

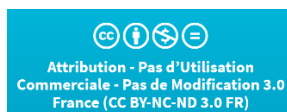


Chloé Leduque

L'économie de partage saisie par le droit des contrats

LEDUQUE Chloé. *L'économie de partage saisie par le droit des contrats*, sous la direction de Blandine MALLET-BRICOUT, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2021.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2021LYSE3001>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N° d'ordre NNT : 2021LYSE3001

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

opérée au sein de

L'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de droit N° 492

Discipline de doctorat : Droit

Mention : droit privé

Soutenue publiquement le 13 janvier 2021 par :

Chloé LEDUQUE

L'économie de partage saisie par le droit des contrats

Devant le jury composé de :

Mme Sarah BROS, Professeur à l'Université Paris Dauphine, Rapporteur

M. Rémy CABRILLAC, Professeur à l'Université de Montpellier, Rapporteur

M. François CHÉNEDÉ, Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon 3, Suffragant

M. Laurent LEVENEUR, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2, Suffragant

Mme Blandine MALLET-BRICOUT, Professeure à l'Université Jean Moulin, Lyon 3, Directrice de recherches

*À mon père
pour m'avoir transmis sa passion
pour la recherche et l'enseignement
et pour avoir été mon soutien indéfectible*

*À mon époux
pour son amour et son abnégation
sans lesquels je n'aurais pu achever ce travail*

REMERCIEMENTS

Mes plus sincères remerciements s'adressent à ma directrice de recherches, Madame la Professeure Blandine Mallet-Bricout, pour sa disponibilité, la bienveillance dont elle a toujours fait preuve, son précieux soutien et ses encouragements ainsi que pour ses minutieuses relectures. Je tiens à la remercier tout particulièrement d'avoir su enrichir ma réflexion, de m'avoir poussé à chercher toujours plus loin et de m'avoir fait confiance pour entreprendre ce travail.

J'adresse de chaleureux remerciements à Rebecca, Elena, Solène, Marie, Quentin, Brune-Laure, Maïlys, Bastien et Mélissa, pour leurs bienveillantes relectures et corrections ainsi que pour le temps et le soin qu'ils leur ont accordés. Merci à Bastien qui m'a offert son amitié dès mon entrée dans l'Équipe et sur qui j'aurais toujours pu m'appuyer. Merci également à Rebecca pour la grande disponibilité dont elle a fait preuve pendant ce travail et pour nos échanges qui ont eu une influence directe sur le contenu de cette thèse. J'adresse une pensée spéciale à ceux qui, jusqu'aux dernières heures, ont été présents et m'ont aidé à achever ce travail. Je n'aurais pu y arriver sans leur soutien et leur amitié.

À Mélissa qui aura été, depuis nos années de Licence, le meilleur binôme dont on puisse rêver. Merci d'avoir été un soutien sans faille durant ces nombreuses années.

À mes amies de toujours, Albine et Jasmine, pour qui j'ai manqué de disponibilité mais qui ont toujours été présentes et m'ont permis de m'évader quand le besoin s'en faisait sentir.

À ceux qui ont pris le train en marche, Farah et Fridy, et qui de par leur amitié, leur affection et nos longues discussions, ont rendu ces dernières années plus douces et beaucoup moins ordinaires.

Je remercie enfin ma sœur et mes frères pour tout l'amour dont ils m'ont toujours entouré ; leur conjoint et leurs enfants pour avoir apporté de la joie dans mon quotidien ; ma mère pour m'avoir permis d'apprendre à ne jamais renoncer ; mon père pour avoir été ma plus grande source d'inspiration et pour avoir eu le courage de relire l'intégralité de ces pages ; mon époux pour sa patience durant toutes ces années, pour avoir su me reconforter dans les moments de doute et pour m'avoir témoigné son amour chaque jour.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>AJ contrat</i>	Actualité juridique du droit des contrats
<i>AJCA</i>	Actualité juridique contrats d'affaires
<i>Arch. phil. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
<i>art. préc.</i>	Article précité
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Ch. Réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cont. Conc. Cons.</i>	Contrats concurrence consommation
Coll.	Collection
Crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DH</i>	Recueil Dalloz hebdomadaire (dans le recueil Dalloz), cité pour les références antérieures à 1941
Dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrine
<i>DP</i>	Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz), a disparu depuis 1941
<i>Dr. et patr.</i>	Revue Droit et Patrimoine
<i>éd.</i>	Édition
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>J.-Cl. Civil Code</i>	JurisClasseur Civil Code
<i>J.-Cl. Contrats – Distribution</i>	JurisClasseur Contrats et Distribution
<i>J.-Cl. Rural</i>	JurisClasseur Rural
<i>JCP A</i>	Semaine juridique édition Administration et collectivités territoriales
<i>JCP E</i>	Semaine juridique édition Entreprises
<i>JCP G</i>	Semaine juridique édition Générale

<i>JCP N</i>	Semaine juridique édition Notariale
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>op. cit.</i>	Opere citato, cité précédemment
p.	Page
Préf.	Préface
<i>Préc.</i>	Précité
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rev. crit. de législ. et de jurispr.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Rép. soc.</i>	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. Loyers</i>	Revue des loyers et des fermages
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RJ Com</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Recueil Sirey
SEL	Systèmes d'échanges locaux
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
t.	Tome
TC	Tribunal des conflits
T. Com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
<i>th. préc.</i>	Thèse précitée
Trib.	Tribunal
<i>V°</i>	Verbo
V.	Voir

SOMMAIRE

(Une table détaillée des matières figure en fin de thèse)

PARTIE I : L’AFFINEMENT DES CLASSIFICATIONS CONTRACTUELLES

TITRE 1 : REPENSER LA DISTINCTION DES CARACTÈRES GRATUIT ET ONÉREUX

Chapitre 1 : Le critère matériel : la rémunération

Chapitre 2 : Le critère subjectif : la volonté des parties

TITRE 2 : REPENSER LA DISTINCTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES ET UNILATÉRAUX

Chapitre 1 : Les insuffisances de la classification traditionnelle face aux techniques de partage

Chapitre 2 : Une tentative d’émancipation de la vision classique du contrat synallagmatique

PARTIE II : L’ÉLARGISSEMENT DES RELATIONS CONTRACTUELLES

TITRE 1 : DU CONTRAT À LA RELATION CONTRACTUELLE

Chapitre 1 : Des communautés de contractants

Chapitre 2 : Des relations contractuelles complexes

TITRE 2 : L’INCIDENCE DES COMMUNAUTÉS SUR LA QUALIFICATION DES INTERVENANTS

Chapitre 1 : La relativité de la distinction partie/tiers

Chapitre 2 : L’émergence d’une nouvelle catégorie de parties au contrat : le « prosommateur »

INTRODUCTION

« Jadis, le législateur construisait ou pensait construire pour l'éternité ;
Depuis un quart de siècle,
Il n'édifie plus guère que des abris provisoires,
Élevés à la hâte
Et qu'une rafale économique balayera quelque prochain jour »¹.

1. Le droit : incarnation de la stabilité ? – « L'immutabilité est le premier caractère d'une bonne législation »². Voici, sans ambages, la conception des rédacteurs du Code Napoléon : le Code civil, marqué par une « aura d'éternité » doit s'imposer comme le « symbole du temps arrêté »³. Deux siècles plus tard, ses dispositions n'ont matériellement que peu évolué, la récente ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'ayant pas fondamentalement bouleversé la structure formelle de notre législation. Elle témoigne ainsi de la timidité du législateur, qui ne se plaît guère à modifier l'héritage des codifications napoléoniennes : la quintessence matérielle du Code est respectée, parfois vénérée, les articles 1101 et suivants étant restés, pendant près de deux siècles, quasiment « inchangés »⁴.

2. Une pérennité de façade : l'accompagnement nécessaire des transformations économiques et sociales – Pourtant, le droit n'évolue pas dans un monde hermétiquement clos et imperméable aux mutations économiques et sociales. Il ne peut, en aucune circonstance, se libérer de l'ascendant des faits, la réalité pratique apposant son sceau sur les moindres prescriptions juridiques⁵. Or, la société est, par essence, en mouvement constant⁶. Et puisque le Droit existe pour réguler les rapports entre les Hommes et faire prévaloir les règles généralement admises par la majorité sur les lubies dictées par les aspirations individuelles⁷,

¹ JOSSERAND L., « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Dalloz, 1939, n°1.

² FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I., 1827, p. 107.

³ CARBONNIER J., « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, t. III, *La Nation*, 2. *Le territoire, l'État, le patrimoine* (dir. P. Nora), coll. Bibliothèque illustrée des histoires, Gallimard, 1986, p. 293 et s., spéc. p. 308.

⁴ CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 3, n°001.11.

⁵ SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Panorama des mutations*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, p. 8, n°6. Comme l'exprimait alors le Doyen Savatier, « les transformations du film des événements humains se projettent sur l'écran de la jurisprudence et des lois ».

⁶ JOSSERAND L., « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1977, p. 333 et s.

⁷ CRUET J., *La vie du droit et l'impuissance des lois*, coll. Bibliothèque de Philosophie scientifique, Ernest

son évolution ne peut qu'être intimement liée à celle de la société. Dès lors, l'on ne peut que reconnaître, avec le Professeur Eugène Gaudemet, qu'« il n'y a rien d'immuable en droit. Le droit c'est la vie sociale réglementée ; les deux évolutions sont corrélatives »⁸. L'économie fait partie, à n'en pas douter, des domaines desquels jaillissent avec vitalité des innovations essentielles entraînant de profonds bouleversements, comme le constatait Josserand dans ses pages dédiées au Doyen Capitant. Celui-ci voyait, en effet, comme une « vérité d'évidence que, dans toute communauté sociale, la vie du droit est largement conditionnée par la vie économique »⁹. Et si l'évolution n'implique pas nécessairement une rupture totale avec le passé¹⁰, il faut bien admettre que l'accélération des transformations économiques des cent-cinquante dernières années¹¹ a entraîné une remise en cause d'ampleur des préceptes hérités du droit romain. L'on ne peut aujourd'hui que constater l'affaiblissement, voire l'anéantissement, de règles séculaires sur lesquelles furent longtemps édifiés les fondements de l'organisation juridique de nos sociétés, à l'image de la force obligatoire des conventions, de l'absolutisme du droit de propriété ou de l'autonomie des volontés¹².

3. L'évolution du droit des contrats, miroir des mutations économiques contemporaines –

Bien que le droit et l'économie furent longtemps cloisonnés, la seconde devant se restreindre à l'étude du marché, l'observation de la réalité économique contemporaine apparaît désormais comme un préalable incontournable à tout juriste dont l'ambition serait d'éclairer l'évolution des pratiques contractuelles¹³. Puisque le marché est nécessairement composé d'un agrégat de contrats, toute séparation rigide entre le droit et l'économie en matière contractuelle ne pourrait que revêtir un caractère essentiellement artificiel¹⁴.

Flammarion, 1908, p. 11.

⁸ GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, coll. Traité Sirey, Sirey, réimpression de l'édition publiée en 1937, 1965, p. 10.

⁹ JOSSERAND L., « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », *art. préc.*, n°1.

¹⁰ CHAZAL J.-P., « " Relire Josserand ", oui mais... sans le trahir ! », *D.* 2003, p. 1777.

¹¹ SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Panorama des mutations*, *op. cit.*, p. 3 et 4 ; RIPERT G., « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », *D.* 1950, chron. p. 1 ; SAVATIER R., « Le droit et l'accélération de l'Histoire », *D.* 1951, chron. p. 29.

¹² JOSSERAND L., « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », *art. préc.*, n°1.

¹³ PELLÉ S., *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007, p. 26 et 27, n°24 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. Corpus de droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 10 et 11, n°12.

¹⁴ BROUSSEAU E., « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 153 ; OPPETIT B., « Droit et économie », *Arch. phil. dr.* 1992, p. 17 ; le Professeur Collart Dutilleul fit également remarquer, lors d'une étude sur la gratuité, « la complémentarité des approches sociologique et juridique » : COLLART DUTILLEUL F., « Gratuité et droit des contrats », in *Mélanges B.*

Nonobstant le caractère *a priori* immuable de la théorie générale des obligations, dont les racines remontent aux juristes romains, les relations économiques ont foncièrement évolué depuis la fin du XX^{ème} siècle jusqu'à renouveler en profondeur le droit des contrats¹⁵. Certes, en étant moins sensibles aux bouleversements politiques et moraux que d'autres branches du droit, tel le droit des personnes ou de la famille, le droit des obligations n'est pas la matière la plus sujette aux évolutions¹⁶. Toutefois, la sophistication croissante des opérations économiques a contraint doctrine et jurisprudence à faire évoluer les prescriptions rigides des codificateurs afin d'adapter le cadre juridique à la réalité pratique. Le foisonnement sans précédent d'opérations standardisées dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle et l'affaiblissement subséquent du principe d'autonomie de la volonté¹⁷, ont placé les impératifs liés au développement des contrats d'adhésion et, corrélativement, à la protection des parties faibles, au centre de toutes les attentions. Remédiant à la fixité de la lettre du Code, les magistrats ont dégagé une jurisprudence audacieuse fondée sur la cause, que d'éminents auteurs n'ont pas manqué de chercher à systématiser¹⁸, jusqu'à aboutir à une déformation de la notion utilisée *in fine* comme un outil de lutte contre les clauses abusives avec l'arrêt Chronopost¹⁹, ou pour justifier l'anéantissement en cascade des contrats d'un même ensemble²⁰. Au surplus, les contrats se sont diversifiés²¹, et des droits spéciaux ont été élaborés, comme le droit de la consommation, le droit du crédit ou le droit de la concurrence²², lorsque les progrès des

Lewaszkiwicz-Petrylowska, Univ. de Lodz, 1997, p. 7 et s., spéc. p. 10.

¹⁵ BERLIOZ-HOUIN B. et BERLIOZ G., « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz - Sirey, 1985, p. 3 ; JOSSERAND L., « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*, p. 333 et s., spéc. p. 346 : « les rapports obligatoires sont fonction des rapports économiques et sociaux et l'intensification de ceux-ci détermine fatalement le développement de ceux-là ; la multiplication des relations entre humains postule nécessairement un enchevêtrement croissant des liens juridiques. Le droit des contrats fait place à un regain de vitalité eu égard aux divers apports venant de l'extérieur ce qui aboutit à la "déromanisation" du contrat et son adaptation au monde économique et social du XXe siècle » ; CABRILLAC R., *Droit des obligations*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 14^{ème} éd., 2020, p. 4, n°6.

¹⁶ GAUDEMET E., *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ JOSSERAND L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1 et s., spéc. n°7 et s., p. 8 et s.

¹⁸ V. not. CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1927.

¹⁹ Com. 22 oct. 1996, n°93-18632, *Bull. civ.* IV, n°261, p. 223, *Cont. Conc. Cons.* 1997, n°24, note LEVENEUR L. ; *D.* 1997, p. 121, note SÉRIAUX A. ; *Défrénois* 1997, p. 333, note MAZEAUD D.

²⁰ BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, Th. Paris II, 2001, p. 286 et s., n°462 et s. ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 443 et s., n°400.

²¹ JOSSERAND L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *art. préc.*, p. 1 et s., spéc. n°5 et s., p. 6 et s. ; pour le Professeur Oppetit, le droit des contrats spéciaux s'est développé jusqu'à marquer un véritable recul du droit commun, celui-ci ne conservant plus alors, « par un étrange paradoxe [...] qu'une maigre vocation résiduelle » : OPPETIT B., « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s., spéc. p. 321.

²² Sur les transformations subies par le droit des contrats avec l'avènement du droit de la consommation et du droit de la concurrence, V. MALAURIE Ph., « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 187 et s., spéc. p. 195 et s.

nouvelles technologies portées par le développement massif d'internet ont permis l'apparition de pratiques contractuelles vraisemblablement inédites. L'ordonnance de 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations témoigne de cet effort d'adaptation du droit à l'évolution économique, le législateur ayant opéré un travail de codification à droit constant reprenant, à son compte, les innovations jurisprudentielles majeures du dernier siècle. Partant, et puisqu'une « loi indéformable ne peut se concevoir que dans une société immobile »²³, le droit ne saurait rester passif face aux bouleversements économiques dont l'accélération s'est, semble-t-il, emballée ces dernières années. Afin de conserver son emprise sur la réalité pratique, le droit des contrats doit donc régulièrement évoluer. Or, si l'adaptation des modes de consommation aux réalités économiques a longtemps contribué au développement des modèles marchands, la pratique contemporaine semble désormais ressusciter des phénomènes contractuels longtemps délaissés.

En ce sens, il faut bien admettre que les modes de consommation dont il est ici question ne sont pas apparus *ex nihilo*. Plus précisément, l'économie de partage paraît réactualiser des techniques d'échanges économiques presque primitives et qui furent au cœur des relations marchandes bien avant que la vente ne prenne l'ascendant qu'on lui connaît aujourd'hui. Pour appréhender avec justesse le phénomène, il est alors nécessaire de retracer l'évolution des relations économiques dans le temps afin de saisir ses origines et ses fondements car, comme le remarquait le Professeur Oppetit, « les révolutions sont souvent autant rupture avec une tradition qu'utilisation de cette tradition »²⁴ (A). Or, le changement actuel de mentalités des consommateurs combiné à une véritable résurgence de techniques archaïques d'échanges économiques, créent un terreau favorable à l'émergence de formes « alternatives » de consommation (B). Mais comme Janus, ces « économies alternatives » au système marchand capitaliste classique ont plusieurs visages. Loin d'être le reflet d'un phénomène unitaire, ce mouvement est le signe d'une diversification importante des canaux de consommation. L'économie de partage à laquelle ces pages seront consacrées n'épuise donc pas toutes les potentialités dont regorge la pratique. Pour la clarté des développements à venir, l'on doit alors tenter d'en délimiter les contours (C). Ce travail de définition mettra toutefois en lumière l'existence d'un retard structurel du droit vis-à-vis de l'économie de partage, justifiant ainsi que

²³ CRUET J., *op. cit.*, p. 56.

²⁴ OPPETIT B., *art. préc.*, spéc. p. 318.

l'on s'essaie à réduire le décalage grandissant entre le monde des faits et l'univers juridique (D).

A. L'évolution des relations économiques dans le temps

4. La permanence des relations d'échange – « C'est la vérité d'hier, d'aujourd'hui et de demain. Chaque individu se trouve toujours dans la nécessité d'échanger avec les autres les biens et les services »²⁵. Mais si les échanges économiques sont essentiels à toutes civilisations et ont, de ce fait, existé à tous les stades de l'humanité, le cours du temps a grandement modifié leur physionomie. L'on trouve en effet jusque dans les sociétés archaïques, sous des formes plus ou moins élaborées, des traces d'échanges entre les Hommes, celui-ci étant, selon les mots de Portalis, « l'unique commerce des peuples naissants »²⁶. Et pas moins nécessaire qu'il ne l'était à l'origine, l'échange est désormais « l'opération la plus banale qui soit »²⁷. Il ne se trouvera sans doute personne pour contredire un tel constat, chaque individu ayant déjà, ne serait-ce qu'une fois, échangé avec un autre, un bien ou un service²⁸. Les enfants sont les premiers concernés²⁹, ceux-ci pratiquant, faute d'argent, un commerce « primaire », s'échangeant pour la satisfaction de leurs envies, sans doute plus que de leurs besoins, jouets, goûters ou tout autre objet. Devenus adultes, ils continuent de recourir à l'échange ou tout du moins à des techniques couramment dénommées comme telles.

5. Aux origines des relations économiques entre les Hommes : le don – Le commerce des Hommes procéderait alors initialement du troc. Voilà un poncif dont la véracité n'est que très rarement questionnée. Le Professeur Cuq expliquait ainsi que « dans les sociétés primitives on ne connaît que le régime du troc », lorsque « dans celles qui sont plus avancées on pratique la vente au comptant »³⁰. Les travaux sociologiques semblent pourtant aboutir à une tout autre conclusion : le point de départ des relations économiques devrait être recherché non pas dans

²⁵ GOMAA N., *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence-R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1968, p. 37, n°20.

²⁶ PORTALIS J.-E.-M., « De la vente. Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, P.-A. Fenet, 1827, p. 109.

²⁷ Poughon J.-M., *V° « Échange »*, in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), Quadrige, PUF, 2003, p. 561.

²⁸ MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, coll. Cours, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, p. 275, n°279.

²⁹ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 515, n°586.

³⁰ CUQ E., « Études sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonienne », *Nouv. rev. hist. du droit* 1910, p. 423 et s., spéc. p. 477. Dans le même sens, V. CARBONNIER J., « Sociologie de la vente », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 6^{ème} éd., 1988, p. 278 et s., spéc. p. 282 : « les hommes ont commencé par troquer, produit contre produit ».

le troc, mais dans le don³¹. En s'interrogeant, lors de l'étude du *potlatch*³², sur « la règle de droit et d'intérêt qui, dans les sociétés de type arriéré ou archaïque, fait que le présent reçu est obligatoirement rendu »³³, Marcel Mauss, disciple et neveu d'Emile Durkheim, remarque tout d'abord que « dans les économies et dans les droits qui ont précédé les nôtres, on ne constate pour ainsi dire jamais de simples échanges de biens, de richesses et de produits au cours d'un marché passé entre les individus »³⁴. Ce sont alors les collectivités, et non les individus, qui échangent des biens et des richesses, mais également « des politesses, des festins, des rites, des services militaires, des femmes, des enfants, des danses, des fêtes »³⁵, etc. Se met alors en place une « chaîne ininterrompue de dons et de contre-dons »³⁶ : une tribu dépose, à la frontière de la tribu voisine, son excédent de production, tandis que cette dernière, en recevant le don, remet en retour son propre excédent³⁷. Et bien qu'aucune force juridique contraignante ne semble obliger la tribu donataire à procurer un don en retour, celui-ci revêt, en pratique, un caractère obligatoire, « à peine de guerre privée ou publique »³⁸ : s'il est public, le don « est un prêt que l'on doit rembourser »³⁹. Bien que le *potlatch* soit l'exemple le plus utilisé pour illustrer le propos de Marcel Mauss, l'on retrouve pareille obligation morale imposant la réalisation d'un contre-don dans le système du *Kula*⁴⁰ ou de la *Taoussa*⁴¹, le don proprement dit donnant lieu à

³¹ MAUSS M., *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, préf. F. Weber, 2^{ème} éd., coll. quadrige, PUF, 2012, p. 63 et s.

³² Le *Potlatch* renvoie au « don ou destruction à caractère sacré, constituant un défi de faire un don équivalent, pour le donataire » : REY-DEBOVE J. et REY A., *V° « Potlatch », Le Petit Robert de la langue française*, 2014, p. 1496. Plus précisément, il s'agit d'une cérémonie pratiquée par les tribus indiennes du Canada au cours desquelles les clans rivalisent les uns avec les autres par la destruction de richesses ou la réalisation de dons au profit d'une tribu adverse obligeant cette dernière à effectuer un contre-don plus important. Le *potlatch* est, dès lors, une institution marquée par la « rivalité » et « l'antagonisme » : MAUSS M., *th. préc.*, p. 67 et s.

³³ MAUSS M., *th. préc.*, p. 64 et 65.

³⁴ *Ibid.*, p. 68.

³⁵ *Ibid.*, p. 69.

³⁶ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, p. 29, n°25.

³⁷ V. sur ce point les paroles du Doyen CARBONNIER retranscrites par Raymond Verdier : <http://droitcultures.revues.org/1820>.

³⁸ MAUSS M., *th. préc.*, p. 69.

³⁹ MAUNIER R., *Recherches sur les échanges rituels en Afrique du Nord*, coll. Intérieurs du Maghreb, Éditions Bouchène, 1998, p. 11 et s., spéc. p. 76 et 77.

⁴⁰ Le *Kula* est une « opération d'échange d'ordre noble [...] probablement réservée aux chefs de flottes et des canots ». Lors des visites maritimes de chefs tribaux, le chef hôte est d'obligé d'offrir un don à son visiteur. Ce dernier sera, quant à lui, obligé d'effectuer un contre-don avec usure lors de la visite de son hôte sous peine d'être méprisé par sa tribu ou de perdre son rang : GOMAA N., *th. préc.*, p. 40 et 41, n°26.

⁴¹ MAUNIER R., *op. cit.*, p. 68 : il s'agit, « pour qui donne une fête, [de] percevoir des invités une contribution réglée, à charge de remboursement sous-entendu » ; autrement dit, à l'occasion d'un événement quelconque qu'il convient de célébrer (mariage, naissance, etc.), l'annonce des festivités doit être faite publiquement obligeant quiconque ayant déjà reçu un cadeau de l'hôte à assister à l'évènement et à donner un cadeau dépassant celui précédemment reçu : GOMAA N., *th. préc.*, p. 41, n°27.

une triple obligation : « donner, recevoir, rendre »⁴². Et du constat que tout don reçu doit être rendu, l'auteur tire sa célèbre conclusion selon laquelle celui-ci serait « la forme archaïque de l'échange »⁴³.

L'on aurait tort, néanmoins, de voir dans cette affirmation autre chose qu'un constat sociologique. Il faut en effet se garder de conférer une valeur juridique à l'idée que les origines de l'échange juridique *stricto sensu* devraient être cherchées au sein des libéralités. L'on ne peut ainsi dire, avec le Doyen Carbonnier, que « la libéralité, plutôt que le troc, semble avoir été l'état larvaire de la vente »⁴⁴. L'obligation de fournir un contre-don n'est pas juridique, mais morale, et procède d'impératifs politiques, religieux ou sociaux, bien que les juristes romains semblent y avoir vu, en certaines occasions, un type particulier d'obligation⁴⁵. Marcel Mauss lui-même préfère, *in fine*, utiliser l'expression de « système des prestations totales »⁴⁶, le terme « don » étant trompeur en ce qu'il renvoie plus généralement à un acte à titre gratuit. L'opération dont il est ici question ne peut donc relever du système marchand. Si l'existence d'un contre-don est imposée par un quelconque devoir moral ou obligation politique, sociale ou religieuse, il ne peut être question d'y distinguer une véritable contrepartie sous peine de « confondre [...] la "reconnaissance" et la "restitution" »⁴⁷. Ainsi, et puisque le don auquel se réfère Marcel Mauss ne s'identifie pas à la charité, au désintéressement, est agonistique et non altruiste⁴⁸, il ne peut être perçu comme la forme archaïque de l'échange juridique⁴⁹. « Le don ainsi conçu représente la manière la plus générale et la plus radicale de tisser le lien social »⁵⁰. Il est, de ce fait, à l'origine des relations économiques entre les Hommes en permettant la réalisation d'un transfert de valeur, sans pour autant représenter la forme primitive du contrat d'échange.

⁴² MAUSS M., *th. préc.*, p. 142 et s.

⁴³ *Ibid.*, p. 171 ; rappr. SPENCER H., *Principes de sociologie*, t. 3, Librairie Germer Baillière et Cie, 1883, 4^{ème} partie, chap. 4, § 368 et s. : H. Spencer défendit, dès la fin du XIX^{ème} siècle, l'idée que l'échange viendrait du don ; *contra*, CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, Paris, 2008, p. 35 et s., n^o29.

⁴⁴ CARBONNIER J., *art. préc.*, p. 278 et s., spéc. p. 282.

⁴⁵ MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, Éditions Domat-Montchrestien, 5^{ème} éd., 1947, n^o7 : « celui qui a reçu un cadeau a le devoir de faire, en retour, un autre présent. Il y a là un type particulier d'obligation dont l'exécution est assurée par les mœurs et parfois par la religion ».

⁴⁶ MAUSS M., *th. préc.*, p. 69.

⁴⁷ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 36, n^o29.

⁴⁸ CAILLÉ A., « Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud), Dalloz, 2003, p. 27 et s., spéc. p. 44.

⁴⁹ En ce sens, V. SÉRIAUX A., *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 110, n^o125 ; CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 36 et 37, n^o29.

⁵⁰ CAILLÉ A., *art. préc.*, p. 27 et s., spéc. p. 45 ; rappr. des analyses sociologiques sur le don : GODBOUT J. et CAILLÉ A., *L'esprit du don*, La découverte, 2007 ; GODBOUT J., *Le don, la dette et l'identité : homo donator versus homo oeconomicus*, La découverte, 2000.

6. La complexification des rapports sociaux et l'apparition corrélatrice du troc⁵¹ – Mais l'Homme étant incapable de pourvoir seul à l'ensemble de ses besoins, il fallut mettre en place une division du travail, chacun s'attelant à une tâche propre⁵². Puis, afin de faire circuler les richesses ainsi produites, et pour permettre à l'ensemble des membres de la société d'en bénéficier, des relations d'échange entre les Hommes se sont mises en place⁵³. Il ne s'agit donc plus ici du système de don et de contre-don mis en lumière par Marcel Mauss et au sein duquel l'on peut trouver les premières traces d'échange entre les Hommes, mais bel et bien d'un véritable circuit économique où les individus nouent des relations finalisées afin d'en retirer un profit maximal. Les Hommes n'acceptent alors d'échanger leurs biens et services qu'en considération de la contreprestation promise en retour⁵⁴. C'est le système de l'échange, désigné par le vocable « troc » dans le langage courant, qui a ainsi précédé les procédés plus évolués⁵⁵. Il n'existe ici aucun prix, les richesses s'échangeant directement les unes contre les autres.

7. Un effacement progressif de l'échange au profit de la vente – Ce système a pourtant rapidement montré ses limites puisqu'il ne peut y avoir d'échange sans contractant intéressé par la contrepartie proposée. Or, il n'est pas toujours aisé de trouver deux personnes dont les besoins correspondent suffisamment pour que chacun désire la prestation que l'autre est en mesure d'offrir. En effet, le cocontractant doit avoir expressément besoin de ladite contrepartie, ou tout du moins savoir comment en tirer profit⁵⁶. Ainsi, afin de pallier cette difficulté, les sociétés ont mis en place une unité permettant de valoriser et de payer les différents biens et services : la monnaie⁵⁷. Comme l'a si bien énoncé le Doyen Carbonnier, elle « n'a été qu'un

⁵¹ Le terme troc a vocation à désigner l'échange dans le langage courant et correspond donc juridiquement au contrat de l'article 1702 du Code civil.

⁵² LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 30, n°26.

