer que le fait de recevoir les moyens élémentaires de subsistance en contrepartie de son travail permet encore de dire qu’on travaille gratuitement.

583. ***Une illustration de l’indépendance entre la gratuité et l’altruisme*** <> En réalité, cette attitude témoigne d’une incapacité à envisager l’altruisme et la gratuité comme deux notions indépendantes. Nous avons vu que la gratuité ne s’expliquait pas toujours par l’altruisme. De la même manière, l’altruisme peut se manifester en dehors de la gratuité. Cette proposition se vérifie particulièrement dans l’hypothèse du volontariat, qualifié par la loi de « désintéressé ». Ces divers contrats cherchent, précisément, à appréhender l’altruisme et à protéger celui qui se livre à un comportement désintéressé. Point n’est besoin, pour cela, de la gratuité. Le seul fait de travailler en contrepartie du minimum vital, n’est certes pas gratuit, mais peut être désintéressé, au moins à court terme et par comparaison avec ce que gagnerait la personne si elle travaillait dans le secteur marchand.

584. ***Une « transformation » contestable de la gratuité*** <> Selon Mme LEBORGNE-INGELAERE, la « gratuité » du volontariat, qui s’accommoderait d’une contrepartie que l’on se refuse à qualifier de rémunération, témoignerait d’une transformation de la notion⁹⁵⁸, pouvant désormais accueillir une rémunération. Il n’en est rien. En effet, les contrats de volontariat ne sont pas qualifiés de gratuits, mais de désintéressés. Surtout, il s’agit, pour le droit social de protéger les personnes désireuses de

⁹⁵⁴ Art. 1^{er} L.23 févr. 2005 sur le volontariat de solidarité internationale ; art. 1^{er} al. 2 de la loi du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l’engagement éducatif.

⁹⁵⁵ J. SAVATIER, *Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement*, Dr. Soc. 2000, p. 146.

⁹⁵⁶ C. LEBORGNE-INGELAERE, *op. cit.*, n°183.

⁹⁵⁷ C. LEBORGNE-INGELAERE, *op. cit.* n°182.

⁹⁵⁸ C. LEBORGNE-INGELAERE, *op. cit.* n°195. À propos du volontariat associatif, elle estime que « il s’agit là encore, d’une transformation d’une activité originellement non rémunérée en une activité statutairement encadrée et indemnisée à ce titre. Là encore, la prise en considération du travail gratuit par le droit social tend à transformer tant le système juridique (le volontaire associatif est affilié aux assurances sociales du régime général) qu l’essence même de la gratuité présente en ces activités (...). La gratuité se transforme. Le droit social également ».

s'adonner à une activité désintéressée, en évitant, précisément, que cette activité passe par le bénévolat, donc par la gratuité.

585. ***Un exemple du rejet du bénévolat subordonné***<> Cet exemple nous permet de mesurer combien le droit répugne à reconnaître le bénévolat subordonné. En instaurant des contrats de volontariat, le législateur a souhaité donné un cadre juridique à l'activité des « *bénévoles* ». Néanmoins, l'activité des volontaires est présumée irréfragablement non subordonnée. Par ailleurs, l'exigence du versement d'une « *indemnité* » qui présente, en réalité, tous les caractères d'un salaire, a pour effet de rendre ces contrats onéreux. Cet exemple nous permet de mesurer combien l'affirmation de l'admission du bénévolat subordonné des membres de l'association est exceptionnelle. Il convient désormais de l'expliquer.

§2 : UNE ILLUSTRATION DU PRINCIPE DE FAVEUR POUR LA GRATUITÉ AU SEIN DU GROUPE SOLIDAIRE

586. L'arrêt *Croix-Rouge française* est donc remarquable en ce qu'il admet expressément que le travail subordonné puisse intervenir à titre gratuit lorsqu'il est fourni par les sociétaires au profit de l'association. La gratuité peut donc, dans ce cadre précis, concerner une prestation, la mise à disposition de la force de travail, qui semble lui être, en principe, réfractaire. Comment justifier une telle solution ? On pourrait considérer que le bénévolat des sociétaires n'est que l'exécution du contrat d'association (A). Cette thèse doit, à notre avis, être rejetée. Mieux vaut considérer que cette solution est fondée par le principe de faveur que nous avons identifié pour la gratuité dans le groupe solidaire (B).

A. Le fondement rejeté de l'admission du travail subordonné à titre gratuit des sociétaires :
l'exécution du contrat d'association

587. ***La mise à disposition de la force de travail, prestation objective due par les sociétaires*** ?<> Si la subordination juridique est souvent considérée comme le critère unique, la condition nécessaire et suffisante du contrat de travail, c'est parce qu'elle permet

de détecter la mise à disposition de la force de travail, prestation caractéristique de ce contrat. Cependant, il se peut très bien que cette prestation soit fournie dans le cadre d'un autre contrat, et qu'elle n'en constitue pas la prestation caractéristique. Dans ce cas, la prestation de mise à disposition de la force de travail ne serait qu'accessoire. On serait dans une telle hypothèse lorsqu'elle intervient dans le contrat d'association.

Rappelons, à cet effet, que l'association est, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, « *une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ». La prestation caractéristique est, en effet, « *introuvable dans les contrats associant étroitement les parties, instaurant entre elles de véritables synergies, susceptibles d'atteindre un résultat inaccessible autrement* »⁹⁵⁹. Le Professeur Marie-Élodie ANCEL a ainsi bien démontré que si les parties aux « *contrats associatifs* » fournissaient diverses prestations objectives, elles ne le font pas « *dans le cadre d'un échange car ces prestations réelles ne bénéficient pas directement à l'autre, ou aux autres partie(s)* »⁹⁶⁰, l'exécution des prestations ne suffisant pas à « *épuiser le contenu du contrat* »⁹⁶¹. Mme ANCEL prend alors l'exemple de la transaction, qui n'est pas rescindable pour lésion y compris lorsqu'elle porte sur le transfert de la propriété d'un immeuble moyennant le paiement d'un prix. Malgré la présence des éléments de la vente, on n'est pas dans un contrat de vente.

Il doit en aller de même lorsqu'une partie à un contrat d'association met sa force de travail à disposition de l'association, pour fournir les moyens matériels qu'elle s'est engagée à fournir en adhérant au contrat d'association. Si les éléments du contrat de travail semblent bel et bien présent, on n'est pas, pour autant, en présence d'un tel contrat, car la mise à disposition de la force de travail ne bénéficie pas directement aux autres parties au contrat d'association, mais poursuit l'intérêt commun de tous les membres, y compris du prestataire. Pour autant, l'association, dès lors qu'elle est déclarée à la préfecture du département ou à la sous-préfecture d'arrondissement, acquiert la personnalité morale⁹⁶².

⁹⁵⁹ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Économica, 2002, n°193.

⁹⁶⁰ M.-E. ANCEL, *op. et loc. cit.*

⁹⁶¹ *ibid.*

⁹⁶² Art. 5 et 6 L. 1^{er} juill. 1901.

588. ***Onérosité du contrat d'association*** <> Dans ce cas, si le sociétaire met sa force de travail à la disposition de l'association, on peut considérer que ce n'est pas dans le cadre d'un contrat de travail, mais bel et bien en exécution du contrat d'association. C'est pour cela que la gratuité semble possible. En réalité, elle ne serait qu'apparente. La mise à disposition de la force de travail interviendrait ici en exécution du contrat d'association. Or ce dernier n'est pas gratuit : si les prestations fournies en exécution du contrat d'association n'interviennent pas « *dans le cadre d'un échange* »⁹⁶³, dans le sens où les prestations fournies ne bénéficient pas à une personne déterminée mais à l'ensemble, il n'empêche que le contrat d'association peut être considéré comme un acte d'organisation de l'échange, dans la mesure où il organise des fournitures de prestations objectives profitant à l'ensemble des membres de l'association, et à l'association elle-même si elle a la personnalité juridique⁹⁶⁴. Or chaque sociétaire doit fournir des prestations objectives et bénéficie de celles fournies par ses cocontractants. Le contrat d'association est donc bien onéreux, et les prestations fournies en exécution, comme le travail, sont donc fournies à titre onéreux.

589. ***Critique : égalité entre les membres de l'association*** <> Une telle interprétation de l'arrêt Croix-Rouge française peut sembler séduisante. Cependant, il est possible de lui opposer une critique. En effet, l'association n'est possible que s'il y a égalité entre les parties au contrat d'association. Le fait qu'il y ait des personnes désignées pour engager l'association ne change rien à cela : les dirigeants ont pour rôle de gérer l'association, d'engager ses biens, de signer des contrats en son nom, éventuellement de diriger les salariés de l'association. Mais ils ne sauraient se servir de leurs fonctions pour diriger les autres membres de l'association. Surtout, même dans l'hypothèse où le contrat prévoit une mise en commun d'activités, on ne saurait admettre qu'il s'exécute en subordonnant certaines parties au contrat à d'autres.

En réalité, si le travail subordonné peut être fourni à titre gratuit, c'est pour d'autres raisons.

⁹⁶³ M.-E. ANCEL, *op. et loc. cit.*

⁹⁶⁴ Ainsi, les prestations fournies ne bénéficient pas à un bénéficiaire, mais à l'ensemble des parties, y compris au prestataire. Mais le contrat d'association, quant à lui, organise bien des fournitures réciproques de prestations objectives, et doit donc être qualifié d'acte juridique d'organisation de l'échange onéreux.

B. Le fondement retenu de l'admission du travail subordonné à titre gratuit des sociétaires :
le principe de faveur pour la gratuité dans le groupe solidaire

590. *L'objet social, intérêt commun des membres* <> Le contrat d'association manifeste à l'évidence une solidarité entre ses membres, ces derniers ayant une inclinaison commune, que l'on retrouve dans l'objet de l'association. Lorsque l'association a la personnalité juridique, on retrouve à l'évidence ce lien de solidarité entre les personnes physiques membres de l'association et la personne morale. Les sociétaires, par leur adhésion, manifestent leur volonté de participer à la réalisation de l'objet de l'association.

On comprend alors mieux pourquoi la mise à disposition de la force de travail peut intervenir gratuitement au sein de l'association : parce que le membre de l'association agit gratuitement pour une personne juridique qui ne lui est pas totalement extérieure, étant donné qu'il en est lui-même membre. La personne morale et l'adhérent ont alors un intérêt commun, un lien de solidarité existe entre eux, ce qui justifie des faveurs pour la gratuité dans cette relation.

Il y a donc là une nouvelle illustration de ce que la gratuité est favorisée au sein du groupe solidaire, comme nous avons pu le voir à propos de la famille et du groupe amical, mais cette fois-ci, comme entre agriculteurs, la gratuité est expressément encouragée.

591. *La solidarité, un critère pour la distinction de l'apport et de la donation* ? <> Cette considération du groupe solidaire pourrait être utile à une autre fin en matière associative. Elle pourrait, en effet, permettre de poser un critère de distinction opérationnel entre l'apport et la donation. Ainsi, l'apport serait une forme de donation, réalisée par un membre parce qu'il aurait intérêt à favoriser la réalisation de l'objet de l'association. Il s'agirait alors bien d'un acte gratuit translatif de propriété⁹⁶⁵, mais non soumis au régime des libéralités. En particulier, l'apport serait valable malgré l'incapacité de recevoir à titre gratuit. Une telle distorsion, de faveur, au régime des libéralités en faveur des associations, fondée sur le lien de solidarité entre le disposant et le gratifié ne doit pas choquer. Il existe déjà, comme nous l'avons vu, des donations qui sont soumises à

⁹⁶⁵ Voir M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Rep. Civ. v° Association*.

des régimes dérogatoires, comme les donations rémunératoires et les présents d'usage. Pourquoi ne pas admettre la même chose pour les apports aux associations ?

592. **Conclusion de la Sous-Section 2**<> La gratuité peut concerner la mise à disposition de la force de travail des sociétaires au profit de l'association. Cette admission est, dans son affirmation, exceptionnelle. Au-delà, l'admission d'un travail gratuit subordonné, bien que soutenable, semble devoir être rejetée. Il y a donc là une faveur pour la gratuité, qui s'explique par le fait qu'elle intervient au sein d'un groupe solidaire.

593. **Conclusion de la section**<> L'exemple du bénévolat associatif nous a permis de voir que la gratuité pouvait, dans certains cas, affecter exceptionnellement des prestations qu'elle n'est pas, en principe, susceptible d'atteindre. Ainsi, alors que la prestation de mise à disposition de la force de travail semble, en principe, ne pas pouvoir être fournie à titre gratuit, on admet qu'elle le soit, exceptionnellement, au sein de l'association, groupe par essence solidaire.

De son côté, l'exemple du contrat d'entraide agricole permet de mesurer les faveurs accordées par la loi à des contrats gratuits, bien que l'instrument de cette promotion de la gratuité soit original, dans la mesure où il s'agit d'un contrat-cadre gratuit prévoyant la conclusion de contrats d'application gratuits.

Le juge, dans le cas de l'association, et la loi, dans le cas de l'entraide agricole, encouragent donc expressément la gratuité dans ces groupes solidaires.

594. **Conclusion du chapitre**<> Si le contexte au sein duquel interviennent les actes gratuits est sans influence sur leur qualification, il permet de déterminer leur régime. Ainsi, il apparaît que la gratuité est favorisée lorsqu'elle intervient au sein de groupes solidaires : elle y est largement admise, et son régime est fondé sur la volonté d'encourager l'acte gratuit. Si ce principe de faveur est implicite dans les textes de 1804, qui tendent à promouvoir la gratuité dans le cercle amical et dans la famille, il a tendance, depuis quelques décennies, à devenir explicite et à concerner de nouveaux groupes, comme l'association ou les agriculteurs.

Que se passe-t-il, en revanche, lorsque la gratuité intervient en dehors du groupe solidaire ? Comme nous avons pu le voir, il sera possible, dans certains cas, d'envisager la gratuité comme constitutive d'un lien d'amitié. Dès lors, le principe de faveur s'appliquera.

En revanche, le droit répugne à admettre qu'un acte gratuit puisse tisser des liens de solidarité dans des rapports marqués par une domination d'une personne par une autre. Dans ce cadre-là, au contraire, on peut déceler un principe de défaveur pour la gratuité.

CHAPITRE 2ND : PRINCIPE DE DÉFAVEUR POUR LA GRATUITÉ DANS LES RAPPORTS DE DOMINATION

595. Il existe donc, comme nous venons de le voir, un principe de faveur pour la gratuité lorsque celle-ci intervient au sein de groupes solidaires. Il ne s'agit là que d'un principe, une tendance notable du droit à favoriser la solidarité privée en privilégiant la gratuité, qui pourra peut-être nous servir de guide lorsqu'il s'agira de rechercher quel comportement adopter face à de nouvelles formes de gratuité non régies par la loi. Cette protection est, par ailleurs, fonctionnelle. Ainsi, l'amitié est considérée dans les contrats de service gratuits, mais pas en matière de libéralités, parce qu'une autre solidarité intra-groupe, considérée comme plus importante, l'emporte : la solidarité familiale. Si le droit encourage donc la solidarité, il hiérarchise donc tout de même les multiples groupes solidaires auxquels les sujets de droit peuvent être rattachés.

Quelle est l'attitude du droit vis-à-vis des actes gratuits intervenant entre des personnes n'appartenant pas à un même groupe solidaire ? *A priori*, on voit mal pourquoi des actes gratuits interviendraient entre des personnes n'entretenant aucun lien de parenté ou d'amitié, ou n'ayant aucun intérêt commun, si ce n'est, précisément, peut-être, pour créer des liens de solidarité et d'amitié. Ainsi, si la gratuité est souvent envisagée comme intervenant au sein de groupes solidaires, il se peut qu'elle soit elle-même le moteur de la création de tels groupes. De la même manière, il se peut que la gratuité traduise une appartenance commune à un groupe très large : la nation, l'humanité. On comprend alors que le droit favorise les dons à des associations ayant un objet d'intérêt général ou humanitaire.

596. Au contraire, lorsque la gratuité intervient entre des personnes unies par un rapport de domination, le droit l'aborde avec une défaveur certaine. Ainsi, le droit reconnaît l'inégalité objective entre l'employeur et le salarié, qui résulte de leur lien de subordination juridique. Fort logiquement, la gratuité au sein de cette relation sera combattue (Section 1). Mais le droit tient également compte de certaines inégalités économiques, qui, même si elles sont conjoncturelles, sont parfois cristallisées par des dispositions protégeant une partie considérée comme faible. Le droit de la consommation

est l'exemple le plus révélateur de cette démarche, mais on en trouve d'autres exemples, notamment dans les rapports entre auteur et éditeur. Là encore, on trouvera une certaine défaveur pour la gratuité (Section 2).

SECTION 1 : LA GRATUITÉ DÉCOURAGÉE DANS LA RELATION DE SUBORDINATION JURIDIQUE

597. Comme nous avons pu le voir, il n'est pas certain que la relation de subordination juridique puisse être issue d'un contrat gratuit, éventuellement qualifié de « contrat de bénévolat »⁹⁶⁶. Nous nous contenterons donc ici d'étudier la relation de subordination juridique issue d'un contrat onéreux, le contrat de travail, et, plus précisément, d'étudier les éventuels actes gratuits pouvant intervenir entre employeurs et salariés.

Les actes gratuits entre l'employeur et le salarié seront cependant limités, du fait même de la subordination. En effet, si l'employeur doit mettre à disposition du salarié le matériel nécessaire à l'exécution de sa tâche, il est difficile de voir dans cette mise à disposition un prêt à usage. En effet, le salarié utilisant le matériel au nom et pour le compte de l'employeur, il n'y a pas à proprement parler de transfert de jouissance. L'employeur conserve la détention du matériel, que lui-même utilise par l'intermédiaire de son salarié. En effet, la force de travail est mise à disposition par le salarié au profit de l'employeur, qui utilise cette dernière en donnant des ordres au salarié.

598. Cependant, il arrive que l'employeur veuille gratifier ses salariés. La tendance consiste alors à réduire au maximum la gratuité de ces gratifications et à y reconnaître très vite des prestations à titre onéreux. À l'inverse, il est impossible d'imposer, fût-ce contractuellement, au salarié, de fournir des avantages gratuits à son employeur. La jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence dans le contrat de travail est particulièrement révélatrice de cette démarche. La relation de travail est donc marquée par une relativisation de la gratuité émanant de l'employeur (Sous-Section 1) et une interdiction de la gratuité émanant du salarié (Sous-Section 2).

⁹⁶⁶ Voir *supra*, n° 574 et s.

SOUS-SECTION 1 : LA RELATIVISATION DE LA GRATUITÉ ÉMANANT DE L'EMPLOYEUR

599. La relation de travail n'est pas conflictuelle par essence. Certes, l'une des parties est subordonnée à l'autre, mais il arrive fréquemment que des liens d'amitié et d'affection se nouent entre tel employeur et tel salarié. L'employeur peut alors décider de donner un « coup de pouce » à ce dernier en lui faisant une libéralité, parfois pour un événement familial (mariage, naissance), plus souvent lorsque l'employeur est satisfait du travail accompli par ses salariés. On parle alors de gratification-libéralité, dont la gratuité est, *a priori*, admise, ce qui a des conséquences sur le régime des sommes ainsi versées au salarié (§1). Mais, à côté de ces gratifications-libéralités à la gratuité affirmée, il existe d'autres types de gratifications, versées par l'employeur sans qu'il n'y soit tenu par le contrat de travail ou la convention collective, et qui sont considérées comme des compléments de salaire, qui seraient versés à titre onéreux. Il y a là une illustration d'un certain refoulement⁹⁶⁷ de la gratuité dans la relation de travail subordonnée, « *peu orthodoxe au regard du droit civil des libéralités* »⁹⁶⁸, et pouvant décourager l'employeur de gratifier ses salariés (§2).

§1 : L'ADMISSION DE LA GRATUITÉ DES GRATIFICATIONS EXCEPTIONNELLES

600. *Conditions d'existence des gratifications – libéralités* <> Lorsque les gratifications sont « *de caractère facultatif, bénévole et variable* »⁹⁶⁹, on admet qu'il s'agisse de libéralités faites aux salariés. Dès lors, les salariés n'ont pas de droit acquis à leur maintien.

⁹⁶⁷ Voir déjà, en ce sens, J.-J. DUPEYROUX, note ss. Toulouse, 9 oct. 1959, D. 1960, p. 49 et s. : « *la Cour de cassation tient à faire de la « pure libéralité », de la « pure bienfaisance » une sorte de réduit inaccessible à la législation sociale* ».

⁹⁶⁸ J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd., 2006, n°1004.

⁹⁶⁹ Ch. Réun. 5 août 1941, *Les grands arrêts du droit du travail*, 2^{ème} éd., 1980, n° 99.

Une illustration de ce principe nous est donnée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 juillet 1981. En l'espèce, un employeur avait versé à ses salariés une prime de Noël pendant trois ans, avant de la supprimer. Des salariés exigeant son versement malgré sa suppression se virent déboutés par la Cour d'appel de Nancy avant de former un pourvoi en cassation. Ils estimaient que le versement de la prime à tous les salariés de l'entreprise pendant trois ans permettait de considérer qu'elle avait un caractère général, fixe et permanent, de sorte qu'il s'agissait d'un complément de salaire et non d'une gratification. Leur pourvoi fut rejeté au motif que le versement de ladite prime était conditionné, chaque année, à la connaissance de la situation financière de l'entreprise, si bien qu'elle avait un caractère aléatoire pour les salariés. Ainsi, la gratification n'était pas de droit pour ces derniers. On pouvait voir, dans l'engagement de la verser, une promesse de don manuel soumise à une condition casuelle (la situation financière de l'entreprise). Le versement de la prime permettrait donc d'exécuter la promesse, et de procéder à une donation, donc à un acte gratuit.

601. ***Qualification gratuite des gratifications – libéralités***<>La gratuité de la gratification semble évidente. En effet, l'employeur décide de verser une prime à ses salariés, donc un avantage, sans contre-prestation de leur part. Par ailleurs, le versement de la prime n'étant pas prévu par le contrat de travail ni par la convention collective, il est impossible d'y voir un acte juridique d'exécution non soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité⁹⁷⁰.

602. ***Conséquences de la gratuité*** <>La gratuité de la gratification a des conséquences pratiques très importantes. En effet, la gratification n'est alors pas considérée comme un complément de salaire, comme la contre-prestation de la mise à disposition de la force de travail du salarié. Dès lors, elle n'est pas prise en compte pour vérifier si le salarié perçoit bien le S.M.I.C., ce qui est avantageux pour ce dernier. À l'avantage de l'employeur, le montant de la gratification n'est pas pris en compte dans le calcul du montant des heures supplémentaires ni de l'indemnité de préavis ou de l'indemnité compensatrice de congés payés.

603. ***Indifférence de la gratuité des gratifications quant à leur inclusion dans l'assiette des cotisations sociales***<> En revanche, la gratification étant une somme versée

⁹⁷⁰ Voir *supra*, n°290 et s.

au salarié à l'occasion du travail, elle doit, sur le fondement de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité Sociale, être incluse dans l'assiette des cotisations sociales. Ainsi en a décidé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 1972⁹⁷¹. En l'espèce, il était question de l'assujettissement aux cotisations de primes de mariage, de naissance et de départ au régiment, qu'un employeur avait versées à ses salariés sans les déclarer à l'URSSAF. La Commission de 1^{ère} instance de Sécurité Sociale de Blois donna gain de cause à l'employeur, en estimant que *« ces primes, allouées en raison d'événements sans rapport avec le travail, étaient des dons, que l'employeur était libre de les accorder ou non, que rien dans la loi ou les règlements, ni dans les conventions collectives ou contrats de travail, ne l'obligeait à les verser, qu'il était libre d'en fixer les montants à sa guise »*. La décision fut cassée par l'Assemblée plénière, au motif que *« l'article L.120 [devenu L.242-1] du Code de la Sécurité Sociale comprend, dans les versements assujettis au paiement de cotisations, tous les avantages accordés par un employeur à son personnel, que les primes litigieuses, bien qu'ayant été versées aux salariés en considération d'événements personnels ou familiaux, constituaient, même si elles étaient bénévoles⁹⁷², des avantages qui, du fait de leur attribution aux seuls salariés de l'entreprise et en raison de cette qualité, ne pouvaient l'être qu'à l'occasion du travail accompli par eux pour leur employeur »*. Ainsi, si au regard du droit du travail, la qualification gratuite ou onéreuse des primes versées aux salariés a une incidence pratique, il n'en va pas de même au regard du droit de la Sécurité Sociale. Les primes gratuites versées à l'occasion du travail doivent être incluses dans l'assiette des cotisations, de même que les primes onéreuses.

Cette solution est fondée sur la lettre de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité Sociale, qui ne se contente pas d'inclure dans l'assiette des cotisations les sommes versées en contrepartie du travail, mais qui ajoute à ces dernières les sommes versées à l'occasion du travail, expression qui permet d'étendre de façon considérable l'assiette des cotisations à toutes les sommes que l'employeur verse à ses salariés. En opportunité, la solution est fondée sur la volonté de faire échapper le moins de sommes possibles à l'assiette des cotisations, et d'éviter les fraudes. Il serait en effet facile, pour un employeur, de faire en

⁹⁷¹ Ass. Plén. 28 janvier 1972, D.1972, p. 205.

⁹⁷² Nous soulignons.

sorte que les primes qu'il verse soient gratuites pour échapper aux cotisations. Cette solution est conforme à l'intérêt général ici en question⁹⁷³.

Propre au droit de la Sécurité Sociale, l'assimilation des sommes versées par l'employeur à titre gratuit à ses salariés aux sommes versées à titre onéreux ne saurait être étendue au droit du travail⁹⁷⁴. Mais le droit du travail va encore plus loin : il nie la gratuité de certaines sommes versées aux salariés pour considérer qu'elles sont versées à titre onéreux, de façon purement fictive.

§2 : LE RATTACHEMENT AU TITRE ONÉREUX DES GRATIFICATIONS CONSTANTES

604. À priori, compte tenu de la définition de la gratuité que nous avons retenue, les sommes versées par l'employeur à ses salariés, en plus de ses obligations légales, contractuelles et conventionnelles⁹⁷⁵, et qui ne sont pas la contrepartie d'un travail supplémentaire demandé au salarié, devraient être considérées comme versées à titre gratuit. On ne saurait donc les considérer comme un élément du salaire, ce dernier étant la contrepartie de la prestation fournie par le salarié à son employeur, la mise à disposition de sa force de travail.

Il est cependant possible que certaines primes, versées à l'occasion de certains événements, soient versées à tous les salariés vivant cet événement. Il est également possible que certaines primes soient maintenues pendant quelques années. Il est alors tentant, pour les salariés, de considérer qu'ils ont un droit acquis au versement de la prime, que l'employeur est engagé à les verser. En d'autres termes, il serait tentant de dire que les primes résultent d'un engagement unilatéral de l'employeur, ou, ce qui revient au même, d'un usage de

⁹⁷³ J.-J. DUPEYROUX, note ss. Toulouse, 9 oct. 1959, D.1960, p. 49 et s. : « On voit que le droit de la sécurité sociale adopte une conception du salaire ou de la rémunération plus large que celle adoptée par le droit du travail, probablement parce que la plupart des normes du droit du travail qui prennent en considération la notion de salaire sont fondées sur le seul intérêt individuel du travailleur (privilège, insaisissabilité, etc.) tandis que, avec le problème de l'assiette des cotisations dues à la sécurité sociale, il ne s'agit plus d'intérêts particuliers, individuels, mais d'un intérêt général, collectif, plus impérieux : réunir les sommes nécessaires au financement d'un service public ».

⁹⁷⁴ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, n°1003.

⁹⁷⁵ Nous visons par là les obligations mises à la charge de l'employeur par la convention collective.

l'entreprise. Dès lors, l'employeur désireux de mettre un terme à sa pratique devrait dénoncer son engagement, à défaut de quoi il serait tenu de verser les primes aux salariés.

Les tribunaux déduisent l'engagement unilatéral de l'employeur de trois circonstances : la fixité, la constance et la généralité de la prime (A) ; et déduisent de cet engagement unilatéral, ce qui ne nous semble pas évident, l'onérosité des primes (B).

A. La reconnaissance d'un engagement unilatéral de l'employeur

605. **Caractères des gratifications 'salariales'**<> Lorsqu'une prime décidée par l'employeur a un caractère général, constant et fixe⁹⁷⁶, la jurisprudence y reconnaît un engagement unilatéral⁹⁷⁷ ou un usage⁹⁷⁸ créant un droit acquis pour les salariés au versement de la prime. Seule une dénonciation de l'engagement en respectant un délai de préavis raisonnable permet alors à l'employeur de se désengager.

La généralité de la prime signifie son versement à tous les salariés respectant les conditions de son attribution. La constance exprime son maintien pendant plusieurs années. La fixité signifie que la prime est toujours calculée de la même façon. Il s'agit là des critères classiques permettant de déceler un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur⁹⁷⁹. L'utilisation de ces critères en matière de primes ou de gratifications n'a donc rien de surprenant.

606. **Un usage contestable**<> On pourrait, certes, contester la reconnaissance d'un usage en fonction de ces critères. En effet, en droit commun, la reconnaissance d'un usage ou d'une coutume est subordonnée à la présence d'un élément matériel, la répétition d'une pratique, et d'un élément psychologique, la croyance partagée en son caractère obligatoire. Or faute pour l'employeur de croire en le caractère obligatoire d'avantages

⁹⁷⁶ Soc. 28 févr. 1996, Bull. Civ. V, n°74

⁹⁷⁷ Soc. 5 juin 1996, Dr. Soc. 1996, p. 973, obs. Couturier ; Soc. 28 oct. 1997, Dr. Soc. 1998, p. 77 obs. Couturier

⁹⁷⁸ Soc. 8 oct. 1996, RJS 11/96, n° 1149

⁹⁷⁹ M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995 — E. DOCKÈS, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. Soc. 1994, p. 227.

qu'il a lui-même décidés en dehors de toute obligation légale, contractuelle ou conventionnelle, et faute pour les salariés de pouvoir légitimement croire en cette même obligation, pour les mêmes raisons, on voit mal comment on peut reconnaître un usage. On est là en présence d'une solution spécifique au droit du travail, dérogatoire au droit commun, protectrice des salariés ; on est en présence d'une fiction, visant à faire d'une décision de l'employeur, donc d'un acte juridique, un usage qui semble bien plus proche du fait juridique. En clair, on nie le rôle de la volonté de l'employeur pourtant à l'origine de l'avantage.

607. ***Un engagement unilatéral contestable***<> De la même manière, la reconnaissance d'un engagement unilatéral peut poser problème au regard du droit civil. En effet, un employeur qui verse une prime à ses salariés, puis qui maintient d'année en année cette prime parce qu'il en a les moyens ne s'engage pas forcément à la reconduire dans le futur. Par ailleurs, en droit civil, il est impossible de donner quelque chose à quelqu'un sans que la volonté du bénéficiaire ne soit prise en considération. La donation requiert l'acceptation du donataire, il s'agit d'un contrat. Quant au legs, s'il s'agit d'un acte juridique unilatéral, il requiert néanmoins l'acceptation du légataire ; et si l'acte n'est pas analysé en une convention, c'est uniquement parce que la rencontre des volontés est impossible du fait de la mort du testateur. Mais on a bien deux volontés, celle du testateur et celle du légataire.

608. ***L'usage et l'engagement unilatéral, sources confuses et confondues, destinées à protéger le salarié***<> Ces deux sources du droit du travail sont donc contestables d'un point de vue du droit commun. Du reste, leur manque de fondement juridique se mesure à l'aune de leur confusion. Il est en effet courant de confondre usage et engagement unilatéral de l'employeur, à la fois dans leur qualification et, ce qui est heureux, dans leur régime. Il s'agit de sources particulières au droit du travail, destinées à protéger les salariés. Ces derniers peuvent donc anticiper sur le renouvellement d'un usage, puisque dans le silence de l'employeur, ce dernier sera tenu de continuer à verser les primes.

Mais il y a quelque chose de plus contestable encore : lorsqu'un usage ou engagement unilatéral est reconnu, on considère que les primes sont versées à titre onéreux.

B. L'onérosité des primes, conséquence contestable de la reconnaissance d'un engagement unilatéral

609. Lorsqu'une gratification ou une prime est rattachée à un usage ou à un engagement unilatéral de l'employeur, elle cesse d'être considérée comme une libéralité. On y voit, au contraire, un complément de salaire. Cela a des conséquences pratiques importantes qui permettent d'opposer leur régime à celui des gratifications-libéralités. Ainsi, l'employeur sera tenu de verser ces sommes⁹⁸⁰, faute d'en avoir dénoncé régulièrement l'usage. Par ailleurs, ces sommes seront comptabilisées dans la vérification du respect de la législation sur le SMIC. Elles seront également prises en compte pour le calcul du montant des heures supplémentaires, de l'indemnité de préavis, de licenciement, de l'indemnité compensatrice de congés payés. Elles sont considérées comme un élément de la rémunération du salarié, un complément de salaire.

Le rattachement de ces sommes au salaire, significatives de l'extension de cette notion⁹⁸¹, a surtout pour effet de considérer que ces sommes ne sont plus versées à titre gratuit, mais bel et bien à titre onéreux. Elles sont considérées comme contre-prestation de la prestation fournie par le salarié à son employeur. Cette solution, contestable au regard de la distinction de la gratuité et de l'onérosité (1), s'explique par la volonté de restreindre la gratuité en droit du travail du fait de la subordination juridique (2).

1. L'onérosité contestable des primes d'usage

610. ***L'engagement unilatéral de l'employeur, acte juridique d'organisation de l'échange gratuit*** <> Nous avons vu que la distinction de la gratuité et de l'onérosité ne concernait que les actes juridiques d'organisation de l'échange, ceux qui prévoient des fournitures de prestations objectives. En l'espèce, le contrat de travail est un contrat

⁹⁸⁰ Soc. 5 juin 1996, Dr. Soc. 1996, p. 973 ; Soc. 28 oct. 1997, RJS 12/97 n°1373.

⁹⁸¹ J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, n°986 : « Dépassant [une] conception purement synallagmatique et comptable qui établit une stricte correspondance entre l'exécution de la prestation de travail et la naissance de la créance de salaire, le droit du travail tend à considérer comme salaire toute somme ou tout avantage accordé à l'occasion du travail dans le cadre de l'entreprise (...) Le salaire n'est plus le strict prix du travail, mais la rémunération attachée à l'emploi ».

onéreux : il prévoit une fourniture de prestation de la part du salarié, la mise à disposition de sa force de travail, et une de la part de l'employeur, le paiement du salaire.

La convention collective, de son côté, pose problème. Elle est censée déroger *in melius* à la loi, si bien qu'on peut y voir la fourniture d'avantages par les employeurs sans contre-prestation, à la notable exception des accords dérogatoires qui peuvent sur certains points, déroger à la loi dans un sens défavorable au salarié. Néanmoins, la convention collective se contente de déterminer les obligations des parties aux contrats de travail, si bien que l'on peut très bien considérer qu'elle ne prévoit pas la fourniture de prestations objectives, mais qu'elle se contente de les déterminer. Ainsi ne serait-elle pas soumise à la distinction de la gratuité et de l'onérosité.

S'agissant de l'engagement unilatéral de l'employeur, il est évident qu'il consiste à fournir un avantage aux salariés sans contre-prestation de leur part : leur obligation de travailler est prévue par le contrat de travail et, de toute façon, un engagement unilatéral ne saurait engager un tiers. L'engagement unilatéral de l'employeur, source du versement des primes, doit donc être considéré comme gratuit, et ce même si sa reconnaissance rend le versement de la prime obligatoire⁹⁸². Cette dernière devrait, au moins, être considérée comme une prestation fournie au salarié à titre gratuit, en application d'une libéralité entre vifs consensuelle préalable, trouvant sa source dans l'engagement de l'employeur.

En effet, la généralité de l'avantage ne permet pas de nier sa gratuité. Une personne peut très bien être animée d'une intention libérale à l'égard d'un groupe (ici un employeur à l'égard de ses salariés). Sa constance ne le permet pas non plus : il est fort possible de vouloir répéter un acte gratuit sans pour autant le transformer en acte onéreux. Enfin, la fixité n'est pas non plus convaincante pour considérer l'avantage comme onéreux.

611. ***L'impossible onérosité du versement des primes***<> Par ailleurs, le fait de considérer que le versement des primes est rendu obligatoire par leur rattachement à une source normative (engagement unilatéral de l'employeur ou usage d'entreprise) ne permet

⁹⁸² Voir M.-F. CLAVEL-FAUQUENOT et N. MARIGNIER, *Le salaire, Liaisons Sociales*, 1^{er} juin 2001, supplément au numéro 13412, p.9 : « La qualification de prime ou de gratification n'est pas une qualification juridique. Quelle que soit l'appellation retenue, il convient de rechercher la nature juridique de la prime. Elle résulte de la source qui est à l'origine de son versement. **Si la prime ou gratification résulte d'une obligation de l'employeur, elle a le caractère de salaire. Si à l'inverse la prime ou la gratification est versée en l'absence de toute obligation, elle a le caractère de libéralité** » (les auteurs soulignent).

pas, loin s'en faut, de le qualifier d'onéreux. La seule conséquence admissible serait de considérer que, du fait de ce rattachement, le versement des primes doit être considéré comme l'exécution d'une obligation, donc comme un acte juridique d'exécution de l'échange⁹⁸³, non soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Le versement des primes ne peut donc pas être qualifié en lui-même de gratuit ou d'onéreux. La question qui doit être posée est alors de savoir s'il intervient en exécution d'un acte juridique gratuit ou onéreux, donc s'il intervient *à titre gratuit* ou *à titre onéreux*.

En l'espèce, nous avons vu que le rattachement à la notion d'usage nous semblait résulter d'une fiction destinée à protéger le salarié, mais bien peu justifiée juridiquement. L'usage, de par sa nature essentiellement involontaire, ne saurait, en effet, être soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Le rattachement à la notion d'engagement unilatéral de l'employeur nous semble préférable. Manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, l'engagement unilatéral semble évidemment devoir être considéré comme un acte juridique, unilatéral. Ayant pour but la fourniture d'une prestation aux salariés, il doit être considéré comme un acte juridique d'organisation de l'échange, soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Mais prévoyant uniquement une fourniture de prestation à la charge de l'employeur, sans contre-prestation de la part du salarié, cet acte juridique unilatéral ne peut être que gratuit.

Dès lors, estimer que les primes sont nécessairement onéreuses lorsque leur versement est rendu obligatoire par leur rattachement à une source normative est inadmissible d'un point de vue strictement juridique. De même que la prestation fournie par le mandataire au mandant n'est pas onéreuse du seul fait qu'elle est une obligation issue du contrat de mandat, le versement des primes n'est pas gratuit au seul prétexte qu'il résulte d'un engagement unilatéral de l'employeur.

Nous devons donc conclure que l'onérosité des primes d'usage est contestable au regard de la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Cette qualification résulte, au contraire, d'une négation de leur évidente gratuité, plus exactement de la gratuité de l'acte juridique dans lequel elles trouvent leur fondement. Peu conforme au droit commun des obligations, cette négation de la gratuité résulte de la relation de subordination.

⁹⁸³ Voir *supra*, n°296 et s. : le paiement ne saurait être soumis à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Il s'agit d'un acte « neutre » au regard de cette distinction.

2. L'onérosité fondée sur la nature des rapports employeur-salarié

612. **Une négation de la gratuité émanant du « fort »**<> Il est inutile de chercher un fondement juridique à l'onérosité des primes décidées par engagement unilatéral de l'employeur. Au contraire, il faut voir dans cet exemple une illustration d'une tendance du droit, qui consiste à décourager l'acte gratuit, en le requalifiant d'onéreux⁹⁸⁴, dans des rapports d'antagonisme, et, plus spécialement, dans le rapport de subordination juridique.

Ici, cette tendance se manifeste par une négation d'une gratuité évidente, et par application du régime des sommes versées à titre onéreux au salarié. Il est vrai que le versement d'une prime par un employeur à ses salariés n'est certainement pas désintéressé. L'employeur a intérêt à motiver ses salariés et le versement d'une prime peut être un bon moyen de parvenir à cette fin. Il y a donc bien un lien, psychologiquement, entre le versement de la prime et le travail des salariés, qui justifierait, *de lege ferenda*, le rattachement à l'onérosité. Ceci dit, nous avons vu que cette vision subjectiviste, voire morale de la gratuité, consistant à y voir la manifestation juridique de l'altruisme, n'était retenue ni par la jurisprudence, ni même par la loi et, au-delà, qu'elle était impraticable.

En réalité, si cette vision morale n'est pas admise en droit civil, c'est, essentiellement, parce que l'altruisme ne peut pas être appréhendé par les techniques juridiques utilisées en droit civil. Mais ce problème disparaît si l'on présume, de façon irréfragable, que l'acteur apparent de gratuité est, dans certains cas, intéressé, ou, au contraire, désintéressé. Le droit du travail ayant pour but de rétablir une égalité qui est, par essence, étrangère à la relation de travail subordonné, et partant du principe que la relation de travail est nécessairement conflictuelle, ne peut être que méfiant vis-à-vis de la gratuité émanant de l'employeur, et la considérer comme nécessairement intéressée, de façon à lui faire perdre sa nature. La

⁹⁸⁴ En effet, la plupart des conséquences de cette qualification sont défavorables à l'employeur, dans la mesure où il devra être tenu compte des primes dans le calcul de diverses sommes que l'employeur pourra devoir aux salariés : paiement des heures supplémentaires, indemnité de préavis, indemnité compensatrice de congés payés. La seule conséquence défavorable au salarié, si l'on compare le régime des gratifications salariales à celui des gratifications-libéralités, réside dans le fait que les gratifications salariales sont prises en compte dans le contrôle du paiement du SMIC.

négarion de la gratuité des primes d'usage, et leur rattachement à l'onérosité procèdent donc directement de l'idée selon laquelle la gratuité est nécessairement suspecte au sein de la relation de travail, du fait de son caractère antagoniste. Plus précisément, dans un rapport de domination, le droit a tendance à relativiser la gratuité émanant de la partie « forte », ici l'employeur.

613. ***La protection du salarié comme objectif***<> L'objectif des juges est alors, très clairement, de favoriser les salariés, en tenant exceptionnellement compte du caractère intéressé de la prime pour nier sa gratuité. La faveur faite au salarié apparaît dans la prise en compte de ces primes dans le calcul du montant des heures supplémentaires, si bien que ces dernières s'en trouveront augmentées. De la même manière, les indemnités liées à la rupture du contrat seront, elles aussi, plus importantes.

614. ***Conclusion de la sous-section 1***<> Si, juridiquement parlant, il est possible que l'employeur verse des sommes gratuitement à ses salariés, il est fréquent que ces dernières soient requalifiées en complément de salaire, en contrepartie du travail fourni par les salariés. Le fondement de cette négation de la gratuité semble être le lien entre employeurs et salariés : on refuse de voir là une solidarité, compte tenu du lien de subordination. Lorsqu'un supérieur donne à un inférieur, le don est tellement suspect qu'on préfère y voir un paiement. Il est vrai que, comme le notait JOSSERAND⁹⁸⁵, l'onérosité témoigne d'une égalité qu'il semble souhaitable de rétablir le plus possible dans une relation de travail par essence inégalitaire.

Du fait de cette inégalité, la gratuité émanant du salarié envers l'employeur est également combattue.

⁹⁸⁵ L. JOSSERAND, *Le déclin du titre gratuit et sa transformation*, in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p.135 et s.

SOUS-SECTION 2 : L'INTERDICTION DE LA GRATUITÉ ÉMANANT DU SALARIÉ

615. **Clause de non-concurrence**<> L'interdiction de la gratuité émanant du salarié se manifeste particulièrement à propos de la clause de non-concurrence. Ainsi, l'employeur peut légitimement souhaiter que le savoir-faire acquis par ses salariés dans son entreprise ne profite pas à ses concurrents⁹⁸⁶. Il insèrera alors des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail, interdisant aux salariés de travailler pour un concurrent après la rupture du contrat.

616. **Conditions classiques de la clause de non-concurrence**<> Ces clauses de non-concurrence portent atteinte à la liberté du travail, et, par conséquent, aux droits et libertés fondamentaux du salarié. Or l'article L.120-2 du Code du travail énonce que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». On comprend alors que la validité de ces clauses de non-concurrence soit soumise à des conditions très strictes. Classiquement, la clause de non concurrence n'était ainsi licite que si elle était limitée dans son objet, dans le temps ou l'espace⁹⁸⁷, c'est-à-dire si elle ne plaçait pas le salarié dans l'impossibilité de retrouver du travail⁹⁸⁸. Mais, par ailleurs, la clause n'était valable « *que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »⁹⁸⁹. Ainsi, par exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu approuver une cour d'appel d'avoir annulé une clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail d'un laveur de vitres, cette dernière « *ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »⁹⁹⁰.

⁹⁸⁶ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat Droit Privé, 4^{ème} éd., 2004, n°418.

⁹⁸⁷ Sur l'alternative entre ces deux limitations, cf. Com. 18 déc. 1979, Bull. Civ. IV, n°340 ; Com. 30 oct. 1989, D.1990, somm. 79, obs. Serra.

⁹⁸⁸ Soc. 31 mars 1981, Bull. Civ. V, n°283 ; Soc. 18 sept. 2002, RJS 2002, n°1352 ; JSL 2002, n°111-10.

⁹⁸⁹ Soc. 19 nov. 1996, Dr. Soc. 1997, p. 95, obs. Couturier, RJS 1996, n° 1266 ; CSBP 1997, 37 A7.

⁹⁹⁰ Soc. 14 mai 1992, JCP 1992.II.21889, obs. Amiel-Donat ; D.1992, p. 350, note Serra ; RJS 1992, n° 735 ; Dr. Soc. 1992, p. 967, note Corrigan-Carsin.

617. **Condition nouvelle pour la clause de non-concurrence dans le contrat de travail : la rémunération**<> Mais depuis quelques années, la Chambre sociale de la Cour de cassation rend cumulatives les conditions classiques et pose une condition supplémentaire à la validité des clauses de non-concurrence. Ainsi, dans trois arrêts du 10 juillet 2002, rendus au visa de l'article L.120-2 du Code du travail, elle a posé comme principe qu' « *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* »⁹⁹¹.

618. **Une interdiction de la gratuité de la non-concurrence**<> La clause de non-concurrence interdisant au salarié de travailler dans un domaine, sur un territoire donné et pendant une certaine durée, aboutit à réserver partiellement la force de travail du salarié au profit de son ancien employeur. Elle aboutit donc à la fourniture d'un avantage par le salarié à l'employeur. L'apport des arrêts du 10 juillet 2002 est donc important : la non-concurrence ne peut pas être gratuite.

Cette dernière assertion peut sembler relever de l'évidence. On voit mal en effet ce qui justifierait que l'employeur bénéficie d'un tel avantage gratuitement, et ce d'autant plus que la volonté du salarié pourra toujours être, en la matière, contestée. En effet, ce dernier s'engageant au moment de la conclusion du contrat de travail est, en général, prêt à accepter n'importe quelle clause sur « *l'après-contrat* », l'essentiel étant pour lui de trouver un emploi. Ceci dit, le fondement de cette contrepartie se doit d'être précisé (§1). Par ailleurs, il faut justifier l'exigence de sa spécificité (§2).

⁹⁹¹ Soc. 10 juill. 2002 (3 arrêts), Bull. Civ. V, n°239 ; JCP 2002.II.10162 note F. Petit ; RJS 2002 n° 1119 ; D. 2002, p. 2491, note Serra ; D.2002.3111, obs. J. Péliissier ; JSL 2002 n° 108-2 ; Defr. 2002, art.1619, note Libchaber ; Dr. Soc. 2002, p. 949, note Vatinet ; Dr. Ouvrier 2002 p. 533 note Taté ; CSBP 2002. 446, A. 54.

§1 : LA JUSTIFICATION DE LA RÉMUNÉRATION DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL

619. Nous avons vu que les conditions de validité de la clause de non-concurrence étaient liées à l'exigence posée par l'article L.120-2 du Code du travail. Les restrictions posées par le contrat de travail aux droits et libertés fondamentaux du salarié, et donc à sa liberté de travailler, ne sont admises que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. C'est pour cela que la clause n'est valable que si elle est limitée dans le temps, dans l'espace, et relativement à son objet ; et c'est pour cela qu'elle n'est admise que si un véritable risque de communication par le salarié d'un savoir-faire propre à l'ancien employeur est possible. Il faut que soit en cause un intérêt légitime de l'entreprise : le risque de communication d'un savoir-faire à ses concurrents.

L'adjonction, en 2002, d'une autre condition, tenant à la rémunération de la non-concurrence, repose-t-elle sur le même fondement de l'atteinte à une liberté fondamentale du salarié ? Nous ne le croyons pas, la rémunération n'étant pas fondée sur le préjudice que la clause fait subir au salarié (A), mais sur l'avantage qu'elle fournit à l'employeur (B).

A. La justification rejetée : la réparation de l'atteinte à la liberté du salarié

620. La clause de non-concurrence porte atteinte à la liberté du salarié. Elle lui interdit, en effet, de travailler dans un domaine d'activité. Le salarié subit donc un préjudice du fait de la clause. Il serait donc tentant de voir dans la contrepartie financière imposée par la jurisprudence une indemnité visant à réparer le préjudice ainsi causé au salarié⁹⁹². La clause de non-concurrence permettrait ainsi de prévoir à la fois la réalisation d'un préjudice et sa réparation. Cette justification des arrêts du 10 juillet 2002, admise

⁹⁹² P. MORVAN, obs. ss. Soc. 10 juill. 2002, JCP E 2003, n° 446— G. CANIVET, *L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. Soc. 2005, p.951 : « On sait la condition purement jurisprudentielle dont la chambre sociale a assorti la validité de telles clauses en jugeant qu'elles doivent être compensées par des réparations proportionnées à l'atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle qu'elles imposent aux salariés, sous forme de contrepartie financière ».

parfois par la Cour de cassation elle-même⁹⁹³, semble pourtant contestable d'un point de vue théorique (1) et contredite par le régime prétorien de la contrepartie (2).

1. Une justification contestable

621. ***La violation des droits et libertés fondamentaux, improbable objet de convention***<> Il est difficilement admissible que l'exigence d'une contrepartie à la clause de non-concurrence puisse être fondée sur la volonté de réparer l'atteinte qu'elle porte à la liberté du salarié⁹⁹⁴. En effet, cela reviendrait à admettre que la violation des droits et libertés fondamentaux puisse être l'objet d'une convention, et donc intégrer le commerce juridique⁹⁹⁵. Une telle position ne saurait être admise : la protection des droits et libertés fondamentaux ne saurait passer par une simple compensation pécuniaire de leur aliénation sans se saborder totalement. On ne peut pas, à la fois, protéger une liberté fondamentale et admettre son aliénation, fût-elle rémunérée⁹⁹⁶.

622. ***La liberté du salarié, protégée par les conditions « classiques » de la clause de non-concurrence***<> Du reste, le rejet de cette justification nous permet de mieux appréhender l'articulation entre les différentes conditions de validité des clauses de non-concurrence. En effet, il est désormais clairement établi que les clauses de non-concurrence doivent réunir cumulativement cinq conditions pour être valables. Elles doivent être indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, être limitées à la fois dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié, et prévoir une contrepartie financière⁹⁹⁷.

⁹⁹³ Soc. 17 déc. 2004, Dr. Soc. 2005 p. 334, obs. Gauriau : « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ».

⁹⁹⁴ Voir en ce sens, F. CHALVIGNAC, *À la recherche des fondements de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence*, TPS févr. 2004, chr. n° 4.

⁹⁹⁵ F. CHALVIGNAC, chr. préc. — Y. SERRA, *La validité des clauses de non-concurrence*, D.1987, chr. p. 113 — C. CHAMPAUD, *Les clauses de non-concurrence*, RJC 1986, p. 161.

⁹⁹⁶ En ce sens, F. CHALVIGNAC, chr. préc.

⁹⁹⁷ MEMO SOCIAL 2005, v° *Contrat de travail*, n° 509.

Les quatre premières conditions préexistaient à celle de la contrepartie financière. Or on pouvait légitimement s'interroger sur l'opportunité de leur maintien, dès lors que la clause devenait payante pour l'employeur⁹⁹⁸. Concrètement, on peut imaginer que des salariés renoncent à demander l'annulation d'une clause de non-concurrence qui ne satisferait pas aux conditions de limitation dans le temps et dans l'espace, et/ou qui ne serait pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, mais qui prévoirait une contrepartie financière, surtout si le salarié préfère trouver un emploi dans lequel il ne concurrencera pas son ancien employeur. Les conditions destinées à protéger la liberté du salarié cèderaient alors devant celle destinée à compenser l'aliénation de sa liberté ! Une telle position est, en réalité, inadmissible.

On perçoit alors l'incohérence qu'il y a à considérer la contrepartie financière à la clause de non-concurrence comme une indemnité visant à compenser l'atteinte à la liberté de travailler du salarié, qui est déjà protégée par le cumul des quatre conditions « classiques » de la clause de non-concurrence. Si son exigence ne se cumulait pas avec les autres conditions de validité des clauses de non-concurrence, on pourrait admettre ce point de vue. Mais, précisément, si la clause de non-concurrence satisfait aux exigences de limitation dans l'espace et dans le temps, si elle est justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, et si elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, alors il faut bien admettre que la liberté de ce dernier n'est pas entamée par la clause, et, par conséquent, que l'exigence supplémentaire d'une rémunération ne vise pas à compenser une restriction à sa liberté.

En réalité, seules les quatre conditions de validité « traditionnelles » des clauses de non-concurrence sont justifiées par la volonté de protéger la liberté fondamentale de travailler du salarié. L'exigence d'une contrepartie financière doit recevoir une autre justification, comme en témoigne, du reste, la jurisprudence en la matière.

⁹⁹⁸ En ce sens, R. LIBCHABER, *Les incertitudes de la proportionnalité dans le contrat : l'exemple de la clause de non-concurrence*, note ss. Soc. 10 juill. 2002 et Soc. 18 sept. 2002, Defr. 2002, art. 37644, p. 1619 : « les critères anciens paraissent subitement inutiles. A quoi servent les limitations dans le temps et dans l'espace, abstraites et peu pertinentes, dès lors que l'on dispose de régulateurs concrets tels que l'intérêt du créancier et les besoins du salarié, mieux adaptés à leur office ? Et surtout, la question des besoins professionnels du travailleur ne se trouve-t-elle pas infléchie par l'existence d'une contrepartie financière ? Sans prétendre que cette indemnité permet à l'employé de parer à une éventuelle privation d'emploi qu'il subirait désormais, on peut se demander si, par nature, elle ne réduit pas l'impact de la restriction d'activité sur le droit de l'employé à un travail » (nous soulignons).

2. Une justification contestée

623. **Rejet de la qualification indemnitaire de la contrepartie**<> Si l'exigence d'une contrepartie financière était fondée sur la volonté d'indemniser le salarié du préjudice résultant d'une atteinte à sa liberté de travailler, il faudrait nécessairement y voir une indemnité, des dommages et intérêts. Cette dernière ne serait alors pas soumise au même régime que le salaire. En particulier, elle ne donnerait pas lieu à cotisations sociales⁹⁹⁹, et ne serait pas imposable au titre de l'impôt sur le revenu¹⁰⁰⁰. Or la jurisprudence considère qu'il s'agit d'un élément de salaire¹⁰⁰¹, ce qui incite à penser qu'elle n'est pas fondée sur un schéma indemnitaire.

624. **Indifférence du préjudice subi par le salarié**<> Par ailleurs, si la contrepartie financière visait à réparer un préjudice, on pourrait exiger que le salarié dût démontrer un préjudice pour percevoir cette contrepartie. Ainsi, un employeur a-t-il pu contester la décision l'ayant condamné à payer à son salarié une « *indemnité compensatrice de non-concurrence* », alors que le salarié, ayant renoncé à l'exercice de toute activité professionnelle suite à son licenciement, ne subissait aucun préjudice du fait de la clause. Son pourvoi fut rejeté au motif que le salarié n'avait pas « *à justifier de l'existence d'un préjudice pour prétendre à la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence* »¹⁰⁰². De la même manière a-t-il été admis que la cessation d'activité ne faisait pas tomber la clause, et que l'employeur restait tenu du paiement de la contrepartie financière, alors que sa cessation d'activité empêchait, *de facto*, toute concurrence¹⁰⁰³. Dans cette hypothèse, il est également très difficile de considérer que le salarié subit un préjudice, et pourtant la contrepartie est due, preuve de ce qu'il ne s'agit certainement pas d'une indemnité.

⁹⁹⁹ Voir ainsi, excluant que des indemnités assimilables à des dommages-intérêts puissent être incluses dans l'assiette des cotisations : Soc. 7 avril 1994, 91-22147, RJS 1994.751 ; Soc. 14 sept. 2006, 05-12473.

¹⁰⁰⁰ M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, 30^{ème} éd., 2006, n°369.

¹⁰⁰¹ Soc. 8 juin 1999, n°96-45.616

¹⁰⁰² Soc. 19 oct. 2005, Dr. Soc. 2006 p. 104, obs. J. Mouly.

¹⁰⁰³ Soc. 5 avril 2005, Dr. Soc. 2005, p. 926, obs. Radé, la chambre sociale considérant, de façon fort surprenante, que « *la cessation volontaire d'activité de l'entreprise n'a pas pour effet de décharger de plein droit le salarié de son obligation de non-concurrence* ».

B. La justification retenue : la prestation objective fournie à l'employeur

625. *Une réservation partielle de la force de travail au profit de l'ancien employeur*<> La cause de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence ne doit donc pas être recherchée dans la réparation du préjudice subi par le salarié du fait de la clause. Bien plus simplement, on peut constater que si l'employeur souhaite stipuler une clause de non-concurrence, c'est qu'il y trouve un intérêt, qu'elle lui fournit un avantage. En acceptant une telle clause, le salarié promet donc de fournir un avantage à son employeur très proche de la prestation qu'il lui fournit pendant l'exécution du contrat. En effet, rappelons que la prestation objective qui caractérise le contrat de travail, autrement dit son objet¹⁰⁰⁴, est une simple mise à disposition. Le salarié promet de mettre sa force de travail¹⁰⁰⁵ à la disposition de son employeur. Ce dernier n'est alors pas tenu de fournir du travail au salarié, mais il est tenu de le convoquer.

La clause de non-concurrence, quant à elle, permet également la fourniture d'une prestation objective par le salarié à son employeur. Il lui promet de ne pas travailler pour l'un de ses concurrents, donc de ne pas utiliser sa force de travail de façon à le concurrencer. On a donc là une réservation partielle de la force de travail du salarié au profit de son ancien employeur, qui ressemble à une mise à disposition, à la différence près que l'ancien employeur ne peut pas utiliser la force de travail de son ancien salarié.

626. *Un avantage à rémunérer*<> Par la clause de non-concurrence, le salarié fournit donc une prestation objective à son ancien employeur. Comme il est admis que le salarié ne peut pas, dans le cadre de la relation de travail, agir gratuitement au profit de l'employeur, on comprend mieux la condition de contrepartie financière, et, par là même, son articulation avec les autres conditions de la clause de non-concurrence. Ainsi, la clause ne sera valable que si elle ne porte pas atteinte à la liberté du salarié, ce qui justifie les conditions de limitation spatio-temporelle, de nécessité pour l'entreprise, et de prise en compte de l'emploi du salarié, et si elle est rémunérée. En effet, même lorsque la clause ne

¹⁰⁰⁴ Th. REVET, *L'objet de contrat de travail*, Dr. Soc. 1992, p. 859.

¹⁰⁰⁵ Th. REVET, *La force de travail, étude juridique*, préf. F. Zénati, Litec, Bibl. Dr. Entr. 1992.

porte pas atteinte à la liberté du salarié, elle procure tout de même un avantage à l'employeur qui doit donc le rémunérer.

Il reste alors un problème épineux à résoudre, car si la nécessité d'une *rémunération* de la non-concurrence est justifiée, il convient encore de se demander pourquoi la Cour de cassation exige une rémunération spécifique.

§2 : LA JUSTIFICATION DE L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE SPÉCIFIQUE

627. Les arrêts du 10 juillet 2002 ont provoqué des réactions très vives de la part de la doctrine. La plupart des critiques provenait de leur caractère « *rétroactif* » : les contrats auxquels ces décisions étaient applicables avaient, en effet, été conclus à une époque où aucune rémunération n'était exigée pour la validité des clauses de non-concurrence. Si cette critique est fondée en opportunité, elle ne l'est pourtant pas en droit : la jurisprudence n'est pas une source normative de droit, et elle a, par définition, vocation à régir des situations passées, au contraire de la loi, appelée par l'article 2 du Code civil à ne disposer que pour l'avenir¹⁰⁰⁶. Les revirements de jurisprudence ne peuvent donc comme c'est le cas en l'espèce, que s'appliquer à des situations qui leur sont antérieures. Contrairement à la loi, la jurisprudence ne *s'applique* pas, compte tenu de la prohibition des arrêts de règlement. La critique pouvait alors tout au plus porter sur le caractère divinatoire des arrêts de la Chambre sociale de la cour de cassation, et sur la dégénérescence d'un droit du travail abandonné, par un excès législatif, au préteur, ce qui n'est pas le moindre de ses paradoxes.

Sur le fond, s'il semble admis que tout travail mérite salaire, on peut également admettre que tout non-travail au profit d'un concurrent mérite rémunération. Le fait que la non-concurrence doive être rémunérée n'est donc pas contesté. Ce qui l'est davantage, c'est que l'employeur doive fournir au salarié une contrepartie spécifique. On pouvait, en effet,

¹⁰⁰⁶ Sur la différence d'approche temporelle entre le législateur, le politique et le juge, cf. Ch. ATIAS, *Quelques observations sur une chrono-cosmologie juridique ?*, conférence donnée pour la remise des diplômes du DEA de Droit Privé fondamental, promotion 2001, RRJ 2002 p. 585 — N. MOLFESSIS, *Rapport sur les revirements de jurisprudence* — Pour une approche critique de ce dernier : P. SARGOS, *L'horreur économique dans la relation de droit*, Dr. Soc. 2005 p. 123.

estimer que la clause était rémunérée par le salaire (A), position somme toute contestable (B).

A. La proposition d'une rémunération par le salaire

628. ***Rejet de la « balkanisation » des contrats***<> Comme toute obligation, l'obligation de non-concurrence du salarié doit, pour être valable, avoir une cause objective, c'est-à-dire une contrepartie. Certains auteurs ont pu soulever qu'à défaut de rémunération spécifique, la clause serait sans cause¹⁰⁰⁷. Une telle proposition semble quelque peu abrupte. En effet, la non-concurrence est une obligation à la charge du salarié issue du contrat de travail. Il est donc possible de considérer que sa cause se trouve dans les obligations que ce contrat met à la charge de l'employeur. Un auteur n'a alors pas hésité à dénoncer une *balkanisation des contrats* consistant à isoler chaque clause pour lui chercher une contrepartie spécifique¹⁰⁰⁸.

629. ***Admissibilité d'une indivisibilité entre l'emploi du salarié et son obligation de non-concurrence***<> En réalité, le fait qu'il n'y ait pas de contrepartie spécifique ne suffit sans doute pas à estimer que l'obligation de non-concurrence du salarié est sans cause. En effet, compte tenu de la jurisprudence relative à la validité des clauses de non-concurrence, cette dernière n'étant valable que si elle protège un intérêt légitime de l'entreprise et qu'elle tient compte de l'emploi du salarié, on peut considérer que, la plupart du temps, ces clauses sont convenues dans les contrats de travail des cadres. L'obligation de non-concurrence est alors inhérente à leur fonction. Dès lors, on peut très bien considérer que le salaire, ainsi que tous les avantages versés au salarié pendant l'exécution du contrat rémunèrent la non-concurrence post-contractuelle. Le choix ne se fait pas, en effet, entre un contrat avec clause de non-concurrence et un contrat identique sans clause de non-concurrence. Très souvent, s'il doit y avoir un choix à faire, ce sera entre un poste d'encadrement bien rémunéré avec clause de non-concurrence et un poste de moindre responsabilité, moins rémunéré, et sans clause de non-concurrence. Il y a donc une

¹⁰⁰⁷ Y. SERRA, *La validité des clauses de non-concurrence*, D. 1987, chr. p. 113.

¹⁰⁰⁸ R. LIBCHABER, *Defr.* 2002, art. 37644 — Dans le même sens : M. FABRE-MAGNAN, *Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations*, SSL suppl. n° 1095, 28 oct. 2002, p. 32.

indivisibilité évidente entre l'emploi du salarié et son obligation de non-concurrence, qui justifie que le salaire qui lui est versé pendant le contrat rémunère à la fois la prestation fournie par le salarié pendant l'exécution normale du contrat de travail, et celle qu'il fournit après la cessation de la relation de travail.

Il serait donc possible de défendre l'idée selon laquelle la rémunération de la non-concurrence post-contractuelle serait assurée par le salaire. Cependant, d'un point de vue pratique, l'exigence d'une rémunération spécifique n'est pas dénuée de fondement.

B. La justification pratique d'une rémunération spécifique

630. ***Exigence d'une rémunération proportionnée à la durée de la clause*** <> Il convient de garder présente à l'esprit la condition de limitation temporelle de la clause de non-concurrence. À l'issue du terme prévu par le contrat, l'ancien salarié sera donc à nouveau libre d'exercer l'activité qu'il souhaite, et, éventuellement, de concurrencer son ancien employeur. Cette dimension temporelle est importante : la prestation fournie par le salarié à son ancien employeur est fournie grâce à une obligation à exécution continue. Dès lors, on peut risquer l'idée selon laquelle la rémunération devra être proportionnée à la durée de la clause.

On sait aujourd'hui que la rémunération peut être versée au salarié sous forme de rente, au fur et à mesure de l'exécution de la clause, ou sous forme d'un capital versé lors de la rupture du contrat de travail. En revanche, l'employeur ne saurait bloquer cette rémunération pour la verser au salarié à la fin de l'exécution de la clause¹⁰⁰⁹. Dans tous ces cas, et même dans celui rejeté par la jurisprudence, il est possible que la rémunération tienne compte de la durée de la clause de non-concurrence. Une autre possibilité est offerte à l'employeur : verser la contrepartie au salarié pendant l'exécution du contrat de travail, en majorant chaque mois le salaire. On a alors une contrepartie spécifique, individualisée, mais versée pendant l'exécution du contrat. Cependant, comme cela a pu à juste titre être observé, ce dernier procédé risque de donner lieu à des litiges. En effet, la rémunération de

¹⁰⁰⁹ Soc. 2 mars 2005, JCP E 2005, n° 1018, note Béal et Giroud.

la clause de non-concurrence risquera alors proportionnée à la durée du contrat de travail, et pas à la durée de la clause de non-concurrence¹⁰¹⁰. Par ailleurs, le versement anticipé de la contrepartie ne manquera pas de se révéler néfaste pour l'employeur, qui se privera ainsi de l'exception d'inexécution.

631. ***Une contrepartie versée de préférence après la rupture***<> Cet argument, d'ordre technique, justifie alors l'exigence d'une contrepartie spécifique à la clause de non-concurrence. Si l'on admet que cette contrepartie doit être proportionnée à la durée de la clause, il serait possible d'estimer qu'elle a pu être rémunérée pendant l'exécution du contrat, à condition qu'elle ait été versée pendant la durée d'exécution de la clause. Cependant, une telle solution serait particulièrement néfaste pour l'employeur, puisqu'elle le priverait de toute exception d'inexécution, et pour le salarié, qui risquerait de subir une certaine érosion monétaire. D'un point de vue pratique, mieux vaut donc une contre-prestation versée à compter de la rupture du contrat, au moment de l'exécution de la clause.

632. ***Conclusion de la sous-section***<> La non-concurrence étant une prestation fournie par le salarié à l'employeur du fait du contrat de travail, elle ne saurait être gratuite. On est là, en effet, dans un rapport de subordination juridique, et la gratuité du subordonné vers son employeur est inconcevable. Son caractère onéreux aboutit nécessairement à l'exigence d'une contrepartie spécifique, individualisée, de façon à prendre en compte sa durée.

633. ***Conclusion de la section***<> La relation de subordination juridique est par essence inégalitaire. Il est alors impossible de considérer l'employeur et le salarié comme faisant partie d'un groupe solidaire. On comprend alors que le droit ne favorise pas la gratuité au sein de cette relation. Mais il va au-delà : il nie la gratuité émanant de l'employeur dans le cadre des primes d'usage ; et il annule les avantages fournis par le salarié à l'employeur sans rémunération. Ces principes de solution tiennent compte de la spécificité de la relation de travail, seule à mettre en œuvre une subordination juridique. Précisons, par ailleurs, qu'ils ne s'appliquent que dans le cadre de la relation de travail, et qu'il est bien évident que des actes gratuits pourront lier l'employeur et le salarié en dehors de la relation de travail. Néanmoins, il convient de remarquer que, dans le cadre de la

¹⁰¹⁰ S. BÉAL et A. GIROUD, note préc.

relation de subordination juridique, la gratuité est découragée. Il en va de même dans les relations de dépendance économique.

SECTION 2 : LA GRATUITÉ DÉCOURAGÉE DANS LES RELATIONS DE DOMINATION ÉCONOMIQUE

634. « *Entre le fort et le faible...* », *le droit de la consommation*<> Si le droit du travail met en œuvre une subordination juridique de façon à ce qu'une personne puisse donner des ordres à une autre, cette situation est exceptionnelle. En dehors de ce cas particulier, les relations de droit privé sont marquées par la liberté et l'égalité. Le contrat apparaît alors comme la rencontre de deux volontés présumées libres et égales, aboutissant nécessairement à un juste accord.

Néanmoins, cette vision de l'autonomie de la volonté a été battue en brèche au cours du XX^{ème} siècle. Le contrat s'est en effet progressivement révélé sous son aspect économique, et est apparu comme une richesse parfois nécessaire pour une partie. Cette dernière, se sentant obligée d'acquiescer tel type de bien ou de service, est alors prête à accepter toutes les stipulations proposées par son cocontractant. La standardisation des biens et des services a, par ailleurs, entraîné le développement des contrats d'adhésion, par lesquels des professionnels peuvent imposer à tous leurs cocontractants des stipulations qu'ils rédigeront souvent en leur propre faveur. La société de consommation qui a caractérisé la deuxième moitié du XX^{ème} siècle a encore accru ce phénomène.

Dès lors, le droit a réagi face à ces situations dans lesquelles une partie apparaît comme plus faible que l'autre. Il a ainsi établi des règles propres aux relations entre professionnels et consommateurs, destinées à rétablir un équilibre qui se serait effacé entre ces deux groupes de personnes.

635. *Droit des contrats d'exploitation des œuvres de l'esprit*<> De la même manière, il arrive qu'une personne qui n'est pas subordonnée soit prête à accepter des conditions défavorables pour travailler ou pour exploiter les fruits de son labeur. Le droit intervient, là encore pour rétablir un certain équilibre envers la personne forcée de

contracter et prête à le faire à n'importe quelles conditions. La relation entre auteur et éditeur est révélatrice de ce type de comportement.

636. Que ce soit dans la relation entre professionnels et consommateurs, ou dans la relation entre auteur et éditeur, on est en présence de deux rapports de domination économique¹⁰¹¹. Comme en droit du travail, la gratuité est donc découragée lorsqu'elle émane de la partie forte : c'est ainsi que l'on peut relever une méfiance envers la gratuité en droit de la consommation (Sous-Section 1) ; et rejetée lorsqu'elle émane de la partie faible : on assiste ainsi à un rejet de la gratuité en droit de la propriété littéraire et artistique (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA MÉFIANCE ENVERS LA GRATUITÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION

637. *Méfiance envers la fausse gratuité*<> La gratuité pouvant intervenir dans l'intérêt de l'acteur de gratuité, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'on la retrouve dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Elle y sera un instrument particulièrement efficace de promotion des biens et des services. Du reste elle est connue dans cette fonction depuis longtemps, la vente à l'essai tout comme la vente à la dégustation passant par la gratuité pour inciter à la vente. La gratuité peut apparaître alors comme un avantage immédiat évident pour le consommateur, ce qui justifie que les fausses annonces de gratuité soient combattues par le droit. Le fait d'annoncer faussement qu'un bien ou un service sera fourni gratuitement sera passible des sanctions de la publicité de nature à induire en erreur, et constituera, au titre de la directive 2005/29 CE du 11 mai 2005 une pratique commerciale déloyale¹⁰¹².

¹⁰¹¹ Voir ainsi A. LATREILLE, *Droit de la consommation et protections techniques : pas de deux à trois temps*, RLDI janv. 2005.45 : « Le droit de la consommation et le droit de la propriété littéraire et artistique se ressemblent et donc s'opposent. Ces droits sont structurés autour de la protection de leurs bénéficiaires, parfois aux frontières de la paranoïa, accordant à ces derniers des prérogatives exorbitantes du droit commun ».

¹⁰¹² Dir. 2005/29 CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, annexe I, 20 : « *décrire un produit comme étant « gratuit », « à titre gracieux », « sans frais » ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article* » sera réputé déloyal en toutes circonstances. JOUE 11 juin 2005, L149/22 et s.

638. **Méfiance envers la véritable gratuité**<> Ceci dit, même lorsque la gratuité est réelle, elle est suspecte dans la relation de consommation. En effet, s'il est possible que certains actes juridiques soient gratuits, le professionnel fournissant un avantage sans contre-prestation au consommateur, il est probable que leur coût sera compensé par une augmentation des prix des biens ou des services payants, ce qui a permis à certains auteurs d'estimer que la gratuité, « *globalement, ne peut exister* »¹⁰¹³. En réalité, nous avons vu que la gratuité, qualifiant des actes juridiques, ne saurait être appréhendée globalement sans perdre toute efficacité. Sa présence dans la relation de consommation est donc indéniable, mais son régime tiendra compte des dangers qu'elle occasionne pour les consommateurs.

Plus précisément, il est possible d'identifier deux types de dangers. Il est, tout d'abord, des biens et des services dont la consommation est autorisée mais qui sont, à tort ou à raison, considérés comme dangereux. Leur distribution gratuite sera alors, la plupart du temps, strictement encadrée voire interdite.

Par ailleurs, en tant que telle, la gratuité peut être dangereuse, indépendamment des prestations sur lesquelles elle porte, dans la mesure où elle nuit à la transparence du marché, et où elle risque d'induire les consommateurs en erreur. La gratuité risque ainsi de pousser les consommateurs à consommer plus que nécessaire. Or la surconsommation apparaît comme un danger dont il faut se prémunir.

La méfiance envers la gratuité est donc fondée, en droit de la consommation, sur la dangerosité des prestations offertes gratuitement (§1) ; mais, au-delà, la gratuité est considérée comme intrinsèquement dangereuse quelle que soit la prestation offerte (§2).

§1 : UNE MÉFIANCE FONDÉE SUR LA DANGÉROSITÉ DES PRESTATIONS OFFERTES GRATUITEMENT

639. Certains biens, pouvant se révéler dangereux, mais néanmoins licites, font l'objet de dispositions spéciales destinées à restreindre leur promotion. La distribution

¹⁰¹³ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n°352

gratuite de ces biens sera alors souvent interdite (A). Par ailleurs, un service, le crédit, est considéré comme potentiellement dangereux car risquant d'aboutir à des situations de surendettement. Sa fourniture à titre gratuit fait alors l'objet de dispositions restrictives, et ce malgré une libéralisation intervenue récemment (B).

A. L'interdiction de certaines distributions gratuites

640. ***Tabac***<> Du fait de leur dangerosité, certains biens ne peuvent faire l'objet de distributions gratuites à titre promotionnel. C'est le cas des produits du tabac, dont la publicité et la promotion sont prohibées. Ainsi, l'article L.3511-3 du Code de la santé publique énonce que « *la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L.3511-1 [ingrédients], ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique sont interdites* ». La distribution gratuite est donc identifiée très clairement ici comme une technique de promotion. Sa prohibition est fondée sur des raisons de santé publique, l'onérosité étant un bon moyen d'endiguer la circulation de ces produits dangereux pour la santé.

De la même manière, l'article L.3511-2 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique interdit la fabrication, la vente, la distribution ou l'offre à titre gratuit des produits du tabac destinés à un usage oral, à l'exception de ceux qui sont destinés à être fumés ou chiqués. L'alinéa 2 du même texte interdit la vente et la distribution ou l'offre à titre gratuit de paquets de moins de dix-neuf cigarettes. Dans ces deux cas, l'interdiction des distributions gratuites accompagne une interdiction totale de vente. L'illicéité des produits en question (produits à usage oral, paquets de moins de dix-neuf cigarettes) justifie leur exclusion totale du commerce juridique, et donc l'interdiction de leur distribution gratuite.

641. ***Médicaments***<> De la même manière, la restriction, pour des raisons de santé publique, de la publicité pour les médicaments a pour conséquence une restriction de leur distribution gratuite. L'article L.5122-10 du Code de la santé publique n'autorise les distributions gratuites de médicaments qu'aux personnes habilitées à prescrire et à

dispenser des médicaments. Il interdit toute distribution gratuite dans les enceintes accessibles au public à l'occasion de congrès médicaux ou pharmaceutiques. Par ailleurs, l'article L.5122-10 alinéa 2 interdit purement et simplement toute distribution gratuite d'échantillons de médicaments contenant des substances classées comme psychotropes ou stupéfiants.

642. **Préparations pour nourrissons**<> Il est un autre cas, particulièrement intéressant d'interdiction de distribution gratuite pour des raisons de santé publique : celui des préparations pour nourrissons. La publicité de ces préparations, qui désignent, au sens de l'article L.121-50 du Code de la consommation, « *les denrées alimentaires destinées à l'alimentation des enfants jusqu'à l'âge de quatre mois accomplis et présentées comme répondant à elles seules à l'ensemble des besoins nutritionnels de ceux-ci* », est, en effet, limitée par l'article L.121-51. Cette dernière n'est en effet autorisée que dans la presse écrite destinée aux professions de santé. Comme souvent, lorsque la publicité pour un produit fait l'objet de restrictions, il en va de même pour sa promotion. C'est ainsi que l'article L.121-52 du Code de la consommation interdit, « *dans le commerce de détail, de distribuer à titre gratuit des échantillons de préparation pour nourrissons ainsi que de se livrer à toute autre pratique promotionnelle en faveur de la vente directe de ces préparations* ». Ce texte, très général, prohibe toute technique de promotion des ventes de préparations pour nourrissons dans le commerce de détail. Mais, de façon édifiante, il fait figurer, au premier rang des techniques interdites, les distributions gratuites, avant de prohiber les *autres pratiques promotionnelles*. La distribution gratuite apparaît alors comme l'archétype des techniques de promotion des ventes.

Là encore, on est en présence d'une interdiction des distributions gratuites fondée sur la volonté de protéger le consommateur et de lui laisser la liberté de choix, éventuellement en se conformant à des indications médicales.

643. **Armes à feu, munitions**<> Notons, par ailleurs, que la publicité et la promotion des ventes d'armes à feu et munitions sont très strictement encadrées par la loi n°85-706 du 12 juillet 1985, dont l'article 5 prohibe qu'elles soient offertes en récompense de concours ou mises en loterie.

La prohibition des distributions gratuites de produits dangereux relève donc d'un ordre public économique de protection, révélateur des dangers de la gratuité pour le consommateur, dès lors qu'elle concerne des produits réputés intrinsèquement dangereux.

B. L'impossible gratuité du crédit

644. ***Le maintien d'une réglementation du crédit gratuit***<> De façon plus surprenante, il est un service qui est considéré comme dangereux et dont la gratuité fait l'objet d'une réglementation stricte aboutissant, en pratique, à son impossibilité : le crédit.

Le crédit gratuit a pourtant été partiellement libéralisé par la loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur¹⁰¹⁴. Jusqu'alors, en effet, la publicité pour le crédit gratuit était interdite en dehors des lieux de vente par l'article L.311-5 du Code de la consommation. La loi du 28 janvier 2005 est venue mettre un terme à cette interdiction¹⁰¹⁵, mais elle n'a pas pour autant totalement libéralisé la pratique.

645. ***Une gratuité suspecte***<> Le crédit gratuit n'est pourtant pas inimaginable, au contraire, même, si l'on en croit le Code civil, où le contrat de prêt apparaît comme un contrat gratuit à titre supplétif, ou *naturellement gratuit*. On peut alors se demander ce qu'il y a de suspect à offrir un prêt à la consommation gratuit. Le danger viendrait de ce que la gratuité du prêt masquerait l'onérosité véritable de l'opération économique globale menée par le commerçant. La confusion entre la gratuité et le désintéressement est en effet encore telle que la gratuité apparaît comme suspecte chaque fois que l'acteur y trouve son intérêt. Or, dans la présentation traditionnellement manichéenne et antagoniste des rapports de consommation, proche de notre conception des rapports de travail, on considère que l'intérêt de l'une des parties s'oppose naturellement à celui de l'autre. Ainsi, l'intérêt du

¹⁰¹⁴ G. RAYMOND, Contrats Concurrence Consom. 2005/3, étude n°3 — D. LEGEAIS, RTD Com. 2005 p. 398 — H. CLARET, JCP 2005.I.140 — J. COELHO, *À propos des nouvelles prescriptions destinées à conforter la confiance et la protection du consommateur*, PA 6 sept. 2005, p. 3.

¹⁰¹⁵ Etant précisé que, toutefois, demeure interdite la publicité hors des lieux de vente « relative aux opérations visées à l'article L.311-2 proposant une période de franchise de paiement de loyers ou de remboursement des échéances du crédit supérieure à trois mois » (art.L.311-5 c.consom. issu de la loi du 28 janvier 2005).

professionnel sera nécessairement suspect pour le consommateur, surtout s'il n'apparaît pas au grand jour, ce qui est le cas lorsqu'il agit gratuitement, de même que l'intérêt de l'employeur semble nécessairement préjudiciable aux salariés. Notre droit positif n'étant pas, heureusement, hermétique aux concepts politiques, a hérité du marxisme une grille de lecture des rapports économiques entièrement fondée sur la lutte des classes. C'est pour cela qu'il réprime certaines formes de gratuité, manifestement intéressées, à des fins protectrices du consommateur, tout comme on a pu voir qu'il faisait tout pour nier la gratuité dans la relation de travail.

Les restrictions envers le crédit gratuit sont alors justifiées par l'idée de protéger les consommateurs d'une augmentation artificielle des prix, comme si les commerçants ne pouvaient pas avoir intérêt à consentir un sacrifice exceptionnel mais véritable pour fidéliser la clientèle.

646. ***Le risque du surendettement***<> Un autre danger du crédit gratuit souvent relevé est qu'il risque d'encourager les consommateurs à s'endetter. Or le crédit est perçu comme un service dangereux pour les particuliers, risquant de les conduire à une frénésie de consommation déraisonnée, et, par voie de conséquence, au surendettement. Il est vrai que le nombre de personnes surendettées a considérablement augmenté, notamment depuis les années 90, ce qui a conduit le législateur à modifier à trois reprises en dix ans les procédures de surendettement¹⁰¹⁶. On comprend alors pourquoi le crédit gratuit est vu avec défaveur.

647. ***Une suspicion contestable***<> Pourtant, aucun de ces motifs de restriction du crédit gratuit n'emporte la conviction. Tout d'abord, on peut considérer que la gratuité peut intervenir dans l'intérêt des professionnels sans pour autant être néfaste aux consommateurs¹⁰¹⁷. N'est-il pas dans l'intérêt des commerçants d'agir dans l'intérêt de leurs clients ? Le contrat n'est-il pas, par essence, un instrument permettant d'aboutir à la satisfaction de deux intérêts distincts, mais pas nécessairement opposés ?

Plus radicalement, le droit de la consommation apparaît comme un droit réactif, mais

¹⁰¹⁶ Cf. Ch. ALBIGÈS, *Rapport introductif, La procédure de rétablissement personnel*, Colloque tenu le 10 juin 2005 à la Faculté de Droit de Montpellier, Contrats, Concurrence, Consommation, Oct. 2005.

¹⁰¹⁷ F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, n°41 : « *Le désintéressement le plus sincère peut s'avérer le comble de l'habileté commerciale* ».

reposant sur des modèles qui sont peut-être dépassés. Le droit de la consommation s'est en effet essentiellement construit pendant les Trente Glorieuses, à l'apogée de la *société de consommation*. Son objectif était alors clairement de tempérer les ardeurs des consommateurs, pour leur éviter de tomber dans certains pièges. La codification à droit constant du droit de la consommation a cristallisé ces principes¹⁰¹⁸, sans prendre en considération le fait que le modèle économique sur lequel il reposait pouvait disparaître, rendant ses dispositions et sa philosophie désuètes. Un économiste a pu, à ce propos, considérer que l'on était en train de sortir de la *société de consommation*¹⁰¹⁹, pour entrer, progressivement, dans celle du réseau, qui, elle, admet la gratuité parmi ses composantes¹⁰²⁰.

Enfin, il convient de remarquer que le choix se fait rarement, pour les consommateurs, entre paiement au comptant et achat à crédit, si bien que les restrictions envers le crédit gratuit incitent généralement les consommateurs à acheter à crédit, mais moyennant rémunération. Le danger du surendettement pourrait alors être bien plus important lorsque le crédit gratuit est entravé que lorsqu'il est libre. D'autre part, la cause principale de l'augmentation des cas de surendettement des particuliers au cours des dernières années est à trouver dans la montée du chômage, et non dans une consommation excessive de crédit.

648. **Impossibilité du crédit gratuit** <> La loi du 28 janvier 2005 a tout de même maintenu des entraves au crédit gratuit. En particulier, il découle toujours des articles L.311-6 et L.311-7 du Code de la consommation une obligation de « *proposer un prix pour paiement comptant inférieur à la somme proposée pour l'achat à crédit ou la location* ». Dès lors, l'achat à crédit devant obligatoirement être plus onéreux que l'achat avec

¹⁰¹⁸ Sur l'effet de cristallisation produit par les codifications, cf. R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002, p. 96 et s. L'auteur remarque cependant que cet effet est moins marqué pour les codifications-compilations, comme celle du droit de la consommation. La codification n'a, en la matière, probablement pas cristallisé le droit de la consommation, mais elle a certainement cristallisé les principes et la philosophie des textes consuméristes.

¹⁰¹⁹ M. HENOCHSBERG, *La gratuité, quels fondements, quels financements ?*, Rev. Conc. Consom. Avril-mai-juin 2005 p.3, *Gratuité et consommation*, Ateliers de la Consommation, 4 décembre 2004, Paris : « *La consommation n'est plus(...) La période de consommation de masse correspond à une élévation du niveau de vie majeure sur le plan quantitatif. Les analystes s'accordent à reconnaître que ce stade de l'évolution des sociétés a duré près de deux siècles, pour s'achever avec les années 1980* », l'auteur décelant, de nos jours, une « *fatigue du consommateur* ».

¹⁰²⁰ Voir *infra*, n°697 et s.

paiement comptant, la gratuité du crédit semble rien de moins qu'illusoire¹⁰²¹. Par ailleurs, l'obligation prévue par l'article L.311-7 prévoit toujours que l'achat à crédit gratuit ne peut être pratiqué à un prix supérieur au prix le plus bas pratiqué pour le même bien ou service au cours des trente derniers jours dans le même point de vente.

Notons, toutefois, une obligation nouvelle et bien curieuse à la charge de l'annonceur faisant de la publicité pour un crédit gratuit. L'article L.311-6 du Code de la consommation prévoit, en effet, que la publicité pour le crédit gratuit sur le lieu de vente doit « *préciser qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement au consommateur* ». Doit-on avoir une vision globale de l'opération et imposer à l'annonceur de préciser sur quel poste budgétaire est reporté le coût du crédit gratuit ? Les termes de l'obligation ne semblent pas permettre une telle lecture, et c'est heureux. Quel est alors l'intérêt de cette disposition dans la mesure où le vendeur à crédit apparaîtra nécessairement comme prenant en charge le coût du crédit gratuit, ce qu'il n'aurait pas manqué de faire savoir au public en l'absence de ce texte ? On peut sans doute considérer cette disposition comme inutile et la classer parmi les nombreuses autres dispositions obscures issues de lois « *fourre-tout* » comme c'est le cas de celle du 28 janvier 2005, qui polluent nos codes de textes inapplicables et incompréhensibles.

649. Quoi qu'il en soit, l'exemple du crédit gratuit nous permet d'illustrer encore davantage cette tendance qu'il nous semble pouvoir dégager de restriction de la gratuité entre personnes appartenant à des groupes antagonistes, étant entendu que le crédit, comme les armes à feu ou les cigarettes, est, dans son ensemble, considéré comme un produit dangereux.

Mais il arrive que la gratuité soit restreinte entre professionnels et consommateurs même lorsqu'elle n'affecte pas une prestation jugée dangereuse.

¹⁰²¹ En ce sens, J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, n°352 : « *cette dernière règle supprime, au fond, la gratuité du crédit ; n'est-il pas paradoxal, dans ces conditions, d'autoriser les commerçants à annoncer, dans les lieux de vente, que le crédit sera gratuit ? En fait tout se passe comme si le crédit gratuit était interdit* ».

§2 : UNE MÉFIANCE FONDÉE SUR LA DANGÉROSITÉ INHÉRENTE À L'OFFRE GRATUITE

650. Le droit de la consommation, né des Trente Glorieuses, est destiné à tempérer une frénésie de consommation qui propulserait les consommateurs dans tous les pièges qui leur seraient tendus par les professionnels. Il est donc bâti sur l'idée selon laquelle la sur-consommation est dangereuse pour les consommateurs, et ce quel que soit son objet. La gratuité est alors freinée, de façon à éviter qu'elle ne pousse le consommateur à des excès. Surtout, on retrouve là une connivence entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence, soucieux d'éviter que les petits commerçants ne soient victimes de l'agressivité des prix pratiqués par leurs gros concurrents (A). Néanmoins, le droit de la promotion des ventes brille ici par son incohérence et par un facile contournement des interdits par les professionnels (B).

A. Le rejet de certaines techniques de promotion contenant la gratuité

651. La technique la plus percutante de promotion des ventes est celle du cadeau : elle permet de faire connaître le produit aux consommateurs sans qu'il n'en coûte rien à ces derniers. Aujourd'hui licite, cette technique a été, pendant quelques années, interdite. Le fondement de cette interdiction doit être expliqué (1). La vente avec prime est une autre technique utilisant la gratuité. Cette dernière est toujours prohibée (2).

1. La prohibition générale des cadeaux de la loi Royer à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

652. **Prohibition des cadeaux et protection des consommateurs**<> L'article 40 de la loi Royer du 27 décembre 1973 prohibait les cadeaux. Cette disposition visait à compléter la prohibition des ventes avec prime gratuite, et à lutter efficacement contre une gratuité néfaste pour le consommateur, en ce qu'elle « *pèse sur la décision d'achat et la perturbe en y introduisant des éléments étrangers à la seule conduite raisonnable qui*

consiste, pour le consommateur, à se déterminer au terme d'une comparaison des qualités et des prix des produits offerts sur le marché »¹⁰²². Cependant, selon d'autres commentateurs, « la loi de 1973 n'a pas été écrite pour les consommateurs » mais pour les « petits commerçants et artisans »¹⁰²³, ce qui n'empêche pas que les deux objectifs puissent se rencontrer¹⁰²⁴. Il est vrai que les politiques agressives de prix de la grande distribution sont néfastes aux petits commerçants, incapables de se défendre, et, prétendument en tout cas, aux consommateurs, perturbés par l'intrusion d'une gratuité à bien des égards anormale sur le marché. S'il rappelait les préoccupations essentielles de la loi Royer, le Professeur Jean CALAIS-AULOY reconnaissait que certaines de ses dispositions étaient favorables aux consommateurs, et rangeait l'interdiction des remises à titre gratuit dans cette catégorie¹⁰²⁵.

653. **Arguments en faveur de la prohibition des cadeaux**<> En effet, selon le Professeur CALAIS-AULOY, « le commerçant qui consent un avantage gratuit, comme d'ailleurs celui qui vend avec prime, trompe, d'une certaine façon les consommateurs : la gratuité n'est qu'apparente, car la valeur de l'avantage ou de la prime se répercute nécessairement sur le prix des produits ou des services. S'il ne s'agissait que de hausse des prix le procédé ne serait pas plus critiquable que les autres techniques de publicité. Mais ce qui est difficilement tolérable, c'est l'affirmation d'une gratuité qui, globalement, n'existe pas : l'ensemble des consommateurs paie, inconsciemment, les cadeaux faits à certains d'entre eux »¹⁰²⁶.

654. **Un danger inflationniste peu convaincant**<> Il est vrai que l'argument des dangers inflationnistes de la gratuité doit être relativisé. Certes, les prix sont fixés de façon à couvrir les coûts d'exploitation. Mais si l'on devait, dans une logique anti-inflationniste, lutter contre toutes les dépenses annexes que les commerçants sont amenés à exposer pour promouvoir leurs produits, il faudrait prohiber de nombreux comportements, et ne pas se limiter à la prohibition des seuls cadeaux. Toutes les techniques de promotion des ventes devraient être réprochées, y compris celles qui ne passent pas par la gratuité, de même que les dépenses publicitaires. Pourquoi ne pas aller encore plus loin, et interdire aux

¹⁰²² Ch. GOYET, *La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal*, RTD Com. 1975, p. 35 et s.

¹⁰²³ J. CALAIS-AULOY, *La loi Royer et les consommateurs*, D. 1974, chr. p. 91.

¹⁰²⁴ J. CALAIS-AULOY, *chr. préc.*

¹⁰²⁵ J. CALAIS-AULOY, *chr. préc.*

¹⁰²⁶ J. CALAIS-AULOY, *chr. préc.* Nous soulignons.

commerçants d'abuser de la lumière, voire d'embaucher des caissières (il est, techniquement parlant, concevable, aujourd'hui, de passer à la caisse en présentant soi-même les codes barre des produits qu'on achète) ?... La logique de la distribution de masse va dans ce sens¹⁰²⁷, mais il a pu être remarqué qu'elle déshumanisait le commerce au point de lui devenir antinomique : « *le commerce n'a jamais eu pour fonction d'apporter des biens au consommateur final* »¹⁰²⁸, mais a une fonction d'échange social. De son côté, « *le schéma qui est à l'origine du succès de la distribution, et selon lequel les consommateurs sortent de chez eux pour aller acheter un pull-over ou une bicyclette, s'avère en définitive trop réducteur d'un point de vue social : il assèche l'activité et confronte l'acheteur-consommateur à une offre technique, désincarnée et anonyme* ». Il est donc inconcevable de prohiber tout ce qui permet au commerce de se présenter sous un aspect ludique, dans le seul but de lutter pour la baisse des prix.

655. ***Le rejet de l'argument du « mensonge »***<> En revanche, nous devons nous arrêter sur le deuxième argument soutenu par le Professeur Jean CALAIS-AULOY en faveur de la prohibition des cadeaux en 1973. Selon lui, la prohibition des cadeaux serait justifiée par le fait que la gratuité serait, en l'espèce, trompeuse, car globalement la gratuité n'existe pas. En d'autres termes, la conséquence de ce « *mensonge* », à savoir la hausse des prix, ne serait pas blâmable, mais le « *mensonge* » en lui-même le serait. L'argument est loin d'emporter la conviction. Certes, il est vrai que la tromperie est, en tant que telle, répréhensible. Dès lors, en admettant que la gratuité des cadeaux soit mensongère, ce que nous ne pensons pas, la publicité pour les cadeaux pourra être qualifiée de publicité de nature à induire en erreur. Mais est-il mensonger d'annoncer de la gratuité si l'on ne fait vraiment rien payer au consommateur ? Elle pourra, par ailleurs, constituer un dol. Mais, dans l'hypothèse où l'on admettrait le caractère mensonger de la gratuité des cadeaux, ne se retrouverait-on pas dans une hypothèse évidente de dol incident, sans aucun préjudice pour le consommateur ? Enfin, la tromperie peut caractériser le délit d'escroquerie. Mais dans l'hypothèse d'une remise à titre gratuit, l'élément matériel de l'infraction fera nécessairement défaut. Doit-on vraiment interdire le mensonge lorsqu'il ne cause de

¹⁰²⁷ M. HENOCHSBERG, *La gratuité, quels fondements, quels financements ?* Rev. Conc. Coonsom. avril, mai juin 2005 p. 3 : « *La distribution a originellement consisté à tracer la plus courte ligne possible entre l'usine et les consommateurs. Les produits présentés aux consommateurs l'étaient sous forme de cartons d'emballage rappelant presque la sortie d'usine. Un tel dispositif insistait sur la suppression des intermédiaires : commerçants, grossistes, détaillants. La distribution abolit le principe même de l'intermédiation. Il ne devait plus subsister d'interface entre le producteur et le consommateur final* ».

¹⁰²⁸ M. HENOCHSBERG, *communication préc.*

préjudice à personne ? Formuler la question revient sans doute à y répondre.

Au-delà, la gratuité est-elle nécessairement mensongère lorsqu'elle n'existe pas « globalement » ? Nous ne pouvons souscrire à une telle affirmation. En effet, la distinction de la gratuité et de l'onérosité a pour fonction de qualifier des actes juridiques. Sont donc gratuits ou onéreux des actes juridiques, et non une activité envisagée globalement. Dans l'hypothèse du cadeau, le commerçant offre un bien ou un service au consommateur sans aucune contre-prestation à la charge de ce dernier, et sans aucune obligation d'acheter un autre bien ou de souscrire à un autre contrat onéreux. On est donc bien en présence de gratuité, et ce indépendamment de l'éventuel report du coût de l'acte sur les biens et services proposés à titre onéreux par le commerçant¹⁰²⁹. Le cadeau correspond à une donation, plus précisément à un présent d'usage, qualification qui permettra d'éviter l'obligation de conclure un acte notarié ainsi que le rapport et la réduction.

656. ***La prohibition des cadeaux : une parenthèse historique heureusement close***<> La gratuité des cadeaux n'est donc pas mensongère, et son caractère nuisible pour les consommateurs reste à démontrer. La libéralisation de la pratique par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a rendu aux commerçants la possibilité d'utiliser la technique de promotion des ventes la plus efficace et c'est heureux : rien n'oblige, en effet, le bénéficiaire du cadeau à acheter d'autres produits chez le commerçant qui le lui offre.

La prohibition de la gratuité dans la vente avec prime est davantage justifiée.

2. La prohibition des ventes avec prime

657. ***Un danger pour les petits commerçants et pour les consommateurs***<> La prohibition de la vente avec prime repose également sur un double souci de protection du consommateur et des petits commerçants. Du reste, elle a longtemps été considérée comme une disposition de droit de la concurrence, comme en témoigne son intégration dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour finalement être codifiée dans le Code de la

¹⁰²⁹ Voir *supra*, n°222 et s.

consommation en 1992. Pour les petits commerçants, la vente avec prime présente les mêmes dangers que les cadeaux. Les grandes enseignes de la distribution, plus puissantes, pourront plus facilement utiliser ce genre de techniques que les petits commerçants, si bien que la clientèle risque d'abandonner ces derniers au profit des premières. Pour les consommateurs, le risque est grand qu'ils soient incités à acheter un bien dont ils n'auraient pas voulu, uniquement dans le but d'acquérir la prime.

658. ***Un argument de gratuité fallacieux***<> On conçoit donc que la vente avec prime gratuite soit prohibée, dans les limites déjà étudiées¹⁰³⁰. On peut voir là une restriction supplémentaire envers la gratuité dans la relation de consommation. Il s'agit en tout cas, à n'en pas douter, d'une restriction envers l'utilisation de l'argument de gratuité, dont on doit bien observer, en l'espèce, qu'il est fallacieux. En effet, la vente avec prime n'est rien d'autre qu'une vente par laquelle une personne vend deux biens¹⁰³¹, dont celui prétendument fourni gratuitement, moyennant un prix. Le prix est alors la contrepartie de l'ensemble des biens fournis par le vendeur, le support et la prime¹⁰³². Par ailleurs, comme a pu le remarquer un auteur, la prime apparaît comme gratuite parce que le commerçant qui l'offre fait croire aux consommateurs qu'il offre l'objet principal de la vente au même prix que ses concurrents ou à son prix habituel, alors qu'il est parfaitement libre de fixer les prix, et de considérer, officieusement, que le prix de l'objet principal est inférieur au prix indiqué et que, par conséquent, la prime est onéreuse¹⁰³³.

659. ***Une atteinte à la transparence des prix***<> Dès lors, le contrat de vente avec prime apparaît bien comme un contrat onéreux, le prix étant la contrepartie de la fourniture du bien ou du service¹⁰³⁴ qui est l'objet principal du contrat et de la prime. On peut y voir un mensonge du commerçant aux consommateurs, ce qui pourrait justifier la prohibition.

¹⁰³⁰ Voir *supra*, n°223, 430 et s.

¹⁰³¹ Nous raisonnons là sur l'exemple d'une vente *stricto sensu*, étant entendu que l'argument vaudrait aussi pour les « ventes de service ».

¹⁰³² En ce sens, Ch. GOYET, *La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal*, RTD Com. 1975, p. 35.

¹⁰³³ F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris 1, 1978, n°309 : « nous avons déjà remarqué combien il était vain de rechercher si l'avantage prétendument offert était couvert par le prix de la prestation principale ou s'il était effectivement donné pour rien. Comme le vendeur est libre en principe de fixer ses prix, il n'y a pas de référence objective qui permette au juge d'opérer une vérification. On ne peut dire si un avantage présenté comme gratuit l'est effectivement ni si un élément de la prestation présenté comme un avantage est attribué gratuitement. Par exemple, les bouchers prennent l'habitude de vendre les volailles sans leur foie. Faut-il considérer que ceux qui continuent de l'y joindre le donnent en prime ? »

¹⁰³⁴ La vente avec prime concerne aussi, d'après le législateur, les fournitures de service, et nous conservons cette qualification de vente par simple commodité de langage...

En réalité, le danger de la pratique est ailleurs. Le consommateur n'est pas, en effet, dupe, au point de croire à cette gratuité. Mais cette dernière l'empêche de savoir quel est le prix effectivement pratiqué pour le bien objet de la prestation principale (réserve faite de la prime identique). Surtout, elle l'empêche peut-être de bénéficier d'une réduction du prix sur le bien en question.

660. **Admission des ventes avec prime autopayante**<> En revanche, la vente avec prime autopayante est autorisée, la loi ne prohibant que la vente avec prime gratuite. On se trouve alors, en effet, en présence de deux ventes liées, le consommateur donnant son consentement à l'acquisition de la prime, qui a une contrepartie individualisée. On peut, cependant, douter de l'innocuité de la pratique au regard de l'exigence de transparence du marché. Sa justification est fondée, comme nous l'avons vu précédemment, sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁰³⁵, mais témoigne, comme bien d'autres solutions, de l'incohérence totale de la réglementation relative à la promotion des ventes.

B. L'incohérence du droit de la promotion des ventes face à la gratuité

661. Le droit de la promotion des ventes tend à la protection de deux groupes : les consommateurs et les petits commerçants. Il s'agit d'une branche du droit qui ressortit à la fois au droit de la consommation et au droit de la concurrence, donc d'une branche du droit du marché. La protection du petit commerce repose sur une prohibition de certaines pratiques agressives que seules les grandes enseignes peuvent se permettre. C'est ainsi que des techniques de promotion par les prix seront parfois prohibées, comme le sont certaines techniques de promotion par la gratuité¹⁰³⁶. Quel que soit le bien fondé de ces dispositions, on ne peut que remarquer leur très grande inefficacité. Cette dernière s'explique par la très large pénalisation de la matière¹⁰³⁷, qui aboutit à l'application du principe d'interprétation

¹⁰³⁵ Voir *supra*, n°430.

¹⁰³⁶ Voir, déjà, C. GOYET, *La gratuité dans la promotion des ventes en droit pénal*, RTD Com. 1975, p. 35.

¹⁰³⁷ Les techniques de promotion des ventes sont incluses dans le Chapitre 2 du Titre 4 du Livre 4 du Code de commerce, relatif aux « *pratiques restrictives de concurrence* », qui sont sanctionnées pénalement. En revanche, une technique de promotion, la vente à prix abusivement bas, est classée dans les pratiques « *anticoncurrentielles* », qui ne font pas l'objet de sanctions pénales mais de sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la Concurrence.

stricte de la loi pénale, si bien qu'il sera toujours possible pour le commerçant désireux de contourner une interdiction de le faire en utilisant la distinction de la gratuité et de l'onérosité.

Il est ainsi interdit de revendre à perte, de vendre à prix abusivement bas et d'offrir des primes gratuites. Si les prix sont libres, et si la théorie des prix prédateurs ne s'applique qu'en présence d'une entreprise en position dominante, il convient tout de même de remarquer que les techniques promotionnelles les plus agressives sont prohibées. Pourtant, du fait de leur définition, et, en grande partie, du fait de l'interprétation stricte de la loi pénale, ces prohibitions pourront facilement être contournées, grâce à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. L'introduction d'un prix, même très faible, permettra d'éviter les sanctions liées à l'interdiction de la gratuité (1), le recours à la gratuité permettra d'échapper aux incriminations relatives à la vente (2).

1. La validation de certaines pratiques grâce à l'introduction d'un prix symbolique

662. Comme nous l'avons déjà vu, la vente avec prime gratuite est prohibée, et fait l'objet de sanctions pénales. Dès lors, l'infraction prévue par l'article L.121-35 du Code de la consommation doit être interprétée strictement, comme toute disposition pénale. La vente avec prime prohibée est donc la vente avec prime gratuite, c'est-à-dire, exclusivement, la vente avec prime non payante. Dès lors que l'octroi de la prime sera subordonné au versement d'un prix, fût-il symbolique, il n'y aura plus gratuité *stricto sensu*. Les ventes avec primes autopayantes ont d'ailleurs été validées par la jurisprudence, et les professionnels se sont engouffrés dans la brèche laissée ouverte par l'article L.121-35. Il est alors fréquent de voir des biens, souvent de valeur, offerts à un euro pour l'achat d'un autre bien.

La prime à un euro est-elle véritablement moins dangereuse pour les consommateurs et pour les petits commerçants que la prime gratuite ? Rien n'est moins sûr, et l'on peut s'interroger sur le bien fondé du maintien de la prohibition posée par l'article L.121-35, étant entendu qu'il est très facile de la contourner et que les professionnels ne se gênent pas pour le faire.

2. La validation de certaines pratiques grâce à la gratuité

663. ***Élision des dispositions relatives à la revente à perte en cas de distribution gratuite***<> De la même manière, la revente à perte étant une infraction pénale, il convient d'interpréter l'article L.442-2 du Code de commerce de façon stricte. Il est alors nécessaire que l'on se trouve en présence d'une vente, c'est-à-dire d'un contrat onéreux. Des distributions gratuites de produits, qui se feraient nécessairement à perte, ne pourraient donc pas être sanctionnées sur ce fondement. Or la raison d'être de l'interdiction de la revente à perte réside dans la volonté de ne pas voir appliquée la technique de marketing mise en lumière par Bernard TRUJILLO de « *l'îlot de perte dans un océan de profit* », ou, encore, de la pratique des prix d'appel. Poussés par une publicité sur un produit d'appel, les consommateurs se rendent alors dans une grande enseigne de la distribution ou, en plus du produit d'appel, ils achètent d'autres produits dont le prix sera éventuellement majoré pour compenser la revente à perte. Mais il faut bien reconnaître qu'il est fort possible de réaliser un tel appel en offrant un bien gratuitement, et une grande enseigne française de la distribution ne s'était pas privée de le faire¹⁰³⁸.

664. ***Élision des dispositions relatives à la vente à prix abusivement bas***<> De la même manière, bien qu'il ne s'agisse pas d'une infraction pénale, la vente à prix abusivement bas suppose une vente. Prohibée par la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 pour pallier l'incomplétude de la prohibition de la revente à perte, qui ne concernait que la revente¹⁰³⁹ et non pas la vente de produits transformés par le vendeur à un prix inférieur à leur coût, la vente à prix abusivement bas est classée parmi les pratiques anti-concurrentielles. Elle est prohibée dès lors qu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet « *d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits* ». La vente à prix abusivement bas n'est pas sanctionnée pénalement, du fait de la grande marge d'appréciation laissée à ses juges par l'article L.420-5 du Code de commerce¹⁰⁴⁰, mais fait l'objet de sanctions pécuniaires prévues à l'article L.464-2 du Code de commerce. Cependant, si le Conseil de la concurrence a pu profiter de cette marge

¹⁰³⁸ Riom, 6 juin 1990, D.1992, somm. 47 obs. Izorche.

¹⁰³⁹ D. MAINGUY, *La revente*, préf. Ph. Malaurie, Litec, Bibl. Dr. Entr. 1996.

¹⁰⁴⁰ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^{ème} éd., 2006, n°149.

d'appréciation pour appliquer l'article L.420-5 du Code de commerce à une « *vente de services* »¹⁰⁴¹, il semblerait difficilement admissible de l'appliquer à une distribution gratuite sans violer ouvertement la loi. Or, ici aussi, la distribution gratuite a les mêmes effets sur le marché que la vente à prix abusivement bas.

665. La facilité avec laquelle il est possible de contourner les restrictions posées par la loi à la liberté des prix permet de mesurer son inefficacité et de s'interroger sur sa pertinence. La fréquence avec laquelle le législateur intervient en matière de pratiques restrictives, et dont le dernier exemple est la loi n°2005-882 du 2 août 2005, est révélatrice de l'impuissance de la loi à agir sur les prix. Il est vrai que les aspirations du législateur sont contradictoires, partagé qu'il est entre la volonté de lutter contre les prix trop faibles pour protéger les petits commerçants et la concurrence, et celle de lutter contre les prix trop élevés pour favoriser la consommation et lutter contre l'inflation.

666. **Conclusion de la Sous-Section 1** <> Le droit du marché appréhende donc la relation professionnel – consommateur comme une relation antagoniste à l'intérieur de laquelle la gratuité doit être découragée. En particulier, les distributions gratuites de produits licites mais dangereux sont interdites, de façon à endiguer la circulation de ces produits, ou de façon à préserver la liberté de choix du consommateur, comme par exemple dans l'interdiction des distributions gratuites de préparations pour nourrissons. Par ailleurs, l'objectif du droit de la consommation étant de lutter contre la sur-consommation, ce dernier prohibe certaines techniques de promotion des ventes utilisant la gratuité ou son argument. Ceci dit, le droit de la consommation est particulièrement incohérent en la matière, et la facilité avec laquelle il est possible de contourner ses interdictions permet de conclure à son inutilité.

La gratuité est donc combattue dans la relation professionnel-consommateur, où elle émane, en principe, de la « *partie forte* », c'est-à-dire du professionnel. Nous avons vu que le droit du travail décourageait, par d'autres moyens, la gratuité émanant de l'employeur dans la relation de travail.

Il est cependant possible que, dans des rapports de domination, la gratuité émane de la partie considérée comme faible. Nous avons vu qu'une telle situation était rejetée en droit

¹⁰⁴¹ Cons. conc. n°96-PB-01 du 27 novembre 1996, BOCC 8 janv. 1997.

du travail. Il en va de même dans une autre situation de domination économique : celle liant l'éditeur à l'auteur.

SOUS-SECTION 2 : LE REJET DE LA GRATUITÉ EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

667. Il est un autre domaine dans lequel le droit protège une partie présumée faible : celui des contrats d'exploitation des droits d'auteur¹⁰⁴². L'auteur y est ainsi protégé, et certaines stipulations seront, dans son intérêt, annulées. On peut donc comparer l'auteur au salarié¹⁰⁴³ et au consommateur. Comme ces derniers, l'auteur doit être protégé contre sa propre liberté contractuelle¹⁰⁴⁴. Même si, selon certains auteurs, on assisterait, aujourd'hui, à un « *déplacement du centre de gravité de l'édition* »¹⁰⁴⁵ et à un « *recul des droits de l'auteur* »¹⁰⁴⁶ dans sa relation avec l'éditeur, ce dernier est encore considéré comme la « *partie faible* » au contrat d'édition¹⁰⁴⁷, ce qui explique qu'il soit protégé. La relation entre l'auteur et l'éditeur est donc encore vue, parfois à regret¹⁰⁴⁸, comme une relation de domination.

Dès lors, il apparaît concevable que la gratuité soit, dans cette matière, combattue, surtout lorsqu'elle émane de l'auteur. *A priori*, cela ne semble pas être le cas. En effet, l'article L.122-7 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* ». De la même manière, l'article L.131-2 du même code, qui pose l'obligation de rédiger par écrit les

¹⁰⁴² Sur la question en général, voir A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd., 2000, n°481 et s.

¹⁰⁴³ Comme le salarié, l'auteur « *dispose d'une créance largement alimentaire* » (P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, n°265).

¹⁰⁴⁴ A. FRANÇON, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, D.1976, chr. p. 55 : « *En France, la liberté contractuelle en matière de droit d'auteur apparaît donc, en quelque sorte aujourd'hui, comme une liberté surveillée* ».

¹⁰⁴⁵ J.-Ph. BOUARD, *L'évolution des droits reconnus à l'auteur et à son éditeur : vers un déplacement du centre de gravité de l'édition*, Comm. Com. Electr. 2004, chr. 9.

¹⁰⁴⁶ J.-Ph. BOUARD, *chr. préc.*

¹⁰⁴⁷ Ch. CARON, obs. ss. Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, Comm. com. électr. 2001, comm. 34.

¹⁰⁴⁸ Ch. CARON, *Le droit d'auteur, ennemi public n°1 ?*, Comm. Com. Electr. févr. 2006, p. 1 : « *Ainsi, il faut cesser d'opposer, en un combat perpétuel, les exploitants et les auteurs* ».

contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, s'applique aux « *autorisations gratuites d'exécution* », expression qui pourrait recouvrir les cessions gratuites à titre d'exploitation¹⁰⁴⁹. Pourtant, la gratuité semble, légitimement, exclue des contrats d'exploitation, lorsque cette dernière doit intervenir à titre onéreux (§1), le champ d'application de l'article L.122-7 du Code de la propriété intellectuelle étant limité (§2)

§1 : L'EXCLUSION DE LA GRATUITÉ ÉMANANT DE L'AUTEUR DANS LES CONTRATS D'EXPLOITATION DES DROITS D'AUTEUR

668. Les contrats d'exploitation des droits d'auteur consistent en une cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre au profit d'un exploitant¹⁰⁵⁰. L'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle, disposition générale à tous les contrats d'exploitation, énonce que « *la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit*¹⁰⁵¹ *comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* », la suite du texte prévoyant des cas exceptionnels d'admission d'une rémunération forfaitaire. Il semble donc, à la lecture de ce texte, que les contrats d'exploitation doivent être onéreux, la disposition semblant relever de l'ordre public. Cette position a pu être défendue à propos du contrat d'édition (A), mais devrait pouvoir être étendue à tous les contrats d'exploitation, compte tenu du caractère général de l'article L.131-4 du code de la propriété intellectuelle (B). En revanche, il est bien évident que les contrats d'exploitation peuvent être gratuits lorsque l'exploitation elle-même est gratuite (C).

¹⁰⁴⁹ En ce sens apparemment, implicitement, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2005, n° 947.

¹⁰⁵⁰ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd., 2000, n°480-481.

¹⁰⁵¹ Nous soulignons.

A. L'exclusion de la gratuité émanant de l'auteur dans le contrat d'édition

669. ***Le contrat d'édition, cession du droit de reproduction*** <> Le contrat d'édition est défini par l'article L.132-1 du Code de la propriété intellectuelle comme celui par lequel « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». Le contrat d'édition est donc une sorte de vente¹⁰⁵², une cession des droits patrimoniaux de l'auteur¹⁰⁵³, qui présente la particularité d'obliger le cessionnaire, c'est-à-dire l'éditeur, à faire fructifier la chose.

670. ***Cession à titre gratuit des droits patrimoniaux et contrats d'exploitation*** <> S'agissant d'une cession des droits patrimoniaux, on pourrait s'attendre à ce que le contrat d'édition puisse être gratuit. Il serait ainsi possible, pour admettre la gratuité, de se fonder sur l'article L.122-7 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* »¹⁰⁵⁴. Pourtant, il semble qu'il faille distinguer la donation des droits d'auteur, possible sur le fondement de l'article L.122-7, et la cession des droits à titre d'exploitation de l'œuvre, qui ne pourrait être gratuite¹⁰⁵⁵.

On peut déceler une trace de cette distinction dans un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile

¹⁰⁵² En ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, n°306.

¹⁰⁵³ De façon plus rigoureuse, une cession du droit de reproduction, cf. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n°555.

¹⁰⁵⁴ En ce sens, S. DURRANDE, J. Cl. Propriété Littéraire et artistique, fasc. 1310 (Exploitation des droits, dispositions générales), 2000, n°51 : « *La licéité d'une cession de droit d'auteur à titre gratuit pourrait faire difficulté au vu de l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre « doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation », d'où la question de savoir si cette exigence concerne l'existence même d'une rémunération ou simplement son mode de calcul. En réalité, la réponse tient dans l'article L.122-7 du même code qui précise que « le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux ». Dès lors, la possibilité d'une cession des droits d'exploitation sans rémunération, expressément prévue par les textes ne peut être sérieusement discutée* ».

¹⁰⁵⁵ En ce sens, Ch. CARON, obs. ss. TGI Paris, 30 janv. 1999, Comm. Com. Electr. 2001. 87 — Voir aussi, lapidaire, la position de D. LIPSZYC, *Droit d'auteur et droits voisins*, Éditions UNESCO, 1997, p. 278 : Le contrat d'édition « *est à titre onéreux car, dans le cas contraire, il ne constitue pas un contrat d'édition (...)* Il n'y a pas non plus de contrat d'édition si l'auteur renonce à la rémunération » — Contra : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. Droit Fondamental, 5^{ème} éd. refondue, n°290.

de la Cour de cassation le 23 janvier 2001¹⁰⁵⁶. Il était question, dans cet arrêt, de la cession à titre gratuit consentie par Pablo PICASSO aux Éditions Cercle d'Art des droits sur les dessins de l'ouvrage *Toros y toreros*. L'édition de cet ouvrage avait été réalisée, du vivant de l'artiste, en plusieurs langues. Après son décès, l'éditeur l'édition en allemand. La SPADEM et la succession Picasso demandèrent alors l'annulation de la cession à titre gratuit consentie par Picasso à la maison d'édition. La Cour d'appel de Paris fit droit à leur demande dans un arrêt du 1^{er} juillet 1998, au motif que les dispositions de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* », n'avaient pas été respectées. En l'espèce, la durée et l'étendue des droits cédés n'étant pas précisés, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, retenant que « *par ce seul motif, indépendamment de ceux concernant la nature gratuite ou onéreuse de cet acte qui sont surabondants, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

671. ***La question de la validité de la cession à titre gratuit des droits***<> Une première lecture de l'arrêt de la Cour de cassation pourrait laisser penser que la gratuité de la cession des droits ne permet pas de l'annuler. En effet, l'arrêt annule la cession sur le seul motif que la durée et l'étendue des droits cédés n'avait pas été précisés, en application de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, la validité des cessions gratuites de droits semble assurée sur le fondement de l'article L.122-7 du même code.

Pourtant, la validité des cessions à titre gratuit des droits patrimoniaux n'est pas, au regard de l'arrêt, certaine. En appliquant l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, la Cour de cassation qualifie en effet implicitement la cession en cause de cession à titre d'« *exploitation des droits* », titre donné au Titre III du Livre 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Or ce titre comprend un autre texte, l'article L.131-4, qui énonce que la cession des droits intervenant dans le cadre d'un contrat d'exploitation doit prévoir, comme nous avons déjà pu le préciser, au profit de l'auteur, une rémunération proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Le caractère

¹⁰⁵⁶ Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, Comm. Com. Electr. 2001. 34, obs. Caron

d'ordre public de ce texte semble donc imposer l'onérosité des contrats d'exploitation, au moins lorsque l'exploitation est onéreuse¹⁰⁵⁷.

Par ailleurs, l'article L.122-7, admettant les cessions à titre gratuit des droits patrimoniaux, n'est pas inclus dans le titre relatif aux contrats d'exploitation, mais dans celui relatif aux « *droits des auteurs* ».

672. ***Proposition de distinction entre la donation des droits et leur cession à titre gratuit incluse dans un contrat d'exploitation*** $\diamond$ Il a pu alors être proposé de distinguer la donation des droits de leur cession à titre gratuit¹⁰⁵⁸. Ainsi, les cessions à titre gratuit visées par l'article L.122-7 constitueraient des donations de droits patrimoniaux, mais ne permettraient pas de les céder à titre gratuit dans un contrat d'exploitation.

En effet, la notion de donation est inconciliable avec l'obligation de limiter la durée de la cession, prévue à l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, et qui porte atteinte au principe d'irrévocabilité des donations¹⁰⁵⁹. Il convient donc de distinguer les donations de droits patrimoniaux, irrévocables et définitives, et les cessions gratuites à titre d'exploitation, temporaires et ne pouvant, par conséquent, être qualifiées de donations. Il est alors concevable, compte tenu du plan du Code de la propriété intellectuelle, que l'article L.122-7 ne concerne que les véritables donations de droits patrimoniaux, et que ce texte ne puisse être utilisé comme fondement d'une éventuelle admission des cessions gratuites de droits à titre d'exploitation.

Cependant, il est probable que l'on doive aller encore plus loin. En effet, si, comme l'a admis la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt ici relaté, l'article L.131-3 devait s'appliquer à la cession en cause, il n'y aurait aucune raison de refuser l'application de l'article L.131-4, qui impose de stipuler au profit de l'auteur une rémunération proportionnelle aux revenus tirés de l'exploitation de l'œuvre, ou, dans certains cas limitativement énumérés, une rémunération forfaitaire, et qui, dans tous les cas, semble bien imposer une rémunération d'ordre public. Cependant, dans la mesure où la violation

¹⁰⁵⁷ *Comp.*, contre l'application de l'art. L.131-4 CPI aux contrats gratuits d'exploitation : P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n°290.

¹⁰⁵⁸ Ch. CARON, *Comm. Com. Electr.* 2001.34.

¹⁰⁵⁹ Ch. CARON, *obs. préc.*

de l'article L.131-3 suffisait à annuler la cession en cause, la question n'a pas été posée de l'éventuelle violation de l'article L.131-4 du fait de la gratuité de la cession. Mais il est possible de penser que la cession en cause aurait pu être annulée du fait de sa gratuité.

673. *Arguments contre la gratuité des contrats d'édition* ⇨ Cette dernière position avait déjà pu être défendue suite à une décision du Tribunal de Grande Instance de Paris, en date du 30 novembre 1999¹⁰⁶⁰. En l'espèce, un auteur avait accepté un contrat d'édition qui prévoyait que l'éditeur lui verserait, pour chaque exemplaire vendu, 0% du prix de vente hors TVA pour le premier mille, 7% pour les deux mille suivants, 10% à partir de trois mille. Le tribunal annula cette clause, ainsi que le contrat, pour non respect des dispositions d'ordre public de l'article L.131-4 du code de la propriété intellectuelle. Le tribunal estima, en effet, que « *certes, l'auteur est autorisé à céder ses droits à titre gratuit sur son œuvre, mais qu'il convient que cette disposition contractuelle soit consentie sans ambiguïté par celui-ci, ce qui n'est pas le cas en l'espèce* ».

Une solution identique a été rendue par la Cour d'appel de Paris le 25 juin 2003¹⁰⁶¹, à propos d'un contrat proposé par le même éditeur à un autre auteur contenant cette même clause. La Cour d'appel de Paris estima que « *si, aux termes de l'article L.122-7 alinéa 1^{er} du CPI, le droit de reproduction est cessible à titre gratuit, cette cession sans contrepartie financière doit être dépourvue de toute ambiguïté et expressément consentie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; qu'en effet, la rémunération de l'auteur contractuellement prévue au-delà des 1.000 exemplaires vendus exclut la gratuité de la cession* ». On pouvait alors légitimement penser, à la lecture de cette solution, que le contrat d'édition pouvait valablement être gratuit, à condition que la gratuité apparaisse sans équivoque¹⁰⁶².

Pourtant, une autre lecture de ces décisions a été proposée. Comme le soulignait le Tribunal de Grande Instance de Paris dans sa décision de 1999, l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle pose bien une règle d'ordre public, à laquelle il est, par conséquent, impossible de renoncer. Or ce texte impose que l'auteur touche une rémunération proportionnelle, tout en admettant que, dans certains cas, elle puisse être

¹⁰⁶⁰ TGI Paris, 30 nov. 1999, Benhaddou c./ L'Harmattan, Comm. Com. Electr. 2001.87 obs. Caron.