⁵³ GOMAA N., *th. préc.*, p. 36 et 37, n°19.

⁵⁴ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 30 et 31, n°26.

⁵⁵ GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Arthur Rousseau, 5^{ème} éd. revue et augmentée., 1911, p. 535.

⁵⁶ CUQ F., *Manuel des institutions juridiques des romains*, LGDJ, Librairie Plon, 2^{ème} éd. revue et complétée, 1928, p. 455, note 2.

⁵⁷ LIBCHABER R., *Recherche sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, p. 2 et s., n°3. Deux conceptions de la monnaie se sont longtemps opposées : la monnaie-signes et la monnaie-marchandise ; Pour les tenants de la première conception, « la monnaie est un signe qui représente la valeur de toutes les choses. On prend quelque métal pour que le signe soit durable, qu'il se consume peu par l'usage, et que, sans se détruire il soit capable de beaucoup de divisions. On choisit un métal précieux, pour que le signe puisse aisément se transporter. Un métal est très propre à être une mesure commune, parce qu'on peut aisément le réduire au même titre. Chaque État y met son empreinte, afin que la forme réponde du titre et du poids, et que l'on connaisse l'un et l'autre par la seule inspection » : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier frère, Libraires-éditeurs, 1869, Livre XXII, chapitre II, p. 351 et 352. Pour les partisans de la monnaie-marchandise, « si les jurisconsultes ont distingué la vente et l'échange comme deux espèces différentes de contrats, c'est parce que n'ayant pas assez médité sur la véritable nature de la monnaie, il leur a plu

perfectionnement ajouté au troc, quand on se fut avisé, devant l'incommodité du procédé originaire, d'élire une tierce marchandise qui fût apte à s'échanger contre tous autres »⁵⁸. Partant, l'échange ne peut être qu'antérieur à la vente, celui-là permettant aux Hommes de commercer sans recourir à la monnaie, tandis que celle-ci ne vit le jour qu'une fois les signes monétaires élaborés⁵⁹. La vente n'est ainsi qu'un « échange perfectionné »⁶⁰. « Fille de l'échange, la vente a largement éclipsé son ascendant »⁶¹. En effet, si le droit romain n'accordait initialement aucune place au contrat d'échange⁶², qui ne figurait ni parmi les quatre contrats réels (*mutuum*, *commodat*, dépôt, gage), ni au sein des quatre contrats consensuels (vente, louage, mandat, société)⁶³, la vente, à l'inverse, s'est vue reconnaître, dès la création des classifications, une place d'honneur parmi les contrats consensuels. Ce n'est qu'avec le développement des contrats innommés que l'échange put enfin accéder au bénéfice de la qualification contractuelle, à l'instar de contrats comme la transaction ou le partage. Il bénéficia alors d'un statut juridique spécifique⁶⁴, les Compilations Justiniennes faisant de lui un contrat innommé de type « *do ut des* »⁶⁵ (je donne pour que tu me donnes). Mais la vente et l'échange finirent par se rapprocher. Pourtant considérés comme deux contrats distincts, l'ascendant de la

de donner à l'or et à l'argent le nom de prix, et de conserver l'ancien nom de marchandises aux choses que l'on acquiert par le moyen de l'or et de l'argent. Au lieu que s'ils avaient été aussi instruits du Commerce qu'ils l'étaient de la Jurisprudence, ils auraient reconnu que dans la vente, comme dans ce qu'ils appellent permutation, il y a toujours deux marchandises échangées réellement l'une contre l'autre, de l'or ou de l'argent contre du blé, par exemple, contre du vin, contre une maison ou contre un fonds de terre ; et que toute la différence qu'il y a entre l'or et l'argent, et les autres marchandises, est que l'usage de ces métaux étant beaucoup plus commode, plus sûr et plus facile, il arrive de-là qu'on les échange aussi plus souvent que les autres » : V. D'AGUESSEAU, « Considérations sur la monnaie », in *Oeuvres de M. le chancelier d'Aguesseau*, t. X, Chez les Libraires associés, 1824, p. 10 et 11.

⁵⁸ CARBONNIER J., « Sociologie de la vente », *art. préc.*, p. 278 et s., spéc. p. 282 ; rapp. LIBCHABER R., *th. préc.*, p. 4, n°5 : « la présence de la monnaie aide à la circulation des biens et services à l'intérieur des sociétés, mais on peut rendre compte du fonctionnement global de l'économie en faisant abstraction de l'utilisation de la monnaie. Dès lors qu'elle a favorisé les échanges, ceux-ci se dénouent en termes réels par l'expulsion de la monnaie. Là où, par exemple, le droit verra un double contrat de vente, Primus vendant du blé puis achetant des biens manufacturés avec l'argent reçu, l'analyse économique se contentera de l'échange d'un quintal de blé contre d'autres biens. Comme un catalyseur qui déclenche une réaction chimique dans laquelle il n'entre pas, la monnaie n'existe que pour favoriser des échanges qui existeraient aussi bien en son absence ».

⁵⁹ À l'origine, plusieurs objets firent office de monnaies comme les têtes de bétail, les peaux de bête, les pierres précieuses ou différents métaux. Sur cette évolution, V. MAY G., *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 3^{ème} éd., 1894, p. 155 et s., n°85.

⁶⁰ FAURE L. J., « Communication officielle au tribunal », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (P.-A. Fenet), t. XIV, 1826, p. 214 ; MAY G., *op. cit.*, p. 154, n°85.

⁶¹ LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Manuel, LGDJ-Lextenso éditions, 2^{ème} éd., 2012, p. 250, n°397.

⁶² CUQ F., *op. cit.*, p. 503.

⁶³ GIRARD P.-F., *op. cit.*, p. 436 et s. ; HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LÉCUYER H., (dir. GHESTIN J.), *Les principaux contrats spéciaux*, coll. Traité de droit civil, LGDJ-Lextenso éditions, 3^{ème} éd., 2012, p. 593, n°12000.

⁶⁴ CAILLÉ C., *V° « Échange »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2015 (actualisation : déc. 2019), n°1.

⁶⁵ POUGHON J.-M., *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J. Baud, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1987, p. 19, n°38 ; MAY G., *op. cit.*, p. 299, n°162.

première sur la réflexion doctrinale ne laissa guère de place au second dans le paysage contractuel : l'échange fut éclipsé par la vente. Tout d'abord, Grotius abandonna la distinction romaine des contrats nommés et innommés. Dans la catégorie des « actes simples », celui-ci rangea les actes gratuits et ceux réalisant un échange. Au sein de ces derniers, il mobilisa les catégories romaines en les réduisant au nombre de trois (*facio ut facias, facio ut des, do ut des*)⁶⁶ et classa la vente et l'échange parmi les contrats *do ut des*⁶⁷. Pufendorf, quant à lui, opposa les contrats de bienfaisance aux contrats onéreux⁶⁸ et intégra la vente et l'échange à cette seconde catégorie⁶⁹. Ces deux contrats semblent depuis lors moins étudiés sous l'angle de leurs divergences que comme faisant tout deux parties d'une catégorie commune. Domat s'efforça par la suite d'unifier le statut juridique de la vente et de l'échange en harmonisant tout d'abord leur formation. Il exprima l'idée que toute convention oblige à ce qui est convenu⁷⁰ et, appliquant cet adage à la vente comme à l'échange, contribua à transformer ce dernier en contrat consensuel. S'attaquant ensuite à son régime juridique, Domat estima qu'un simple renvoi à celui de la vente suffisait⁷¹. Cette assimilation se retrouve également chez Argou⁷² ou Bourjon⁷³. Mais c'est avec Pothier que la marginalisation de l'échange semble atteindre son paroxysme, cet auteur ne traitant plus de ce contrat qu'au sein des développements consacrés à la vente⁷⁴. À la veille du Code civil, le contrat d'échange apparaît donc fortement marginalisé. Les codificateurs n'accorderont pas plus d'intérêt à l'échange que ne le firent leurs prédécesseurs, le Code civil « marqu[ant] la concrétisation de la moindre importance juridique de l'échange »⁷⁵. Les travaux préparatoires se montrèrent relativement indifférents à l'égard de ce contrat, le Recueil Fenet ne comprenant guère plus de dix pages sur la question, lorsque les deux-cents premières sont consacrées à la vente⁷⁶. Le Code de 1804 n'accorda ainsi que six articles au contrat d'échange et renvoya, pour l'essentiel, au régime de la vente : « l'échange

⁶⁶ GROTIUS H., *De jure belli ac pacis*, II, XII, III, 6.

⁶⁷ DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, coll. Corpus histoire du droit, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 190 et 191.

⁶⁸ PUFENDORF S., *De jure naturae et gentium*, 1672, V, II, VI à VIII.

⁶⁹ DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 191 et 192.

⁷⁰ DOMAT J., *Traité des Lois*, Partie I, Livre I, Titre I, n°7 in *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2nd éd., Chez Pierre Auboin, Pierre Emery, Charles Clouzier, 1697, p. 66 : « Toutes les conventions, soit qu'elles aient ou n'aient point de nom, ont toujours leur effet et elles obligent à ce qui est convenu ».

⁷¹ DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2nd éd., Chez Pierre Auboin, Pierre Emery, Charles Clouzier, 1697, Livre I, Titre III, n°4.

⁷² ARGOU G., *Institution au Droit Français*, Hilaire Baritel, 1692, Livre III, chap. XXIX .

⁷³ BOURJON F., *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principe*, Chez Grangé et Cellot, 1770, Livre III, titre I, chap. I, III, p. 456.

⁷⁴ POTHIER R.-J. par DUPIN M., *Oeuvres de Pothier*, t. 3, *Traité du contrat de vente. Traité des retraits. Traité du contrat de constitution de rente*, Chez l'éditeur et Chez chanson, 1821, p. 368 et s., n°618 et s.

⁷⁵ POUGHON J. M., *thèse préc.*, p. 108, n°171.

⁷⁶ FENET P.-A., *op. cit.*, p. 207 à 216.

[...] n'est plus qu'un calque, une sorte de copie, il est le servent de la vente. Il lui emprunte ses règles, sa vie »⁷⁷. La doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle ne prêtera pas plus d'importance à l'échange, continuant d'y voir un contrat mineur, inférieur à sa cadette : la vente⁷⁸. La plume de Troplong est, sur ce point, très révélatrice de l'état d'esprit des civilistes à l'égard d'un contrat considéré comme insignifiant : « l'échange ne tiendra pas plus de place ici que dans le Code civil. S'il est, entre tous les contrats commutatifs, celui qui joue le plus grand rôle dans les siècles de décadence et de barbarie, il devient, aux époques de progrès social, l'un des moins fréquents dans les rapports civils internes, l'un des plus étrangers au mouvement de la propriété »⁷⁹.

8. La résurgence des techniques archaïques d'échanges économiques – Le XX^{ème} siècle marque toutefois une rupture avec les modes de consommation marchands développés parallèlement à l'industrialisation des sociétés et rappelle que l'évolution du droit contemporain peut être marquée par des « tendances régressives » et un « retour caractérisé à l'archaïsme »⁸⁰. Cette évolution n'est jamais entièrement linéaire et il existe des mouvements cycliques alternant entre l'apparition d'une pratique, sa disparition ou son renouveau⁸¹. Le Doyen Carbonnier ne disait pas autre chose lorsqu'il rappelait que « la nature [elle-même] connai[ssant] des mutations brusques », « il ne serait pas inconcevable que l'évolution du droit s'accompli[sse] aussi à coups de mutations, profondes, mais espacées et irrégulières, plutôt que par un [continuum] de changements imperceptibles »⁸².

Si jusque-là, les procédés d'échange n'ont eu de cesse de se marginaliser, leur réhabilitation sur la scène juridique semble imposée par les nécessités de la vie économique. Les acteurs économiques, en quête de mécanismes innovants aptes à favoriser les relations économiques et commerciales, inventent continuellement de nouveaux procédés en se référant, pour ce faire, à des techniques considérées depuis des siècles comme désuètes⁸³. Les différentes

⁷⁷ TROPLONG R.-T., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. 1, Charles Hingray, Libraire-éditeur, 1852, p. III.

⁷⁸ POUGHON J.-M., *th. préc.*, p. 109 et s., n°173 et s.

⁷⁹ TROPLONG R.-T., *op. cit.*, p. I.

⁸⁰ OPPETIT B., « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s., spéc. p. 319.

⁸¹ Sur cette évolution, V. LÉAUTÉ J., *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Th. Paris, 1945. Cette analyse doit toutefois être dépassée car elle ne concerne pas uniquement des faits isolés, comme semble pourtant le penser l'auteur et intéresse « des pans entiers du droit » : OPPETIT, B., *art préc.*, spéc. p. 320.

⁸² CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, p. 14.

⁸³ En ce sens, le Doyen Carbonnier rappelait que le progrès n'est jamais linéaire et qu'il se produit ainsi ce qu'il qualifie de « poches de régression » : CARBONNIER J., « Sociologie de la vente », *art. préc.*, p. 278 et s., spéc.

crises économiques qui ont marqué la fin du XX^{ème} siècle et le début du XXI^{ème} ont amorcé une réflexion quant à la nécessité d'assurer les relations économiques, et ce, également lorsque la monnaie vient à manquer. Le recours à celle-ci n'apparaît plus comme une panacée et des techniques permettant de s'en dispenser sont donc élaborées. L'on fait alors parfois appel au contrat d'échange de l'article 1702 du Code civil, ou à un procédé similaire. L'absence de prix, autrefois considérée comme un obstacle à la facilitation des relations économiques, apparaît désormais comme un précieux palliatif pour « sécuriser les transactions en période de difficultés économiques »⁸⁴. Partant, si l'apparition de la monnaie a terrassé l'échange, sa crise semble en passe de le ressusciter. Mais les difficultés économiques ne sont pas les seules causes à l'origine du regain d'énergie des techniques d'échange. En effet, pourquoi un tel procédé resterait-il marginalisé lorsque sa principale difficulté, la rencontre d'individus réciproquement intéressés par une contrepartie déterminée, n'est plus un obstacle dirimant à sa prospérité ? L'on pourrait s'étonner d'une telle affirmation puisque rien ne suggère, *a priori*, que les techniques d'échange soient plus simples à former aujourd'hui qu'elles ne l'étaient hier. Rien, sauf un élément, et non des moindres : l'apparition et le développement d'Internet et, corrélativement, de la mondialisation⁸⁵. Les échanges sont ainsi favorisés, et les rencontres de volontés facilitées, puisqu'il est désormais plus aisé de nouer des relations entre personnes aux intérêts concordants, notamment grâce à la multiplication des sites internet d'intermédiation. L'accélération de la mondialisation permet aux pays les plus pauvres d'entrer dans cette nouvelle ère dans laquelle la consommation devient un enjeu de premier plan. Or, afin de s'équiper en nouvelles technologies pour être en mesure de répondre à leurs consommateurs aspirant à un mode de vie similaire à celui des pays occidentaux, les pays en voie de développement peuvent avoir recours à des techniques d'échange. Ainsi, en raison d'un manque de numéraires ou d'une monnaie faible, ces pays troquent parfois leurs marchandises ou matières premières (café⁸⁶, pétrole, *etc.*) pour en obtenir d'autres⁸⁷. Ces pratiques permettent alors de s'équiper en nouvelles technologies et d'obtenir des produits de consommation

p. 280.

⁸⁴ SOUSI-ROUBI B., « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978, p. 257 et s., spéc. n°54, p. 291 ; GUIGUET-SCHIELÉ Q., « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539 et s., spéc. n°12 ; l'on voit ainsi réapparaître le troc dans les « périodes de détresse aiguë » : CARBONNIER J., « Sociologie de la vente », *op. cit.*, p. 278 et s., spéc. p. 283.

⁸⁵ GUIGUET-SCHIELÉ Q., *art. préc.*, spéc. n°12.

⁸⁶ À la fin des années 1960, la régie Renault a signé des accords avec la Colombie notamment, prévoyant que la valeur des pièces automobiles importées de France soit compensée par des exportations colombiennes de produits non automobiles comme du café, du coton ou du textile. V. COMBES L., « 25 ans d'industrie automobile en Amérique latine », *Culture technique n°25, Automobile et procès*, octobre 1992, p. 51 et s., spéc. p. 59 et 60.

⁸⁷ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 515, n°586.

fabriqués dans un autre pays, sans dépenser de la monnaie, tout en écoulant ses propres productions ou « des produits difficiles à vendre ». De telles techniques contribuent alors à mettre en place de véritables réseaux de distribution pour ces produits⁸⁸.

L'accélération de la société de consommation incite également à repenser la question à l'aune du développement durable. Afin de « permettre une optimisation, une maximisation de l'utilité des biens et donc de leur rentabilité », il apparaît nécessaire de réfléchir à une consommation alternative⁸⁹. Ce souci, au cœur des préoccupations actuelles, notamment au niveau européen⁹⁰, tend à favoriser les procédés se rapprochant du troc voire du don, l'idée étant d'enrayer les excès liés à la surconsommation en donnant notamment une seconde vie aux biens. Cette nouvelle forme de consommation invite alors « à multiplier les usages d'un même bien plutôt que d'en rester à une conception des produits »⁹¹ « pensés dans la perspective d'une propriété individuelle, d'une consommation rapide et d'une élimination prématurée »⁹².

B. L'émergence de nouvelles formes de consommation : l'avènement d'économies « alternatives »

9. Les changements de mentalité des consommateurs – Les crises économiques et les difficultés sociales corrélatives, la volonté d'éviter la « tragédie des communs »⁹³, la prise de conscience des enjeux liés à l'environnement et au développement durable, le désir de lutter

⁸⁸ FONTAINE M., « Les contrats de contre-achat », *DPCI* 1982, p. 161 ; FONTAINE M., « Aspects juridiques des contrats de compensation », *DPCI* 1981, p. 179 et s., spéc. p. 181.

⁸⁹ TRÉBULLE F.-G., « La consommation alternative, vers un renouveau du paradigme consumériste ? », *Environnement et dév. durable* 2014, n°8-9, repère 8.

⁹⁰ Sur la question, V. not. l'avis du Conseil économique, social et environnemental (CESE) du 21 janvier 2014 publié au Journal officiel de l'Union européenne le 11 juin 2014 : « La consommation collaborative ou participative : un modèle de développement durable pour le XXI^e siècle ».

⁹¹ TRÉBULLE F. G., *art. préc.*, n°8-9, repère 8.

⁹² CESE, *La consommation collaborative ou participative : un modèle de développement durable pour le XXI^e siècle*, avis du 21 février 2014, § 2.7.

⁹³ La « tragédie des communs » a été développée par le Professeur Garrett Hardin, figure emblématique du mouvement écologiste aux États-Unis. Raisonant sur l'exemple d'un pâturage « ouvert à tous », il démontre que les ressources ne sont pas inépuisables et que la recherche, par chacun, de son intérêt immédiat entraîne inéluctablement leur tarissement. Dans la situation décrite par Hardin, chaque berger a intérêt à faire paître le maximum de vaches. Toutefois, si les autres bergers tentent également d'optimiser leur gain en faisant, eux-aussi, paître un nombre élevé de bétail, ils devront tous supporter les conséquences négatives sur le pâturage : HARDIN G., « The tragedy of the commons », *Science*, 13 décembre 1968 ; « Puisque le sol s'érode continuellement, la lutte entre les bergers ne fait que s'exacerber, car chacun tente de maximiser ce qu'il peut en retirer avant que le pâturage ne devienne totalement inutilisable. La course au gain immédiat impose inévitablement le tarissement de la ressource » : RIFKIN J., *La nouvelle société du coût marginal zéro. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Les liens qui libèrent, 2014, p. 233 et s. V. toutefois les travaux postérieurs de l'économiste Elinor Ostrom. Cette dernière a relativisé les conclusions formulées par G. Hardin en démontrant que chacun recherche en priorité, lorsqu'il gère un bien commun, l'intérêt de la communauté et la préservation des ressources : OSTROM E., *La Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010.

contre l'exclusion de certaines populations ou de recréer du lien social au sein des circuits de consommation ont été autant de facteurs favorables à l'émergence de nouveaux modèles économiques développés en parallèle du système capitaliste contemporain⁹⁴. L'importance accordée aux relations humaines devient capitale, les relations interpersonnelles étant placées au centre de toutes les attentions⁹⁵. Les consommateurs sont alors enclins à rechercher une ou plusieurs manières de consommer respectueuses des différents enjeux cités : les circuits courts sont privilégiés afin de réduire le nombre d'intermédiaires nécessaires à l'obtention d'un bien ou d'un service et de développer une relation de confiance avec les producteurs ; la mise en commun des richesses afin de maximiser l'usage des différents biens et d'éviter, ainsi, la surconsommation attire toujours davantage d'individus ; le développement de communautés basées sur la confiance et permettant la mise en relation de contractants ayant chacun des besoins différents est en constante augmentation.

L'émergence de modèles économiques parallèles a répondu ainsi à des besoins et aspirations dont la satisfaction n'était plus garantie par l'économie de marché traditionnelle⁹⁶. L'augmentation du chômage depuis la fin du XX^{ème} siècle pousse nombre de personnes à chercher un revenu complémentaire, ou à opter pour des modes de consommation permettant de préserver leur pouvoir d'achat. Le prêt d'un objet nécessaire à la satisfaction d'un besoin immédiat sera, par exemple, préféré à l'achat de celui-ci. Les individus pourront, en outre, privilégier les services de particuliers pour la réalisation de prestations là où, il y a quelques années encore, seuls les professionnels des secteurs concernés étaient sollicités. S'inscrivant dans une démarche dont l'impact se veut positif sur l'environnement en luttant notamment contre le gaspillage des ressources, les modèles de consommation que l'on peut, à ce stade, qualifier d'alternatifs, voient leur développement favorisé par l'émergence des nouvelles technologies. Grâce aux opportunités créées par l'Internet et les réseaux sociaux, les consommateurs sont désormais capables de proposer directement des biens et services et

⁹⁴ V. not. TERRASSE P., *Rapport au Premier Ministre sur l'économie collaborative*, coll. Hôtel de Matignon, 2016, p. 5 et s ; BIGOT R., DAUDEY E. et HOIBIAN S., *Société collaborative : l'argent d'abord, le partage aussi*, coll. Consommation et modes de vie, CREDOC, 2015 ; RIPPE-LASCOUT G. et TERNISIEN V., *L'ubérisation de l'économie en France : une nouvelle arme de destruction créative massive ?*, COFAGE, 2016 ; TNS-SOFRES, *Nouvelles consommations, Nouvelle confiance. Les français et la consommation collaborative*, coll. Observatoire de la confiance (Le Groupe La Poste), 14 novembre 2013 ; DEMAILLY D. et NOVEL A. S., *Economie du partage : enjeux et opportunité pour la transition écologique*, coll. Nouvelle prospérité, Institut de développement durable et des relations internationales (IDDRI), 2014 ; DGCCRF, *Économie collaborative*, 2018.

⁹⁵ STEIN J., « My Night in the Fast Lane », *Time Magazine*, 29/07/2013 ; JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre*, coll. Presence, FYP., 2016, p. 27.

⁹⁶ JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *op. cit.*, p. 25 et s.

d'entrer en relation avec des personnes dont les besoins concordent, qu'il s'agisse d'échanges économiques marchands, de « coups de mains » bénévoles, *etc.*

10. Les fondements théoriques de l'évolution des mentalités – Ces modes de consommation alternatifs sont porteurs de nombreuses promesses, qu'il s'agisse de répondre à la crise économique, sociale ou environnementale, puisant leurs racines au sein de trois courants de pensée particuliers qui ont parfois tendance à se recouper : la mouvance du libre, l'économie de la fonctionnalité et l'économie du don⁹⁷. La mouvance du libre (ou économie du « *peer to peer* ») marque le passage d'une logique axée sur la propriété privée et la jouissance exclusive, à une logique fondée sur le libre accès aux ressources et compétences, à titre gratuit *via* des systèmes ouverts⁹⁸. L'économie de la fonctionnalité, quant à elle, « vise à optimiser l'utilisation des biens et services, se concentre sur la gestion des richesses existantes, sous la forme de produits, de connaissances ou encore de capital naturel. L'objectif économique est de créer une valeur d'usage la plus élevée possible pendant le plus longtemps possible, tout en consommant le moins de ressources matérielles et d'énergie possible »⁹⁹. Conformément aux idées structurant ce courant de pensée, la valeur des biens ne réside pas dans leur matérialité ou dans le fait de les posséder, mais dans les bénéfices retirés de leur utilisation¹⁰⁰. Enfin, l'économie du don renvoie en partie à la philosophie du don maussien, que l'on peut schématiquement résumer en trois mots : donner ; recevoir ; rendre. Les individus sont des êtres sociaux reliés entre eux par la circulation des biens : avec le don, « le bien circule au service du lien »¹⁰¹.

11. Un développement exponentiel des pratiques « parallèles » – Prenant appui sur ces différents courants de pensée, de nouvelles opportunités apparaissent et se développent ainsi *via* des circuits distincts des modes de consommation habituels. En 2015, une étude du cabinet PwC estimait à 15 milliards de dollars le montant des revenus issus de ces nouvelles formes d'économie, ces derniers pouvant, selon les projections effectuées, atteindre 335 milliards de dollars en 2025¹⁰². Il semble toutefois que ces chiffres demeurent en-deçà de la réalité, le

⁹⁷ MASSÉ D., BOREL S. et DEMAILLY D., *Comprendre l'économie collaborative et ses promesses à travers ses fondements théoriques*, coll. Nouvelle prospérité, Institut de développement durable et des relations internationales (IDDRI), 2015 ; TERRASSE P., *rapp. préc.*, p. 9 et 10.

⁹⁸ MASSÉ D., BOREL S. et DEMAILLY D., *rapp. préc.*, p. 6 et 7.

⁹⁹ STAHEL W. R., « The Functionnal Economy : Cultural and Organizational Change », *Science & Public Policy*, vol. 13, n° 4, 1986, traduit par MM Massé, Borel et Demailly, *op cit.*, p. 9.

¹⁰⁰ MASSÉ D., BOREL S. et DEMAILLY D., *rapp. préc.*, p. 9.

¹⁰¹ GODBOUT J. et CAILLÉ A., *op. cit.*, p. 32.

¹⁰² PWC, « The sharing economy – sizing the revenue opportunity », *Consumer Intelligence Series, étude PWC*, avril 2015, disponible à l'adresse suivante :

marché mondial s'étendant à des secteurs non pris en compte par l'étude précitée¹⁰³. La Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) estimait, en octobre 2018, que deux tiers des français se disent « prêts à partager leurs objets plutôt que de les posséder »¹⁰⁴, tandis que 36 % d'entre eux auraient, au cours de l'année 2017, échangé ou partagé, entre particuliers, des biens et des services (« covoiturage, échange de service de jardinage, bricolage/recyclage, échange de livres, de jouets, petits cours, monnaies locales, etc. »)¹⁰⁵. Le constat est sans appel : ces nouvelles formes d'économie sont loin de constituer un « micro-phénomène »¹⁰⁶. Elles se sont, en quelques années, durablement implantées dans le paysage économique mondial et font désormais partie intégrante des habitudes de consommation. L'ampleur du phénomène et la rapidité de son expansion sont « emblématique[s] du souhait des français de "consommer malin" dans un contexte de crise »¹⁰⁷. Ces nouvelles économies « ne saurai[ent alors] être perçue[s] comme une pratique temporaire et tributaire de la conjoncture », nombreux étant les français à considérer que, « loin d'être une mode éphémère, ce modèle est appelé à perdurer et à se développer »¹⁰⁸.

12. L'écllosion d'un phénomène unitaire ou la naissance d'une pluralité de modèles économiques ? – Les guerres, les périodes de croissances puis de crises économiques, les enjeux sociétaux et environnementaux, etc. ont une influence certaine sur les modes de consommation des populations. L'évolution de l'économie n'est pas indifférente aux aléas de l'Histoire, les circuits de consommation s'adaptant sans cesse pour répondre aux besoins de leur époque. Rien d'étonnant alors à ce que de nouveaux types d'économies, réinventant des pratiques depuis longtemps délaissées, se soient développés en marge du système économique capitaliste contemporain. Or, se donner pour mission d'analyser, d'un point de vue juridique,

<http://www.pwc.co.uk/issues/megatrends/collisions/sharingeconomy/the-sharing-economy-sizing-the-revenue-opportunity.html>

¹⁰³ L'étude du cabinet PWC ne prend en compte que cinq secteurs économiques à savoir, la finance participative, l'emploi en ligne, l'hébergement, le partage de voiture, de vidéos et de musique entre particuliers : BOUVARD M., CARCENAC T., CHIRON J., DALLIER P., GENEST J., LALANDE B. et DE MONTGOLFIER A., *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, Rapport d'information enregistré à la Présidence du Sénat le 17 septembre 2015, p. 14. À ces secteurs, l'on peut notamment ajouter le partage de repas entre particulier, les plateformes de dons, les jardins partagés, etc. : V. not. TERRASSE P., *op. cit.*, p. 12 et s. Une étude de 2015 identifiait neuf secteurs à minima regroupant 276 acteurs. Sur ce point, V. PIPAME, *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, Études économiques, Rapport final, juin 2015, p. 40 et s.

¹⁰⁴ DGCCRF, *rapp. préc.*, p. 2.

¹⁰⁵ HOIBIAN S., *Le collaboratif, nouvel horizon utopique ?*, CREDOC, coll. Consommation et modes de vie, 2018, p. 2.

¹⁰⁶ TNS-SOFRES, *rapp. préc.*, p. 4.

¹⁰⁷ IFOP, *Observatoire de l'économie collaborative des sites « A little »*, IFOP, 2014, p. 2.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 2.

l'émergence des économies « alternatives », ainsi que leurs conséquences, impose de délimiter avec précision l'objet d'étude. Il convient donc de savoir si la multitude d'opérations couramment citées pour illustrer l'apparition de nouveaux modèles économiques est le reflet d'une économie « alternative » unique ou, au contraire, la manifestation de différents modes de consommation bien distincts. En d'autres termes, l'achat de biens d'occasion (vêtements, livres, objets du quotidien, *etc.*) sur des plateformes telles que Leboncoin ou *via* des vide-greniers ou des magasins spécialisés, le partage à titre gratuit de connaissances par le biais de Wikipédia, la location d'appartement sur Airbnb, la prestation de service onéreuse proposée par Uber, le covoiturage impliquant un simple partage des frais par l'intermédiaire de Blablacar, les AMAP, ou les systèmes d'échange locaux, sont-ils le reflet d'un seul phénomène ou la preuve d'une importante diversification des circuits de consommation ?

C. Une délimitation délicate de l'économie de partage

13. Économie collaborative, économie de partage, ubérisation, *etc.* : un authentique capharnaüm – C'est un véritable effet de mode. Les termes « économie collaborative », « économie de partage », « ubérisation », voire « platformisation » sont couramment utilisés dans les écrits de la presse généraliste, sociologique, économique et juridique. Un flou opaque entoure l'objet d'étude, celui-ci étant tout particulièrement entretenu par l'usage courant de ces différentes appellations qui semblent toutes désigner, sous la plume des auteurs, un seul et même phénomène. L'attention paraît focalisée sur l'économie collaborative¹⁰⁹, une grande majorité des écrits se concentrant sur ce sujet et lui assimilant bien volontiers l'économie de partage. Celle-ci, parfois présentée comme une simple expression synonyme d'économie collaborative¹¹⁰, voire une sous-catégorie de l'ensemble plus large qu'elle formerait¹¹¹, est rarement appréhendée en tant que telle. De manière identique, « l'ubérisation » (parfois appelée

¹⁰⁹ ARNAUD E., D'AUDIFFRET N., MASSÉ D. et STOCK B., « Changer l'entreprise, changer la consommation ? », *Esprit* juillet 2015, p. 54 et s., spéc. p. 59.

¹¹⁰ Il est ainsi parfois écrit : « l'économie collaborative, également appelée économie de partage, ou de pair à pair, s'avère être aujourd'hui un mode novateur de consommation » : DGCCRF, *rapp. préc.*, p. 1 ; RODI N., *L'économie collaborative, un phénomène source de nouvelles opportunités et de multiples défis*, CCI Paris Ile-de-France, 2017, p. 2 : « aussi appelée "économie du partage", l'économie collaborative, repose sur l'échange et le partage de biens, de services, de temps et de connaissances, le plus souvent entre particuliers » ; V. également DUBROCA E., « La fiscalité du financement participatif (*crowdfunding*) : état des lieux et perspectives », *DF* 2015, n°50, p. 725 et s., spéc. n°2 ; BOUVARD M., CARCENAC T., CHIRON J., DALLIER P., GENEST J., LALANDE B. et DE MONTGOLFIER A., *rapp. préc.*, p. 7.

¹¹¹ V. par exemple le Rapport Terrasse qui distingue, dans son étude sur l'économie collaborative, trois catégories d'initiatives en mentionnant, à cette occasion, « les acteurs de l'économie du partage » : TERRASSE P., *rapp. préc.*, p. 15.

« plateformes ») semble n'être rien de plus qu'une manière supplémentaire de désigner l'économie collaborative tout en insistant sur ce que certains présentent comme l'une de ses caractéristiques principales : l'utilisation de plateformes d'intermédiation¹¹². Un tel foisonnement d'expressions, auxquelles sont rarement attachées de véritables définitions, ne pouvait donner lieu qu'à un incontestable « fouillis conceptuel »¹¹³. Comme l'énoncent ainsi clairement certains travaux, « économie du partage, consommation collaborative, économie pair-à-pair, économie collaborative, co-révolution sont autant de termes qualifiant plus ou moins la même tendance »¹¹⁴.

Pourtant, la réalité est tout autre. Les notions dont il est ici question ne désignent pas toutes le même phénomène¹¹⁵, bien que pour certains, les différences entre elles soient trop subtiles pour mériter d'être soulignées¹¹⁶. Or, puisque la réflexion se propose de faire passer l'économie de partage sous les fourches caudines du droit des contrats, il est nécessaire de faire la lumière sur ce que recouvre ce mode original de consommation.

14. « L'économie du partage manque d'une définition partagée »¹¹⁷ – La cacophonie ambiante qui entoure ces nouveaux modes de consommation ne doit pas induire l'observateur en erreur : l'économie de partage est un phénomène bien distinct de l'économie collaborative ou de l'ubérisation. Pour autant, le travail de définition s'avère particulièrement délicat, aucune signification précise ne paraissant avoir emporté l'adhésion générale des auteurs : en cours de constitution d'un point de vue pratique et théorique, ces différentes économies pâtiennent inévitablement de l'absence de frontières précisément délimitées¹¹⁸. Certes, l'on retrouve, en certaines occasions, des mises en garde visant à prévenir le lecteur de l'impossibilité d'assimiler

¹¹² Pour certains, une distinction semble toutefois pouvoir être opérée entre l'économie collaborative et l'ubérisation. En ce sens, V. *Ibid.*, p. 5 : « l'économie collaborative ce n'est pas l'ubérisation. La confusion tient au fait que sous la même étiquette d'économie collaborative, on a rangé, se sont rangées, plusieurs plateformes numériques qui, si elles renouvèlent la manière de produire ou d'échanger, continuent de s'inscrire dans des formes traditionnelles de capitalisme ». Nous verrons toutefois qu'une telle distinction ne va pas nécessairement de soi, les pratiques classiquement rangées sous l'étiquette d'économie collaborative ne semblant pas véritablement incarner « l'idéal d'un nouveau modèle de société », contrairement à la position précédemment évoquée par le député Pascal Terrasse. Sur ce point, V. *infra*, n°22 et 23.

¹¹³ DEMAILLY D. et NOVEL A. S., *Economie du partage : enjeux et opportunité pour la transition écologique, rapp. préc.*, p. 14.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Pour une distinction entre l'économie collaborative, l'économie de partage et l'économie sociale et solidaire, V. KRETZSCHMAR C., « Economie de partage, sociale ou collaborative : attention à la confusion », *Les échos*, 14 oct. 2015.

¹¹⁶ En ce sens, V. not. SIMON J. C., « « Les mirages de l'économie du partage », *La Tribune.fr*, 3 juillet 2015.

¹¹⁷ BOTSMAN R., « The sharing economy lacks a shared definition », 2013. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>.

¹¹⁸ BÉJA A., « Les métamorphoses du capitalisme », *Esprit* juillet 2015, p. 5 et s., spéc. p. 6.

l'ensemble de ces termes à un phénomène unique. Il est ainsi parfois rappelé que « ces notions restent différentes » bien qu'elles « se superposent et rendent le concept de partage plus ou moins flou »¹¹⁹. D'autres études, ayant pour sujet l'économie collaborative, prennent soin de préciser que « la nouvelle économie sera associée à l'économie collaborative, et exclura du champ d'application de l'étude l'économie du partage »¹²⁰, ou expliquent que les termes « "économie collaborative" et "économie du partage" sont devenues des expressions courantes, souvent utilisées indistinctement, alors même qu'elles peuvent être distinguées »¹²¹. Ces différents concepts semblent graviter les uns autour des autres, « se recouper sans jamais complètement se recouvrir »¹²².

15. Une difficulté accentuée par la multitude des pratiques relevant de l'économie de partage – Nombreuses sont les pratiques développées dans le cadre de ces nouveaux modes de consommation. Loin de prétendre s'essayer à l'établissement d'une liste exhaustive des différentes initiatives prenant racines dans ces modèles économiques émergents, ceux-ci ne se limitant pas à l'économie de partage et regroupant également ce qu'il convient de ranger sous l'étiquette d'économie collaborative, il nous faut toutefois dresser un rapide état des lieux des pratiques de partage. L'expansion rapide de cette nouvelle forme d'économie tient notamment au développement d'initiatives locales destinées à permettre la mise en relation de personnes, afin que celles-ci puissent mettre certains de leurs biens, services ou savoir-faire à la disposition d'une « communauté » tout en retirant un certain profit de l'adhésion à celle-ci.

En la matière, l'exemple le plus fameux est celui des systèmes d'échanges locaux (SEL) qui, en mettant en relation des individus dont les besoins concordent afin qu'ils se rendent mutuellement service par l'échange de biens, de prestations ou de savoir-faire, semblent répondre à ces nouveaux impératifs de solidarité et d'entraide. Il s'agit de communautés au sein desquelles chacun propose, par l'intermédiaire d'un catalogue à destination de tous les membres, un service qu'il est en mesure d'offrir. Lorsqu'une personne ressentira le besoin de faire appel à ce service, une relation contractuelle s'établira entre l'offreur et le demandeur, au terme de laquelle le premier s'exécutera au bénéfice du second. Cette exécution, dont la valeur est calculée grâce à une unité de compte non convertible en euros, et prenant généralement le

¹¹⁹ DEMAILLY D. et NOVEL A. S., *rapp. préc.*, p. 14.

¹²⁰ RIPPE-LASCOUT G. et TERNISIEN V., *rapp. préc.*, p. 2, note 2.

¹²¹ JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *op. cit.*, p. 21.

¹²² BOREL S., MASSÉ D. et DEMAILLY D., « L'économie collaborative, entre utopie et big business », *Esprit* juillet 2015, p. 9.

temps passé pour référence, donnera naissance à un droit de créance au profit de l'offreur qui, grâce à la réalisation de sa prestation, pourra demander à recevoir un bien ou bénéficier d'un service de la part d'un membre quelconque de la communauté pour un montant équivalent à celui de sa propre prestation.

Cet exemple n'est toutefois pas isolé. L'on rencontre ainsi régulièrement ce type d'initiatives structurées autour d'une communauté permettant la mise en relation des particuliers, et fondées sur la succession d'échanges économiques non réciproques et circulaires se dispensant de tout intermédiaire monétaire. Les accorderies¹²³ fonctionnent ainsi sur un principe identique à celui des systèmes d'échange locaux, et semblent alors naturellement devoir être intégrées au domaine participatif. À la différence des SEL, celles-ci mènent leur mission sociale visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion grâce à l'aide d'un ou de plusieurs salariés dont la mission consiste à mettre à jour les différentes annonces, organiser des réunions d'information, *etc.*¹²⁴, en un mot à optimiser le fonctionnement de la communauté.

De manière similaire, des applications mobiles à l'image de « Tempo »¹²⁵ se développent afin de proposer la mise en relation de particuliers par l'intermédiaire de petites annonces. Les différentes prestations proposées sont, ici encore, évaluées grâce à une unité de temps, et fonctionnent donc également sur le principe des échanges circulaires non réciproques, chacun donnant de son temps en fonction de ses moyens et recevant, pour un montant équivalent, l'aide des autres membres de la communauté.

La promotion et le développement du tourisme s'emparent également de ces nouvelles dimensions du partage. Les individus sont ainsi de plus en plus nombreux à préférer s'échanger la jouissance de leurs maisons, plutôt que de les laisser inoccupées et de payer une location. De nouvelles manières de voyager voient alors le jour en s'appuyant sur des techniques de partage, comme en témoigne la place grandissante occupée par homeexchange.fr¹²⁶. Là encore, les individus proposeront la jouissance de leur appartement pour une durée déterminée, la valeur de l'opération étant également calculée par référence à une unité de compte (les « *guestpoints* »

¹²³ De manière générale, V. le site internet des accorderies : <http://www.accorderie.fr/>.

¹²⁴ V. la foire aux questions de l'Accorderie des Lômes, disponible à l'adresse suivante : <http://www.accorderie-des-lomes.fr/index.php/une-accorderie-kesako/foire-aux-questions#pourquoi-avoir-besoin-d-un-salarie-quel-est-son-role>.

¹²⁵ L'application « Tempo – Le temps d'un coup de main » est disponible *via* Google play et l'App Store, et dispose également d'un site internet de présentation (<https://tempoapp.fr/>).

¹²⁶ L'ancienne plateforme GuestToGuest, désormais désignée grâce à la dénomination d'un ancien concurrent, a racheté au fil des années nombre de ses rivaux (Itamos, Trampolinn, HomeExchange, Echangedemaison.com, TrocMaison, *etc.*). Ces différentes initiatives sont dorénavant regroupés au sein d'une plateforme unique disponible à l'adresse suivante : <https://www.homeexchange.fr/>.

s'agissant spécifiquement de la plateforme HomeExchange). Ainsi, puisque la mise à disposition de son logement confère à un membre un crédit de 100 *guestpoints*, celui-ci pourra, par la suite, demander à bénéficier de l'annonce d'un autre membre lorsque la jouissance du bien proposé sur la période souhaitée est également évaluée à 100 *guestpoints*. Le *Couchsurfing*¹²⁷ peut également être mentionné au titre des pratiques de partage. La plateforme internet couchsurfing.com propose, en ce sens, un service d'hébergement « gratuit » (sans paiement d'un prix en monnaie) et temporaire de particuliers à particuliers. Il s'agit alors de mettre en relation les personnes proposant un lit ou un canapé avec celles cherchant un hébergement. Or, grâce à l'adhésion à la communauté, chacun peut tout à la fois être offreur et demandeur, et bénéficier le moment venu, de la part d'un membre quelconque, d'un service équivalent à celui qu'il a lui-même prodigué.

À ce stade, l'on est vraisemblablement contraint de constater que la multitude de pratiques pouvant, à notre sens, être regroupées au sein de l'économie de partage ne paraît pas dotée, par les économistes, d'une véritable définition. S'ils ont tenté d'esquisser des propositions quant à l'économie collaborative, ceux-ci n'ont en revanche traité de l'économie de partage que pour souligner l'absence de concordance totale entre ces deux notions. L'objet de la présente étude ne dispose donc d'aucune définition économique précise et demeure, à l'heure actuelle, dans les limbes de la science économique. *Quid* alors de la sphère juridique ?

1. Le droit positif français et l'économie de partage : un vide juridique notionnel

16. L'absence de définition de l'économie de partage et la réglementation de domaines limitrophes – Le droit français n'apporte actuellement aucune réponse quant à ce que peut signifier l'économie de partage lorsque cette dernière est envisagée en tant qu'objet juridique. Le silence est édifiant, et l'on cherchera vainement dans le droit positif une définition de la notion. Il faut toutefois se garder de penser que le législateur ne s'embarrasse nullement de réfléchir aux difficultés juridiques suscitées par les modes de consommation qui se positionnent comme des alternatives au système économique classique. Le législateur est, en effet, loin d'être indifférent aux bouleversements économiques contemporains. C'est ainsi que pour tenter de cerner, avec davantage de précisions, l'économie de partage objet de la présente étude, un détour par les réactions du droit à l'encontre des modes de consommation voisins pourrait s'avérer opportun.

¹²⁷ V. <https://www.couchsurfing.com/>

17. La réglementation de l'économie sociale et solidaire – Le droit français s'est en effet saisi de sujets limitrophes comme en témoigne la Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, dite « loi ESS ». Celle-ci est définie à l'article 1. I comme « un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent les conditions cumulatives suivantes : un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ; une gouvernance démocratique [...] ; une gestion conforme aux principes suivants : les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ; les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées [...] ». L'économie sociale et solidaire poursuit ainsi des finalités distinctes des modèles classiques en prônant le respect de valeurs et principes tels que la solidarité, l'entraide, le lien social¹²⁸. Or, si un parallèle avec l'économie de partage peut alors être établi, et bien que certains de ses acteurs puissent revêtir la forme d'une entreprise de l'ESS¹²⁹, l'économie objet de la présente étude ne peut être réduite à une simple émanation de l'économie sociale et solidaire. Des différences existent entre ces deux modes de consommation, notamment quant au public visé : les biens et services produits dans le cadre de l'ESS n'ont pas vocation à servir une seule catégorie de consommateurs mais s'adressent, de manière plus significative, à l'ensemble des usagers, voire « plus spécifiquement aux usagers les plus empêchés dans l'accès à ces services : petite enfance, personnes âgées et handicapées, personnes fragiles socialement ou financièrement »¹³⁰. À l'inverse, l'économie de partage mutualise des biens, services et savoir-faire dans un cadre plus restreint puisqu'il s'agit, avant tout, de s'adresser aux membres de communautés constituées précisément pour partager ces différentes richesses. Notons, au-delà de cette première dissemblance, que les communautés de partage n'ont pas nécessairement à être organisées sous une forme sociale spécifique, et peuvent préférer demeurer soumises aux seules dispositions contractuelles de l'acte fondateur lorsque, dans l'économie sociale et solidaire, l'on retrouve de véritables entreprises ayant vocation à effectuer un acte de production¹³¹. En revanche, ce sont les membres des communautés qui créent les richesses partagées bien plus que les communautés elles-mêmes, contrairement aux entreprises de l'ESS.

¹²⁸ GRANDVUILLEMIN S., « Être ou ne pas être une entreprise de l'économie sociale et solidaire ? Une qualification entre unité et diversité », *JCP E* 2015, p. 1542 et s., spéc. n°4.

¹²⁹ Sur ce point, V. *infra*, n°361.

¹³⁰ KRETZSCHMAR C., *art. préc.*

¹³¹ Sur la notion d'entreprise de l'économie sociale et solidaire, V. GRANDVUILLEMIN S., *art. préc.*

Partant, bien que gravitant dans des sphères voisines qui peuvent, par instant, être amenées à se recouper, l'économie de partage ne peut se satisfaire des dispositions de la loi du 31 juillet 2014, celle-ci règlementant un objet différent.

18. L'amorce d'une réglementation de l'économie collaborative – Le législateur s'est, tout d'abord, préoccupé de la finance participative avec un décret du 16 septembre 2014¹³² précisant les capacités professionnelles nécessaires pour exercer l'activité d'intermédiaire, et fixant notamment les plafonds applicables aux prêts et aux emprunts¹³³. Un décret du 29 septembre 2016 relatif aux investissements participatifs dans les projets de production d'énergies renouvelables¹³⁴ vint, par la suite, enrichir le dispositif législatif. Une ordonnance de 28 avril 2016¹³⁵ et un décret du 28 octobre de la même année¹³⁶ s'intéressent pour leur part à la technologie de la *blockchain*¹³⁷, celle-ci pouvant être utilisée pour l'émission et la cession d'une catégorie particulière de bons de caisse : les minibons. Une seconde ordonnance du 8 décembre 2017¹³⁸ ainsi qu'un décret du 24 décembre 2018¹³⁹ sont venus compléter le dispositif¹⁴⁰. Mais l'on ne retrouve, en la matière, nulle trace d'une quelconque définition de l'économie collaborative qui aurait pu permettre de cerner, par la négative, l'économie de partage.

Le législateur semble toutefois s'être préoccupé de l'économie collaborative au-delà de la seule réglementation de difficultés juridiques précises posées par un type bien spécifique de

¹³² Décret n°2014-1053 du 16 septembre 2014 relatif au financement participatif, *JORF* n°2015, 17 septembre 2014, p. 15228, texte n°11 ; DUBROCA E., *art. préc.*

¹³³ Sur ce point, V. le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014, *JORF* n°0125 du 31 mai 2014, p. 9074, texte n°13 ; CEDEF, « Qu'est-ce que le financement participatif ? », *economie.gouv.fr*. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/financement-participatif>.

¹³⁴ Décret n°2016-1272 du 29 septembre 2016 relatif aux investissements participatifs dans les projets de production d'énergie renouvelable, *JORF* n°0228 du 30 septembre 2016, texte n°17.

¹³⁵ Ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse, *JORF* n°0101 du 29 avril 2016, texte n°16.

¹³⁶ Décret n°2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif, *JORF* n°0254 du 30 octobre 2016, texte n°8.

¹³⁷ « La *Blockchain* ou "chaîne de blocs" est un système ouvert aux professionnels comme aux particuliers, leur permettant de réaliser des transactions à tout moment en tout point du globe de manière efficace, publique, peu coûteuse, sécurisée et rapide » : COHEN-HADRIA Y., « *Blockchain* : révolution ou évolution ? La pratique qui bouscule les habitudes et l'univers juridique », *Daloz IP/IT* 2016, p. 537 ; pour de plus amples développements sur la question de la *blockchain* qui n'intéresse toutefois pas directement l'objet de ces travaux de recherche, V. PRÉVOST S. et ROYER E., *La Blockchain*, coll. Grand angle, Dalloz, 2020 ; MARMOZ F. (dir.), *Blockchain et droit*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, IDEA, 2019.

¹³⁸ Ordonnance n°2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission des titres financiers, *JORF* n°0287 du 9 décembre 2017.

¹³⁹ Décret n°2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons, *JORF* n°0298 du 26 décembre 2018.

¹⁴⁰ MALLET-BRICOUT B., « *Blockchain* et droit financier : un pas (réglementaire) décisif », in *Chron. Législation française*, *RTD civ.* 2019, p. 190.

pratiques. Des travaux parlementaires ont en effet tenté d'appréhender de manière générale cette nouvelle économie, comme en témoigne le Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur l'économie collaborative du 17 septembre 2015¹⁴¹ et le Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative réalisé par le député Pascal Terrasse en février 2016. L'on retrouve une première ébauche de définition au sein du rapport de 2015. Celui-ci explique que cette économie « permet à des particuliers d'échanger avec d'autres particuliers des biens (une voiture, un logement, une tondeuse, *etc.*) ou des services (covoiturage, bricolage, cours de cuisine, *etc.*), sous forme de vente ou de location, par l'intermédiaire d'une "place de marché" virtuelle ou d'une plateforme de mise en relation », dégageant ainsi un complément de revenus ou constituant, parfois, « une véritable activité [...] commerciale »¹⁴². Le législateur français, contrairement à la Commission européenne¹⁴³, semble pourtant n'avoir jamais systématisé de définition de l'économie collaborative, celui-ci s'étant contenté de préciser ce qu'il convenait d'entendre par « opérateur de plateforme en ligne »¹⁴⁴.

19. Les enseignements de la jurisprudence face aux difficultés soulevées par les modes de consommation alternatifs – Les modes de consommation alternatifs ont le vent en poupe et, comme toutes pratiques se développant à la marge des cadres juridiques préexistants, ils

¹⁴¹ BOUVARD M., CARCENAC T., CHIRON J., DALLIER P., GENEST J., LALANDE B. et DE MONTGOLFIER A., *rapp. préc.*

¹⁴² *Ibid.*, p. 7. Notons que la définition donnée par ce rapport laisse un sentiment de perplexité en ne mentionnant que les contrats de vente et de « location ». En effet, celle-ci fait également référence à la possibilité « d'échanger » des services et ne mentionne pourtant à aucun moment d'autres contrats que ceux précités, ces derniers ne portant indiscutablement que sur des biens et ne permettant aucunement de faire naître une obligation mettant la réalisation d'un service à la charge de l'une des parties.

¹⁴³ La Commission européenne en a, en revanche, donné une définition : « Aux fins de la présente communication, le terme "économie collaborative" désigne des modèles économiques ou des plateformes collaboratives qui créent un marché ouvert pour l'utilisation temporaire de biens et de services souvent produits ou fournis par des personnes privées facilitent (*sic*) des activités. L'économie collaborative fait intervenir trois catégories d'acteurs : i) des prestataires de services, qui partagent des actifs, des ressources, du temps et/ou des compétences — il peut s'agir de personnes privées qui proposent des services sur une base occasionnelle ("pairs") ou des prestataires de services qui interviennent à titre professionnel ("prestataires de services professionnels"); ii) des utilisateurs de ces services ; et iii) les intermédiaires qui mettent en relation — *via* une plateforme en ligne — les prestataires et les utilisateurs et qui facilitent les transactions entre eux ("plateformes collaboratives"). Les transactions réalisées dans le cadre de l'économie collaborative n'entraînent généralement pas de transfert de propriété et peuvent avoir un caractère lucratif ou non lucratif » : COMMISSION EUROPÉENNE, *Un agenda pour l'économie collaborative*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 2 juin 2016, p. 3. Cette définition n'a toutefois pas réellement été reprise par la doctrine ou le droit positif français.

¹⁴⁴ Art. L. 111-7, I. C. conso. (issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, dite loi pour une République numérique) : « Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ».

suscitent un certain nombre de conflits. Or, puisque la jurisprudence a un rôle souvent moteur dans l'adaptation du droit aux évolutions économiques, celle-ci pouvant être amenée à connaître de questions non tranchées par le législateur, un rapide détour par les décisions rendues en la matière s'impose. À ce titre, Uber fait office de témoin privilégié puisque l'arrivée de la plateforme sur le marché du transport de personnes à titre onéreux a créé de vives altercations avec les acteurs en place. Mais ni le Conseil constitutionnel, lorsqu'il eut à connaître de l'interdiction de la « maraude électronique »¹⁴⁵, ni les juges du Tribunal de grande instance de Paris¹⁴⁶, de la Cour d'appel¹⁴⁷ puis de la Cour de cassation¹⁴⁸ statuant sur la question des pratiques commerciales trompeuses et de la concurrence déloyale d'Uber, n'ont donné d'éléments permettant de cerner avec plus de précision ce qu'il convenait d'entendre sous les termes d'économie de partage ou d'économie collaborative. La jurisprudence, qui eut également l'occasion de condamner d'autres plateformes¹⁴⁹, n'a certes pas donné de définition précise des nouveaux modes de consommation au sein desquels s'insèrent ces pratiques, mais opère malgré tout, par ses décisions, un travail nécessaire de délimitation. Et s'il n'est pas aisé de savoir ce qui, aujourd'hui, relève ou non de l'économie collaborative et à plus forte raison encore de l'économie de partage¹⁵⁰, celle-ci étant grandement délaissée au profit de celle-là, il est certain qu'une étude approfondie des différentes pratiques couramment désignées comme relevant de l'un ou de l'autre de ces secteurs permet de faire un pas de plus vers la compréhension de ces modes « alternatifs » de consommation.

¹⁴⁵ Cons. Const., Décision n° 2015-484 QPC, 22 septembre 2015, *Société UBER France SAS et autre*, BROUSSOLLE D., « Uber, taxis et covoiturage : fin de la saga ? », *JCP G* 2015, n° 45, p. 1197 ; BRETON J.-M., « Activités touristiques – Transport urbain – Uber, VTC et taxis ; entre dérégulation et réglementation », *Juris. tourisme* 2019, n°221, p. 40.

¹⁴⁶ TGI Paris, ch. correct., 16 oct. 2014, PI4084000776.

¹⁴⁷ CA Paris, pôle 4, ch. 10, 7 déc. 2015, « Uber France c/ DGCCRF, ministère public et autres ». Par cet arrêt de 2015, la Cour d'appel de Paris confirma la condamnation d'Uber France par le TGI de Paris pour le délit de pratique commerciale trompeuse. Plus récemment, la même Cour d'appel condamna Uber France pour concurrence déloyale eu égard à la maraude de ses chauffeurs sur la voie publique et au démarchage des clients sans réservation préalable : CA Paris, 12 déc. 2019, n°17/03541.

¹⁴⁸ Com. 10 janv. 2018, n°16-20615. La Cour de cassation rejeta le pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel (Paris, 5 juillet 2016) ayant caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite de la part d'Uber France et Uber BV générant des actes de concurrence déloyale.

¹⁴⁹ V. not. la condamnation de la plateforme Doctipharma, celle-ci se livrant, en qualité d'intermédiaire et non de simple support technique, à la vente de médicaments en ligne sans pouvoir justifier de la qualité de pharmacien : Com., 19 juin 2019, n°18-12292 ; *RDC* 2019, p. 29, note DANNIS-FATÔME A. ; *JCP E* 2019, p. 1483, note DOUVILLE T ; *RTD civ.* 2019, p. 848, obs. BARBIER H.

¹⁵⁰ DE SEVIN B., « Uberpop et BlaBlaCar. – Ou comment délimiter l'économie du partage », *JCP A*, I, 2015, p. 781.

2. L'absence de consensus doctrinal sur la signification des notions

20. La prédominance de l'économie collaborative sur la réflexion doctrinale – La doctrine n'est pas insensible aux bouleversements économiques et aux difficultés juridiques qu'ils suscitent. Il lui arrive ainsi régulièrement de se saisir des questions soulevées par l'émergence de nouvelles pratiques dans l'attente d'une réaction du législateur ou de la jurisprudence. L'apparition des modes de consommation se présentant comme une alternative au système économique classique ne fait ainsi nullement figure d'exception, puisqu'un nombre non négligeable d'auteurs semble s'être saisi à bras le corps des interrogations relatives à l'économie de partage et à l'économie collaborative. Néanmoins, un état des lieux approfondi des divers écrits doctrinaux impose d'établir un premier constat : si l'économie collaborative semble galvaniser la réflexion des auteurs, l'économie de partage, en revanche, est quelque peu laissée pour compte, ou tout bonnement assimilée à la première¹⁵¹. La prédominance de l'économie collaborative est manifeste et complique donc encore davantage l'appréhension de l'économie de partage.

21. Une multitude de définitions – Les difficultés ne sont toutefois pas épuisées : les définitions adossées à ces concepts sont aussi nombreuses que les auteurs s'intéressant à ces questions et varient donc, d'un article à l'autre, suivant les sensibilités de chacun. Pour MM. Leclerc, Jourdain et Millerand, trois éléments semblent définir les pratiques collaboratives. Celles-ci reposeraient sur « l'optimisation de la disponibilité de biens, d'informations et de compétences, pour les partager et en faire profiter tous les utilisateurs », « la monétisation d'un actif inutilisé, à temps plein ou partiel, ou la mise en commun de ce qui existe pour en faire bénéficier offreurs et demandeurs du service respectif » ainsi que sur des « plateformes internet »¹⁵². Il s'agirait donc de « la mise en relation numérique de demandeurs (des personnes

¹⁵¹ À titre d'illustration, Messieurs Jourdain, Leclerc et Millerand, dans un article paru à la Revue des juristes de Sciences po, utilisent l'expression « économie du partage », tout en prenant soin de la mettre entre guillemets dans un paragraphe consacré aux bouleversements économiques suscités par l'économie collaborative : JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., « Les enjeux juridiques des modèles économiques de consommation collaborative », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 108, mars 2015. L'ouvrage de ces auteurs prend toutefois soin de noter l'existence d'hésitations terminologiques et souligne les différences pouvant exister entre ces deux formes d'économie : JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre*, *op. cit.*, p. 18 et s. À l'inverse, d'aucuns considèrent la consommation collaborative comme faisant partie de l'économie du partage (« *sharing economy* »). V. not. BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un produit », *Cont. Conc. Cons.* 2015, Étude 2, spéc. n°3.