¹⁰⁶¹ Juris-Data n°2003-224023

¹⁰⁶² A. LUCAS, J. Cl. Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1320, *Droit d'auteur – Exploitation des droits – Dispositions spécifiques à certains contrats – Contrat d'édition*, 2003, n°75 : « *On ne saurait cependant exclure que la cession soit consentie à titre gratuit. Mais il faut alors que la clause soit sans ambiguïté* ».

forfaitaire. Le Professeur CARON a alors pu estimer que la gratuité devait être exclue des contrats d'édition¹⁰⁶³, l'article L.131-4 comme les articles L.132-5 et L.132-6 imposant son onérosité.

674. *Un rejet de la gratuité fondé sur la domination de l'auteur par l'éditeur*<>

Or il s'avère que l'auteur est présenté comme la partie faible dans ses liens avec l'éditeur, qu'il bénéficie, à ce titre, d'un ordre public de protection qui se traduit par une réglementation précise des clauses du contrat d'édition. On assiste donc là, encore une fois, à une restriction de la gratuité, prenant la forme radicale de l'interdiction, parce qu'on est dans une relation entre parties inégales. Le but de cette disposition est d'éviter qu'un auteur peu connu ou inexpérimenté ne se laisse abuser par un éditeur flairant l'opportunité d'acquérir les droits relatifs à une œuvre prometteuse.

Dans sa décision, le Tribunal de Grande Instance de Paris renvoie les parties vers d'autres types de contrats que sont le contrat à compte d'auteur et le contrat de compte à demi. En réalité, l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle s'applique à tous les contrats d'exploitation, si bien que la gratuité devrait être exclue de tous ces contrats.

B. L'exclusion de la gratuité émanant de l'auteur dans les autres contrats d'exploitation

675. Malgré les apparences, les contrats à compte d'auteur et de compte à demi ne contiennent pas de gratuité (1). Le principe de l'exclusion de la gratuité des contrats d'exploitation est donc général (2).

1. L'absence d'exception : le cas des contrats à compte d'auteur et de compte à demi

676. *Contrat à compte d'auteur*<> Le contrat à compte d'auteur est défini par l'article L.132-2 du Code de la propriété intellectuelle comme celui par lequel « l'auteur ou ses ayants droit versent à l'éditeur une rémunération convenue, à charge pour ce

¹⁰⁶³ Ch. CARON, obs. préc.

dernier de fabriquer en nombre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminées au contrat, des exemplaires de l'œuvre et d'en assurer la publication et la diffusion ». Selon les termes de cet article, un tel contrat constitue un louage d'ouvrage. Il ne contient donc aucune cession de droit¹⁰⁶⁴. La prestation caractéristique du contrat n'est donc pas, au contraire du contrat d'édition, fournie par l'auteur, mais par l'« éditeur » au sens large¹⁰⁶⁵, ce dernier étant, en principe, rémunéré par l'auteur. Dès lors, si le contrat à compte d'auteur permet à l'éditeur d'éviter de participer aux bénéfices de la commercialisation de l'œuvre, il n'en reste pas moins un contrat onéreux. Ceci dit, comme le louage d'ouvrage peut être gratuit¹⁰⁶⁶, il est fort possible que le contrat à compte d'auteur le soit également. Mais, dans ce cas, l'acte gratuit sera le fait de l'« éditeur » et non de l'auteur.

677. **Compte à demi**<> De son côté, le contrat de compte à demi est défini par l'article L.132-3 du Code de la propriété intellectuelle comme celui par lequel « *l'auteur ou ses ayants droit chargent un éditeur de fabriquer, à ses frais et en nombre, des exemplaires de l'œuvre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat et d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant l'engagement réciproquement contracté de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation dans la proportion prévue* ». Ce contrat constitue, selon ce texte, une société en participation. Ainsi, l'auteur apporte son œuvre tandis que l'« éditeur » apporte son industrie, traduisant la nécessaire mise en commun d'apports. Les parties participent aux bénéfices et aux pertes, et l'*affectio societatis* est bien suggéré par la rédaction du texte¹⁰⁶⁷. On est donc bien en présence d'un contrat de société, par essence onéreux : par la mise en commun d'apports et la participation aux bénéfices et aux pertes, chacun fournit une prestation objective à l'autre partie. Ce contrat ne permet donc pas, non plus, de réaliser une cession gratuite des droits d'auteur à titre d'exploitation de l'œuvre.

¹⁰⁶⁴ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n°558.

¹⁰⁶⁵ Il ne s'agit pas d'un éditeur au sens où on l'entend dans le contrat d'édition, et « *il pourrait très bien s'agir de n'importe quel entrepreneur sans lien avec le monde de l'édition* » (A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.* note 472).

¹⁰⁶⁶ Voir *supra*, n°91 et note 143.

¹⁰⁶⁷ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n°559.

2. La généralité de l'exclusion de la gratuité des contrats d'exploitation

678. La généralité de l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle, relatif à la « *cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre* », devrait permettre d'exclure la gratuité de tous les contrats emportant cession du droit de reproduction et du droit de représentation de l'œuvre à titre d'exploitation.

679. **Contrat de représentation**<>Le contrat de représentation, par lequel un auteur cède à une personne physique ou morale le droit de représenter son œuvre¹⁰⁶⁸ doit, ainsi, être onéreux. Ainsi, si l'article L.132-21 prévoit que « *l'entrepreneur de spectacles (...) doit acquitter, aux échéances prévues, entre les mains de l'auteur ou de ses représentants, le montant des redevances stipulées* », « *personne ne doute que la règle de la participation proportionnelle a vocation à s'appliquer* »¹⁰⁶⁹. En effet, cette règle prévue à l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle s'applique à tous les contrats d'exploitation, et le contrat de représentation en fait assurément partie. Dès lors, si l'on estime que ce texte impose une onérosité d'ordre public aux contrats d'exploitation, on annulera tout contrat de représentation gratuit, dès lors, tout au moins, que l'exploitation est, elle-même onéreuse.

680. **Contrat de production audiovisuelle, contrat de commande pour la publicité**<> De la même manière, cette même argumentation vaudra pour le contrat de production audiovisuelle, qui emporte également cession de droits de propriété intellectuelle et dans lequel on cherche à « *protéger l'auteur contre l'exploitant* »¹⁰⁷⁰, et à assurer la rémunération des auteurs¹⁰⁷¹. Ce contrat, qui entraîne une cession tant du droit de reproduction que du droit de représentation, oblige les entrepreneurs de spectacle à rémunérer l'auteur pour chaque mode d'exploitation, selon l'article L.132-25 du Code de la propriété intellectuelle, qui « *reflète un ordre public de protection* »¹⁰⁷². Il s'agit là d'une

¹⁰⁶⁸ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n°610.

¹⁰⁶⁹ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.* n° 622.

¹⁰⁷⁰ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.* n°632.

¹⁰⁷¹ X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours, Dalloz, 2^{ème} éd., 2004, n°881.

¹⁰⁷² Paris, 23 juin 1994, Juris-Data n°1994-021964. Cf. M. MOSSER et K. RIAHI, *L'exploitation vidéo d'une œuvre, quelle rémunération pour l'auteur ?* Légipresse 1996, n°134, II, p. 107 — Ch. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, préf. J. Raynard, Bibl. Dr. Entr., Litec, 1993, n°441.

simple application de l'article L.131-4¹⁰⁷³. Enfin, le contrat de commande pour la publicité sera, pour les mêmes raisons, onéreux, comme le laisse entendre l'article L.132-31 du Code de la propriété intellectuelle.

Si la gratuité semble devoir être rejetée des contrats visant à l'exploitation onéreuse, il est en revanche possible d'admettre la gratuité des contrats visant à l'exploitation gratuite de l'œuvre.

C. L'admission exceptionnelle de la gratuité des contrats organisant l'exploitation gratuite de l'œuvre

681. ***Admission de la mise à disposition des œuvres gratuitement au profit du public – loi du 1^{er} août 2006***<> Il est possible que certains auteurs renoncent à percevoir des droits d'auteur parce qu'ils souhaitent voir le public accéder gratuitement à l'œuvre. Ce type de comportement est parfaitement libre. Le législateur l'a d'ailleurs récemment consacré, l'article L.122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, énonçant que « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public* ». Pour évidente qu'elle soit, cette affirmation peut appeler, *a contrario*, une interdiction de céder gratuitement ses droits à un exploitant à titre onéreux que nous avons cru pouvoir observer précédemment à la suite du Professeur CARON. Une hypothèse n'est alors pas envisagée par les textes : celle où l'auteur souhaiterait mettre ses œuvres gratuitement à disposition du public par l'intermédiaire d'un exploitant. Dans ce cas là, on devrait pouvoir admettre que la cession des droits patrimoniaux se fasse à titre gratuit : il s'agit là d'une stricte application du principe général de rémunération proportionnelle posé à l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle.

682. ***Exemple : logiciels libres***<> L'exemple le plus révélateur de cette démarche est celui du logiciel libre. Ce dernier permet aux utilisateurs, dans des conditions

¹⁰⁷³ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, n°647.

déterminées par une licence¹⁰⁷⁴ qui prend souvent la forme d'un contrat d'adhésion, d'avoir accès au code-source du logiciel, ce qui leur permet de le modifier. La plupart du temps, les licences de logiciel libre prévoient la gratuité de l'acquisition du logiciel au profit de l'utilisateur. Cependant, il est possible que des logiciels libres soient payants. Si, la plupart du temps, les logiciels libres sont assimilés à la gratuité et à l'absence de droit d'auteur (leurs partisans parlent volontiers, à propos du logiciel libre, d'un *copyleft* qui serait opposé au *copyright*), ces aspects n'ont rien de consubstantiel à la notion, qui semble surtout caractérisée par la liberté d'accès, bien que sous condition, au code source.

Si le logiciel libre peut, certainement, être exploité directement par son auteur, il est tout de même possible que des intermédiaires interviennent dans la distribution du logiciel, par exemple des sites Internet proposant le téléchargement gratuit en ligne. Ces derniers, cessionnaires du droit de reproduction, et, parfois, eux-mêmes concédants de la licence, pourraient alors trouver la source de leurs droits dans un contrat gratuit les liant à l'auteur. En effet, l'exploitation du logiciel ne générant pas de recettes, au moins directement, il est impossible d'exiger une rémunération proportionnelle aux recettes au profit de l'auteur. Au-delà, l'exigence d'onérosité des contrats d'exploitation serait justifiée par le refus d'un enrichissement de l'éditeur au dépend de l'auteur. Or ce problème disparaît, en apparence au moins, dans les contrats organisant une exploitation gratuite de l'œuvre. En apparence seulement, car il est possible que la mise à disposition, sur un site Internet par exemple, d'œuvres de l'esprit téléchargeables gratuitement, occasionne des recettes publicitaires au profit de l'exploitant du site, éditeur des œuvres. La gratuité des contrats d'exploitation pourrait alors être légitimement contestée. Néanmoins, dans la mesure où l'auteur entend permettre au public d'accéder gratuitement à son œuvre, il n'est pas, à proprement parler, en situation de faiblesse face à un éventuel éditeur, au contraire des auteurs qui, parce qu'ils entendent vivre de leur œuvre, sont prêts à accepter n'importe quelle clause d'un contrat d'édition. La relation entre l'auteur et son éditeur ne serait alors pas marquée par une quelconque domination susceptible de justifier un rejet de la gratuité.

Il semble donc impossible qu'une cession des droits à titre d'exploitation soit gratuite, sauf lorsque l'exploitation organisée est, elle-même, gratuite, au profit du public. On peut alors

¹⁰⁷⁴ La plus répandue est la licence GNU (Gnu's not unix) : www.gnu.org. Cf. M. CLÉMENT-FONTAINE, *La licence publique générale GNU*, mémoire DEA Droit des créations immatérielles, Montpellier, 1999.

s'interroger sur le domaine de la donation de droits d'auteur envisagée à l'article L.122-7 du Code de la propriété intellectuelle.

§2 : LE DOMAINE RÉSIDUEL DES CESSIONS À TITRE GRATUIT DES DROITS PATRIMONIAUX DE L'AUTEUR

683. Si la gratuité doit être exclue des contrats emportant cession des droits d'auteur en vue de l'exploitation onéreuse de l'œuvre, il n'en demeure pas moins que les cessions à titre gratuit visées par l'article L.122-7 du Code de la propriété intellectuelle sont tout de même possibles. En admettant que le droit d'auteur soit cessible à titre gratuit, ce texte admettrait, en réalité, les *donations de droit d'auteur*¹⁰⁷⁵, dont le bénéficiaire serait un « amateur » et non un « exploitant »¹⁰⁷⁶. Comme tout bien, le droit d'auteur doit pouvoir, en effet, faire l'objet d'une donation (A), dont le régime devra être précisé et nous permettra de bien distinguer cette donation de notions voisines (B).

A. L'admission de la donation des droits d'auteur

684. **Nature du droit d'auteur** <> La nature juridique des droits d'auteur, et, plus largement, des droits de propriété intellectuelle, est controversée¹⁰⁷⁷. Pour simplifier, deux analyses sont, à l'heure actuelle, proposées¹⁰⁷⁸. La première tend à qualifier le droit d'auteur de droit de propriété¹⁰⁷⁹, considérant ce droit sous un angle essentiellement

¹⁰⁷⁵ En ce sens, Ch. CARON, obs. ss. TGI Paris 30 nov. 1999, Comm. Com. Electr. 2001.87.

¹⁰⁷⁶ Sur cette distinction, R. SAVATIER, *Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, JCP 1957.I.1398. Selon cet auteur, l'article 35 de la loi du 11 mars 1957, devenu l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui impose une rémunération proportionnelle au profit de l'auteur dans les contrats d'exploitation, « suppose la cession de l'œuvre à un exploitant qui en tirera des recettes. Elle ne s'applique donc pas à la vente de l'œuvre à un amateur, qui n'en usera que pour son compte. En outre, elle n'exclut nullement le droit de l'auteur à disposer gratuitement de l'œuvre ». Mais peut-il en disposer gratuitement dans ces deux hypothèses, ou seulement à l'égard d'un amateur ?

¹⁰⁷⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Économica, 2005, n°48.

¹⁰⁷⁸ Pour une exposition détaillée des termes de ce débat, cf. F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n°47 et s.

¹⁰⁷⁹ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges Colomer, Litec, 1993, p. 281 ; et *in Inventer*, Centre du Droit de l'Entreprise, Montpellier, 2001, p. 101.

moniste ; la seconde tend à y voir un droit *sui generis*¹⁰⁸⁰, insistant sur la nature dualiste du droit d'auteur, fondée sur la coexistence de droit patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

685. ***Admission des donations d'œuvres dans la théorie moniste***<> Dans les deux cas, il est possible d'admettre des donations de droits d'auteur. Avec la première conception, le droit d'auteur permet l'appropriation de l'œuvre. L'œuvre de l'esprit peut, en effet, légitimement, être qualifiée de bien. Elle est utile, et sa réservation par le droit au profit de l'auteur permet de considérer qu'elle est rare. Elle a donc bien une valeur¹⁰⁸¹, même si le lien entre valeur et appropriation semble inversé par rapport au domaine des choses corporelles et des droits. En effet, le caractère immatériel de l'œuvre ne pourrait pas être reconnu sans disposition spécifique en prévoyant l'appropriation. Seul le support matériel, le livre, le disque, etc., pourrait alors être reconnu comme objet éventuel de propriété. La possibilité de dupliquer ces derniers à l'infini permettrait d'y voir des choses communes, qui, du fait de leur absence de rareté, ne pourraient plus être considérées comme des biens. Au contraire, la reconnaissance d'une propriété de l'œuvre, indépendamment de son support, permet de l'appréhender comme une chose immatérielle, utile et rare, intégrant nécessairement le patrimoine de l'auteur.

Dès lors, rien ne peut s'opposer à ce que l'œuvre de l'esprit fasse l'objet d'une donation, qui la verra sortir du patrimoine de l'auteur et intégrer le patrimoine du donataire, traduisant ainsi l'élément matériel des libéralités, à savoir l'appauvrissement du gratifiant et l'enrichissement corrélatif du bénéficiaire. Cependant, la donation n'aboutira pas au transfert de toutes les prérogatives de l'auteur, ce dernier conservant la jouissance de son droit moral sur son œuvre.

686. ***Donation des droits patrimoniaux dans la théorie dualiste***<> De la même manière, si on considère que le droit d'auteur est un droit *sui generis*, qui contient des aspects extrapatrimoniaux et des aspects patrimoniaux qui ne s'apparentent pas à la propriété, il faudra bien admettre, au minimum, que les droits patrimoniaux intègrent le patrimoine de l'auteur. Ils sont donc appropriés et peuvent, de la même manière, faire l'objet d'une donation, comme tous les droits patrimoniaux.

¹⁰⁸⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n°55 et s.

¹⁰⁸¹ J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, Mélanges A. Breton- F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 277, et *in Inventer*, Centre du Droit de l'Entreprise, Montpellier, p. 131.

B. Le régime des donations de droits d'auteur

687. Les donations de droits d'auteur posent des questions particulières s'agissant de leurs conditions de forme (a). Les conditions de fond de la donation s'y retrouvent sans altération, mais présentent l'intérêt de permettre de bien préciser les contours de la donation de droits d'auteur (b).

1. Conditions de forme

688. **Exigence d'un acte notarié** ⇔ Il convient ici de rappeler que les cessions de droits d'auteur peuvent intervenir dans le cadre d'un contrat d'exploitation. Dans ce cas, la cession sera temporaire. Par ailleurs, nous avons vu que sa gratuité serait difficilement admissible, au moins dans les contrats prévoyant une exploitation onéreuse de l'œuvre.

S'agissant des donations d'œuvres de l'esprit ou de droits d'auteur, on peut se demander si le respect de l'article L.131-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui impose de recourir à un écrit pour les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ainsi que pour les autorisations gratuites d'exécution, suffirait à valider la donation. Une réponse négative semble devoir s'imposer, dans la mesure où cet article est relatif aux contrats d'exploitation et non aux donations pures et simples de droit d'auteur, irrévocables et donc plus graves que les contrats visés à l'article L.131-2, qui sont limités dans le temps. Du reste, la Cour d'appel de Versailles a pu annuler la donation par François Truffaut de ses droits sur le film « *À bout de souffle* »¹⁰⁸², passée par acte sous seings privés. L'acte stipulait que le réalisateur renonçait à ses droits d'auteur sur le film, et la société de diffusion donataire prétendait, en conséquence, que l'acte constituait une donation indirecte, ce qui aurait eu pour effet de la faire échapper au formalisme de l'article 931 du Code civil. Cette argumentation ne fut pas reçue par la Cour d'appel de Versailles. Celle-ci estima, en effet et à juste titre, que « *la renonciation à un droit constitue une donation*

¹⁰⁸² Versailles, 20 janv. 1987, D.1988 somm. 207 obs. Colombet ; RTD civ. 1988, p. 802, obs. Patarin.

directe lorsqu'elle réalise la transmission, sans contrepartie et avec une intention libérale, de ce droit lui-même du patrimoine du disposant dans celui du bénéficiaire qui l'accepte ».

Il est vrai qu'il serait facile de transformer toutes les donations en donations indirectes en disant que l'on renonce à percevoir le prix du bien cédé. Ici, la donation ne résultait pas d'une renonciation à un droit (celui de percevoir le prix de la cession), dans la mesure où, précisément, le prix n'avait jamais été dû par le cessionnaire. En réalité, il y avait un transfert à titre gratuit des droits sur le film, ce qui justifie la solution rendue par la Cour d'appel de Versailles consistant à voir dans la pseudo renonciation une donation directe. Allant au bout de sa logique, la Cour d'appel annula la donation faute de respect des dispositions de l'article 931 du Code civil.

689. ***Impossible donation indirecte***<> La donation de droit d'auteur ne saurait donc constituer une donation indirecte, conclusion qui s'impose avec encore plus d'évidence si l'on adopte la redéfinition de cette notion telle qu'elle a été proposée par le Professeur LIBCHABER¹⁰⁸³. En effet, la donation de droit d'auteur apparaît ici comme une donation translatrice de propriété, donc comme une donation directe.

690. ***Difficile don manuel***<> Le don manuel sera, également, difficile à retenir, compte tenu du caractère immatériel de l'objet de la donation. Rappelons, à cet effet, que le don manuel d'une œuvre incorporée dans son support n'emporte pas donation des droits de propriété intellectuels relatifs à l'œuvre, mais seulement du support¹⁰⁸⁴. Peut-être pourrait-on tout de même qualifier de don manuel la donation d'une œuvre que l'auteur-donateur signerait au nom du donataire.

691. ***Possible donation déguisée***<> En revanche, il sera toujours possible de se passer d'un acte notarié en stipulant une rémunération mensongère dans un acte de cession apparemment à titre onéreux, de façon à qualifier l'acte de donation déguisée.

On peut, comme nous l'avons déjà fait¹⁰⁸⁵, regretter cette hypocrisie qui consiste à admettre la validité des donations déguisées sous seings privés et non celle des donations ostensibles réalisées par ce même moyen. Nous avons pu alors proposer de considérer que l'article 931 du Code civil était un texte supplétif, ce qui permettrait de valider les donations ostensibles

¹⁰⁸³ Voir *supra*, n°365 et s.

¹⁰⁸⁴ Art. L.111-3 CPI

¹⁰⁸⁵ Voir *supra*, n°358 s.

consensuelles.

Dans ce cas, faudrait-il exiger un écrit pour la validité de la donation ? D'un point de vue purement théorique, aucune réponse ne semble certaine. D'un côté, l'adoption du consensualisme devrait nous conduire à rejeter toute formalité *ad validitatem* ; de l'autre, l'obligation de rédiger un écrit pour les contrats d'exploitation, prévue par l'article L.131-2 du Code de la propriété intellectuelle pourrait légitimement être appliquée aux donations de droits d'auteur. Certes, cette dernière ne constitue pas un contrat d'exploitation, mais si un écrit est nécessaire pour la cession à titre d'exploitation, a fortiori doit-il en aller de même pour la donation de droits d'auteur, acte bien plus grave pour l'auteur.

2. Conditions de fond

692. Les conditions de fond de la donation se retrouvent, bien évidemment, dans la donation de droits d'auteur. Nous ne rentrerons pas ici dans le détail de ces conditions, mais nous remarquerons que parmi ces dernières, l'irrévocabilité présente un certain intérêt en matière de droits d'auteur. En effet, les cessions de droit prévues en matière d'exploitation présentent toutes un caractère temporaire. Dès lors, si ces cessions pouvaient être consenties à titre gratuit, elles ne pourraient être qualifiées de donation. En effet, le caractère temporaire de ces cessions, la prévision du retour de leur objet dans le patrimoine du cédant au bout d'un certain temps, porterait atteinte à l'irrévocabilité des donations. Si *donner et retenir ne vaut*, donner pour un temps seulement ne saurait valoir non plus¹⁰⁸⁶. En revanche, la durée de vie limitée des droits transmis¹⁰⁸⁷ ne saurait nuire à l'irrévocabilité de la donation, étant entendu qu'aucun bien n'est perpétuel.

693. **Conclusion de la Sous-Section 2**<> La relation entre l'auteur et l'éditeur, ou, plus largement, l'exploitant de l'œuvre, est considérée comme reposant sur une domination du premier par le second. Il est vrai que l'auteur a besoin des contrats d'exploitation s'il souhaite vivre de son œuvre et se faire connaître. La conclusion d'un

¹⁰⁸⁶ En ce sens, Ch. CARON, obs. ss. TGI Paris 30 nov. 1999, Comm. Com. Electr. 2001.87

¹⁰⁸⁷ Soixante-dix ans à compter du décès de l'auteur, art. L.123-1 CPI.

contrat d'exploitation est donc, pour lui, indispensable, si bien qu'il risque, pour être édité, d'accepter des stipulations qui lui seraient trop défavorables. Il est donc protégé, comme le salarié face à l'employeur, comme le consommateur face au professionnel. Dès lors, on peut s'attendre à ce que la gratuité émanant de l'auteur, partie faible, soit rejetée par le droit, conformément à la solution retenue en droit du travail pour la gratuité émanant du salarié. Il semble que l'on puisse déduire de certains arrêts et du Code de la propriété intellectuelle une interdiction de la gratuité dans les contrats d'exploitation des œuvres de l'esprit, dès lors que l'exploitation envisagée est censée procurer des recettes à l'exploitant. Si des cessions gratuites de droits d'auteur sont envisagées par l'article L.122-7 du Code de la propriété intellectuelle, il est probable que cette disposition ne vise que les cessions extérieures à des contrats d'exploitation, la donation d'œuvre ou de droits d'auteur devant évidemment être admise.

694. **Conclusion de la Section 2 :** Il existe ainsi un principe de défaveur pour la gratuité dans les rapports de domination économique. Ainsi, la gratuité semble découragée en droit de la consommation, et ce même si la matière est relativement incohérente sur la question. En effet, la gratuité est perçue comme dangereuse pour le consommateur. Elle semble, par ailleurs, rejetée et en droit de la propriété intellectuelle, dans les solutions relatives aux contrats d'exploitation des œuvres de l'esprit. Plus précisément, il est probable que l'auteur ne puisse céder ses droits, à titre d'exploitation, gratuitement, lorsque l'exploitation est censée procurer des recettes à l'exploitant, la gratuité apparaissant alors comme une spoliation de l'auteur par l'exploitant.

695. **Conclusion du Chapitre 2<>** Il existe un principe de défaveur pour la gratuité dans les rapports de domination. Ce principe se vérifie dans les rapports de domination juridique, et donc de subordination, issus du contrat de travail. Mais il se vérifie également dans des rapports qui, bien que ne créant pas de rapport de subordination, sont considérés par le droit comme déséquilibrés. Il en va ainsi dans les rapports entre professionnels et consommateurs et entre exploitants des œuvres de l'esprit et auteurs.

Plus précisément, ce principe de défaveur se déclinerait en deux tendances distinctes du

Essai sur la gratuité en droit privé

droit dans les rapports considérés comme inégalitaires. Il y aurait ainsi un découragement de la gratuité émanant de la partie forte, pouvant aller de la simple négation de la gratuité à son interdiction ponctuelle. Il y a, semble-t-il, par ailleurs, une tendance du droit à rejeter la gratuité émanant de la partie faible.

CONCLUSION DU TITRE 1^{er}

696. S'il n'existe pas, à proprement parler, un régime juridique de la gratuité, du fait de la grande variété des situations dans lesquelles elle apparaît et de la diversité des mobiles qui la justifient, il est tout de même possible d'identifier des principes de traitement juridique de la gratuité, telle que cette dernière apparaît dans ses manifestations « classiques ».

Ainsi, la gratuité connaît un principe de faveur lorsqu'elle intervient au sein de groupes solidaires. Il en va bien sûr ainsi dans la famille ou dans les groupes amicaux, à tel point que l'encouragement de la gratuité est, dans ses groupes, essentiellement implicite. Il arrive, par ailleurs, que la gratuité soit expressément encouragée lorsqu'elle intervient au sein de groupes solidaires considérés avec faveur par le législateur ou par le juge. Il en va ainsi au sein du groupe solidaire constitué par les agriculteurs, et de celui unissant les membres d'une association et la personne morale qu'ils ont créée.

Lorsque la gratuité intervient entre deux personnes qui ne sont pas, *a priori*, unies par un lien de solidarité, ce principe de faveur sera, la plupart du temps, appliqué. Ainsi, il est possible de considérer que l'acte gratuit est destiné à créer un lien de solidarité. Par ailleurs, la solidarité n'unit pas seulement des personnes proches, se connaissant. Il est également possible qu'elle s'opère entre inconnus, dès lors qu'ils se sentent unis par un même lien d'appartenance à l'humanité. Ceci justifie, par exemple, les faveurs fiscales pour les dons au profit d'associations reconnues d'utilité publique¹⁰⁸⁸.

En revanche, lorsque la gratuité intervient au sein de rapports de domination, reconnus expressément ou implicitement par le droit, elle est découragée lorsqu'elle émane de la partie considérée comme forte, rejetée lorsqu'elle émane de la partie faible. Il en va ainsi dans la relation de travail subordonné, dans les rapports entre professionnels et consommateurs, et dans ceux unissant les auteurs d'œuvres de l'esprit aux exploitants des

¹⁰⁸⁸ Art. 200 CGI.

droits.

Ces principes, apparemment bien établis, concernent ce que nous appelons les manifestations « classiques » de gratuité, par opposition aux « nouvelles » formes de gratuité. En effet, la gratuité se développe considérablement, depuis quelques années, dans ce qu'il est convenu d'appeler la « nouvelle économie », née de l'essor des « nouvelles technologies ». De nombreux biens et services, autrefois payants, deviennent gratuits, comme, par exemple, le téléphone. La gratuité, marginale et contenue à un rôle promotionnel dans l'économie traditionnelle, se pérennise, et fait partie intégrante de la nouvelle économie, celle des réseaux. Ces nouvelles manifestations de la gratuité, qu'il est désormais temps d'étudier, appellent-elles un renouveau des principes de traitement de la gratuité ? Il convient, quoi qu'il en soit, de mettre à l'épreuve les principes que nous venons d'identifier, en les confrontant à ces nouvelles formes de gratuité.

TITRE 2ND : MISE À L'ÉPREUVE DES PRINCIPES DE TRAITEMENT FACE AUX MANIFESTATIONS NOUVELLES DE LA GRATUITÉ

697. *Nouvelle économie, nouvelles formes de gratuité*<> Un véritable renouveau de la gratuité¹⁰⁸⁹ s'est produit ces dernières années. Qu'il s'agisse de l'argument de la gratuité, ou de son utilisation avérée comme technique de promotion des ventes, on ne peut que constater que « *le domaine de l'offre gratuite s'est élargi* »¹⁰⁹⁰, la gratuité relevant des « *nouveaux instruments promotionnels* »¹⁰⁹¹ désignés par l'acronyme de « *NIP* ».

Si la gratuité tend à se développer dans la plupart des secteurs économiques, et ce de façon fort différente, que ce soit dans la grande distribution, dans la presse ou dans le secteur bancaire¹⁰⁹², on ne peut que constater que cet essor est concomitant au développement des nouvelles technologies, et, plus particulièrement, de l'Internet. La gratuité apparaît, en effet, comme une composante essentielle de la « *nouvelle économie* »¹⁰⁹³, c'est-à-dire de l'économie de réseau.

698. *Essor des réseaux et des communautés virtuelles*<> Internet est un « *réseau de réseaux qui fait appel à la commutation de paquets pour échanger différentes sortes de données et rendre des services variés dans le monde entier à toute personne équipée d'un ordinateur muni d'un modem* »¹⁰⁹⁴. Utilisé à l'origine à des fins scientifiques

¹⁰⁸⁹ Renouveau que l'on peut opposer à un précédent « *déclin* », cf. L. JOSSERAND, Le déclin du titre gratuit et sa transformation, in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p.135

¹⁰⁹⁰ L. VALADE, *Gratuité et consommation*, Rev. Conc. Consom., avril-mai-juin 2005, p.2.

¹⁰⁹¹ L. VALADE, comm. préc.

¹⁰⁹² Voir par exemple les offres de carte bancaire gratuite pendant un ou deux ans pour toute ouverture de compte pendant une période promotionnelle.

¹⁰⁹³ X. DALLOZ, *L'Internet et la gratuité*, Rev. Conc. Consom. avril-mai-juin 2005, p. 7 et s. : « *Nous devons prendre toute la mesure du don gratuit des réseaux, base de l'économie d'Internet* ».

¹⁰⁹⁴ P. LAFFITE, *La France et la société de l'information*, Rapport de l'Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, n°213, 7 févr. 1997.

et militaires, Internet est devenu, depuis quelques années, un instrument de commerce¹⁰⁹⁵. L'e-business, ou commerce électronique, s'est ainsi considérablement développé, notamment au sein des « *firmes-réseaux* ». Par ailleurs, Internet a permis l'éclosion de nouveaux groupes, les *communautés virtuelles*, qui sont des groupes d'individus « *ayant en commun le même intérêt ou la même inclination et communiquant les uns avec les autres en se connectant, par écran et modem interposés, à un réseau de communication et, plus particulièrement, à Internet* ». Ces deux phénomènes, le développement de l'économie de réseau¹⁰⁹⁶ et celui des communautés virtuelles, doit aboutir nécessairement à une remise en question de nos modèles économiques et politiques¹⁰⁹⁷, et, pour ce qui nous concerne, à une remise en question de notre approche du droit du marché.

699. **Fonctionnement des réseaux – Mécanisme des « coûts de sortie »**<> Le réseau peut être défini comme « *un marché captif dans lequel le client fidélisé doit, pour changer de fournisseur, payer un coût de sortie. Ce coût de sortie (switching cost) dépend du mécanisme de verrouillage (on dit aussi de fidélisation, de capture) par lequel le réseau assure son exclusivité vis-à-vis du client* »¹⁰⁹⁸. Les fournisseurs d'accès à Internet¹⁰⁹⁹, tout comme les opérateurs de téléphonie mobile utilisent très largement ce concept. Les premiers ne prennent pratiquement plus de frais de mise en service, et proposent des contrats à durée indéterminée, mais prennent des frais de résiliation qui sont, généralement, inversement proportionnels à la durée de vie du contrat¹¹⁰⁰. Ces frais constituent des coûts de sortie, censés dissuader la clientèle captée de changer de fournisseur. Les seconds font acquérir des points à leurs clients pour leur permettre de changer de téléphone à des

¹⁰⁹⁵ Pour un historique, F. BALLE et L. COHEN-TANUGI, *Dictionnaire du Web*, Dalloz, 2001, v° Internet.

¹⁰⁹⁶ X. DALLOZ, *L'Internet et la gratuité*, Rev. Conc. Consom., avril-mai-juin 2005, p.7.

¹⁰⁹⁷ B. SIBRA, *La notion de réseau : questions pour une réflexion juridique*, RRJ 2004-3 p. 1671. Selon cet auteur, « *la logique de l'ordre du réseau nous oblige à penser rien moins que la disparition du sujet* ». Elle devrait entraîner la disparition du concept de souveraineté. En effet, « *le modèle d'État souverain trouve (...) son fondement dans un individu indépendant et autonome. Or, c'est précisément cette conception de l'individu que la nouvelle « raison réseau » conteste. Dans ces conditions, n'est-ce pas la théorie juridique de l'État qui s'effondre ? L'interaction qui commande les relations dans l'ordre réticulaire, où chacun est déterminé par l'autre en même temps qu'il le détermine, purge la notion de souveraineté de son sens, elle sape l'autorité de l'État. Dans cette perspective, l'existence de l'État est anachronique ; cette forme moderne d'organisation du pouvoir apparaît comme une figure archaïque de l'autorité, dont l'encadrement tutélaire de la société ne se justifie plus.* » (nous soulignons). Par ailleurs, le concept de nation serait également mis à mal : « *le temps n'est plus celui des communautés mythiques comme la nation, mais des communautés virtuelles qui prennent corps dans le cyberspace* ».

¹⁰⁹⁸ F. BALLE, L. COHEN-TANUGI, *Dictionnaire du web*, v° Nouvelle économie.

¹⁰⁹⁹ Ch. RIEFA, *L'Internet et le droit du marché*, Th. Montpellier, 2002.

¹¹⁰⁰ Il en va ainsi dans les différents contrats proposés par les fournisseurs d'accès à Internet proposant, pour un prix global, une connexion haut-débit, des chaînes de télévision numérique et des services de téléphonie.

conditions avantageuses. Le changement d'opérateur fera perdre ces points à l'abonné. On a donc là également un coût de sortie.

Ce modèle était aussi, récemment, utilisé par des secteurs *a priori* étrangers aux nouvelles technologies, comme le secteur bancaire, avec les frais de clôture des comptes bancaires, désormais prohibés. Il l'est toujours, dans une certaine mesure, avec le développement des outils de consultation et de gestion des comptes en ligne. S'il n'y a plus de coûts financiers de sortie du réseau bancaire, il y a désormais des coûts informationnels de sortie, le client devant apprendre à maîtriser un nouvel outil informatique s'il souhaite changer de banque.

700. ***Généralisation des contrats à exécution successive, passage de la valeur des biens aux services***<> Cette nouvelle économie passe par une extension dans le temps, une prolongation des rapports économiques. Certains économistes ont pu remarquer que le passage d'une économie industrielle à une économie de services a modifié l'ensemble de la logique économique. « *Désormais, l'enjeu pour les offreurs est de capter une clientèle, non de vendre des produits. Ils ont à se constituer une communauté d'acheteurs* »¹¹⁰¹ ; « *les biens matériels eux-mêmes sont en train d'être transformés en purs services* »¹¹⁰². Le contrat de vente, contrat de base de l'économie de marché et, plus encore, d'une économie reposant sur la consommation de masse et la grande distribution, est petit à petit délaissé au profit d'autres formules contractuelles qui permettent de lier la clientèle au prestataire pendant une certaine durée. Les contrats d'abonnement, voire de location ont donc tendance à se développer. Ainsi se créent des réseaux, dont la sortie sera généralement difficile, et au sein desquels des flux gratuits pourront intervenir.

701. ***Le réseau, instrument de mesure de la valeur des entreprises***<> Ces flux gratuits se justifient en réalité par le fait que l'adhésion au réseau constitue à elle seule une richesse pour l'organisateur du réseau. La valeur des entreprises semble davantage fondée, aujourd'hui, sur la taille de leur réseau que sur leurs résultats¹¹⁰³. Dès lors, l'avantage

¹¹⁰¹ M. HENOCHSBERG, *La gratuité, quels fondements, quels financements ?* Rev. Conc. Consom. avril-mai-juin 2005 p. 3 et s., spéc. p. 5.

¹¹⁰² J. RIFKIN, *L'âge de l'accès : la révolution de la nouvelle économie*, La Découverte, 2000, p. 115.

¹¹⁰³ F. BALLE et L. COHEN-TANUGI, *Dictionnaire du web*, v° Nouvelle économie.

fourni gratuitement aux membres du réseau apparaît davantage comme une récompense que comme un leurre¹¹⁰⁴.

702. **Une économie de « sponsoring »**<>Le réseau aboutit à la création d'une communauté de clients. Cette notion de communauté est au centre de l'économie de l'Internet. Cette économie repose, essentiellement, en effet, sur ce qui n'est rien de moins que du « sponsoring », du parrainage publicitaire. Il s'agit, en effet, de créer des sites Internet qui permettront de regrouper une clientèle autour d'un thème qui lui est cher, en lui proposant, par exemple, des informations sur tel ou tel sport, telle ou telle activité, etc., en lui proposant des forums de discussion, des « newsletters », éventuellement une messagerie électronique, le tout gratuitement. Le gestionnaire du site se financera par de la publicité, qui aura le grand mérite, pour les annonceurs, d'être dirigée vers leur clientèle-cible. Les annonceurs financent ainsi les services proposés gratuitement aux internautes, leur nom étant rattaché au site financé. Il faut noter que ce mode de financement de l'Internet est consacré par les autorités communautaires. C'est ainsi que la directive 2000/31 CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique souligne, à son considérant 29, que « *les communications commerciales sont essentielles pour le financement des services de la société de l'information et le développement d'une large variété de nouveaux services gratuits* »¹¹⁰⁵.

Ce schéma se retrouve dans d'autres domaines, et préside notamment, au développement de la presse gratuite¹¹⁰⁶. Ainsi, les journaux sportifs distribués gratuitement une fois par semaine présentent le grand avantage, pour les annonceurs dont la clientèle-cible est sensible au sport, de mettre leurs publicités au contact d'un nombre de personnes bien plus important que lorsqu'ils communiquent dans la presse spécialisée payante. Le prix du journal apparaît en effet comme un obstacle entre l'annonceur et le public.

703. **Essor des communautés virtuelles**<> Par ailleurs, ces communautés virtuelles permettront à leurs membres de nouer des liens entre eux, et d'échanger des

¹¹⁰⁴ X. DALLOZ, *L'Internet et la gratuité*, comm. préc. : « *Il n'est pas question de voler quelqu'un pour sa participation à une communauté ou son implication dans le réseau. Au contraire, toute implication doit être récompensée. Tel est le don des réseaux* ».

¹¹⁰⁵ M. VIVANT et alii, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2006, n° 2422 et n°2715.

¹¹⁰⁶ J.-Cl. TEXIER, *Le rôle de la presse gratuite dans la consommation*, Rev. Conc. Consom. avril-mai-juin 2005, p. 9 – Le succès remporté par la presse gratuite est désormais attesté. Une étude rendue publique par TNS-Sofres le 15 mars 2006 classait ainsi deux journaux gratuits parmi les cinq quotidiens les plus lus en France (cf. La Tribune, jeudi 16 mars 2006, p.17).

biens et des services par l'intermédiaire de contrats gratuits. C'est ainsi que des fichiers protégés par le droit d'auteur pourront être échangés gratuitement dans le cadre de ces communautés, ce qui pose inmanquablement la question de la délimitation du « *cercle de famille* », cadre de l'admission de la copie privée¹¹⁰⁷. Mais les communautés virtuelles permettent également d'échanger gratuitement toutes sortes de biens. C'est ainsi qu'un site est spécialisé dans les dons d'objets¹¹⁰⁸ ; un autre sur les dons de livres¹¹⁰⁹. Il est envisageable que des communautés se regroupent autour du partage ou du don de tous types de biens, ce qui constitue une menace pour les professionnels : pour un bien acheté, il y a toujours plus d'utilisateurs potentiels qui, s'ils peuvent bénéficier d'un prêt ou d'un don de la part du propriétaire du bien, n'achèteront pas le bien en question¹¹¹⁰. Enfin, certains logiciels, dont le code source est en accès libre, sont destinés à être échangés et modifiés par leurs utilisateurs¹¹¹¹.

704. ***Une étude nécessairement prospective***<> C'est donc toute une économie qui est en train de se développer sur le terreau de la gratuité. Le droit du marché, qu'il s'agisse du droit de la concurrence ou du droit de la consommation, mais aussi le droit de la propriété intellectuelle sont directement interpellés par ces nouvelles technologies et cette nouvelle économie qu'elle génère. Or le droit du marché est un droit réactif, qui régit des comportements après leur apparition sur le marché. Il ne faut donc pas s'étonner si le développement récent de la gratuité n'est pas encore totalement appréhendé par le droit du marché, et est donc apparemment libre, les autorités n'ayant pas encore de point de vue sur la question.

Il faudra donc s'interroger sur les effets positifs et négatifs de la gratuité au regard des impératifs de protection du marché et des droits de propriété intellectuelle, voir comment elle doit être traitée. Plus précisément, il faudra voir si les principes de traitement juridique de la gratuité que nous venons d'identifier peuvent s'appliquer face à ces nouvelles formes de gratuité. Ainsi, il conviendra de mettre à l'épreuve le principe de faveur pour la gratuité au sein du groupe solidaire face à son développement au sein des communautés virtuelles

¹¹⁰⁷ Ph. GAUDRAT, F. SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur*, Comm. Comm. Électr. nov. 2005, 37.

¹¹⁰⁸ www.freecycle.com

¹¹⁰⁹ www.bookcrossing.com

¹¹¹⁰ Voir *Courrier International*, n°800, 2 mars 2006.

¹¹¹¹ Voir *supra*, n°681 et s.

Essai sur la gratuité en droit privé

(Chapitre 1^{er}), avant de mettre à l'épreuve le principe de défaveur pour la gratuité dans les rapports de domination face à son développement entre les professionnels et leurs réseaux de consommateurs (Chapitre 2nd).

CHAPITRE 1^{ER} : MISE À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE DE FAVEUR : LA GRATUITÉ DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE

705. ***Internet, lieu de regroupement***<> Parce qu'il permet de communiquer de façon interactive, l'Internet favorise le regroupement de personnes ayant les mêmes centres d'intérêt. Ce regroupement peut être recherché par des professionnels désireux de se constituer des réseaux de consommateurs. Il peut aussi être spontané, les internautes désirant se regrouper autour de questions politiques, religieuses, ou autour de certains loisirs. Il se peut, à ce moment-là, que certaines personnes prennent l'initiative de créer un lieu virtuel de regroupement. La dimension politique de l'Internet est d'ailleurs de plus en plus prise en considération. Des partis politiques proposent désormais des adhésions en ligne, recueillent l'avis des internautes sur certains sujets ; d'autres prennent appui sur l'essor de ce moyen de communication pour plaider pour un passage à la démocratie directe¹¹¹².

706. ***Internet, vecteur de lien social***<> La question se pose alors de la reconnaissance des liens qui peuvent se créer sur la toile. La virtualité ne s'oppose pas, en effet, à la naissance de véritables liens amicaux ou sentimentaux. Elle ne s'oppose pas, non plus, à l'existence d'une réelle solidarité entre des personnes liées par des centres d'intérêt communs et communiquant, par exemple, par le biais d'un *forum* organisé par un site.

707. ***Internet, lieu d'échange économique***<> Par ailleurs, l'Internet peut être une interface d'échange. Certains services, par exemple de conseil, peuvent être fournis en ligne. De la même manière, des biens, immatériels ou matériels, peuvent circuler sur ou grâce à la toile. Lorsque ces prestations sont fournies gratuitement, n'appartient-il pas alors au droit de les encourager ? Nous avons vu que, de manière générale, le droit avait tendance à favoriser la gratuité lorsqu'elle intervenait au sein d'un même groupe solidaire¹¹¹³. Or la communauté virtuelle¹¹¹⁴, définie comme « *un groupe d'individus ayant*

¹¹¹² Voir ainsi la candidature à la prochaine élection présidentielle d'Alain Mourguy, membre de l'Union Pour la Démocratie Directe (UPDD) : www.elysee2007.org, proposant expressément d'utiliser Internet à des fins participatives.

¹¹¹³ Voir *supra*, n°400 et s.

en commun le même intérêt ou la même inclination et communiquant les uns avec les autres, non pas en face à face mais en se connectant, par écran et modem interposés, à un réseau de communication et, plus particulièrement, à Internet »¹¹¹⁵, ne peut-elle pas être reconnue comme un groupe solidaire à l'intérieur duquel la gratuité devrait être favorisée ? Un tel encouragement de la gratuité permettrait de renforcer la cohésion au sein de ces groupes, dans l'intérêt de leurs membres. Nouveau lieu de l'échange solidaire, la communauté virtuelle pose, nécessairement, des questions liées au développement de cette forme d'économie (Section 1).

Cependant, les échanges internes à la communauté virtuelle peuvent se révéler néfastes pour les tiers. Il y a, ainsi, comme à chaque fois que l'échange économique se communautarise, des risques de fraude fiscale, de paracommercialisme, de concurrence déloyale, ou de contrefaçon¹¹¹⁶. La gratuité accroît, en particulier, ce dernier risque. Les dangers du « communautarisme économique » pour les tiers, et, plus précisément, pour les auteurs d'œuvres de l'esprit justifie alors de poser certaines limites aux échanges dans la communauté virtuelle, et de regarder la gratuité avec un œil moins favorable lorsqu'elle se développe au sein de groupes solidaires d'une taille trop importante (Section 2).

SECTION 1 : LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE : UN CADRE NOUVEAU POUR L'ÉCHANGE SOLIDAIRE

708. ***Liens de solidarité***<> Par échange solidaire, nous entendons l'échange pratiqué au sein d'un groupe solidaire, et motivé par le lien de solidarité existant entre les parties à l'échange. Nous avons vu que la famille et le cercle amical constituaient les cadres traditionnels de l'échange solidaire. Si la famille est difficile à définir, elle est relativement délimitée. Les cercles d'amis, eux, peuvent être divers, et peuvent reposer sur

¹¹¹⁴ O. GALIBERT, *Les communautés virtuelles. Entre marchandisation, don et éthique de la discussion*, Th. Grenoble 3, 2003 — Voir aussi M. GENSOLLEN, *Les communautés en ligne : échanges de fichiers, partage d'expériences, et participation visuelle*, *Esprit*, mai 2006, p. 179.

¹¹¹⁵ F. BALLE et L. COHEN-TANUGI, *Dictionnaire du web*, Dalloz, v° Communauté virtuelle.

¹¹¹⁶ Voir ainsi, à propos de la publicité pour un site proposant des contrefaçons de produits de la marque Louis Vuitton lors de la recherche de cette dernière sur le moteur de recherche Google, TGI Paris, 4 févr. 2005, D.2005.1037, obs. Hugon.

des centres d'intérêts communs.

La communauté virtuelle unit des personnes qui ont une certaine accointance, une certaine communauté de vue, de pensée. Ainsi, par exemple, les personnes qu'unit le goût de la lecture peuvent s'échanger des livres et des commentaires littéraires¹¹¹⁷ ; les personnes unies par une volonté de partager leur savoir peuvent collaborer à des encyclopédies gratuites en ligne comme Wikipédia¹¹¹⁸ ou Jurispédia¹¹¹⁹.

709. ***La communauté virtuelle, lieu d'échange économique***<> Les personnes qui ont l'habitude de discuter sur des forums peuvent s'y rendre divers services, tels que des conseils en tout genre, par exemple juridiques ; elles peuvent également s'échanger des adresses de sites Internet, mettre des articles de journaux ou divers documents en ligne, etc.

Mais la communauté virtuelle peut aussi être le lieu d'échange de certains biens. On pense, naturellement, à des biens immatériels, tels que des fichiers musicaux (mp3) ou des films (divX). En effet, les utilisateurs des sites de partage de fichiers (peer to peer) constituent des communautés virtuelles. Leur logique est, en effet, de mettre en commun divers fichiers pour les partager et les reproduire à l'infini. Mais, par ailleurs, les communautés virtuelles peuvent être le lieu d'un échange de biens matériels. C'est ainsi qu'un site Internet est spécialisé dans la donation d'objets de toutes sortes¹¹²⁰. Les offreurs et les demandeurs, inscrits dans des communautés géographiques rattachées au site, s'échangent leurs annonces par courrier électronique. Ils peuvent tout échanger sous la double condition de la licéité de l'objet et de la gratuité de l'opération. Il s'agit, là encore, d'une communauté virtuelle, les membres étant unis par l'idée selon laquelle il faut, au maximum, recycler les biens dont on ne veut plus, et par un même rejet de ce qui est présenté comme un excès de la société de consommation. Cette même sensibilité d'ordre idéologique justifie un lien de solidarité et des flux gratuits. Si l'Internet est, comme on l'a vu, un outil performant à la disposition des grandes entreprises, il peut, également, devenir un « nouveau Larzac », un lieu virtuel de regroupement des communautés en rupture avec le capitalisme.

¹¹¹⁷ www.bookcrossing.com

¹¹¹⁸ www.wikipedia.com

¹¹¹⁹ www.jurispedia.org

¹¹²⁰ www.freecycle.com

Si la communauté virtuelle peut être le lieu d'un échange solidaire, elle peut également permettre la conclusion de contrats onéreux. Ces derniers ne concernent pas notre étude, et contiennent des dangers pour les tiers déjà mentionnés¹¹²¹. Elle constitue, également, un cadre au sein duquel la gratuité est très présente. Pour savoir si la gratuité devra y être favorisée, il nous faudra donc préciser dans quelle mesure une communauté virtuelle peut constituer un groupe solidaire (Sous-Section 1). Nous verrons ensuite comment la gratuité pourrait y être encouragée (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : LES CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE D'UN GROUPE SOLIDAIRE DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE

710. *Une approche technique insuffisante*<> Nous avons vu que, selon la définition donnée par MM. BALLE et COHEN-TANUGI, on peut reconnaître une communauté virtuelle dès lors que certaines personnes communiquent entre elles par le biais d'une interface informatique. Cette définition technique, particulièrement accueillante de la communauté virtuelle, n'est pas partagée par tous. Ainsi, selon Howard RHEINGOLD, premier théoricien de la notion, « *les communautés virtuelles sont des regroupements socioculturels qui émergent du réseau lorsqu'un nombre suffisant d'individus participent à ces discussions publiques pendant assez de temps, en y mettant suffisamment de cœur pour que des réseaux de relations humaines se tissent au sein du cyberspace* »¹¹²². Il ne suffit donc pas que des personnes communiquent par ordinateur interposé, encore faut-il qu'ils le fassent souvent, qu'ils se reconnaissent, qu'ils aient le sentiment d'appartenir à une même communauté, étant entendu que « *pour fonder une vraie communauté, il faut effectivement, à un moment donné, autre chose que des mots sur un écran* »¹¹²³.

¹¹²¹ Voir *supra*, n°707

¹¹²² H. RHEINGOLD, *Les communautés virtuelles*, trad. L. Lumbroso, Addison-Wesley, 1995, p. 6.

¹¹²³ H. RHEINGOLD, *op. cit.* p. 25 – J.-F. MARCOTTE, *Communautés virtuelles : la formation et le maintien des groupes sur Internet*, Esprit Critique, Oct. 2001 : « *Une communauté virtuelle n'est pas un site ou un environnement virtuel que l'on peut retrouver sur Internet ! Il s'agit d'un groupe d'individus qui se forme à travers des relations sociales. Une communauté virtuelle n'est pas non plus un agrégat de personnes qui fréquente un environnement virtuel de rencontres. Il s'agit d'un ensemble d'individus qui partagent un*

711. **Appréhension sociologique des communautés virtuelles**<> L'appréhension de la communauté virtuelle comme groupe social ne va donc pas sans poser des difficultés auxquelles les sociologues ont dû faire face, et dont la distance géographique n'était pas la moindre¹¹²⁴. En réalité, l'expérience, déjà ancienne¹¹²⁵, montre que la distance n'est pas un obstacle à l'entretien de relations amicales entre les personnes dialoguant sur des forums ou des chats.

Par ailleurs, le mode d'expression, qui n'était qu'écrit au début du développement des communautés virtuelles, pouvait, également, constituer un obstacle à la formation de relations sociales entre les membres de groupes de discussion. Cet obstacle a pu, en partie, être levé, grâce à l'utilisation de symboles permettant de communiquer ses humeurs et d'accompagner l'écrit¹¹²⁶. Ces symboles, de même que le partage d'un environnement commun, celui de l'interface, participent d'une culture commune aux membres du groupe, ce qui facilite une approche en termes de communauté¹¹²⁷. S'ajoute à cela un ensemble de règles à respecter, dont la fameuse Net-étiquette¹¹²⁸, qui peuvent, pour certaines, être propres à certaines communautés, si bien qu'il a pu être soutenu que « *la participation à des groupes de discussion rencontre tous les éléments de la définition d'un fait social, par*

univers symbolique qui leur est propre et qui ont des rapports réguliers à travers des processus sociaux complexes ».

¹¹²⁴ J.-F. MARCOTTE, *Les rapports sociaux sur Internet : analyse sociologique des relations sociales dans le virtuel*, Esprit Critique, Revue Internationale de sociologie et de sciences sociales, Vol. 03 No. 10, Octobre 2001 : « Au début, il était même difficiles pour plusieurs sociologues d'admettre le caractère social de ces phénomènes. La distance géographique séparant des individus pourtant en interaction causait plusieurs problèmes théoriques auxquels il fallait remédier pour amorcer une étude des relations sociales en réseau » - Voir aussi J. HERBET, *L'Internet, un nouveau moyen de se réunir ?*, Esprit Critique, oct. 2001 : « Des liens plus profonds se créent peut-être entre les internautes fidèles, unis autour d'une cause commune, bien que disséminés de par le monde, qui conjuguent le Net au pluriel. En formant de véritables communautés virtuelles. Le réseau est devenu leur réseau, matière à une véritable trame sociale ».

¹¹²⁵ Les premières communautés virtuelles se sont créées dans les années soixante-dix, avec le développement d'Arpanet. Sur le développement, à partir de 1985, de la communauté virtuelle du « WELL » (*Whole Earth 'Lectronic Link*), voir H. RHEINGOLD, *Les communautés virtuelles*, op. cit. et le site de cette communauté : www.well.com

¹¹²⁶ J.-F. MARCOTTE, *Communautés virtuelles : la formation et le maintien des groupes sur Internet*, Esprit Critique, Oct. 2001.

¹¹²⁷ H. DRAELANTS, *Le « chat » : un vecteur de lien social ?*, Esprit Critique, Oct. 2001 : « via l'invention d'un langage qui leur est propre, les chatteurs réintroduisent en fait une part d'oralité dans leurs communications, ils se dotent de possibilités communicatives supplémentaires et limitent les éventuelles erreurs de cadrage (...) Ces éléments langagiers, inventés dans ces groupes de discussion et partagés par les habitués, lorsqu'on y adjoint la présence de micro-rites, de normes, de comportements à suivre dans ces salons virtuels de discussion afin de s'y intégrer, tout cela contribue à l'émergence d'une certaine culture ».

¹¹²⁸ Sur laquelle voir M. VIVANT et alii, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* 2006, n°2288.

l'intériorisation de valeurs, de règles, de façons de penser et par la présence d'une contrainte provenant de l'extériorité des règles à respecter »¹¹²⁹.

712. ***L'entraide et le don, raisons d'être des communautés virtuelles***<> Les objectifs poursuivis par les membres de ces groupes sont divers et variés. Néanmoins, l'entraide et le don sont généralement présentés comme les raisons d'être de ces communautés virtuelles¹¹³⁰. Du reste, il arrive fréquemment que ces communautés soient un lieu d'échange d'informations, de conseils, voire de « *biens informationnels* ». Certains membres peuvent ainsi traduire et sous-titrer une émission de télévision diffusée dans une langue étrangère de façon à en faire profiter les membres de leur communauté virtuelle. La communauté peut ainsi, grâce à ses membres, devenir un lieu de compilation de tout ce qui peut être collecté sur Internet. Or la plupart des biens informationnels s'y trouvent (articles de journaux, émissions de télévision, photographies, extraits de livres, films, fichiers musicaux).

713. ***Conclusion de la Sous-Section 1***<> La communauté virtuelle apparaît donc comme un nouveau lieu de l'échange solidaire, et, par conséquent, comme un nouveau cadre pour la gratuité. Les membres des communautés virtuelles sont, en fin de compte, des amis¹¹³¹, et ce même s'ils ne se sont jamais rencontrés physiquement. La gratuité au sein de la communauté virtuelle ne doit donc pas être découragée. Elle doit, au contraire, être encouragée, comme l'est, de façon plus générale, la gratuité entre amis. Si l'on admet

¹¹²⁹ J.-F. MARCOTTE, *La sociologie des rapports sociaux en réseaux : un champ d'étude en formation*, Esprit Critique, Oct. 2001.

¹¹³⁰ H. RHEINGOLD, *op. cit.* p. 37 – J.-F. MARCOTTE, *Communautés virtuelles et sociabilité en réseaux : pour une redéfinition du lien social dans les environnements virtuels*, Esprit Critique, Oct. 2003. Un pionnier des communautés virtuelles, John Perry BARLOW, a même proclamé une *Déclaration de l'Indépendance du Cyberspace*, dans laquelle il est précisé que tout ce qui est créé dans le Cyberspace est destiné à être partagé et reproduit à l'infini, et ce gratuitement.

¹¹³¹ Comp. M. GENSOLLEN, *Les communautés en ligne : échange de fichiers, partage d'expériences et participation visuelle*, Esprit, mai 2006, p. 179 et s., spéc. p. 188 : « sur le web, les gens parlent à la cantonade. Ils écrivent pour des gens qu'ils ne connaissent pas et avec qui, le plus souvent, ils n'auront jamais de relations personnelles. ceux qui posent des question ne savent pas qui va leur répondre ; ceux qui contribuent, ajoutent une pierre à un édifice mais ne communiquent avec personne en paritulier. Contrairement à ce qu'on a pu imaginer, les communautés en ligne ne se limitent pas à la transposition des communautés réelles sur internet ; elles constituent une structure d'interaction sociale originale qui ne repose, ni sur la communication, ni sur les relations personnelles ». En réalité, il nous semble que l'auteur confond les forums de discussion et les communautés virtuelles. Un forum de discussion peut permettre la création d'une communauté virtuelle, mais toutes les personnes participant au même forum ne constituent pas une telle communauté. En réalité, il peut y avoir des discussions entre certains membres déterminés sur certains forums. Par ailleurs, les personnes qui, grâce à ces forums de discussion remarquent qu'elles ont les mêmes points de vue, la même acointance, peuvent se faire réciproquement entrer dans leur communauté virtuelle, en s'échangeant leur adresse de courrier électronique et en continuant à communiquer par ce biais.

toujours que le droit doit encourager la solidarité privée et l'entraide, il apparaît que la constitution et le développement des communautés virtuelles doivent être encouragés, dans la mesure où ces dernières permettent la reconstitution d'un lien social souvent présenté comme déliquescent dans nos sociétés occidentales. Par-dessus tout, et paradoxalement, elles permettent de tisser des liens humains dans un environnement informatique en plein développement, souvent présenté comme déshumanisé ou déshumanisant.

Cependant, il ne suffit vraisemblablement pas, pour retenir ce lien d'amitié virtuel, que deux personnes fréquentent le même espace interactif. Il faut qu'elles y entretiennent fréquemment des conversations, que ce soit par le biais d'un forum ou d'un *chat*, voire par l'entretien d'une correspondance électronique. Il faut donc, au minimum, que les individus qui fréquentent certains espaces interactifs se parlent pour que l'on puisse retenir l'existence d'une communauté virtuelle, ou, plus précisément, pour pouvoir retenir un lien d'amitié fondé sur une appartenance à une même communauté virtuelle.

Ces préalables étant posés, il convient de se demander plus précisément quelles règles de droit devront s'appliquer aux échanges gratuits au sein des communautés virtuelles.

SOUS-SECTION 2 : LES MODALITÉS D'ENCOURAGEMENT DE LA GRATUITÉ DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE

714. La gratuité devant, *a priori*, être encouragée au sein des groupes solidaires, la personne qui agit gratuitement au sein d'une communauté virtuelle doit être incitée à rendre service aux autres membres de sa communauté. Plusieurs possibilités sont envisageables, selon que la prestation rendue consiste en un bien (§1) ou un service (§2).

§1 : LA FOURNITURE GRATUITE DE BIENS AU SEIN DE LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE

715. Les membres d'une même communauté virtuelle peuvent être amenés à se fournir gratuitement des biens. Il semble que l'on puisse s'interroger sur la possibilité de se fournir des biens en ligne (A), la fourniture de biens hors ligne étant, bien évidemment, envisageable (B).

A. La question des fournitures gratuites de biens en ligne

716. La question de la fourniture gratuite de biens en ligne se pose à propos de deux types de ressources qui peuvent être échangées sur le réseau : les fichiers et les informations, qui doivent être distingués, dans la mesure où les fichiers (1) sont les supports, les contenants de l'information, qui, elle, est leur contenu (2).

1. La fourniture gratuite de fichiers

717. ***L'impossible « donation de fichier »***^{<>} De prime abord, l'Internet semble être un vecteur possible de biens en ligne. Il est, en effet, possible d'y faire circuler des livres, des films, des fichiers musicaux ou des logiciels. Si nous retrouverons plus tard ces questions au regard du droit d'auteur¹¹³², il convient, d'ores et déjà, de les analyser du point de vue, plus général, du droit des biens. En effet, ces diverses ressources sont numérisées¹¹³³, et prennent alors la forme de fichiers informatiques. Les fichiers qui passent d'un ordinateur à un autre via le réseau sont-ils des biens ? Dans l'hypothèse d'une réponse positive à cette question, on pourrait être tenté d'analyser la fourniture gratuite de

¹¹³² Voir *infra*, n° 735 et s.

¹¹³³ Voir la définition donnée par M. VIVANT et alii, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2006, n°1535 : « la numérisation (en anglais : *digitalization*), c'est la codification de la voix, des sons, des images, des textes et d'une manière générale, des signaux, sous la forme d'éléments binaires 1 et 0. associée aux progrès de la technique de compression numérique – qui ne doit pas être confondue avec elle - , elle a provoqué la généralisation massive et accélérée de procédés uniformes d'enregistrement, de stockage et de diffusion des données ».

tels fichiers comme une donation. Cette idée doit pourtant être écartée.

Si l'on analysait le fichier comme un bien, et si l'on qualifiait son « *transfert* » gratuit de donation, on songerait alors, en premier lieu, à y voir une donation directe, c'est-à-dire par transfert de propriété. Une telle solution devrait, à l'évidence, être rejetée. En effet, le « *transfert* » d'un fichier n'est pas, à proprement parler, un transfert au sens où on peut l'entendre en matière de transfert de propriété. En effet, le transfert de propriété peut être analysé comme une destruction du lien d'appropriation du transférant, suivi de la constitution d'un nouveau lien d'appropriation entre le bénéficiaire du transfert et le bien¹¹³⁴. Or, en matière de fichiers informatiques, on ne retrouve pas une telle destruction du lien d'origine. Le transférant conserve sa chose¹¹³⁵, le pseudo transfert étant, en réalité, une duplication. Il y a alors une reproduction de la chose et non un transfert, ce qui interdit de voir dans l'opération une donation directe.

Plus radicalement, le fait que le « *transfert* » s'opère par duplication interdit de voir dans son exercice gratuit une donation. En effet, l'élément matériel des libéralités ne se retrouve pas dans cette opération. Rappelons que ce dernier existe si l'acte aboutit à un enrichissement du bénéficiaire et à un appauvrissement corrélatif du gratifiant¹¹³⁶. Si le fichier devait être considéré comme un bien, le réceptionnaire d'un fichier gratuit s'enrichirait...mais l'émetteur ne s'appauvrirait pas. L'absence d'appauvrissement serait un obstacle dirimant à la reconnaissance d'une donation.

718. ***Le fichier numérique, un bien ?*** Mais doit-on voir dans le fichier numérique un bien ? *A priori*, dans la mesure où le fichier se substitue à un support matériel classique (livre, disque, DVD, CD Rom...), et dans la mesure où ces derniers sont des biens matériels¹¹³⁷, on pourrait être tenté, par analogie, de voir, dans les fichiers contenant des exemplaires d'œuvres détachables de leur support, des biens. Ainsi, le fichier mp3, parce qu'il se substitue au CD, qui est un bien, serait lui-même un bien.

¹¹³⁴ F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. Droit Fondamental, n°121 : « *Le transfert consiste dans l'extinction d'un droit de propriété et dans la création concomitante d'un nouveau droit de propriété, la première opération ayant lieu dans le but de la réalisation de la seconde* ».

¹¹³⁵ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *L'acte translatif de savoir, ou les forces créatrices de l'analogie, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 487.

¹¹³⁶ M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendant*, n°1001.

¹¹³⁷ À ne pas confondre avec l'œuvre, bien immatériel, reproduite dans un support matériel.

Une telle analyse semble justifiée, dans la mesure où le contenant, ici en question, consiste en un espace de mémoire qui constitue lui-même un bien. Néanmoins, ce contenant, cet espace de mémoire sur un disque dur, ne fait l'objet d'aucun transfert lorsqu'un fichier est transféré. Seul le contenu, c'est-à-dire l'information, est transférée.

2. La fourniture gratuite d'informations

719. ***L'information, une valeur***<> Les communautés virtuelles sont marquées par des échanges d'informations¹¹³⁸. Que ce soit dans les systèmes de discussion synchrones de type IRC¹¹³⁹ ou dans les forums de discussion asynchrones de type Usenet, des personnes demandent des informations ou des conseils et d'autres en donnent. Ces informations gratuites ne peuvent pas non plus être considérées comme des fournitures gratuites de biens, l'information n'étant pas un bien. L'information, assimilée à l'idée, est, comme cette dernière, de libre parcours, et ce malgré la conscience de sa valeur économique¹¹⁴⁰, qui pourrait suggérer la possibilité d'une appropriation¹¹⁴¹. Le rôle de la connaissance dans l'économie, mis en lumière par HAYEK¹¹⁴², confère même à l'information une valeur cardinale qui préfigurait le passage à une économie de l'information.

720. ***Inappropriable information***<> Cependant, d'un point de vue strictement juridique, l'information n'est pas un bien appropriable *per se*. En admettant qu'il s'agisse d'une chose immatérielle, elle ne pourrait être appropriée que par des droits de propriété intellectuelle, et, plus précisément, par le droit d'auteur. Mais, pour cela, encore faudrait-il qu'elle réunisse les conditions de l'existence d'une œuvre de l'esprit. Les articles de presse

¹¹³⁸ O. GALIBERT, *Les communautés virtuelles*, Th. Grenoble 3, 2003, p. 36.

¹¹³⁹ *Internet Relay Chat*

¹¹⁴⁰ N. MALLET-POUJOL, chr. préc. : « Dans une société de communication, où l'information a une valeur marchande, une tentation récurrente d'appropriation, consciente ou non, est perceptible ».

¹¹⁴¹ P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, chr. 97.

¹¹⁴² F. von HAYEK, *The use of knowledge in society*, *American Economic Review*, 1945 ; *Revue Française d'économie*, 1945/1 – P. GARELLO, *Présentation d'un débat fondamental en science économique et de ses implications pour les rapports entre droit et économie : théories de l'équilibre ou théories de l'ordre*, *RRJ* 1995/2 p. 419.

sont ainsi protégés par le droit d'auteur, car s'ils informent, c'est sous une forme originale. En revanche, l'information brute, par exemple sous forme de dépêches d'agence de presse, ne peut être appropriée car elle ne remplit pas la condition d'originalité¹¹⁴³. En effet, pour qu'une chose immatérielle soit appropriable, il ne suffit pas qu'elle soit utile et rare, il faut, par ailleurs, qu'elle satisfasse aux exigences posées par le Code de la propriété intellectuelle pour être protégée.

Il n'est donc pas possible d'envisager la fourniture de biens en ligne. Si l'information a une valeur économique, elle n'est pas un bien appropriable, il est donc impossible de la transférer d'un patrimoine à un autre. Cette valeur économique n'est pas, pour autant, niée, dans la mesure où l'information, considérée comme le fait d'informer¹¹⁴⁴, peut être considérée comme un service.

Envisageons désormais les fournitures gratuites de biens dans la communauté virtuelle hors ligne.

B. Les fournitures gratuites de biens hors ligne

721. ***Dons manuels***<> La communauté virtuelle peut pousser ses membres à se donner des biens. Ainsi, par exemple, il existe un site permettant à ses membres de se donner les biens dont ils ne veulent plus¹¹⁴⁵. Les membres de cette communauté sont animés par un même rejet de la société de consommation, et veulent favoriser le recyclage

¹¹⁴³ Voir, de la même manière, la distinction entre le savoir-faire et l'invention brevetée, cf. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°115 : « *Le savoir-faire non breveté ne saurait être « vendu » par celui qui en a connaissance, précisément pour cette raison d'évidence que celui-ci n'a pas de droit de propriété su celui-là* ». Les auteurs qualifient alors le contrat de communication de savoir-faire de contrat d'entreprise. De la même manière, on peut admettre que l'information puisse être l'objet de ce contrat d'entreprise. C'est le cas dans les contrats liant les agences de presse aux organes de presse.

¹¹⁴⁴ Le terme est, en effet, susceptible de plusieurs acceptions. L'information peut être définie comme un renseignement (sens statique), ou comme l'action de renseigner quelqu'un sur quelque chose (sens dynamique). Si l'information a une valeur dans son sens statique, cette dernière peut être juridiquement confortée par son acception dynamique. En effet, si l'on refuse que l'information puisse être vendue, on admettra qu'elle puisse faire l'objet d'un contrat d'entreprise. Dans ce cas, la prestation caractéristique du contrat sera l'action d'informer. De même que la notion de vente de service, la vente d'information apparaît alors comme inutile, dans la mesure où, d'un point de vue économique, elle peut être obtenue grâce au contrat d'entreprise.

¹¹⁴⁵ www.freecycle.com

des biens de consommation. Les biens donnés sont généralement de faible valeur, ce qui permet d'exclure à la fois les règles de forme et les règles de fond du droit des libéralités, et, par conséquent, d'encourager ces échanges et la solidarité qu'ils peuvent exprimer.

722. ***Supports d'œuvres protégées*** <> La question est, en revanche, plus délicate lorsque les biens échangés sont des supports d'œuvres protégées. Il existe, en effet, des sites permettant à des amoureux de littérature de s'échanger des livres, cet échange passant par des dons¹¹⁴⁶. *A priori*, ces dons doivent pouvoir s'exercer librement. Ils constituent, en effet, des dons manuels, portant sur des biens de très faible valeur, ce qui devrait permettre de les qualifier de présents d'usage. Aucune condition de forme ne doit donc être exigée pour leur validité, et, évidemment, ces dons ne seront soumis ni au rapport ni à la réduction.

723.

§2 : LA FOURNITURE GRATUITE DE SERVICES AU SEIN DE LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE

724. Les communautés virtuelles sont, surtout, un lieu d'échange de services. Ces derniers peuvent être fournis en ligne (A) ou hors ligne (B).

A. Les fournitures de service en ligne

725. S'il n'est pas possible de se fournir directement des biens en ligne, il est, en revanche, possible de se fournir des services. Il sera, ainsi, possible que les internautes se fournissent en ligne des prestations de faire (1) et des prestations de mise à disposition (2).

¹¹⁴⁶ Voir, par exemple, www.bookcrossing.com

1. Prestations de faire

726. Les internautes, membres d'une même communauté virtuelle, peuvent se fournir trois types de service pouvant être qualifiés de prestations de faire. Ils peuvent s'échanger des informations (a), se donner des conseils (b), ou dépanner un ordinateur (c). Envisageons ces services gratuits en ligne.

a) l'information

727. **Fait juridique gratuit**<> Le service le plus couramment échangé en ligne, au sein des communautés virtuelles, est l'information. Cette dernière est, dans le cadre de forums de discussion ou de *chats*, fournie gratuitement, les internautes pouvant informer les membres de leurs communautés virtuelles de leur propre expérience, ou relayer une information parue dans la presse ou sur un site Internet.

Aucun contrat, et même aucun acte juridique ne se forme entre celui qui donne l'information et ceux à qui elle est destinée. On retrouve là de la gratuité dans un fait juridique. Ce dernier pourra donc, éventuellement, engager la responsabilité de l'auteur de l'information sur un fondement délictuel. Rappelons, à ce propos, que si la gratuité peut exister dans des faits juridiques (comme, par exemple, dans la gestion d'affaires ou le transport bénévole), la qualification gratuite n'a aucun impact sur le régime du fait juridique en question. En particulier, la personne qui commet une faute délictuelle en agissant bénévolement verra sa responsabilité engagée de la même manière que si elle avait agi dans l'intention de nuire, étant entendu que le préjudice subi par la victime doit être intégralement réparé.

728. **Application du régime de responsabilité de droit commun favorable à « l'informateur »**<> La fourniture gratuite d'informations dans la communauté virtuelle n'appelle donc pas de développement particulier relatif à la gratuité. On peut juste remarquer qu'elle sera, dans une certaine mesure, favorisée, car bénéficiant du régime de responsabilité délictuelle en matière de presse. Ce dernier, en effet, privilégie la liberté d'expression, assurée, de manière générale, par l'article 10 de la Convention Européenne

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par l'interdiction d'engager la responsabilité civile de l'émetteur de l'information, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, s'agissant des atteintes à la personne¹¹⁴⁷. Seuls pourront être reprochés à l'émetteur de l'information les abus de la liberté d'expression expressément prévus par des textes spéciaux, conformément à l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme : atteinte à la vie privée (article 9 du Code civil), diffamation ou injures (loi du 10 juillet 1881), propos incitant à la haine raciale ou négationnistes. En revanche, le dénigrement des produits d'une marque sera considéré comme fautif, de la même manière que lorsqu'il intervient dans un journal dont la diffusion se fait à titre onéreux.

b) les conseils

729. Il se peut également que des conseils soient prodigués en ligne, par exemple, des conseils médicaux¹¹⁴⁸ ou des conseils juridiques. Un juriste pourrait, par exemple, proposer une consultation gratuite à un membre de sa communauté virtuelle, par le biais de messages électroniques, dans le cadre d'un forum ou par courrier électronique. Là encore, on aurait du mal à qualifier la relation entre le conseil et le bénéficiaire de contractuelle. Il vaut mieux y voir un acte de complaisance¹¹⁴⁹. En effet, la personne qui fournit le conseil gratuitement ne souscrit aucune obligation, et, bien souvent, agit sous couvert d'anonymat. Le conseil doit donc être traité comme une information, et la personne le fournissant ne doit pas voir sa responsabilité engagée pour un mauvais conseil.

¹¹⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2005, publié au bulletin, pourvoi n° 03-13622 : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; - Attendu que les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte* ». Il en va autrement du dénigrement des produits ou des services fournis par un professionnel. Voir ainsi Civ. 2^{ème}, 7 oct. 2004, publié au bulletin, pourvoi n° 02-18995 ; Civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, 02-17588, publié au bulletin — E. DREYER, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D.2006.1337.

¹¹⁴⁸ Voir l'exemple donné par H. RHEINGOLD, *Les communautés virtuelles*, Addison-Wesley, 1995, p. 19.

¹¹⁴⁹ A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992, n°464 : « *dans les actes de complaisance, une personne accepte de rendre à une autre un service, mais sans penser qu'il puisse en résulter à sa charge un quelconque engagement* ». Cet acte procède bien d'un accord de volonté, ce qui le rapproche d'une convention non obligatoire, mais on peut se demander s'il est « *destiné à créer des effets de droit* ». Cf. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n°55.

Là encore, indirectement, la gratuité est favorisée par l'application du régime des faits juridiques.

c) le dépannage en ligne

730. Il est également possible qu'un internaute propose à un autre un dépannage en ligne, par exemple pour désactiver un virus. Il est, en effet, possible de prendre le contrôle d'un ordinateur à distance et d'effectuer un tel dépannage. Dans ce cas, il semble bien qu'il faille voir entre le dépanneur et le dépanné, un contrat d'entreprise gratuit. Dans la mesure où le dépanneur n'agit pas à titre professionnel, et dans la mesure où l'acte gratuit est causé par des liens d'amitié, fussent-ils virtuels, il faut certainement, de façon à encourager l'acteur de gratuité, n'engager la responsabilité du dépanneur que dans des cas limités. Aucune décision n'a été rendue sur cette question à notre connaissance, mais nous pouvons nous risquer à penser que la responsabilité du prestataire ne devrait être engagée que s'il a volontairement nui au bénéficiaire. Il en sera ainsi s'il a, au cours de l'opération, volontairement inoculé un virus ou un logiciel espion à l'ordinateur du dépanné, ou si, au cours de cette opération, il a copié des fichiers présents sur l'ordinateur. En dehors de ces cas, il semble inconcevable d'engager sa responsabilité (notamment s'il ne réussit pas à dépanner l'ordinateur). Le prestataire de service agissant gratuitement au sein d'un groupe solidaire doit, en effet, bénéficier d'une exonération maximale de sa responsabilité civile.

2. Prestations de mise à disposition

731. Il est également possible de fournir, en ligne, des prestations de mise à disposition. Ainsi, le partage des fichiers dans les systèmes de *Peer to Peer*, passent par une mise à disposition de la mémoire de l'ordinateur au profit des autres utilisateurs du site. De la même manière, il existe des programmes de partage de la puissance de calcul des ordinateurs, par exemple pour déchiffrer les ondes radios à la

recherche...d'intelligence extraterrestre¹¹⁵⁰. Ce phénomène s'explique, entre autres, par la notion de bien non-rival : la bande passante et la puissance de calcul des ordinateurs sont nettement supérieures aux besoins des utilisateurs, et l'utilisation de ces « biens » par des tiers ne nuit pas à l'utilisation de l'ordinateur par son propriétaire.

Il faut se demander comment qualifier cette mise à disposition. Est-elle fournie en exécution d'un contrat ? Dans ce cas, il faudra y voir une forme un peu particulière de prêt à usage, un prêt sans dépossession : en effet, si le propriétaire de l'ordinateur prête quelque chose, il s'agit non pas de sa machine, mais de ses fichiers, qui sont immatériels, ce qui exclut toute dépossession. Plus vraisemblablement, il faudra y voir un simple acte de complaisance : le propriétaire de l'ordinateur accepte qu'un tiers se serve de sa machine, mais sans s'engager. Cette qualification doit être préférée. En effet, si le prêt à usage est reconnu comme un contrat, c'est principalement pour obliger l'emprunteur à restituer le bien prêté. De façon plus générale, si les actes à titre gratuit sont considérés comme des contrats, c'est pour protéger la propriété. Mais il est possible de considérer le service gratuit en dehors de la sphère contractuelle. C'est du reste le cas de la *common law*, pour laquelle la *consideration* est une condition de fond de l'existence d'un contrat.

Dès lors, si l'on considère ces mises à disposition gratuites comme des actes de complaisance, il faudra reconnaître à l'acteur de gratuité la possibilité de se dégager des programmes de mise en commun des puissances de calcul, sans préavis. L'acteur de gratuité ne peut être encouragé à agir gratuitement que s'il peut mettre un terme, à tout moment, au service fourni.

Mais les liens virtuels élaborés en ligne peuvent être le mobile de fournitures de services qui pourront trouver à s'exercer hors ligne.

¹¹⁵⁰ *De l'open source aux ondes radio*, The Economist, article publié dans Courrier International, n° 800, 2 mars 2006.

B. Les fournitures gratuites de service hors ligne

732. Les membres d'une même communauté virtuelle peuvent, par ailleurs, être amenés à se fournir gratuitement des services en dehors de leur espace virtuel. Il est alors évident que toutes les règles relatives aux contrats de service gratuits, favorables à l'acteur de gratuité, doivent s'appliquer. Ces règles, qui ont pour cadre implicite les relations amicales, doivent, à l'évidence, s'appliquer entre des personnes appartenant à une même communauté virtuelle, et dont la relation peut être qualifiée d'amicale ; sauf, bien sûr, si le prestataire est un professionnel et le bénéficiaire un consommateur.

733. **Conclusion de la Sous-Section 2**<> Les communautés virtuelles peuvent être le lieu de fournitures gratuites de biens ou de services. Dans les deux cas, il est possible de les encourager. Plus précisément, en matière de services, l'encouragement de la gratuité passera par la qualification d'acte de complaisance, étant entendu que, pour le prestataire bénévole, le régime de l'acte de complaisance est bien plus favorable que celui du contrat, dans la mesure où il n'est débiteur d'aucune obligation et ne doit répondre que de sa faute délictuelle.

734. **Conclusion de la section 1**<> Les communautés virtuelles peuvent être considérées comme des groupes solidaires, assimilables à des groupes amicaux, au sein desquelles la gratuité doit, par conséquent, être favorisée, afin d'encourager la solidarité privée. Les acteurs de gratuité, qu'ils fournissent des biens ou des services, en ligne ou hors ligne, à des membres de leur communauté, doivent donc bénéficier de toute l'indulgence du droit, notamment en matière de responsabilité civile, comme c'est le cas, en principe, en matière de gratuité.

Cependant, la communautarisation de la société et de l'économie, à laquelle nous assistons en ce début de XXI^{ème} siècle, aboutit à la constitution de groupes de plus en plus importants. Or, si les échanges gratuits intra-groupe peuvent se révéler favorables aux membres des communautés, il se peut qu'ils nuisent aux droits des tiers, qu'il s'agisse du fisc, des concurrents, ou des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Plus précisément, la gratuité au sein de la communauté virtuelle peut être considérée comme un danger pour les auteurs d'œuvres de l'esprit.

SECTION 2 : LA GRATUITÉ DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE, NOUVEAU DANGER POUR LES TIERS : L'EXEMPLE DU DROIT D'AUTEUR

735. ***Les progrès de « l'ère du numérique »***<> La numérisation permet de transformer en fichiers informatiques toutes les informations. L'écrit, les sons, les images, et bientôt les odeurs, peuvent être stockés dans la mémoire d'un ordinateur, reproduits, et transmis sur des réseaux. Ce progrès technologique et économique majeur se mesure tous les jours un peu plus. C'est ainsi que la diffusion en numérique de la radio et de la télévision devrait condamner, à terme, la diffusion analogique par ondes hertziennes¹¹⁵¹. C'est ainsi, également, qu'il est désormais possible de prendre des photos avec des téléphones portables, et de les envoyer par courrier électronique. C'est ainsi, enfin, que les étudiants peuvent accéder à des revues scientifiques depuis leur domicile, sans avoir à se préoccuper des heures et des jours d'ouverture des bibliothèques universitaires. Le progrès est considérable : il est désormais possible d'accéder à la plupart des informations depuis n'importe quel endroit de la planète, à n'importe quelle heure du jour ou de la nuit. Les contraintes physiques sont repoussées, les carcans administratifs annihilés.

736. ***La contrefaçon facilitée***<> Le tableau n'est pourtant pas si rose. Si les technologies numériques constituent, à n'en pas douter, un très grand progrès, elles facilitent certains comportements délictueux¹¹⁵². En particulier, la contrefaçon d'œuvres de l'esprit résultera aisément de la duplication de fichiers, éventuellement par l'intermédiaire de logiciels de partage de fichiers.

737. ***La question des limites du « cercle de famille »***<> Nous avons vu que, conformément à la tendance du droit à favoriser la gratuité au sein du groupe solidaire, le droit de représentation de l'auteur ne saurait s'opposer à la représentation privée et gratuite

¹¹⁵¹ Voir ainsi la présentation de la TNT, la télévision numérique terrestre, sur le site de la Direction du développement des médias (www.ddm.gouv.fr/rubrique.php3?id_rubrique=35) : « à terme, la TNT a vocation à se substituer à la diffusion analogique ».

¹¹⁵² Sur toutes les conséquences du numérique, voir L. SORBIER, *Quand la révolution numérique n'est plus virtuelle*, Esprit, mai 2006, p. 121, et, plus largement, tout le numéro du mois de mai 2006 de cette revue, intitulé *Que nous réserve le numérique ?*

de l'œuvre au sein du cercle de famille¹¹⁵³. De la même manière, l'article L.122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'auteur ne saurait interdire « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». Une application du principe selon lequel la gratuité devrait être favorisée au sein du groupe solidaire devrait alors nous conduire à admettre la validité des duplications gratuites d'œuvres réalisées au sein d'une communauté virtuelle. On peut se demander si une telle solution heurterait véritablement le droit de la propriété littéraire et artistique (Sous-Section 1). Mais à cette question juridique le législateur a sans doute apporté une réponse technique, en autorisant les mesures techniques de protection limitant la possibilité de copier des œuvres (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA REPRODUCTION GRATUITE DES ŒUVRES DE L'ESPRIT EN QUESTION

738. Les membres d'une même communauté virtuelle ont-ils le droit de s'échanger gratuitement des œuvres protégées par le droit d'auteur ? La question est toujours d'actualité. En effet, s'il semble désormais établi que de tels échanges sont interdits sur les réseaux dits de *peer to peer*¹¹⁵⁴, qui ne sauraient être considérés comme des communautés virtuelles (§1), la question reste entière, dans la mesure où les échanges de fichiers protégés par le droit d'auteur peuvent être réalisés par d'autres moyens techniques, comme les courriers électroniques ou les logiciels de messagerie instantanée, qui, eux, sont, en principe, utilisés entre membres d'une même communauté virtuelle. Nous verrons alors qu'il est certainement possible de conclure à la validité des communications gratuites d'œuvres de l'esprit au sein des communautés virtuelles (§2).

¹¹⁵³ Art. L.122-5, 1° CPI

¹¹⁵⁴ En français, de pair à pair. Il s'agit de logiciels de partages de fichiers permettant aux personnes connectées de s'échanger des fichiers musicaux (mp3), des images ou des films (divX).

§1 : LA PROHIBITION DES COMMUNICATIONS GRATUITES DE FICHIERS PROTÉGÉS SUR LES RÉSEAUX *PEER TO PEER*

739. **Contrefaçon et gratuité**<> Le droit de la propriété littéraire et artistique confère à l'auteur un monopole quant à la reproduction de l'œuvre. Il est donc interdit à toute personne de reproduire une œuvre sans le consentement de l'auteur ou du cessionnaire du droit de reproduction (éditeur par exemple). La reproduction illicite de l'œuvre est constitutive du délit de contrefaçon, comme toute utilisation non autorisée d'une œuvre¹¹⁵⁵. *A priori*, les échanges de fichiers supports d'œuvres protégées devraient donc être considérés comme des contrefaçons, punies, sur le fondement des articles L.335-2 et L.335-4 du Code de la propriété intellectuelle, de trois ans d'emprisonnement et trois cent mille euros d'amende.

La question a cependant pu se poser de l'influence de la gratuité sur la constitution du délit. Le fait que la communication de l'œuvre se fasse à titre gratuit permet-il d'échapper à l'incrimination ? Les personnes poursuivies pour contrefaçon ont tenté de se prévaloir de la gratuité pour être relaxées. Cependant, les tribunaux n'ont pas été sensibles à cet argument, et considèrent que même lorsque la communication de l'œuvre se fait gratuitement sans autorisation, le délit de contrefaçon est constitué¹¹⁵⁶. En effet, si la mauvaise foi est présumée en matière de contrefaçon, le fait que la communication de l'œuvre par le contrefacteur ait été réalisée à titre gratuit ne permet pas d'établir sa bonne foi. De toute façon, l'article L.335-4 du Code de la propriété intellectuelle ne laisse subsister aucun doute, puisqu'il prohibe « *toute fixation, reproduction, communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit*¹¹⁵⁷, ou toute télédiffusion d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, réalisée sans l'autorisation, lorsqu'elle est exigée, de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes ou de l'entreprise de communication audiovisuelle ».

¹¹⁵⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°1215.

¹¹⁵⁶ TGI Saint-Étienne, 6 déc. 1999, JCP E 2000, chr. Droit de l'internet, obs. Bruguière ; RIDA 2000, n°184, p. 389, obs. Kéréver, Comm. Com. Électr. 2000, comm. 76, obs. Caron : « *Le fait de reproduire et de diffuser, même à titre gratuit, des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des titulaires de droits constitue une contrefaçon au sens de l'art. L.335-4 CPI* ».

¹¹⁵⁷ Nous soulignons.

740. La gratuité n'ayant donc aucune influence sur la qualification de contrefaçon, la plus grande sévérité pourrait donc être attendue à l'encontre des personnes se livrant à des échanges de fichiers sur les réseaux *peer to peer*. La question a été largement débattue et controversée avant l'adoption de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) (A). Cette dernière devait, dans le texte voté par le parlement, incriminer expressément ces comportements, en les considérant comme des contraventions et non plus comme des délits. Cependant, les dispositions relatives aux échanges de fichiers sur les réseaux de *peer to peer* ont été invalidées par le conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 2006, si bien que le régime applicable demeure celui construit laborieusement par la jurisprudence avant la promulgation de la loi¹¹⁵⁸ (B).

A. Les débats jurisprudentiels antérieurs à la loi DADVSI

741. **Présentation du « *peer to peer* »**<>Les logiciels de partage de fichiers de pair à pair ou *peer to peer* permettent aux personnes connectées à l'Internet de s'échanger leurs fichiers. Ils permettent ainsi la constitution d'un réseau d'échange et de partage de fichiers, chaque internaute connecté pouvant proposer ses fichiers aux autres personnes connectées en même temps que lui. Il est ainsi possible de proposer aux autres internautes ses propres textes, enregistrements vidéo ou sonores, ou ses photos. Mais les internautes connectés peuvent aussi s'échanger des reproductions d'œuvres protégées par le droit d'auteur (vidéogrammes, phonogrammes, logiciels). Le partage de fichiers présente le grand avantage, pour ceux qui s'y prêtent, de ne pas déposséder l'émetteur, puisqu'il s'opère par une copie de l'œuvre. Le partage suppose donc l'intervention de deux personnes : l'émetteur, qui met un fichier en ligne, et le récepteur, qui le télécharge. La mise en ligne (upload), doit donc bien être distinguée de la réception (download). Si la première a toujours été considérée comme illicite (1), la question de la validité de la seconde a provoqué de vifs débats (2).

¹¹⁵⁸ C. CASTETS-RENARD, *La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006*, D.2006.2157 — G. KESSLER, *Le peer to peer dans la loi du 1^{er} août 2006*, D.2006.2167

1. L'illicéité incontestée de l'émission non autorisée des exemplaires d'une oeuvre

742. L'émission non autorisée d'exemplaires d'une oeuvre en ligne est constitutive du délit de contrefaçon. La jurisprudence est unanime à y reconnaître l'élément matériel de cette infraction (a), mais certaines décisions marginales ont pu faire preuve de souplesse dans la caractérisation de son élément moral (b).

a) émission de fichiers et élément matériel du délit de contrefaçon

743. La jurisprudence qualifie l'acte de téléchargement en émission¹¹⁵⁹ (*upload*) de contrefaçon. Ainsi, dans une décision du 21 avril 2005, le Tribunal de Grande Instance de Meaux a condamné quatre jeunes gens pour avoir téléchargé des oeuvres musicales sur Internet et les avoir proposées aux autres internautes¹¹⁶⁰, estimant que « *cette mise à disposition par télédiffusion d'œuvres dont ils ne détenaient pas les droits [était] constitutive d'un délit de contrefaçon prévu à l'article L.335-4 du Code de la propriété intellectuelle* ». De la même manière, le Tribunal de Grande Instance du Havre s'est fondé sur le fait que l'internaute poursuivi avait émis des fichiers grâce à un logiciel de partage pour le condamner¹¹⁶¹. Il ne fait aucun doute, en effet, que l'acte de téléchargement par émission de fichiers protégés constitue une contrefaçon. On peut ainsi y voir une télédiffusion de l'oeuvre, portant atteinte au droit de représentation de l'auteur, expressément prohibée par l'article L.335-4 du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁶² ou bien, plus vraisemblablement, une mise à disposition du public, également visée dans ce dernier texte¹¹⁶³. L'émetteur met, en effet, ses fichiers à disposition des autres internautes, pour leur permettre de procéder à une copie de l'oeuvre en la téléchargeant. Si l'élément matériel du délit de contrefaçon, dans la rédaction des textes antérieure à l'adoption de la

¹¹⁵⁹ A. SINGH, *Réseaux peer-to-peer, Essai de qualification de l'acte de téléchargement en émission (uploading)*, RLDI nov. 2005, 301.

¹¹⁶⁰ TGI Meaux, 3^{ème} ch., 21 avril 2005, Comm. Com. Électr. 2005 comm. 111, obs. Caron ; RLDI juill. août 2005.183, note Thoumyre.

¹¹⁶¹ TGI Le Havre, 20 sept. 2005, RLDI déc. 2005.305 note Macrez.

¹¹⁶² En ce sens, TGI Pontoise, 2 févr. 2005, Comm. Com. Électr. 2005, comm. 35, obs. Caron

¹¹⁶³ En ce sens, A. SINGH, chr. préc.

loi DADVSI, est, à l'évidence, constitué par l'acte de téléchargement par émission, il convient de s'interroger sur son élément moral.

b) émission de fichiers et élément moral du délit de contrefaçon

744. Si l'émission de fichiers protégés constitue à l'évidence l'élément matériel du délit de contrefaçon, certaines juridictions se sont interrogées sur la présence de l'élément moral du délit. En effet, les logiciels de *peer to peer* sont souvent programmés de façon à ce que tout fichier reçu se retrouve, automatiquement, sur l'ordinateur du récepteur, dans un dossier intitulé « *fichiers partagés* », accessible aux autres internautes connectés, et ce dès le début de la réception. Ainsi, toute personne téléchargeant un fichier en réception émet automatiquement le fichier reçu, sauf si elle a pu configurer le logiciel de façon à ce que les fichiers reçus soient orientés vers un autre dossier présent sur l'ordinateur, inaccessible aux autres utilisateurs du réseau.

Il est donc possible d'émettre des fichiers piratés sans le vouloir, et certaines décisions de justice ont pu être sensibles à la bonne foi d'internautes ne sachant pas qu'ils avaient émis des fichiers. Une illustration de cette démarche nous est donnée par une décision du Tribunal de Grande Instance de Paris du 8 décembre 2005¹¹⁶⁴. Dans cette banale affaire, un internaute avait téléchargé (en réception) 1663 fichiers sur le logiciel de *peer to peer* *Kazaa*. Identifié grâce à son adresse IP, il avait été déféré devant le tribunal correctionnel pour contrefaçon. Il fut relaxé, le tribunal ayant retenu sa bonne foi, estimant que « *la loi pénale est d'interprétation stricte ; qu'il n'existe aucune présomption de mauvaise foi du fait du recours à un logiciel de partage ni aucune présomption de refus d'autorisation de mise en partage des ayants droits d'œuvres musicales ; que ce type de logiciel permet également d'accéder à des fichiers d'œuvres tombées dans le domaine public, autorisées par leurs ayants droits ou libres de droits* » ; « *qu'en procédant au téléchargement de fichiers musicaux le prévenu a seulement placé une copie des œuvres dans des répertoires partagés accessibles à d'autres utilisateurs* ». Ainsi, selon les juges parisiens, la réception

¹¹⁶⁴ TGI Paris (31^{ème} ch.), 8 déc. 2005, D.2006.933 note Castets-Renard.

de fichiers protégés est licite car l'internaute peut ignorer que les fichiers sont protégés¹¹⁶⁵. Mais leur émission, consécutive au placement automatique du fichier dans un répertoire accessible aux autres internautes connectés, l'est également.

Implicitement, le TGI de Paris semble donc considérer que l'émission peut ne pas être volontaire de la part du prévenu, et que, par conséquent, sa mauvaise foi n'est pas établie, ce qui suffirait à écarter l'élément moral de l'infraction de contrefaçon.

745. ***Une solution marginale et contestable***<> Une telle solution est marginale. La plupart des personnes émettant des fichiers protégés grâce à des logiciels de *peer to peer* sont, en effet, condamnées sur le seul fondement de l'émission¹¹⁶⁶, ce qui est conforme au droit commun de la contrefaçon, selon lequel la présence de l'élément matériel du délit fait présumer la mauvaise foi du contrefacteur¹¹⁶⁷.

Ainsi, malgré quelques décisions en sens contraire, l'émission de fichiers protégés par le droit d'auteur, sur les réseaux *peer to peer*, était, avant la loi DADVSI, constitutive de contrefaçon.

2. L'illicéité controversée de la réception non autorisée des exemplaires d'une œuvre

746. ***La réception de fichiers piratés, une copie privée ?***<> Curieusement, s'il ne faisait aucun doute que l'émission de fichiers protégés constituât une infraction, les dernières décisions rendues par les juges du fond pouvaient laisser croire que la réception de tels fichiers, le fait de les télécharger en en faisant une copie sur son disque dur, était parfaitement valable. C'est ainsi qu'un étudiant aveyronnais avait pu être relaxé par le Tribunal correctionnel de Rodez¹¹⁶⁸, puis par la Cour d'appel de Montpellier¹¹⁶⁹, après

¹¹⁶⁵ Ce qui conduit, de façon très contestable, à présumer la renonciation aux droits d'auteur (C. CASTETS-RENARD, note préc.).

¹¹⁶⁶ TGI Le Havre, 20 sept. 2005, RLDI déc. 2005, 305, note Macrez ; TGI Meaux, 21 avril 2005, Comm. Com. Émectr. 2005 comm. 111, obs. Caron.

¹¹⁶⁷ En ce sens, C. CASTETS-RENARD, note préc.

¹¹⁶⁸ TGI Rodez, 13 oct. 2004, D.2004.3132 note Larrieu.

avoir été poursuivi pour avoir téléchargé de nombreux films sur des réseaux *peer to peer*. Ces deux juridictions estimaient, en effet, que le fait de télécharger en réception (*downloading*) un fichier protégé par le droit d'auteur constituait une copie privée, dès lors qu'elle était réservée à l'usage privé du copiste.

Plusieurs textes soustraient, en effet, la copie privée au monopole de l'auteur. L'article L.122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle affirme ainsi que l'auteur ne peut interdire « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». L'article L.211-3, 2° pose une restriction identique en matière de droits voisins. Mais si les auteurs et les artistes interprètes ne peuvent s'opposer à la copie privée, ils perçoivent une rémunération à son titre, organisée par les articles L.311-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

747. **Contestation de la qualification de copie privée**<> Pouvait-on vraiment estimer que le téléchargement d'œuvres sur Internet constituât une copie privée ? On aurait très bien pu contester l'usage strictement privé de la copie, dans la mesure où les logiciels de partage de fichiers sont configurés de telle manière qu'à peine téléchargés, les fichiers se retrouvaient dans le dossier « fichiers partagés » et donc immédiatement proposés aux autres utilisateurs¹¹⁷⁰. Néanmoins, c'est sur un autre plan que la critique a porté. En effet, selon certains auteurs¹¹⁷¹, la copie privée autorisée par l'article L.122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle ne pourrait être réalisée qu'à partir d'une source licite. Or, dès lors que l'émission d'un fichier est contrefaisante, la copie réalisée à partir de ce fichier ne saurait être licite, et pourrait constituer un recel de contrefaçon¹¹⁷². Si cette idée a pu être

¹¹⁶⁹ Montpellier, 10 mars 2005, D.2005.1294, note Kessler ; RLDI mai 2005.133 note Sirinelli et M. Vivant, cassé par Crim. 30 mai 2006, n°05-83335 — C. MANARA, *Téléchargezr des fichiers au contenu protégé n'est pas illégal !*, D.2004.834..

¹¹⁷⁰ F. MACREZ, *Les pirates en galère*, note ss. TGI Le Havre 20 sept. 2005, RLDI dec. 2005.305 — C. CASTETS-RENARD, note ss. TGI Paris 8 déc. 2005, D. 2006.933 : « *même si l'internaute qui télécharge refuse l'accès aux fichiers de son ordinateur, il met à disposition les fichiers qu'il télécharge, ne serait-ce qu'une fraction de seconde, dans l'hypothèse où il vide immédiatement son dossier de fichiers en cours de téléchargement* ».

¹¹⁷¹ Ch. CARON, obs. ss. TGI Meaux, 21 avril 2005, Comm. Com. Électr. juillet-août 2005, comm. 111 — Ch. GEIGER, *L'avenir des exceptions au droit d'auteur*, JCP 2005.I.186 — A. LATREILLE, *La copie privée démythifiée*, RTD Com. 2004.403.

¹¹⁷² Voir, pour une telle qualification retenue à l'encontre de l'ami d'un « pirate » qui avait été retrouvé en possession de plusieurs cédéroms contrefaits et de logiciels contrefaits sur son disque dur, Paris, 13^{ème} ch. corr., 20 janvier 2000, Juris-Data n° 2000-111542.

contestée en doctrine¹¹⁷³, elle pourrait finir par triompher en jurisprudence¹¹⁷⁴. L'adoption de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information devait clarifier ce débat. Le conseil constitutionnel en a décidé autrement.

B. La répression législative avortée par le Conseil constitutionnel

748. Le législateur a voulu profiter de la transposition de la directive communautaire du 22 mai 2001, relative à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, pour régler le problème des téléchargements d'œuvres de l'esprit sur les réseaux de *peer to peer*. Suite à des débats très vifs à l'Assemblée Nationale, largement relayés par la presse généraliste, le texte proposé par le ministre de la culture a néanmoins été adopté, après déclaration d'urgence et réunion d'une commission mixte paritaire. Le texte adopté le 30 juin 2006 prévoyait ainsi une répression spécifique pour les téléchargements sur les réseaux de *peer to peer*, prévoyant l'instauration d'une contravention (1). Cependant, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition dans sa décision du 27 juillet 2006 (2). Il convient donc, pour connaître le régime du *peer to peer* suite à l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2006, de faire une synthèse des solutions rendues par la jurisprudence en la matière (3).

¹¹⁷³ J. LARRIEU, note ss. TGI Rodez, D. 2004.3132 — Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites du droit d'auteur*, Comm. Com. Électr. nov. 2005.37 — P. SIRINELLI et M. VIVANT, *Arrêt de Montpellier du 10 mars 2005 : ce n'est pas le Peyrou !*, RLDI mai 2005.133.

¹¹⁷⁴ L'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier (préc. note 1169) a ainsi été cassé par Crim. 30 mai 2006, n°05-83.335. La chambre criminelle reproche à la Cour d'appel de Montpellier un défaut de motifs, pour ne pas avoir répondu « *aux conclusions des parties civiles qui faisaient valoir que l'exception de copie privée prévue par l'article L.122-5, 2°, du Code de la propriété intellectuelle, en ce qu'elle constitue une dérogation au monopole de l'auteur sur son œuvre, suppose, pour pouvoir être retenue, que sa source soit licite et nécessairement exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires de droits sur l'œuvre concernée* ». On peut donc s'attendre à ce que le débat porte sur la question de la licéité de la source de la copie privée devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, désignée comme cour de renvoi.

1. La répression du téléchargement d'œuvres protégées sur les réseaux de peer to peer dans la loi adoptée par le parlement

749. L'Assemblée Nationale et le Sénat ont adopté, le 30 juin 2006, le projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, transposant la directive n°2001/29 CE du 22 mai 2001. Son article 24 prévoyait d'insérer, dans le chapitre du Code de la propriété intellectuelle relatif au délit de contrefaçon, un article L.335-11 énonçant :

« Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables à la reproduction non autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin et mis à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair.

« Elles ne s'appliquent pas non plus à la communication au public, à des fins non commerciales, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme au moyen d'un service de communication au public en ligne, lorsqu'elle résulte automatiquement et à titre accessoire de leur reproduction dans les conditions visées au premier alinéa.

« Les actes visés aux deux premiers alinéas constituent des contraventions prévues et réprimées par décret en Conseil d'État ».

750. Deux enseignements pouvaient être immédiatement tirés de ce texte. Tout d'abord, le téléchargement, en émission comme en réception, ne pouvait plus être considéré comme constitutif du délit de contrefaçon. Il est vrai que les peines d'emprisonnement, légitimes lorsque le contrefacteur poursuit un objectif commercial, peuvent paraître abusives lorsqu'il s'agit de particuliers désirant copier le dernier morceau de leur idole pour l'écouter dans l'intimité de leur foyer. La poursuite devant le tribunal correctionnel confine, en la matière, au ridicule, surtout si l'on risque la comparaison avec nombre d'infractions certainement beaucoup plus graves qui, même lorsqu'elles sont constatées et leurs auteurs identifiés, ne sont pas poursuivies. Ensuite, le téléchargement, en émission comme en réception, devait être clairement prohibé, et faire l'objet d'une

contravention qui devait être d'un montant plus élevé pour l'émission que pour la réception¹¹⁷⁵.

Le conseil constitutionnel a néanmoins décidé de censurer cette disposition.

2. La censure par le conseil constitutionnel

751. Dans sa décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, le conseil constitutionnel a censuré l'article 24 de la loi DADVSI, considérant « *qu'au regard de l'atteinte portée au droit d'auteur ou aux droits voisins, les personnes qui se livrent, à des fins personnelles, à la reproduction non autorisée ou à la communication au public d'objets protégés au titre de ces droits sont placées dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair à pair ou d'autres services de communication au public en ligne ; que les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition contestée ; que, dès lors, l'article 24 de la loi déférée est contraire au principe de l'égalité devant la loi pénale ; qu'il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, de le déclarer contraire à la Constitution* ».

En effet, les échanges d'œuvres protégées, au moyen de techniques autres que le *peer to peer*, n'étaient pas concernés par cette dépénalisation partielle. Ainsi, les comportements consistant à scanner des radios émettant sur Internet, à envoyer des fichiers piratés par courrier électronique, ou par le biais de logiciels de messagerie électronique n'étaient pas concernés par la disposition censurée. Or, l'utilisation de certaines de ces techniques, non concernées par l'article 24 de la loi, pour reproduire des fichiers protégés, est moins grave

¹¹⁷⁵ Les internautes pourraient se réjouir d'un éventuel délai entre la promulgation de la loi et l'adoption du décret sanctionnant le téléchargement. En effet, pendant ce laps de temps, le téléchargement ne pourra plus être poursuivi devant les juridictions correctionnelles, l'élément légal du délit de contrefaçon ayant disparu, et pas encore devant le tribunal de police. À dire vrai, on ne peut que rester dubitatif devant la méthode employée dans la présente loi. En effet, l'article 34 de la constitution donne compétence au législateur pour fixer les règles concernant la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables. L'article 37, de son côté, prévoit que les matières qui ne sont pas de la compétence du législateur ont un caractère réglementaire. Dès lors, l'instauration de nouvelles contraventions ne saurait être décidée par le législateur sans violer ouvertement la constitution ; par ailleurs, si le gouvernement décide d'instaurer de telles contraventions, on ne saurait, sous peine là encore d'empiéter sur ses pouvoirs, y voir une application de la loi. Dès lors, tant que le décret réprimant le téléchargement sur internet ne sera pas publié, ce dernier sera intégralement licite, en émission comme en réception.

que l'utilisation des logiciels de *peer to peer*, puisque la diffusion y est moins importante. Or la reproduction non autorisée d'œuvres de l'esprit par les techniques autres que le *peer to peer* devait constituer le délit de contrefaçon, alors que l'atteinte aux droits d'auteur par l'utilisation du *peer to peer* ne devait être sanctionnée que d'une simple contravention. La censure est donc logique.

3. Synthèse

752. Du fait de la censure de l'article 24 de la loi DADVSI par le conseil constitutionnel, il est concevable d'estimer que la violation des droits d'auteur par le biais de l'utilisation d'un logiciel de *peer to peer* est constitutive du délit de contrefaçon¹¹⁷⁶. Il en va très certainement ainsi de l'émission de fichiers protégés. Il est, par ailleurs, probable que la réception soit considérée comme contrefaisante. En effet, il semble que la copie privée ne puisse être admise lorsque sa source est une contrefaçon.

Les reproductions d'œuvres de l'esprit, sans l'autorisation de l'auteur ou du cessionnaire du droit de reproduction, sont donc interdites dans les réseaux de *peer to peer*, y compris lorsqu'elles se font gratuitement. Cette solution est parfaitement logique, dans la mesure où la contrefaçon consiste en la reproduction ou la représentation de l'œuvre sans l'accord de son auteur, indépendamment des liens entretenus entre le contrefacteur et le bénéficiaire de la contrefaçon, et indépendamment, en particulier, de la nature gratuite ou onéreuse de la relation les unissant.

Il est cependant impossible de qualifier les réseaux de *peer to peer* de communautés virtuelles. En effet, toute personne désirant se procurer des copies d'œuvres numérisées peut télécharger un logiciel d'échange de pair à pair et se connecter quand elle le souhaite, sans entretenir de liens quelconques avec les autres personnes connectées, et dans le plus grand anonymat. L'intérêt individuel des personnes connectées à de tels réseaux prime nettement sur une inclination commune que l'on a du mal à percevoir. Il est donc impensable de qualifier de tels réseaux de communautés virtuelles. La question de la

¹¹⁷⁶ G. KESSLER, *Le peer to peer dans la loi du 1^{er} août 2006*, D.2006.2167

validité des échanges de fichiers protégés par le droit d'auteur dans la communauté virtuelle reste donc entière.

§2 : LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DES ÉCHANGES GRATUITS DE FICHIERS PROTÉGÉS HORS DES RÉSEAUX *PEER TO PEER*

753. ***Diversité des techniques de fourniture de fichiers sur Internet***<> Les logiciels de partage de fichiers ne sont pas, loin de là, le seul moyen de s'échanger des œuvres en ligne. La loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information excluait, dans sa version votée par le parlement, les échanges de fichiers réalisés par ce biais là du délit de contrefaçon et prévoyait, pour cette modalité d'échange seulement, la création d'une contravention. L'article 24 de la loi DADVSI ayant été censuré, on peut remarquer que la question des échanges gratuits de fichiers protégés sur Internet n'est en rien modifiée par la loi promulguée le 1^{er} août 2006. On peut alors noter que certains moyens d'obtenir gratuitement de la musique en ligne resteront légaux, notamment les logiciels de type *Station Ripper*, qui scannent les stations de radio qui émettent sur l'Internet, et qui permettent, avec des moyens modernes, d'enregistrer la radio comme cela se faisait dans les premiers temps des radios FM¹¹⁷⁷, donc en effectuant une copie privée au sens de l'article L.122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle.

Mais d'autres moyens encore permettent de s'échanger des œuvres en ligne, entre personnes qui se connaissent, donc à l'intérieur d'une communauté virtuelle. Il est ainsi possible, notamment, d'envoyer des fichiers protégés par courrier électronique ou par le biais de logiciels de messagerie instantanée de type mIRC ou MSN Messenger. Il est également envisageable qu'un groupe d'amis mélomanes décide d'ouvrir une boîte à lettres électronique commune, sur laquelle chacun viendrait à tour de rôle déposer des morceaux et télécharger ceux laissés par les autres.

754. ***La copie dans la communauté virtuelle, copie privée ?***<> Ces modalités d'échange de fichiers protégés par le droit d'auteur ne sont pas prises en considération par la loi du 1^{er} août 2006, à l'instar du téléchargement sur les réseaux de *peer to peer*. Dès

¹¹⁷⁷ G. KESSLER, *Stationripper : une nouvelle menace pour le droit d'auteur*, D.2005.3016.

lors, une hésitation est permise sur leur qualification. On peut considérer qu'il s'agit de contrefaçon ou, bien au contraire, que les copies d'œuvres protégées réalisées par ces moyens techniques constituent des copies privées autorisées. Deux obstacles doivent être levés pour qualifier ces échanges gratuits de fichiers de copies privées : il faut admettre que la copie privée puisse être réalisée pour un autre que le seul copiste ou que la copie privée puisse résulter d'une mise à disposition à titre gratuit du support par son propriétaire (A), puis, question plus délicate, tracer les contours du groupe à l'intérieur duquel la copie privée sera admissible, sachant que les techniques de réunion du groupe devraient être sans conséquence sur l'admission de la copie privée (B).

A. L'admission de la copie privée pour autrui

755. ***Reproductions strictement réservées à l'usage du copiste***<> L'article L.122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle soustrait au monopole de l'auteur « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». *A priori*, seules sont visées les copies réalisées pour soi-même. La loi envisageant les copies « *strictement réservées à l'usage du copiste* », il semble possible d'en déduire que les copies pour autrui ne peuvent être qualifiées de copies privées. Dès lors, toute copie destinée à autrui serait contrefaisante.

756. ***Une approche trop rigoureuse de la copie privée***<> Une telle approche, très stricte, de l'exception de copie privée peut être contestée. Elle conduirait à admettre, par exemple, que l'acheteur d'un CD en fasse une copie pour l'écouter dans sa voiture, mais à refuser qu'il en fasse une pour sa femme ou ses enfants ou qu'il mette son support à disposition de ces derniers afin qu'ils le copient. Il faudrait donc que chaque membre d'une même famille désireux d'obtenir une copie de l'œuvre l'achète, ce qui, *de lege ferenda*, pourrait présenter l'inconvénient d'encourager un individualisme exacerbé.

757. ***Analogie entre la copie privée et la représentation gratuite dans le cercle de famille***<> *De lege lata*, il est également possible de plaider pour l'admission de la copie privée pour autrui. Il faut, à cet effet, rappeler que l'on distingue deux grands droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre : le droit de reproduction, qui lui permet de s'opposer à toute reproduction de l'œuvre par un tiers, et le droit de représentation, qui lui

permet de s'opposer à ce que son œuvre soit jouée sans son autorisation. Or la copie privée est présentée comme une exception¹¹⁷⁸ ou une limite¹¹⁷⁹ au droit de reproduction de l'auteur sur son œuvre. Il existe, de la même manière, une exception ou une limite au droit de représentation : l'auteur ne saurait interdire, au titre de l'article L.122-5, 1° du Code de la propriété intellectuelle, « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ». Ainsi, une personne qui achète un CD ou un DVD peut le diffuser gratuitement au sein de son cercle de famille sans être considéré comme un exploitant. Ne peut-on pas, alors, raisonner par analogie entre la copie privée et la représentation privée, et admettre que la copie puisse être effectuée librement au sein du cercle de famille ?

758. *Le droit d'auteur, monopole sur la communication de l'œuvre* <> Selon MM. GAUDRAT et SARDAIN¹¹⁸⁰, une telle analogie est, non seulement possible, mais, bien davantage, en cohérence parfaite avec les principes fondamentaux régissant le droit d'auteur français. Ainsi, par opposition au *copyright* anglo-saxon, qui est un monopole sur la copie¹¹⁸¹, le droit d'auteur à la française offrirait à son titulaire un monopole sur la communication de l'œuvre à un public, qu'elle soit directe, par la représentation, ou indirecte, par la reproduction. Dès lors, la représentation et la reproduction, parce qu'elles ont pour point commun d'être des formes de communication, doivent être traitées de manière identique. Par conséquent, si l'on admet la représentation privée et gratuite dans le cercle de famille, on doit admettre la reproduction privée et gratuite dans ce même cercle. Les cercles de famille sont considérés comme « des consommateurs collectifs »¹¹⁸² à l'intérieur desquels « les amateurs, se communiquant entre eux des œuvres protégées, ne

¹¹⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, n°761—L. THOUMYRE, *Peer-to-peer : l'exception pour copie prive s'applique bien au téléchargement*, RLDI juill.-août 2005.183 — G. KESSLER, *L'interprétation extensive de l'exception de copie privée* (note ss. Montpellier, 10 mars 2005), D.2005.1294 — Voir aussi TGI Paris, 5^{ème} ch., 10 janvier 2006, Que choisir c./ Sté Warner Music et autre, n°03/08874, www.droit-technologie.org, RLDI avril 2006.430, note Wéry et Van den Bulck.

¹¹⁷⁹ Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur*, Comm. Com. Électr. nov. 2005.37 — Ch. GEIGER, *L'avenir des exceptions au droit d'auteur*, JCP 2005.I.186.

¹¹⁸⁰ Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur*, Comm. Com. Électr. nov. 2005.37.

¹¹⁸¹ M. VIVANT, *Copier n'est pas jouer ?* RLDI mai 2005, p. 3 : « Décidément, la copie alimente fortement le débat sur la propriété intellectuelle – plus précisément le droit d'auteur et les droits voisins – dans sa confrontation avec les nouvelles technologies. C'est elle qui donne même son nom à ce cousin du droit d'auteur mal aimé ou trop adulé selon les inclinations des uns ou des autres : le copyright qui reconnaît au profit de son titulaire un droit de copier qui, en réalité, n'a d'intérêt que comme faculté ainsi affirmée d'interdire aux autres de copier ».

¹¹⁸² Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, chr. préc.

constituent pas un public les uns pour les autres »¹¹⁸³. Or le droit d'auteur, conférant à ce dernier un monopole sur la communication de l'œuvre au public, trouve ses limites à l'intérieur du cercle de famille, que ce soit en matière de communication directe (représentation) ou indirecte (reproduction)¹¹⁸⁴. En revanche, le bénéficiaire de la copie ne saurait lui-même la copier au profit d'un tiers au cercle de famille¹¹⁸⁵.

759. ***La protection de la vie privée, fondement de l'admission de la copie privée dans le cercle de famille***<> Un autre argument en faveur d'un traitement similaire des limites au droit de reproduction et au droit de représentation tient à leur *ratio legis*. En effet, si la représentation privée et gratuite dans le cercle de famille est autorisée, c'est parce qu'il serait particulièrement inconvenant, et certainement contraire au droit au respect de la vie privée, que le droit de la propriété intellectuelle s'immisce dans les chaumières pour voir qui est présent dans la maison lorsque le chef de famille écoute son opéra favori. Il n'est pas question, en effet, de permettre à des policiers ou à des représentants de sociétés de gestion des droits d'auteurs, autorisés à constater des infractions de contrefaçon, de pénétrer intempestivement dans l'intimité des familles pour faire respecter un droit d'auteur absolu au nom duquel tout accès à une œuvre devrait, de la part de son bénéficiaire, donner lieu à un paiement au profit de l'auteur ou de ses ayants-droits. Le détenteur légitime d'un support d'une œuvre de l'esprit doit pouvoir le visionner, le lire ou l'écouter en présence de ses proches.

Ces mêmes raisons justifieraient l'autorisation de la copie privée pour autrui. Il fut un temps, pas si lointain, où les mélomanes copiaient des œuvres sur cassettes audio, sans que cela n'émeuve personne. Une rémunération, à travers une taxe sur les supports vierges, a été instaurée pour pallier le manque à gagner pour les auteurs, reconnaissant ainsi la parfaite validité de telles copies. Que ces dernières fussent destinées au seul copiste ou à ses proches n'avait alors aucune espèce d'importance. De la même manière qu'il est impossible techniquement et inconcevable moralement d'interdire la représentation privée et gratuite d'une œuvre, il pouvait également paraître impossible et inconcevable d'empêcher la copie privée gratuite pour autrui. Ces arguments ont été utilisés par la Cour

¹¹⁸³ Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *ibid.*

¹¹⁸⁴ Voir également, pour l'analogie entre la représentation privée et la copie privée, A. LATREILLE, *La copie privée démythifiée*, RTD Com. 2004.403.

¹¹⁸⁵ Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *chr. préc.*

d'appel de Bruxelles, dans une décision rendue le 9 septembre 2005¹¹⁸⁶ qui, à propos de la copie privée, a rappelé que « *cette exception s'explique par le fait que l'atteinte aux droits d'auteur qu'entraîne la copie privée est négligeable et difficilement contrôlable, mais aussi par le droit au respect de la vie privée du bénéficiaire de l'exception ou encore par le principe de liberté de commerce et de l'industrie, notions étrangères au droit d'auteur* ».

760. **Droit communautaire**<> Le droit communautaire semble, relativement à cette question, plus ouvert que la lettre de l'article L.122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁸⁷. C'est ainsi que l'article 5.2 b) de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information autorise les États membres à prévoir des exceptions ou des limitations au droit de reproduction « *lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales* ». Il est notable que la directive ne limite pas la copie privée à l'usage du seul copiste¹¹⁸⁸, ce qui permet, là encore, d'admettre la copie privée pour autrui, au moins dans le cercle de famille.

Il est donc admissible que la copie privée puisse être destinée à autrui. Elle doit alors intervenir à titre gratuit, comme cela est prévu en matière de représentation privée. Cependant, une copie ne pourra être considérée comme privée que si elle intervient à l'intérieur d'un cercle dont les contours sont difficiles à établir avec certitude.

B. L'admission de la copie privée sur l'Internet

761. **Extension du « cercle de famille » aux amis**<> Si l'on admet que la copie privée peut, comme la représentation privée et gratuite, être effectuée au profit d'autrui, on doit, comme pour cette dernière limite au droit d'auteur, estimer que la copie doit être gratuite et effectuée au profit d'un membre du cercle de famille. Faut-il entendre

¹¹⁸⁶ www.droit-technologie.org — E. WERY et P. VAN DEN BULCK, *Copie privée des œuvres numériques : la jurisprudence française au milieu du gué*, RLDI avril 2006.430.

¹¹⁸⁷ Ch. VILMART, *Des droits du copiste, de Gutenberg à David Lynch*, JCP E 2005.1052.

¹¹⁸⁸ Ch. VILMART, chr. préc.

strictement cette notion, et estimer que seules sont valables les copies et les représentations d'œuvres effectuées au profit des membres de la famille du propriétaire du support ? À l'évidence, une telle solution est impensable. À l'instar du Professeur GAUTIER, nous pouvons estimer que « le mot ''famille'' doit s'entendre non point au sens strict de notre droit civil mais à celui d'intimité, de convivialité, qui se trouve renforcé par la gratuité : chacun se connaît et s'invite »¹¹⁸⁹, ce qui devrait permettre « de projeter des films à l'occasion des goûters de nos enfants, de diffuser de la musique à l'occasion de leurs ''soirées'', puis de leur mariage, etc. »¹¹⁹⁰. Si le cercle de famille s'étend donc vraisemblablement au cercle amical¹¹⁹¹, « sauf à jouer sur le mots, le cercle de famille ne peut recouvrir ni une association, ni un établissement d'enseignement, ni le personnel d'une entreprise, ni les patients ou le personnel d'un hôpital ou les détenus d'une prison »¹¹⁹².

762. **La communauté virtuelle, cercle de famille**<> Dès lors, s'il est possible de représenter une œuvre ou d'en faire une copie au profit de ses proches (famille et amis), on peut se demander si la communauté virtuelle constitue un cercle de famille à l'intérieur duquel de telles pratiques seraient admissibles. La question se pose d'autant plus que la représentation d'une œuvre par voie électronique permet, techniquement, à son bénéficiaire, d'en faire une copie. Surtout, la convivialité virtuelle peut passer par des échanges de fichiers, notamment musicaux. Dès lors que l'Internet est un lieu de rencontre, que des liens amicaux ou amoureux peuvent s'y tisser, dès lors, également, que des personnes intimes dans la vie « réelle » peuvent se retrouver sur l'Internet, passer des soirées à discuter par un logiciel de messagerie instantanée, éventuellement par l'intermédiaire d'une webcam, on doit admettre que ces personnes là puissent faire sur l'Internet tout ce qu'elles auraient le droit de faire si elles se rencontraient physiquement. Par conséquent, si la représentation privée et gratuite dans le cercle de famille est licite, si la copie privée et gratuite est également licite dans ce cadre là, il n'y a aucune raison de les admettre uniquement lorsque les membres du cercle se réunissent physiquement. Ces

¹¹⁸⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. Droit Fondamental, 5^{ème} éd. refondue, 2004, n°193.

¹¹⁹⁰ P.-Y. GAUTIER, *op. et loc. cit.*

¹¹⁹¹ Voir également en ce sens A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd., 2000, n°327 — C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 1999, n°238.