¹⁵² JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., « Les enjeux juridiques des modèles économiques de consommation collaborative », *art. préc.*

qui ont un besoin), avec des offreurs (des personnes qui proposent leurs biens ou services »¹⁵³. L'économie de partage quant à elle, serait essentiellement caractérisée par « la mise en place d'une plateforme permettant la rencontre entre l'offre et la demande, ainsi que la volonté des utilisateurs de rendre économiquement plus efficace l'exploitation des ressources existantes », ce à quoi il convient d'ajouter « l'intention des acteurs de créer du lien social »¹⁵⁴. Pour ces auteurs, l'économie collaborative et l'économie de partage paraissent particulièrement proches, la distinction se situant vraisemblablement dans l'inutilité de prendre en compte, en matière collaborative, l'intention des utilisateurs de plateformes¹⁵⁵.

Une telle présentation peut toutefois être discutée, et ne saurait ainsi être purement et simplement adoptée. Une critique préalable tient à la généralité des définitions proposées¹⁵⁶. Mais plus problématique encore est la réduction des pratiques étudiées aux plateformes internet¹⁵⁷. L'on ne peut nier qu'il s'agit effectivement d'une caractéristique courante de ces nouveaux modes de consommation. Le développement massif d'internet ouvre le champ des possibles en favorisant, notamment, la mise en relation de multiples acteurs. Pourtant, réduire l'économie collaborative et l'économie de partage aux plateformes d'intermédiation exclut de leur champ d'application certaines pratiques couramment présentées comme relevant de ce domaine. Tel serait, par exemple, le cas de certaines associations pour le maintien de l'agriculture paysanne (AMAP). En effet, bien que la mise en relation entre agriculteurs paysans et consommateurs puisse être facilitée par l'existence d'un site internet, il n'est pas rare, eu égard au public visé et à la situation géographique de certaines d'entre-elles, que celles-ci se dispensent de tout recours aux plateformes¹⁵⁸. Des pratiques anciennes comme les vide-greniers ou les jardins partagés, considérées comme faisant partie à part entière des initiatives de consommation collaborative¹⁵⁹, seraient également exclues, par nature, d'une définition fondée

¹⁵³ JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre*, op. cit., p. 17.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 22.

¹⁵⁶ Les études économiques paraissent adopter des définitions encore plus larges que celles auxquelles se rallient les juristes. V. not : ADEME, *Potentiels d'expansion de la consommation collaborative pour réduire les impacts environnementaux*, 2016, p. 6. Pour l'ADEME, la consommation collaborative est définie « comme un échange entre particuliers à des fins d'usage, d'un bien ou d'un service [...] marchand ou non, en ligne ou hors ligne, impliquant ou non un transfert de propriété ».

¹⁵⁷ De nombreuses approches ne réduisent donc pas l'économie collaborative ou l'économie de partage à l'usage d'internet. V. not. TERRASSE P., *rapp. préc.*, p. 10 et s ; ADEME, *rapp. préc.*, p. 6.

¹⁵⁸ De nombreuses AMAP n'ont aucun site internet. À titre d'illustration, citons l'AMAP du Bout des bois à Reims, l'AMAP de Schiltigheim ou encore les paniers de la Besbre à Dompierre sur Besbre qui ne peuvent être contactées que par e-mail ou téléphone. V. l'annuaire des AMAP, disponible à l'adresse suivante : <http://www.reseau-amap.org/recherche-amap.php>.

¹⁵⁹ V. not. ADEME, *rapp. préc.*, p. 12 ; DEMAILLY D. et NOVEL A. S., *rapp. préc.*, p. 14 et 19 ; TERRASSE P., *rapp. préc.*, p. 11 et 13.

sur les plateformes d'intermédiation. En outre, la distinction entre économie collaborative et économie de partage tenant simplement à une différence de motivation des acteurs paraît insuffisante, à elle-seule, pour expliquer l'existence de deux modes de consommation distincts.

D'autres définitions ont pu être proposées. Madame Bernheim-Desvaux explique ainsi que « la consommation collaborative désigne les nouveaux modes de partage, d'échange, de prêt, d'offre que les particuliers mettent en œuvre grâce au développement d'internet ». Plus précisément, elle consisterait « à tirer le plus de profit d'un bien dont on est propriétaire ou d'une compétence que l'on possède, dans un but intéressé ou dans un but désintéressé et solidaire »¹⁶⁰. Plus satisfaisante que la précédente, cette définition a pourtant ce défaut majeur de mélanger, au sein d'un même concept, des pratiques fondées pour certaines sur un but lucratif, pour d'autres sur des motivations altruistes et solidaires. L'état d'esprit des contractants est pourtant d'une importance capitale pour faire toute la lumière sur la distinction de ces deux modes de consommation, et saisir ainsi avec précision le domaine de l'économie de partage. Par où l'on voit, sans avoir besoin de démultiplier les exemples de définitions, que les différentes descriptions doctrinales de l'économie collaborative et les rares définitions de l'économie de partage ne permettent de se faire qu'une idée parcellaire de l'objet d'étude. Il devient donc nécessaire de s'essayer à l'élaboration d'une véritable délimitation.

3. L'ébauche d'une délimitation de l'économie de partage

22. Une économie de proximité fréquemment détournée de ses idéaux originel – La remise en cause de l'économie de marché traditionnelle provient notamment de la volonté des utilisateurs de se tourner vers des modèles plus respectueux de l'environnement tout en permettant aux relations humaines de réintégrer l'acte de consommation. Pour ce faire, c'est vers une économie de proximité que les regards se sont tournés : les circuits courts et la mise en relation des utilisateurs sans recours à un quelconque intermédiaire sont alors privilégiés. C'est ainsi que l'on voit apparaître des communautés d'individus se regroupant à l'échelle de quartiers ou de villages pour échanger, entre eux, des biens, services et savoir-faire, comme en témoigne la présence accrue de systèmes d'échanges locaux, d'accorderies, *etc.*

Néanmoins, le développement d'internet a entraîné un redéploiement des initiatives locales. Le numérique n'ayant aucune frontière, l'utilisation des nouvelles technologies a donné à ces modes de consommation une véritable dimension internationale. Des plateformes

¹⁶⁰ BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un produit », *art. préc.*, spéc. n°3.

d'intermédiation font ainsi leur apparition dans un système pensé, à l'origine, comme permettant une mise en relation directe et immédiate des individus. Des intermédiaires de taille ont alors émergé, à l'instar d'Airbnb ou Uber. Et grâce à une large implantation sur la scène internationale, ils ont élargi le domaine géographique des différentes pratiques. Les activités comme l'« échange » de logements notamment, ne sont plus limitées à une zone restreinte permettant une véritable mise en contact physique des différents intervenants. L'extranéité fait désormais partie intégrante de nombreuses pratiques présentées, originellement, comme fondées sur un rejet de la société de consommation traditionnelle. De fait, ce qui se voulait initialement comme un rejet, ou tout du moins, une alternative à l'économie de marché, ne se présente désormais plus que comme la réactualisation, grâce à l'utilisation des nouvelles technologies, de pratiques anciennes. L'individu mettant son logement à la disposition de voyageurs sur Airbnb ne fait rien d'autre que proposer son bien à la location pour en retirer un avantage pécuniaire. S'il existe effectivement une volonté de passer par de nouveaux canaux pour s'adresser à un public différent, ces initiatives ne rompent aucunement avec les modes de fonctionnement de l'économie capitaliste, contrairement aux idéaux originels motivant le développement d'économies « alternatives ». Les motivations « collectives » comme la volonté de consommer plus durablement, de mutualiser les biens et les services ou de créer du lien social sont alors utilisées comme une simple vitrine permettant d'attirer une large palette de consommateurs, sans que les pratiques en question ne renouvèlent véritablement l'acte de consommation.

23. La nécessité corrélatrice de distinguer l'économie de partage de l'économie collaborative – Une scission semble avoir eu lieu au sein des initiatives se présentant comme une alternative à l'économie de marché. L'économie de partage met l'accent sur des motivations que l'on pourrait qualifier de collectives, et qui matérialisent un véritable engagement au sein de la société¹⁶¹ : solidarité, partage, volonté de recréer du lien social, prise de conscience des questions écologiques, développement de modes de consommation durables et solidaires, lutte contre la surconsommation grâce à la maximisation de l'usage des biens, *etc.* Or, ces motivations ne se retrouvent que très partiellement dans les pratiques collaboratives qui paraissent, en réalité, davantage fondées sur des motivations plus individuelles, au premier rang desquelles l'on retrouve l'opportunité financière. L'économie collaborative semble donc

¹⁶¹ ADEME, *Les français et les pratiques collaboratives. Qui fait quoi ? Et pourquoi ?*, Ipsos Public Affairs, 2013, p. 10.

s'éloigner de la philosophie originelle ayant contribué à la mise en place de pratiques alternatives. Un rapport du CREDOC met ainsi en lumière la prédominance des motivations pécuniaires, seules 25% des personnes interrogées estimant que la raison d'être principales de ces nouveaux modes de consommation est de contribuer à rendre meilleure la société¹⁶². Un grand nombre de ces pratiques se professionnalisent chaque jour davantage, et il n'est alors plus question d'y voir un quelconque partage, bien que ce terme soit parfois employé pour « masquer la nature essentiellement commerciale » de ces activités¹⁶³. Il convient donc d'établir une distinction franche entre l'économie de partage, objet de la présente étude, et l'économie dite collaborative avec laquelle elle est trop souvent confondue. La seconde, bien qu'originellement apparue dans un contexte similaire à la première, n'a pas vocation à proposer une véritable alternative à l'économie de marché. Elle ne fait, en réalité, que compléter en utilisant des pratiques classiques à l'image de la vente, du bail ou de la prestation de service à titre onéreux, réactualisées grâce à l'utilisation des nouvelles technologies¹⁶⁴. Les initiatives développées dans le cadre de l'économie collaborative représentent ainsi non pas l'avènement d'un véritable système économique innovant, mais bien plus sûrement une « mutation » ou la « continuation du capitalisme par d'autres moyens »¹⁶⁵ : si la philosophie est distincte de celle que l'on retrouve au sein de l'économie de marché capitaliste, le but final des acteurs de l'économie collaborative est, en revanche, identique à celui recherché *via* les modes de consommation classiques. En d'autres termes, l'économie collaborative serait le système économique permettant la mise en relation des particuliers (pair-à-pair), généralement par le biais de plateformes internet, afin que ceux-ci procèdent à des échanges économiques de biens, services ou savoir-faire, à des tarifs plus avantageux que ceux proposés par les acteurs traditionnels et/ou

¹⁶² BIGOT R., DAUDEY E. et HOIBIAN S., *Société collaborative : l'argent d'abord, le partage aussi, rapp. préc.*, p. 1.

¹⁶³ HATZOPOULOS V., « Économie collaborative : vers un cadre de la régulation des plateformes ? », *Rép. dr. eur.*, Dalloz, 2020, n°2.

¹⁶⁴ Les consommateurs n'ont pas attendu Uber pour faire appel aux services d'un chauffeur, ni Airbnb pour louer leur logement. V. en ce sens BOREL S., MASSÉ D. et DEMAILLY D., « L'économie collaborative, entre utopie et big business », *art. préc.*, p. 9. Pour ces auteurs, les contours de l'économie collaborative demeurent flous eu égard à la grande diversité de pratiques et parce que celle-ci "s'inscrit en partie dans le prolongement d'anciennes pratiques qui n'ont rien de nouveau (les gens n'ont pas attendu Blablacar pour faire du covoiturage) ».

¹⁶⁵ BÉJA A., *art. préc.*, p. 5 et s., spéc. p. 8 ; rappr. JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., « Les enjeux juridiques des modèles économiques de consommation collaborative », *art. préc.* : « ces nouveaux modèles économiques, s'ils reposent sur une philosophie du partage, n'en sont pas moins capitalistes » ; JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre, op. cit.*, p. 10 : « l'innovation radicale » qu'est l'économie collaborative « redéfinira le capitalisme du XXIe siècle » ; TERRASSE P., *rapp. préc.*, p. 5 : « l'économie collaborative ce n'est pas l'ubérisation. La confusion tient au fait que sous la même étiquette d'économie collaborative, se sont rangés, plusieurs plateformes numériques qui, si elles renouvèlent la manière de produire ou d'échanger, continuent de s'inscrire dans des formes traditionnelles de capitalisme ».

avec une idéologie plus respectueuse des valeurs sociétales et environnementales. Mais puisqu'il s'agit essentiellement de maximiser le rendement d'un actif, de se procurer un complément de revenus ou de réaliser des économies, l'économie collaborative est avant tout une économie marchande. C'est ainsi que relèvent de ce domaine, la location de chambres chez l'habitant ou d'hébergements *via* Airbnb, les services de VTC proposés par des plateformes comme Uber, Kaptén (anciennement Chauffeur Privé) ou Heetch, la location de voitures entre particuliers par l'intermédiaire de Ouicar ou Getaround (anciennement Drivy), la location d'objets entre particuliers grâce à Zilok ou e-loue, la vente de produits au sein des associations pour le maintien de l'agriculture paysanne (AMAP), *etc.* Ces différentes initiatives laissent toutefois de côté l'ensemble des techniques permettant de réaliser une mise en commun sans être fondées sur la recherche première d'un complément de revenus ou la réalisation de bénéfices. Il paraît en effet délicat d'insérer, à côté de pratiques comme celles réalisées par l'intermédiaire d'Airbnb ou d'Uber, les échanges économiques de biens, services et savoir-faire pratiqués au sein des systèmes d'échanges locaux ou d'applications comme « Tempo », les « échanges » de logements pour partir en vacances permis par la plateforme homeexchange.fr, le *couchsurfing*, *etc.* Plusieurs éléments permettent alors d'opérer une distinction entre ces deux modèles économiques aboutissant, par là-même, à une meilleure compréhension de la nature des pratiques de partage. En effet, si l'économie de partage est généralement envisagée comme une manière de consommer fondée sur la mutualisation des biens, services et savoir-faire¹⁶⁶, cette première caractéristique est insuffisante, à elle-seule, pour expliquer les spécificités de la notion.

24. Le partage ou le rejet de l'esprit de lucre comme mobile déterminant – Les pratiques de partage ont vocation à proposer aux contractants une alternative aux modes de consommation classiques développés dans le cadre de l'économie de marché. Prenant acte des excès auxquels peut conduire la philosophie capitaliste lorsque le profit est placé au cœur de toutes les attentions, l'économie de partage fait le choix de se défaire de tout intermédiaire monétaire. Ainsi, les différentes initiatives développées dans ce cadre excluent le recours à la monnaie étatique, afin d'éviter que l'enrichissement pécuniaire personnel ne devienne un élément moteur. L'individu qui préférera demander un « coup de main » à son voisin pour réaliser quelques travaux de bricolage dans sa maison, dans le cadre d'un système d'échange local plutôt que de passer par un prestataire de services professionnel, satisfera un besoin

¹⁶⁶ DORTIER J. F., « L'économie du partage, une alternative au capitalisme ? », *Sciences humaines* 2015/1, p. 18.

personnel immédiat. Il s'engagera alors seulement à « rendre », à n'importe quel membre de sa communauté, un service en contrepartie de celui dont il a bénéficié. C'est ainsi que la collaboration et le lien social entre les différents membres priment la recherche du profit, les techniques de partage ne s'inscrivant pas directement dans un modèle de type marchand classique contrairement aux pratiques collaboratives. La solidarité et la volonté de recréer du lien social semblent alors des indices déterminants, permettant d'expliquer le recours à ces pratiques par préférence aux modes de consommation traditionnels ou à l'économie collaborative. L'exemple du *couchsurfing*, à ce titre, est éloquent. Il s'agit en effet de « partager » son hébergement (ou plus précisément une chambre d'ami ou un canapé) sans contrepartie financière, afin de tisser de nouvelles relations. De manière identique, les membres des systèmes d'échanges locaux se rendent mutuellement des services (au sens large) en « partageant » des biens, services ou savoir-faire sans contrepartie immédiate ni recherche d'un quelconque profit pécuniaire. En outre, l'individu qui rendrait disponible son logement aux membres d'une communauté comme HomeExchange n'a vraisemblablement que peu en commun avec celui qui aurait recours à Airbnb : si, dans les deux cas il s'agit de conférer la jouissance d'un appartement ou d'une maison à un voyageur, là où la mise à disposition par l'intermédiaire d'Airbnb confèrera un revenu monétaire à l'hôte¹⁶⁷, la réalisation d'une prestation similaire *via* HomeExchange autorisera simplement ce dernier à bénéficier, un jour, d'une prestation similaire.

25. La nécessité d'une certaine réciprocité – Bien que la recherche du profit pécuniaire ne soit pas compatible avec la philosophie des pratiques de partage, il convient de se garder d'assimiler les échanges économiques réalisés dans ce cadre à de simples libéralités. L'absence de contreprestation immédiate n'est que temporaire et ne signifie donc pas que les biens, services ou savoir-faire sont partagés à titre gratuit. Le terme « partage » est, en ce sens, révélateur puisqu'il implique, par lui-même, une certaine réciprocité : l'on ne peut être seul à partager. Or, en matière de partage, ce sont les biens, services et savoir-faire qui sont partagés entre tous, chacun mettant ses compétences à la disposition des autres et bénéficiant, ce faisant, des aptitudes proposées par les membres de sa communauté. En d'autres termes, l'économie de partage ne saurait fonctionner en l'absence de réciprocité. Certes, les acteurs de l'économie de

¹⁶⁷ Il s'agit donc là, *a priori*, de la motivation principale des acteurs de l'économie collaborative. Airbnb, par exemple, ne permet que très peu la création de lien social entre ces différents intervenants, nombre de bailleurs ne rencontrant en réalité jamais physiquement leurs preneurs : BOREL S., MASSÉ D. et DEMAILLY D., *art. préc.*, p. 9 et s., spéc. p. 16.

partage semblent poussés vers des pratiques innovantes en raison de la résonance qu'ont, chez eux, certains impératifs comme la volonté de se tourner vers une consommation durable, de favoriser les circuits courts au détriment des grands groupes et multinationales, ou de recréer du lien social au sein de l'acte de consommation. Pourtant, ils ne sauraient être vus comme guidés uniquement par l'altruisme et le désintéressement¹⁶⁸.

26. Une économie de partage structurée autour de communautés – Le modèle de l'économie de partage fonctionne grâce à la mise en place de communautés cimentées par la confiance des différents membres¹⁶⁹. Celle-ci est en effet fondée sur une logique horizontale prônant les échanges pair-à-pair, c'est-à-dire entre particuliers, au sein de groupes constitués à cette fin¹⁷⁰. Seule la réunion des contractants au sein d'une telle entité permet à l'économie de partage de fonctionner, puisqu'il est nécessaire que les individus soient regroupés afin que les échanges circulaires et non réciproques puissent être réalisés et que chacun obtienne, le moment venu, la contrepartie escomptée. Or, dans la mesure où prestations et contreprestations n'ont pas vocation à être réalisées en un trait de temps, et que la seconde n'interviendra bien souvent qu'après un certain laps de temps, les membres susceptibles d'être appelés à réaliser une opération doivent pouvoir être clairement identifiés, ce que permet, de fait, leur réunion au sein d'une même communauté. Dès lors, l'existence d'un certain lien de confiance entre les membres permet de cimenter le groupe et d'assurer à chacun de pouvoir bénéficier de son soutien lorsqu'il en ressentira le besoin¹⁷¹. L'économie de partage fait alors nécessairement appel à une certaine éthique : les contractants ne peuvent oublier leur appartenance à la communauté au profit d'intérêts purement personnels et pécuniaires, sous peine d'enrayer le fonctionnement des échanges circulaires.

¹⁶⁸ JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., « Les enjeux juridiques des modèles économiques de consommation collaborative », *art. préc.*, p. 108. Sur ce point, V. *infra*, n° 132 et s.

¹⁶⁹ Pour Rachel Botsman, la confiance serait le dénominateur commun à toutes les pratiques qu'elle qualifie de collaboratives mais au sein desquelles elle semble placer également ce qui relève de l'économie de partage BÉJA A., *art. préc.*, p. 5 et s., spéc. p. 6 ; BOTSCHAN R. et ROGERS R., *What's Mine Is Yours : The Rise of Collaborative Consumption*, New-York, HarperCollins, 2011.

¹⁷⁰ V. pour un constat similaire en matière d'économie collaborative (il s'agit sans doute aussi beaucoup de la raison qui explique les confusions entre ces deux modèles économiques) : ADEME, *Potentiels d'expansion de la consommation collaborative pour réduire les impacts environnementaux*, *rapp. préc.*, p. 6.

¹⁷¹ Certains voient le rapport de confiance comme renvoyant simplement à la « considération pour la personne avec laquelle on entre en relation » faisant, de fait, de ces nouveaux modes de consommation, la « généralisation de relations *intuitu personae*, c'est-à-dire des relations juridiques où la personnalité de l'autre partie est un élément essentiel » : JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre*, *op. cit.*, p. 19. Toutefois, le lien de confiance ne saurait être résumé aux seules relations interpersonnelles entre les membres et existe également, à un plus large niveau, entre individus et la communauté des membres dans son ensemble.

D. Le retard structurel du droit sur l'économie de partage

27. Le refus de faire basculer les pratiques de partage dans la sphère du non-droit –

L'économie de partage ainsi définie, en ce qu'elle ne prétend pas remplacer le système économique dominant et se propose simplement d'offrir une alternative non fondée sur les principes de l'économie de marché, devrait, selon certains, rester en dehors du droit. Et si une telle idée peut *a priori* s'imposer aux juristes comme une véritable aberration, c'est parce que l'on oublie bien souvent que dans toute société, il existe des espaces hermétiques au droit¹⁷². Ainsi, puisque le droit n'a pas vocation à s'insinuer dans les moindres recoins de la société, l'on ne sera guère étonné de découvrir, en certains domaines, des espaces rétifs à une quelconque réglementation juridique. La volonté individuelle peut donc parfois tenir le droit à distance, comme l'illustrent clairement certaines relations d'amitié¹⁷³ restant hors du domaine des « lois civiles »¹⁷⁴, comme les « politesses mondaines » et autres « engagements d'honneurs » qui ne créeraient pas de véritable obligation juridique¹⁷⁵. Ces engagements, dépourvus d'effets juridiques obligatoires appartiennent ainsi au non-droit¹⁷⁶. Partant, l'idéologie caractéristique des pratiques de partage et la volonté affichée de se placer en dehors des systèmes de consommation classiques pour favoriser l'entraide et la solidarité, interroge quant à l'intention des acteurs de se placer dans la sphère du non-droit. Certaines pratiques relevant de l'économie de partage ont ainsi été expressément exclues par des auteurs du domaine du droit. Tel fut notamment le cas des systèmes d'échanges locaux. Dans un article paru à la Revue trimestrielle de droit civil, le Professeur Libchaber vit dans le développement des SEL, « une fuite devant le droit étatique, qui confine au non-droit ». Ces systèmes créeraient, avec la bénédiction de l'État¹⁷⁷ dont la clémence ne serait plus à démontrer¹⁷⁸, une économie parallèle où la modestie

¹⁷² CARBONNIER J., « Droit et non-droit », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, p. 9 et s..

¹⁷³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁷⁴ En ce sens, V. not. DOMAT J., *Traité des lois*, par J. Rémy, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 22, n°7.

¹⁷⁵ RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. t. 2, *Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 27 et s., n°60 et s. Sur l'acceptation d'une invitation au cours d'une relation mondaine, V. PERREAU E. H., « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD civ.* 1914, p. 481.

¹⁷⁶ GHESTIN J., « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

¹⁷⁷ Pour certains, cette tolérance pourrait s'expliquer par un « relâchement idéologique » à la faveur duquel la monnaie se serait privatisée. V. BRUGUIERE J. M., « Qu'est-ce que la monnaie ? », *JCP E* 2001, p. 1905 et s., spéc. n°14 ; sur cette question, V. également CARBONNIER J., *Droit civil*. t. 3, *Les biens*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 19^{ème} éd. refondue, 2000, n°11.

¹⁷⁸ Rép. Aubert n° 94, *JOAN Q* 6 juill. 1998, p. 3751 ; Rép. Abiven n° 9015, *JOAN Q* 6 avr. 1998, p. 1967 ; Rép. Mariani n° 10085, *JOAN Q* 29 déc. 1997, p. 4893 : ces réponses ministérielles du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité tentent de démontrer que les SEL s'adaptent sans réelle difficulté aux cadres du droit civil.

des opérations réalisées associée à leur caractère occasionnel auraient pour principal effet de les dissimuler aux yeux de l'administration fiscale¹⁷⁹. À cela s'ajouterait une intervention quasi inexistante des tribunaux lors des litiges entre adhérents ou entre le SEL et ses membres, le faible montant des opérations réalisées et l'incitation du SEL lui-même à recourir à un médiateur et au dialogue¹⁸⁰, faisant échapper ces différends aux juges étatiques. L'on aurait donc tôt fait de voir, dans ces pratiques, le non-droit évoqué par le Doyen Carbonnier : « que, par-ci, par-là, des bricoleurs bricolent au noir, des vendeurs vendent sans factures, *etc.*, ce ne sont que des contraventions aux règlements - contre le droit, donc au péril du droit. Ce n'est pas le non-droit. Mais que de tels actes se multiplient et s'articulent, que les acteurs prennent conscience de participer à un système cohérent, une économie souterraine se constitue, indépendante de l'autre et du même coup, détachée du droit, qui est là-haut, à la surface. Engendré par les excès mêmes de l'intervention réglementaire, l'*underground* pourrait bien être l'espace de non-droit promis au plus bel avenir »¹⁸¹.

Mais la volonté de rejeter hors du droit les pratiques de partage au motif qu'elles n'auraient de raison d'être qu'en étant placées en marge du système économique classique et, par voie de conséquence, à la lisière du droit, est pourtant critiquable. Certes, l'idée de faire demeurer hors de portée du droit les pratiques émergentes ou, à tout le moins, que celles-ci fassent l'objet d'une réglementation particulièrement « souple », trouvera quelques défenseurs¹⁸². Néanmoins, il nous semble que le droit a, en la matière, un rôle crucial à jouer. Il ne doit pas être vu comme un obstacle aux innovations économiques, mais comme « un facteur de développement et de sécurisation »¹⁸³. Les pratiques de partage interrogent les frontières classiques de notre droit, particulièrement en matière contractuelle ; elles bouleversent nos présupposés et, puisque le droit des contrats est le « reflet des conceptions morales, économiques et sociales d'une société »¹⁸⁴, l'on ne saurait laisser graviter les

¹⁷⁹ LIBCHABER R., « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800.

¹⁸⁰ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p. 6, 18 et 19. V. également le site de l'association SEL'idaire disponible à l'adresse suivante : <http://seldefrance.communityforge.net/node/33>.

¹⁸¹ V. le Professeur Libchaber citant l'article du Doyen Carbonnier paru aux archives de philosophie du droit (« L'hypothèse du non-droit », *Arch. phil. dr.* 1963, p. 55 et s.) : LIBCHABER R., *art. préc.* ; CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*, p. 33.

¹⁸² V. not. RIPPE-LASCOUT G. et TERNISIEN V., *L'ubérisation de l'économie en France : une nouvelle arme de destruction créative massive ?*, *rapp. préc.*, p. 10 : l'étude démontre l'existence d'une réglementation à deux vitesses s'agissant des nouveaux modes de consommation. Pour ce qu'elle qualifie d'« économie collaborative "utile" et "non lucrative" » ou « co-consommation », et qui fait en réalité référence à ce que nous désignons ici par l'expression « économie du partage », la réglementation est souple et compréhensive de la part des pouvoirs publics. En revanche, pour la consommation collaborative au sens strict, la réglementation s'avère bien plus contraignante ce qui pourrait, toujours selon l'étude, « avoir des conséquences néfastes sur l'économie réelle ».

¹⁸³ JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁴ CABRILLAC R., *Droit des obligations, op. cit.*, p. 5, n°7.

techniques de partage dans les sphères du non-droit, ni les placer dans une « zone intermédiaire »¹⁸⁵. Ces pratiques font donc partie, à part entière, de l'environnement juridique contemporain.

28. L'incidence de l'économie de partage sur la complication croissante de l'environnement juridique – Peu de domaines semblent épargnés par le mouvement intestin qui parcourt le Droit et aboutit à le rendre toujours plus difficile d'accès. L'économie de partage ne fait pas figure d'exception, les relations ainsi développées témoignant de l'apparition d'un schéma contractuel complexe, issu d'un enchevêtrement gigantesque d'opérations reliant successivement les différents membres des communautés et tirant toutes leur légitimité de l'existence d'une précédente relation. Paradoxalement, les opérations de partage prises individuellement ne témoignent pas d'une véritable complexité : *Primus* bénéficiera du « coup de main » de *Secundus* pour de quelconques travaux de bricolage, puis *Tertius* fournira à *Secundus* des bocaux de confiture, lorsque *Quartus* gardera le chat de *Tertius* pendant que ce dernier est à l'étranger. La simplicité des opérations successives, en allant à l'encontre du mouvement actuel d'« affairisation » du droit des obligations dont témoigne l'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2016¹⁸⁶, tranche alors nettement avec le caractère sibyllin du résultat formé par l'entrelacs des relations de partage et les innombrables questions entraînées dans leur sillage. La nature frustrante des relations interindividuelles ne parvient pas à faire oublier les difficultés juridiques suscitées par l'émergence de ces pratiques.

29. Économie de partage et économie collaborative : des difficultés juridiques distinctes – Le schéma complexe auquel donne naissance l'économie de partage fonctionne grâce à la succession des relations contractuelles circulaires qui s'établissent, les unes à la suite des autres, entre les membres d'une même communauté. Or, ces opérations semblent soumises à un double mouvement pour le moins contradictoire. Grâce aux nouveaux moyens de communication, et tout particulièrement avec l'essor du numérique, les relations s'élargissent : les frontières deviennent plus poreuses lorsque les outils actuels permettent la multiplication des opérations. Dans le même temps, ces dernières ont pourtant tendance à se replier sur elles-mêmes : les

¹⁸⁵ Il existe, entre le droit et le non-droit, une « zone intermédiaire » qui renvoie aux situations de fait comme le concubinage, la séparation de fait des époux, le dirigeant de fait ou encore la société créée de fait. Ces hypothèses « ne sont pas des situations de droit, parce qu'elles ne respectent pas certaines conditions légales », mais « ne sont pas non plus des situations de pur fait, puisque le droit leur fait tout de même produire des effets » : LEVENEUR L., *Situations de fait et droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1990, spéc. p. 4, n°3.

¹⁸⁶ Sur la tendance de l'ordonnance de 2016 à apposer une empreinte « affairiste » au nouveau droit commun des contrats, V. MALLET-BRICOUT B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 463.

contractants cherchent à se rapprocher au sein de réseaux de taille plus modeste afin de développer du lien, les prestations proposées nécessitent une mise en relation directe des utilisateurs et la confiance est placée au centre des relations. Le contexte de l'économie de partage est donc singulier : les individus entrent en relation et contractent successivement pour obtenir et proposer des biens et services, afin que chaque membre de la communauté puisse bénéficier des richesses mises à la disposition de tous par le biais d'un catalogue. Et si le droit des contrats n'ignore pas les montages juridiques et opérations réunissant une multitude d'opérations contractuelles, l'enchevêtrement des relations formées au sein des communautés paraît malgré tout assez singulier. À bien y regarder, le juriste a affaire à une configuration totalement originale et suscitant de nombreuses interrogations.

Les questionnements soulevés en matière de partage sont toutefois bien distincts de ceux suscités par l'économie collaborative et qui règnent sans partage sur le devant de la scène médiatique. La distinction entre ces différents modes de consommation ne relève donc pas d'un débat purement sémantique. Les plateformes à l'image d'Airbnb ou Uber posent, en effet, des difficultés pratiques importantes notamment en droit de la consommation¹⁸⁷ : les utilisateurs de ces services sont-ils des consommateurs ou doivent-ils, en certaines occasions, être assimilés à des professionnels lorsque leur activité sur la plateforme prend de l'ampleur¹⁸⁸ ? *Quid* de la protection de la partie faible et des obligations d'information, de transparence et de loyauté pesant sur les opérateurs de plateforme¹⁸⁹ ? Parce qu'elles bouleversent le marché et font notamment peser, sur les acteurs traditionnels, un risque réel de concurrence déloyale, les pratiques collaboratives interrogent également le droit de la concurrence¹⁹⁰. La matière fiscale est également au cœur des débats, et il appartiendra au législateur de décider de la création d'un cadre réglementaire spécifique aux activités collaboratives ou de leur appréhension grâce aux dispositions existantes, de fixer les seuils et conditions d'imposition des revenus collaboratifs, *etc*¹⁹¹. Le droit du travail, enfin, n'évite pas les difficultés, puisque se pose notamment la

¹⁸⁷ Sur ces différentes questions, V. not. les actes du colloque organisé par l'Université Paris II Panthéon-Assas le 17 janvier 2018 : TURMO A. (dir.), *Ubérisation et économie collaborative. Évolutions récentes dans l'Union européenne et ses États membres*, coll. Colloques, Éditions Panthéon-Assas, 2020 ; V. également STORRER P., « Les premiers pas d'un "droit Airbnb" », *D.* 2016, p. 265.

¹⁸⁸ V. not. IOSCA B., « De l'inutilité de la distinction entre le professionnel et le consommateur : Enjeux de la nouvelle économie collaborative sur internet », *LPA* n° 246, 2015, p. 6.

¹⁸⁹ PÉRI M., « La régulation de l'"ubérisation" », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 144 ; ZOLYNSKI C., « Loyauté des plateformes. De la réglementation à l'inter-régulation », *Cah. dr. ent.* 2017, dossier 16.

¹⁹⁰ V. not. CHAGNY M., « Les plateformes numériques et le droit de la concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°3, mai 2017, dossier 17 ; KERJOUAN G., « La concurrence à l'épreuve de l'économie collaborative », *Lepetitjuriste.fr*, p. 15 décembre 2015.

¹⁹¹ Sur les questionnements fiscaux suscités par l'économie collaborative, V. not. BRADBURN S., « La fiscalité de l'activité collaborative », *Cah. dr. ent.* 2017, doss. 13 ; NÉMARQ-ATTIAS S., « Économie collaborative : un système

question du statut des « travailleurs des plateformes »¹⁹².

Ces interrogations n'ont toutefois que peu de prise sur le domaine participatif : le fonctionnement des communautés semble exclure l'exercice d'une quelconque activité salariée, l'absence de revenus participatifs prive d'intérêt les questionnements fiscaux lorsque les relations interindividuelles entre acteurs, dont aucun ne paraît revêtir une position dominante, sont éloignées des difficultés posées en matière de droit de la concurrence. En revanche, l'économie de partage interroge plus fondamentalement l'architecture du droit des contrats français, bien qu'en matière collaborative certaines interrogations relevant du droit des obligations puissent ponctuellement se poser¹⁹³.

30. Une étude empirique soulignant le décalage croissant entre le droit positif et la réalité pratique – Le Code civil de 1804 est avant tout un « Code bourgeois »¹⁹⁴, les rédacteurs ayant « rompu résolument avec le mythe, constaté ravageur, de la bonté naturelle de l'homme et leur incapacité à concevoir le désintéressement est bien conforme à leur conviction, explicitement répétée désormais, de l'égoïsme fondamental et des faiblesses constantes de l'âme humaine »¹⁹⁵. Les travaux préparatoires sont à cet égard éloquents, comme en témoignent les propos du ministre de la justice selon lequel « les hommes sont naturellement égoïstes [et] froids pour les affaires d'autrui »¹⁹⁶. L'individualisme libéral particulièrement présent dans l'état d'esprit du début du XIX^{ème} siècle¹⁹⁷, et retranscrit dans la lettre du Code, entre toutefois en contradiction avec les idéaux qui sous-tendent la montée en puissance de l'économie de partage. La coexistence et la complémentarité des aspirations collectives et individuelles ne

fiscal en pleine évolution », *Dr. fisc.* 2017, p. 175.

¹⁹² V. not. THIEBART P., « Quand l'économie collaborative est rattrapée par le Code du travail », *JCP E* 2015, p. 1420 ; GOMES B., « La réglementation française des plateformes numériques de travail », *Ubérisation et économie collaborative. Évolutions récentes dans l'Union européenne et ses États membres*, coll. Colloques, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 83 ; GOMES B., « Les travailleurs des plateformes sont-ils des travailleurs au sens du droit de l'Union ? “Statu quo” sous forme d'ordonnance motivée de la CJUE », *SSL* 2020, n°1097.

¹⁹³ Des plateformes comme Airbnb peuvent, en effet, donner lieu à des difficultés en matière contractuelle notamment lorsque l'utilisateur mettant son logement à disposition n'en est que locataire et non propriétaire. Sur cette question, V. not. TI Paris, 5^{ème} chambre, 6 avr. 2016, n°11-15000294, *JurisData* n°2016-010240, *RTD civ.* 2016, p. 651, note GAUTIER P.-Y. V. également les interrogations liées au flou instauré entre la phase de formation et d'exécution des contrats de transport proposés par Uber, *etc.* : SÉNÉCHAL J., « Le « courtage » des opérateurs de plateforme en ligne », *AJ Contrat* 2018, p. 8.

¹⁹⁴ BERGEMAN N., « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *Rev. Jurid. Ouest* 2010, n°4, p. 443 et s., spéc. p. 447 et 448.

¹⁹⁵ MARTIN X., « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Rev. Hist. De Dr. Français et étranger* 1982, p. 589 et s., spéc. p. 600.

¹⁹⁶ FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX., Paris, 1827, p. 272.

¹⁹⁷ Sur ce point, V. MARTIN X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *RHFD* 1982, p. 87.

s'insèrent que très imparfaitement dans les cadres érigés en 1804, créant ainsi un décalage de plus en plus pressent entre le droit positif et la réalité de la pratique contemporaine.

L'appréhension de l'économie de partage par le droit impose en effet de partir de l'observation de la réalité des pratiques qui ont cours au sein des communautés pour les confronter au droit positif des contrats. La démarche est alors empirique et non dogmatique car l'on ne saurait prendre la mesure de la réalité juridique contemporaine en partant de classifications contractuelles désincarnées¹⁹⁸. Avec le Professeur Dabin, il faut reconnaître que « le droit positif, qui n'existe pas par lui-même, *n'existe pas non plus pour lui-même*, comme une fin en soi »¹⁹⁹. S'il est important de décrire pour pouvoir prescrire, encore faut-il pouvoir faire appel à des classifications contenant des catégories juridiques adéquates. En effet, le régime juridique résultant du travail de qualification doit être adapté aux objets qu'il a vocation à régler. Or, lorsque le travail d'abstraction préalable se fonde sur des canons dépassés, son résultat donnera naissance à un rattachement artificiel et, de fait, à l'application d'un régime peu approprié. L'économie de partage ne saurait alors mieux témoigner de la nécessité, pour le juriste, de s'adonner à une démarche positiviste.

Et, afin de prendre toute la mesure de cette nouvelle réalité contractuelle, il est nécessaire d'opter pour une approche progressive : l'on ne saurait vraisemblablement saisir toute la complexité de l'économie de partage avant d'avoir étudié les relations interindividuelles qui s'établissent successivement entre les membres des communautés. Il n'est certes pas question d'occulter le contexte, et donc la présence des communautés. Toutefois, le maillage de relations contractuelles ne peut être convenablement analysé avant que les particularités de ces relations ne soient examinées : parce que ce maillage n'existe que par la superposition des différentes relations interindividuelles, c'est par ces dernières qu'il convient de commencer l'analyse.

31. Une étude strictement juridique inscrite dans la réalité pratique— La difficulté est accentuée par l'interdisciplinarité inhérente au sujet : l'objet de l'étude juridique est ici économique. En outre, le phénomène étudié ne peut se défaire de ses racines sociologiques. En effet, les nouveaux modèles économiques dont il est question sont nés, en grande partie, de réflexions et de remises en question de l'économie de marché capitaliste, et de la volonté d'intégrer, dans les circuits de consommation, des impératifs sociaux tels que le partage, la

¹⁹⁸ Rappr. VERN F., *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, préf. Ph. Jacques, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, p. 19, n°12.

¹⁹⁹ DABIN J., *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Recueil Sirey, 1935, p. 16.

solidarité, la confiance, l'aide aux personnes exclues, la préservation de l'environnement, *etc.*

Néanmoins, bien que ces aspects soient indissociablement liés à l'objet d'étude, l'ambition de ce travail reste purement juridique. Il s'agit en effet, selon une première approche, d'une tentative d'appréhension de l'économie de partage par le droit des contrats, afin de saisir l'impact de ces nouveaux modes de consommation sur le droit positif français. Au demeurant, et bien qu'il existe un lien certain entre la réflexion juridique et l'économie, une transposition pure et simple des concepts économiques au domaine juridique n'apparaît que peu opportune. Le langage de ces deux sciences sociales est différent, les méthodes sont opposées²⁰⁰, et les grilles d'analyse éloignées. Et bien que le droit ait accepté de laisser une véritable place à l'économie au sein des sciences sociales, tout en intégrant également des aspects économiques dans ses propres schémas de réflexion, comme en témoigne l'émergence du droit économique et de l'analyse économique du droit, le juriste ne peut se contenter de reprendre les définitions données par la science économique en les considérant comme des vérités universelles indiscutables²⁰¹. Partant, et malgré l'utilité des sciences sociales autres que le droit pour appréhender, en amont, l'objet de l'étude, c'est à une réflexion juridique *stricto sensu* qu'il sera nécessaire de faire appel pour résoudre les questions posées par l'économie de partage au droit des contrats.

C'est plus précisément à la stricte technique juridique que ces pages feront appel pour tenter d'éclairer les spécificités contractuelles du partage et tirer, de l'étude du droit commun et du droit spécial des contrats, appliqué à cette nouvelle économie, les enseignements adéquats quant aux insuffisances du droit positif face à la réalité pratique. Le travail entrepris ne s'inscrit donc aucunement dans une démarche utopiste dont l'ambition serait de proposer un système nouveau remplaçant le capitalisme marchand de référence²⁰². Toutefois, il faut bien admettre qu'aucun système, aussi abouti soit-il, n'est véritablement immuable. Le contexte actuel de crise économique et sanitaire illustre à merveille l'existence de réflexions continues et l'impact

²⁰⁰ Sur les différences opposant, à l'origine, le droit et l'économie, V. JAMIN Ch., *V° « Économie et droit », in Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), PUF, 2003, p. 578.

²⁰¹ À titre d'illustration, il fut écrit qu'en matière d'économie de partage, « il s'agit de créer ensemble des biens collectifs : le coût d'un trajet en covoiturage est partagé équitablement entre le chauffeur et son ou ses passagers. Les logiciels libres élaborés par ses communautés d'usage appartiennent à tous » : KRETZSCHMAR C., « Économie de partage, sociale ou collaborative : attention à la confusion », *art. préc.* L'on voit pourtant rapidement les limites d'une telle transposition dans le domaine juridique, la définition économique mélangeant aisément propriété et usage, biens communs, partage de frais, *etc.*

²⁰² Les sociologues établissent, au demeurant, un constat similaire. Jean-François Dortier estime, en ce sens, que « l'économie de partage [...] est le produit d'une économie de crise : solidaire et conviviale, elle est destinée à soigner les plaies du capitalisme, davantage qu'à le remplacer » : DORTIER J.-F., *art. préc.* Le constat est le même chez les acteurs de ces nouveaux modes de consommation : V. BÉJA A., *art. préc.*, p. 5 et s., spéc. p. 7.

des bouleversements sociologiques sur la réalité économique et, *mutatis mutandis*, sur les pratiques juridiques. Dans un tel environnement, le juriste qui s'essaye à l'étude d'un phénomène économique inédit tout en s'inscrivant dans la réalité du marché contemporain doit alors s'interroger sur la manière dont ces nouveaux mécanismes s'inscrivent dans le paysage contractuel français, et sur les évolutions juridiques qu'ils sont susceptibles de déclencher. En effet, et bien que certaines pratiques aient tendance à s'étendre sur un territoire de plus en plus vaste²⁰³, les communautés étudiées sont en quasi-totalité implantées sur le sol français. L'étude se limitera ainsi au droit français, écartant à dessein les problématiques soulevées notamment en droit international privé, dont l'économie de partage n'est pas le témoin privilégié.

32. L'ambition de réduire le décalage entre le monde des faits et l'univers juridique –

L'évolution économique et sociale dont témoigne l'économie de partage questionne le droit positif, et tout particulièrement le droit des contrats. Or, bien que ce dernier ait fait l'objet d'une réforme récente, le législateur ayant notamment tenté de faire correspondre la lettre du Code à l'évolution jurisprudentielle, il n'est pas certain que le droit commun soit suffisant pour saisir, dans son ensemble, la totalité des pratiques contractuelles en développement²⁰⁴. La tentation est grande de découvrir une qualification propre aux contrats de l'économie de partage et de créer, ainsi, un régime pensé entièrement pour tenir compte de leurs différentes particularités. Mais gardons-nous d'ouvrir cette boîte de Pandore et d'inciter à la multiplication des qualifications juridiques qui ne pourrait, à terme, que nuire à l'intelligibilité du droit positif²⁰⁵. Les contrats de partage ne sont pas la seule innovation issue de la pratique et il y a fort à parier qu'avec la complexification croissante des relations économiques, de nouvelles techniques contractuelles soient créées. Proposer alors une qualification et un régime spécifiques à l'économie de partage

²⁰³ C'est notamment l'exemple, assez isolé toutefois, de la plateforme HomeExchange présente, en 2020, dans 187 pays : V. <https://www.homeexchange.fr/p/about-us-fr>.

²⁰⁴ Pour certains, les nouvelles pratiques contractuelles issues des modes de consommation collaboratifs ou participatifs au sens large ne nécessitent aucune véritable adaptation. V. not. BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un produit », *art. préc.*, spéc. n°29 : « au terme de l'analyse de ces modes de consommation collaborative portant sur un produit, il apparaît très clairement que nombre d'hypothèses sont juridiquement envisagées dans le Code civil et ne nécessitent aucun texte nouveau. Le régime protecteur des particuliers nous semble suffisant, même s'il mérite certainement d'être mieux connu et mis en oeuvre par les parties à ces échanges collaboratifs » ; BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un service », *Cont. Conc. Cons.* 2015, Étude 3, spéc. n°23 : « ce bref panorama juridique de la consommation collaborative ou participative révèle qu'elle s'est mise en place grâce à l'utilisation de modèles contractuels préexistants, ce qui permet l'application des règles des différents contrats spéciaux concernés ».

²⁰⁵ Nous rejoignons ici les analyses de Madame Bernheim-Desvaux, celle-ci mettant en garde contre la volonté de « légiférer toujours plus, au détriment d'une lisibilité des textes accumulés et éclatés dans différents codes » : BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un produit », *art. préc.*, spéc. n°29.

ne serait qu'un pis-aller occultant en grande partie l'intérêt véritable de l'étude.

Pour appréhender les pratiques de partage, il convient donc, dans un premier temps, de s'essayer à un travail de qualification des relations interindividuelles liant successivement chaque membre des communautés, afin de prendre la mesure de la capacité du droit positif à fournir un cadre adapté. Il s'agit là de la sempiternelle interrogation des juristes qui, « tels des entomologistes, classent, distinguent, dissèquent, nomment, sérient les contrats comme d'autres épinglent les insectes. C'est une manie qui n'est pas propre aux juristes mais elle est remarquable chez eux dans la mesure où le droit est une notion aux fonctions multiples et souvent confondues de description et de normalisation [...]. Chaque contrat repéré par un juriste est aussitôt comparé, rapproché d'un modèle existant soit pour constater l'identité soit, face à une apparente nouveauté, à quelque subtil élément de différenciation, tenter de rapprocher le contrat étudié d'un autre modèle ou au contraire de l'en écarter pour découvrir une nouvelle variété »²⁰⁶. Le travail préalable de classification est essentiel puisque de son résultat dépendra le régime juridique appliqué aux contrats étudiés. Et pour que le corps de règles associé soit pertinent eu égard à l'objet qu'il ambitionne de régler, encore faut-il s'assurer de la pertinence actuelle des catégories de rattachement. Or, l'étude de ces nouveaux objets juridiques sous le prisme des outils classiques révèle rapidement les insuffisances du droit positif et la nécessité d'affiner les classifications contractuelles afin de conférer, au droit des contrats, une plasticité suffisante pour saisir, au fur et à mesure de leur apparition, les innovations nées de la pratique contractuelle (**Partie I**).

Toutefois, l'étude de l'économie de partage ne se contente pas de dévoiler le caractère trop tranché des classifications contractuelles qui sont, en l'état du droit positif, insuffisantes pour saisir les différentes réalités intermédiaires irréductibles aux schémas contractuels usuels. Une fois ce premier constat établi, il est nécessaire de poursuivre l'analyse et de constater la nécessité d'élargissement du prisme. Lorsque les relations interindividuelles ont été appréhendées à l'aune de la théorie générale du contrat, celles-ci doivent être replacées dans le contexte plus général au sein duquel elles évoluent. Ce ne sont alors plus sur elles qu'il convient de focaliser l'attention, mais plus largement sur le maillage de relations auquel leur succession donne naissance. Les communautés de partage et leurs règles de fonctionnement ont une véritable incidence et mettent en lumière l'élargissement progressif des relations contractuelles,

²⁰⁶ MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, op. cit., p. 30, n°14.

le contrat n'étant alors qu'un moyen au service de l'établissement et de la pérennité de la relation nouée entre les différents intervenants (**Partie II**).

33. Plan – Cette thèse aura alors pour objet de présenter successivement une double nécessité, pour mieux appréhender la pratique contractuelle :

Partie I : L'affinement des classifications contractuelles

Partie II : L'élargissement des relations contractuelles

PARTIE I - L’AFFINEMENT DES CLASSIFICATIONS CONTRACTUELLES

*« Mal nommer les mots
C’est ajouter du malheur au monde »
Albert Camus*

34. De la qualification à la classification – « Rien ne pourrait être prescrit si rien n’était [...] préalablement décrit »²⁰⁷. Or, c’est justement ce travail de description que l’opération de qualification se propose d’effectuer en mettant les faits en relation avec le Droit²⁰⁸.

Il s’agit alors de faire entrer l’objet étudié dans une catégorie juridique, c’est-à-dire dans un ensemble, ou, autrement dit, dans un « groupe distinctif d’éléments présentant des caractères semblables »²⁰⁹. Ce travail de subsomption des faits sous une catégorie de rattachement va permettre de déclencher l’application d’un corps de règles de droit précis²¹⁰, et spécifiquement pensé pour épouser au mieux les spécificités des objets juridiques concernés. Grâce à ce travail intellectuel de qualification, que le Professeur Jestaz qualifie de « plaque tournante du droit »²¹¹, le juriste peut atteindre un niveau d’abstraction supplémentaire. En effet, lorsque les objets étudiés obtiennent leur entrée dans telle ou telle catégorie de rattachement, il devient possible de les situer au sein d’une classification juridique, entendue ici comme une division binaire opposant deux catégories juridiques, soit en raison de l’absence (ou de la présence) d’un élément particulier, soit en fonction de caractéristiques intrinsèques opposées²¹².

²⁰⁷ CAYLA O., « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits* 1994, t. 18, p. 3.

²⁰⁸ WACHSMANN P., *V°* « Qualification », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1277 et s. Le Professeur Xavier Henri décrit la qualification comme la « tâche quotidienne de tous les juristes [qui] consiste à déterminer la nature d’un "phénomène concret" au regard des catégories juridiques existantes » : HENRI X., *La technique des qualifications contractuelles*, Th. Nancy, 1992, p. 3, n°1.

²⁰⁹ CORNU G. (dir.), *V°* « Catégorie », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 151.

²¹⁰ CORNU G. (dir.), *V°* « Qualification », *op. cit.*, p. 829 ; DROSS W., « L’identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012, p. 2229 et s., spéc. p. 2233 : « l’opération de qualification permet de faire rentrer une situation de fait dans une catégorie juridique, laquelle n’a d’intérêt que parce qu’elle renvoie à un régime juridique précis ».

²¹¹ JESTAZ Ph., « La qualification en droit civil », *Droits* 1994, t. 18, p. 52.

²¹² BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, p. 244.

35. L'importance du travail d'abstraction – Une fois les objets qualifiés et inscrits à la place qui est la leur au sein des différentes classifications juridiques, le juriste est en mesure de déterminer le corps de règles applicable. La qualification est alors un préalable nécessaire à tout raisonnement juridique, et permet de justifier, en droit, la solution découlant de l'application des règles désignées suite à cette opération. Ainsi, comme l'exprime simplement le Professeur Jestaz, « dans tous les cas sans exception, la qualification fonde la solution en droit »²¹³. Partant, il convient d'étudier attentivement chaque objet juridique afin de déterminer la qualification la plus adéquate. Cette qualification permettra alors de ranger l'objet au sein d'une classification et, de fait, d'indiquer le régime juridique inhérent à la catégorie de rattachement désignée pour recevoir ledit objet. Nous l'aurons compris, il s'agit là d'une activité primordiale pour l'ensemble des juristes, quel que soit leur domaine de compétences ou la nature de leur activité.

36. L'absence de véritable réflexion sur le bien-fondé des classifications – Certes, ce travail de qualification et de classifications est d'une importance considérable s'agissant de la détermination du régime juridique afférent à l'objet étudié. Toutefois, cela ne doit pas empêcher de s'interroger, en amont, sur le bien-fondé des classifications, puisque l'application de tel corps de règles de droit dépendra d'un choix opéré par l'interprète. Il convient donc de faire preuve d'une grande précaution dans l'observation des objets, afin d'éviter tout rattachement artificiel à une catégorie juridique qui déboucherait, *de facto*, sur une application malheureuse de règles de droit inadaptées²¹⁴.

Or, selon les mots du Professeur Eisenmann, « les juristes croient en général que les classifications leur seraient données au départ, qu'elles seraient préétablies, avec les qualifications et avec les classements corrélatifs ou tout au moins avec une partie importante d'entre eux »²¹⁵. Rien de particulièrement étonnant alors à ce que les réflexions de fond soient, à ce jour, trop peu nombreuses²¹⁶ : « comme il faut bien classer les choses et créer un ordre,

²¹³ JESTAZ Ph., « La qualification en droit civil », *Droits* 1994, t. 18, p. 47.

²¹⁴ V. toutefois les travaux récents d'une auteure s'interrogeant sur l'élaboration des catégories juridiques en droit des biens et questionnant le bien-fondé de l'approche classique du travail de classification : VERN F., *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, préf. Ph. Jacques, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, p. 10 et s., spéc. n°7 et s.

²¹⁵ EISENMANN Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridiques », *Arch. phil. dr.* 1966, p. 31.

²¹⁶ V. en ce sens : MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, coll. Textes à l'appui, F. Maspero., 1976, p. 159 et s. L'auteur déplore que les classifications soient envisagées comme des « données » du système juridique alors même qu'il s'agit, selon lui, de l'archétype du « construit » : les classifications seraient « un ordre imposé aux choses, un ordre permettant de maîtriser intellectuellement le réel à la fois mouvant et chaotique ».

autant reprendre celui qui a cours depuis longtemps : le vieil argument de l'autorité née de la pratique, le "commode" élevé au rang de théorie ! »²¹⁷. Il semble dès lors nécessaire d'engager une réflexion sur la pertinence actuelle des catégories de rattachement et des classifications, non pas seulement de manière théorique, mais également d'un point de vue pragmatique, afin d'éprouver l'adaptation des classifications du droit positif aux pratiques nées des évolutions de nos sociétés contemporaines, et de réduire ainsi le décalage entre le monde des faits et le monde juridique.

37. La nécessité de repenser les classifications – L'on peut toutefois s'interroger sur la manière de se prémunir contre les rattachements hasardeux voire, parfois, purement artificiels. Un tel questionnement est nécessaire afin de se préserver de la situation dans laquelle l'observateur s'acharne à faire entrer un objet donné dans telle catégorie propre à une classification particulière, sans même s'interroger sur le bien-fondé de ces dernières. Comment éviter un tel écueil lorsque l'on a tendance à considérer les classifications comme absolues et intangibles en oubliant qu'elles ont vocation à s'appliquer à des situations réelles, concrètes qui, par nature, sont en mouvement constant²¹⁸ ? Il paraît quelque peu contradictoire de vouloir préserver une sacro-sainte vision de nos classifications, héritées de plusieurs siècles de tradition juridique et qui, fortes de leurs antiques origines, ne pourraient souffrir d'aucune remise en question, alors même que les objets qu'elles accueillent sont, au contraire, en perpétuelle évolution. Ainsi, et de manière relativement paradoxale, les classifications juridiques paraissent quasiment figées dans un monde où les réalités pratiques sont en constante mutation. En réalité, il importe de ne pas conférer aux classifications la valeur d'une « vérité absolue »²¹⁹. En revanche, rien ne s'oppose à l'existence d'une « vérité relative » qui pourra alors s'apprécier au regard d'une cohérence d'ensemble²²⁰.

Afin de tenir compte des évolutions de la société et pour adapter le Droit aux réalités concrètes, les catégories juridiques doivent être flexibles : c'est grâce à cette « plasticité » que l'ordonnement juridique est en mesure de s'adapter aux nouvelles réalités²²¹. En effet, les catégories doivent être capables d'intégrer, en leur sein, de nouvelles situations juridiques, qu'il s'agisse de rapports juridiques nouveaux, de biens innovants, de techniques jusque-là inédites.

²¹⁷ MIALLE M., *op. cit.*, p. 159 et 160.

²¹⁸ Rappr. VERN F., *th. préc.*, p. 11, n°7.

²¹⁹ JESTAZ Ph., *art. préc.*, p. 46.

²²⁰ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 47.

²²¹ *Ibid.*, p. 242.

Toutefois, si cette absorption peut se réaliser en passant par le biais des institutions de droit positif, cela ne peut se faire qu'au prix de certaines modifications ou corrections²²².

Soulignons dès à présent l'impact de ce travail de réflexion sur les classifications juridiques. Repenser les catégories de rattachement fait inévitablement évoluer et modifie en profondeur les classifications : le contenant ne peut être imperméable aux modifications du contenu. En corrigeant les termes de la division, c'est la division elle-même que l'on remanie.

38. Les moyens pour parvenir à un affinement des classifications – Deux voies s'offrent alors à celui qui s'essaie à un tel travail. Il est possible d'affiner les classifications en modifiant les critères de rattachement des catégories, afin de tenir compte des éléments caractéristiques intrinsèques aux situations juridiques nouvelles. Ainsi, face à des classifications binaires, à des distinctions bipartites, il conviendrait, selon le Professeur Bergel, de ne pas envisager les deux termes de la distinction comme des catégories fermées. Comme l'explique celui-ci, « parmi les deux catégories antithétiques correspondant à une distinction, il faut qu'il y en ait une au moins qui soit assez ouverte pour pouvoir accueillir de nouvelles entités ou de nouvelles notions : *il faut que, dans chaque classification, si l'une des catégories est limitative, l'autre soit résiduelle* »²²³. Toutefois, il peut également arriver que la classification, et les catégories qu'elle contient, ne soit plus en mesure d'absorber ces nouvelles situations : « la prolifération et l'hétérogénéité des situations nouvelles résistent parfois au classement de celles-ci dans les catégories existantes »²²⁴. Dans ce deuxième cas de figure, il faut transformer de manière beaucoup plus radicale les classifications, ce qui pourrait, potentiellement, aboutir à la création de catégories *ad hoc*.

39. Les classifications contractuelles repensées à l'aune des techniques de partage – Comme nous avons eu l'occasion de l'évoquer précédemment²²⁵, les techniques de partage des biens, des services ou des connaissances se développent actuellement à une vitesse considérable et le juriste qui aspire à les appréhender doit avant tout les saisir. Cette « maîtrise de l'homme sur le réel » passe alors par « une double opération de mise en ordre et de nommage. Il s'agit de faire entrer la réalité dans des catégories prédéterminées auxquelles on aura donné un nom »²²⁶. Or, l'ensemble de ces pratiques se caractérise par ce que l'on appelle aujourd'hui un

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*, p. 243.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ V. *supra*, n°11.