¹¹⁹² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Économica, 2005, n°879

mêmes limites au droit d'auteur devraient être admises lorsque les membres du cercle se réunissent virtuellement. D'un point de vue juridique, l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle ne distinguant pas selon que les membres du cercle se réunissent physiquement ou virtuellement, il n'y a pas lieu à opérer une telle distinction, sauf à considérer, sans aucun fondement juridique, que le droit d'auteur serait plus étendu sur l'Internet qu'en dehors.

Par ailleurs, la rencontre virtuelle est en train de devenir un fait social de grande ampleur, qu'il ne serait pas concevable de contrarier. L'Internet permet à des familles ou à des cercles d'amis éparpillés géographiquement de se parler et de se voir tous les jours. Dans un monde sans frontière dans lequel la mobilité est la clé de la réussite professionnelle, l'Internet apparaît comme le lieu intangible qui permet de rester en contact avec ses proches et, finalement, comme un contrepoids à la mobilité. Condamner les échanges de fichiers dans ce cadre là reviendrait à entraver la convivialité virtuelle, donc à lutter contre le lien social que cette technologie permet pourtant de conserver et de développer.

763. **Conclusion de la Sous-Section 1** <> Si les échanges de fichiers protégés par le droit d'auteur est illicite sur les réseaux de *peer to peer*, ce la ne signifie pas que de tels échanges soient prohibés dans les communautés virtuelles. Juridiquement, celui qui possède légitimement la copie d'un œuvre doit pouvoir la mettre à disposition de ses proches pour un téléchargement. Ceci est vrai pour les membres de la famille, pour les amis, comme pour les membres d'une même communauté virtuelle, c'est-à-dire pour des personnes rencontrées sur l'Internet, avec lesquelles l'émetteur entretient des relations qui, bien que virtuelles, contiennent un certain degré d'intimité. Personne, pas même le législateur ni le juge, n'a le droit d'établir une hiérarchie entre les amitiés virtuelles et les autres en rejetant les premières du cercle de famille visé à l'article L.122-5,1° du Code de la propriété intellectuelle. Le principe de faveur pour la gratuité au sein du groupe solidaire pourrait donc trouver là une nouvelle application. Ceci dit, il convient de remarquer qu'il ne pourrait s'appliquer qu'au sein d'un groupe par définition restreint, la communauté virtuelle, et non dans un groupe trop important, qui serait, par exemple, celui de tous les utilisateurs d'un logiciel de *peer to peer*. Il semble donc que le principe de faveur puisse survivre aux nouvelles formes de gratuité, mais à condition de limiter la taille du groupe solidaire auquel il s'applique.

Mais si, juridiquement, la mise à disposition d'une œuvre au profit d'un proche et son téléchargement par ce dernier doivent être considérés comme licites, la technique pourrait venir au secours des titulaires du droit de reproduction.

SOUS-SECTION 2 : L'AUTORISATION DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION EN RÉPONSE

764. Bien que probablement licites, les échanges de fichiers protégés par le droit d'auteur entre personnes proches devaient prochainement être rendus plus difficiles d'un point de vue technique. En effet, il est désormais possible aux éditeurs d'œuvres d'insérer dans les supports des mesures techniques de protection pouvant limiter, voire interdire, les possibilités de copier les fichiers en question. Si la question de la validité de ces mesures est aujourd'hui résolue (§1) ; leur admission traduit, outre la volonté de protéger les auteurs et leurs ayants droits, un réel choix de politique juridique (§2).

§1 : LA VALIDITÉ DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

765. La question de la validité des mesures techniques de protection s'est posée avant l'adoption de la loi DADVSI (A), qui la consacre désormais (B).

A. Une pratique controversée avant la loi DADVSI

766. **Opposition entre les auteurs et les consommateurs**<> L'insertion de mesures techniques de protection dans les supports numériques d'œuvres protégées a été le point de départ d'un contentieux nourri entre les thuriféraires de la protection des consommateurs et ceux des auteurs¹¹⁹³. Selon les premiers, le consommateur doit pouvoir

¹¹⁹³ Ch. CARON, *Le consommateur en droit d'auteur*, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245 et s. — A. LATREILLE, *Droit de la consommation et protections techniques : pas de deux à trois temps*, RLDI janv.2005.45 — F. SARDAIN, *Le public, le consommateur et les mesures techniques de*

jouer sans limite du bien qu'il a acquis, c'est-à-dire le support de l'œuvre, en allant éventuellement jusqu'à le copier. Pour les seconds, la technique doit permettre de résister au fléau du piratage à grande échelle, nuisible à la création artistique.

Si les mesures techniques de protection empêchent la copie de l'œuvre, elles en limitent aussi parfois son utilisation. Il est ainsi fréquent que des disques protégés contre la copie ne puissent être lus sur des ordinateurs ou des autoradios. Le consommateur l'ayant acquis peut alors se sentir légitimement floué, dans la mesure où il est possible qu'il ne puisse se servir du bien acheté. Les éditeurs ont alors pu être condamnés pour tromperie¹¹⁹⁴ ou sur le fondement de la garantie des vices cachés¹¹⁹⁵. Il est vrai que la mention « *copy protected* », seule présente, généralement, sur les supports protégés, signifie seulement que la copie du disque est impossible, ce qui ne laisse en rien présager d'une restriction dans l'usage du support. Une meilleure signalétique devrait permettre, à l'avenir, aux éditeurs et aux distributeurs d'échapper à de telles condamnations.

767. **Jurisprudence : l'affaire « Mulholland Drive »**<> Mais le débat s'est surtout focalisé sur l'impact direct des mesures techniques de protection sur la possibilité de copier, et donc sur la question de la validité de telles mesures. Si plusieurs affaires ont porté sur cette question¹¹⁹⁶, la plus célèbre est celle qui concernait le DVD du film de David LYNCH, *Mulholland Drive*. Les faits étaient très simples : un homme avait acheté le DVD sus-mentionné. Ce dernier était protégé par une mesure technique de protection contre la copie, ce qui était handicapant, dans la mesure où son propriétaire voulait en faire une copie sur cassette VHS pour pouvoir visionner le film chez ses parents, qui, visiblement, n'avaient pas la chance de posséder un lecteur de DVD. Mécontent, il intenta, conjointement avec une association de consommateurs, une action visant à faire interdire les mesures techniques de protection incompatibles avec le « droit » à la copie privée.

protection des œuvres, Comm. Com. Électr. 2004, Étude 12 — M. VIVANT et alii., *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2006, n°4507.

¹¹⁹⁴ TGI Nanterre, 24 juin 2003, CLCV c./EMI France, Comm. Com. Électr. com. 86, note Stoffel-Munck ; D.2003.2823, obs. Le Stanc, confirmé par Versailles, 30 sept. 2004, Juriscom.net obs. Rouja ; Comm. Com. Électr. 2004, comm. 163, obs. Grynbaum.

¹¹⁹⁵ TGI Nanterre, 2 sept. 2003, Françoise M. c./ EMI France, Auchan France, Propr. Intell. 2003, n°9, p. 389, obs. Sirinelli, p.464, obs. Bruguière et Vivant, Comm. Com. Électr. 2003.comm.108 note Grynbaum ; TGI Paris, 10 janvier 2006, Christophe R. et UFC Que Choisir c./ Sté Warner Music France et S.A. FNAC Paris, www.juriscom.net.

¹¹⁹⁶ Voir notamment TGI Paris, 10 janvier 2006, préc. note 1195.

Débouté en première instance¹¹⁹⁷, il obtint gain de cause devant la Cour d'appel de Paris¹¹⁹⁸, dont l'arrêt fut ensuite cassé par la première chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁹⁹.

L'existence d'un droit à la copie privée a été rejetée tant par le Tribunal de Grande Instance de Paris que par la Cour d'appel de Paris. Selon ces deux juridictions, la copie privée est seulement une exception au droit de reproduction de l'auteur sur son œuvre, mais, en aucun cas, il ne s'agit d'un droit subjectif du public à la copie privée. En revanche, là où le point de vue des différentes juridictions ayant connu de cette affaire diverge, c'est sur le point de savoir si l'exception de copie privée est valable au regard du « test des trois étapes » ou « triple test », que devrait passer, pour être admise, toute exception au droit d'auteur.

768. **Triple test**<> Le triple test, prévu par l'article 9.2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886, pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, modifiée par le traité de Paris du 24 juillet 1971, permet aux États signataires d'autoriser la reproduction des œuvres protégées, « *dans certains cas spéciaux* », « *pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Standard du droit international de la propriété littéraire et artistique, ce test des trois étapes a été repris dans la directive du 22 mai 2001. En effet, l'article 5.2 b) permet aux États membres de prévoir une exception pour copie privée, dont l'article 5.5 nous précise qu'elle ne peut être applicable « *que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». Certains commentaires ont pu laisser entendre que le test des trois étapes serait facultatif, et que, par conséquent, dans l'attente d'une transposition par le législateur français, il était impossible

¹¹⁹⁷ TGI Paris, 30 avril 2004, P. et UFC Que Choisir c./ SA Fils Alain Sarde, SA Universal Pictures Video France, Comm. Com. Électr. 2004, comm. 85, note Caron, JCP 2004.II.10135 note Geiger, JCP E 2004.1101 note Maillard, Légipresse 2004.III p. 148, note Vivant et Wercken.

¹¹⁹⁸ Paris, 22 avril 2005, RLDI 2005.135 note Melison (*Les oscillations du pendule ou le retour en grâce de la copie privée*), JCP E 2005.1052 note Vilmar (Des droits du copiste, de Gutenberg à David Lynch), D.2005.1482 note Sirinelli, D.2005.1573 note Castets-Renard, Comm. Com. Électr. 2005.comm. 98 nite Caron ; Légipresse 2005 n°227.III p. 233 note Vivant et Wercken.

¹¹⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, RLDI avril 2006.431 note Melison (*Mulholland Drive, deuxième virage et sortie de route pour la copie privée*), D. 2006 AJ 784 obs. Daleau, Comm. Com. Électr. avril 2006. comm. 56 obs. Caron, JCP 2006.II.10084 note A. Lucas, JCP E 2006, act. 148, obs. Vilmar, Prop. Ind. juill. 2006 comm. 61 note Schmidt-Szalewski.

de l'appliquer¹²⁰⁰. En réalité, l'exception pour copie privée est facultative, mais si elle est autorisée par le législateur national, alors elle doit impérativement respecter le test des trois étapes prévu à l'article 5.5 de la directive. La copie privée étant admise par la loi française, à l'article L.122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle, et la date limite de transposition de la directive étant passée, le juge a alors l'obligation d'interpréter le droit français à la lumière des directives non transposées¹²⁰¹, si bien que le test des trois étapes pouvait certainement être appliqué par le juge interne¹²⁰², ce dernier palliant la défaillance du législateur n'ayant pas transposé à temps. La question s'est alors posée de savoir si le test des trois étapes pouvait permettre de valider la copie privée d'un DVD, et si, par la suite, la mesure anti-copie devait ou non être interdite. C'est sur ce point que les décisions ont divergé, notamment s'agissant de la deuxième étape du test, selon laquelle les exceptions au droit d'auteur ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. La Cour de cassation reproche ainsi à la Cour d'appel de Paris d'avoir écarté une telle atteinte alors que *« l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique »*.

769. **Une application contestable du test des trois étapes**<> Dès lors, plus que la copie privée, c'est l'interdiction des mesures techniques de protection, dans le but d'assurer le maintien de l'exception de copie privée, qui semble passer le triple test, ce qui n'est pas très rigoureux au regard de la directive du 22 mai 2001. En effet, si l'article 5.2 b) permet aux États membres d'apporter une exception au droit d'auteur pour copie privée, et si l'article 5.5 précise que, dans ce cas, l'exception n'est possible qu'à condition de passer le test des trois étapes, il semble bien que seules les exceptions légales soient concernées par ce test. S'agissant de l'opposition entre la copie privée et les mesures techniques de protection, elle est, quant à elle, prévue par l'article 6.4 de la directive, qui précise que les

¹²⁰⁰ Ch. VILMART, *Copie privée : il faut raison garder et appliquer la Loi !*, JCP E 2006, act. 148 (obs. ss. Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006) : « en résumé, l'exception pour copie privée étant facultative dans la directive, elle ne peut être appliquée en droit interne à la lumière et selon les finalités du texte communautaire, y compris pour la question des mesures techniques, l'un n'allant pas sans l'autre, puisque les mesures techniques de protection ne sont précisément qu'une conséquence de l'application facultative du test en trois étapes ».

¹²⁰¹ CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, C106/89 ; CJCE, 14 juill. 1994, Paola Facini Dori, 91/92.

¹²⁰² En ce sens, A. LUCAS, *L'apposition d'une mesure technique de protection sur un DVD est légitime au regard de l'exception de copie privée*, note ss. Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, JCP 2006.II.10084.

États membres peuvent prendre des mesures pour assurer le libre exercice de la copie privée, « *sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions* ». Dès lors, s'il est possible de restreindre l'usage des mesures techniques de protection pour assurer l'exercice de la copie privée, une telle restriction n'est pas obligatoire pour les États membres.

Le problème de droit posé dans cette affaire *Mulholland Drive* semble donc bien hors-sujet¹²⁰³. En effet, on s'y demandait si l'exception pour copie privée, prévue par l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle, permettait d'interdire l'insertion de mesures techniques de protection dans les supports d'œuvres protégées. La Cour de cassation répond à cela qu'il est impossible de s'opposer à l'insertion des mesures techniques de protection lorsque la copie aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Autrement dit, on se demande si la copie qui est empêchée par les mesures techniques de protection passe le test des trois étapes pour savoir si ces mesures sont licites. Dès lors, le fait que la copie passe ou non le test des trois étapes devient une condition de validité des mesures techniques de protection.

Or ce n'est pas ce qui est prévu par la directive du 22 mai 2001. En effet, pour que la copie privée soit admissible, il est nécessaire qu'elle passe le test des trois étapes. Mais la réussite du test ne suffit pas pour autant à interdire les mesures techniques de protection. En effet, les mesures techniques de protection sont, par principe, selon le texte de la directive, valables ; étant entendu que le législateur peut, au titre de l'article 6.4, prendre des mesures destinées à assurer le libre exercice de la copie privée admise, c'est-à-dire de celle qui passe le test des trois étapes. En dehors de telles mesures législatives visant à restreindre les mesures techniques de protection, ces dernières seront valables même si la copie privée passe le test des trois étapes.

En dépit du manque de logique de toutes ces solutions, il nous faut remarquer que la Cour de cassation semble bien valider les dispositifs anti-copie, paralysant ainsi la copie privée comme la copie publique. La reproduction gratuite au sein du cercle de famille n'est donc

¹²⁰³ Voir en ce sens A. LUCAS, chr. préc. : « *Que la non-conformité de l'exception au « triple test » empêche de discuter la validité d'un dispositif anti-copie est une chose. Que cette conformité rende un tel dispositif illicite en est une autre, impossible à admettre* ».

plus forcément favorisée. Cette solution jurisprudentielle vient d'être confirmée, bien que de façon nuancée, par le législateur. Ainsi, désormais, « *le droit protège la technique qui vient elle-même au secours du droit* »¹²⁰⁴.

B. Une pratique consacrée par la loi DADVSI

770. ***Consécration des mesures techniques de protection***<> La loi du 1^{er} août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, transposant la directive du 22 mai 2001, consacre et protège les mesures techniques de protection. Ces dernières sont définies à l'article L.331-5 du Code de la propriété intellectuelle comme « *toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement* » est destinée « *à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme* ». Ces mesures sont autorisées, et leur contournement fait l'objet de sanctions pénales.

771. ***Protection relative de l'exception de copie privée***<> Cependant, la copie privée n'est pas totalement annihilée, dans la mesure où l'article L.331-9 du Code de la propriété intellectuelle, issu de la loi DADVSI, indique que « *les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L.331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies. Ils prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées à l'article L.331-8 de leur exercice effectif* ». L'exception pour copie privée est donc, visiblement, protégée.

Cependant, l'alinéa 2 du même texte précise que « *les dispositions du présent article peuvent, dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à une œuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme et veiller à ce qu'elles n'aient pas pour effet de porter atteinte à son*

¹²⁰⁴ A. LATREILLE et Th. MAILLARD, *Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information*, D.2006, 2171.

exploitation normale ni de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits sur l'œuvre ou l'objet protégé ». Si le texte est relativement confus, on peut estimer qu'il permettrait, par exemple, à des mesures techniques de protection, de laisser l'utilisateur faire une copie d'une œuvre sur un disque dur d'un ordinateur tout en interdisant de dupliquer le fichier, qui pourrait alors seulement être écouté sur l'ordinateur.

La loi instaure, par ailleurs, une nouvelle autorité administrative indépendante, l'Autorité de régulation des mesures techniques, qui a, entre autres fonctions, de veiller au respect de l'exception de copie privée¹²⁰⁵. Elle sera notamment chargée de fixer, en application du dernier alinéa de l'article L.331-8 du Code de la propriété intellectuelle, « *le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'œuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles* ». On peut donc penser que, si la technique le permet, on pourra autoriser le public à effectuer un nombre limité de copies permettant à l'acquéreur d'un exemplaire de l'œuvre de la lire sur des supports différents, sans pouvoir la transférer à des tiers. Il convient, en effet, de remarquer que le transfert d'un fichier sur des supports différents (disque dur, lecteur MP3, téléphone portable...) passe par une copie du fichier. Il s'agit là d'une copie privée au sens strict, c'est-à-dire destinée à l'usage du seul copiste, lui-même propriétaire du support. Ainsi, par exemple, en matière de phonogrammes, il serait inconcevable de ne pas autoriser la copie d'un CD sur un disque dur puis sur un lecteur MP3 sous peine, à terme, de freiner les achats de nouveaux types de lecteurs.

Quoi qu'il en soit, la copie privée pour autrui, admissible juridiquement, semble bien condamnée, en pratique, par la consécration des mesures techniques de protection. Il s'agit là de la disparition d'une faveur envers la gratuité dans le cercle de famille qui doit être expliquée sur un plan plus théorique.

¹²⁰⁵ L'art. L.331-8 al. 2 CPI énonce en effet que « *l'Autorité de régulation des mesures techniques visées à l'article L.331-17 veille à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions définies (au) (...) 2° de l'article L.122-5* ».

§2 : LA TRADUCTION D'UN CHOIX POLITIQUE

772. ***Débat sur la nature de la copie privée***<> Comme la représentation privée, la copie privée peut intervenir gratuitement dans le cercle de famille. Il semble s'agir là d'une faveur pour la gratuité au sein d'un groupe solidaire, le cercle de famille, entendu comme cercle de convivialité, famille et amis compris.

Deux analyses sont alors possibles. On peut tout d'abord estimer que la copie privée est une exception au droit d'auteur. Cette analyse s'appuie sur une conception du droit d'auteur entendu comme monopole sur la fixation de l'œuvre, proche du *copyright* anglo-saxon. La faveur apparaît alors à l'évidence : l'auteur a un monopole sur la reproduction de son œuvre, et, exceptionnellement, on va admettre que l'œuvre soit reproduite sans son consentement.

On peut, à l'inverse, estimer qu'il s'agit d'une limite naturelle au droit d'auteur. Ce dernier, entendu comme conférant à l'auteur un monopole sur la communication au public de l'œuvre, ne s'appliquerait pas au sein du cercle de famille du propriétaire d'un support, car ce dernier appartient au même public que les autres membres de son cercle de famille. La faveur apparaît alors de façon moins évidente, mais existe tout de même. En effet, nous avons vu que, selon cette conception du droit d'auteur et de la copie privée¹²⁰⁶, on se trouvait en présence de « *consommateurs collectifs* »¹²⁰⁷, au sein desquels la communication de l'œuvre peut se faire librement à condition qu'elle soit gratuite. C'est précisément cette dose de collectivisme qui est exceptionnelle, la consommation étant souvent envisagée comme un phénomène individuel. Ainsi, en droit de la propriété littéraire et artistique, si le monopole de l'auteur sur son œuvre est individuel, le droit du public d'accéder à l'œuvre est, dans une certaine mesure, collectif. Il suffit que le membre d'un cercle de famille ait acquis légitimement, donc, en principe, en payant, un support d'une œuvre de l'esprit, pour qu'il puisse ensuite faire accéder les membres de son cercle de famille gratuitement à l'œuvre, que ce soit en la copiant ou en la faisant lire devant eux.

¹²⁰⁶ Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur*, Comm. Com. Électr. nov. 2005.37.

¹²⁰⁷ Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, chr. préc.

773. ***La consécration du caractère d'exception au droit d'auteur de la copie privée***<> Cette dernière théorie nous semble néanmoins contestable. L'assimilation de la représentation privée et de la copie privée n'emporte pas, à vrai dire, la conviction. En effet, le « consommateur » d'œuvres achète un support dans l'objectif de représenter l'œuvre. L'usage normal d'un livre est d'être lu, l'usage normal d'un CD est d'être écouté, celui d'un DVD est d'être visionné. Il est normal, dès lors, que l'on autorise le consommateur à représenter l'œuvre gratuitement dans son cercle de famille. L'atteinte à la vie privée serait considérable dans le cas contraire.

En revanche, la copie n'entre pas dans l'usage normal de l'œuvre. On ne saurait admettre que notre consommateur d'œuvre, pas plus que l'amateur¹²⁰⁸, n'achète un support dans l'objectif d'en faire une copie pour les membres de sa famille. L'admission de la copie privée pour autrui repose donc sur un fondement moins solide que celle de la représentation privée.

En voulant lutter contre le téléchargement sur des sites de *Peer to Peer*, le législateur a donc très clairement entendu éviter que les fichiers contenant des œuvres protégées ne soient reproduits à l'infini, et échangés entre des personnes n'ayant aucun lien les unes avec les autres. Il s'agit donc là, tout simplement, de lutter contre ce que certains auteurs n'ont pas manqué de qualifier de communisme¹²⁰⁹ des œuvres de l'esprit, en opposition absolue, évidemment, avec les préceptes fondamentaux de notre droit, et de protéger la propriété reconnue et incontestable des auteurs sur leurs œuvres. Comme il est interdit d'utiliser le bien d'autrui sans son autorisation, il est interdit de reproduire des œuvres de l'esprit sans l'autorisation de l'auteur, et ce même sous couvert de gratuité. On ne fait pas de cadeau avec l'argent des autres.

774. ***L'admission des mesures techniques de protection, conséquence logique de l'appréhension des œuvres par la propriété***<> L'admission des mesures techniques de

¹²⁰⁸ Pour cette distinction, cf. Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, chr. préc.

¹²⁰⁹ Voir, dénonçant les partisans de la gratuité des œuvres de l'esprit, Ch. ALLEAUME, *Demain on rase gratis ?*, Comm. Com. Electr. mai 2006, Focus 102. À propos des partisans de l'utilisation gratuite des œuvres à l'université, ce dernier souligne qu'« un tel raisonnement n'est pas très éloigné de celui des tenants du « tout gratuit » sur l'Internet. De la même façon que ceux-ci réclament la gratuité globale des œuvres présentes sur la toile parce qu'elles sont sur internet..., d'éminents universitaires demandent que les universités ne soient plus assujetties au droit d'auteur parce qu'elles ont besoin d'utiliser les œuvres... Le besoin fait le droit. La propriété c'est le vol. Un tel raisonnement proudhonien appelle une mise au point ».

protection, quant à elle, est évidemment liée à l'interdiction du téléchargement sur les sites de *Peer to Peer* que le législateur voulait consacrer, et que la jurisprudence devrait maintenir¹²¹⁰. La protection juridique de la propriété appelle, à l'évidence, l'admission de leur protection technique. Il en va de même pour les biens matériels : la protection de la propriété des immeubles, par exemple, passe par l'admission de leur clôture¹²¹¹. Le débat entre les partisans du libre échange gratuit des œuvres et les partisans de la protection de la propriété littéraire et artistique revient donc, en réalité, à un débat entre les adversaires et les partisans de la propriété privée. Ce débat politique, que l'on pouvait croire dépassé depuis la chute du Mur de Berlin réapparaît donc. Si le collectivisme a échoué à gérer les biens matériels, il entend ressusciter à propos des biens immatériels.

775. **Conclusion de la Sous-Section 2**<> La sauvegarde de la propriété littéraire et artistique par des mesures techniques de protection apparaît donc comme largement justifiée. Il s'agit, encore une fois, à propos des œuvres de l'esprit, d'adopter le modèle de la propriété¹²¹². Cependant, le droit d'auteur ne sort pas indemne d'une telle adoption, dans la mesure où l'utilisation collective de l'œuvre, juridiquement admise, au sein du cercle de famille, pourrait être fortement contrariée par les mesures techniques de protection. La consommation collective des œuvres est donc remise en question, ce qui traduit la volonté du législateur de poser des limites au développement du communautarisme lorsqu'il nuit à des intérêts légitimement protégés, comme ceux des auteurs. Il s'agit là d'une victoire du libéralisme économique et de la défense de la propriété privée, c'est-à-dire du seul système efficace jamais utilisé pour protéger les auteurs et encourager la création littéraire et artistique.

776. **Conclusion de la Section 2**<> Les échanges gratuits internes à la communauté virtuelle peuvent constituer un danger pour des personnes n'appartenant pas au groupe et, en particulier, aux auteurs d'œuvres de l'esprit. La question se pose alors, dans un tel cadre, de la pertinence du principe que nous avons précédemment identifié, de

¹²¹⁰ Le législateur voulait, en effet, en faire une contravention, mais a, sur ce point, été censuré par le Conseil constitutionnel. À défaut de disposition spécifique, la jurisprudence voit dans le téléchargement d'œuvres protégées sans le consentement de l'auteur une contrefaçon. Voir *supra*, n° 748 et s.

¹²¹¹ Voir, en ce sens, A. LATREILLE et Th. MAILLARD, *Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information*, D.2006.2171 : « La répression pénale du vol n'a pas empêché le développement néanmoins naturel des serrures et autres équipements de dissuasion contre l'intrusion. Il en va aujourd'hui de même dans le domaine des biens immatériels ».

¹²¹² J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélanges Colomer, Litec, 1993, p. 281 ; et in *Inventer*, Centre du Droit de l'Entreprise, Montpellier, 2001, p. 101.

faveur pour la gratuité au sein du groupe solidaire. En particulier, ce principe de faveur trouve une illustration dans les exceptions au droit d'auteur, et, plus particulièrement, dans la copie privée, étant entendu que cette dernière doit pouvoir intervenir, à titre gratuit, dans le cercle de famille. Il est alors possible d'estimer que des reproductions gratuites d'œuvres en ligne sont licites, à condition d'intervenir dans des petits groupes, dans de véritables communautés virtuelles, composée de personnes unies par des liens amicaux ou familiaux nés hors du réseau, ou de personnes devenues amies sur le réseau.

Mais le fait est que de nombreuses reproductions illicites d'œuvres de l'esprit interviennent sur des gros réseaux, dits de *peer to peer*. Si leurs utilisateurs sont unis par un intérêt commun, celui d'obtenir gratuitement des fichiers musicaux ou des films, il est impossible de voir dans ces réseaux des communautés virtuelles au sens strict, des groupes solidaires au sein desquels les personnes se parlent et nouent des liens dans la durée. Il est donc parfaitement justifié de qualifier ces reproductions de contrefaçon illicite.

Dès lors, pour permettre aux auteurs et aux titulaires de droits de se protéger efficacement contre la diffusion gratuite à grande ampleur de leurs œuvres sur les réseaux de *peer to peer*, le législateur les a récemment autorisés à utiliser des mesures techniques de protection. Cependant, ces dernières risquent fortement de porter atteinte à la copie privée gratuite dans le cercle de famille.

777. **Conclusion du chapitre 1**<> Les communautés virtuelles sont un lieu de développement de la gratuité. Ces dernières constituent, selon les sociologues, de véritables groupes solidaires. Dès lors, le principe de faveur pour la gratuité au sein des groupes solidaires devrait y être appliqué.

En réalité, il apparaît que la gratuité sera indirectement favorisée, dans ce cadre-là, par la qualification d'acte de complaisance donnée aux divers échanges gratuits internes à ces groupes. L'absence d'obligation pour les prestataires gratuits permet alors de les encourager à agir gratuitement.

Par ailleurs, dans la mesure où des fichiers contenant des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur pourront être fournis gratuitement dans le cadre de ces communautés, la gratuité devrait être favorisée grâce à l'admission de la copie privée gratuite dans le

« cercle de famille », entendu de façon large et étendu aux cercles d'amis et aux communautés virtuelles.

Dès lors, le principe de faveur pour la gratuité semble bien s'appliquer au sein des communautés virtuelles.

Néanmoins, les échanges gratuits au sein des communautés virtuelles peuvent nuire aux droits de tiers, et notamment des auteurs d'œuvres de l'esprit. Dès lors, on ne saurait admettre que des copies d'œuvres protégées puissent circuler au sein de réseaux de grande taille, dont les membres ne s'uniraient que pour profiter de la gratuité des œuvres, sans partager aucune appartenance commune. Ceci justifie que la copie d'œuvres protégées soit illicite dans les réseaux de *peer to peer*. Cela justifie, également, que les titulaires de droits puissent protéger leurs œuvres par des mesures techniques de protection.

Une telle position n'a rien d'étonnant. Dans la mesure où l'on confère aux auteurs la propriété de leurs œuvres, leur rémunération passe par l'échange marchand des œuvres, le marché étant le lieu visible de l'échange économique¹²¹³, donc celui sur lequel le monopole des auteurs peut le mieux être respecté. C'est là le moyen le plus efficace que l'on ait trouvé pour assurer la survie des auteurs et pour encourager la création littéraire et artistique.

Néanmoins, en autorisant les mesures techniques de protection, le législateur a réduit considérablement la possibilité d'effectuer des copies privées. Dès lors, on peut remarquer que, pour éviter une diffusion gratuite des œuvres à grande échelle, on restreint la diffusion

¹²¹³ M. HENOCHSBERG, *La place du marché*, Denoël, 2001. L'auteur démontre que le marché est, historiquement, une création du pouvoir politique dans le but de contenir l'économie et de la surveiller. L'économie, le commerce, débordent le marché qui n'est que son cadre institutionnel, celui sur lequel elle pourra être surveillée. Voir ainsi p. 38 : « *Les flux commerciaux construisent-ils directement le marché, ou est-ce que l'activité commerciale suscite, en réaction, l'édification d'un marché pour organiser ses croisements ? Faisant fi de ces points d'interrogation, l'Histoire ne laisse planer aucun doute : come l'analyse de la ville le laisse présager, le marché est dessiné par le pouvoir politique. (...) Le marché est une réaction* ». P. 41 : « *où doit se dérouler ce commerce, comment en profiter, et comment contenir sa vitalité destabilisante et corrosive ? Une seule réponse : le marché (...) le marché pour localiser, le marché pour taxer, et surtout le marché pour contenir. Un marché qui se dresse en quelque sorte face aux désordres naturels de la fluence économique, un marché dessiné par le pouvoir dans le but de contraindre l'économie, de la calmer, de l'ordonner, de la surveiller* ». Cette notion là du marché, bien loin des poncifs selon lesquels ce dernier serait anarchique, permet précisément d'assurer la rémunération des auteurs et des artistes interprètes ; et la contention de l'échange des œuvres sur le marché permet d'assurer le monopole des détenteurs de droits de propriété intellectuelle sur la reproduction et la représentation de leurs œuvres.

gratuite des œuvres dans le cercle de famille. L'intérêt des auteurs passe ainsi avant l'intérêt des « consommateurs collectifs » que constituent les cercles de famille.

Ainsi, comme nous l'avons vu, le principe de faveur pour la gratuité existe dans la communauté virtuelle, mais il y est tout de même limité.

La gratuité se développe également entre les professionnels et leurs réseaux de consommateurs. En principe, la relation entre professionnels et consommateurs est considérée comme une relation de domination au sein de laquelle la gratuité est défavorisée. Il est donc temps de mettre à l'épreuve ce principe de défaveur face au développement de la gratuité entre l'organisateur du réseau et ses affiliés.

CHAPITRE 2ND : MISE À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE DE DÉFAVEUR : LA GRATUITÉ DANS LE RÉSEAU DE CONSOMMATEURS

778. ***Gratuité dans les rapports de consommation***<> La nouvelle économie est le lieu d'un développement fulgurant de nouvelles formes de gratuité, sur un terrain sur lequel elle est plutôt suspecte : le marché. Nous avons vu que le droit du marché, sans être forcément très cohérent, avait plutôt tendance à restreindre la gratuité, tout au moins dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Dans un rapport de domination, il est souvent considéré que ce qui est bon pour l'une des parties est forcément mauvais pour l'autre. La gratuité, d'apparence bénéfique pour le consommateur, rejoint, en réalité, l'intérêt du professionnel, ce qui cacherait un piège tendu par ce dernier au premier. La protection du consommateur contre la gratuité serait alors justifiée¹²¹⁴.

779. ***Une relation rééquilibrée grâce au réseau***<> Dans l'économie de réseau, cette approche doit nécessairement être renouvelée. En effet, la valeur du réseau est fonction du nombre de ses affiliés et transcende la valeur du seul organisateur du réseau. Par ailleurs, plus la valeur du réseau est importante, plus les prestations fournies par l'organisateur du réseau à ses affiliés seront élaborées, et plus leur rapport qualité/prix sera bon. L'antagonisme de la relation classique entre le professionnel et le consommateur est donc dépassé. La relation verticale par laquelle le professionnel est vu comme celui qui apporte des biens ou des services au dernier maillon de la chaîne ouverte de la production, le consommateur, et par laquelle un *sachant* est tenu d'apporter de l'information à un *ignorant*, ou un *profane*, laisse petit à petit la place à une relation horizontale entre un professionnel qui organise un réseau et des clients qui, par leur adhésion, lui apportent de la puissance et de la valeur. Si l'image de la chaîne qui va du producteur au consommateur final peut être conservée, c'est à condition de considérer que la chaîne est fermée et qu'elle constitue un tout, une valeur qui transcende celle produite par ses différents maillons.

Dès lors, la défaveur pour la gratuité dans les rapports de consommation pourrait largement être remise en cause. Il se pourrait même que les flux gratuits intervenant au sein du réseau

¹²¹⁴ Voir *supra*, n°655

(nous parlerons de gratuité réticulaire) puissent légitimement être considérés comme des flux s'organisant au sein d'un groupe solidaire, ce qui devrait nous conduire à les regarder avec moins de suspicion. Néanmoins, compte tenu de la taille de ses réseaux, la gratuité aura un effet sensible sur le marché, si bien qu'il conviendra d'analyser ces flux gratuits au regard du droit du marché, c'est-à-dire du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Plus précisément, nous analyserons ce phénomène au regard des deux objectifs de ces matières dont la distinction est malaisée¹²¹⁵ : celui de la protection du marché (Section 1) et celui de la protection du consommateur (Section 2).

SECTION 1 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE ET LA PROTECTION DU MARCHÉ

780. Le réseau repose sur un marché captif qui lui est affilié. La captation du marché s'opère grâce à la gratuité de l'accès au réseau et à la publicité pour la gratuité de certaines prestations qui seront offertes aux membres du réseau pendant l'exécution du contrat. Au contraire, la sortie du réseau, c'est-à-dire la résiliation du contrat, sera souvent payante. Il convient d'observer ce phénomène de captivité du marché au regard du droit de la concurrence, et, plus particulièrement, de l'impératif de fluidité du marché (Sous-section 1).

Par ailleurs, si le réseau constitue une valeur en soi, c'est parce que les services proposés gratuitement sur Internet sont souvent financés par de la publicité. Or les annonceurs paieront d'autant plus que le réseau est important. Ces services sont souvent identiques à des services proposés à titre onéreux dans l'économie traditionnelle (par exemple : presse, téléphone). La question qui se pose alors est de savoir si les prestataires de services gratuits ne concurrencent pas les prestataires onéreux de façon déloyale (Sous-section 2).

¹²¹⁵ Voir, pour une telle approche, A. LECOURT, *La loi du 1^{er} août 1905 : protection du marché ou protection du consommateur ?* D.2006.722

SOUS-SECTION 1 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE FACE À L'EXIGENCE DE FLUIDITÉ DU MARCHÉ

781. D'un point de vue économique, la gratuité de l'accès au réseau semble indissociable des coûts de sortie. Cependant, il semble qu'il faille, d'un point de vue juridique, distinguer les questions liées à la gratuité lors de l'accès au réseau (§1) et celles soulevées par les coûts de sortie (§2).

§1 : LA GRATUITÉ LORS DE L'ENTRÉE DANS LE RÉSEAU

782. Nombreux sont les services proposés gratuitement dans la nouvelle économie, et notamment sur l'Internet. Souvent, ces services passent par un abonnement gratuit qui permettra d'intégrer l'abonné au réseau. Ainsi, des messageries gratuites comme Caramail, de Lycos, ou Hotmail, de Microsoft, proposent des comptes gratuits avec, généralement, une grande capacité de stockage¹²¹⁶, une analyse des pièces jointes par un logiciel antivirus, des informations sur des sujets présélectionnés par l'utilisateur. De la même manière, de nombreux sites spécialisés dans des domaines les plus divers (sport, musique, culture, politique, tourisme, droit) proposent des lettres d'actualité (ou *newsletters*) envoyées gratuitement à l'adresse de messagerie donnée par l'abonné. Tous ces services sont financés par de la publicité. Il conviendra de s'interroger sur les problèmes juridiques posés par cette gratuité (B). Mais, au préalable, il convient de s'interroger sur la gratuité, de plus en plus fréquente, proposée par les fournisseurs d'accès (A).

A. La gratuité dans les contrats de fourniture d'accès à Internet

¹²¹⁶ 250 MO sur Hotmail.

783. ***Le contrat de fourniture d'accès, contrat d'entreprise*** <> Les contrats de fourniture d'accès sont parfois qualifiés de contrats d'entreprise¹²¹⁷, d'autres fois de louages de chose¹²¹⁸. Cette dernière qualification s'appuie sur ce qui semble être la prestation caractéristique du contrat de fourniture d'accès : le fournisseur fournit un accès à Internet, un « *espace-disque* »¹²¹⁹ qu'il met à disposition de l'abonné, et cela suffit à l'existence d'un contrat de fourniture d'accès. Néanmoins, la première qualification semble plus adaptée à la réalité des contrats de fourniture d'accès, surtout depuis le développement du haut débit et du dégroupage. En effet, la plupart des contrats proposés par les fournisseurs d'accès contiennent des services annexes, qui paraissent de moins en moins séparables de la simple fourniture d'accès. Ainsi en va-t-il de l'assistance téléphonique ou *hotline* généralement proposée par les fournisseurs d'accès à leurs abonnés, d'adresses de messageries, d'espace pour abriter des pages personnelles, voire, comme cela se développe, de logiciels antivirus ou anti-logiciels espions (*antispymware*), d'un abonnement téléphonique et d'accès à des chaînes de télévision numérique. Dès lors, compte tenu de la multitude des services proposés par les fournisseurs d'accès, la qualification de contrat d'entreprise semble présenter le grand avantage de s'appliquer à l'ensemble des services fournis par le fournisseur d'accès.

784. ***Gratuité et fourniture d'accès à Internet*** <> Si, au début du développement de l'Internet commercial à bas débit, les offres d'abonnement gratuit étaient fréquentes¹²²⁰, elles ont quasiment disparu du paysage avec le développement de l'ADSL et du dégroupage, si bien qu'elles ne retiendront pas notre attention. Il est usuel que l'accès à Internet soit onéreux, et ce même de la part de fournisseurs d'accès qui proposaient des abonnements gratuits du temps du bas débit¹²²¹. Cependant ces contrats proposent généralement des services ou des biens gratuits, nécessaires à l'utilisation du service. C'est

¹²¹⁷ Sur cette qualification, M. VIVANT, *Les contrats du commerce électronique*, coll. Droit@Litec, Litec, 1999, n°8 — Ch. RIEFA, *L'internet et le droit du marché*, Th. Montpellier, 2002, n°219 et s.

¹²¹⁸ Ph. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, coll. Dalloz Référence, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, n°10.1.3

¹²¹⁹ Ph. LE TOURNEAU, *op. et loc. cit.*

¹²²⁰ M. VIVANT et alii, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2006, n° 2289 : « Finalement, le plus original est que se sont multipliées les offres de connexion gratuites » — Ch. RIEFA, *L'internet et le droit du marché*, Th. Montpellier, 2002, n°117. L'auteur prend l'exemple d'une offre d'un fournisseur d'accès proposant des heures gratuites à titre promotionnel, mais les utilisateurs devaient tout de même payer le coût d'une communication téléphonique.

¹²²¹ Voir ainsi Free qui proposait une fourniture d'accès gratuite à bas débit et qui propose désormais l'ADSL à titre onéreux.

ainsi que la fourniture du modem et la mise en service (raccordement au serveur) sont souvent gratuits. Il est alors utile de s'arrêter sur la question de la licéité de ces pratiques (1). Par ailleurs, il est fréquent que les services inclus dans les engagements du fournisseur d'accès soient présentés comme gratuits. La question de la caractérisation de la publicité de nature à induire en erreur se pose alors inéluctablement (2).

1. La gratuité des moyens d'accès à l'Internet

785. **Vente avec prime**<> Le fait de fournir gratuitement à toute personne souscrivant un abonnement à l'Internet un raccordement gratuit au serveur et un modem gratuit pourrait, à la lecture de l'article L.121-35 du Code de la consommation, sembler relever de l'infraction de vente avec prime. En effet, l'offre consiste à proposer la fourniture d'un service et d'un bien gratuitement pour la souscription d'un service à titre onéreux. Il n'en est évidemment rien, l'article R.121-9, 1° du même code énonçant que « *le conditionnement habituel du produit, les biens, produits ou prestations de services qui sont indispensables à l'utilisation normale du produit, du bien ou du service faisant l'objet de la vente* » ne sont pas considérés comme des primes.

Le seul fait de fournir gratuitement à toute personne souscrivant un contrat de fourniture d'accès les moyens de se connecter à l'Internet ne saurait donc être considéré comme une vente avec prime, et semble parfaitement licite.

786. **Revente à perte**<> On pourrait alors se demander si une telle pratique ne devrait pas tomber sous le coup de la prohibition de la revente à perte. Une telle position sera intenable si l'on distingue la donation du modem de l'abonnement, l'infraction de revente à perte ne pouvant s'appliquer à des contrats gratuits¹²²². Elle aura, de la même manière, du mal à s'imposer si l'on tient compte de la globalité de l'opération, car il faudra alors tenir compte du prix de l'abonnement pour caractériser la revente à perte. C'est, du reste, cette dernière position qui a été retenue par la jurisprudence, précisément à propos d'un contrat de fourniture d'accès à Internet proposant un modem pour 1 franc¹²²³.

¹²²² Voir *supra*, n°663

¹²²³ Crim. 7 mai 2002, D.2002, AJ 2050.

La fourniture gratuite des moyens d'accéder à Internet est donc tout à fait licite, ce qui nous permet de voir que le droit ne contrarie pas la gratuité de l'entrée dans le réseau.

2. La publicité pour la gratuité des services proposés par le fournisseur d'accès

787. **Fausse gratuité**<> Il arrive fréquemment, par ailleurs, que les fournisseurs d'accès fassent de la publicité en mettant en avant les services gratuits auxquels donnera accès l'abonnement. Il est ainsi possible de voir des annonces proposant un abonnement à Internet permettant d'accéder à des chaînes de télévision gratuites ou à un certain nombre d'adresses de messagerie gratuites. Or il est évident qu'il s'agit là de prestations fournies par le fournisseur d'accès, en exécution du contrat de fourniture d'accès, qui est onéreux. S'agissant de prestations objectives, elles ne sont pas soumises à la distinction de la gratuité et de l'onérosité¹²²⁴, mais sont fournies à titre onéreux, c'est-à-dire en exécution d'un contrat onéreux¹²²⁵. La publicité est alors fausse. Est-elle pour autant répréhensible ?

788. **Fausse gratuité insusceptible de tromper le consommateur**<> L'article L.121-1 du Code de la consommation prohibe « *toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* ». Il semblerait donc, à la lecture de ce texte, que la seule fausseté de l'allégation suffise à caractériser le délit, indépendamment du préjudice subi par le consommateur. Or, pour le consommateur, la seule chose qui compte est de savoir s'il peut, dans le cadre de son abonnement, utiliser un service donné sans avoir à payer de coût supplémentaire, pas de savoir si d'un point de vue juridique il y a vraiment gratuité. Ainsi, si les offres « *tout compris* » ne contiennent pas de gratuité, l'annonceur devrait pouvoir alléguer de la gratuité des services compris dans l'offre, étant entendu que le terme est alors dévoyé pour désigner ce qui est compris dans le prix.

Mais la jurisprudence est assez souple dans l'interprétation de ce texte, et admet la licéité des publicités hyperboliques¹²²⁶, étant entendu que cette dernière peut être parfaitement

¹²²⁴ Voir *supra*, n°296 et s.

¹²²⁵ Voir *supra*, n°299

¹²²⁶ Crim. 21 mai 1984, D. 1985, 105, note Marguery.

loyale¹²²⁷. Ainsi, dans une hypothèse voisine de celle qui nous intéresse ici, la Cour d'appel de Rennes a considéré que le fait d'annoncer un « *achat gratuit* » pour désigner une opération de « *buy-back* » ne permettait pas de caractériser le délit de publicité de nature à induire en erreur¹²²⁸. La juridiction retint, en effet, qu'en l'espèce « *l'expression « l'achat gratuit », à l'évidence caricaturale, ne peut être tenue pour mensongère ni susceptible d'induire en erreur ; (...) que la publicité est de nature à induire en erreur si l'avantage qu'elle laisse espérer au consommateur est substantiellement amoindri par des restrictions que le message publicitaire ne laisse pas apparaître et qui altèrent sa portée* ».

En réalité, la publicité fausse s'entend de la publicité trompeuse¹²²⁹. On peut alors estimer qu'il n'est pas trompeur de présenter comme gratuits les services auxquels les abonnés auront droit dès lors qu'ils n'auront rien à déboursier de plus pour l'utiliser, et ce même si la gratuité est fausse¹²³⁰.

B. Les contrats gratuits proposés en ligne

789. Une fois en ligne, l'internaute se voit proposer de nombreux contrats gratuits par des prestataires autres que son fournisseur d'accès. Il pourra ainsi créer des adresses de messagerie électronique gratuites, s'abonner à des lettres d'information gratuites, et, même, s'inscrire gratuitement à des sites de rencontre. Il pourra, également, lire gratuitement son quotidien préféré en ligne, et imprimer les articles qui l'intéressent. Et, *last but not least*, il pourra téléphoner gratuitement aux quatre coins du monde. Tous ces services gratuits reposent sur l'entrée de l'internaute dans un réseau duquel il sera toujours plus ou moins captif. Ainsi, le changement d'adresse électronique pose toujours quelques problèmes dans la mesure où il faut prévenir tous ses contacts, qui peuvent

¹²²⁷ C. CARREAU, *Publicité et hyperbole*, D. 1995, chr. p.225.

¹²²⁸ Rennes, 21 janv. 1993, Contrats, Conc. Consom. 1993, 199, obs. Raymond.

¹²²⁹ En ce sens, J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n°129.

¹²³⁰ Comp. Paris, 31 mai 1999, Com. Com. Électr. 2000, comm. n°33, note Galloux : condamnation pour publicité trompeuse d'un revendeur de modem et d'un annonceur, qui avaient annoncé la gratuité d'un abonnement à Internet alors que celui-ci était supporté par l'acheteur. Voir Ch. RIEFA, *L'internet et le droit du marché*, n°117.

malgré tout continuer à envoyer des courriers importants sur l'ancienne boîte, ce qui peut se révéler fâcheux. Il y a donc là un coût de sortie pour l'internaute capté par le réseau. Malgré ce, la fourniture gratuite de ces services est parfaitement licite, ce qui permet, là encore, de constater que le droit du marché ne décourage pas la constitution des réseaux.

Quelques problèmes se posent tout de même. Dans certains cas, en effet, seule l'inscription sur certains sites sera réellement gratuite, et le délit de publicité trompeuse pourra facilement être constitué (1). Dans d'autres cas, les données relatives à l'internaute pourront être monnayées par le site, ce qui pose la question de la protection des données personnelles (2).

1. Contrats gratuits en ligne et délit de publicité trompeuse

790. **Gratuité des « inscriptions »**<> Il est fréquent que certains sites proposent des services en mettant en avant la gratuité de l'inscription, alors que l'utilisation des services par l'internaute se révèle payante après son inscription. Il en va ainsi notamment des sites de rencontre sur Internet¹²³¹, qui connaissent un succès fulgurant reléguant les agences matrimoniales dans la préhistoire des techniques d'entremise conjugale, activité séculaire. De la même manière, certains sites pour « adolescents » nostalgiques désireux de retrouver leurs amis de collège ou de lycée permettent une inscription gratuite mais des services payants¹²³². Le fait de proposer une inscription gratuite alors que les services sont payants ne constitue-t-il pas une publicité trompeuse ? À notre connaissance, aucune décision n'a été rendue à ce propos.

791. **Une gratuité trompeuse ?**<> On pourrait, certes, considérer que la seule gratuité de l'inscription ne saurait tromper l'internaute sur le fait que les services proposés sont onéreux. Par exemple, s'inscrire sur un site de rencontres est une chose, utiliser tous les services proposés par le site en est une autre. Dans le premier cas, l'internaute se

¹²³¹ Voir ainsi www.meetic.fr, qui propose une inscription gratuite qui permet d'être vu par les autres internautes, mais non d'utiliser les différentes fonctionnalités offertes par le site (consultation des messages reçus, possibilité d'entrer en contact avec un autre membre, etc.). Voir également www.match.com, qui fonctionne de la même manière. À noter que ces sites font souvent de la discrimination en permettant aux personnes du sexe féminin de souscrire à leurs services pour un montant moins élevé que les hommes.

¹²³² www.copainsdavant.fr

signale auprès des autres, en indiquant qui il est et ce qu'il recherche. Dans l'autre, il souscrit à une offre qui lui permet de contacter les autres membres par courrier électronique, messagerie instantanée, ou, pour les plus timides, « *flash* » ou « *clin d'œil* » qui permettent de dire seulement à une personne inscrite qu'on l'a remarquée et qu'elle peut nous contacter si elle le souhaite. On pourrait alors estimer que le consommateur internaute avisé doit savoir qu'inscription ne veut pas dire utilisation. Dès lors, la publicité pour l'inscription gratuite ne serait pas trompeuse.

792. ***L'inscription gratuite, avantage pour le seul professionnel***<> Cependant, il faut bien remarquer que, sur la plupart des sites fonctionnant sur ce schéma, la seule inscription ne sert à rien. Ainsi, s'inscrire sur un site de rencontres quand on ne peut pas contacter les autres personnes inscrites est évidemment totalement inutile... pour l'internaute. L'inscription est en revanche très utile pour le site, qui va voir son réseau s'accroître. Ce dernier pourra alors envoyer des courriels à l'internaute inscrit, contenant souvent des publicités, facturées d'autant plus cher aux annonceurs que le nombre de personnes inscrites sur le site est important. On peut alors estimer que la seule inscription sur un site permet bien de fournir un avantage gratuit... à l'exploitant du site Internet. Or la gratuité est ici présentée comme un avantage pour l'internaute, qui peut donc prétendre légitimement être trompé par la publicité pour l'inscription gratuite. Il semblerait alors possible que cette pratique soit un jour sanctionnée par les tribunaux sur le fondement de l'article L.121-1 du Code de la consommation sanctionnant la publicité de nature à induire en erreur.

793. ***Information sur les prix***<> Par ailleurs, très souvent, la page d'accueil du site contiendra en gros caractères la formule « *inscription gratuite* », ou site « *totalement gratuit* ». Certains y font tout de même figurer un lien hypertexte vers leurs conditions générales, qui, parfois, contiennent les prix proposés aux internautes. Mais d'autres ne vont pas aussi loin, et renvoient vers des conditions générales qui ne contiennent pas leurs prix. Ces derniers ne sont alors accessibles qu'une fois l'internaute inscrit. On pourrait voir là une infraction à l'article L.113-3 du Code de la consommation, qui énonce que « *tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix* », sanctionné par une contravention de la cinquième classe prévue par l'article R.113-1 du même code. Pourtant, même lorsque l'information sur les prix n'est pas donnée

avant l'inscription, elle est donnée avant la souscription des services par l'internaute. L'infraction ne serait alors pas constituée.

794. ***Liberté de la constitution du groupe***<> Pour conclure, nous pouvons voir que l'inscription gratuite sur un site proposant des services payants permet l'accès au réseau, mais ne constitue pas une acceptation des services offerts sur le site. Il s'agit d'un mode nouveau de présélection et d'attachement au réseau de personnes susceptibles de souscrire aux services proposés par l'organisateur du réseau. Cela témoigne de ce que l'objectif de constitution d'un réseau est au moins aussi important que celui de se constituer une véritable clientèle payante. Il s'agit surtout d'une technique efficace permettant de déterminer la clientèle-cible qui sera sensible à certains messages publicitaires. Le fait que cette technique ne soit pas contrariée par le droit permet de mesurer l'étendue de la liberté de se constituer un réseau de clientèle-cible.

2. Contrats gratuits en ligne et protection des données personnelles

795. L'inscription sur un site, l'entrée dans un réseau, se fait donc par l'envoi de données à caractère personnel. Sont ainsi demandées, la plupart du temps, une adresse de messagerie valide, parfois le nom, l'adresse, la date de naissance de la personne, autant d'éléments qui permettront ensuite de sélectionner les messages publicitaires qui seront envoyés aux affiliés. L'organisateur du réseau devra alors respecter toutes les obligations posées par la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers, et aux libertés.

§2 : LA GRATUITÉ LORS DE LA SORTIE DU RÉSEAU

796. L'économie de réseau repose, comme nous l'avons vu, sur des marchés captifs. La captivité implique, comme le terme l'indique, une difficulté de sortir du réseau, qui va se traduire par des coûts de sortie. Il faut ainsi dissuader le client de sortir du réseau de façon à le conserver le plus longtemps possible.

Ces coûts de sortie peuvent être financiers, mais ils peuvent aussi consister en une simple gêne technique pour l'affilié : obligation de signaler à son entourage son changement d'adresse de messagerie ou de numéro de téléphone, obligation de s'adapter à un nouveau logiciel, etc. Dans les deux cas, ils portent atteinte à la fluidité du marché, car ils dissuadent les consommateurs de changer de fournisseur. Or la fluidité fait partie des cinq critères de la concurrence pure et parfaite chère à WALRAS et qui constitue, aujourd'hui encore, l'axiome du paradigme néo-classique et du droit de la concurrence. Pourtant, le principe de licéité des coûts de sortie subsiste (A), même s'ils sont, exceptionnellement et ponctuellement, condamnés par le législateur (B).

A. Le principe de licéité des coûts de sortie

797. ***Les coûts de sortie licites au regard du droit commun des obligations***<>

Rien n'interdit, *a priori*, de prévoir que la résiliation d'un contrat à durée indéterminée entraînera des frais. Il en allait ainsi il y a quelques années à peine en matière de clôture des comptes bancaires. Aujourd'hui, les contrats de fourniture d'accès à Internet proposent des contrats à durée indéterminée, résiliables à tout moment par les abonnés, mais moyennant des frais qui sont dégressifs : plus l'abonné reste longtemps, plus le montant des frais de résiliation diminue.

On pourrait se poser la question de la licéité d'une telle pratique au regard du droit commun des obligations, et, plus précisément, de la prohibition des engagements perpétuels. En faisant payer la résiliation du contrat à durée indéterminée, on dissuade l'abonné de résilier le contrat, ce qui pourrait porter atteinte à ce principe. Ceci dit, l'existence d'un tel principe est remise en question¹²³³. Surtout, le lien entre la liberté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée et ledit principe est également controversé¹²³⁴. Mais même si l'on considère que la liberté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, qui procède d'une généralisation à tous les contrats de

¹²³³ J. GHESTIN, *Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des engagements perpétuels ?*, *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 251 — F. RIZZO, *regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, Dr. et patr. janv. 2000, p. 60.

¹²³⁴ J. GHESTIN, *op. et loc. cit.*

l'article 1780 du Code civil (relatif au louage de service), est mise en échec par l'existence de frais de résiliation, il faut bien reconnaître que ce principe n'est pas affecté par ce type de clauses. En effet, la dégressivité des frais de résiliation permet généralement de résilier sans frais au bout d'un laps de temps qui se compte généralement en années, bien loin de la « perpétuité ».

798. *Licéité au regard du droit de la législation relative aux clauses abusives*<>

On pourrait alors s'interroger sur le caractère abusif d'une telle clause. L'article L.132-1 du Code de la consommation qualifie en effet d'abusives « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». En l'espèce, un tel déséquilibre n'est pas manifeste, dans la mesure où les frais de résiliation sont la conséquence de la gratuité qui règne lors de la conclusion du contrat, notamment par la gratuité de la mise en service et de la fourniture du modem. Cela représente un coût pour le fournisseur d'accès qui ne rentrera dans ses frais qu'au bout d'un certain temps. Toute résiliation anticipée lui serait donc néfaste, et on comprend alors pourquoi les frais de résiliation sont importants en début de contrat. Il en irait sûrement différemment si ces derniers n'étaient pas dégressifs et s'ils étaient, par ailleurs, élevés.

799. *Abus de position dominante*<> Il serait alors éventuellement possible d'envisager de sanctionner cette pratique en recourant à l'abus de position dominante. Mais encore faudrait-il que le fournisseur d'accès concerné soit en position dominante. La pratique pourrait être conservée par les autres. Par ailleurs, encore faudrait-il caractériser l'abus. La doctrine en distingue de deux sortes : l'abus de structure et l'abus de comportement¹²³⁵. L'abus de structure désigne les « *pratiques ayant pour objet ou pour effet d'éliminer des concurrents* »¹²³⁶. Il est exclu lorsque « *une entreprise dominante utilise des procédés normaux de concurrence* »¹²³⁷. Dès lors, une technique de facturation utilisée par la plupart des offreurs ne devrait pas pouvoir être qualifiée d'abus de structure. Pas plus ne pourrait-on y voir d'abus de comportement, expression qui désigne les « *comportements qu'une entreprise ne pourrait adopter sans compromettre son propre*

¹²³⁵ L. VOGEL, *Traité de droit commercial* (G. Ripert/R. Roblot), LGDJ, 18^{ème} éd., 2001, n° 891 et s. — M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, coll. U, 3^{ème} éd., 2005, n°388

¹²³⁶ L. VOGEL, *op. cit.* n° 891.

¹²³⁷ L. VOGEL, *op. cit.* n°892.

intérêt sur un marché concurrentiel, ou si elle ne disposait pas d'une puissance de domination de marché »¹²³⁸. L'abus de comportement nuit donc aux clients de l'entreprise en position dominante, pas à ses concurrents. On a vu que la pratique des frais de résiliation permettait précisément aux clients de bénéficier d'une entrée gratuite dans le réseau. Il est donc difficile de déceler là un abus de comportement. De toute façon, le fait que cette technique soit utilisée aujourd'hui par la plupart des fournisseurs d'accès sur un marché qui, jusqu'à preuve du contraire, est concurrentiel, permet à lui seul d'exclure la qualification d'abus de comportement.

800. ***Conclusion : validité de principe des coûts de sortie***<> La technique des coûts de sortie, c'est-à-dire des frais de résiliation des contrats, est donc parfaitement licite. Aucun dispositif du droit du marché actuel ne s'y oppose, et l'on ne peut que constater que la constitution de réseaux de consommateurs ne rencontre aucun obstacle juridique. Il est pourtant possible que cette forme d'économie nuise à la protection du marché, et, plus particulièrement, à la fluidité, condition de la concurrence pure et parfaite. Le législateur doit donc se poser la question de savoir s'il doit ou non entraver la constitution de réseaux. Les enjeux sont importants, et il peut, à l'inverse, être souhaitable de laisser de tels marchés captifs se constituer, afin de permettre à des opérateurs étrangers habitués à des systèmes juridiques plus libéraux de s'installer en France et afin de ne pas trop nuire aux opérateurs français dans la concurrence internationale. La question est politique. Nous ne pouvons, à notre place, que constater qu'il faudrait une loi dans l'hypothèse où l'on considérerait ces pratiques comme contraires à l'impératif de protection du marché contre un phénomène qui tend à une sorte de féodalisation des rapports économiques, par essence anti-libérale. Du reste, dans certains cas, le législateur intervient pour imposer la gratuité de la sortie du réseau.

B. La restauration par le législateur de la gratuité à la sortie du réseau

801. ***Suppression des coûts physiques de sortie*** <> Le législateur intervient ponctuellement pour supprimer certains coûts de sortie du réseau. Il l'a fait, par exemple, à propos de coûts de sortie physiques. Ainsi, la loi du 9 juillet 2004 relative aux

¹²³⁸ Rapport du Conseil de la concurrence pour 1990, XXXVII, cité par L. VOGEL, *op. cit.* n°891.

communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a posé, à l'article L.44 du Code des postes et des communications électroniques l'obligation, pour les opérateurs de téléphonie mobile et fixe, « *de proposer à un tarif raisonnable à leurs abonnés les offres permettant à ces derniers de conserver leur numéro géographique lorsqu'ils changent d'opérateur sans changer d'implantation géographique et de conserver leur numéro non géographique, fixe ou mobile, lorsqu'ils changent d'opérateur tout en demeurant en métropole, dans un même département d'outre-mer, à Mayotte ou à Saint-Pierre-et-Miquelon* ». La loi n°2005-882 du 2 août 2005, relative aux petites et moyennes entreprises, a par ailleurs précisé que cette offre devait permettre à l'abonné de changer d'opérateur tout en conservant son numéro dans un délai de dix jours. Il s'agissait là de transposer la directive n°2002-22 CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et des services de communication électronique.

Il s'agit là de permettre aux abonnés de changer d'opérateur sans changer de numéro, ce qui se justifie évidemment par des impératifs liés à la concurrence. En effet, changer de numéro de téléphone est un handicap, surtout pour les professionnels ; et, par ailleurs, le passage du monopole de France Télécom à un marché concurrentiel de la téléphonie fixe n'est possible que si les abonnés ne sont pas découragés de partir de chez l'opérateur historique. Le coût de sortie que constituait le changement de numéro de téléphone est donc anéanti.

S'il s'agit là de supprimer un coût physique de sortie, il faut remarquer que le pouvoir exécutif est allé encore plus loin, puisque le décret n°2006-82 du 27 janvier 2006 a inscrit, à l'article D.406-19 du Code des postes et des communications électroniques, l'interdiction pour l'opérateur donneur (i.e. l'opérateur de départ) de facturer les coûts de portage à l'abonné.

802. ***Coûts financiers***<> Mais le législateur est aussi intervenu pour supprimer des coûts financiers de sortie du réseau. Il l'a fait notamment en matière de comptes bancaires, et, plus précisément, de comptes de dépôt. Ainsi, la relation entre la banque et ses clients peut être considérée comme une relation réticulaire. En effet, la puissance de la banque dépend du nombre de ses clients, et, surtout, du volume des dépôts qu'ils effectuent auprès de la banque, et qui permettront à cette dernière d'agir sur les marchés monétaires et

financiers. Pour dissuader les clients de clôturer leurs comptes, les banques avaient mis en place, depuis quelques années, des frais de clôture. Il s'agissait là d'un frein à la mobilité des clients entre les banques, néfaste à la fluidité du marché et donc à la concurrence. La loi de finances pour 2005 a donc inscrit, à l'article L.312-1-1, I al.7 du Code monétaire et financier, le principe de la gratuité de la clôture des comptes de dépôt¹²³⁹. Ce texte énonce, en effet, qu' « *aucun frais ne peut être prévu par la convention de compte de dépôt ni mis à la charge du client au titre de la clôture* » du compte.

803. **Conclusion de la Sous-Section 1**<> La notion même d'économie de réseau repose sur la captivité de la clientèle assurée par la gratuité lors de l'adhésion et des coûts de sortie. La constitution des réseaux, grâce à la gratuité, est libre. Si les coûts de sortie sont *a priori* licites, il apparaît que le législateur commence à percevoir leurs dangers pour la mobilité du marché et donc pour la concurrence, ce qui explique quelques interventions ponctuelles visant à les supprimer. On peut penser que ce mouvement s'amplifiera dans les prochaines années.

Un autre grief est porté contre la gratuité dans la nouvelle économie : elle concurrencerait de façon déloyale l'économie traditionnelle payante.

SOUS-SECTION 2 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE FACE À L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DE LA CONCURRENCE

804. Une critique est souvent formulée, dans les média généralistes, à l'encontre de la gratuité lorsqu'elle est offerte à titre principal par des professionnels : elle concurrencerait déloyalement les activités traditionnelles. Cette allégation a pu émaner, par exemple, de la presse payante à l'encontre de la presse gratuite¹²⁴⁰, et ce alors que les

¹²³⁹ N.B. : ce principe ne s'applique donc pas aux comptes courants, ce qui révèle, peut-être, des motivations consuméristes en plus des motivations d'ordre concurrentiel.

¹²⁴⁰ Voir ainsi Libération du 19 février 2002, , dont la une titrait « *Gratuits, Méfiez-vous des contrefaçons* », et l'éditorial de Serge JULY. Selon ce dernier, les journaux gratuits seraient nés pour des raisons fiscales et ne pourraient exister que grâce à la suppression des journalistes. S'il est vrai que l'information n'y est pas forcément analysée (mais les journalistes sont-ils vraiment légitimes pour analyser l'information qu'ils donnent ?), il n'empêche que les journaux gratuits la livrent tout autant que les journaux payants. Les raisons de leur naissance tiennent davantage à la volonté d'être lus par un public le plus large possible qu'à des raisons fiscales. Quant aux « *grands quotidiens nationaux payants* », leur prix est déjà très largement subventionné

journaux payants fonctionnent de la même manière que les gratuits, à la différence près que la publicité ne les finance pas intégralement. Elle a pu, également, être invoquée à l'encontre des logiciels permettant de téléphoner gratuitement.

La concurrence par les prix est, à l'évidence, considérée comme loyale. Elle est, en effet, l'expression de la liberté des prix¹²⁴¹. Le seul fait de pratiquer des prix inférieurs à ceux de ses concurrents ne saurait donc être constitutif d'un acte de concurrence déloyale. Mais une telle affirmation est-elle encore possible lorsqu'un professionnel offre, de manière habituelle, ses prestations gratuitement ? Dans la mesure où il ne saurait y avoir de concurrence déloyale sans faute, une telle question revient à s'en poser une autre : le fait d'offrir des biens ou des services gratuitement constitue-t-il une faute envers ses concurrents ?

Certaines décisions semblent inviter à une distinction liée à la périodicité de l'offre gratuite, dont la pertinence nous semble devoir être contestée (§1). En effet, la loyauté de la concurrence semble davantage fonction de la technique de financement de l'offre gratuite (§2).

§1 : LOYAUTÉ DE LA CONCURRENCE ET CARACTÈRE PERMANENT OU TEMPORAIRE DE L'OFFRE GRATUITE

805. La jurisprudence a rarement eu à se prononcer sur le lien entre prestations offertes gratuitement et concurrence déloyale. Une décision a cependant laissé entendre que des prestations fournies fréquemment à titre gratuit pourraient caractériser une désorganisation, constitutive de concurrence déloyale (A). Le critère de la fréquence de l'offre gratuite est cependant contestable (B).

par la publicité, comme pour les gratuits, mais est aussi victime du monopole anachronique accordé aux NMPP dans la distribution de la presse. Remarquons, enfin et surtout, que les journaux gratuits appartiennent, dans leur majorité, à des groupes de presse propriétaires des grands quotidiens payants.

¹²⁴¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T1, vol. 1, par L. VOGEL, 18^{ème} éd., 2001, n° 723.

A. La fréquence de l'offre gratuite, critère de la désorganisation

806. ***Distribution gratuite de baguettes de pain***<> La Cour d'appel de Riom a eu à connaître d'une offre promotionnelle par laquelle un supermarché d'Aurillac avait offert une distribution gratuite de 5 000 baguettes de pain, sans obligation d'achat, et dans la limite d'une par personne¹²⁴². Nous avons déjà rencontré cette décision lors de l'étude du lien entre la gratuité et les notions de revente à perte et de vente avec prime¹²⁴³. Nous nous focaliserons ici sur l'action en concurrence déloyale diligentée par la Confédération nationale de la boulangerie et boulangerie-pâtisserie française.

Selon les demandeurs, le fait d'offrir une distribution gratuite de baguettes de pain constituait une désorganisation du marché qui causait un préjudice aux boulangers de la ville. En effet le jour de l'offre en question, il est probable que de nombreux aurillacois, au lieu d'acheter leur pain dans leur boulangerie, sont allés chercher une baguette gratuite à Euromarché, enseigne qui proposait cette offre. Le tribunal de commerce d'Aurillac, dans une décision du 4 avril 1989, fit droit à leur demande. Sa décision fut infirmée par la Cour d'appel de Riom, qui estima que « *ne constitue pas un acte de concurrence déloyale le fait par la société exploitant un supermarché de faire paraître une annonce indiquant qu'elle procéderait à la distribution gratuite de baguettes de pain à raison d'une par personne et sans obligation d'achat, dès lors que, par son caractère unique*¹²⁴⁴, cette distribution n'a pas désorganisé le marché du pain de la ville concernée en détournant à son profit les clients habituels des autres boulangers ». Ainsi, le caractère unique, ponctuel, de l'offre permet de rejeter la désorganisation du marché, la Cour d'appel précisant que « *même si la quantité de pains distribuée est importante, seule la répétition de cet acte provoquerait la désorganisation du marché local du pain en détournant les clients des boulangers plaignants* ». Cette approche a pu être critiquée, car elle consiste à nier la désorganisation ponctuelle du marché¹²⁴⁵ ; elle le fut devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui rejeta pourtant le pourvoi, estimant que « *la Cour d'appel n'encourt pas le grief du moyen pour avoir recherché si les circonstances de la cause caractérisaient une*

¹²⁴² Riom, 6 juin 1990, D. 1992, somm. 47 obs. Izorche ; Juris-Data 1990-604598

¹²⁴³ Voir *supra*, n°663 et s.

¹²⁴⁴ Nous soulignons

¹²⁴⁵ M.-L. IZORCHE, obs. préc.

faute constitutive de concurrence déloyale »¹²⁴⁶. Une telle solution ne peut que laisser perplexe, le contrôle de la faute délictuelle ressortissant à la Cour de cassation¹²⁴⁷.

807. **Désorganisation générale du marché**<> La question qui nous intéresse ici est celle de la désorganisation générale du marché¹²⁴⁸, c'est-à-dire des comportements qui affectent l'ensemble d'une profession¹²⁴⁹. La désorganisation du marché « *consiste pour l'essentiel en la pratique de prix anormalement bas pour éliminer tous les concurrents* »¹²⁵⁰. Ceci dit, le seul fait de pratiquer des prix anormalement bas n'est pas suffisant pour caractériser un acte de concurrence déloyale¹²⁵¹, la concurrence par les prix ne pouvant être qualifiée de déloyale¹²⁵². En revanche la concurrence par les prix désorganise le marché lorsqu'elle révèle la violation d'un devoir de loyauté¹²⁵³, soit parce qu'elle résulte d'une violation de la loi, soit parce qu'elle résulte d'une pratique de prix d'appel¹²⁵⁴, défini comme celui par lequel un distributeur « *adopte un niveau de marge si faible et dispose de quantités tellement insuffisantes que les avantages à attendre ne peuvent être en rapport avec l'action de promotion engagée* »¹²⁵⁵. Relativement à ce dernier point, il n'y a, semble-t-il, aucune raison de distinguer la vente à bas prix de la distribution gratuite. Si une distribution gratuite n'est possible que grâce à une politique de « prix » d'appel, la faute devrait être reconnue.

Cependant, un élément constitutif du prix d'appel est la faible quantité des produits offerts à bas prix, qui va inciter les consommateurs à acheter d'autres produits qui, eux, ne bénéficient pas d'un rabais. La question qui se pose alors est de savoir si la distribution

¹²⁴⁶ Com. 25 févr. 1992, n° 90-17937

¹²⁴⁷ Voir, entre autres, Civ. 1^{ère}, 28 févr. 1910, DP 1913.1.43 ; S.1911.1.329, note Appert ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, n°115 ; Civ. 2^{ème}, 16 juillet 1953, JCP 1953.II.7792, note Rodière ; Civ. 2^{ème}, 24 nov. 1955, D. 1956.163 ; Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1965, GP 1966.1.184 ; RTD Civ. 1966.295, obs. Rodière.

¹²⁴⁸ Par opposition à la désorganisation d'une entreprise concurrente. Cf. Y. SERRA, *Rep. Com.* v° Concurrence déloyale, 2004 — G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T1, vol. 1, par L. VOGEL, n° 757 — D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, Armand Colin, coll. U, 2005, n°825 et s.

¹²⁴⁹ Y. SERRA, fasc. préc. n°193

¹²⁵⁰ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, coll. U, 3^{ème} éd., 2005, n°278.

¹²⁵¹ Com. 6 déc. 2005, Contrats Conc. Consom. 03/2006, n°48, obs. Malaurie-Vignal.

¹²⁵² M. TEXIER, *La désorganisation*, Th. Perpignan, 2005.

¹²⁵³ M. MALAURIE-VIGNAL, obs. préc. ; *Droit de la concurrence interne et communautaire*, op. cit.

¹²⁵⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, *ibid.*

¹²⁵⁵ Circulaire Monory du 22 septembre 1980 — G. RAYMOND, J. Cl. Com. fasc. 942, *Promotion des ventes par une action directe sur les prix*, n°34.

gratuite ne doit être sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale que lorsqu'elle présente ces mêmes caractéristiques. Il est vrai qu'en matière de vente, les prohibitions de la revente à perte et de la vente à prix abusivement bas permettent de prévenir des politiques de prix agressives qui ne rempliraient pas les conditions du prix d'appel. L'offre de distribution gratuite, de son côté, devrait être considérée comme fautive même si elle ne remplit pas les conditions posées en matière de prix d'appel : si la concurrence par les prix est légitime, la concurrence par la gratuité l'est beaucoup moins. Reste à savoir comment distinguer les distributions gratuites fautives et les distributions gratuites non fautives.

B. La fréquence de l'offre gratuite, critère contestable de la désorganisation du marché

808. *La fréquence de l'offre, critère flou*<> En insistant sur la périodicité de l'offre, et sur la distinction entre l'unicité et la répétition de l'offre de distribution gratuite, l'arrêt de la Cour d'appel de Riom semble considérer l'impact sur le marché de l'acte de désorganisation, admettant qu'un acte de désorganisation n'ayant qu'une faible portée sur le marché (parce que limité à un seul jour) ne soit pas sanctionné par la responsabilité civile. En réalité, une telle considération est sans doute moins pertinente dans la caractérisation de la faute que dans celle du préjudice ; et on comprend alors les réserves que cet arrêt avait pu susciter¹²⁵⁶. Par ailleurs, si l'offre de distribution gratuite unique n'est pas fautive, et si la répétition de la pratique l'est, à partir de quand considèrera-t-on qu'il y a faute ? Il est à peu près certain qu'un supermarché qui proposerait du pain gratuitement tous les jours serait en faute. Mais qu'en sera-t-il si, tout en maintenant son caractère exceptionnel, il répète l'opération promotionnelle cinq ou dix fois par an ? La fréquence de proposition de l'offre de distribution gratuite est, on le voit, un critère flou, ce qui peut être gênant pour la sécurité juridique.

809. *Un critère inapproprié*<> Mais le problème le plus important découlant de l'arrêt de la Cour d'appel de Riom est qu'il sème le doute sur la possibilité de voir une

¹²⁵⁶ M.-L. IZORCHE, obs. préc. : « On peut regretter que la cour d'appel n'ait pas fait référence, ici, au nombre de clients visés par l'opération, ou plutôt à la proportion de la clientèle dissuadée ce jour-là de s'adresser à son fournisseur habituel car, si cette proportion est importante, il n'est peut-être pas nécessaire qu'il y ait répétition pour que la pratique litigieuse puisse être considérée comme fautive ».

prestation marchande proposée durablement à titre gratuit. Y a-t-il toujours désorganisation du marché lorsque des biens ou des services sont proposés gratuitement de façon permanente ? Si tel était le cas, de nombreux professionnels proposant des biens et des services gratuitement sur Internet seraient aujourd'hui en faute. La question de la désorganisation du marché mérite sans doute davantage de réflexion et, peut-être, un autre critère, lié la technique de financement de l'offre gratuite.

§2 : LOYAUTÉ DE LA CONCURRENCE ET TECHNIQUE DE FINANCEMENT DE L'OFFRE GRATUITE

810. Si la distribution gratuite peut constituer une faute et entraîner la condamnation de l'acteur de gratuité pour concurrence déloyale, c'est, comme nous l'avons vu, parce qu'elle désorganise le marché. En d'autres termes, le prix du bien en question n'est plus fixé par la loi du marché, celle de l'offre et de la demande. En effet, les prestations fournies gratuitement ont un coût, et une réelle valeur marchande. S'il est possible de les fournir gratuitement, c'est donc uniquement en assurant leur financement par d'autres prestations, qui, elles, sont fournies à titre onéreux. Nous avons vu que ces mécanismes ne permettaient pas de nier la gratuité de l'acte¹²⁵⁷. Ce n'est pas pour autant que la véritable gratuité qui en est issue est forcément loyale.

Pour savoir si la gratuité est ou non fautive, il faut donc savoir qui paye pour les bénéficiaires de la gratuité. Si les payeurs ont conscience de financer la gratuité, il n'y a, *a priori*, aucune raison de contester la loyauté de la pratique (A). Au contraire, si les personnes qui financent indirectement la gratuité le font inconsciemment, la désorganisation du marché semble patente (B).

A. La concurrence loyale en présence d'un financement volontaire de la gratuité par l'annonceur

¹²⁵⁷ Voir *supra*, n°222 et s.

811. « **Déplacement** » du marché<> Si de nombreuses prestations sont fournies gratuitement, c'est parce qu'elles sont financées par de la publicité. Il en va ainsi de la presse gratuite comme de la plupart des services offerts gratuitement sur Internet. Ainsi, les logiciels permettant de téléphoner gratuitement, tels que MSN, Skype ou Yahoo Messenger laissent apparaître une fenêtre indiquant : « *cette conversation vous est offerte par X...* ». Il est vrai que l'écran d'un ordinateur est un très bon panneau d'affichage, car il permet à l'annonceur de pénétrer chez ses clients potentiels. Il s'agit là d'une technique de sponsoring ; seule la marque apparaît, et l'annonceur fait parler de lui à propos d'un sujet tout autre : une conversation téléphonique gratuite entre deux personnes éventuellement situées à plusieurs milliers de kilomètres l'une de l'autre.

Peut-on considérer que les entreprises qui exploitent ces logiciels concurrencent les opérateurs de téléphonie de façon déloyale, qu'elles désorganisent le marché ? Une réponse négative semble devoir s'imposer. Certes, le marché du service en question, dans notre exemple, la téléphonie, est affecté, voire désorganisé. Mais c'est parce qu'il y a là un « déplacement » du marché : d'un marché des services téléphoniques payants on passe à un marché de l'annonce publicitaire dont le support sera une conversation téléphonique gratuite. Le terme de « *désorganisation du marché* » est trompeur¹²⁵⁸. S'il procède d'une théorisation de la jurisprudence¹²⁵⁹, cette dernière n'a jamais été jusqu'à vouloir figer le marché, qui est par essence dynamique et précaire. Les valeurs, en effet, se déplacent, les marchés disparaissent et sont remplacés par d'autres, étant entendu, en dernier ressort, que l'économie a pour but la lutte contre la rareté¹²⁶⁰, et que cette dernière peut, parfois, être gagnée.

Il n'y a, par ailleurs, rien de déloyal à faire financer une prestation gratuite par des tiers, les annonceurs, qui savent pertinemment qu'ils financent le service, dans le but d'être vus par ses utilisateurs. La critique contre la gratuité est d'autant plus mal venue qu'elle est

¹²⁵⁸ voir, en ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2006, n°537 : « *Imaginons une entreprise qui pratique des prix bas, bien inférieurs à ceux de ses concurrents ; elle entend même, par ce moyen, exclure ces derniers du marché. Elle prend ses risques. Il n'y a là rien d'illicite, en dépit de la « désorganisation » du marché qui en résulte nécessairement* ».

¹²⁵⁹ P. ROUBIER, *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, RTD Com. 1948.541

¹²⁶⁰ Voir la définition de l'économie donnée par Lord Robins dans les années 30 : « *L'économie est une science qui étudie les comportements humains en tant que rapports entre des fins et des moyens rares à usages alternatifs* ». P. GARELLO, *Notes sur l'analyse Droit-Économie dans une perspective autrichienne*, Cours, DEA de Droit Privé Fondamental, Montpellier, 2001.

souvent dirigée par des journaux payants contre les journaux gratuits, alors que les premiers utilisent également très largement la technique du financement par la publicité¹²⁶¹. Le fait de proposer gratuitement aux consommateurs un service jusque là payant ne semble donc pas déloyal, dès lors que le service n'est pas financé par ces derniers. Il en va certainement différemment dans cette dernière hypothèse.

B. La concurrence déloyale dans l'hypothèse d'un financement involontaire de la gratuité par la clientèle

812. **Atteinte à la transparence**<> Si l'on reprend l'exemple d'un supermarché qui fournit gratuitement un produit à sa clientèle, sans obligation d'achat¹²⁶², on peut remarquer que l'on est, là aussi, dans une hypothèse de « subvention interne » : la distribution gratuite est financée par les marges réalisées sur la vente des autres produits du magasin. Mais, à la différence de l'hypothèse précédente, celui qui supporte le coût de la distribution gratuite, c'est-à-dire le consommateur, le fait de façon purement involontaire. Pour rester dans l'exemple d'une distribution gratuite de baguettes de pain, le client qui vient faire ses courses dans le supermarché et qui, pour une raison quelconque, ne souhaite pas bénéficier de l'offre gratuite, va payer pour ceux qui en bénéficient. Certes, ce paiement sera, la plupart du temps indolore, mais on peut remarquer qu'il désorganise bien le marché. En particulier, cette pratique nuit à la transparence du marché, qui est l'une des conditions de la concurrence pure et parfaite, qui reste, en théorie, l'objectif à atteindre. En effet, les consommateurs ne savent plus ce qu'ils payent : si, lorsqu'ils payent pour un produit, le prix tient compte d'un grand nombre d'offres promotionnelles qu'il doit permettre d'amortir, il n'y a plus aucune transparence.

813. **Lutte contre l'inflation**<> Par ailleurs, un autre objectif du droit de la concurrence est mis à mal par de telles pratiques : il s'agit de la lutte contre l'inflation. Cette dernière ne peut être menée que dans un marché entièrement libre, dans lequel une multitude d'offreurs sont en concurrence. Il est évident que le marché français de la grande

¹²⁶¹ J.-Cl. TEXIER, *Le rôle de la presse gratuite dans la consommation*, Rev. Conc. Consom. avr.- mai- juin 2005, p. 9 et s., spec. p. 13. L'auteur, remarquant que le prix des journaux payants est largement réduit grâce à la publicité, a cette phrase : « *Les payants sont des gratuits qui s'ignorent au moins partiellement* ».

¹²⁶² Sous peine de tomber sous le coup de la prohibition de la vente avec prime.

distribution ne répond pas à ces conditions, autrement dit qu'il n'est pas concurrentiel¹²⁶³, du fait de la protection accordée aux enseignes installées par la loi Royer¹²⁶⁴. *A priori*, il n'est pas dans l'intention du législateur de remettre en question les règles relatives à l'établissement des grandes surfaces de distribution. Officiellement, il s'agit de protéger le petit commerce contre la grande distribution. En pratique, ce dispositif a eu pour effet de protéger la grande distribution française contre la grande distribution étrangère.

Ceci dit, les pouvoirs publics entendent agir pour imposer la baisse des prix dans la grande distribution. C'est ainsi que la loi n°2005-882 du 2 août 2005 a abaissé le seuil de la revente à perte, pour tenir compte des marges arrière. La lutte contre la hausse des prix passe donc par des artifices eux-mêmes rendus nécessaires par le caractère non-concurrentiel du marché. Parmi l'arsenal juridique permettant de sanctionner les pratiques qui aboutissent à la hausse des prix figure, entre autres, la prohibition de la pratique des prix d'appel, qui constitue une désorganisation du marché et donc un acte de concurrence déloyale.

814. **Désorganisation du marché - vente**<> En matière de vente, il y a désorganisation du marché lorsque le vendeur utilise une technique de promotion interdite (revente à perte, vente à prix abusivement bas, vente avec prime), ou lorsqu'il emploie une technique qui ne fait pas directement l'objet d'une interdiction, mais qui est considérée comme une faute civile. Il en va ainsi lorsqu'il utilise les techniques de prix d'appel ou de dumping¹²⁶⁵. Dès lors, le fait de vendre à bas prix un bien, sans passer par l'une de ces techniques est licite, compte tenu du principe selon lequel la concurrence par les prix est libre.

815. **Désorganisation du marché – gratuité**<> En matière de distribution gratuite, le raisonnement ne peut être le même. En effet, les distributions gratuites ne

¹²⁶³ Voir en ce sens M. GLAIS, *des structures de marché responsables des dérives constatées dans le jeu des relations fournisseurs/distributeurs*, PA 1^{er} juill. 2005, p. 40.

¹²⁶⁴ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 4^{ème} éd., 2006, n°44 : « Le bilan des interventions de [la commission départementale d'équipement commercial] a eu pour effet de protéger les grandes enseignes de distribution bien implantées contre la concurrence notamment étrangère, que les petits distributeurs contre la concurrence de la grande distribution » —M. GLAIS, comm. préc. : « Force est alors de constater que le caractère figé de la configuration actuelle du marché de la grande distribution alimentaire constitue le résultat de la législation adoptée en 1973 et renforcée en 1996 (...) Cette législation a tout d'abord conduit à créer une inélasticité artificielle de l'offre des linéaires et à créer au profit des enseignes en place des rentes de situation fondées sur la rareté des débouchés offerts aux fournisseurs

¹²⁶⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, n°279.

sauraient être sanctionnées sur le terrain de la revente à perte ou de la vente à prix abusivement bas¹²⁶⁶, faute de vente¹²⁶⁷. Or la publicité pour l'offre gratuite pourra être utilisée pour attirer les consommateurs et pratiquer une dérive des ventes, et ce même si les conditions de la technique du prix d'appel ne sont pas remplies. En particulier, même si le distributeur propose l'offre gratuite en quantité suffisante, il semble que la pratique puisse être considérée comme déloyale. Le caractère unique ou répété de l'opération ne devrait pas être considéré dans l'appréciation de la faute, mais seulement dans celle du préjudice subi par les concurrents.

816. **Conclusion de la sous-section**<> Le fait de proposer, à titre habituel, des prestations gratuites n'est pas, *ipso facto*, constitutif d'un acte de concurrence déloyale par désorganisation du marché. Tout dépend de la technique de financement de la prestation offerte gratuitement. Le fait de faire financer des prestations à titre gratuit par de la publicité ne devrait pas être considéré comme déloyal. Au contraire, le fait de pratiquer une « *subvention interne* » par laquelle les marges réalisées sur certains produits permettent de financer la gratuité semble plus catégoriquement déloyal.

817. **Conclusion de la section**<> Si la gratuité est présente dans le réseau, entre l'organisateur du réseau et ses affiliés, cette gratuité n'est pas considérée par le droit comme néfaste au libre jeu de la concurrence. Il convient désormais de voir si elle peut être considérée comme néfaste au consommateur.

SECTION 2 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

818. On l'a vu, le rapport professionnel-consommateur est considéré comme un rapport de domination, dans lequel le dominé, le consommateur, est protégé contre l'habileté commerciale du commerçant, par nature suspecte. La gratuité n'échappe pas à cette suspicion lorsqu'elle se déploie sur le réseau. Elle peut se révéler dangereuse pour les consommateurs sous certains aspects. Or cette gratuité là, qui est permanente, n'est pas

¹²⁶⁶ Voir *supra*, n°663 et s.

¹²⁶⁷ M.-L. IZORCHE, obs. ss. Riom, 6 juin 1990, préc.

prise en considération par le droit de la consommation. Cette discipline est, en effet, réactive : elle règlemente des comportements spécifiques après leur apparition sur le marché, et après avoir pris toute la mesure de leur dangerosité. Le caractère récent du développement de la gratuité dans l'économie de réseau nous permet donc de comprendre pourquoi le législateur ne s'est pas encore intéressé à la question. Les dangers que la gratuité réticulaire fait peser sur le consommateur appellent donc des solutions nouvelles, dont certaines sont en cours d'élaboration (Sous-Section 1).

Pour autant, il ne faut pas croire que les nouvelles formes de gratuité soient néfastes aux consommateurs. L'économie de réseau impose un renversement total de logique dans l'appréhension des rapports entre professionnels et consommateurs. À la relation verticale par laquelle un sachant apporte des biens et des services à un profane passif est en train d'être substituée une relation horizontale, égalitaire, entre l'organisateur d'un réseau et ses affiliés qui, grâce à l'outil informatique, ont tous les moyens pour se renseigner. La fin du déséquilibre informationnel, ou, plus exactement, sa relativisation, appelle une remise en cause totale de notre appréhension des rapports entre professionnels et consommateurs. Par-dessus tout, elle appelle à un abandon de la vision antagoniste de ce rapport, et, par conséquent, à un abandon de la méfiance envers la gratuité (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LES DANGERS DE LA GRATUITÉ POUR LE CONSOMMATEUR DANS L'ÉCONOMIE DE RÉSEAU

819. Les questions de la protection du marché et de la protection des consommateurs sont souvent liées. En effet, le consommateur bénéficie souvent de la protection du marché. La distinction entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence semble alors ténue, et le recours à la notion plus vaste de droit du marché semble devoir s'imposer. Par exemple, si la prohibition des ventes avec prime relevait initialement du droit de la concurrence, elle a été codifiée dans le Code de la consommation en 1992, et inscrite dans le Code de commerce en 2000, si bien qu'elle apparaît à la fois comme une disposition de droit de la concurrence et de droit de la consommation.

En réalité, les consommateurs ont intérêt à ce que le marché soit libre et produise pleinement ses effets. La concurrence est avant tout favorable aux consommateurs, grâce à la pression désinflationniste qu'elle fait peser sur l'économie. Dès lors, la protection du consommateur face à la gratuité en réseau pose des questions que nous avons déjà traitées lors de l'étude de la protection du marché. En particulier, les questions liées à la captivité du marché intéressent, bien évidemment, le consommateur. La suppression de certains coûts de sortie, notamment en matière de comptes de dépôt, va donc dans le sens de la protection des consommateurs même s'il convient de constater que sa raison d'être repose dans la volonté de rendre le marché plus fluide¹²⁶⁸.

Mais il existe des questions plus spécifiques à la protection des consommateurs, dont on pourra se demander si elle est suffisante en l'état actuel du droit positif¹²⁶⁹. Ces questions sont celle de la transparence des prix (§1) et celle des garanties et des recours dans l'hypothèse d'un service défectueux (§2).

§1 : LE PROBLÈME DE LA TRANSPARENCE DES PRIX

820. S'il est un lieu commun de dire que l'on est, depuis plusieurs années, dans une économie de services, il convient de préciser que l'une des illustrations de ce phénomène réside dans le fait que certains professionnels proposent des services liés entre eux. Ils sont alors encouragés à proposer des formules dans lesquels plusieurs services sont fournis moyennant un prix unique. Il s'agit des offres « *tout compris* ». Ces offres présentent certains dangers pour les consommateurs. Il est possible, en effet, d'éluder de l'offre des services pourtant nécessaires à la bonne réalisation du service principal, comme, par exemple, l'assistance téléphonique (A). À l'inverse, il est possible de fournir une pluralité de services distincts les uns des autres mais pourtant liés. Là encore, la gratuité handicape la transparence, comme par exemple en matière de gestion des instruments de paiement (B).

¹²⁶⁸ Voir *supra*, n°801 et s.

¹²⁶⁹ Ceci rejoint la question posée par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes lors de son atelier du 4 décembre 2004, *Gratuité et consommation*, dont les actes sont publiés à la Rev. Conc. Consom. avr.-mai-juin 2005.

A. Les limites du tout compris : l'exemple des *hotlines*

821. ***La facturation du temps d'attente, danger pour le consommateur***<> Les contrats de fourniture d'accès à l'Internet permettent souvent d'accéder à de nombreux services parfois présentés comme gratuits, dont nous avons vus qu'ils étaient, en réalité, compris dans le prix de l'accès à l'Internet. Ces contrats ne sont donc pas gratuits, mais reposent sur l'argument de la gratuité. L'argument est d'autant plus probant que le prix de l'abonnement apparaît généralement comme très nettement inférieur à l'addition du coût des différents services fournis par les fournisseurs d'accès.

Cependant, les fournisseurs d'accès financent cette apparente gratuité par des services annexes onéreux, non compris dans l'offre et pourtant nécessaires à la bonne exécution du contrat. En particulier, ils proposent des services d'assistance téléphonique, appelés *hotlines*, qui, eux, sont payants. Leur prix est proportionnel à la durée de la conversation, ce qui a poussé des associations de consommateurs à demander la gratuité de ces services. Fréquemment, en effet, l'abonné est reçu par un disque lui demandant de bien vouloir patienter, parfois pendant plusieurs dizaines de minutes. Pendant ce temps là, la facture téléphonique du client augmente considérablement, et ce au profit du fournisseur d'accès.

822. ***Intervention du gouvernement***<> Le gouvernement s'est montré sensible à ce problème. Le ministre délégué à l'industrie, M. François LOOS, a pris un arrêté imposant aux fournisseurs d'accès d'informer le consommateur sur les prix des appels vers les services d'assistance téléphonique¹²⁷⁰. L'information doit porter sur le tarif global de la prestation sollicitée et de la communication téléphonique susceptible d'être facturée.

Mais M. LOOS veut aller plus loin et faire en sorte que les fournisseurs d'accès proposent de tels services gratuitement. Des négociations sont en cours à ce propos, mais, d'ores et déjà, la menace d'une obligation légale a été proférée. La gratuité devait être obligatoire à la fin de l'année 2006¹²⁷¹. De son côté, l'AFA, Association des fournisseurs d'accès

¹²⁷⁰ A. 16 mars 2006 relatif à l'information sur les prix des services d'assistance des fournisseurs de services de communications électroniques, JO 19 mars 2006, p. 4144.

¹²⁷¹ cf. *Le Figaro*, 18 mars 2006

Internet, s'oppose à une telle mesure, qui représenterait un manque à gagner cruel pour l'équilibre économique des fournisseurs d'accès. On voit là une limite du transfert de financement opéré par certains professionnels entre des prestations proposées à des prix sous-évalués et d'autres qui, pour financer ces dernières, sont, au contraire, sur-évaluées.

823. **Les limites du « tout compris »**^{<>} Le jeu opéré par les professionnels, consistant à offrir certaines prestations gratuitement ou à très faible prix, pour gagner des clients, tout en augmentant le prix d'autres prestations pour compenser le manque à gagner, perturbe le marché et les consommateurs en nuisant à la transparence des prix, et donc à la possibilité, pour les consommateurs, de comparer les offres concurrentes. Plus précisément, les services multiples qui reposent sur des offres tout compris doivent inclure, dans l'offre, les services nécessaires aux consommateurs, de façon à ce que ces derniers ne soient pas piégés par le contenu de l'offre.

Le droit de la consommation ne régit pas, pour le moment, ce problème des limites du « tout compris ». Pourtant ce dernier a tendance à se développer dans bon nombre de secteurs (voyages, télécommunications, Internet). Il convient donc de remarquer que les services d'assistance doivent faire partie de ces offres, et que le législateur est sur le point d'agir en ce sens. Les contrats de service de droit commun tendraient alors à se rapprocher du droit des contrats de distribution¹²⁷².

De la même manière, lorsque des services liés sont proposés indépendamment les uns des autres, la gratuité nuit à la transparence du marché et empêche les consommateurs de faire jouer la concurrence par une comparaison des services qui leur sont proposés. Il en va ainsi dans le secteur bancaire.

¹²⁷² Sur l'assistance dans les contrats de distribution, cf. Ph. LE TOURNEAU, *Contrats d'assistance*, J. Cl. Contrats Distribution, fasc. 2040 — Sur les contrats d'assistance et de fourniture : D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 4^{ème} éd., 2006, n°570 et s. — J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, *Les contrats d'assistance et de fourniture*, D.1973, chr. p. 197.

B. Les limites de la gratuité de services liés : l'exemple des instruments de paiement

824. **Relation réticulaire**<> La relation entre le banquier et son client est également une relation complexe, le banquier fournissant à son client un ensemble de services : tenue du compte, octroi de moyens de paiement, fourniture de crédit sous diverses formes, de produits d'épargne, d'assurance, de garanties, etc. Cette relation est par ailleurs soumise, sous bien des aspects, au droit de la consommation, tout au moins en matière de comptes de dépôt¹²⁷³. Il s'agit, enfin, comme nous avons déjà pu le noter, d'une relation réticulaire¹²⁷⁴.

825. **Rémunération des comptes à vue**<> Les comptes de dépôt, tout comme les comptes courants, sont des comptes à vue, c'est-à-dire des comptes qui « *permettent au client le retrait sur première demande du montant du solde provisoire créditeur et, donc, l'utilisation d'instruments de paiement à vue comme le chèque* »¹²⁷⁵.

L'article L.312-3 du Code monétaire et financier interdisait de verser sur ces comptes une rémunération supérieure à celle fixée par règlement du comité de la réglementation bancaire et financière. La décision à caractère général du Conseil national du crédit et du titre n°69-02 du 8 mai 1969 interdisait purement et simplement la rémunération des comptes à vue. Cette interdiction était considérée comme la contrepartie de la gratuité des services bancaires et, plus particulièrement, des chèques¹²⁷⁶. Cependant, dans une affaire célèbre, la Caixa Bank, condamnée par la Commission bancaire pour avoir proposé des comptes de dépôt à vue rémunérés¹²⁷⁷, se pourvut en cassation devant le Conseil d'État. Ce dernier sursit à statuer et posa une question préjudicielle à la Cour de justice des

¹²⁷³ S. PIÉDELIÈVRE, *Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs*, JCP E 2005.1134.

¹²⁷⁴ Voir *supra*, n°802.

¹²⁷⁵ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2006, n°886.

¹²⁷⁶ Voir pourtant S. PIÉDELIÈVRE, *chr. préc.* : ce dernier rappelle que la gratuité des chèques date d'une loi du 1^{er} février 1943, l'interdiction de la rémunération des comptes n'ayant été adoptée qu'en 1969.

¹²⁷⁷ Comm. Bancaire 16 avril 2002, Banque et Droit nov.-déc. 2002. 51 obs. Bonneau ; PA 23 oct. 2002, p. 11, note Idot ; RD banc. et fin. 2002 n° 245, obs. Stoufflet.

communautés européennes¹²⁷⁸. Il s'agissait de savoir si l'interdiction de la rémunération des comptes à vue était, comme le prétendait la Caixa Bank, contraire au droit communautaire.

Dans une décision rendue le 5 octobre 2004, la CJCE estima que l'article 43 du Traité CE « *s'oppose à la réglementation d'un État membre qui interdit à un établissement de crédit, filiale d'une société d'un autre État membre, de rémunérer les comptes de dépôt à vue libellés en euros, ouverts par les résidents du premier État membre* »¹²⁷⁹. La prohibition était donc jugée contraire à la liberté d'établissement. Les établissements de crédit ressortissants des pays membres de l'Union Européenne ne peuvent, en effet, s'établir en France que s'ils peuvent concurrencer les établissements de crédit nationaux. La rémunération des comptes à vue permet donc à la concurrence de se développer.

826. ***La fin de l'interdiction de la rémunération : une faveur pour les consommateurs***<> Au-delà des questions relatives à la liberté d'établissement, la décision de la CJCE, suivie par le Conseil d'État¹²⁸⁰ et par le gouvernement¹²⁸¹, est considérée comme favorable aux consommateurs¹²⁸², ne serait-ce que parce qu'elle favorise la concurrence entre les banques, et que le consommateur ne peut que gagner à ce que le marché bancaire soit plus concurrentiel. Nous pensons qu'il s'agit d'un pas vers davantage de transparence en matière de prix des services bancaires, ce qui devrait permettre aux consommateurs de faire davantage jouer la concurrence entre les banques, la comparaison entre leurs offres étant plus facile à établir.

827. ***La fin de l'interdiction de la rémunération, justifiée par l'onérosité des services bancaires***<> En effet, la gratuité des services bancaires est un leurre depuis de

¹²⁷⁸ CE 6 nov. 2002, D. 2002 AJ 3204 ; JCP 2003.I.119, obs. Boiteau ; *ibid.* IV.1716, obs. Rouault ; RTD Com. 2003.145, obs. Legeais ; Banque et droit mars-avril 2003.57 obs. Bonneau ; PA 6 déc. 2002 p. 6 concl. Lamy ; RFD adm. 2003.180, obs. Terneyre.

¹²⁷⁹ CJCE 5 oct. 2004, D.2005.370, note Boujeka ; D. 2004.2770, note Piédelièvre ; PA 15 juin 2005, p. 14, note Mercoli ; RTD Com. 2004. 792, obs. Legeais ; Banque et Droit janv.-févr. 2005. 66, obs. Bonneau ; Europe 2004, n°402, obs. Idot.

¹²⁸⁰ CE 23 févr. 2005, D.2005, AJ 639 ; JCP E 2005, n°11, p. 452 ; Europe 2005, n°129, obs. Saulnier-Cassia ; Banque et droit mars-avril 2005.3 concl. Aguila.

¹²⁸¹ A. 8 mars 2005, JO 16 mars 2005, p. 4494, relatif à l'abrogation des textes réglementaires interdisant la rémunération des comptes de dépôt à vue.

¹²⁸² S. PIÉDELIÈVRE, note ss. CJCE 5 oct. 2004, D.2004 p. 2770. L'auteur s'étonne de la motivation de l'arrêt de la Cour de Luxembourg, et, plus particulièrement, de la prééminence du droit de la concurrence sur le droit de la consommation. Néanmoins, l'arrêt rendu par la CJCE dépasse la seule relation de consommation, et s'applique à tous les comptes à vue, y compris aux comptes courants d'entreprise.

nombreuses années. Si le pouvoir réglementaire a imposé la gratuité des services bancaires de base par le décret n°2001-45 du 17 janvier 2001, pris pour l'application de l'article L.312-1 du Code monétaire et financier¹²⁸³, il s'avère que la plupart des services bancaires ne faisant pas partie des services de base sont payants, à l'exception de la mise à disposition des formules de chèques¹²⁸⁴. S'il a pu être allégué que la gratuité des chèques expliquait la non rémunération des comptes, cette explication, dont la pertinence n'a jamais été indubitable, est aujourd'hui sérieusement remise en cause. En effet, le traitement des chèques est nettement moins coûteux pour les banques qu'autrefois grâce au système interbancaire de télécompensation et à l'échange d'images-chèques¹²⁸⁵. Par ailleurs, le chèque n'est plus le premier instrument de paiement. Les paiements par carte bancaire l'ont supplanté, or la mise à disposition de ce dernier moyen de paiement est payante.

828. ***L'onérosité des différents services liés, instrument de comparaison***<> Les banques ont donc de plus en plus tendance à facturer leurs services, y compris les plus élémentaires (il y a, désormais, dans certains établissements, des frais de tenue de compte). Par ailleurs, elles sont également rémunérées grâce au fruit des dépôts faits par leurs clients entre leurs mains¹²⁸⁶. Il est donc normal qu'elles rémunèrent les clients pour ces dépôts. Le client pourra alors, avant d'ouvrir un compte, comparer les taux de rémunération proposés par les différentes banques, et les confronter aux commissions pratiquées pour chaque type de service. Mais, dans tous les cas, le recul de la gratuité est certainement favorable au consommateur.

En effet, si tous les services proposés par les banques, en dehors du crédit, étaient gratuits, l'interdiction de la rémunération des comptes pourrait être justifiée. Dans ce cas, aucune concurrence ne serait possible entre les banques. Si le secteur bancaire s'est retrouvé dans cette situation, il faut noter que c'était à une époque révolue où les banques étaient nationalisées, donc à une époque où la concurrence n'était pas de mise entre les différents établissements de crédit.

¹²⁸³ Les services bancaires de base sont les services que les banques sont tenues de fournir aux titulaires des comptes de dépôt. Ils sont énumérés par le décret n°2001-45 du 17 janvier 2001.

¹²⁸⁴ Art. L.131-71 c.mon.fin.

¹²⁸⁵ S. PIÉDELIÈVRE, *Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs*, JCP E 2005.1134 — M. LOERTSCHER et Th. PATERKIEWICZ, *Le chèque-image, technologie d'avenir ?* Banque déc. 1996, p. 75 — F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, n° 779.

¹²⁸⁶ Ainsi, bien sûr, que par les intérêts des différentes formes de crédit qu'elles octroient.

À partir du moment où tous les services ne sont pas gratuits, la concurrence peut s'exercer sur les prix. Le passage à cette situation s'explique, en France, par la vague de privatisations intervenue dans le secteur bancaire depuis 1986 et par la libéralisation du secteur bancaire, préalable nécessaire à la liberté d'établissement des banques européennes. Si certains services sont proposés gratuitement par les banques, il y a un risque de voir le prix des autres services augmenter artificiellement. Dans ce cas, le danger pour le consommateur est de ne pas pouvoir comparer les offres des différentes banques, parce que toutes ne factureront pas les mêmes services. Mais il faut surtout remarquer que l'interdiction de rémunérer les comptes ne permettrait à la concurrence de s'opérer que sur les commissions, avec ce risque d'un manque de transparence totale, une banque pouvant, par exemple, mettre en avant la gratuité de la carte bancaire tout en prenant des frais excessifs sur les virements. Au contraire, grâce à la rémunération des comptes, les banques vont être tentées de jouer sur le bilan coût-avantage qu'elles permettront aux clients de faire entre, d'une part, la rémunération du compte et, d'autre part, la globalité des frais et des commissions qui seront dues à la banque. Plus précisément, la fin de la gratuité imposée aux déposants devrait entraîner, d'une part, une pression à la hausse sur les taux des comptes à vue, et une pression à la baisse sur les frais.

829. ***Dangers de la gratuité réticulaire***<> L'exemple du secteur bancaire est alors révélateur des dangers de la gratuité en réseau. En effet, la relation entre la banque et ses clients peut être qualifiée de réticulaire, dans la mesure où la puissance de la banque dépend du nombre de comptes ouverts dans ses livres et, plus exactement, du montant des dépôts effectués par ses clients. L'apport de valeur réalisé grâce au client est donc rémunéré. Mais si cette valeur là est reconnue, c'est aussi parce que la valeur du service fourni par la banque l'est. Il y a donc un lien entre la fin de la gratuité et la rétribution de l'adhésion du client.

830. ***Des dangers marginaux***<> La gratuité réticulaire présente donc un certain risque pour les consommateurs. Ceci justifierait donc une application du principe de défaveur pour la gratuité dans le rapport de domination unissant le professionnel et son réseau de consommateurs. En particulier, la gratuité porte atteinte à la transparence des prix.

Néanmoins, il ne faut pas exagérer ces dangers. La gratuité nuit, effectivement, à la transparence du marché, mais dans des cas particuliers. Le premier danger ne concerne pas la gratuité en elle-même mais l'argument de gratuité souvent mis en avant par les professionnels proposant des offres « tout compris ». Il est en effet possible que certains services nécessaires au bon fonctionnement des services présentés comme gratuits soient onéreux, mettant en péril les prévisions budgétaires des consommateurs. L'exemple des *hotlines* est révélateur de ce danger. Le second danger concerne véritablement la gratuité : lorsque certains professionnels, comme les banques, proposent une multitude de services, facturés individuellement et séparément, la gratuité de certains d'entre eux risque de rendre délicate la concurrence par les prix.

La gratuité réticulaire présente un autre danger pour les consommateurs : la responsabilité des professionnels intervenant gratuitement sur le réseau risque d'être difficile à engager.

§2 : LES DANGERS LIÉS À LA RESPONSABILITÉ DE L'ACTEUR DE GRATUITÉ EN RÉSEAU

831. La gratuité est, nous le savons, considérée comme un motif justifiant des allègements de responsabilité contractuelle. Si ce principe n'est expressément posé par les textes que pour certains contrats, il a pu être considéré comme général et applicable à tous les contrats gratuits¹²⁸⁷. S'agissant de la gratuité en réseau, nous voyons, petit à petit, qu'elle est une composante indispensable de la nouvelle économie. Si nous avons déjà pu estimer que la responsabilité du prestataire gratuit professionnel ne devait pas être limitée, cette remarque vaut *a fortiori* dans la nouvelle économie, du fait de la pérennité de la gratuité (A). En l'occurrence, la loi semble aller largement en ce sens (B).

¹²⁸⁷ M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Th. Paris, 1941, Sirey, p. 279 cité *supra* note 846.

A. La pérennité de la gratuité dans la nouvelle économie, justification d'une responsabilité de droit commun

832. ***Caractère exceptionnel de la gratuité dans l'économie traditionnelle***<>

Dans l'économie « *traditionnelle* », c'est-à-dire dans les activités qui ne fonctionnent pas selon une logique de réseau, la gratuité a essentiellement un rôle promotionnel. Elle est donc exceptionnelle. Dans une telle configuration, nous avons vu que les limitations de responsabilité ne se justifiaient pas, le professionnel devant s'engager au même résultat, que la prestation soit fournie à titre gratuit ou à titre onéreux. Nous avons, surtout, estimé que le juge pouvait se fonder sur la qualité de professionnel du prestataire pour estimer que les limitations de responsabilité prévues par certains textes supplétifs avaient tacitement été écartées par les parties¹²⁸⁸.

833. ***Permanence de la gratuité dans la nouvelle économie***<> Il doit en aller de même, *a fortiori*, dans la nouvelle économie. La gratuité y est permanente, et résulte, essentiellement, d'un financement du service par de la publicité. L'opération est alors plus complexe : d'un côté, le prestataire fournit un service gratuit à un bénéficiaire ; de l'autre, ce même prestataire fournit, contre rémunération, un espace publicitaire à un annonceur. Le prestataire de service, qui agit en tant que professionnel, ne devrait donc pas pouvoir se prévaloir de la gratuité du service fourni pour s'exonérer de sa responsabilité ou pour l'alléger. Du reste, il n'y a pas intérêt, puisqu'il en va de la confiance en la prestation fournie, qui aura nécessairement des répercussions sur le nombre d'affiliés au réseau, et, par conséquent, sur les recettes publicitaires du professionnel.

834. ***Exonérations de responsabilité dans les contrats gratuits conclus en ligne***<> Pourtant, bon nombre de prestataires de services gratuits en ligne s'exonèrent totalement de leur responsabilité. Il en va notamment ainsi des prestataires offrant des services de stockage et de transmission de courriers électroniques, que ce soit à titre gratuit¹²⁸⁹ ou à titre onéreux¹²⁹⁰. La faible portée de l'engagement de ces professionnels

¹²⁸⁸ Voir *supra*, n°180 et s.

¹²⁸⁹ Voir ainsi les conditions générales d'utilisation de Hotmail, de Lycos (Caramail), et de Yahoo, qui reprennent à peu près les mêmes stipulations. Ainsi, l'article 17.1 des conditions d'utilisation du service Yahoo (version en vigueur en avril 2006) stipule : « *votre utilisation du service se fait à vos risques et périls.*

présente le double inconvénient de passer relativement inaperçue pour l'utilisateur et de risquer de dissuader le public de recourir à de tels services, notamment de messagerie électronique. Malgré tout, ces conditions générales sont souvent applicables à tous les pays sous réserve des dispositions légales en vigueur. Le législateur a pu intervenir de façon à protéger le consommateur, et, notamment, à lui donner *confiance en l'économie numérique*.

B. Une responsabilité encadrée pour donner confiance en l'économie numérique

835. ***Responsabilité des hébergeurs et prestataires de service de courrier électronique intervenant à titre gratuit***<> Le législateur est intervenu pour réglementer le commerce électronique, par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique. Ce texte précise, notamment, le régime de responsabilité des différents acteurs de l'Internet. Les prestataires techniques (hébergeurs, fournisseurs d'accès, moteurs de recherche) bénéficient d'une immunité de principe relativement aux contenus des données stockées sur le réseau¹²⁹¹. Le texte tient compte, dans ces principes, de la qualité de professionnel intervenant à titre gratuit. C'est ainsi que l'article 6, I, 2° de la loi du 21 juin 2004, relatif à la responsabilité des hébergeurs du fait du contenu des sites hébergés énonce que « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre*

Le service vous est fourni sur la base d'un service « en l'état » et accessible en fonction de sa disponibilité. Yahoo ! ne fournit aucune garantie expresse ou implicite, en ce y compris sans que cette énumération ne soit limitative les garanties afférentes à la qualité et la compatibilité du service à un usage spécifique, et à la non violation des règles d'utilisation du service par ses utilisateurs » (sic) ; l'article 17.2 surenchérissant : « *Yahoo ! ne garantit pas que (i) le service répondra parfaitement à vos attentes (ii) le service sera ininterrompu, opportun, sûr ou dépourvu de toute erreur (iii) les résultats qui peuvent être obtenu (sic) en utilisant le service seront exacts et fiables (iv) la qualité de tous produits, services, informations ou tout autre matériel achetés ou obtenus par vous sur le service seront à la hauteur de vos attentes, et, (v) que les défauts dans les logiciels utilisés, s'il en existe, feront l'objet d'une correction* ». L'article 17.4 ôte définitivement toute illusion à quiconque n'aurait pas encore saisi l'irresponsabilité de principe du prestataire : « *aucun conseil et aucune information, qu'ils soient oraux ou écrits, obtenus par vous de Yahoo ! ou lors de l'utilisation du service ne sont susceptibles de créer des garanties non expressément prévues par le présent accord* » (on peut tout de même, à la décharge du prestataire, supputer que les fautes de français sont dues à l'utilisation de traducteurs automatiques).

¹²⁹⁰ Voir ainsi les conditions d'utilisation de Hotmail qui prévoient une irresponsabilité de principe sans distinguer selon que le service utilisé est le service gratuit ou le service payant plus développé, appelé MSN Hotmail Plus. La gratuité développe ainsi une culture de l'irresponsabilité qui se propage à l'onérosité.

¹²⁹¹ Sur la question de la responsabilité des exploitants de moteurs de recherche relativement à leur activité publicitaire, cf. TGI Paris, 4 févr. 2005, D.2005 p. 1037, obs. Hugon.

gratuit¹²⁹², pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services ». La loi a posé un principe similaire pour les prestataires de service de courrier électronique à l'article L.32-3-3 du Code des postes et des communications électroniques, la notion de courrier électronique étant définie à l'article 1^{er}, IV de la loi du 21 juin 2004 comme « tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère »¹²⁹³.

836. **Commerce électronique gratuit**<> Mais le texte précise également la teneur des obligations contractuelles des différents prestataires de l'Internet vis-à-vis des internautes. C'est ainsi que le commerce électronique est défini par l'article 14 de la loi du 21 juin 2004 comme « l'activité par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tel que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent »¹²⁹⁴.

La notion de commerce électronique est donc très large. Elle englobe, certes, les activités commerciales réalisées par voie électronique (possibilité de commander des biens ou des services sur le site Internet d'un professionnel) ; mais elle comprend aussi, plus largement, toutes les activités relatives à l'Internet, telles que les activités d'hébergement de sites, de fourniture d'accès, de moteur de recherche, ou de fourniture de services de messagerie électronique, y compris lorsque ces services sont fournis à titre gratuit. Cette définition compréhensive est parfaitement justifiée, dans la mesure où le fait de fournir un service au public grâce à l'affichage d'une marque financée par un annonceur doit, à l'évidence, être considéré comme un acte de commerce.

¹²⁹² Nous soulignons.

¹²⁹³ Il s'agit là de la transposition de la directive n°2002/58 CE du 12 juillet 2002.

¹²⁹⁴ Nous soulignons.

Or la loi pour la confiance en l'économie numérique énonce, à l'article 15, que « *toute personne physique ou morale exerçant l'activité [de commerce électronique] est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur¹²⁹⁵ de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci* ». Ce texte a posé une règle similaire à l'article L.121-20-3 du Code de la consommation : « *le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance* ». On peut donc déduire de ces textes que le « *commerçant électronique* » est responsable sans faute de la bonne exécution du contrat conclu en ligne. Il est donc tenu d'une obligation de résultat.

837. ***Responsabilité de plein droit, même en présence de gratuité***<> Cette responsabilité de plein droit semble devoir paralyser un bon nombre de clauses limitatives ou élusives de responsabilité contenues dans de nombreux contrats conclus en ligne, notamment dans les contrats de messagerie électronique. Il est surtout notable qu'elle s'applique indépendamment du caractère gratuit ou onéreux dudit contrat, puisqu'elle concerne toutes les activités visées au premier alinéa de l'article 14 de la LEN, dans le champ desquelles entrent, sur le fondement de l'alinéa 2 de ce même texte, des activités gratuites¹²⁹⁶. La gratuité dans le commerce électronique ne bénéficie donc pas d'un régime de responsabilité de faveur.

838. Indépendamment de cette protection, les clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont, en général, considérées comme des clauses abusives dans les relations entre professionnels et consommateurs¹²⁹⁷. Par ailleurs, les clauses qui autorisent les professionnels en ligne à suspendre leur service en cas de panne ou d'opérations de maintenance ont pu, également, être considérées comme abusives¹²⁹⁸, de même que la

¹²⁹⁵ On peut se demander pourquoi le législateur utilise ce terme, dans la mesure où les activités du commerce électronique ne consistent pas nécessairement en des ventes.

¹²⁹⁶ Voir le rapport n°232 de la Commission des affaires économiques du Sénat, p. 11. La Commission mixte paritaire avait également estimé qu'il n'y avait pas lieu de distinguer selon que l'activité de commerce électronique était rémunérée ou non. Cf. M. VIVANT et alii, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, n°2717.

¹²⁹⁷ A. BÉNABENT, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, Droit privé, 10^{ème} éd., 2005, n°423.

¹²⁹⁸ TGI Paris, 21 févr. 2006, UFC Que Choisir et Association Familles de France c./ SAS Free, Juris-Data n°2006-295356.

clause prévoyant que les obligations d'un fournisseur d'accès envers ses abonnés sont toutes de moyens¹²⁹⁹.

839. **Conclusion de la sous-section 1**<> Si la gratuité en réseau présente quelques dangers pour le consommateur, il s'avère que le législateur y remédie et que ces dangers sont marginaux. Si l'on pourrait voir dans ces solutions une application du principe de défaveur pour la gratuité dans les rapports de domination, il apparaît, en réalité, que la gratuité, parce qu'elle est une composante indispensable de l'économie de réseau, s'y normalise. Certes, la gratuité n'est pas favorisée par rapport à l'onérosité, dans la mesure où les solutions dégagées, notamment en matière de responsabilité contractuelle, permettent de conclure à un alignement total du régime des contrats gratuits sur celui des contrats onéreux. Mais, précisément parce que la gratuité se normalise, et compte-tenu du fait que la structure même du réseau permet de mettre fin au rapport de domination existant entre professionnels et consommateurs, la gratuité ne saurait être découragée.

SOUS-SECTION 2 : LE DÉPASSEMENT DE L'ANTAGONISME DANS L'ÉCONOMIE DE RÉSEAU

840. En conclusion d'un colloque consacré à la concurrence dans la société de l'information¹³⁰⁰, tenu à l'Université Paris II le 3 mai 2001, le Professeur Jérôme HUET fit part d'un glossaire contenant les termes essentiels de ce débat¹³⁰¹. Au sein de ce glossaire contenant sept mots, il inséra la gratuité. Ses propos méritent d'être rapportés : *« Insuffisamment dénoncée, l'ambiance de gratuité qui entoure souvent les prestations de la société de l'information mérite d'être soulignée (...) Inutile d'insister longtemps sur ce que la gratuité comporte de perversité : dans les rapports avec les consommateurs, elle entretient la confusion car le professionnel trouve toujours un moyen de générer le profit ; et dans les rapports entre commerçants elle crée des distorsions de concurrence »*¹³⁰². Il

¹²⁹⁹ TGI Paris, 21 févr. 2006, préc.

¹³⁰⁰ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *La concurrence dans la société de l'information*, éd. Panthéon-Assas, 2002.

¹³⁰¹ J. HUET, *Conclusions*, in *La concurrence dans la société de l'information*, op. cit. p. 111.

¹³⁰² J. HUET, op. cit. p. 112.

nous semble que cette vision de la gratuité, qui correspond, à l'approche classique¹³⁰³ de la relation professionnel-consommateur, celle de la société de consommation, n'a précisément plus lieu d'être dans la société de l'information. Deux raisons nous semblent devoir expliquer ce changement d'approche. Tout d'abord, et c'est essentiel, l'information du consommateur est, grâce aux nouvelles technologies, mieux assurée (§1). Par ailleurs, la constitution par les professionnels de réseaux de consommateurs a pour effet de créer une communauté d'intérêt entre professionnels et consommateurs qui renverse nécessairement l'approche antagoniste des rapports de consommation (§2).

§1 : DE LA SOCIÉTÉ DE CONSOMMATION À LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION : LE RÉTABLISSEMENT DE L'ÉQUILIBRE INFORMATIONNEL ENTRE PROFESSIONNELS ET CONSOMMATEURS

841. ***Le déséquilibre informationnel, caractéristique de la société de consommation***<> L'existence d'un droit de la consommation protecteur des consommateurs est fondée sur l'« *infériorité juridique du consommateur* », qui résulte d'« *un déséquilibre profond entre l'entreprise qui attache de l'importance à l'aspect juridique de la relation de consommation et qui est à même de bénéficier de conseils, et le consommateur qui ne se soucie généralement pas de ce qu'il ressent comme des 'formalités'* »¹³⁰⁴. Le déséquilibre informationnel de la relation de consommation n'est pas seulement juridique, mais également matériel, dans la mesure où le consommateur n'a pas forcément la possibilité de s'informer sur la qualité des prestations qui lui sont offertes par le professionnel, sur leur prix, leur opportunité ou leur compétitivité par rapport aux offres concurrentes. C'est pourquoi l'un des objectifs du droit de la consommation, énoncé dès l'article L.111-1 du Code de la consommation, est d'améliorer la qualité du consentement du consommateur¹³⁰⁵.

Dans son acception traditionnelle, la relation de consommation est considérée comme

¹³⁰³ Cette approche classique a connu, du reste, une certaine relativisation au fil du temps, ainsi que le note, à regret visiblement, le Pr. HUET : « *Curieusement, la gratuité était pourchassée dans notre droit par la loi Royer de 1973 ; elle ne l'est plus guère depuis l'ordonnance de 1986 sur la liberté des prix, reprise dans le nouveau code de commerce* ».

¹³⁰⁴ C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002, p. 79.

¹³⁰⁵ C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *op. cit.*, p. 90.

déséquilibrée parce qu'elle oppose un sachant à un profane. Le premier serait nécessairement désireux de piéger le second, ce dernier tomberait dans tous les pièges tendus par les professionnels. La frénésie de consommation qui a caractérisé la société de consommation qui s'est développée pendant les Trente Glorieuses a pu, en outre, inciter à protéger le consommateur contre ses propres excès, eux-mêmes encouragés par les professionnels grâce à des techniques de séduction¹³⁰⁶ nécessairement diaboliques. La gratuité, de par son caractère anormal, faisait partie de ces techniques. Si le droit de la consommation n'est pas forcément très cohérent ni très efficace¹³⁰⁷ dans son appréhension de la gratuité¹³⁰⁸, il est possible d'y déceler une hostilité à l'encontre de la notion. Le caractère antagoniste de la relation de consommation laisse supposer que ce qui est bon pour le professionnel est nécessairement mauvais pour le consommateur. Or la gratuité étant intéressée, elle doit être combattue parce qu'elle doit forcément être néfaste pour le consommateur¹³⁰⁹.

842. *Le rétablissement de l'équilibre informationnel dans la société de l'information* ⇨ Cette approche doit aujourd'hui être renouvelée. En effet, le modèle économique qui a servi de base à la création du droit de la consommation aurait, selon certains auteurs, expiré. La société de consommation ne serait plus¹³¹⁰, l'heure serait à un rejet de la consommation déraisonnée, il y aurait une « *fatigue de la consommation* »¹³¹¹. L'affirmation d'un tel changement peut d'ailleurs s'appuyer sur les origines de la société de l'information. En effet, les pionniers de la micro-informatique et du développement de l'Internet pour les particuliers sont, pour beaucoup, issus de la « *contre-culture* » californienne des années soixante, ceux-là même qui, précisément, condamnaient la société de consommation¹³¹².