²²⁶ DROSS W., *art. préc.* p. 2233.

caractère « disruptif ». Pour le dire simplement, ces nouveaux modes de consommation s'inscrivent dans une logique qui rompt avec celle de la société de consommation « classique ». Plus précisément, c'est sur deux points de tension particuliers qu'il conviendra de se focaliser, ceux-ci polarisant la majeure partie des difficultés soulevées par le travail de qualification des relations interindividuelles entre les contractants du partage. L'on a alors affaire à des rapports juridiques originaux et qui ne semblent s'insérer que très difficilement, et au prix de beaucoup d'artifices, au sein des classifications contractuelles que sont, d'une part, la distinction entre les caractères gratuit et onéreux et, d'autre part, celle opposant les contrats synallagmatiques et unilatéraux. C'est alors en gardant à l'esprit les différentes manières d'affiner les classifications juridiques que nous tenterons d'étudier l'adaptation de ces deux distinctions aux techniques de partage. En effet, au regard des interrogations nouvelles que soulèvent ces pratiques, il importe de se demander si les classifications contractuelles précitées sont en mesure de prendre en compte, de manière satisfaisante, les situations juridiques innovantes qui en découlent. L'objectif d'une telle réflexion n'est pas uniquement d'ordre intellectuel : l'enjeu est considérable car il importe de définir avec précision les règles de droit applicables à ces situations puisque, comme d'autres, les techniques de partage peuvent être à l'origine de litiges.

C'est pour répondre à ces interrogations qu'il sera nécessaire de s'intéresser à l'application de la distinction entre les caractères gratuit et onéreux aux techniques de partage. Cela s'explique dans la mesure où ces dernières revendiquent un fonctionnement pensé en opposition aux pratiques capitalistes, avec une primauté accordée aux échanges humains et aux relations interindividuelles de proximité. Ces pratiques développent des « monnaies » alternatives, multiplient les échanges économiques en s'affranchissant de la monnaie étatique et ne font pas du profit un élément déterminant de leurs relations contractuelles (**Titre 1**).

Mais la réflexion serait superficielle si elle se réduisait à cette seule classification. En effet, et de manière consubstantielle, la classification opposant les contrats unilatéraux aux contrats synallagmatiques se trouve elle aussi bouleversée. On assiste notamment à une multiplication de relations que l'on pourrait qualifier, de prime abord, d'unilatérales, lorsque seule l'une des parties offre des biens ou des services. Toutefois, ces rapports contractuels n'ont réellement de sens qu'une fois replacés dans le contexte plus général de la communauté au sein desquels ils se développent et qui, en liant et en rendant interdépendantes l'ensemble des relations contractuelles, imposent de réfléchir à la notion même de contrat synallagmatique (**Titre 2**).

TITRE 1 : REPENSER LA DISTINCTION DES CARACTERES GRATUIT ET ONEREUX

40. L'opposition classique entre gratuité et onérosité dans le Code civil – L'on oppose classiquement les contrats conclus à titre gratuit aux contrats à titre onéreux. Pourtant, cette distinction ne paraît pas remonter au droit romain²²⁷, et serait de construction plus récente puisqu'apparue pour la première fois sous la plume de Domat et Pothier²²⁸. Ainsi, à partir de 1804, le Code civil a établi une distinction entre les contrats conclus à titre onéreux, définis à l'article 1106 (anc.) comme ceux « assujetti[ssant] chacune des parties à donner ou à faire quelque chose », et ceux qu'il a désignés sous l'appellation de « contrats de bienfaisance ». Ces derniers sont définis par l'article 1105 (anc.) du même code comme ceux « dans le[s]quel[s] l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ». Au-delà du débat sur la question de savoir si les définitions ont leur place au sein du Code civil, qui a vivement opposé les rédacteurs du Code en 1804²²⁹, ces définitions ont très largement prêté le flanc à la critique²³⁰. Cela s'explique notamment en raison de leur obscurité, de la difficulté à en saisir le sens et la portée dans la mesure où les termes employés, jugés comme « peu adéquats » par le Doyen Carbonnier²³¹, paraissaient relever davantage de la lapalissade que de la définition juridique²³².

²²⁷ BOITARD M., *Les contrats de services gratuits*, Th. Paris, 1941, p. 9 et 10.

²²⁸ *Ibid.*, p. 41 et s.

²²⁹ Pour un aperçu des critiques estimant que les définitions n'avaient pas leur place au sein du Code civil, V. FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, 1827, p. 262 et 263. Au contraire, Bigot-Prémeneu estimait, quant à lui, qu'il était « nécessaire [de] placer à la tête de ce titre [la division des articles 1105 et 1106 du Code civil] pour faire connaître que le Code rejette ou regarde comme inutiles toutes les autres distinctions ou divisions ». En ce sens V. BIGOT-PRÉAMENEU, « Exposé des motifs », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1826, p. 222 ; Plus récemment, V. RAY J., *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Th. Paris, 1926, p. 219 : « puisqu'on rédige un Code qui doit se suffire, on ne peut se dispenser de définir ».

²³⁰ CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 117, n°125 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 116 à 119, n°101 ; MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., et CHABAS F., *Leçons de droit civil, t. II, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 91, n°100 ; DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 70 ; CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue, 2000, p. 51, n°15.

²³¹ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 51.

²³² En ce sens, Jean Champeaux, dans sa thèse de doctorat, estimait que la définition de l'article 1105 était « tautologique » et revenait à dire « est gratuit ce qui est gratuit » : CHAMPEAUX J., *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931, p. 1, n°I.

Désormais, et ce depuis l'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 10 février 2016, le Code civil regroupe les définitions de ces deux contrats dans une disposition liminaire. En effet, l'article 1107 alinéa 1^{er} explique que le contrat est conclu à titre onéreux « lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de ce qu'elle procure », tandis que le second alinéa indique que le contrat est en revanche conclu à titre gratuit « lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ». Précisons dès à présent que la catégorie des contrats conclus à titre gratuit englobe les libéralités, lorsque l'acte porte sur le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre, et les « contrats désintéressés » lorsqu'un service est rendu gratuitement²³³. À ce titre, Josserand eut l'occasion de dénoncer le mouvement qui consiste à « ram[ener] instinctivement le titre gratuit au concept de la donation, alors que celle-ci ne représente qu'une des catégories juridiques ressortissant à celui-là »²³⁴.

41. Tentative d'appréhension générale des notions de gratuité et d'onérosité – Il conviendra de revenir plus avant sur l'interrogation consistant à savoir où placer le curseur entre les contrats conclus à titre gratuit et ceux conclus à titre onéreux puisque, comme nous le verrons tout au long de ce premier titre, les techniques de partage interrogent la frontière entre les deux catégories de cette classification²³⁵. Néanmoins, avant d'entamer une telle réflexion, il est important de savoir ce que les auteurs entendent, de manière générale, lorsqu'ils évoquent les notions de gratuité et d'onérosité. Il importe, avant toute chose, d'expliquer qu'il n'existe pas réellement de définition unanime de la doctrine sur ce qui serait gratuit²³⁶, cette catégorie étant visiblement celle sur laquelle se concentrent le plus grand nombre d'interrogations et d'oppositions.

Les définitions de la gratuité sont quasiment aussi nombreuses que les auteurs s'essayant à l'exercice, bien que, schématiquement, l'on puisse mettre au jour trois visions de cette notion. Pour certains²³⁷, c'est le résultat patrimonial de l'acte qui doit guider la qualification. Ainsi, lorsqu'une charge est stipulée, et que le bénéfice de cette dernière revient au donateur, l'acte ne pourra, malgré la qualification donnée par les parties, être considéré comme une donation, car

²³³ BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 306, n°940 ; MALAURIE Ph. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, coll. Droit civil, LGDJ, 9^{ème} éd., 2020, p. 186, n°224.

²³⁴ JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Dalloz, p. 257.

²³⁵ V. *infra*, n°44 et s.

²³⁶ En ce sens, S. Bénils parle d'une « définition controversée » : BÉNILSI S., *Essai sur la gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006, p. 4.

²³⁷ PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, p. 37 et s ; PLANIOL M., note sous CA Nîmes, *Davic c/ Commune de Vaison*, 22 janv. 1890 », *D.* 1891. 2. 113.

celui qui se dépouille ne le fait pas sans contrepartie : il bénéficie de l'exécution du fait promis et accompli dans son intérêt. Dans ce cas de figure, « la prétendue libéralité n'est au fond que le salaire du fait ou du travail exigé par le donateur »²³⁸, ce qui fait alors obstacle à la qualification d'acte à titre gratuit. En revanche, lorsqu'aucune réciprocité ne pourra être caractérisée, et que l'une des parties exécutera une prestation sans recevoir de contreprestation en retour, l'acte devra être considéré comme conclu à titre gratuit.

Pour d'autres, ce sont les mobiles des contractants qui doivent être déterminants dans l'opération de qualification, l'acte étant à titre gratuit lorsque l'on peut déceler une intention libérale, des motivations altruistes. À l'inverse, il devra être considéré comme étant conclu à titre onéreux lorsque les mobiles sont intéressés²³⁹. Il existe, enfin, une troisième voie qui combine les éléments des deux définitions précédentes. C'est vraisemblablement cette approche qui paraît l'emporter au sein de la doctrine du XX^{ème} siècle. Il faudrait alors associer l'aspect économique et les mobiles des contractants pour déterminer la qualification de l'acte²⁴⁰. La lecture des différentes définitions proposées par les auteurs semble ainsi témoigner de la nécessité d'une approche à la fois objective et subjective²⁴¹. À ce titre, le Professeur Dupeyroux, dans sa thèse de doctorat, estime qu'« 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 »²⁴². Le *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, quant à lui, définit l'acte à titre gratuit comme l'« acte juridique par lequel une personne fournit sans contrepartie un avantage à une autre dans l'intention de lui rendre service [...] ou dans une intention libérale »²⁴³.

Toutefois, le débat reste ouvert sur le terrain plus précis du contrat conclu à titre gratuit. Dans une première approche, le contrat serait à titre gratuit lorsque le créancier ne rémunère pas le débiteur²⁴⁴, le résultat patrimonial de l'acte étant alors le critère déterminant. Il semble que cette première approche remporte les faveurs d'une part importante de la doctrine. À titre

²³⁸ PLANIOL, *art. préc.*, spéc. p. 114, n°2.

²³⁹ JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 254 et 293.

²⁴⁰ MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, *op. cit.*, p. 100.

²⁴¹ À ce titre, Jean Valloir, dans sa thèse de doctorat, définit la gratuité à l'aide de deux éléments : l'un « matériel », l'autre « psychologique » : VALLOIR J., *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, Th. Rennes, 1919, p. 32.

²⁴² DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, p. 160.

²⁴³ CORNU G. (dir.), *V° « Gratuité »*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 494.

²⁴⁴ BOITARD M., *th. préc.*, p. 167.

d'exemple, pour les Professeurs Larroumet et Bros, « le contrat à titre gratuit est un contrat en vertu duquel le débiteur s'engage envers le créancier sans espérer d'avantage en retour ». Tel est alors le cas de la donation dans laquelle le donateur se dépouille, au profit du donataire, « sans que celui-ci ne procure rien en échange »²⁴⁵. D'autres estiment, au contraire, qu'il importe de prendre en compte un élément subjectif, au-delà du seul critère économique, afin de déterminer si le contrat est conclu à titre gratuit ou onéreux²⁴⁶. Le Doyen Carbonnier considérait ainsi que le contrat conclu à titre gratuit, notion qu'il estimait être plus large que celle de contrat de bienfaisance, « est celui où l'un des contractants *entend* procurer à l'autre un avantage sans contrepartie ». Il précise immédiatement qu'il faut une « intention libérale, hors laquelle il peut y avoir enrichissement sans cause ou lésion, mais non contrat à titre gratuit »²⁴⁷. Par opposition, le contrat conclu à titre onéreux serait alors « celui où chacune des parties n'entend faire une prestation qu'en échange d'une contreprestation, n'entend donner qu'à condition de recevoir »²⁴⁸. Cependant, et c'est sur ce point que la question se complique, certains proposent de considérer que le contrat est conclu à titre gratuit en l'absence d'équivalence entre les prestations²⁴⁹. Ainsi, le débiteur pourrait, selon cette approche, être rémunéré par le créancier sans que cela empêche l'acte de tomber dans la catégorie des contrats conclus à titre gratuit.

42. L'importance de la classification des caractères gratuits et onéreux – Se demander si un contrat est conclu à titre gratuit ou onéreux n'est pas un pur exercice de style. En effet, cette distinction, qualifiée par Josserand de « clef de voûte de notre droit »²⁵⁰, emporte avec elle un certain nombre de conséquences. Ce sont tout d'abord les règles de preuve des caractères gratuit et onéreux qui diffèrent, puisqu'en principe c'est « à celui qui se prévaut d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale »²⁵¹. Au-delà de la qualification de l'acte²⁵², il faut ensuite noter que les conditions de formation des contrats conclus à titre gratuit sont plus exigeantes. À titre d'exemple, l'article 931 du Code civil exige, à peine de nullité, un acte

²⁴⁵ LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 141, n°173.

²⁴⁶ En ce sens, Suzie Bradburn, dans sa thèse de doctorat estime que « l'absence de contrepartie ne suffit pas à caractériser la gratuité du contrat. Il faut aussi qu'existe indépendamment une intention libérale ou animus donandi : c'est la volonté de gratifier le cocontractant » : BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 72.

²⁴⁷ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 51 et 52, n°15.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 51, n°15.

²⁴⁹ GRUA F., *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, p. 31, n°14.

²⁵⁰ JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 315, n°254.

²⁵¹ Civ. 3^{ème}, 31 mai 1989, n°88-11524, *Bull. civ. III*, n°126, *RTD civ.* 1990, p. 69, obs. MESTRE J.

²⁵² BÉNILSI S., *Essai sur la gratuité en droit privé*, *op. cit.*, p. 13, n°24.

notarié pour la donation²⁵³. Cette classification a, de plus, un effet sur les vices du consentement, appréciés de manière plus rigoureuse lorsqu'ils affectent un acte conclu à titre gratuit²⁵⁴, mais également sur la responsabilité des contractants, dans la mesure où celui qui agit à titre gratuit verra sa responsabilité appréciée avec une plus grande souplesse que celui qui contracte à titre onéreux²⁵⁵. À ce titre, le Doyen Carbonnier explique que « celui qui reçoit un avantage ou un service gratuit ne peut se montrer aussi exigeant que s'il l'avait payé »²⁵⁶. En outre, la considération de la personne du contractant est plus importante dans les contrats conclus à titre gratuit puisqu'il est communément admis que l'*intuitus personae* est inhérent à ce type d'actes²⁵⁷. Enfin, bien que la liste ne soit pas exhaustive, notons que les règles diffèrent également en matière fiscale, selon que l'acte est à titre gratuit ou onéreux²⁵⁸.

43. La classification traditionnelle à l'épreuve des techniques de partage – Ainsi, il paraît fondamental de savoir, pour chaque contrat, dans quel terme de la classification celui-ci se situe, afin de déterminer le régime juridique le plus adapté. Toutefois, si pour la quasi-totalité des pratiques contractuelles « types » comme la vente, l'échange, le prêt, le bail, la donation, *etc.*, la qualification ne pose pas de difficulté, il en va différemment des relations tissées entre les membres des communautés. En effet, il est parfois malaisé de savoir où placer le curseur entre ce qui doit relever de la catégorie des actes à titre gratuit et celle des actes à titre onéreux. Il est alors possible de rechercher, comme nous y invite Monsieur Valloir, la catégorie la plus proche de l'acte et lui appliquer son régime, quand bien même l'acte en question ne serait pas totalement conclu à titre gratuit ou onéreux : « sans doute on reconnaît que tous ces actes ne sont pas en eux-mêmes à titre gratuit ou à titre onéreux, mais ceux qui ne rentrent pas dans l'une ou l'autre catégories sont du moins en relation plus ou moins étroite avec un acte à titre gratuit ou à titre onéreux, et on leur étend le caractère de l'acte avec lequel ils sont en relation »²⁵⁹.

²⁵³ STARCK B., ROLAND H., et BOYER L., *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 38, n°112.

²⁵⁴ VALLOIR J., *th. préc.*, p. 16. V. not. s'agissant de l'erreur, Civ. 3^{ème}, 14 mai 1985, *Défrénois* 1985, p. 1438, n°109, note AUBERT J.-L. .

²⁵⁵ MALINVAUD P., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 78, n°81 ; VALLOIR J., *th. préc.*, p. 16. Pour une illustration en matière de mandat à titre gratuit, V. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n°98-17752 : « la responsabilité est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit », *Cont. Conc. Cons.* 2000, comm. 156, note LEVENEUR L. V. plus spécifiquement l'article 1999 alinéa 2 du Code civil.

²⁵⁶ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 52, n°15.

²⁵⁷ PETIT B. et ROUXEL S., *V° « Art. 1105 à 1111-1 »*, *J.-Cl. Civil Code*, fasc. unique : *Contrat. – Classification des contrats*, 2016 (actualisation : août 2019), n°93 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 119, n°102.

²⁵⁸ PETIT B. et ROUXEL S., « Art. 1105 à 1111-1 », *J.-Cl. Civil Code préc.*, n°94.

²⁵⁹ VALLOIR J., *th. préc.*, p. 29.

Il est toutefois légitime de se demander si cette démarche, qui revient à forcer les qualifications juridiques, est suffisante pour appréhender de manière satisfaisante les techniques de partage. En effet, réduire ainsi le raisonnement revient à occulter un aspect plus essentiel mis en lumière par l'économie de partage : l'insuffisance de la classification actuelle distinguant les caractères gratuit et onéreux. En réalité, au-delà de la seule question de la qualification des actes issus de l'économie de partage, c'est une question plus fondamentale qui finit par se poser. L'étude de ces différentes techniques interroge sur la définition même des deux catégories de cette classification, sur ce qu'il convient d'y intégrer et sur la manière de les appréhender. Les critères de qualification usuels sont-ils suffisants ? Ceux-ci reflètent-ils correctement la réalité des pratiques contractuelles quotidiennes qui connaissent, aujourd'hui, une diversification particulièrement importante ? Appréhende-t-on, finalement, de manière satisfaisante, ce qui s'insère dans la catégorie des contrats conclus à titre gratuit ou n'a-t-on pas tendance à s'en tenir à nos méthodes de qualification habituelles sans s'attarder sur les spécificités des actes que l'on essaie de saisir ? Ainsi, la réflexion menée à partir d'exemples concrets de l'économie de partage et, plus précisément, eu égard aux relations interindividuelles établies à l'intérieur des communautés, nous conduira à affiner la distinction des caractères gratuit et onéreux. Plus précisément, ce sont les deux éléments permettant d'aboutir à la qualification, à savoir le critère matériel (**chapitre 1**) et le critère subjectif (**chapitre 2**), qui seront étudiés afin d'être adaptés, du mieux possible, à la diversité de la réalité contractuelle que mettent actuellement en lumière les techniques de partage.

CHAPITRE 1. LE CRITÈRE MATÉRIEL : LA RÉMUNÉRATION

44. La présence d'une rémunération : preuve classique du caractère onéreux – De manière relativement classique, l'on estime qu'un contrat est conclu à titre onéreux lorsque le débiteur fournit au créancier une rémunération : il s'agit là du premier critère, dit matériel, retenu pour qualifier l'onérosité ou la gratuité d'un contrat²⁶⁰. Autrement dit, la présence d'une contrepartie est, si ce n'est toujours, au moins dans une immense majorité des situations, la preuve de la nature onéreuse de l'acte. En effet, quoi de plus évident que le caractère onéreux de la vente par exemple, l'un recevant un bien lorsque l'autre s'enrichit d'une somme d'argent correspondant à la valeur du bien vendu ? À l'inverse, l'absence de contrepartie permet de mettre en lumière la gratuité de l'opération. Autrement dit, le créancier rémunéré n'agit pas à titre gratuit. Or, s'il relève du sens commun que, de manière générale, la personne qui reçoit une contrepartie à sa propre prestation agit dans le cadre d'un rapport à titre onéreux, cette première affirmation nécessite tout de même d'être étudiée au regard des pratiques qui ont cours entre les membres des communautés de partage.

45. L'insuffisance des critères de la classification traditionnelle opposant les contrats conclus à titre gratuit et onéreux – Le constat n'est pas aussi simple lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère gratuit ou onéreux d'un échange, au sens économique du terme, ayant lieu au sein d'une communauté d'individus réunis pour mutualiser les connaissances et savoir-faire, ainsi que les différents biens dont chacun dispose et ce, non seulement dans un intérêt personnel, mais plus largement dans l'intérêt même de la communauté. Certes, au sein de ces échanges, le créancier est parfois rémunéré. Toutefois, cette rémunération n'est pas la cause impulsive et déterminante de son engagement, puisqu'il se peut qu'aucune contrepartie ne soit fournie sans que cela affecte son engagement. On le voit, les clefs de lecture traditionnelles pour classer les contrats dans l'un des termes de la classification opposant la gratuité à l'onérosité, se montrent insuffisantes et insatisfaisantes lorsque l'on tente de se saisir de cette nouvelle réalité contractuelle. En effet, cette dernière bouleverse notre vision de ce qui relève de l'une ou l'autre des catégories de contrats conclus à titre gratuit ou onéreux, dans la mesure où la philosophie qui sous-tend ces pratiques s'oppose de manière assez forte à l'économie de marché capitaliste

²⁶⁰ V. not. Com. 16 déc. 2014, n°13-25765, *Bull. civ.* IV, n°159, *JCP E* 2015, p. 1051, note BRIGNON B. Dans cet arrêt, la Cour de cassation affirme clairement que « l'acte comportant une contrepartie ne pouvait être qualifié d'acte à titre gratuit ».

classique des deux derniers siècles, et influe, de fait, sur la manière dont les contractants entrent en relation. Ces rapports contractuels renouvelés, repensés à l'aune de nouveaux idéaux, ne peuvent être appréhendés comme l'étaient, jusqu'alors, les contrats tels que la vente, l'échange, le bail, le prêt, le contrat d'entreprise ou encore le mandat, puisqu'ils sont intrinsèquement pensés sur un modèle différent.

46. La nécessité de concevoir différemment l'existence de la contrepartie – Toutefois, en matière de partage, un postulat de départ semble aisément se dégager : les contrats de l'économie du même nom seraient conclus à titre gratuit. Une telle prise de position liminaire s'explique assez facilement par la physionomie des contrats étudiés : au sein des communautés, les individus concluent une multitude de contrats grâce auxquels une partie recevra d'une autre un bien ou bénéficiera de l'exécution d'un service, sans pour autant rémunérer directement son contractant. Cependant, l'observation de ces pratiques nous enseignera que l'usage du critère matériel qu'est la contrepartie, tel qu'il est appréhendé aujourd'hui en droit positif, ne fonctionne qu'imparfaitement lorsqu'il s'agit de saisir les relations contractuelles entre les membres des communautés. L'analyse révélera ainsi le caractère insuffisant de cette première approche puisqu'en réalité, celui qui se dépouille pourra tout de même recevoir, *in fine*, une contreprestation (**section 1**). C'est alors vers l'onérosité que nous serons tentée de nous tourner afin de tenir compte du résultat concret et patrimonial de l'opération. Pour ce faire, il sera nécessaire d'étudier la manière dont doit s'apprécier la contrepartie afin d'aboutir à une vision fidèle de ce que sont, aujourd'hui, les actes à titre onéreux (**section 2**).

Section 1 : L'existence d'une contrepartie

47. La présence d'une contrepartie : élément suffisant pour caractériser l'onérosité ? – Bien que la rémunération soit un critère primordial de l'onérosité, l'on peut se demander si sa présence suffit, à elle seule, à faire tomber le contrat dans la catégorie des actes conclus à titre onéreux. Inversement, il importe de savoir si l'absence de toute contrepartie est nécessairement le signe de la gratuité.

48. De quel côté apprécier la gratuité ? – Au-delà même de ces premières interrogations, le raisonnement doit être poussé plus avant et s'orienter vers la question de savoir de quel côté apprécier la gratuité, ou l'onérosité, des contrats de partage. Faut-il se placer du côté de celui qui reçoit la première prestation ou de celui qui se dépouille ? La doctrine est visiblement partagée sur cette question, certains estimant, en appréciant la gratuité du côté de celui qui

reçoit, que l'acte est conclu à titre gratuit lorsque le bénéficiaire ne donne rien en retour²⁶¹, d'autres considérant au contraire qu'il importe d'apprécier ce caractère en se plaçant du côté de celui qui se dépouille²⁶². Pour le Professeur Koubi, « l'idée de gratuité ne s'analyse pas du côté de ceux [...] qui offrent les biens et les services ; ces derniers ont effectivement un coût qu'il ne saurait être question de nier, mais au bout de la chaîne, ceux qui en bénéficient ou en profitent, n'ont pas eu à les payer, la gratuité détient alors pour eux un sens indéniable, incontestable, indiscutable »²⁶³. À l'inverse, le Professeur Dupichot estime que la manière de voir du droit civil classique serait d'analyser la gratuité du côté de celui qui se dépouille²⁶⁴. Ainsi l'acte qui ne s'avérerait gratuit que pour son bénéficiaire relèverait, en réalité, d'une « fausse gratuité »²⁶⁵. Or, en matière d'économie de partage, cette question prend une importance toute particulière. Apprécier la gratuité du côté du bénéficiaire de l'acte impose en effet de démontrer que le créancier de la première prestation ne rémunère pas directement son débiteur (§ 1), lorsqu'une analyse centrée sur ce dernier exige, de l'observateur, qu'il reconnaisse l'existence finale d'une contreprestation (§ 2).

§1 : L'absence de paiement par le créancier initial

49. Le paiement comme révélateur de l'onérosité – L'exemple typique du caractère onéreux réside dans la vente, archétype du contrat synallagmatique conclu à titre onéreux. Dans ce type de contrat, les parties s'engagent pour recevoir une contrepartie²⁶⁶, elles agissent donc dans un but intéressé afin de recevoir un « avantage évaluable en argent »²⁶⁷. Inversement, dans les contrats conclus à titre gratuit où le débiteur ne reçoit aucune contrepartie à sa prestation, autrement dit, où celui-ci n'est pas rémunéré par le paiement d'un prix ou l'exécution d'une

²⁶¹ Koubi G., « Gratuité ? Sans prix certes, mais pas sans valeur ! », in *La Gratuité, une question de droit ?*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003, p. 9 et s ; Champeaux J., *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, op. cit., p. 24, n°IV ; Demogue R., *Traité des obligations en général*, I, Sources des obligations, t. 2, Rousseau et Cie Editeurs, 1923, p. 892, n°916. Sur ce point, Demogue expliquait déjà qu'il est « nécessaire de se placer au contraire au point de vue de l'appauvri et de voir s'il est appauvri sans compensation ».

²⁶² En ce sens, le Professeur Guével estime qu'il va de soi que c'est du côté de l'auteur de l'acte, de celui qui se situe en amont de la circulation des richesses, que la question [de la qualification de l'acte] va se poser. Pour le bénéficiaire, peu importe qu'il soit ou non détaché des choses de ce monde ; lui, trouve nécessairement un intérêt financier à l'opération" : Guével D., « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229 et s., spéc. n°11.

²⁶³ Koubi G., *art. préc.*, p. 9 et s., spéc. p. 13.

²⁶⁴ Dupichot J., « La gratuité et le droit », *Gaz. Pal.*, 1999, p. 934.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 935.

²⁶⁶ Cette caractéristique des contrats à titre onéreux est énoncée par les auteurs à propos du contrat d'échange : Mazeaud H. et L. et Mazeaud J., *Leçon de droit civil*, t. III, vol. 2, Principaux contrats : vente et échange, Montchrestien, 7^{ème} éd., 1975, p. 367, n°1030.

²⁶⁷ Larroumet Ch. et Bros S., *Traité de droit civil*, t. 3, Les obligations, le contrat, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 144, n°178.

prestation, il est d'usage d'affirmer que celui qui s'exécute au profit du créancier est animé d'une intention libérale. Or, suivant l'analyse du Professeur Overstake, l'on pourrait définir l'intention libérale comme « le désir de ne pas ramener à soi le profit de l'opération mais de le destiner à quelqu'un d'autre », « une volonté désintéressée » par laquelle l'un des contractants consent sans exiger de contrepartie²⁶⁸. Le paiement, sur la définition duquel il sera nécessaire de s'interroger en amont de tout développement sur les techniques de partage (A), semble donc être l'une des clefs de voûte de la classification opposant les caractères gratuit et onéreux. Partant, dès lors que le créancier de la première prestation paie le débiteur, la qualification onéreuse du contrat doit être préférée à son antonyme. Il pourrait ainsi sembler relativement évident de considérer, à l'inverse, que les contrats de partage dans lesquels le créancier ne paie pas son débiteur, ne peuvent être considérés comme des contrats conclus à titre onéreux, l'absence de rémunération du débiteur par le créancier initial faisant basculer ces conventions du côté de la gratuité (B).

A. Approche de la notion de paiement

50. La nécessité de différencier le paiement au sens courant de la notion juridique du même nom – Pour le profane, payer consiste à verser une somme d'argent pour s'acquitter de sa dette. En revanche, dans le langage juridique, la notion de paiement revêt un sens plus large²⁶⁹ : « le paiement est un mode d'extinction des obligations, quel qu'en soit l'objet »²⁷⁰. Ainsi, puisqu'« en droit, payer c'est exécuter une obligation »²⁷¹, il semble nécessaire d'opter pour une vision large de la notion et de reconnaître l'existence d'un paiement aussi bien lorsque l'une des parties paie un prix pour rémunérer son cocontractant (1), que lorsque le paiement s'effectue par un moyen non monétaire, le contractant s'acquittant de sa dette par la réalisation d'une prestation ou la livraison d'un bien (2).

²⁶⁸ OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 189.

²⁶⁹ Sur la différence de conception du terme « paiement » entre le langage courant et le langage juridique, V. BÉNILSI S., *V° « Paiement »*, *Rép. civ.*, 2019 (actualisation : déc. 2019), n°1 ; MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 841, n°716 ; CARBONNIER J., *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue, 2000, p. 579 et s., n°327.

²⁷⁰ BÉNILSI S., *art. préc.*, n°1.

²⁷¹ LIBCHABER R., *Recherche sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, p. 17, n°14.