¹³⁰⁶ Terme utilisé par Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Armand Colin, coll. U, 2005.

¹³⁰⁷ Le manque d'efficacité de la matière est général, et provient à la fois de l'utilisation de la sanction pénale et du caractère réactif de la matière, qui sanctionne des comportements après leur apparition sur le marché, immédiatement remplacés par d'autres après l'entrée en vigueur de la prohibition. Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale interdit alors souvent, en effet, de sanctionner des comportements voisins de ceux qui sont interdits. Sur le manque d'efficacité du droit de la consommation, cf. C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, p. 88.

¹³⁰⁸ Voir *supra*, n°661 et s.

¹³⁰⁹ Voir *supra*, n°655

¹³¹⁰ M. HENOCHSBERG, *La gratuité, quels fondements, quels financements ?*, Rev. conc. consom. avril-mai-juin 2005, p. 3.

¹³¹¹ M. HENOCHSBERG, communication préc.

¹³¹² H. RHEINGOLD, *Les communautés virtuelles*, trad. L. Lumbroso, Addison-Wesley, 1995, p. 51: « *Les micro-ordinateurs et la micro-informatique ont été créés par de jeunes iconoclastes qui avaient vu (...) la*

S'il ne nous appartient pas de prendre parti sur la portée économique du changement lié à l'essor des nouvelles technologies, nous pouvons remarquer que la consommation est, certainement, plus raisonnée qu'autrefois. En particulier, l'acte de consommation emprunte de plus en plus souvent, à un moment au moins du processus de consommation, les autoroutes de l'information. Il est désormais possible, avant de se rendre dans un commerce pour acheter un bien, d'obtenir toutes les informations sur le bien souhaité, que ce soit sur le site de la marque du producteur, ou sur des sites de consommateurs, d'utilisateurs de tels ou tels biens ou services, qui vont pouvoir donner informer le public sur l'utilisation de tel bien ou tel service¹³¹³. Il existe, par ailleurs, des sites permettant aux consommateurs, gratuitement, de connaître leurs droits.

843. ***Pour un renversement du postulat de l'inégalité juridique entre le professionnel et le consommateur***<> Dès lors, si le consommateur est toujours dans une situation d'infériorité par rapport au professionnel relativement à la compréhension de certaines propriétés techniques, il convient de renverser le postulat de l'inégalité juridique entre le professionnel et le consommateur. Ce dernier a, aujourd'hui, la possibilité de consentir de façon éclairée, parce qu'il a la possibilité de s'informer par lui-même. Il suffit, pour se convaincre de la mutation opérée grâce aux nouvelles technologies, de prendre l'exemple des sites de réservation de voyages en ligne. Le consommateur peut, désormais, depuis son domicile, obtenir des informations, entre autres, sur les prix pratiqués par les différents transporteurs aériens, de même que par les hôtels, et ce y compris à l'étranger ; il peut, de la même manière, profiter de tarifs préférentiels. Il lui est donc possible de faire jouer la concurrence grâce à l'information.

844. ***Conséquence : remise en cause du principe de défaveur pour la gratuité dans la relation de consommation***<> Si la société de consommation n'est plus, ou si elle est, plus vraisemblablement, dépassée, c'est parce qu'on est entré dans la société de l'information. Cette dernière semble être rien de moins que le stade le plus élaboré de l'histoire du capitalisme : la consommation de masse existe certainement toujours, mais

révolution politique échouer. Des ordinateurs pour le peuple, c'était la dernière bataille à livrer dans cet esprit ». L'auteur rappelle alors le parcours de certains de ces pionniers : « Le cofondateur d'Apple, Steve Jobs, était parti en Inde pour trouver la lumière ; l'auteur de Lotus 1-2-3, Mitch Kapor, avait été professeur de méditation transcendante » (op. cit. p. 50).

¹³¹³ Il arrive également que les avis des clients soient publiés sur les sites des professionnels. Ainsi, le site Amazon.fr, spécialisé dans la vente de livres, publie les avis des lecteurs sur les livres qu'ils ont lus.

l'équilibre informationnel est rétabli. Le caractère antagoniste de la relation de consommation peut donc être remis en cause, ce qui devrait permettre de considérer la gratuité avec moins de défaveur, et ce d'autant plus que la relation entre professionnels et consommateurs est, de plus en plus, marquée du sceau de l'intérêt commun.

§2 : DE LA SOCIÉTÉ DE CONSOMMATION À LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION : L'APPARITION D'UNE COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊT ENTRE PROFESSIONNELS ET CONSOMMATEURS

845. **Valeur économique du réseau**<> L'un des traits les plus marquants de la nouvelle économie est, outre l'utilisation des nouvelles technologies et l'amélioration de l'information, la constitution de réseaux de consommateurs. Plus son réseau de consommateurs sera important, plus le professionnel sera fort. Son pouvoir de négociation vis-à-vis de ses fournisseurs ou des annonceurs sera alors bien plus important ce qui lui permettra de réduire ses prix ou d'améliorer la qualité de ses prestations. Cette logique est, depuis longtemps, reconnue dans la grande distribution. Les centrales d'achat, notamment, utilisent ce genre de techniques pour faire pression sur les fournisseurs, et ce dans le plus grand intérêt des distributeurs qui leur sont affiliés. La nouveauté vient de ce que, désormais, la constitution de réseaux concerne les consommateurs.

846. **Le réseau : une clientèle-cible pour les annonceurs**<> La plupart du temps, l'affiliation à un réseau ne crée aucune obligation d'utilisation du service à la charge des consommateurs. Très souvent, les services qui sont proposés sur l'Internet sont gratuits. Les modalités d'affiliation à un réseau sont variables : inscription sur un site (exemple des sites de rencontres), fourniture d'un service à exécution continue ou successive (exemple des sites de messagerie électronique), fourniture gratuite d'un logiciel qui encourage à utiliser le service en ligne du professionnel (exemple des moteurs de recherche¹³¹⁴). Le résultat est le même : grâce au nombre de personnes affiliées à son réseau, le professionnel pourra obtenir des financements, notamment publicitaires, de la part d'annonceurs

¹³¹⁴ Voir ainsi le célèbre moteur de recherche *Google*, dont l'utilisation est gratuite et ne passe pas, *a priori*, par la création d'un réseau d'utilisateurs. Pourtant, *Google* a développé un logiciel gratuit, *Google Desktop Search*, qui permet de rechercher, dans l'ordinateur, les fichiers contenant un mot clé. Grâce à ce logiciel, *Google* s'assure que les utilisateurs du logiciel utiliseront son moteur de recherche, grâce à la familiarisation avec l'environnement du moteur de recherche permise par le logiciel.

cherchant toujours plus à améliorer l'efficacité de leurs campagnes en visant directement leur clientèle-cible. Internet permet de réaliser ce tri, la plupart des sites ayant une clientèle relativement spécialisée, et donc susceptible d'être, dans sa grande majorité, sensible à certains messages publicitaires.

847. ***Intérêt commun entre le professionnel et les consommateurs membres de son réseau***<> Il résulte de tout cela une communauté d'intérêt entre le professionnel et son réseau de consommateurs. La gratuité est en effet conforme à l'intérêt des consommateurs, qui vont pouvoir communiquer et s'informer gratuitement, et du professionnel, puisqu'elle lui permet d'obtenir des recettes publicitaires. Il n'y a donc plus aucune raison d'être hostile à la gratuité, sous prétexte qu'elle interviendrait au sein d'un rapport antagoniste, le rapport professionnel-consommateur. Le premier, grâce à la publicité, fournit des services au second qu'il n'est pas pensable de payer ; le second, grâce à son affiliation au réseau du premier, lui permet de bénéficier de recettes publicitaires. Le service gratuit est donc fourni dans l'intérêt commun du prestataire et du bénéficiaire. Il n'est plus là question d'un « *affrontement* » entre un professionnel et un consommateur qui s'opèrerait dans un jeu à somme nulle. Cette vision marxisante du rapport de consommation n'a, d'ailleurs, jamais correspondu à la réalité, car elle obère un élément essentiel qu'est la création de richesse. Elle est encore moins pertinente aujourd'hui.

Au contraire, la gratuité semble être une composante essentielle de la société de l'information. On estime ainsi que les services de vidéo à la demande¹³¹⁵, pour l'instant payants, ne prendront vraiment leur essor que lorsque apparaîtront des services gratuits, financés par de la publicité, dont l'apparition est prévue pour l'année 2007.

Il serait, par conséquent, particulièrement risqué d'intervenir pour combattre l'« *ambiance de gratuité* »¹³¹⁶ qui imprègne la société de l'information. En effet, dans la mesure où cette gratuité est le résultat d'un financement par des annonceurs de certains services, elle ne lèse personne car la gratuité, en la matière, ne résulte pas d'un mensonge. Elle est simplement consubstantielle aux nouvelles technologies, car là où il y a un écran, il y a un espace pour de la publicité.

¹³¹⁵ Connus sous l'acronyme de V.O.D. (*video on demand*)

¹³¹⁶ J. HUET, *Conclusions, in La concurrence dans la société de l'information*, péc.

848. **Conclusion de la sous-section 2<>** Grâce aux nouvelles technologies, l'information est offerte à tous, et, notamment, aux consommateurs. Le constat du déséquilibre informationnel entre professionnels et consommateurs, fondement de la protection juridique du consommateur, a donc vécu. Dans la société de l'information, le consommateur dispose de toutes les données pour éviter de tomber dans les pièges les plus grossiers tendus par les professionnels. Sa protection, purement conjoncturelle, au contraire de celle du salarié, qui est structurelle, peut donc être au minimum, allégée.

Par ailleurs, l'essor d'une communauté d'intérêt entre les professionnels et leurs réseaux de consommateurs, permet de renverser l'approche traditionnelle du rapport de consommation.

Dès lors, compte tenu de l'évolution des rapports de consommation provoquée par l'essor des nouvelles technologies, il n'y a plus lieu d'être méfiant envers la gratuité. Le principe de défaveur pour la gratuité ne se justifie plus dans le rapport de consommation, étant entendu, d'une part, que la domination du professionnel tend à s'y alléger, et, d'autre part, que la gratuité étant consubstantielle à la nouvelle économie, il n'y a plus lieu d'y voir une anomalie.

849. **Conclusion de la section 2<>** La gratuité réticulaire présente certains dangers pour le consommateur-bénéficiaire. Elle nuit, en effet, dans certains cas, à la transparence des prix. Il se peut, également, qu'elle soit une source d'irresponsabilité des prestataires de la nouvelle économie. Il y a donc toujours lieu à protéger le consommateur, et le législateur va dans ce sens, notamment en appliquant le même régime aux contrats onéreux et aux contrats gratuits. Il n'y a donc plus, à proprement parler, de principe de défaveur pour la gratuité dans le rapport de consommation. En effet, si elle présente, parfois, certains dangers, on y remédie en calquant son régime sur celui de l'onérosité. Par ailleurs, la plupart du temps, la gratuité participe du fonctionnement même de l'économie de réseau, dans laquelle le déséquilibre informationnel traditionnel de la relation de consommation est résorbé, et qui repose sur un financement de la gratuité par la publicité.

850. **Conclusion du chapitre 2nd**<> La gratuité est donc une composante essentielle de la nouvelle économie, fondée sur la constitution de réseaux et sur le financement des prestations offertes aux consommateurs par la publicité. La gratuité est donc permanente, au contraire de ce qu'elle était dans l'économie traditionnelle, où elle n'était qu'une technique de promotion de ventes, qui n'intervenait donc que de manière exceptionnelle.

La fonction première de la gratuité est alors de faire adhérer les consommateurs au réseau, faire en sorte que ce dernier grossisse pour accroître les recettes publicitaires de l'organisateur du réseau, de façon à augmenter le niveau des prestations offertes aux consommateurs. Il y a donc là un cercle vertueux, que le droit ne souhaite pas endiguer, que ce soit dans une optique de protection de la concurrence ou des consommateurs. Si les effets indésirables de ce système économique sont réglés à la marge, il n'est pas question, pour autant, de remettre en cause le système.

Dès lors, lorsque la gratuité apparaît comme un rouage « normal » d'une certaine forme d'économie, il n'y a pas lieu à la décourager, et ce même si elle se développe dans des rapports encore considérés comme inégalitaires. Le principe de défaveur pour la gratuité dans les rapports de domination doit donc être rejeté face à la nouvelle forme de gratuité que nous avons qualifiée de « réticulaire », et ce même si elle intervient entre des professionnels et des consommateurs encore considérés, peut-être à tort, comme inégaux. Il n'y a pas, non plus, de principe de faveur pour la gratuité au sein des réseaux. Il convient juste de remarquer que le droit prend ici la juste mesure de la normalisation de la gratuité. La gratuité étant désormais « normale », elle est traitée avec neutralité par le droit.

CONCLUSION DU TITRE 2

851. La prise en considération de l'essor de l'économie numérique nous oblige à repenser notre vision de la gratuité, et, par conséquent, à remettre en cause ses principes de traitement.

Si, traditionnellement, il existe un principe de faveur pour la gratuité lorsque cette dernière intervient au sein de groupes solidaires, ce principe est limité lorsque la gratuité intervient au sein des communautés virtuelles, notamment pour protéger les intérêts des tiers, particulièrement menacés par l'importante taille que ces groupes sont susceptibles d'atteindre.

Ainsi, alors même que la communication gratuite des œuvres de l'esprit est, en principe, autorisée, au sein des « cercles de famille », qui sont des groupes de faible importance, cette liberté risque, en pratique, d'être considérablement restreinte, du fait de l'autorisation des mesures techniques de protection. Les petites communautés virtuelles au sein desquelles on pourrait déceler de véritables « cercles de famille » sont ici victimes de la volonté légitime d'interdire les reproductions d'œuvres dans des groupes de taille importante, les réseaux de *peer to peer*.

Par ailleurs, l'appréhension de la gratuité dans les réseaux de consommateurs nous permet de conclure à une remise en cause du principe de défaveur que nous avons pu identifier dans les rapports de domination. La gratuité est, en effet, la matrice de la constitution de ces groupes, lesquels sont indispensables au développement de la nouvelle économie, qui repose sur le financement par la publicité. Dans une telle optique, l'onérosité du bien servant de support à la publicité apparaît comme un obstacle entre l'annonceur et sa cible ; et la gratuité comme le meilleur moyen de constituer un réseau de personnes susceptibles d'être sensibles à certains messages publicitaires. La gratuité est donc une condition de l'existence de l'économie de réseau, elle y est parfaitement normale, ce qui suffit à dissiper la suspicion qui, en général, l'entoure, notamment dans les rapports de domination.

Essai sur la gratuité en droit privé

Les principes traditionnels de traitement de la gratuité sont donc mis à rude épreuve dès lors qu'il est question d'étudier les nouvelles manifestations de la notion. Leur remise en cause est fondée sur le profond changement de la gratuité, non pas dans sa définition, qui est toujours identique, mais dans son utilisation.

CONCLUSION DE LA 2^{NDE} PARTIE

852. ***Importance du contexte de la gratuité***<> Si la qualification d'acte juridique gratuit ne saurait dépendre du contexte économique et social dans lequel l'acte intervient, ce contexte prend une importance majeure dès lors qu'il est question d'étudier les conséquences juridiques d'une telle qualification. En effet, traditionnellement, le régime de la gratuité varie selon les circonstances dans lesquelles elle intervient. C'est pour cela qu'il n'y a pas un régime juridique unique de la gratuité, cette dernière pouvant, du fait du caractère technique de la notion, intervenir dans des contextes fort divers.

853. ***Principes classiques***<> Nous avons pu identifier deux principes de traitement des manifestations classiques de la gratuité. Il existe un principe de faveur pour la gratuité lorsque cette dernière intervient au sein de groupes solidaires déjà constitués ou en formation. Ce principe est fondé sur la volonté d'encourager les liens de solidarité privés, la gratuité apparaissant alors comme l'instrument juridique de l'entraide.

Bien souvent, la gratuité suffit à révéler, en elle-même, l'existence d'un lien de solidarité entre l'acteur et le bénéficiaire, fondé sur la croyance en l'appartenance commune à un même groupe. Dès lors, on pourrait songer à encourager la gratuité dans tous les cas de figure, en présumant son cadre solidaire.

Néanmoins, le droit reconnaît que certaines relations sont, par essence, inégalitaires, et fondées sur un rapport de domination qui empêche la constitution de liens de solidarité. La gratuité est alors vue avec défaveur. Si elle émane du fort, elle sera considérée comme un piège pour le faible. Si c'est ce dernier qui agit gratuitement, on considèrera qu'il se fait exploiter. Le droit décourage alors la gratuité, en allant parfois jusqu'à la rejeter. Il en va ainsi dans la relation de travail, dans les rapports entre professionnels et consommateurs ou entre éditeurs et auteurs.

854. ***Des principes peu opérants dans la « nouvelle économie »***<> On assiste cependant, depuis quelques années, à un renouveau de la gratuité. Cette dernière est, en effet, utilisée abondamment, sous l'impulsion de l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Face à ce phénomène, il convenait de se demander si

les principes classiques de traitement de la gratuité que nous avons identifiés pouvaient trouver à s'appliquer face à ces nouvelles formes de gratuité. Le résultat est, dans l'ensemble, mitigé. Le principe de faveur pour la « gratuité-solidarité » se vérifie toujours au sein des communautés virtuelles. Mais ce propos doit quand même être nuancé, dans la mesure où le législateur ignore totalement ces groupes. Alors que certains échanges gratuits devraient être admis au sein de ces communautés, sur le fondement du droit commun, le législateur met en place un cadre légal qui, en pratique, risque d'empêcher de tels échanges, du fait de leur situation sur l'Internet. L'exemple récent de la loi du 1^{er} août 2006 et de l'autorisation des mesures techniques de protection est révélateur de cette ignorance des communautés virtuelles, et de la volonté du législateur de traiter les échanges sur Internet de façon uniforme, sans se soucier des éventuels liens de solidarité pouvant se retrouver sur la toile. Il s'agit peut-être aussi, pour le législateur, d'empêcher la constitution de groupes trop importants. Si l'entraide et la gratuité sont encouragées dans des petits groupes, comme la famille et le cercle amical, il n'en va pas de même dans des groupes dont la taille est susceptible de croître de façon importante. Le principe de faveur est donc limité à la gratuité intervenant au sein de petits groupes solidaires.

S'agissant du principe de défaveur pour la « gratuité-domination », le résultat semble plus catégorique. Alors que la gratuité est, en principe, vue avec défaveur dans les relations entre professionnels et consommateurs, cette dernière se développe sans entrave dans la nouvelle économie, entre le professionnel et les membres de son réseau de consommateurs. Plusieurs raisons peuvent expliquer ce changement d'appréhension de la gratuité dans le rapport de consommation. Il est, tout d'abord, notable que le déséquilibre informationnel qui existait dans la société de consommation, au détriment du consommateur, et qui justifiait sa protection, a pratiquement disparu grâce à l'avènement de la société de l'information. Mais l'on peut aussi remarquer que la gratuité est, traditionnellement, vue avec défaveur dans des relations qui, par essence, sont marquées par l'onérosité, et dans lesquelles la gratuité est, par conséquent, considérée comme une anomalie. Or la nouvelle économie est construite sur la fourniture gratuite de prestations à des consommateurs, grâce à des ressources publicitaires. La gratuité participe alors intégralement de la structure même de cette nouvelle forme d'économie, si bien que, loin d'être une anomalie vue avec suspicion, la gratuité se banalise, ce qui justifie que les actes gratuits soient traités avec neutralité, c'est-à-dire de la même manière que les actes onéreux. La loi du 21 juin 2004, pour la confiance en l'économie numérique, va précisément en ce sens, puisqu'elle soumet

expressément les contrats gratuits au même régime de responsabilité que les contrats onéreux.

CONCLUSION GÉNÉRALE

855. Il y a exactement soixante-dix ans, JOSSERAND publiait un article intitulé *Le déclin du titre gratuit et sa transformation*¹³¹⁷. À l'inverse, nous assistons, aujourd'hui, à un renouveau de la gratuité, également accompagné de grands changements.

À l'heure de l'appréciation critique, l'illustre auteur se félicitait du déclin constaté. Selon lui, la place de la gratuité était d'autant plus forte que la société était inégalitaire : « *la charité et la générosité impliquent, chez les membres d'une communauté sociale, des inégalités profondes dans l'ordre juridique* ». Au contraire, « *notre civilisation moderne repose sur d'autres assises ; la mécanique sociale s'est transformée ; le droit est devenu la chose de tous ; sous l'égide de la loi, chacun peut développer librement son activité (...) l'aumône a fait place au droit ; le service d'ami est devenu un rapport juridique ; la morale s'intègre dans le droit (...) pour devenir la règle sociale obligatoire ; (...) chacun trouve dans la loi même le moyen de satisfaire à ses besoins légitimes, sans faire appel à la charité d'autrui* »¹³¹⁸.

Ce propos s'inscrit dans la droite ligne de la pensée révolutionnaire. L'homme, l'individu, est au centre du système juridique. Les corps intermédiaires sont désagregés, les appartenances à des groupes divers sont refoulées. Rien ne doit se trouver entre l'individu et l'État.

Devons-nous alors, à l'inverse, nous alarmer du renouveau de la gratuité ? Nous avons vu que ce dernier était lié à l'apparition de nouveaux groupes, les communautés virtuelles et les réseaux. Il est aujourd'hui question, par ailleurs, de « communautarisme » économique et religieux. La symétrie avec le phénomène décrit par JOSSERAND est donc tentante, qui nous inciterait à nous inquiéter de l'essor actuel de la gratuité. La réponse n'est, toutefois, pas si évidente.

¹³¹⁷ L. JOSSERAND, *Le déclin du titre gratuit et sa transformation*, in *Évolutions et Actualités, Conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 135.

¹³¹⁸ L. JOSSERAND, *ibid.*

856. En effet, la gratuité dont parle JOSSERAND ne correspond pas à la définition que nous en avons retenue. Alors qu'il y voyait une notion morale, correspondant à l'altruisme, et caractérisée par les mobiles de l'acteur, nous y voyons une notion technique, a-morale, et caractérisée par les effets de droit recherchés par les parties à un acte juridique. Sont ainsi gratuits les actes juridiques d'organisation de l'échange par lesquels une personne, l'acteur de gratuité, fournit une prestation objective à une autre personne, le bénéficiaire, sans que ce dernier ne soit tenu de fournir une contre-prestation. L'appréciation de la gratuité est un peu plus extensive dans le cas particulier de la qualification des libéralités, la gratuité étant alors caractérisée dans certaines situations où le bénéficiaire doit fournir une contre-prestation, tant que cette dernière n'est équivalente, ni d'un point de vue objectif, ni d'un point de vue subjectif, à la prestation fournie par l'acteur.

Dans tous les cas, peu importent les mobiles de l'acteur, qui peuvent, certes, être désintéressés ou altruistes, mais qui peuvent également tendre vers la recherche de son propre profit. La gratuité ne participe donc pas nécessairement d'un acte de charité, et ne traduit pas forcément une inégalité dans les rapports entretenus par l'acteur et le bénéficiaire de gratuité.

857. Au contraire, du fait de son caractère essentiellement technique, la gratuité peut être utilisée à des fins fort diverses, si bien qu'elle n'est, intrinsèquement, ni bonne ni mauvaise. Nous avons donc là un premier élément de réponse à la question que nous nous posons. Si la gratuité est, en tant que telle, « neutre », son actuel renouveau n'est peut-être pas, en lui-même, mauvais. Mais il convient d'aller encore un peu plus en avant, car si la gratuité est neutre en général, il semble bien qu'il y ait une « bonne » et une « mauvaise » gratuité. Ce manichéisme qui peut sembler simpliste trouve pourtant un appui dans l'étude du traitement juridique de la gratuité.

858. Il n'existe pas, en effet, un régime juridique unique de la gratuité, il en existe plusieurs, qui peuvent être fort variables, selon les prestations concernées par la gratuité et, surtout, selon les liens existant entre les parties à l'acte gratuit. Il est alors possible de relever deux principes de régime de la gratuité : un principe de faveur lorsque l'acteur et le bénéficiaire entretiennent des liens de solidarité, lorsqu'ils peuvent être rattachés à un même groupe ; un principe de défaveur lorsqu'existe entre eux un lien

hiérarchique, un rapport de domination, qui peut être juridique ou, simplement, économique. Dans cette dernière hypothèse, la gratuité est effectivement dangereuse, ce qui explique que l'on ait pu se réjouir, dans le passé, de son déclin. Mais il ne faut pas, pour autant, occulter la fonction primordiale de la gratuité au sein des groupes solidaires. La gratuité y est synonyme d'entraide et d'absence de sanction juridique. Elle permet de renforcer le lien social et de partager certaines ressources. Il n'y aurait donc aucune raison de rejeter un renouveau de cette gratuité là.

859. De façon assez surprenante, le renouveau de la gratuité semble, en fin de compte, ne devoir relever d'aucune de ces deux catégories. Certes, l'essor des communautés virtuelles est, dans l'ensemble, fondée sur une quête de lien social, et, dans la mesure où il serait possible de reconnaître dans ces communautés de véritables groupes solidaires, il serait possible de se féliciter du développement contemporain de la gratuité. Il est vrai que le principe de faveur pour la gratuité s'y applique en partie, quoique de manière moins prononcée que dans les groupes solidaires « traditionnels » que sont les familles et les cercles amicaux. Ceci dit, la valeur des prestations fournies gratuitement au sein des communautés virtuelles est, en fin de compte, relativement faible, et ne justifie sans doute pas une trop vive réjouissance.

S'agissant des services gratuits proposés par des professionnels en réseau, il est indéniable qu'ils sont, pour certains, d'une valeur économique importante. Il en va ainsi, par exemple, de la fourniture de modems haut-débit ou des communications téléphoniques internationales. Doit-on alors s'inquiéter de voir des professionnels, présumés en position de force, fournir gratuitement de nouveaux services de valeur à des consommateurs sous leur domination ? La réponse est, comme nous l'avons vu, négative. En effet, l'entrée dans la « société de l'information » provoque un rééquilibrage informationnel, au profit du consommateur, si bien que la position de force des professionnels a tendance à se résorber.

860. Au-delà, il convient de remarquer que si le droit a toujours eu tendance à traiter la gratuité de façon particulière, que ce soit en l'encourageant ou en la décourageant, c'est parce que cette dernière semblait ne pas s'inscrire dans une logique de calcul économique. Cette soustraction à la règle selon laquelle l'homme doit gagner son pain à la

sueur de son front, cette « profanation » de l'idole contemporaine qu'est l'argent¹³¹⁹, ne pouvait laisser indifférent. Il fallait alors chercher si la gratuité était « bonne » ou « mauvaise ».

Le changement majeur réalisé sous l'impulsion des nouvelles technologies tient donc au fait que la gratuité s'inscrit désormais parfaitement dans la logique économique. Elle ne saurait donc plus traduire la charité ou la générosité, pas plus que la volonté de domination de l'autre. La gratuité s'intègre dans des activités économiques nouvelles, et le législateur a bien pris la mesure de ce phénomène dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique. Cette gratuité est, par ailleurs, tout sauf un leurre, dans la mesure où il est clairement établi pour tout le monde qu'elle résulte de financements publicitaires. La gratuité devient alors une simple technique de financement, ce qu'elle est déjà, comme nous avons pu le voir, en droit administratif¹³²⁰. Elle résulte de la prise de conscience de la valeur économique fondamentale de l'information, ainsi que du fait que ses supports peuvent être utilisés comme vecteurs de messages publicitaires. La « nouvelle gratuité » n'est donc ni bonne ni mauvaise, car elle n'est pas « anormale ». Elle résulte, au contraire, de l'élaboration d'un modèle économique sophistiqué et parfaitement cohérent, qui est celui du *sponsoring* ou parrainage publicitaire. Il n'y a donc pas lieu à s'inquiéter du renouveau de la gratuité : cette dernière doit être traitée avec neutralité et c'est précisément la direction que semble prendre le droit face à ce renouveau de la gratuité.

À l'heure de conclure cette étude, nous constatons donc une permanence du caractère technique de la notion de gratuité. Si cette dernière a pu, souvent, être confondue avec l'altruisme, notion morale, c'est par un dévoiement qu'il importe de dénoncer vivement. En effet, cette vision romantique de la gratuité ne correspond ni à l'histoire de la notion, ni à la conception que s'en faisaient les codificateurs, et n'est en aucun cas imposée par l'exigence de la caractérisation de l'intention libérale de l'acteur. La gratuité s'inscrit donc dans le calcul économique sans subir la moindre « entorse »¹³²¹, et trouve pleinement sa place dans le monde des affaires, et ce même si elle y a longtemps paru suspecte.

¹³¹⁹ J. ELLUL, *L'homme et l'argent (Nova et Vetera)*, Neuchâtel et Paris, Delachaux et Niestlé, coll. « L'actualité protestante », 1954.

¹³²⁰ Voir *supra*, n°14.

¹³²¹ Comp. R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977, p. 193

Il aura fallu attendre l'essor des nouvelles technologies et de la nouvelle économie pour que le rôle économique de la gratuité apparaisse au grand jour, et soit consacré par le droit. À la permanence du caractère technique de la notion de gratuité, que nous venons d'évoquer, nous pouvons donc opposer une évolution considérable de son traitement juridique, tendant vers une « normalisation » de ses conséquences.

Ainsi, traditionnellement, il existait un hiatus entre la définition d'une notion juridique, la gratuité, et ses conséquences juridiques. Ce hiatus était fondé sur un présupposé moral relatif à son utilisation : il était préjugé que la gratuité devait être employée à des fins altruistes à encourager ; toute fin autre étant, certes, possible, du fait du caractère a-moral de la notion, mais suspecte et donc découragée par le droit.

Il aura donc fallu attendre l'essor de nouvelles technologies et d'un nouveau modèle économique pour que les conséquences juridiques de la gratuité commencent à être fondées sur la véritable nature de la notion. Il est donc possible que les progrès techniques et économiques soient la source d'un certain progrès juridique : celui de la cohérence retrouvée entre la signification d'une notion juridique et les effets que le droit lui fait produire.

BIBLIOGRAPHIE

I. MONOGRAPHIES, THÈSES

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002

BALZAC (H.), *Le père Goriot*

BELLAICHE (D.), *La gratuité en droit des affaires*, Th. Paris II, 1999

BOFFA (R.), *La destination de la chose*, Th. Montpellier, 2004

BOITARD (M.), *Les contrats de service gratuits*, Th. Paris, Sirey, 1941

BOUTEILLE (M.), *Les propriétés conditionnelles*, Th. Montpellier 1, 2006

BRUNEAU (C.), *La distinction des obligations en nature et des obligations monétaires, essai de détermination de l'objet*, Th. Paris II, 1984

CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 213, 1990

CABRILLAC (R.), *Les codifications*, PUF, coll. *Droit, éthique, société*, 2002

CAILLÉ (A.), *Anthropologie du don. Le tiers paradigme*, Desclée de Brouwer, 2000

CAILLÉ (A.), *Don, intérêt et désintéressement. Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres*, La Découverte – M.A.U.S.S., 1994.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923

CARBONNIER (J.), *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001

CARBONNIER (J.), *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Th. Bordeaux, 1932

CASEY (J.), *Sûretés et famille*, Imprimerie La Mouette, Collection Doctorat et Notariat, 2000/02

CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1961

CHOQUET (L.-H.) et SAYN (I.) (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, 2000

CLÉMENT-FONTAINE (M.), *La licence publique générale GNU*, mémoire, DEA Droit des Créations Immatérielles, Montpellier, 1999

COËFFARD (P.), *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 2005

DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 343, 2000

DREIFUSS-NEITER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. Tercier, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1985

DUPEYROUX (J.-J.), *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, LGDJ, 1955

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *La concurrence dans la société de l'information*, éd. Panthéon-Assas, 2002

ELLUL (J.), *L'homme et l'argent (Nova et Vetera)*, Neuchâtel et Paris, Delachaux et Niestlé, coll. « L'actualité protestante », 1954

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1995

FINKIELKRAUT (A.), *La sagesse de l'amour*, Gallimard, 1988

FOLSCHEID (D.), FEUILLET-LE MINTIER (B.), MATTEI (J.-F.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, coll. Thémis Philosophie, 1997

GALIBERT (O.), *Les communautés virtuelles. Entre marchandisation, don et éthique de la discussion*, Th. Grenoble 3, 2003

Essai sur la gratuité en droit privé

GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, L.G.D.J., 1932

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960

GRAMMATIKAS (G.), *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, LGDJ, 1971

GRUA (F.), *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978

GUIGNARD (L.), *Sous-traitance et transport*, th. Montpellier, 1998

HAMEL (J.), *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, Sirey, 1920

HÉNAFF (M.), *Le prix de la vérité. Le don, l'argent, la philosophie*, Paris, Le Seuil, 2002

HENOCHSBERG (M.), *La place du marché*, Denoël, 2001

HERMITTE (M.-A.), *Le sang et le droit*, Seuil, 1996

HERTZOG (R.), *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité des services publics*, Th. Strasbourg, 1972

HOUIN (R.), *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, th. Paris, 1937

HUGON (Ch.), *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, préf. J. Raynard, Bibl. Dr. Entr., Litec, 1993

IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995

JACHMIG-JOLY (P.), *La garantie des vices cachés, essai de théorie générale*, Th. Paris II, 1997

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928

LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992

LEBORGNE-INGELAERE (C.), *La gratuité en droit social, Essai sur le régime juridique du travail gratuit*, Th. Lille 2, 2005

Essai sur la gratuité en droit privé

LEVERBE (E.), *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003

LUSTIGER (J.-M.), *La promesse*, Editions Parole et Silence, 2002

MAHIEU (F.-R.) et RAPOPORT (H.), *Altruisme, Analyses économiques*, Economica, 1998

MAINGUY (D.), *La revente*, préf. Ph. Malaurie, Litec, Bibl. Dr. Entr., 1996.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. Thémis, 2001

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920

MAYER (H.), *L'objet du contrat*, Th. Bordeaux, 1968

MÉAU-LAUTOUR (H.), *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. CLXXXIV, 1985

MICHEL (J.), *Gratuité en droit romain*, Université Libre de Bruxelles, Institut de sociologie, 1960

MOINE (I.), *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, préf. E. LOQUIN, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t., 1996

MONTREDON (J.-F.), *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 209, 1989

MOUSSERON (P.), *Les conventions relatives à la garantie dans les cessions d'actions*, Th. Montpellier, 2^{ème} éd., 1997, préf. M. Germain

NICOD (M.), *Le formalisme en droit des libéralités*, Th. Paris XII, 1996

OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1969

PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 421, 2004

Essai sur la gratuité en droit privé

- PETERKA (N.), *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 2001
- PHILIPPE (C.), *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, Th. Strasbourg, LGDJ, 1981, préf. G. Wiederkehr
- PIGNARRE (L.-F.), *La distinction des obligations en nature et des obligations de somme d'argent en droit privé*, Th. Montpellier, 2005
- PONSARD (A.), *Les donations indirectes en droit civil français*, Th. Dijon, 1946, Sirey
- POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.P. Braud, thèse LGDJ 1987
- PRIEUR (S.), *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Les Études Hospitalières, 1999
- PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002
- QUÉRÉ (F.), *L'éthique et la vie*, Odile Jacob, 1991
- REVET (Th.), *La force de travail, étude juridique*, préf. F. Zénati, Litec, Bibl. Dr. Entr., 1992
- RHEINGOLD (H.), *Les communautés virtuelles*, trad. L. Lumbroso, Addison-Wesley, 1995
- RIEFA (Ch.), *L'Internet et le droit du marché*, Th. Montpellier, 2002
- RIFKIN (J.), *L'âge de l'accès : la révolution de la nouvelle économie*, La Découverte, 2000
- ROBINNE (S.), *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé*, Presses Universitaires de Perpignan, coll. Études, 2003
- ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1999
- SARTRE (J.-P.), *Le diable et le bon Dieu*,
- SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* préf. J.L. Aubert, LGDJ, bibl. Dr. Privé, t. 264, 1997

Essai sur la gratuité en droit privé

SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, Litec, Bibl. Dr. Ent., t. 40, 1999

SIBICIANO (N.), *Théorie générale de la renonciation en droit civil français*, Th. Paris, 1932

SMITH (A.), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Flammarion, 1991

TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956

TERRÉ (F.), *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Flammarion, 1987

TEXIER (M.), *La désorganisation*, Th. Perpignan, 2005

TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1975.

TIMBAL (P.-C.), *Les donations rémunératoires en droit romain et en droit civil français*, Th. Toulouse, 1924

VAREILLE (B.), *Volonté, rapport et réduction*, préf. P. Spitéri, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, 1988

VIRGILE, *Énéide*

WICKER (G.), *Les fictions juridiques : contribution à l'étude de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, t. 253, 1997

ZALEWSKI (V.), *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004

ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Th. Lyon 3, 1981

II. MANUELS, TRAITÉS, COURS

ABRAHAM-FROIS (G.), *Économie politique*, Economica, 7^{ème} éd., 2001

Essai sur la gratuité en droit privé

- ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 4^{ème} éd., 2004
- AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit*, Armand Colin, coll. U, 11^{ème} éd., 2006
- AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, F. Lagier, 1838
- BALLE (F.), COHEN-TANUGI (L.), *Dictionnaire du Web*, Dalloz, 2001
- BÉNABENT (A.), *Droit civil, la famille*, Litec, 11^{ème} éd., 2003
- BÉNABENT (A.), *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat Droit Privé, 10^{ème} éd., 2005
- BENABENT (A.), *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2006
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., Dalloz, 2003
- BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, Montchrestien, coll. Domat, Droit privé, 6^{ème} éd., 2005
- BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 19^{ème} éd., 2005
- CABRILLAC (M.) et MOULY (Ch.), *Droit des sûretés*, Litec, 7^{ème} éd., 2004
- CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 7^{ème} éd., 2006
- CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, Précis Domat Droit public, 15^{ème} éd., 2001

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2004

COLOMBET (C.), *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 1999

CORNU (G.), *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat, Droit privé, 9^{ème} éd., 2006

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Précis, Domat, Droit Privé, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005

COURBE (P.), *Droit de la famille*, Armand Colin, coll. U, 4^{ème} éd., 2005

COZIAN (M.), *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 30^{ème} éd., 2006-2007

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, 19^{ème} éd., 2006

DELSOL (X.), *Mécénat et parrainage, Guide juridique et fiscal*, 3^{ème} éd., Juris-Associations, 2003

DOUET (F.), *Précis de droit fiscal de la famille*, Litec, 4^{ème} éd., 2005

DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.), CHRETIEN (P.), *Droit administratif*, Armand Collin, coll.U, 9^{ème} éd., 2004

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2004

FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, Litec, 4^{ème} éd., 2006

FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, coll. U, 2^{ème} éd., 2001

FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), *Les libéralités*, Armand Colin, coll. U, 1982

FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), *Les successions*, Armand Colin, 3^{ème} éd., 1991

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 12^{ème} éd., 2006

Essai sur la gratuité en droit privé

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, t. 3 : Le rapport d'obligation*, Sirey, coll. Université, 4^{ème} éd., 2006

FRISON-ROCHE (M.-A.), PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2006

GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Montchrestien, coll. *Domat Droit privé*, 2^{ème} éd., 2000

GAUDU (F.), VATINET (R.), *Traité des contrats, Les contrats du travail*, LGDJ, 2001

GAUTIER (P.-Y.), *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF, coll. Dr. Fondamental, 5^{ème} éd. refondue, 2004

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. droit fondamental, 1^{ère} éd., 1992

GHESTIN (J.), DESCHÉ (B.), *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993

GIRARD (P.-F.), *Manuel de droit romain*, 8^{ème} éd. revue et mise à jour par Senn, 1929, rééd. 1978

GRIMALDI (M.), *Droit civil, Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, n°55 s.

GRIMALDI (M.), *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000

GROSS (B.) et BIHR (Ph.), *Contrats, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF, coll. Thémis Droit Privé, 2^{ème} éd., 2002

GUYON (Y.), *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, 12^{ème} éd., 2003

HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial*, Armand Colin, coll. U, 2005

HUET (J.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001

JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit commercial, Instruments de crédit et de paiement, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2003

KOUBI (G.), GUGLIELMI (G.-J.), *Droit du service public*, Montchrestien, coll. Domat, Droit Public, 2000

LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (Cl.), PAULIAT (H.), *Droit des services publics*, Amand Colin, coll. U, 3^{ème} éd. 2004

LARROUMET (Ch.), *Droit civil*, t.3, *Les obligations, le contrat*, 5^{ème} édition, Economica, 2003

LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t.1, *droit administratif général*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001

LAUDE (A.), et *alii*, Lamy Droit de la santé

LE TOURNEAU (Ph.), *Contrats informatiques et électroniques*, coll. Dalloz Référence, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004

LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002

LINANT DE BELLEFONDS (X.), *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours, Dalloz, 2^{ème} éd., 2004

LIPSZYC (D.), *Droit d'auteur et droits voisins*, Éditions UNESCO, 1997

LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd., 2000

LUCAS DE LEYSSAC (C.) et PARLÉANI (G.), *Droit du marché*, PUF, coll. *Thémis Droit privé*, 2002

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Cours, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et FULCHIRON (H.), *Droit civil. La famille*, Defrénois, 2004

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd. refondue, 2005

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 2004

Essai sur la gratuité en droit privé

- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006
- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005
- MALAUURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, coll. U, 3^{ème} éd., 2005
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983
- MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Droit civil, Les biens*, Sirey, coll. U, 2006
- MAURY (J.), *Successions et libéralités*, Litec, coll. Objectif droit, 5^{ème} éd., 2005
- MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, Droit Privé, 4^{ème} éd., 2004
- MAZEAUD (H., L. ET J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, t. II, Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd., par François CHABAS, Montchrestien, 1998.
- MAZEAUD (H., L., et J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Successions, Libéralités*, 5^{ème} éd. par L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999
- PÉLISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd., 2006
- PÉROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2006
- PÉTEL (Ph.), *Procédures collectives*, Cours, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006
- PICOD (Y.), DAVO (H.), *Droit de la consommation*, Armand Colin, coll. U, 2005
- PIÉDELIÈVRE (S.), *Droit bancaire*, PUF, coll. Thémis, 2003
- PLANIOL (M.) et RIPPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, t. VI, Les obligations*, LGDJ, 1930
- POLLAUD-DULIAN (F.), *Le droit d'auteur*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2005
- POTHIER (R.-J.), *Traité des contrats de bienfaisance*, éd. Chanson, 1821.

Essai sur la gratuité en droit privé

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, coll. Hyper Cours, Dalloz, 2005

RIPERT, *Étude critique de la notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1930-1931

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, T1, vol. 1, par L. VOGEL, 18^{ème} éd., 2001

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, T1, vol. 2, par M. GERMAIN, 18^{ème} éd., 2002

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de Droit commercial*, T2 par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 17^{ème} éd., 2004

RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., 2006

SÉRIAUX (A.), *Contrats civils*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2001

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998

TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1996

TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Les biens*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005

TIMBAL (P.-C.), CASTALDO (A.), *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2004

VINEY (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1995

VIVANT (M.), *Les contrats du commerce électronique*, coll. Droit@litec, Litec, 1999

VIVANT (M.) et alii, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2006

ZENATI (F.), REVET (Th.), *Les biens*, PUF, coll. Dr. fondamental, 2^{ème} éd. refondue, 1997

ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.), *Introduction to comparative law*, trad. t. Weir, Clarendon Press, Oxford, Third Revised edition, 1998.

III. ARTICLES, CHRONIQUES, FASCICULES

ALBIGÈS (Ch.), *Rapport introductif, La procédure de rétablissement personnel*, Colloque tenu le 10 juin 2005 à la Faculté de Droit de Montpellier, Contrats, Concurrence, Consommation, Oct. 2005, p. 3.

ALLEAUME (Ch.), *Demain on rase gratis !*, Comm. Com. Électr. mai 2006, focus 102

ANCEL (P.), *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999, p. 771

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), *La difficile distinction du contrat de bénévolat et du contrat de travail*, RJS 12/2002, p. 983

ATIAS (Ch.), *Quelques observations sur une chrono-cosmologie juridique ?* RRJ 2002, p. 585

BÉHAR-TOUCHAIS (M.), Rep. Civ. v^o Association

BEIGNIER (B.), note ss. Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, Dr. Fam. 1999, comm. 54

BEIGNIER (B.), note ss. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, Dr. Fam. 2001, comm. 22

BIHR (Ph.), *Le temps de la restitution dans le prêt à usage*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p. 33.

BOUARD (J.-Ph.), *L'évolution des droits reconnus à l'auteur et à son éditeur : vers un déplacement du centre de gravité de l'édition*, Comm. Com. Electr. 2004, chr. 9

BRETON (A.), *Théorie générale de la renonciation aux droits réels, le déguerpissement en droit civil français*, RTD Civ. 1928, p. 261

Essai sur la gratuité en droit privé

CABRILLAC (R.), *Le corps humain*, in Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (Th.) (dir.), *Libertés et droits Fondamentaux*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2004, n° 271

CALAIS-AULOY (J.), *La loi Royer et les consommateurs*, D. 1974, chr. p. 91

CALAIS-AULOY (J.), *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, D.1993, chr. p. 130

CANIVET (G.), *L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. Soc. 2005, p.951

CARBONNIER (J.), *Vers le degré zéro du droit : De peu, de tout et de rien, Flexible Droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 84

CARON (Ch.), obs. ss. TGI Paris, 30 janv. 1999, Comm. Com. Electr. 2001. 87

CARON (Ch.), obs. ss. Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, Comm. com. électr. 2001, comm. 34

CARON (Ch.), *Le consommateur en droit d'auteur, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245

CARON (Ch.), obs. ss. TGI Meaux, 21 avril 2005, Comm. Com. Électr. 2005, comm.111

CARON (Ch.), *Le droit d'auteur, ennemi public n°1 ?*, Comm. Com. Electr. févr. 2006, p. 1.

CARREAU (C.), *Publicité et hyperbole*, D. 1995, chr. p.225

CASTETS-RENARD (C.), note ss. TGI Paris 8 déc. 2005, D.2006.933

CASTETS-RENARD (C.), *La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006*, D.2006.2157

CATALA (P.), *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, chr. 97

CHALVIGNAC (F.), *À la recherche des fondements de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence*, TPS févr. 2004, chr. n° 4

CHAMPAUD (C.), *Les clauses de non-concurrence*, RJC 1986, p. 161

CHARTIER (Y.), Rep. Soc. v° Coopérative de commerçants détaillants, 1978

CLAVEL-FAUQUENOT (M.-F.) et MARIGNIER (N.), *Le salaire*, Liaisons Sociales, 1^{er} juin 2001, supplément au numéro 13412, p.9

COLLART-DUTILLEUL (F.), *Gratuité et droit des contrats*, Mélanges en l'honneur de Mme Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska, Université de Lodz, 1997, p. 7.

COLLART-DUTILLEUL (F.), *Le contrat gratuit*, Communication au colloque « *Le travail en perspectives* », Maison des sciences de l'Homme Ange-Guépin, Nantes, 12-13 avril 1996.

CORNU (G.), Intervention in *L'embryon humain, approche pluridisciplinaire*, Actes du colloque, CRJO, 1996 p.103

COUTURIER (I.), *L'entraide, une solidarité acceptée pour l'agriculture*, Installation, contrôle des structures et sociétés en agriculture, Séminaire Dijon, 6 et 7 juin 2000, INRA, Actes et Communications, n°18, 2001

DAGOT (M.), *Des donations non solennelles*, JCP 2000.I.248

DALLOZ (X.), *L'Internet et la gratuité*, Rev. Conc. Consom. avril-mai-juin 2005, p. 7

DE BECHILLON (D.), *La gratuité dans le doute*, Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 53

DECOOPMAN (N.), *La notion de mise à disposition*, RTD Civ. 1981.300

DELEBECQUE (Ph.), *Sous-traitance et transport*, DMF 1995.245

DOCKÈS (E.), *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. Soc. 1994, p. 227

DRAELANTS (H.), *Le « chat » : un vecteur de lien social ?*, Esprit Critique, Oct. 2001

DREIFUSS-NETTER (F.), *Les donneurs vivants ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité*, D.2005 p. 1808

DREYER (E.), *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D.2006.1337

DUFAU (J.), *Domaine Public, règles générales d'utilisation*, J.Cl.Adm. fasc. 406-20

DUPEYROUX (J.-J.), note ss. Toulouse, 9 oct. 1959, D.1960, p. 49

DURRANDE (S.), J. Cl. Propriété Littéraire et artistique, fasc. 1310, *Exploitation des droits, dispositions générales*, 2000

EDELMAN (B.), *La recherche biomédicale dans l'économie de marché*, D.1991, chr. p. 203

FABRE (R.), *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977 p. 193

FABRE-MAGNAN (M.), *Le contrat de travail défini par son objet*, in A. SUPLOT (dir.) *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p. 116

FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations*, SSL suppl. n° 1095, 28 oct. 2002, p. 32

FABRE-MAGNAN (M.), *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD Civ. 1996.85

FENOUILLET (D.), J.Cl. art. 16 à 16-12, fasc. 12, *Respect et protection du corps humain, Protection de la personne, Le corps humain*

FERRIER (D.), *Les apports au droit commun des obligations*, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, colloque Montpellier, RTD Com 1997, p.49

FLOUR (Y.), *Libéralités et libertés, libéralités et personnes physiques*, Defr.1995, p. 993

FLOUR (Y.), *Les droits reconnus aux donateurs par le Code civil*, Rev. Soc. 2001.783

FRANÇON (A.), *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur*, D.1976, chr. p. 55

FREYRIA (Ch.), *Le prix de vente symbolique*, D. 1997, chr. p. 51

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

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice*, Rev. Trim. Cour d'appel de Versailles, 1998, p.13.

GALLOUX (J.-Ch.), *L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques*, RDSS 1998 p. 1et s.

- GALLOUX (J.-Ch.), *La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique*, D.2004 p. 2379
- GALLOUX (J.-Ch.) et GAUMONT-PRAT (H.), *Droit et libertés corporelles*, D.2005 p. 536
- GARELLO (P.), *Présentation d'un débat fondamental en science économique et de ses implications pour les rapports entre droit et économie : théories de l'équilibre ou théories de l'ordre*, RRJ 1995/2 p. 419
- GARRIGUES (B.), *La contre-prestation du franc symbolique*, RTD Civ. 1991, p. 459
- GAUDEMET (Y.), *La gratuité du domaine public*, Études de finances publiques, Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul-Marie Gaudemet, *Économica*, 1984, p. 1024
- GAUDEMET (Y.), note ss. CE 21 oct. 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, RD publ. 1989, p. 1465
- GAUDRAT (Ph.), SARDAIN (F.), *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur*, Comm. Comm. Électr. nov. 2005, 37
- GEIGER (Ch.), *L'avenir des exceptions au droit d'auteur*, JCP 2005.I.186
- GEIGER (Ch.), *La transposition du test des trois étapes en droit français*, D.2006.2164
- GENSOLLEN (M.), *Les communautés en ligne : échange de fichiers, partage d'expériences, et participation visuelle*, *Esprit*, mai 2006, p. 179
- GHESTIN (J.), *Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des engagements perpétuels ?*, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Société de législation comparée, 1999, p. 251
- GHESTIN (J.), *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, chr. 1
- GHESTIN (J.), *En relisant "De la cause des obligations" de Henri Capitant*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p. 115
- GLAIS (M.), *Des structures de marché responsables des dérives constatées dans le jeu des relations fournisseurs/distributeurs*, PA 1^{er} juill. 2005, p. 40

Essai sur la gratuité en droit privé

GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), *Collaboration familiale et enrichissement sans cause*, Dr. Fam. 1999, chr. 19, p. 8

GOYET (Ch.), *La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal*, RTD Com. 1975, p. 35

GRANDVUILLEMIN (S.), *Le statut de coopérative de commerçants détaillants : déclin ou renouveau ?* JCP E 2003, 759

GRANET-LAMBRECHTS (F.), *Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain, de la loi Caillavet aux lois de bioéthique*, RDSS 1995, p. 1

GRILLET-PONTON (D.), *Publicité, contrat de parrainage publicitaire*, J. Cl. Contrats Distribution, Fasc. 4050

GRUA (F.), *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs*, RTD civ. 1983, p. 263

HAYEK (F.), *The use of knowledge in society*, American Economic Review, 1945 ; Revue Française d'économie, 1945/1

HENOCHSBERG (M.), *La gratuité, quels fondements, quels financements ?*, Rev. Conc. Consom. Avril-mai-juin 2005 p.3, *Gratuité et consommation*, Ateliers de la Consommation, 4 décembre 2004, Paris

HÉRAIL (M.), Rep. Soc. v° *Coopérative*, 2002.

HERBET (J.), *L'Internet, un nouveau moyen de se réunir ?*, Esprit Critique, oct. 2001

HERMITTE (M.-A.), *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APD 1988, p. 323

HERTZOG (R.), *Le prix du service public*, AJDA 1997, n° spécial, p.55

HONLET (J.-C.), *Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie*, in C. Labrusse-Riou (dir.), *Le droit saisi par la biologie*, LGDJ, Bibl. Dr. Privé, 1996, p. 233 et s

HOUTCIEFF (D.), Rep. civ. v° *Renonciation*, 2004

HUET (J.), *Conclusions*, in J. Dutheil de la Rochère (dir.), *La concurrence dans la société de l'information*, éd. Panthéon-Assas, 2002

HUET (J.), *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée*, Études offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p.425

IONASCO, *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, *RTD Civ.* 1931, p. 29 et s.

IZORCHE (M.-L.), *Contrats conditionnels et définitifs*, *RTD Com.* 1998, p. 521

IZORCHE (M.-L.), *Emprunter et retenir ne vaut ?* *Contrats, Conc. Consom.* 1997, chr. n°8

IZORCHE (M.-L.), *À propos du « mandat sans représentation »*, *D.*1999, chr. p. 369

IZORCHE (M.-L.), *Rep. civ. v° Paiement*

JALLAIS (A.), *L'entraide en agriculture*, *J.Cl. Rural*, 1997

JAMIN (Ch.), *Pour en finir avec la formation du contrat !*, 94^{ème} congrès des notaires de France, *PA* 6 mai 1998, p. 25

JARNEVIC (P.), *Remarques sur la gratuité des services publics*, *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Université d'Auvergne, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2001, p. 125

JOSSERAND (L.), *Le déclin du titre gratuit et sa transformation*, in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p.135

JOSSERAND (L.), *La protection des faibles par le droit*, in *Évolutions et Actualités, Conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p.159

KANAYAMA (N.), *De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir »*, *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 375

KESSLER (G.), *L'interprétation extensive de l'exception de copie privée*, *D.*2005.1294

KESSLER (G.), *Stationripper : une nouvelle menace pour le droit d'auteur*, *D.*2005.3016

Essai sur la gratuité en droit privé

KESSLER (G.), *Le peer to peer dans la loi du 1^{er} août 2006*, D.2006.2167.

KOUBI (G.), *La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif français*, JCP A 2003.769

LABRUSSE-RIOU (C.), *La maîtrise du vivant, matière à procès*, Pouvoirs, n° 56, Paris, PUF, 1991, p. 95

LAFFITE (P.), *La France et la société de l'information*, Rapport de l'Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, n°213, 7 févr. 1997

LAGARDE (X.), *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil*, RTD Civ. 1997, p. 25

LAMBERT (T.), *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux*, Rev. Sociétés, 1993, p. 11

LAPOYADE-DESCHAMPS (Ch.), *Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring*, Mélanges offerts à J. Dérupé, Litec, 1991, p. 125

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), J.Cl. civ. art. 16 à 16-12, *Respect et protection du corps humain*, fasc. 24

LARRIEU (J.), note ss. TGI Rodez, D.2004.3132

LATREILLE (A.), *La copie privée démythifiée*, RTD Com. 2004.403

LATREILLE (A.), *Droit de la consommation et protection technique : pas de deux à trois temps*, RLDI, janv. 2005.45

LATREILLE (A.) et MAILLARD (Th.), *Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information*, D.2006.2171

LE TOURNEAU (Ph.), *Contrats d'assistance*, J. Cl. Contrats Distribution, fasc. 2040

LE TOURNEAU (Ph.), *De l'évolution du mandat*, D. 1992, chr. p. 157

LECOURT (A.), *La loi du 1^{er} août 1905 : protection du marché ou protection du consommateur ?*, D.2006.722

LÉCUYER (H.), *Des donations échappant au formalisme légal*, Dr. et Patr. mai 2003, p. 92

LETELLIER (F.), Rep. Civ. v° *Exécuteur Testamentaire*, 2002

LEVENEUR (L.), note sous Civ. 3^{ème}, 19 janv. 2005, Cont. Conc. Consom. juin 2005, n° 103

LIBCHABER (R.), *Les incertitudes de la proportionnalité dans le contrat : l'exemple de la clause de non-concurrence*, note ss. Soc. 10 juill. 2002 et Soc. 18 sept. 2002, Defr. 2002, art. 37644, p. 1619

LIBCHABER (R.), *Pour une redéfinition de la donation indirecte*, Defr. 2000, art. 37273, p. 1409

LOERTSCHER (M.) et PATERKIEWICZ (Th.), *Le chèque-image, technologie d'avenir ?* Banque déc. 1996, p. 75

LOISEAU (G.), *Typologie des choses hors du commerce*, RTD Civ. 2000 p. 47

LOISEAU (G.), *Y a-t-il encore des biens non-marchands ?* Esprit, févr. 2002

LUCAS (A.), J. Cl. Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1320, *Droit d'auteur – Exploitation des droits – Dispositions spécifiques à certains contrats – Contrat d'édition*, 2003

LUCAS (A.), *L'apposition d'une mesure technique de protection sur un DVD est légitime au regard de l'exception de copie privée*, note ss. Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, JCP 2006.II.10084

MACREZ (F.), *Les pirates en galère*, note ss. TGI Le Havre, 20 sept. 2005, RLDI dec. 2005.305

MALLET-POUJOL (N.), *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D.1997, chr. 330

MANARA (C.), *Télécharger des fichiers au contenu protégé n'est pas illégal !*, D.2004.834

MARCOTTE (J.-F.), *Communautés virtuelles et sociabilité en réseaux : pour une redéfinition du lien social dans les environnements virtuels*, Esprit Critique, Oct. 2003

MARCOTTE (J.-F.), *Communautés virtuelles : la formation et le maintien des groupes sur Internet*, Esprit Critique, Oct. 2001

MARCOTTE (J.-F.), *La sociologie des rapports sociaux en réseaux : un champ d'étude en formation*, Esprit Critique, Oct. 2001

MARCOTTE (J.-F.), *Les rapports sociaux sur Internet : analyse sociologique des relations sociales dans le virtuel*, Esprit Critique, Revue Internationale de sociologie et de sciences sociales, Vol. 03 No. 10, Octobre 2001

MARTIN (L.), *Le régime fiscal des dons manuels faits à une association culturelle*, JCP N 2005.1193

MARTIN (X.), *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, Rev. Hist. de Dr. Français et étranger, 1982, p. 589

MARTY (R.), *De l'indisponibilité conventionnelle des biens*, Petites Affiches, 21 nov. 2000

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Une troisième personne bien singulière, ou $2+1=$ tout autre chose*, RTD Civ. 2003. 51

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *L'acte translatif de savoir, ou les forces créatrices de l'analogie*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p. 487

MAYER (D.), *L'amitié*, JCP 1974.I.2663

MEMETEAU (G.), J. Cl. Civil art. 16 à 16-12, v° *Respect et protection du corps humain, Recherches biomédicales* (L.20 déc. 1988), conditions de fond et de forme, fasc. 60

MEMETEAU (G.), *L'appropriation ou der Rattenfänger von Hamelin*, R.R.J. 1996-2, p. 452

MOREAU (S.), *L'activité désintéressée, fiction ou réalité en droit social ?*, RDSS 1981, p. 507

MOSSER (M.), RIAHI (K.), *L'exploitation vidéo d'une œuvre, quelle rémunération pour l'auteur ?* LÉGIPRESSE 1996, n°134, II, p. 107

MOUSSERON (J.-M.), *Valeurs, biens, droits*, Mélanges A. Breton-F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 277 ; *Inventer*, Centre du Droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 131

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (Th.), *De la propriété comme modèle*, Mélanges Colomer, Litec, 1993, p. 281 ; et in *Inventer*, Centre du Droit de l'Entreprise, Montpellier, 2001, p. 101

MOUSSERON (J.-M.), SEUBE (A.), *Les contrats d'assistance et de fourniture*, D.1973, chr. p. 197.

NAJJAR (I.), *La validité des donations déguisées ou indirectes en droit français*, D.1995, chr. 115

NEIRINCK (C.), *L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ?*, D.2003, p. 841

NOBLOT (C.), note ss. Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, D. 2004.903

PETIT (B.), J. Cl. Civ. art. 1101 à 1108, *Contrats et obligations, Définition et classification des contrats*, 1997

PICOD (Y.), Rep. Civ. v° *Remise de dette*, 1997

PIÉDELIÈVRE (S.), *Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs*, JCP E 2005.1134

PIÉDELIÈVRE (S.), note ss. CJCE 5 oct. 2004, D.2004 p. 2770

PIGNARRE (G.), *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD Civ. 2001, p.41

PLANTIN (S.), *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stock options*, JCP E 2005, 524

POUGHON (J.-M.), *Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat*, Droits, t. 12, 1990, p. 57

RAYMOND (G.), J. Cl. Com. fasc. 942, *Promotion des ventes par une action directe sur les prix*

RAYNAUD (P.), *La renonciation à un droit*, RTD Civ. 1936, p. 763 et s

REVEL (J.), *La révocation des donations pour refus d'aliments*, RTD Civ. 1979, p. 276

REVEL (Th.), *L'objet du contrat de travail*, Dr. Soc. 1992, p. 859

REVEL (Th.), obs. ss. Com. 24 sept. 2003, RTD Civ. 2004, p. 117

REYGROBELLET (A.), obs. ss. Com. 23 mars 1999, D. 2000, somm. 19

RIZZO (F.), *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, Dr. et patr. janv. 2000, p. 60

ROSKIS (D.), *Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire*, D.1999, chr. p.443

ROUAST (A.), *La prestation gratuite de travail*, Études à la mémoire de Henri Capitant, 1939, p. 695

ROUBIER (P.), *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, RTD Com. 1948,541.

SARDAIN (F.), *Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres*, Comm. Com. Électr. 2004, Étude 12

SARGOS (P.), *L'horreur économique dans la relation de droit*, Dr. Soc. 2005 p. 123

SAVATIER (R.), *La structure du régime matrimonial légal exprimée en fonction de l'économie moderne, fruits, revenus, bénéfices et profit*, D.1969, chr. p. 199

SAVATIER (R.), *La vente de services*, D. 1971, chr. p. 223

SAVATIER (R.), *Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, JCP 1957.I.1398

SEILLAN (Y.), *L'acte abdicatif*, RTD Civ. 1966, p. 686 et s.

SERINET (Y.-M.), *Ventes ou prestations de service avec prime : d'une prohibition à l'autre*, D.2002, p. 3252

SERNA (J.-C.), *Sociétés coopératives de commerçants détaillants et magasins collectifs de commerçants indépendants*, Rev. Soc. 1972, p. 443

SERRA (Y.), *La validité des clauses de non-concurrence*, D.1987, chr. p. 113

SERRA (Y.), Rep. Com. v° *Concurrence déloyale*, 2004

SIBRA (B.), *La notion de réseau : questions pour une réflexion juridique*, RRJ 2004-3 p. 1671

SIMLER (Ph.), J.Cl. Civ. art. 1282 à 1288, fasc. 105, 1997

SINGH (A.), *Réseaux peer to peer, Essai de qualification de l'acte de téléchargement en émission (uploading)*, RLDI nov. 2005, 301

SIRINELLI (P.), VIVANT (M.), *Arrêt de Montpellier du 10 mars 2005 : ce n'est pas le Peyrou !*, RLDI 2005.133

SORBIER (L.), *Quand la révolution numérique n'est plus virtuelle*, Esprit, mai 2006, p. 121

STOUFFLET (J.), *Propos non conformistes sur la protection du consommateur emprunteur*, in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 287

TALLON (D.), *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, D. 1992, chr. p. 68

TAURAN (Th.), *La vente à bas prix*, RRJ 1998-3, p. 931

TESTU (F.-X.), *Le cautionnement-libéralité*, JCP 1989.I.3377

TESTU (F.-X.), *Les glossateurs, regards d'un civiliste*, RTD Civ. 1993. 279

TEXIER (J.-Cl.), *Le rôle de la presse gratuite dans la consommation*, Rev. Conc. Consom. avril-mai-juin 2005, p. 9

Essai sur la gratuité en droit privé

THOUMYRE (L.), *Peer to peer : l'exception pour copie privée s'applique bien au téléchargement*, RLDI 2005.183

THOUVENIN (D.), *La personne en son corps : un sujet humain, pas un individu biologique*, PA n°149, 14 déc. 1994, p. 28

THOUVENIN (D.), *La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine*, D. 2005, chr. p. 116

TOSI (J.-P.), *Responsabilité du transporteur aérien : dépoussiérons le code de l'aviation civile !*, D.2005, p. 719

TRUCHET (D.), *Unité et diversité des « grands principes » du service public*, AJDA 1997

VALADE (L.), *Gratuité et consommation*, Rev. Conc. Consom., avril-mai-juin 2005, p.2

VILMART (Ch.), *Des droits du copiste, de Gutenberg à David Lynch*, JCP E 2005.1052

VILMART (Ch.), *Copie privée : il faut raison garder et appliquer la Loi !*, JCP E 2006, Act. 148, obs. ss. Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006

VIVANT (M.), *Copier n'est pas jouer ?*, RLDI mai 2005, p. 3

WAGNER (E.), *La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint*, D. 1985, chr. p. 1

WERY (E.), VAN DEN BULCK (P.), *Copie privée des œuvres numériques : la jurisprudence française au milieu du gué*, RLDI avril 2006.430

ZENATI (F.), *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD Civ. 1993.305

IV. INDEX DES PRINCIPALES DECISIONS CITÉES

Ass. Plén. 28 janvier 1972, D.1972, p. 205

Ass. Plén. 29 oct. 2004, JCP 2005.II.10011, note crit. F. Chabas

CAA Marseille, 6 déc. 2004, AJDA 2005.832 note Deliancourt

CE, 21 oct. 1988, Syndicat national des transporteurs aériens, RD publ. 1989, p.1465, note Gaudemet

CE, 11 févr.1998, *Ville de Paris c./ Association pour la défense des droits des artistes peintres sur la place du Tertre*, Rec. Lebon, p.46 ; AJDA 1998.523, concl. Bachelier ; RFDA 1998.458

CE 6 nov. 2002, D. 2002 AJ 3204 ; JCP 2003.I.119, obs. Boiteau ; ibid. IV.1716, obs. Rouault ; RTD Com. 2003.145, obs. Legeais ; Banque et droit mars-avril 2003.57 obs Bonneau ; PA 6 déc. 2002 p. 6 concl. Lamy ; RFD adm. 2003.180, obs. Terneyre

CE 23 févr. 2005, D.2005, AJ 639 ; JCP E 2005, n°11, p. 452 ; Europe 2005, n°129, obs. Saulnier-Cassia ; Banque et droit mars-avril 2005.3 concl. Aguila

CEDH, 1^{er} févr. 2000, Mazurek, D.2000. 332 note Thierry, JCP 2000.II.10286, note Gouttenoire-Cornut et Sudre ; JCP 2000.I.278, n° 1, obs. Le Guidec ; Defr. 2000. 654, obs. Massip ; GP 2000.2.2407, note Bollon et Portefaix ; Dr. fam. 2000 n° 33, note de Lamy ; PA 21 juill. 2000, note Canaple ; RTD Civ. 2000.311, obs. Hauser ; RTD Civ. 2000.429, obs. Marguénaud ; RTD Civ. 2000.601 obs. Patarin

Ch. mixte, 27 nov. 1970, D. 1971.81, concl. Lindon ; Defr. 1971, art. 29786, concl. Lindon, note Morin ; JCP 1971.II.16823, note Blin

Civ. 6 mars 1876, GAJC, 11^{ème} éd., n°163 ; DP1876.1.193 note Giboulot ; S.1876.1.161

Civ., 28 févr. 1910, DP 1913.1.43 ; S.1911.1.329, note Appert ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, n°115

Civ. 3 déc. 1912, D. 1913, 1, 175

Civ. 2 mars 1915, D.P. 1920.1.102 ; GAJC, t. 2, n° 228

Civ. 28 février 1939, D.P. 1940.1.5 note Ripert ; GAJC, t. 2, n°229

Civ., 30 déc. 1952, JCP 1953.II.7475, note Mihura ; D. 1953, p. 161 ; Defr. 1953, art. 27147, obs. Carbonnier ; RTD Civ. 1953, p. 360, obs. R. Savatier

Civ., 16 juillet 1953, JCP 1953.II.7792, note Rodière

Civ., 24 nov. 1955, D. 1956.163

Civ., 14 févr. 1956, JCP 1956.II.9343, note Voirin

Civ., 3 févr. 1959, Bull. civ. I, n° 66 ; D.1960.592, note De la Marnierre ; JCP 1960.II.11823, note P. Voirin

Civ. 1^{ère}, 27 mai 1961, Bull. civ. I, n° 268 ; D. 1962, p. 657, note crit. Boulanger ; JCP 1962.II.12973, note Voirin ; RTD Civ. 1961, p. 715, obs. R. Savatier

Civ. 1^{ère}, 12 oct. 1964, Bull. Civ. 1, n° 438 ; RTD Civ. 1965, p. 386, obs. crit. R. Savatier

Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1965, D. 1965, p. 389 ; RTD Civ. 1965, p. 665, obs. G. Cornu

Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1969, Bull. civ. I, n°8

Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1969, Bull. Civ. I, n° 8

Civ. 1^{ère}, 11 mars 1969, D.1969.492

Civ. 1^{ère}, 6 juin 1973, D.1973, p. 738

Civ. 1^{ère}, 15 janvier 1976, JCP 1977.II.18516, obs. Goubeaux

Civ. 1^{ère}, 3 mars 1976, Bull. civ. I, n°95 ; Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1983, Bull.civ. I, n°25 (même affaire)

Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1978, Bull. civ. I, n°12

Civ. 1^{ère}, 24 oct. 1978, Bull. Civ. I, n° 319

Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1979, Defr. 1980, art. 32174, obs. Ponsard

Civ. 1^{ère} 17 oct. 1979, GAJC, 11^{ème} éd., n°237 ; JCP 1981.II.19627, note Ghestin

Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1980, Bull. Civ. I, n° 11 ; RTD Civ. 1981, p. 407, obs. Cornu

Civ. 1^{ère}, 29 mai 1980, D.1981, p. 273, note Najjar ; Defr. 1980, I, p. 1562, obs. Champenois ; RTD Civ. 1981, p. 422, obs. Patarin

Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1980, Bull. n° 336

Civ. 1^{ère}, 10 févr. 1981, Bull. civ. I, n° 50

Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1981, JCP 1982.II.19843, note Rémy

Civ. 1^{ère}, 23 avril 1981, D. 1981, p. 395

Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1981, JCP 1981.IV.360

Civ. 1^{ère}, 20 juill. 1981, Bull. civ. I, n° 267 ; Defr. 1982, p. 1085, note J.L. Aubert, RTD civ. 1982, p. 427, obs. Ph. Rémy

Civ. 1^{ère} 4 nov. 1983, RTD Civ. 1984 p. 719 obs. Mestre

Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1984, Bull. n° 343 ; RTD Civ. 1985. 762 obs. Patarin

Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1986, Bull. Civ. I, n°31

Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1989, Bull. civ. I, n° 299

Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1990, Bull. n° 298 ; RTD Civ. 1991. 783, obs. Patarin

Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1991, Bull. Civ. I, n° 335

Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, JCP 1993.II.22097, note Testu ; D.1993 p. 247, note Eschylle ; JCP N 1993.II.137 note Salvage ; Defr. 1992.1435, note Massip ; RTD Civ. 1993.171, obs. Patarin

Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1992, Rev. Dr. Rur. 1993, p. 93

Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, JCP 1993.II.22027 note Ghestin ; Defr. 1993, 1376, obs. Aubert

Civ. 1^{ère} 23 mars 1994, D. 1995, somm. 333, obs. Vareille

Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, D. 1995, p. 623, note Tchendjou ; JCP 1995.II.22425, note Sériaux, Defr. 1994, p. 1511, note X. Savatier ; RTD Civ. 1995, p. 373, obs. Mestre et p. 408, obs. Patarin

Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1995, Bull. Civ. I, n° 304

Essai sur la gratuité en droit privé

Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, Bull. civ. I, n° 352, D. 1996, somm. p. 120, obs. Libchaber ; D.1997, p. 155, note Pignarre ; PA 23 août 1996, p. 9, note Hocquet-Berg

Civ. 1^{ère}, 28 nov. 1995, Bull. civ. I, n° 439

Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996, D. 1997. 145 note Bénabent ; PA 23 janv. 1998, note Poracchia

Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, Defr. 1997, art. 36650, p. 1136, note Malaurie ; Dr. et Patrimoine juill.-août 1998, p. 44, obs. Grimaldi ; RTD Civ. 1997, p. 480, obs. Patarin ; D. 1997, p. 607, note Barabé-Bouchard ; JCP 1998.I.133 obs. Le Guidec.

Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, n°96-10246

Civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, Bull. civ. I, n° 186 ; D.1999.194 note Bruschi ; ibid. Somm. 28 obs. Jobard-Bachelier; ibid. 2000 somm. 50 obs. Pizzio ; Defr. 1998. 1054 obs. Delebecque ; ibid. 1999.21 note S. Piédelièvre; PA 16 juill. 1999 note Depadt-Sebag

Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, Contrats Conc. Consomm. 1998, n° 127, note Leveneur

Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, Bull. Civ. I, n° 312 ; D. 1999. 414, note Langlade O'Shugrue ; D. Aff. 1998, p. 1994, obs. J.-F. ; JCP 1999.II.10157, note M. Audit ; JCP N 1999, p. 547, note Moizard ; Defr. 1999, p. 802, obs. Bénabent ; Contrats, Conc. Consom. 1999, n° 22, note Leveneur ; RTD Civ. 1999, p. 128, obs. Gautier.

Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, Dr. Fam. 1999, n° 12, obs. H. Lécuyer

Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, JCP 1999.II.10083, note Billiau et Loiseau ; GP 2000.1, p.70, note S. Piédelièvre ; GP 2000.1, p. 646, note Chabas ; D.1999, p. 267, rapp. X. Savatier et notre Langlade-O'Sughrue ; D. 1999, somm. p. 307, obs. Grimaldi ; ibid. somm. p. 377, obs. Lemouland ; JCP 1999.I.160, obs. Bosse-Platière ; JCP 1999.1.189, obs. Le Guidec ; JCP N 1999, p. 1430, note Sauvage ; Dr. Fam. 1999, comm. 54, note Beignier ; RJPF 1999-2/27, obs. Casey ; Defr. 1999, p. 680, obs. Massip ; ibid p. 738, obs. D. Mazeaud ; ibid p. 814, obs. G. Champenois ; Contrats Conc. Consom. 1999, comm. 105, note L. Leveneur ; RTD Civ. 1999, p. 364 et 817, obs. Hauser ; ibid p. 892, obs. Patarin ; PA 27 nov. 1999, p. 10, note Mestrot ; JCP 1999.I.143, obs. Labarthe

Civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, Dr. Fam. 1999, n°71, note B. Beignier

Essai sur la gratuité en droit privé

Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2000, D. 2000, Somm. 428, obs. Nicod ; JCP 2000.I.245, n° 1, obs. Wiederkehr

Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, Dr. Fam. 2001, n°22, note Beignier ; RJPF 2000-7-8/60 note Casey

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105 ; D.2000.482 note S. Piédelièvre et Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001 D.2002.119 note Chartier ; JCP 2002.II.10050, note S. Piédelièvre ; Defr. 2002.259 obs. Libchaber

Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, CCC 2000, n°156

Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, Comm. Com. Electr. 2001. 34, obs. Caron

Civ. 1^{ère}, 6 févr. 2001, n°99-10745

Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n°249 ; D.2001.3470, rapp. Sargos, note Thouvenin ; JCP 2002.II.10045, note Cachard ; Contrats Conc. Consom. 2002, n° 22, note Leveneur ; RRJ 2002/4.2061, note Viennois ; RTD Civ. 2002.176, obs. Libchaber ; GP 2001.1818, note Guigue ; GP 14-15 févr. 2003, note Perdriau ; RJPF 2002-1/34, note Chabas ; PA 6 déc. 2001, note Clément ; 13 mars 2002, note Marmoz. Voir aussi Civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, Bull. Civ. II, n° 361 ; RGDA 2004.933, note Kullmann

Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, JCP 2003.I.111, n° 22, obs. Storck ; Dr. Fam. 2002, n° 149, note B.B. ; RTD Civ. 2002, p. 790, obs. Hauser

Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2004, D.2004, somm. p. 2341, obs. Nicod

Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2003, Contrats, Concurrence, Consommation, dec. 2003, n° 175

Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, Bull. civ. I, n°235 ; RDC 2004, p. 718, obs. A. Bénabent

Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, D. 2004.903, note Noblot

Civ. 1^{ère}, 17 février 2004, n°99-18057

Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, n°01-00959

Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, Bull. Civ. I, n° 313, D.2005.2264 note C. Le Gallou

Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, 03-18413, Bull. Civ. I, n° 317 ; D.2005, p. 626, note Noblot

Essai sur la gratuité en droit privé

Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, Bull. civ. I, n°168

Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. Civ. I, n° 204 ; D.2005, IR p. 1378

Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2005, n°03-13622

Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, RLDI avril 2006.431, note Mélison (*Mulholland Drive, deuxième virage et sortie de route pour la copie privée*) ; D.2006, AJ 784, obs. Daleau ; Comm. Com. Électr. avril 2006, comm. 56, obs. Caron ; JCP 2006.II.10084, note A. Lucas ; JCP E 2006, act. 148, obs. Vilmart ; Propriété Indus. juill. 2006, comm. 61, note Schmidt-Szalewski

Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1965, GP 1966.1.184 ; RTD Civ. 1966.295, obs. Rodière

Civ. 2^{ème}, 7 mai 1980, Bull. civ. II, n° 97

Civ. 3^{ème}, 5 févr. 1971, D. 1971, p. 281, rapport Cornuey

Civ. 3^{ème}, 20 décembre 1971, Bull. Civ. III n° 644

Civ. 3^{ème}, 15 mai 1973, Bull. Civ. III, n°336

Civ. 3^{ème}, 27 avril 1976, Bull. civ. III, n° 176

Civ. 3^{ème}, 9 mai 1983, JCP 1983.IV p. 225

Civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 1989, Bull. civ. III, n°49 ; RTD Civ. 1990. 76 obs. J. Mestre

Civ. 3^{ème}, 28 juin 1989, Rev. Dr. Rur. 1989, p. 470

Civ. 3^{ème}, 3 oct. 1991, Bull. Civ. III, n°222

Civ. 3^{ème}, 12 février 1992, 90-13227

Civ. 3^{ème}, 7 oct. 1992, Bull. Civ. III, n° 264

Civ. 3^{ème}, 8 octobre 1997, 96-10688

Civ. 3^{ème}, 4 mai 2000, D.2001.3154, obs. Mathieu-Izorche

Civ. 3^{ème}, 28 juin 2000, Dr. et Procédure 2001, p. 26, note Grimonprez

Essai sur la gratuité en droit privé

Civ. 3^{ème}, 24 septembre 2003, RDC 2004, p. 369 obs. A. Bénabent

Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2003, RDC 2004 p. 362, obs. Seube

Civ. 3^{ème}, 28 oct. 2003, 02-14486

Civ. 3^{ème}, 7 décembre 2004, 03-17885

Civ. 3^{ème}, 19 janv. 2005, Bull. Civ. III, n° 12 ; D. 2005, IR, p. 315

CJCE, 8 mars 1988, Apple and Pear Development Council, Dr. Fisc. 1989, n°15; RJF 8-9/88, n°970

CJCE 13 nov. 1990, *Marleasing*, C106/89

CJCE 14 juill. 1994, *Paola Facini Dori*, 91/92

CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, D.2002, p. 2462, note Larroumet ; ibid. AJ 1670, obs. Rondey ; ibid. Somm. 2935 obs. Pizzio ; CCC 2002, n°117, note Raymond ; RTD Civ. 2002 p. 523, obs. Jourdain ; ibid. 868, obs. Raynard ; RTD Com. 2002, p. 585, obs. Luby

CJCE 5 oct. 2004, D.2005.370, note Boujeka ; D. 2004.2770, note Piédelièvre; PA 15 juin 2005, p. 14, note Mercoli ; RTD Com. 2004. 792, obs. Legeais ; Banque et Droit janv.-févr. 2005. 66, obs. Bonneau ; Europe 2004, n°402, obs. Idot

Com. 12 mai 1959, Bull. Civ. III, n°201

Com. 8 nov. 1972, Lempereur, D. 1973.753, note Malaurie ; GP 1973.1.143, note D. Martin

Com. 18 déc. 1979, Bull. Civ. IV, n°340

Com. 30 oct. 1989, D.1990, somm. 79, obs. Serra

Com. 9 avril 1991, JCP E 1991,I,102, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; D. 1992, somm. 257, obs. F. Derrida

Com. 25 févr. 1992, n° 90-17937

Com. 14 décembre 1993, Bull. civ. IV, n°477

Essai sur la gratuité en droit privé

Com. 14 mai 1996, Bull. civ. IV, n°134

Com. 2 déc. 1997, Bull. Civ. IV, n° 319 ; Defr. 1998, p. 477, art. 36782, note Chappert ; JCP N 1998, p. 1743, note Lafond

Com. 23 mars 1999, D. 2000, somm. p. 19, obs. Reygrobellet

Com. 2 oct. 2001, Droit et procédure (revue des huissiers de justice) janv. févr.2002, p. 23, obs. Picod ; RJDA 2002 n° 179

Com. 27 nov. 2001, RJDA 2002, n° 666

Com. 29 janv. 2002, D. 2002, AJ 885, note E. Chevrier

Com. 11 février 2004, JCP 2004.1.153, obs. Pétel

Com. 5 mai 2004, D.2004 AJ p. 1525, obs. A. Lienhard

Com. 5 oct. 2004, Defr. 2005, p. 132, art. 38086, note Chappert

Com. 6 déc. 2005, Contrats Conc. Consom. 03/2006, n°48, obs. Malaurie-Vignal

Comm. Bancaire 16 avril 2002, Banque et Droit nov.-déc. 2002. 51 obs. Bonneau ; PA 23 oct. 2002, p. 11, note Idot ; RD banc. et fin. 2002 n° 245, obs. Stoufflet

Cons. conc. n°96-PB-01 du 27 novembre 1996, BOCC 8 janv. 1997

Cons. Const., 12 juillet 1979, Décision n°79-107, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales

Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, JO 16 nov. ; D. 2000, Somm. 424 obs. Garneri ; JCP 2000.I.261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; PA 1^{er} déc. 1999, note Schoettl ; PA 26 juill. 2000 obs. Mathieu et Verpeaux

Crim. 21 mai 1984, D. 1985, 105, note Marguery

Crim. 27 sept. 1989, RJS 11/89 n° 846

Crim. 7 mai 2002, D.2002, AJ 2050

Crim. 30 mai 2006, n°05-83335

Essai sur la gratuité en droit privé

Grenoble, 1^{ère} ch. corr., 4 mai 2000, Juris-Data n°2000-122622

Montpellier, 10 mars 2005, D.2005.1294, note Kessler ; RLDI mai 2005.133, note Sirinelli et Vivant

Paris, 7 février 1850, DP 1852.2.46

Paris, 23 juin 1994, Juris-Data n°1994-021964

Paris, 20 janvier 1998, D. 1998, p. 309, note Najjar

Paris, 31 mai 1999, Com. Com. Électr. 2000, comm. n°33, note Galloux

Paris, 20 janv. 2000, Juris-Data n°2000-111542

Paris, 31 mars 2000, D.2000, somm. p. 432, obs. Vareille

Rennes, 19 déc. 1972, RTD Civ. 1973, p. 587, obs. G. Cornu

Rennes, 21 janv. 1993, Contrats, Conc. Consom. 1993, 199, obs. Raymond

Req. 16 août 1853, DP 1854.1.390

Req. 15 juin 1892, D.P. 1892.1.596 ; S.1893.1.281 note Labbé ; Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000, t.2, n° 227

Req. 20 juill. 1893, DP 1893, 1, 598

Req. 8 juin 1926, DP 1927.1. 113 note R. Savatier

Req. 20 janv. 1928, DP 1928, 1, 157

Req. 29 mars 1938, DP 1939,1,5, note Voirin

Riom, 6 juin 1990, D. 1992, somm. 47 obs. Izorche ; Juris-Data 1990-604598

Soc. 21 juill. 1953, Bull. Civ. IV, n° 610

Soc. 10 févr. 1977, Bull. Civ. V, n° 99 ; Rev. Dr. Rur. 1978, p. 248, obs. Le Calonnec

Soc. 17 nov. 1977, D.1978, p. 571

Essai sur la gratuité en droit privé

Soc. 31 mars 1981, Bull. Civ. V, n°283

Soc. 27 avril 1983, JCP 1986.II.20586

Soc. 16 mars 1983, Rev. Dr. Rur. 1983, p. 350

Soc. 6 mars 1985, Bull. civ. V, n° 152

Soc. 14 mai 1992, JCP 1992.II.21889, obs. Amiel-Donat ; D.1992, p. 350, note Serra ; RJS 1992, n° 735 ; Dr. Soc. 1992, p. 967, note Corrignan-Carsin

Soc. 28 févr. 1996, Bull. Civ. V, n°74

Soc. 5 juin 1996, Dr. Soc. 1996, p. 973, obs. Couturier

Soc. 8 oct. 1996, RJS 11/96, n° 1149

Soc. 13 novembre 1996, Société générale, Dr. Soc. 1996, p. 1067, obs. Dupeyroux ; JCP E 1997.II.911, note Barthélémy ; Les Grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 3^{ème} éd., n°2

Soc. 19 nov. 1996, Dr. Soc. 1997, p. 95, obs. Couturier, RJS 1996, n° 1266 ; CSBP 1997, 37 A7

Soc. 28 oct. 1997, Dr. Soc. 1998, p. 77 obs. Couturier

Soc. 28 oct. 1997, RJS 12/97 n°1373

Soc. 8 juin 1999, n°96-45.616

Soc., 29 janv. 2002, Assoc. Croix-Rouge c./ Huon et Mlle Roquefort, Dr. Soc. 2002, p. 494, note J. Savatier (La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association) ; JCP 2002.I.160, n°1, obs. S. Darmaisin

Soc. 10 juill. 2002 (3 arrêts), RJS 2002 n° 1119 ; D. 2002, p. 2491, note Serra ; JSL 2002 n° 108-2 ; Dr. Ouvrier 2002 p. 533 note Taté ; CSBP 2002. 446, A. 54

Soc. 17 déc. 2004, Dr. Soc. 2005 p. 334, obs. Gauriau

Soc. 2 mars 2005, JCP E 2005, n° 1018, note Béal et Giroud

Soc. 5 avril 2005, Dr. Soc. 2005, p. 926, obs. Radé

Essai sur la gratuité en droit privé

Soc. 15 oct. 1998, RJS 11/98, n° 1343

Soc. 18 sept. 2002, RJS 2002, n°1352 ; JSL 2002, n°111-10

Soc. 19 oct. 2005, Dr. Soc. 2006 p. 104, obs. J. Mouly

T. Civ. Mamers, 2 févr. 1875, D.1875, 5, p. 188

TGI Le Havre, 20 sept. 2005, RLDI déc. 2005.305 note Macrez

TGI Lille, ord., 5 déc. 1996, D. 1997. 376, note Labbé

TGI Meaux, 3^{ème} ch., 21 avril 2005, Comm. Com. Électr. 2005, comm. 111, obs. Caron, RLDI juill.-août 2005.183, note Thoumyre

TGI Nanterre, 24 juin 2003, CLCV c./ EMI France, Comm. Com. Électr. comm. 86, note Stoffel-Munck ; D.2003.2823, obs. Le Stanc

TGI Nanterre, 2 sept. 2003, Françoise M. c./ EMI France, Auchan France, Propriété Intellectuelle 2003, n°9, p. 389, obs. Sirinelli, *ibid.* p.464, obs. Bruguière et Vivant ; Comm. Com. Électr. 2003, comm. 108, note Grynbaum

TGI Paris, 26 mai 1983, GP 9-10 novembre 1983, p. 16 ; RTD Civ. 1984, p. 121, obs. Ph. RÉMY

TGI Paris, 30 nov. 1999, Benhaddou c./ L'Harmattan, Comm. Com. Electr. 2001.87 obs. Caron

TGI Paris 30 avril 2004, P. et UFC Que Choisir c./ SA Fils Alain Sarde, SA Universal Pictures Video France, Comm. Com. Électr. 2004, com. 85, note Caron ; JCP 2004.II.10135, note Geiger ; JCP E 2004.1101, note Maillard ; Légipresse 2005 n°227.III.p. 233, note Vivant et Wercken

TGI Paris, 4 févr. 2005, D.2005 p. 1037, obs. Hugon

TGI Paris, 31^{ème} ch., 8 déc. 2005, D.2006.933, note Castets-Renard

TGI Paris, 10 janv. 2006, Que choisir c./Sté Warner Music et autres, www.Juriscom.net, www.droit-technologie.org; RLDI avril 2006.430 note Wéry et Van den Bulck

Essai sur la gratuité en droit privé

TGI Paris, 21 févr. 2006, UFC Que Choisir et Association Familles de France c./ SAS Free, Juris-Data n°2006-295356

TGI Pontoise, 2 févr. 2005, Comm. Com. Électr. 2005, comm. 35, obs. Caron

TGI Rodez, 13 oct. 2004, D.2004.3132, note Larrieu

TGI Saint-Étienne, 6 déc. 1999, JCP E 2000, p. 1856, obs. Bruguière, RIDA 2000, n°184, p. 389, obs. Kéréver ; Comm. Com. Électr. 2000, comm. 76, obs. Caron

Versailles, 20 janv. 1987, D.1988 somm. 207 obs. Colombet ; RTD civ. 1988, p. 802, obs. Patarin

Versailles, 3 oct. 1996, D. 1998, somm. 30, obs. Granet

Versailles, 30 sept. 2004, Juriscom.net, obs. Rouja ; Comm. Com. Électr. 2004, comm. 163, obs. Grynbaum

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Abus de position dominante : 799
Accroissement (clause d') : 376
Actes abdicatifs : 312 s.
Actes abstraits : 342
Actes de complaisance : 266, 731, 733
Actes constitutifs : 314
Actes déclaratifs : 289
Actes d'exécution : 290 s.
Actes juridiques conjonctifs : 54 s.
Actes neutres : 337 s.
Actions :

- distribution gratuite : 426
- émission gratuite : 27, 42

Adoption : 267
Altruisme : **147** s., 583
Amitié : 76, **485** s.
Antidora : 3, 228
Association :

- apport : 591
- bénévolat : **569** s.
- contrat : 587 s.

Avocats : 3

B

Bail : 129, 403 s.

- emphytéotique : 410
- qualification : 162

Bénéfice : 228
Bénévolat : v. *Association*
Bien non rival : 731

C

Cadeaux aux consommateurs : 216, 446 s., 651 s.
Carte bancaire : 827
Cause : 139, **140** s., 187 s.
Cautionnement : 126, 140

- couverture : 125
- libéralité : 194, 205, 347, 355
- Chèque : 827
- Choses communes : 97
- Commerce électronique : 29, 427, 836
- Communautés virtuelles : **705 s.**
- Common law : 32
- Communauté entre époux : 24, 75
- Communautés virtuelles : 34
- Commutativité : 373 s.
- Comptes bancaires :
 - frais de clôture : 797, 802
 - rémunération : 824 s.
- Concurrence déloyale : 804 s.
 - désorganisation : 806 s.
- Consideration* : 32
- Contrat :
 - aléatoire : 64, 94, 373 s.
 - commutatif : 64, 94, 373 s.
 - en cours : 107
 - groupe de : 140
 - loi applicable : 106
 - onéreux : 79 s.
 - réel : 86 s., 130
 - synallagmatique : 63, 82 s.
 - unilatéral : 63, 82 s.
- Contrat de bienfaisance : 23, 42, 48 s., 79 et s.
- Contrat de compte à demi : 677
- Contrat à compte d'auteur : 676
- Contrat d'édition : 669 s.
- Contrat d'entraide agricole : 27, **552 s.**
- Contrat d'entreprise : 91, 122
- Contrat de production audiovisuelle : 680
- Contrat de représentation : 679
- Contrat de travail : 576 s.
 - clause de non-concurrence : 615 s.
 - primes et gratifications : 599 s.
- Conversion par réduction : 394, 406
- Coopérative de commerçants détaillants : 424, 551
- Copie privée : 737, 746, 754 s., 772 s.
 - triple test : 768 s.
- Courrier électronique : 751
- Coûts de sortie : 699 s., 796 s.
- Créance : 96 s.
- Crédit :
 - à la consommation : 69
 - gratuit : 225, **644 s.**
 - immobilier : 69
- Crime gratuit : 8, 262

D

Déguerpissement : v. Renonciation

Délit : 262

Dépôt : 83, 153, 167, 419, 501 s.

-responsabilité : 158, 183

Déréliction : v. Renonciation

Devoirs familiaux : 512 s.

- alimentaires : 514 s.

- d'assistance : 520

- contribution aux charges du mariage : 521

- obligation d'entretien : 518

- piété filiale : 528

- de secours : 517

Distribution gratuite : 663, 806 s.

-armes à feu : 643

- médicaments : 641

- préparations pour nourrissons : 642

- tabac : 640

Domaine public : 9, 15 s.

Don :

- éléments et produits du corps humain : 269 s.

- paradigme du : 21, 247

Donation : 23, 49

- avec charge : 50, 92 s.

- conjonctive : 56, 59

- déguisée : 337, 362

- désolennisée : 116, 193

- don manuel : 337, 350

- droits d'auteur : 684 et s.

- entre époux : 74, 238

- formalisme de substitution (théorie du) : 337, 352 s.

- fruits : 440 s.

- garantie contre l'éviction : 156

- garantie des vices cachés : 156

- indirecte : 117, 194 s., 337 s., 365 s.

- irrévocabilité : 353, 355

- loyer : 440 s.

- relation adultère : 197

- rémunératoire : 3

- solennité : 241

- rapport, réduction : 242 s.

- solennelle : 116, 337 s., 352 s.

Droit d'auteur :

- cession à titre gratuit : 670, 684 s.

- cercle de famille : 541, 703, 757 s.

- contrefaçon : 739, 742 s.

- et *Peer to Peer* : 738 s.

Droit réel : 438

- renonciation : v. ce mot

Droits de mutation : 42, 542 s.

E

Enrichissement sans cause : 137 s., 531 s.

Équivalence : 377 s., 454 s.

F

Fichiers numériques : 717 s.

Frais :

- remboursement : 572

Fraude paulienne : 213

G

Garantie contre l'éviction : 173, 174

- donation : 156

Garantie des vices cachés : 175 s., 766

- donation : 156

- prêt à usage : 163

Gestion d'affaire : 123, 133, 137, 264, 265

H

Honoraires : 3, 232, 497

I

Information : 719 s.

- déséquilibre : 841

- société de : 840

Intention :

- droit pénal : 192

Intention libérale : **137 s., 187 s.**

- contrats de service gratuits : 201 s.

- libéralités : 189 s.

- renonciations *in favorem* : 315 s., 334
- Intérêts : 85, **489** s.
 - déchéance : 87 s.
- Internet : 698, 705 s.
 - fourniture d'accès : 783 s., 836 s.
 - hébergement : 835, 836

L

- Legs « du diamant » : 233
- Lettre de change : 342, 344, 356
- Libéralités : 42, 66, 115 s.
 - avec charge : 384 s.
 - qualification : 372 s.
 - rémunératoires : 228 s.
- Logiciels :
 - libres : 681
 - de messagerie instantanée : 751
- Loteries publicitaires : 24
- Loyer :
 - donation de : 440 s.
 - modique : 408 s.
 - vil : 405 s.

M

- Mandat : 42, 48, 90, 419, 495 s.
 - à effet posthume : 166, 481
 - conjonctif : 55, 58
 - entre époux : 75, 540
 - responsabilité : 159, 184
- Mariage : 267
 - contribution aux charges : 521
- Médecins : 3
- Messagerie électronique : 782, 789
- Mesures techniques de protection : 764 s.
 - autorité de régulation : 771
- Mise à disposition : 124 s., 403 s., 456
- Mobiles : 189 s.
- Morale : 209
- Mutuum* : 488

N

Netéconomie : 20
Nexum : 488
Nouvelle économie : 17, 697 s.
Nudum pactum : 32
Nullités de la période suspecte : 42, 214, 425
 - contrat commutatif déséquilibré : 432
 - remise de dette : 304 s.
Numérisation : 735

O

Obligation de donner : 110, 131
Obligation de faire : 110
Obligation de *praestare* : 110
Obligation naturelle : 234 s.

P

PACS : 239, 268, 527
Païement : 292 s.
Parrainage publicitaire : 20, 153, 702, 811
Peer to peer : 738 s.
 - téléchargement en émission : 742 s.
 - téléchargement en réception : 746 s.
Pourboire : 230
Pratiques commerciales déloyales : 637
Presse gratuite : 702, 804, 811
Prestation objective : 78 s., 98 s., 110 s.
Prêt à usage : 42, 48, 83, 153, 182, 426
 - droit de rétention : 157
 - garantie des vices cachés : 163
 - immeubles : 412 s.
 - qualification : 162
 - résiliation : 157
 - terme : 148
Prêt de consommation : 29, 42, 48, 85, 87 s., 160, 168
 - conjonctif : 58
Prix :
 -abusivement bas : 431, 664
 -d'appel : 807 s.
 -exorbitant : 391
 - information : 793
 -lésionnaire : 390
 -négatif : 381
 -symbolique : 381, 394 s.
 -vil : 394 s.

Procédure

- actes de : 289

Procédures collectives :

- contrôleurs : 480, 551
- nullités de la période suspecte : v. ce mot

Produits défectueux (reponsabilité) : 178, 185

Produits sanguins labiles : 279 s.

Professeurs : 3

Prohibition des engagements perpétuels : 797

Publicité trompeuse : 224, 637, 787 s.

R

Redevances : 11 et s.

Remise de dette : 132, 303 s.

Renonciation : 195

- aux droits réels : 326 s.
- à la propriété des choses : 323 s.
- à succession : 132, 315, 320 s., 344

Rente viagère : 64, 307 s.

Réseau : 34, 700 s., **778 s., 845 s.**

Responsabilité :

- clauses élusives : 834s
- contractuelle : 180 s., 506 s.
- produits défectueux : v. ce mot

S

Séparation de biens : 75

Service : 120 s.

Service public : 9 et s.

Sponsoring : v. *Parrainage publicitaire*

Stage : 579 s.

Subordination : 570 s., 597 s.

Surendettement des particuliers : 646

Systèmes d'échange locaux : 557

T

Téléphone :

- gratuit : 811
- hotlines* : 821 s.
- portage du numéro : 801

Testament : 53, 119, 132, 226

Essai sur la gratuité en droit privé

- conjonctif : 57

Titre gratuit : 299 s.

Titre onéreux : 299 s.

Transport bénévole : 148

Tutelle : 6, 480

U

Usufruit :

- convention : 113

- renonciation à : 329 s.

Utilitarisme : 21

V

Vente : 131

- avec prime : 24, 223, 430, 657 s., 785

- à prix abusivement bas : 431, 664

- à prix modique : 346, 366

- revente à perte : 431, 663, 786

Volontariat : 580 s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
1^{ERE} PARTIE : DÉFINITION JURIDIQUE DE LA GRATUITÉ	23
TITRE 1^{er} : MODE D'APPRÉHENSION DE LA GRATUITÉ	25
CHAPITRE 1 ^{er} : UNE APPRÉHENSION TECHNIQUE NÉCESSAIRE	27
SECTION 1 : LA GRATUITÉ OBSERVABLE DANS DES ACTES JURIDIQUES ISOLÉS	28
SOUS-SECTION 1 : L'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ DANS DES RAPPORTS BILATÉRAUX	29
§1 : L'observation de la gratuité dans des actes simples	30
A. La gratuité dans les conventions	30
B. La gratuité dans les actes juridiques unilatéraux	32
§2 : L'observation de la gratuité dans des actes juridiques conjonctifs	33
A. La pluralité d'acteurs de gratuité	33
B. La pluralité de bénéficiaires de gratuité	35
SOUS-SECTION 2 : L'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ DANS DES RAPPORTS PONCTUELS	36
§1 : La reconnaissance de la gratuité dans le contenu des actes juridiques	37
§2 : L'indifférence de la gratuité à l'environnement des actes juridiques	39
A. L'indifférence de l'activité économique des parties	39
B. L'indifférence des relations entretenues entre l'acteur et le bénéficiaire	42
1. L'indifférence des liens familiaux	42
2. L'indifférence des liens amicaux	43
SECTION 2 : LA GRATUITÉ DÉFINIE DANS DES ACTES JURIDIQUES ISOLÉS	44
SOUS-SECTION 1 : UNE FOURNITURE UNILATÉRALE DE PRESTATIONS OBJECTIVES	44
§1 : Le rejet de la théorie présentant la réciprocité des obligations comme critère de distinction du gratuit et de l'onéreux	46
A. Le constat de l'indépendance des classifications des contrats gratuits et onéreux et des contrats synallagmatiques et unilatéraux	47
1° Une coïncidence trompeuse	47
2° Une indépendance avérée	48
a) l'existence de contrats unilatéraux onéreux	48
b) l'existence de contrats synallagmatiques gratuits	52
B. Un constat expliqué par l'indépendance de la créance et de l'avantage	56
§2 : La réciprocité des prestations objectives, critère de distinction des contrats gratuits et onéreux	59
A. La notion de prestation objective	60
	579

Essai sur la gratuité en droit privé

1. Esort et sens de la notion de prestation objective	60
a) Orientation de l'analyse des obligations vers leur exécution	60
b) Orientation de l'analyse des contrats vers leur exécution	62
2. Classification des prestations	65
a) la prestation de fourniture d'un bien	67
b) les prestations de service	72
B. Les instruments juridiques des fournitures de prestations objectives	77
 SOUS-SECTION 2 : UNE FOURNITURE VOLONTAIREMENT UNILATÉRALE DE PRESTATIONS OBJECTIVES	79
§1 : La cause de la fourniture unilatérale de prestation objective	80
§2 : L'absence de cause de la fourniture unilatérale de prestation objective	82
 CHAPITRE 2 nd : UNE APPRÉHENSION TECHNIQUE SUFFISANTE	87
 SECTION 1 : LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ALTRUISME : UNE NÉCESSITÉ PRATIQUE	90
 SOUS-SECTION 1 : L'ÉLISION NÉCESSAIRE DE L'INTÉRÊT	90
§1 : Les inconvénients de la qualification onéreuse des contrats gratuits intéressés	91
A. Les faveurs du régime supplétif des contrats gratuits pour l'acteur de gratuité	92
B. Les problèmes induits d'une qualification onéreuse du contrat gratuit intéressé	95
§2 : L'absence d'inconvénients de la qualification gratuite	98
A. La rémunération, seul critère de distinction des contrats gratuits et onéreux	98
B. La neutralité de l'intérêt poursuivi au regard du régime supplétif des contrats gratuits	101
1. Fondement du régime supplétif des contrats gratuits	101
a) les allègements de garantie	102
b) les allègements de responsabilité	106
2. Portée du régime supplétif des contrats gratuits	107
 SOUS-SECTION 2 : LA NÉCESSITÉ DE SE RÉFÉRER À UNE CONCEPTION ABSTRAITE DE L'INTENTION LIBÉRALE	113
§1 : Le choix d'une conception abstraite de l'intention libérale dans les libéralités	113
A. L'exclusion des mobiles de l'intention libérale	114
1. Les termes du débat	114
a) La conception concrète de l'intention libérale	114
b) la conception abstraite de l'intention libérale	115
2. L'adoption de la conception abstraite de l'intention libérale	118
B. Le recours aux mobiles dans la preuve de l'intention libérale	122
§2 : Le choix d'une conception abstraite de l'intention libérale dans les contrats de service gratuits	122
A. La présence de l'intention libérale dans les contrats de service gratuits	123
B. La signification de l'intention libérale dans les contrats de service gratuits	124

SECTION 2 : LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ALTRUISME : UNE JUSTIFICATION THÉORIQUE	125
SOUS-SECTION 1 : L'INSUFFISANCE DU CHAMP D'OBSERVATION DE LA GRATUITÉ POUR APPRÉHENDER L'ALTRUISME	127
§1 : L'insuffisance du cadre spatial	128
§2 : L'insuffisance du cadre temporel	130
SOUS-SECTION 2 : L'INADAPTATION D'UN ÉVENTUEL CHAMP D'OBSERVATION DE L'ALTRUISME POUR APPRÉHENDER LA GRATUITÉ	132
§1 : L'impossible exclusion de la gratuité en cas de compensation du sacrifice auprès de tiers	133
§2 : L'impossible exclusion de la gratuité en cas de compensation du sacrifice auprès du bénéficiaire	135
A. La gratuité des donations rémunératoires	136
B. Éléments de régime des donations rémunératoires	143
CONCLUSION DU TITRE 1 ^{ER}	151
TITRE 2ND : MÉTHODE DE DÉLIMITATION DE LA GRATUITÉ	153
CHAPITRE 1 ^{ER} : APPROCHE EXTERNE : DOMAINE DE LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ONÉROSITÉ	155
SECTION 1: LA DÉLIMITATION DE LA DISTINCTION AUX ACTES JURIDIQUES PATRIMONIAUX	155
§1 : Une délimitation logique	156
A. L'exclusion des faits juridiques du domaine de la distinction	156
B. L'exclusion des actes juridiques extra-patrimoniaux du domaine de la distinction	159
§2 : Une délimitation en question face aux « dons bioéthiques »	162
A. Une gratuité en apparence sans portée face à l'extra-patrimonialité affirmée des dons bioéthiques	163
B. Une gratuité réellement pertinente face à la patrimonialité avérée des dons bioéthiques	166
1. Patrimonialité et commercialité des éléments et produits détachés	167
2. Patrimonialité des dons	171
SECTION 2 : UNE DISTINCTION LIMITÉE AUX ACTES JURIDIQUES PATRIMONIAUX DESTINÉS À ORGANISER L'ÉCHANGE	173
SOUS-SECTION 1 : L'EXEMPLE DE L'EXCLUSION DES ACTES JURIDIQUES D'EXÉCUTION	173
§1 : Le débat sur la nature juridique des actes d'exécution	175
§2 : Exclusion logique des actes juridiques d'exécution	177
A. L'exclusion des actes d'exécution : justification logique et sémantique	178
B. L'exclusion des actes d'exécution : application pratique	180
	581

Essai sur la gratuité en droit privé

1. L'exemple de la remise de dette	181
2. L'exemple des rentes viagères	184
SOUS-SECTION 2 : L'EXEMPLE DE L'EXCLUSION DES ACTES ABDICATIFS	
	187
§1 : Fondement de l'exclusion des actes abdicatifs	187
§2 : Portée de l'exclusion des actes abdicatifs	190
A. Les renonciations n'éteignant pas leur objet	191
1° La renonciation à succession	192
2° La renonciation à la propriété des choses	194
B. Les renonciations éteignant leur objet	195
1. Admission du caractère translatif de la renonciation in favorem aux droits réels dans la théorie classique	196
2. Rejet du caractère translatif de la renonciation in favorem aux droits réels dans la théorie moderne	197
3. Proposition de distinction entre l'effet abdicatif et l'effet extinctif des actes juridiques unilatéraux	199
SECTION 3 : REDÉFINITION DES ACTES PATRIMONIAUX NEUTRES	
	201
§1 : Rejet de la théorie classique : l'acte neutre constitutif de la donation indirecte	203
A. Le manque de précision de la notion d'acte neutre	203
B. Le manque d'efficacité de la conception classique de l'acte neutre dans la qualification des donations indirectes	208
1. Les donations indirectes adossées à des actes expressément gratuits ou onéreux	209
2. Les donations directes adossées à des actes neutres : les dons manuels	211
§2 : Contribution à la théorie moderne : le recours à l'acte neutre, consécration de la donation consensuelle	212
A. L'utopie du formalisme de substitution	212
B. L'illusion de la solennité des donations	216
§3 : Conséquence de l'adoption d'une nouvelle théorie : l'identification de la donation indirecte par l'absence de transfert de propriété	220
CHAPITRE 2 ND : DÉLIMITATION INTERNE : MISE EN ŒUVRE DE LA DISTINCTION DE LA GRATUITÉ ET DE L'ONÉROSITÉ	
	225
SECTION 1 : L'APPRÉCIATION EXTENSIVE DE LA GRATUITÉ DANS LA QUALIFICATION DES LIBÉRALITÉS	
	226
§1 : La commutativité, critère de l'onérosité	227
§2 : Application de l'exigence de commutativité dans la qualification des actes juridiques onéreux	233
A. La gratuité des libéralités avec charge	233
B. La gratuité de ventes déséquilibrées	236
1. Libéralité et vente à prix lésionnaire ou à prix exorbitant	237
2. Libéralité et vente à prix vil ou symbolique	240

SECTION 2 : L'APPRÉCIATION RESTRICTIVE DE LA GRATUITÉ DANS LA QUALIFICATION DES CONTRATS DE SERVICE ET DES ACTES COMMERCIAUX DE FOURNITURE DE BIENS	243
---	-----

SOUS-SECTION 1 : LE CONSTAT DE L'APPRÉCIATION STRICTE DE LA GRATUITÉ DANS LES CONTRATS DE SERVICE ET LES ACTES COMMERCIAUX DE FOURNITURE DE BIENS	244
§1 : La gratuité entendue strictement dans les contrats de service	244
A. L'appréciation stricte de la gratuité dans les contrats de mise à disposition	245
1. Constat de l'appréciation stricte de la gratuité	246
a) Le loyer vil	246
b) Le loyer modique sérieux	247
2. Un choix justifié par des considérations d'opportunité	250
B. L'appréciation stricte de la gratuité dans les « <i>contrats d'entreprise</i> »	254
§2 : La gratuité limitative dans les actes commerciaux de fourniture de biens	255
A. La gratuité, notion présente en droit commercial	256
B. L'appréciation stricte de la gratuité en droit commercial	260

SOUS-SECTION 2 : EXPLICATION DE L'APPRÉCIATION STRICTE DE LA GRATUITÉ DANS LES CONTRATS DE SERVICE ET LES ACTES COMMERCIAUX DE FOURNITURE DE BIENS	263
§1 : La portée de la qualification d'acte gratuit	264
A. Contrats de service et libéralités	264
1. Contrats de mise à disposition et libéralités	264
2. Contrats d'entreprise et libéralités	269
B. Actes commerciaux et libéralités	270
1. Le cadeau commercial, présent d'usage	271
2. L'absence de rapport et de réduction des actes gratuits lors de la liquidation des personnes morales commerçantes	272
§2 : L'appréhension de la commutativité	273
A. L'équivalence et les services	274
B. L'équivalence et les contrats commerciaux	276

CONCLUSION DU TITRE 2	279
-----------------------	-----

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	281
----------------------------------	-----

2^{NDE} PARTIE : PRINCIPES DE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA GRATUITÉ **283**

TITRE 1^{ER} : IDENTIFICATION DES PRINCIPES DE TRAITEMENT DES MANIFESTATIONS CLASSIQUES DE LA GRATUITÉ	287
---	------------

CHAPITRE 1 ^{ER} : PRINCIPE DE FAVEUR POUR LA GRATUITÉ DANS LE GROUPE SOLIDAIRE	291
---	-----

SECTION 1 : LA GRATUITÉ ENCOURAGÉE IMPLICITEMENT DANS LE GROUPE SOLIDAIRE	292
SOUS-SECTION 1 : LA GRATUITÉ, EXPRESSION PRINCIPALE DE LA SOLIDARITÉ ENTRE AMIS	293
§1 : Le mythe du « <i>service d'ami</i> »	294
A. La gratuité supplétive du prêt de consommation	295
B. La gratuité supplétive du mandat	299
C. La gratuité supplétive du dépôt	302
§2 : L'amitié, justification du régime supplétif des contrats gratuits	305
A. Les motifs d'intérêt général de l'allègement des obligations dans les contrats gratuits	306
B. Le problème du régime des contrats gratuits entre personnes n'appartenant pas à un même groupe solidaire	308
SOUS-SECTION 2 : LA GRATUITÉ, EXPRESSION SECONDAIRE DE LA SOLIDARITÉ FAMILIALE	309
§1 : L'identification de la gratuité face aux devoirs familiaux	310
A. Identification du seuil des devoirs familiaux	311
1° Les devoirs alimentaires	311
a) l'obligation alimentaire proprement dite	311
b) les obligations alimentaires renforcées : les devoirs d'entretien et le devoir de secours	312
2° Les devoirs d'entraide	313
a) les devoirs d'assistance entre époux	314
b) les autres devoirs d'assistance	318
B. Conséquences du dépassement du seuil des devoirs alimentaires et d'assistance	319
1° Le dépassement volontaire du seuil du devoir	320
2° Le dépassement involontaire du seuil du devoir	320
3° Avantage fourni en retour.	322
§2 : La faveur pour la gratuité dans les rapports familiaux	323
A. Les faveurs de droit privé	324
B. Les faveurs de droit fiscal	325
1. Les abattements sur l'assiette des droits de mutation à titre gratuit	326
2. Le tarif des droits de mutation à titre gratuit	327
SECTION 2 : LA GRATUITÉ ENCOURAGÉE EXPRESSÉMENT DANS DES GROUPES SOLIDAIRES	329
SOUS-SECTION 1 : L'EXEMPLE DU CONTRAT D'ENTRAIDE AGRICOLE	330
§1 : Le contrat d'entraide agricole	331
A. Un régime de faveur sur le plan fiscal et social	331
B. Un régime de responsabilité simplifié	333
§2 : La qualification du contrat d'entraide agricole	334
A. L'onérosité du contrat d'entraide agricole	334
B. La gratuité des contrats d'application	335
1. La nécessaire soumission des contrats d'application à la distinction de la gratuité et de l'onérosité	336

Essai sur la gratuité en droit privé

2. La nécessaire gratuité des contrats d'application dans l'entraide agricole	337
SOUS-SECTION 2 : L'EXEMPLE DU BÉNÉVOLAT ASSOCIATIF	339
§1 : L'affirmation exceptionnelle de l'admission du travail subordonné gratuit au sein de l'association	340
A. L'admission certaine du travail subordonné à titre gratuit des sociétaires	341
B. L'admission douteuse du travail subordonné à titre gratuit des tiers à l'association	343
1. Le travail subordonné à titre gratuit en question face aux conditions d'existence du contrat de travail	344
2. Le travail subordonné à titre gratuit en question à la lumière des réformes récentes en droit social	345
a) Les stages en entreprise	345
b) Le volontariat	346
§2 : Une illustration du principe de faveur pour la gratuité au sein du groupe solidaire	350
A. Le fondement rejeté de l'admission du travail subordonné à titre gratuit des sociétaires : l'exécution du contrat d'association	350
B. Le fondement retenu de l'admission du travail subordonné à titre gratuit des sociétaires : le principe de faveur pour la gratuité dans le groupe solidaire	353
CHAPITRE 2 ND : PRINCIPE DE DÉFAVEUR POUR LA GRATUITÉ DANS LES RAPPORTS DE DOMINATION	357
SECTION 1 : LA GRATUITÉ DÉCOURAGÉE DANS LA RELATION DE SUBORDINATION JURIDIQUE	358
SOUS-SECTION 1 : LA RELATIVISATION DE LA GRATUITÉ ÉMANANT DE L'EMPLOYEUR	359
§1 : L'admission de la gratuité des gratifications exceptionnelles	359
§2 : Le rattachement au titre onéreux des gratifications constantes	362
A. La reconnaissance d'un engagement unilatéral de l'employeur	363
B. L'onérosité des primes, conséquence contestable de la reconnaissance d'un engagement unilatéral	365
1. L'onérosité contestable des primes d'usage	365
2. L'onérosité fondée sur la nature des rapports employeur-salarié	368
SOUS-SECTION 2 : L'INTERDICTION DE LA GRATUITÉ ÉMANANT DU SALARIÉ	370
§1 : La justification de la rémunération de la clause de non-concurrence dans le contrat de travail	372
A. La justification rejetée : la réparation de l'atteinte à la liberté du salarié	372
1. Une justification contestable	373
2. Une justification contestée	375
B. La justification retenue : la prestation objective fournie à l'employeur	376
§2 : La justification de l'exigence d'une contrepartie spécifique	377
A. La proposition d'une rémunération par le salaire	378
B. La justification pratique d'une rémunération spécifique	379
	585

SECTION 2 : LA GRATUITÉ DÉCOURAGÉE DANS LES RELATIONS DE DOMINATION ÉCONOMIQUE	381
SOUS-SECTION 1 : LA MÉFIANCE ENVERS LA GRATUITÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION	382
§1 : Une méfiance fondée sur la dangerosité des prestations offertes gratuitement	383
A. L'interdiction de certaines distributions gratuites	384
B. L'impossible gratuité du crédit	386
§2 : Une méfiance fondée sur la dangerosité inhérente à l'offre gratuite	390
A. Le rejet de certaines techniques de promotion contenant la gratuité	390
1. La prohibition générale des cadeaux de la loi Royer à l'ordonnance du 1 ^{er} décembre 1986	390
2. La prohibition des ventes avec prime	393
B. L'incohérence du droit de la promotion des ventes face à la gratuité	395
1. La validation de certaines pratiques grâce à l'introduction d'un prix symbolique	396
2. La validation de certaines pratiques grâce à la gratuité	397
SOUS-SECTION 2 : LE REJET DE LA GRATUITÉ EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE	399
§1 : L'exclusion de la gratuité émanant de l'auteur dans les contrats d'exploitation des droits d'auteur	400
A. L'exclusion de la gratuité émanant de l'auteur dans le contrat d'édition	401
B. L'exclusion de la gratuité émanant de l'auteur dans les autres contrats d'exploitation	405
1. L'absence d'exception : le cas des contrats à compte d'auteur et de compte à demi	405
2. La généralité de l'exclusion de la gratuité des contrats d'exploitation	407
C. L'admission exceptionnelle de la gratuité des contrats organisant l'exploitation gratuite de l'œuvre	408
§2 : Le domaine résiduel des cessions à titre gratuit des droits patrimoniaux de l'auteur	410
A. L'admission de la donation des droits d'auteur	410
B. Le régime des donations de droits d'auteur	412
1. Conditions de forme	412
2. Conditions de fond	414
CONCLUSION DU TITRE 1 ^{er}	417
 TITRE 2ND : MISE À L'ÉPREUVE DES PRINCIPES DE TRAITEMENT FACE AUX MANIFESTATIONS NOUVELLES DE LA GRATUITÉ	 419
CHAPITRE 1 ^{ER} : MISE À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE DE FAVEUR : LA GRATUITÉ DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE	425

SECTION 1 : LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE : UN CADRE NOUVEAU POUR L'ÉCHANGE SOLIDAIRE	426
SOUS-SECTION 1 : LES CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE D'UN GROUPE SOLIDAIRE DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE	428
SOUS-SECTION 2 : LES MODALITÉS D'ENCOURAGEMENT DE LA GRATUITÉ DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE	431
§1 : La fourniture gratuite de biens au sein de la communauté virtuelle	432
A. La question des fournitures gratuites de biens en ligne	432
1. La fourniture gratuite de fichiers	432
2. La fourniture gratuite d'informations	434
B. Les fournitures gratuites de biens hors ligne	435
§2 : La fourniture gratuite de services au sein de la communauté virtuelle	436
A. Les fournitures de service en ligne	436
1. Prestations de faire	437
a) l'information	437
b) les conseils	438
c) le dépannage en ligne	439
2. Prestations de mise à disposition	439
B. Les fournitures gratuites de service hors ligne	441
SECTION 2 : LA GRATUITÉ DANS LA COMMUNAUTÉ VIRTUELLE, NOUVEAU DANGER POUR LES TIERS : L'EXEMPLE DU DROIT D'AUTEUR	442
SOUS-SECTION 1 : LA REPRODUCTION GRATUITE DES ŒUVRES DE L'ESPRIT EN QUESTION	443
§1 : La prohibition des communications gratuites de fichiers protégés sur les réseaux <i>peer to peer</i>	444
A. Les débats jurisprudentiels antérieurs à la loi DADVSI	445
1. L'illicéité incontestée de l'émission non autorisée des exemplaires d'une oeuvre	446
a) émission de fichiers et élément matériel du délit de contrefaçon	446
b) émission de fichiers et élément moral du délit de contrefaçon	447
2. L'illicéité controversée de la réception non autorisée des exemplaires d'une oeuvre	448
B. La répression législative avortée par le Conseil constitutionnel	450
1. La répression du téléchargement d'œuvres protégées sur les réseaux de <i>peer to peer</i> dans la loi adoptée par le parlement	451
2. La censure par le conseil constitutionnel	452
3. Synthèse	453
§2 : La question de la validité des échanges gratuits de fichiers protégés hors des réseaux <i>peer to peer</i>	454
A. L'admission de la copie privée pour autrui	455
B. L'admission de la copie privée sur l'Internet	458
SOUS-SECTION 2 : L'AUTORISATION DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION EN RÉPONSE	461
§1 : La validité des mesures techniques de protection	461

Essai sur la gratuité en droit privé

A. Une pratique controversée avant la loi DADVSI	461
B. Une pratique consacrée par la loi DADVSI	466
§2 : La traduction d'un choix politique	468
 CHAPITRE 2 ND : MISE À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE DE DÉFAVEUR : LA GRATUITÉ DANS LE RÉSEAU DE CONSOMMATEURS	 475
 SECTION 1 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE ET LA PROTECTION DU MARCHÉ	 476
 SOUS-SECTION 1 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE FACE À L'EXIGENCE DE FLUIDITÉ DU MARCHÉ	 477
§1 : La gratuité lors de l'entrée dans le réseau	477
A. La gratuité dans les contrats de fourniture d'accès à l'Internet	477
1. La gratuité des moyens d'accès à l'Internet	479
2. La publicité pour la gratuité des services proposés par le fournisseur d'accès	480
B. Les contrats gratuits proposés en ligne	481
1. Contrats gratuits en ligne et délit de publicité trompeuse	482
2. Contrats gratuits en ligne et protection des données personnelles	484
§2 : La gratuité lors de la sortie du réseau	484
A. Le principe de licéité des coûts de sortie	485
B. La restauration par le législateur de la gratuité à la sortie du réseau	487
 SOUS-SECTION 2 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE FACE À L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DE LA CONCURRENCE	 489
§1 : Loyauté de la concurrence et caractère permanent ou temporaire de l'offre gratuite	490
A. La fréquence de l'offre gratuite, critère de la désorganisation	491
B. La fréquence de l'offre gratuite, critère contestable de la désorganisation du marché	493
§2 : Loyauté de la concurrence et technique de financement de l'offre gratuite	494
A. La concurrence loyale en présence d'un financement volontaire de la gratuité par l'annonceur	494
B. La concurrence déloyale dans l'hypothèse d'un financement involontaire de la gratuité par la clientèle	496
 SECTION 2 : LA GRATUITÉ RÉTICULAIRE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR	 498
 SOUS-SECTION 1 : LES DANGERS DE LA GRATUITÉ POUR LE CONSOMMATEUR DANS L'ÉCONOMIE DE RÉSEAU	 499
§1 : Le problème de la transparence des prix	500
A. Les limites du tout compris : l'exemple des <i>hotlines</i>	501
B. Les limites de la gratuité de services liés : l'exemple des instruments de paiement	503
§2 : Les dangers liés à la responsabilité de l'acteur de gratuité en réseau	507
A. La pérennité de la gratuité dans la nouvelle économie, justification d'une responsabilité de droit commun	508
	588

B. Une responsabilité encadrée pour donner confiance en l'économie numérique	509
SOUS-SECTION 2 : LE DÉPASSEMENT DE L'ANTAGONISME DANS L'ÉCONOMIE DE RÉSEAU	512
§1 : De la société de consommation à la société de l'information : le rétablissement de l'équilibre informationnel entre professionnels et consommateurs	513
§2 : De la société de consommation à la société de l'information : l'apparition d'une communauté d'intérêt entre professionnels et consommateurs	516
CONCLUSION DU TITRE 2	521
CONCLUSION DE LA 2 ^{NDE} PARTIE	523
CONCLUSION GÉNÉRALE	527
BIBLIOGRAPHIE	533
INDEX	571