1. Le prix

51. Une nature monétaire d'origine romaine – A l'époque romaine, la nature du prix fut un extraordinaire sujet de discorde, exacerbant la querelle opposant Proculiens et Sabinien, les seconds soutenant que le prix pouvait consister en un bien autre que de l'argent lorsque les premiers le réduisaient à une somme en monnaie²⁷². Cette dernière solution emporta la faveur des juristes romains, et il fut admis que le prix devait nécessairement consister en une somme d'argent (*in pecunia numerata*)²⁷³. Désormais, même si certains auteurs contestent l'assimilation du prix à une valeur monétaire²⁷⁴, il semble que celui-ci soit toujours « une contrepartie à caractère monétaire, c'est-à-dire une somme d'argent »²⁷⁵. Comme l'expriment clairement les Professeurs Zenati et Revet, « le prix est une somme d'argent que l'on verse en contrepartie d'un bien ou d'un service »²⁷⁶.

52. L'importance de la qualification juridique du prix – Toutefois, bien que l'assimilation du prix à une somme d'argent soit quasiment devenue un lieu commun, il est des hypothèses dans lesquelles la qualification de ce prix fait débat. Parce qu'elle emporte des conséquences juridiques non négligeables, en permettant par exemple d'intégrer des contrats au domaine de la vente lorsqu'un prix est stipulé, ou au domaine de l'échange lorsque tel n'est pas le cas, l'on ne saurait négliger cette question. Il est donc important de dégager des critères de qualification précis afin de déterminer si le versement de la somme d'argent est susceptible de caractériser un prix ou si, au contraire, ladite somme ne remplit pas les conditions nécessaires permettant d'aboutir à une telle qualification juridique.

53. Les fonctions de la monnaie – Il apparaît ainsi nécessaire d'ajouter à l'étude de la notion de prix, les fonctions assignées à la monnaie puisqu'une somme d'argent ne pourra être considérée comme un prix qu'à la condition de remplir certaines utilités.

Classiquement, la monnaie répond essentiellement à deux fonctions (bien que certains

²⁷² PUGHON J.-M., *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J. Baud, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1987, p. 18 et s., n°34 et s.

²⁷³ GIRARD P.-F. et réed. présentée par LÉVY J.-P., *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2003, p. 574.

²⁷⁴ GUIGUET-SCHIELÉ Q., « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539 et s. spéc. n°20.

²⁷⁵ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 145, n°128 ; CORNU G. (dir.), *V° « Prix »*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 804.

²⁷⁶ ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats - Vente (droits communs français et européen) - Echange*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2016, p. 74.

auteurs en distinguent trois)²⁷⁷. Le Professeur Libchaber explique, dans sa célèbre thèse de doctorat, que la monnaie est une unité de paiement, dans la mesure où elle permet d'éteindre une obligation²⁷⁸. Mais il s'agit également d'une unité de valeur, cette fonction intervenant en amont de tout paiement, en ce qu'elle permet de mesurer, d'évaluer l'objet des transactions²⁷⁹. Dès lors, il ne peut y avoir de monnaie lorsque ces deux éléments ne sont pas réunis²⁸⁰.

54. Le prix : une obligation pécuniaire éteignant une obligation – Par conséquent, il nous est possible d'affirmer que le prix, en raison de son caractère monétaire²⁸¹, est obligatoirement exprimé par une somme d'argent et permet, grâce au paiement, d'éteindre une obligation conformément à la fonction première de la monnaie. *A contrario*, lorsqu'il ne s'agit pas d'un montant libellé en monnaie, ou que ledit montant n'a pas pour effet de libérer le débiteur de sa dette, l'on ne peut être en présence d'un prix. L'ordonnance du 10 février 2016 a d'ailleurs introduit, dans le Code civil, des dispositions spécifiques au prix²⁸² incitant les Professeurs Raynard et Seube à « observer dans celui-ci une contrepartie de nature monétaire »²⁸³.

Certaines opinions dissidentes se font malgré tout entendre. En ce sens, le Professeur Racine affirme que si « le plus souvent, le prix est acquitté par le versement d'une somme d'argent », il existe également « des hypothèses où le prix est payé autrement »²⁸⁴. Rejoignant les rangs du courant doctrinal favorable à une conception juridique large de la notion de prix, M. Guiguet-Schiélé estime que celui-ci ne doit pas être réduit à une somme d'argent, et devrait pouvoir consister en des biens, des services, « ou tout autre acte ou fait qui produit de la valeur aux yeux de celui à qui elle est destinée »²⁸⁵.

D'autres, se fondant *a priori* sur une interprétation erronée des développements de Planiol et Ripert, concluent à la nécessité d'élargir la notion au-delà du seul versement d'une somme d'argent²⁸⁶. Dans des développements consacrés au calcul de la lésion, ces derniers

²⁷⁷ Pour certains, en effet, la monnaie réunit trois fonctions en étant une unité de valeur, de paiement et de réserve, cette dernière fonction consistant à « octroy[er] un droit de propriété sur une valeur ». Sur ce point, V. ROCHFELD J., « Monnaie électronique », *RTD. civ.* 2003, p. 361 et s., spéc. p. 363.

²⁷⁸ LIBCHABER R., *th. préc.*, p. 32 et s, n°37 et s.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 38 et s n°47 et s.

²⁸⁰ BRUGUIERE J.-M., « Qu'est-ce que la monnaie ? », *JCP E* 2001, p. 1905, n°11.

²⁸¹ En application de l'article 1343-3 du Code civil, le paiement du prix, dans les contrats internes, s'effectue en euros : COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, p. 147, n°130.

²⁸² V. art. 1164 et 1165 C. civ.

²⁸³ RAYNARD J. et SEUBE J. B., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Manuel, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019, p. 88, n°84. Dans le même sens, V. COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, p. 146, n°130.

²⁸⁴ RACINE J. B., « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE* 1999, p. 77 et s., spéc. p. 79.

²⁸⁵ GUIGUET-SCHIELÉ Q., « Repenser l'échange », *art. préc.*, p. 539 et s. spéc. n°20.

²⁸⁶ V. la citation de Planiol et Ripert par les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier : MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 156, n°187.

estimaient nécessaire d'apprécier le déséquilibre du prix en se fondant sur « tous les éléments qui profitent au vendeur et qui correspondent dans son patrimoine à la valeur de la chose vendue »²⁸⁷. Mais conclure, sur ce seul fondement, à l'absence d'impérativité du caractère monétaire dans la conception du prix de Planiol et Ripert, est toutefois un raccourci hasardeux. Une telle conclusion fait fi de la définition précédemment donnée par les auteurs qui affirment sans équivoque que « le prix doit nécessairement consister en une somme d'argent »²⁸⁸.

Il nous apparaît pourtant essentiel de conserver la vision du prix telle qu'elle fut précédemment exposée, c'est-à-dire comme une obligation pécuniaire permettant d'éteindre une obligation. Une solution inverse comme celle proposée par Monsieur Guiguet-Schiélé, si elle conserve effectivement la fonction de paiement, élargit considérablement la nature du prix qui ne serait plus considéré comme une somme d'argent mais, plus largement, comme une valeur. Cependant, l'on ne saurait souscrire à une telle analyse élargissant à outrance la notion de prix, au risque que la distinction des différents contrats s'en trouve fortement compliquée. En effet, si le transfert d'un bien ou d'un service peut constituer un prix lorsqu'il acquitte une obligation, comment distinguer la vente de l'échange, ou encore du contrat d'entreprise ? Bien que la vente et l'échange soient des contrats très proches à bien des égards, ceux-ci se distinguent malgré tout par la présence, ou l'absence d'un prix. L'article 1702 du Code civil n'exclut pas textuellement le prix du domaine de l'échange, mais l'on ne saurait pour autant nier la volonté des rédacteurs de 1804 de faire du paiement d'une somme d'argent un élément caractéristique de la vente²⁸⁹, la distinguant du contrat d'échange. La lecture des travaux préparatoires au Code civil permet en effet de dissiper les doutes quant à l'exclusion du prix du domaine de l'échange, le tribun Faure affirmant que « le contrat d'échange diffère seulement du contrat de vente en ce que, dans le dernier, l'une des parties donne à l'autre une somme d'argent pour avoir l'objet qu'elle désire, tandis que dans le premier chacune des deux parties donne et reçoit une chose particulière, *autre que de l'argent* »²⁹⁰. Lors de la présentation au corps législatif, Bigot-Préameneu expliquait ainsi que « l'échange ne doit point être confondu avec la vente ; que dans l'échange on ne peut pas distinguer celle des choses échangées qui est le prix de celle qui est la marchandise »²⁹¹. Le paiement d'une somme d'argent, juridiquement

²⁸⁷ PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *contrats civils, 1ère partie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1^{ère} éd., 1932, p. 264, n°243.

²⁸⁸ *Ibid.* p. 28, n°35.

²⁸⁹ MAZEAUD H. et L. et MAZEAUD J., *Leçon de droit civil*, t. III, vol. 2, *op. cit.*, p. 366, n°1028.

²⁹⁰ FAURE (F.-J.), « Communication officielle au tribunalat », *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1826, p. 214.

²⁹¹ BIGOT-PRÉAMENEU, « Présentation au corps législatif, et exposé des motifs », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIV., P.-A. FENET, Paris, 1827, p. 211.

qualifié de prix, demeure donc la pierre angulaire de la distinction entre la vente et le contrat de l'article 1702 du Code civil. À ce titre, les versements en monnaie ne sont possible, dans les contrats d'échange, que pour compenser la différence de valeur entre les biens échangés. Lorsque la soulte versée est si importante qu'elle doit être considérée comme l'objet principal de l'obligation de l'une des parties, le contrat ne pourra plus recevoir la qualification d'échange, eu égard à la présence factuelle d'un prix, et devra alors regagner le domaine de la vente²⁹².

En revanche, lorsque la propriété d'un terrain est transférée à un promoteur à charge pour lui d'y édifier des locaux, il ne peut être question de vente : le transfert de propriété du terrain ne se fait pas en échange d'un prix, puisque le nouveau propriétaire s'engage simplement à exécuter une obligation de faire. Il s'agira alors d'une convention innommée, voire d'un contrat d'échange lorsqu'un second transfert de propriété répondra au premier. Mais, en l'état, la convention décrite ci-dessus « n'est pas une vente du terrain avec prix en nature car le prix en argent, fût-il converti, est un élément irréductible de la vente »²⁹³. Et malgré quelques errements jurisprudentiels, la Cour de cassation ayant affirmé que « la vente d'une chose [peut] être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'un versement de somme d'argent »²⁹⁴, le prix doit conserver une nature monétaire²⁹⁵. À défaut, et dans la mesure où il s'agit de l'élément caractéristique du contrat de vente et, de fait, du critère de distinction avec le contrat d'échange, la digue séparant ces deux contrats s'affaîssera.

En ce qu'elle obscurcit la compréhension, la solution consistant à voir, dans le prix, une notion plus large que le versement d'une somme d'argent, doit être rejetée au profit de l'analyse classique l'analysant non comme une valeur mais, de manière plus restrictive, comme une somme d'argent.

²⁹² Ainsi, lorsque l'importance de la soulte prévue au contrat d'échange est si importante qu'elle puisse être considérée comme l'objet principal de l'obligation d'une partie, il conviendra de disqualifier le contrat et de le requalifier en contrat de vente. En ce sens, V. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1973, n°72-12489, *Bull. civ.* III, n°436, p. 317 ; Civ. 3^{ème}, 15 mars 1977, n°75-14664, *Bull. civ.* III, n°120, p. 93.

²⁹³ STEINMETZ F. et MALINVAUD Ph., « Cession de terrain contre remise de locaux », *Dalloz action Droit de la construction* 2018/2019, dossier 180, n°180.81 et 180.82.

²⁹⁴ Civ. 3^{ème}, 9 déc. 1986, n°85-13373, *Bull. civ.* III, n°177, p. 139, *Défrénois* 1987, p. 1187, obs. VERMELLE G. ; V. également un arrêt plus récent au sein duquel la Cour de cassation prononça la résolution du contrat de vente pour vileté du prix alors que le paiement de la contrepartie du transfert de propriété de l'immeuble consistait en l'obligation, pour l'acquéreur, d'assurer deux promenades hebdomadaires au vendeur, de lui fournir l'habillement nécessaire, d'assurer le suivi de sa correspondance, etc. : Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, n°06-19977, *RDC* 2009, p. 549, ob. BÉNABENT A. ; *D.* 2009, p. 279, note SAENKO L. Notons toutefois que la question de la qualification juridique de la vente en présence d'un prix en nature n'était pas posée à la Haute juridiction.

²⁹⁵ V. note pour le refus de caractériser l'existence d'une vente dans la cession de la nue-propriété d'un immeuble moyennant l'obligation de l'entretenir au profit de l'usufruitier (Civ. 1^{ère}, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n°292) ou d'y construire un centre équestre (Civ. 3^{ème}, 17 mars 1981, n°79-15388, *Bull. civ.* III, n°56, *D.* 1981, IR, p. 442, note LARROUMET Ch.).

55. Le prix : un élément facultatif dans la qualification des contrats à titre onéreux – Ce prix, dont nous nous sommes efforcé de dresser les traits caractéristiques, est un élément incontournable d'une majorité significative de contrats conclus à titre onéreux : dans la vente, le contrat d'entreprise, le prêt d'argent à titre onéreux, *etc.*, l'une des parties s'engage à payer une somme d'argent à son cocontractant. Ce paiement éteint l'obligation du contractant et le libère de ses engagements. Le paiement du prix est ainsi l'obligation principale de l'une des parties, et son existence permet de classer le contrat dans la catégorie des actes à titre onéreux.

Toutefois, il est des occasions où le terme de « prix » est utilisé à mauvais escient. Tel est notamment le cas, selon nous, en matière de bail où l'on retrouve tout à la fois les occurrences de « prix » et de « loyer », le premier étant employé plus fréquemment que le second²⁹⁶. Le Code civil définit, en ce sens, le contrat de bail à l'article 1709 comme le « contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ». Or, le « prix » évoqué par les articles 1709 et suivants ne consiste pas nécessairement en une somme d'argent. Il peut également prendre la forme d'un paiement en nature et être ainsi caractérisé lorsque le preneur rend un service au bailleur²⁹⁷. Ce constat conduit alors certains auteurs à reconsidérer la notion de prix et à affirmer que si le prix représente « *stricto sensu* [...] une somme d'argent », c'est à « une conception large » de la notion qu'il faut ici recourir en admettant que celui-ci puisse prendre différentes formes au-delà du seul paiement d'une obligation monétaire²⁹⁸. Le prix aurait alors une double nature : nécessairement monétaire dans le contrat de vente, rien ne s'opposerait à ce qu'il ne corresponde pas au versement d'une somme d'argent dans les autres contrats à titre onéreux²⁹⁹. Il nous semble toutefois nécessaire de refuser l'assimilation d'une contrepartie non monétaire à la notion de prix, la jurisprudence elle-même prenant parfois soin

²⁹⁶ MALLET-BRICOUT B., « Définition et notions voisines du “loyer” », in *Le loyer. Actes du colloque du 14 mars 2019* (dir. V. Pezzella), coll. Thèses & Actes, Édilaix 2019, p. 5.

²⁹⁷ Civ. 3^{ème}, 17 mars 1975, n°74-20031, *Bull. civ.* III, n°103 (mise à disposition d'une chambre en contrepartie du travail d'employé de maison) ; Civ. 3^{ème}, 11 mai 1993, n°91-18126 (mise à disposition des lieux en échange d'heures de ménage) ; – Civ. 3^{ème}, 3 mai 2012, n°11-10509, *AJDI* 2012, p. 439 (bail de chasse consenti en contrepartie de l'entretien des terrains objet du bail) ; Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2013, n°12-15478 (mise à disposition d'un bien immobilier en contrepartie de travaux de rénovation).

²⁹⁸ En ce sens, V. AUBERT DE VINCELLES C. et NOBLOT C., « Bail », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018 (actualisation : juin 2020), n°45 ; dans le même sens, V. MALLET-BRICOUT B., « Définition et notions voisines du “loyer” », *art. préc.*, p. 5 et s., spéc. p. 7.

²⁹⁹ En ce sens, V. BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 45, n°31 : « en principe, le prix, dans la vente, a un contenu plus strict que dans le langage courant ou même dans d'autres contrats : ce n'est pas n'importe quelle contrepartie, mais seulement celle qui consiste dans le versement d'une somme d'argent ». En revanche, pour M. Bénabent, dans le contrat de bail, le « prix n'est pas nécessairement une somme d'argent » (p. 257, n°331).

de distinguer ces deux notions³⁰⁰. Si le loyer du bail sera le plus souvent caractérisé par une obligation pécuniaire et donc par le paiement d'un prix, il pourra prendre d'autres formes. Tel sera notamment le cas en matière de bail rural et, plus spécifiquement, s'agissant du métayage. L'article L.417-1 du Code rural et de la pêche maritime définit ce contrat comme celui « par lequel un bien rural est donné à bail à un preneur qui s'engage à le cultiver sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur ». Et parce que le loyer représente la contrepartie de la jouissance du bien par le preneur³⁰¹, il ne doit pas être confondu avec le prix. Celui-ci est plus étroit que celui-là, puisque le prix est une forme spécifique de contrepartie dont la nature est nécessairement monétaire. Les différentes références à la notion de prix dans les dispositions relatives au bail sont donc moins la preuve de la nature mixte du prix, que la traduction d'une maladresse de rédaction³⁰². Dès lors, et puisque le prix ne peut faire référence à une obligation non monétaire, l'on ne saurait réduire le paiement caractéristique des contrats à titre onéreux, au versement de celui-ci.

56. Le paiement : un élément essentiel à la caractérisation des contrats à titre onéreux –

Il peut en effet arriver qu'un contrat tombe dans la catégorie des contrats conclus à titre onéreux en l'absence de paiement d'un prix : le paiement peut ainsi être effectué en nature, ce qui permettra, une fois encore, de conférer à la relation contractuelle un caractère onéreux. À cet égard, il arrive parfois que la contrepartie soit versée en nature, comme dans les contrats d'échange (art. 1702 C. civ.) où l'on ne distingue aucun prix, ou dans certains contrats de bail. Or, en matière d'économie de partage, il est plus fréquent de rencontrer des contractants se dispensant du paiement d'un prix pour lui préférer un paiement en nature : *Primus* donnera quelque chose à *Secundus*, ou lui rendra tel service pour qu'il puisse lui-même recevoir un bien

³⁰⁰ V. not. Civ. 3^{ème}, 10 nov. 2009, n°08-17892, *LPA* 2010, n°51, p. 9, obs. RAFFI R. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir caractérisé l'existence d'une sous-location « sans rechercher [...] si la mise à disposition des locaux avait entraîné le paiement d'un prix ou la fourniture d'une contrepartie ». Or, par l'utilisation de la conjonction de coordination « ou », la Haute juridiction marque clairement la distinction entre le prix et la fourniture d'une contrepartie en nature.

³⁰¹ V. les articles 1709, 1722 et 1724 du Code civil : MALLET-BRICOUT B., « Définition et notions voisines du "loyer" », *art. préc.*, p. 5 et s., spéc. p. 11.

³⁰² L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux présenté par l'association Henri Capitant le 26 juin 2017 abandonne toute référence au prix s'agissant des dispositions proposées pour le contrat de location. L'article 53 le définit alors comme le contrat « par lequel le loueur confère au locataire un droit personnel de jouissance sur un bien en contrepartie du paiement d'un loyer ». En application de l'article 54, les contreparties réciproques sont le bien objet du contrat de bail, et le loyer versé par le preneur. Cette évolution est conservée par la nouvelle version du projet présentée en 2020 et figure désormais aux articles 52 et 53. V. <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe-def-2020.pdf>.

ou profiter de l'exécution d'un service particulier. Ainsi, il semble nécessaire de s'intéresser quelques instants à cette seconde manière de solder une dette qu'est le paiement en nature.

2. Le paiement en nature

57. Le refus de réduire le paiement au versement d'un prix – Le Professeur Sériaux émet une opinion dissidente de celle de la majorité des auteurs. Selon lui, le paiement serait indiscutablement « lié à l'idée de prix », et serait « caractérisé par la présence d'un prix, qu'il acquitte ». Dès lors, ce serait « la présence de cette contrepartie en argent qui f[erait] le paiement ». Il conviendrait alors « d'admettre que toute satisfaction d'une dette n'est pas nécessairement un paiement », au même titre que toute somme d'argent n'en est pas automatiquement un, celui-ci « ne se rédui[sant] jamais au versement d'une somme d'argent », puisque « comme toute tradition, il requiert une cause ». Or, la cause du paiement, sa raison d'être, se situe dans l'effet extinctif : la libération du débiteur. Ainsi, l'opération serait qualifiée de paiement lorsqu'elle donne lieu au versement d'une somme d'argent à dessein d'éteindre une obligation³⁰³. Cette analyse semble toutefois isolée et nous lui préférerons une conception plus large en application de laquelle le paiement ne se résume pas au versement d'un prix, et s'étend à ce qu'il est courant d'appeler un « paiement en nature », c'est-à-dire au paiement par l'exécution d'une prestation.

58. Le paiement : un outil général d'extinction des obligations – Actuellement, il relève quasiment du lieu commun d'affirmer que le paiement est un mode général d'extinction des obligations et ne peut donc se résumer au versement d'un prix. Toutefois, nous croyons utile d'éprouver cette affirmation qui ne saurait être considérée comme un précepte indiscutable simplement parce qu'il s'agit désormais d'un poncif.

Pour ce faire, il paraît nécessaire, dans un premier temps, d'avoir recours à l'analyse étymologique du terme payer, qui viendrait selon MM. Mazeaud (H., L. et J.) et Chabas du latin « *pacere* »³⁰⁴, et renverrait alors à l'idée de satisfaction du créancier puisque ce vocable latin signifie « pacifier [...], purger de, débarrasser »³⁰⁵. Plus simplement, il semble que le mot « payer » renvoie directement aux termes latins « *solvere* », « *absolvere* » et « *satisfacere* » et signifierait, par conséquent, « s'acquitter de ce que l'on doit à quelqu'un »³⁰⁶. Partant, comme

³⁰³ SÉRIAUX A., « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD civ.* 2004, p. 225.

³⁰⁴ MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *op. cit.*, p. 841, n°716.

³⁰⁵ GOELZER H., *V°* « Pacere », *Dictionnaire latin*, Garnier, 1928, p. 457.

³⁰⁶ GOELZER H., *V°* « Payer », *Dictionnaire latin*, Garnier, 1928, p. 510.

l'exprimait clairement le Doyen Carbonnier, « payer, dans un sens large, c'est dénouer (*solvere*) le lien de droit résultant d'une obligation ; donc, c'est exécuter l'obligation, quelle qu'en soit la nature »³⁰⁷.

Pour consolider cette première analyse, il peut être utile de remonter au droit romain et, plus précisément, aux écrits d'Ulpien. L'enseignement qui ressort de la lecture du Digeste paraît confirmer la nécessité de voir, dans le paiement, un mode général d'extinction des obligations qui ne se limiterait pas au seul versement d'une somme d'argent. En effet, Ulpien explique, dans le Digeste, qu'il convient d'entendre par l'expression « paiement » (« *solutio* »), « toute forme d'exécution (*satisfactio*) [d'une obligation] » puisque « "paie" celui qui fait ce qu'il a promis de faire »³⁰⁸. De la même manière, l'auteur affirme : « a payé non seulement celui qui paie à proprement parler, mais quiconque se libère de l'obligation, en exécution de la chose jugée »³⁰⁹.

Cette position se retrouve par la suite dans les écrits de Pothier qui utilise alors l'expression de « paiement réel » pour désigner « l'accomplissement réel de ce qu'on s'est obligé de donner ou de faire ». Il explique ainsi que « lorsque l'obligation est de faire quelque chose, le paiement réel de cette obligation consiste à faire la chose qu'on s'est obligé à faire. Lorsque l'obligation est de donner quelque chose, le paiement est la donation et translation de la propriété de cette chose »³¹⁰. Pothier en conclut que le paiement réel, en libérant le débiteur, est la « manière la plus naturelle dont les obligations peuvent s'éteindre »³¹¹. Ainsi, et la lecture de ces auteurs le démontre clairement, il ne paraît pas souhaitable de réduire le paiement au versement d'une somme d'argent dans la mesure où celui-ci regrouperait, de manière plus large, l'extinction, par le débiteur, de son obligation. Autrement dit, si le paiement peut se matérialiser par le versement d'un prix, il peut également consister dans l'exécution d'une obligation de faire ou de donner.

C'est d'ailleurs ce que la lecture des articles 1235 à 1248 anciens du Code civil laisse présumer³¹² (art. 1342 et s. nouv.), puisque ces dispositions font référence au paiement de manière générale, et constituent ce que l'on appelle classiquement le « droit commun du paiement ». Au-delà de ce régime général, le Code prévoit également un régime spécifique des

³⁰⁷ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., p. 580.

³⁰⁸ Digeste, 50, 16, 176. Sur ce point, V. SÉRIAUX A., « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », art. préc., p. 225 et s.

³⁰⁹ Digeste, 42, 1, 4, 7.

³¹⁰ POTHIER R.-J. par SIFFREIN M., *Traité des obligations*, t. 2, Nouvelle édition, Siffrein, 1821, p. 1 et 2, n°494.

³¹¹ *Ibid.*, p. 2, n°494.

³¹² SÉRIAUX A., art. préc.

paiements monétaires, dans une sous-section intitulée « dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent » (art. 1243-5 et s. anc. C. civ. et art. 1343 et s. nouv. C. civ.). On le voit, le législateur de 1804, comme celui de 2016, n'a pas cru bon de réduire le paiement aux seuls versements d'une somme d'argent, puisqu'il en fait un mode général d'extinction des obligations (le paiement étant d'ailleurs placé, dans le Code civil, dans un chapitre concernant l'extinction des obligations). De plus, l'élaboration d'une sous-section spécifique aux obligations de sommes d'argent, dans la section du Code ayant trait au paiement de manière générale, ne laisse que peu de doute quant à la nature plus large de cette notion qu'il importe de ne pas réduire à cette seule expression du versement d'une somme d'argent. La lecture de la doctrine contemporaine finit de dissiper les doutes quant à la nature du paiement, les auteurs s'accordant de façon quasi unanime, pour reconnaître qu'il s'agit là d'un mode général d'extinction des obligations³¹³.

La notion de paiement ayant été éclaircie, il convient désormais de la mettre à l'épreuve des relations interindividuelles de partage. Or, comme nous aurons l'occasion de le démontrer, les techniques contractuelles ayant cours au sein de cette économie en expansion, interrogent quant à la présence d'une rémunération et à la qualification contractuelle qui en résulte.

B. Le contrat de partage initial³¹⁴ : une prestation sans contreprestation

59. La difficile caractérisation du paiement dans les techniques de partage – L'existence d'un paiement permet donc, en principe, de révéler le caractère onéreux du contrat soumis à l'appréciation. Toutefois, dans les conventions fleurissant au sein des différentes communautés de partage, les données du problème se compliquent, puisqu'il est généralement délicat de caractériser l'existence d'un paiement de la part du créancier initial. Autrement dit, *Secundus* rendra un service à *Primus* (ou lui fournira un bien), et sera ainsi débiteur à l'égard de ce dernier de l'exécution de la prestation ou de la livraison du bien. En revanche, *Primus* ne rémunérera pas nécessairement *Secundus*, le débiteur initial (1). Or, cette absence de paiement aura

³¹³ BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 201, p. 589 et s., n°744 et s. ; CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue, 2000, p. 579 et s. ; MALAURIE Ph., AYNÈS L., et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 623, n°693 ; MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 841, n°716 et s. FLOUR J., AUBERT J.-L., et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 3^{ème} éd., 2015, p. 107 et s., spéc. p. 108 et 109, n°108 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 1491 et 1492, n°1412 ; CATALA N., *La nature juridique du payement*, préf. J. Carbonnier, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961.

³¹⁴ Il s'agit ici de qualifier les contrats passés entre les membres de communautés et non de viser la matière successorale ou matrimoniale qui connaissent elles aussi des actes renvoyant à des mécanismes de partage.

tendance, de manière assez instinctive, à orienter l'observateur vers la qualification de contrat conclu à titre gratuit (2).

1. Le non-paiement par le créancier

60. Précisions terminologiques – Avant de s'interroger plus avant sur la manière dont les contractants agissent dans le cadre de l'économie de partage et, plus précisément, sur la question de savoir si les contrats passés entre eux revêtent un caractère gratuit ou onéreux, il convient de s'arrêter quelques instants sur le fonctionnement des pratiques typiques de partage, puisque les relations entre les acteurs diffèrent sensiblement de celles ayant cours au sein de l'économie marchande classique. Le cas de figure étudié ici est celui du contrat que l'on qualifiera de « contrat initial », c'est-à-dire du premier contrat, qui s'inscrit dans un ensemble contractuel plus large, et qui relie ainsi un débiteur et un créancier initial. L'exemple typique de ce type de fonctionnement se retrouve au sein des systèmes d'échange locaux (SEL), des communautés d'individus qui mutualisent des biens immobiliers et s'en « échangent » à tour de rôle la jouissance (au sens économique du terme), des applications mobiles comme Tempo – Lève la main, *etc.* Il paraît alors nécessaire de s'arrêter quelques instants sur différents types de pratiques afin d'éclairer les développements à venir.

61. L'entraide agricole – À titre liminaire, il est possible de citer le cas de l'entraide agricole. En effet, s'il s'agit d'une situation connue du législateur et pour laquelle un régime juridique a été pensé au sein des articles L.325-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, contrairement à la grande majorité des techniques de partage qui se développent plutôt à la marge du cadre légal, ces contrats continuent de susciter certaines interrogations. Plus précisément, il s'agit de contrats par lesquels les agriculteurs réalisent des « échanges de services en travail et en moyens d'exploitation, y compris ceux entrant dans le prolongement de l'acte de production »³¹⁵. Il est ainsi question, pour les parties, de se rendre des services réciproques³¹⁶, l'article L.325-1 alinéa 1 du Code rural et de la pêche maritime qualifiant expressément l'entraide d' « échange de services ». Cette pratique est ainsi un instrument de solidarité et de collaboration pour les agriculteurs³¹⁷ qui ne se transfèrent pas des droits réels

³¹⁵ Article L. 325-1 al. 1 du Code rural et de la pêche maritime.

³¹⁶ CASSON Ph., *V°* « Entraide en agriculture », *J.-Cl. Rural, fasc. unique*, 2018, n°9 et s.

³¹⁷ L'entraide exprimerait, ainsi « l'existence d'une solidarité professionnelle » MARTINE E.-N., « La notion d'entraide en agriculture », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, coll. Travaux de recherches de l'Université de Rennes 1, Economica, 1995, p. 343.

ou personnels, mais effectuent simplement des travaux³¹⁸ les uns pour les autres, afin d'éviter le recours à une main d'œuvre occasionnelle, de palier son absence³¹⁹, ou pour mettre du matériel à disposition les uns des autres.

De manière relativement similaire aux systèmes d'échanges locaux, les communautés au sein desquelles ces contrats d'entraide prennent vie n'imposent pas à l'agriculteur bénéficiaire d'une prestation l'accomplissement d'une contreprestation pour le débiteur initial : il pourra ainsi rendre un service ou mettre un bien à la disposition de n'importe quel membre du groupe³²⁰. Ainsi, pour que le régime de l'entraide agricole puisse être appliqué, il importe de pouvoir déceler l'existence d'une certaine réciprocité³²¹. Néanmoins, il suffit, pour que cette condition soit caractérisée, que l'agriculteur qui s'exécute au profit d'un autre puisse espérer recevoir, par la suite, un service pour lui-même³²². En pratique, le débiteur de la première prestation ne reçoit généralement aucun paiement de la part du créancier de la prestation initiale, l'acte étant d'ailleurs expressément qualifié de contrat conclu à titre gratuit par l'article L.325-1 alinéa 3 du Code rural et de la pêche maritime³²³. Toutefois, ce dernier pourra obtenir, ultérieurement, une contreprestation fournie par un exploitant agricole autre que celui au profit duquel il s'est exécuté. Par conséquent, en ce que l'entraide agricole n'impose pas une rémunération directe du débiteur de la première prestation, cette hypothèse se rapproche de celle des « échanges » de logement et des systèmes d'échanges locaux.

62. Les « échanges » pour partir en vacances – Depuis quelques années se développe un procédé original offrant une alternative aux locations saisonnières dont les prix ne cessent d'augmenter : des « échanges » grâce auxquels deux familles troquent respectivement la jouissance de leur lieu d'habitation. Nous nous attacherons ici aux échanges qui se matérialisent par l'obtention d'un crédit de « points » (dénommés grains) permettant à la personne ayant mis son logement à disposition, de bénéficier, à son tour, du logement d'un autre membre de la communauté lorsque celle-ci en fera la demande. Cette nouvelle manière de partir en voyage,

³¹⁸ Pour la Cour de cassation, le service rendu pourra entrer dans le champ de l'entraide lorsqu'il s'agira d'un de ces services « que les cultivateurs échangent habituellement entre eux dans l'intérêt de leurs exploitations » (Soc. 19 février 1976, *Bull. civ. V*, n°106) ou « que sont susceptibles de se rendre les agriculteurs » (Soc. 28 octobre 1987, *Bull. civ. V*, n°595).

³¹⁹ BARDET-BLANVILLAIN A., *L'échange*, Th. Paris II, 2002, p. 102 et s., n°159 et s., spéc. n°160.

³²⁰ *Ibid.*, p. 102, n°159.

³²¹ C'est justement en raison de cette réciprocité, que nombre d'agriculteurs acceptent de s'engager. MARTINE E.-N., *art. préc.*, p. 343 et s., spéc. p. 346 et s.

³²² CASSON Ph., *art. préc.*, n°18 et s.

³²³ Sur la nature gratuite de l'entraide, V. MARTINE E.-N., *art. préc.*, p. 343 et s., spéc. p. 348 et s. La qualification de contrat à titre gratuit est toutefois contestée par un certain nombre d'auteurs. Pour un aperçu des critiques, V. CASSON Ph., *art. préc.*, n°24 et s.

ou de loger dans une ville différente de la sienne, est actuellement en vogue et connaît un essor considérable³²⁴ dans la mesure où elle procure des avantages non négligeables, notamment en matière de coûts, puisqu'il n'est plus nécessaire de payer une location saisonnière³²⁵. Un grand nombre d'acteurs pourrait être cités mais nous nous en tiendrons, dans ce développement, à ceux permettant des échanges non simultanés et se dispensant de tout intermédiaire monétaire. À ce titre, il est possible d'évoquer l'exemple du site GuestToGuest (désormais HomeExchange) qui a mis en place, en 2011, un système d'échange de points permettant de « s'affranchir de la simultanéité de l'échange [...] »³²⁶.

Nous aurons l'occasion de revenir sur le fonctionnement de ces communautés dans la suite des développements. Toutefois, il est important de souligner un point fondamental : les relations contractuelles mises en évidence par ces pratiques de partage ne permettent pas nécessairement de caractériser un paiement par le créancier de la prestation initiale (*Primus* dans notre exemple). Ce type de communautés fonctionne ainsi sur un modèle similaire à celui des systèmes d'échanges locaux.

63. Présentation des « systèmes d'échanges locaux » – Un constat identique, s'agissant de l'absence de paiement par le créancier de la première prestation, peut être effectué s'agissant des « systèmes d'échanges locaux », couramment dénommés par leur acronyme : les SEL³²⁷. Cette hypothèse, plus originale, gagne à être connue en ce qu'elle regorge d'incroyables potentialités³²⁸. « Le SEL est un groupe de personnes³²⁸ qui mettent des services, des savoirs et des biens à la disposition les uns des autres, au moyen d'une unité d'échange choisie par les membres »³²⁹. Il est également possible de définir les SEL en suivant la définition donnée par Monsieur Servet, selon laquelle un SEL « est un regroupement de personnes qui, sous une forme associative et sur une base locale, échangent des services et des biens par l'intermédiaire

³²⁴ V. le site <https://www.homeexchange.fr> qui regroupe désormais « GuestToGuest », « Échange de maison » ou encore « Troc Maison » ; V. également <https://www.homelink.fr/>.

³²⁵ BARDET-BLANVILLAIN A., *th. préc.*, p. 99, n°154.

³²⁶ MORLIGHEM A., *Le nouvel art des co : économie collaborative*, coll. Interstices, Décisions durables, 2014, p. 149.

³²⁷ Une thèse récente leur a toutefois été consacrée. V. BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017.

³²⁸ Pour certains, il ne faudrait toutefois « voir dans les SEL qu'une tentative intéressante pour insuffler ici ou là un regain d'activité économique aux entreprises ou aux simples particuliers qui en ont un véritable besoin » sans pour autant aller plus loin : CALAIS-AULOIS M.-T., « Le système d'échange local, instrument d'échange du futur ? », *LPA* 1998, n°88, p. 8.

³²⁹ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p.5 : disponible à l'adresse : http://www.transversel.org/IMG/pdf/SEL_MODE_D_EMPLOI_v5_9.pdf.

d'un bulletin d'information, d'une unité de compte interne des transactions et d'un système de bons d'échange ou d'une feuille personnelle de tenue des comptes, remis régulièrement à l'équipe d'animation du groupe »³³⁰.

Les origines idéologiques des SEL remontent aux théories de Silvio Gesell, selon lequel un système de « monnaie franche » permettrait d'éviter la thésaurisation et d'accélérer la circulation monétaire. L'idée est d'inciter les personnes à dépenser leur monnaie afin de ne pas subir trop durement les conséquences de la diminution de sa valeur, ce qui favorise *de facto* sa circulation et améliore ainsi la situation économique³³¹. La crise des années 1930 a permis de concrétiser cette théorie, et c'est en Autriche, en 1932-1933, que le maire de Wörgl émit des « bons de travail » dont la valeur se dépréciait de 1% tous les mois, à moins que leur détenteur n'achète des timbres auprès de la municipalité, seul un tel achat permettant de maintenir la valeur des bons³³². Cette expérience produisit les conséquences attendues, en redressant la situation économique locale, mais fut interdite en septembre 1933 sous la pression de la Banque nationale d'Autriche³³³. Plusieurs expériences similaires furent tentées en France, notamment à Nice en 1933, mais toutes se soldèrent par une interdiction de la Banque de France, et une ordonnance n°58-1298 du 24 décembre 1958, publiée au Journal officiel (page 11761), vint ainsi punir d'emprisonnement et d'amende « la souscription, l'émission ou la mise en circulation de moyens de paiement ayant pour objet de suppléer ou de remplacer les signes monétaires ayant cours légal ». D'autres solutions ne portant pas atteinte au privilège de l'État de battre monnaie furent donc recherchées, afin de redynamiser les échanges locaux³³⁴, et c'est ainsi que les premiers systèmes d'échanges ont été mis en place aux États-Unis, dans les années 1960-1970. En 1976, sur l'île de Vancouver, David Weston lança le « Community Exchange », inspirant Michel Linton qui mit en place le « Local Exchange Trading System » (LETS), fondé sur le « green dollar », et dont la valeur était équivalente à celle du dollar canadien. Cette idée fut introduite en Grande-Bretagne en 1984 par David Weston³³⁵. En France, la première expérience de ce type fut celle du « SEL ariégeois », fondé en octobre 1994³³⁶. En 2018,

³³⁰ SERVET J.-M., *Une économie sans argent : les systèmes d'échange local*, Seuil, 1999, p. 54.

³³¹ BARDET-BLANVILLAIN A., *th. préc.*, p. 109 et 110, n°170.

³³² BLANC J., *Les monnaies parallèles, approches historiques et théoriques*, Th. Lyon 2, 1998, p. 110 et s. spéc. p.112. Disponible à l'adresse suivante : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00092817>.

³³³ *Ibid.*, p. 110 et s. spéc. p.112 ; BARDET-BLANVILLAIN A., *th. préc.*, p. 109 et s., n°170.

³³⁴ BARDET-BLANVILLAIN A., *th. préc.*, p. 109 et s., n°170.

³³⁵ Pour une vision plus développée de l'origine des SEL v. BRADBURN S., *th. préc.*, p. 1 et s., n°2 et s. ; de manière générale sur les expériences pionnières en la matière v. DERUDDER Ph., *Les monnaies locales complémentaires : pourquoi, comment ?*, coll. Economie, Yves Michel, 2012, p. 59 et s.

³³⁶ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p. 4 et 5.

l'annuaire des SEL référençait 654 SEL sur le territoire français³³⁷.

Les SEL mettent donc en relation des personnes, afin que celles-ci s'échangent des biens, des services, ou des savoirs de toute sorte. Ils éditent un catalogue des offres et des demandes, et créent une unité de mesure, non convertible en euros, couramment dénommée « grain de sel » qui permet ainsi d'évaluer le montant des échanges ayant lieu entre les membres du SEL³³⁸. Lorsque l'un d'eux bénéficie d'un service, d'un bien, *etc.*, son compte est débité d'un montant de grains de sel équivalent à la valeur de la prestation (cette valeur étant en principe calculée par rapport au temps nécessaire à la prestation)³³⁹, tandis que la personne procurant le bien ou service devient créancière du même montant de grains. Dès lors, afin de ramener son compte à zéro, le membre débiteur devra, à son tour, fournir des biens, services ou savoir-faire à d'autres membres du SEL. Partant, « le SEL fonctionne comme un activateur d'échanges multilatéraux, rendant un précieux service à ses sociétaires économiquement marginalisés, qui y trouvent une possibilité de réaliser des transactions non monétaires, extérieures au marché »³⁴⁰. L'originalité du système mis en place par les SEL réside donc dans le fait que celui qui s'exécute au profit d'un membre de sa communauté « ne verra pas immédiatement son échange compensé par celui-là même à qui il a offert ou donné ce service. Il n'y a pas d'obligation ni d'automaticité de contrepartie immédiate ou instantanée d'une part, ni, d'autre part, d'obligation directe et personnalisée pour celui à qui il a été " offert ou donné " quelque chose dans la première transaction de la compenser avec son cocontractant d'origine »³⁴¹.

Plusieurs raisons sont invoquées pour expliquer l'engouement croissant en faveur des SEL, ceux-ci favorisant « la prise de conscience des problèmes locaux et mondiaux, la revitalisation locale sans apport de capitaux, [...], le resserrement des liens de proximité, la lutte contre la précarité et l'exclusion »³⁴², *etc.* La solidarité, l'entraide, la confiance sont donc les maîtres mots, l'adhésion à un SEL permettant tout à la fois de combler des besoins pratiques,

³³⁷ V. « Annuaire des SEL » disponible à l'adresse suivante : <https://annuairedessel.org/>.

³³⁸ Pour plus d'explications sur les « monnaies locales » ou « parallèles » dont les « grains de sel » sont une illustration, voir l'interview de l'économiste SERVET J.-M., « Une autre philosophie d'échange », *Libération Economie*, 2 janvier 2014, disponible à l'adresse suivante : http://www.liberation.fr/economie/2014/01/02/une-autre-philosophie-d-echange_970276.

³³⁹ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 8 et s., n°11. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une règle absolue car certains SEL alignent l'unité d'échange sur la valeur de la monnaie étatique. Nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur ce point dans la suite des développements.

³⁴⁰ LIBCHABER R., « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800 et s., spéc. p. 801.

³⁴¹ LATOUR G., « Les systèmes d'échanges locaux (SEL) : sujet de droits ou fabrique d'illégalisme », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, Montchrestien, 1997, p. 373 et s., spéc. p. 374.

³⁴² *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p.5.

en se procurant des biens ou des services inaccessibles pour le budget du foyer, et de « sortir de la solitude » en favorisant la création de liens forts entre les individus.

64. Le constat : l'absence de rémunération du débiteur initial par le créancier de la première prestation – Les trois exemples développés viennent éclairer l'une des situations de fait que l'on retrouve désormais régulièrement en matière d'économie de partage. Dans ce type de pratiques, la solidarité, l'entraide, la volonté de repenser les modes de consommation, *etc.* priment sur l'esprit de lucre et l'intérêt individuel des contractants. Il n'est alors pas rare de retrouver des schémas contractuels au sein desquels un contractant, le débiteur initial, va rendre service ou venir mettre un bien à la disposition d'un second contractant, le créancier initial, sans que cette prestation soit compensée, dans le patrimoine du débiteur, par une contreprestation effectuée par son créancier. Ainsi, c'est assez naturellement que l'observateur aura tendance à se tourner vers la qualification de contrats conclus à titre gratuit lorsqu'il tentera de saisir juridiquement ces pratiques de partage.

2. La gratuité : une conclusion a priori séduisante

65. L'absence de rémunération, témoin de la gratuité – De manière assez classique, la majorité de la doctrine estime que dans les contrats conclus à titre onéreux, le débiteur s'engage en considération de « l'avantage économique qui vient compenser dans [son] patrimoine la perte occasionnée par l'exécution de sa prestation »³⁴³. À l'inverse, dans les contrats conclus à titre gratuit, le débiteur a « l'intention de procurer à autrui un avantage, sans contrepartie »³⁴⁴. Ainsi, comme l'exprime le Professeur Collart Dutilleul, « le contrat gratuit est un contrat dans lequel l'un s'appauvrit et l'autre s'enrichit, le tout sans contrepartie »³⁴⁵. Or, lorsqu'on se penche, de manière isolée, sur les contrats de partage, et dans la mesure où dans cette relation contractuelle initiale, le débiteur ne reçoit aucune rémunération, il paraît sensé d'estimer que celui-ci s'appauvrit par la réalisation de sa prestation. De fait, la qualification de contrat conclu à titre gratuit paraît, à ce stade, la plus adaptée pour saisir les contours des contrats de partage et leur appliquer un régime juridique adapté. Toutefois, il nous faut mettre à l'épreuve cette

³⁴³ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 171, n°190.

³⁴⁴ *Ibid.*, n°191.

³⁴⁵ COLLART DUTILLEUL F., « Gratuité et droit des contrats », in *Mélanges B. Lewaszkiewicz-Petrylowska*, Univ. de Lodz, 1997, p. 7.

première qualification, car l'on ne saurait se contenter d'une affirmation aussi expéditive, presque péremptoire, sur la nature des contrats de partage. En effet, au sein des différentes techniques de partage, et des contrats qui en résultent, il semble possible de faire ressortir certains traits caractéristiques qui, s'ils ne se retrouvent pas nécessairement dans l'ensemble des contrats en question, n'en demeurent pas moins des indices ou des éléments distinctifs. La diversité des formes que recouvre l'économie de partage ne permet pas nécessairement de faire ressortir un modèle typique et valable pour l'ensemble des pratiques, chacune ayant plus ou moins ses propres caractéristiques. Néanmoins, certains attributs peuvent être mis en avant comme étant révélateurs d'un contrat de partage, en ce qu'ils se retrouvent dans ces contrats, si ce n'est de façon permanente, au moins de manière très constante. À ce titre, il semble qu'un grand nombre de contrats de partage fonctionnent sur le système ci-dessus mentionné : dans un contrat liant *Primus* et *Secundus*, le second procure un bien ou un service au premier, sans que ce dernier fournisse de contreprestation en retour.

66. La gratuité ou la nécessité d'un appauvrissement – Ainsi, les pratiques de partage donnent fréquemment lieu à des relations contractuelles plus ou moins complexes, et qui se matérialisent régulièrement par une succession de contrats dans lesquels un débiteur fournit, à son créancier, une prestation sans que celui-ci lui offre, en retour, une contreprestation. Or, il faut souligner que, de manière traditionnelle, l'on assimile la gratuité à l'appauvrissement de celui qui agit sans recevoir de contrepartie³⁴⁶ : « le service est alors vraiment gratuit et même si gratuit que, en principe, il doit s'effectuer à perte (– de temps et/ou d'argent –) »³⁴⁷. Dire que le service s'effectue « à perte » revient à admettre que le débiteur s'appauvrit par la réalisation de celui-ci. Mais peut-on réellement considérer que le débiteur s'appauvrit lorsque la perte subie n'est pas monétaire mais temporelle ? En d'autres termes, peut-on considérer que l'acte est conclu à titre gratuit lorsque l'on ne peut constater un appauvrissement monétaire, autrement dit, une diminution pécuniaire du patrimoine du débiteur ? Cette question est d'importance car si l'appauvrissement va de pair avec la gratuité, et qu'il ne peut donc y avoir de contrat conclu à titre gratuit sans un appauvrissement du débiteur consécutif à la formation et à l'exécution du

³⁴⁶ *contra*, BERGEMAN N., « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *Revue juridique de l'Ouest* 2010, n° 4, p. 459 et s. spéc. p. 461. En parlant du contrat de services gratuit, M. Bergeman estime que le critère objectif de la gratuité, à savoir l'absence de contrepartie, n'entraîne « aucun appauvrissement pour le débiteur ». Un peu plus loin, l'auteur appuie cette affirmation en expliquant que « le service rendu gratuitement est une opération économiquement neutre pour le patrimoine du débiteur, lequel ne s'impose qu'un simple manque à gagner ».

³⁴⁷ DUPICHOT J., « La gratuité et le droit », *Gaz. Pal.* 1999, p. 930 et s., spéc. p. 934.

contrat en question, il pourrait être question de remettre en cause l'apparente gratuité des contrats passés entre chaque membre des communautés.

67. Le manque à gagner : un acte neutre pour le débiteur ? – Il importe alors de savoir si l'on peut constater un appauvrissement du débiteur, et ainsi la gratuité des contrats étudiés, lorsque celui-ci ne reçoit aucune contrepartie sans que son patrimoine subisse directement une véritable diminution. Ainsi, à titre d'illustration, l'on peut se demander si le premier Séliste, qui effectue une vidange pour un autre membre du SEL sans que le bénéficiaire de cette prestation effectuée à son tour de contrepartie, s'appauvrit par la réalisation de ce contrat. Si l'acte conclu à titre gratuit est nécessairement signe d'appauvrissement du débiteur, la gratuité ne pourra subsister qu'à la condition de le caractériser. Or, lorsqu'une des parties effectue une prestation sans obtenir de contrepartie, son patrimoine ne s'amenuise pas nécessairement pour autant. Certes, la réalisation de la première prestation n'a pas enrichi le débiteur initial, mais est-ce à dire que celle-ci l'a appauvri ? En réalité, la question sous-jacente est celle de savoir si l'acte peut être considéré comme neutre pour le débiteur. Si tel est le cas, il n'est pas certain que l'affirmation selon laquelle les contrats de partage sont, en principe, des contrats conclus à titre gratuit, puisse être maintenue. Néanmoins, certains auteurs estiment qu'agir sans aucune contrepartie constitue un acte neutre et que ce caractère ne fait pas obstacle à la gratuité³⁴⁸. L'on aboutirait alors au même résultat que les auteurs pour lesquels la gratuité nécessite un appauvrissement : l'acte est conclu à titre gratuit, qu'il soit neutre pour les uns et signe d'appauvrissement pour les autres.

Cependant, il paraît peu opportun de considérer que le contrat par lequel un débiteur s'engage à fournir un service à une autre partie sans contrepartie, constitue réellement un acte neutre pour le patrimoine de celui-ci³⁴⁹. En effet, l'absence de contrepartie se traduit, *a minima*, par un manque à gagner : le débiteur agit sans recevoir de bien en retour³⁵⁰ ou sans se faire payer le temps nécessaire à sa prestation. À ce titre, il nous paraît délicat de refuser que

³⁴⁸ BERGEMAN N., *art. préc.*, spéc. p. 461. En effet, dans cette perspective, l'auteur explique que l'acte est considéré comme étant conclu à titre gratuit si l'on peut caractériser la réunion de deux critères : le débiteur ne doit pas recevoir de contrepartie (critère objectif) et doit contracter de façon altruiste, c'est-à-dire avec la volonté d'agir de manière désintéressée (critère subjectif).

³⁴⁹ Il semble que la question se limite ici à la prestation de service sans contrepartie. En effet, lorsque le débiteur fournit un bien à son contractant sans se faire payer en retour, il se dépouille d'un élément d'actif de son patrimoine. Ainsi, l'appauvrissement est matériellement caractérisé par le mouvement de valeurs qui sort de son patrimoine pour intégrer celui du créancier. L'appauvrissement du débiteur ne semble donc pas, dans cette hypothèse, prêter à controverse.

³⁵⁰ Si la question du manque à gagner se limite à la prestation de service sans contrepartie, rien n'empêche en revanche que le paiement, auquel aurait pu prétendre le débiteur de la prestation à titre gratuit, fût caractérisé par une prestation de service, la fourniture d'un prix ou d'un paiement en nature.

le manque à gagner soit synonyme d'appauvrissement pour le débiteur. En effet, et personne ne semble le contester, le bénéficiaire de l'acte, créancier de la prestation initiale, est enrichi par l'exécution de ce contrat. Or, comment considérer qu'un acte puisse être neutre pour le débiteur lorsqu'il permet, à lui seul, l'enrichissement du cocontractant ? Certes, les auteurs estimant que l'acte est neutre ne l'affirment que du point de vue du débiteur car, à première vue, et contrairement aux libéralités, il ne diminue pas son patrimoine³⁵¹. En effet, comme l'explique le Professeur Overstake, « celui qui donne un objet quelconque ou de l'argent s'appauvrit, son patrimoine n'est plus le même avant et après l'opération puisqu'il en a fait volontairement sortir un élément d'actif sans espoir de retour à cause du principe fondamental de l'irrévocabilité des donations »³⁵². Mais s'il est vrai que dans l'hypothèse du manque à gagner, l'on ne peut réellement constater de mouvement de valeurs entraînant un amoindrissement pécuniaire du patrimoine du débiteur, il ne faut pas en conclure sur-le-champ que l'acte ne peut ainsi constituer un appauvrissement du débiteur initial. Celui-ci ne se dépouille pas directement d'un élément d'actif mais en fournissant une prestation sans demander un quelconque paiement, il se prive volontairement de la rémunération à laquelle il aurait pu prétendre. La rémunération, si elle avait été demandée, serait ainsi venue augmenter l'actif du patrimoine du débiteur initial. Partant, si le débiteur ne fait pas matériellement sortir un élément d'actif de son patrimoine, il exclut, en revanche, la possibilité d'accroître la valeur de celui-ci. Le manque à gagner consécutif à l'exécution de la prestation non rémunérée par le créancier initial constitue, en cela, la perte d'un actif potentiel : l'acte qui enrichit son bénéficiaire est, en lui-même, porteur d'une certaine valeur, et c'est de cette valeur que le débiteur se prive en ne demandant pas de contreprestation.

Néanmoins, certains auteurs émettent un avis divergent. Le Professeur Rouast estime en ce sens que si « le bénéficiaire [de la prestation gratuite] en retire un profit qui peut être évalué en argent, [...] son enrichissement ne correspond pas à l'appauvrissement du prestataire ». En effet, selon lui, « on ne doit pas dire que le manque à gagner résultant de la prestation équivaut à un appauvrissement de ce dernier, car le manque à gagner ne constitue une perte qu'autant qu'une rémunération pouvait être escomptée »³⁵³. Ainsi, l'absence d'esprit de lucre empêcherait de constater un quelconque appauvrissement de celui qui agit sans contrepartie, car le désintéressement interdirait de considérer que le travail aurait pu être payé : aucune

³⁵¹ BERGEMAN N., *art. préc.*, spéc. p. 462.

³⁵² OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 214 et 215.

³⁵³ ROUAST A., *Essai sur la notion juridique de contrat collectif*, Rousseau, 1909, p. 695 et s., spéc. n°14.

rémunération ne pouvant être espérée de par le caractère altruiste de la prestation, il n'y aurait aucun appauvrissement du débiteur. Cependant, nous voyons mal comment l'intention libérale de la partie qui agit sans contrepartie pourrait neutraliser les conséquences patrimoniales de l'acte. L'appauvrissement du débiteur ne se déduit pas de l'absence, ou de la présence, de l'esprit de lucre, mais du résultat concret de la prestation et, plus précisément, de l'absence de rémunération. En effet, que le débiteur ait, ou non, agi de manière désintéressée, ne modifie en rien la possibilité théorique de demander à ce que la prestation soit rémunérée. Dès lors, si l'affirmation selon laquelle « le manque à gagner ne constitue une perte qu'autant qu'une rémunération pouvait être escomptée » semble exacte, la conclusion à laquelle l'auteur aboutit ne convainc guère. Si le débiteur décide d'agir sans contrepartie, il se prive de manière irrémédiable de la possibilité d'augmenter son patrimoine de la valeur de la prestation effectuée. Par conséquent, puisqu'en théorie, une rémunération peut toujours être escomptée, celui qui agit sans être rémunéré s'appauvrit de par le manque à gagner consécutif à l'exécution de la prestation, que le versement d'une contrepartie n'ait pas été prévu au contrat ou qu'il décide *in fine* de ne pas la réclamer. Ce même débiteur, dans un rapport contractuel différent, aurait tout aussi bien pu demander à ce que sa prestation soit payée : seule la motivation des parties diffère ici en fonction de l'absence, ou de la présence, d'une intention libérale. En revanche, le résultat économique de l'acte, lui, est identique. Or, si la volonté des parties demeure un élément important dans l'appréhension des relations contractuelles et leur qualification, il paraît délicat de lui conférer un pouvoir si important qu'elle puisse venir neutraliser l'ensemble des conséquences patrimoniales de la situation. Preuve en est de la jurisprudence excluant la qualification de *commodat* malgré l'absence de loyer, lorsque toutes les charges afférentes et notamment la taxe foncière sont payées par l'emprunteur³⁵⁴.

68. L'appauvrissement du débiteur initial, révélateur de la gratuité des contrats interindividuels de partage ? – Les contrats tissant les relations entre les différents membres des communautés de partage paraissent donc, à ce stade, devoir être qualifiés de contrats conclus à titre gratuit. Les techniques de partage mettent généralement en relation une multitude d'individus qui ne se rendent pas des services réciproques : seul l'une des parties fournira un bien ou un service à son cocontractant, celui-ci ne s'obligeant pas directement à l'égard de son débiteur. Partant, seul le débiteur initial s'engage à fournir une prestation lorsque le créancier de cette première prestation ne lui fournit aucune contrepartie. Or, l'absence de paiement des

³⁵⁴ Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2004, n°02-12663, *Bull. civ.* III, n°6, p. 4, *RDC* 2004, p. 708, obs. SEUBE J.-B.

créanciers et l'appauvrissement corrélatif des débiteurs qui en résulte laisse à penser que les contrats de l'économie de partage sont conclus à titre gratuit et doivent ainsi ressortir du régime juridique applicable à cette catégorie : leurs conditions de formation seront donc plus exigeantes, les vices du consentement appréciés de manière plus rigoureuse, lorsque la personne du contractant prendra généralement une importance toute particulière.

Toutefois, l'on ne peut s'en tenir à ce premier constat. En effet, si cette analyse se justifie lorsque l'on tente de saisir la nature de chaque contrat pris de manière isolée, elle devient plus contestable lorsqu'on les replace dans un contexte global. Certes, le contrat initial par lequel le débiteur fournit une prestation au créancier ne met pas une obligation de rémunération à la charge de ce dernier. Néanmoins, le débiteur semble tout de même recevoir un paiement pour l'exécution de la prestation initiale.

§ 2 : L'existence d'une rémunération finale

69. « La gratuité est l'absence de contrepartie »³⁵⁵ – À première vue, caractériser la gratuité ou l'onérosité d'un contrat paraît donc fort simple : il suffit de vérifier l'absence, ou la présence, d'une rémunération. L'on peut toutefois se demander s'il est réellement possible de réduire cette question à une affirmation aussi laconique. Sans contester le bien-fondé de cette démonstration, avec laquelle il est difficile de ne pas s'accorder, il nous faut tout de même la préciser.

70. La nécessité de caractériser la contreprestation – Pour aboutir à la conclusion selon laquelle le contrat est conclu à titre onéreux, il est donc nécessaire de s'employer à vérifier l'existence de la contrepartie (ou son absence lorsqu'il est question de révéler la présence d'un contrat à titre gratuit). Ce premier point paraît, à première vue, si évident qu'il ne semble pas nécessaire de lui accorder de plus amples développements, l'existence d'une contreprestation devant nécessairement être vérifiée. Pourtant, certains auteurs ne s'embarrassent que très peu de cette exigence.

À titre d'illustration, Monsieur Bedoura, dans sa thèse de doctorat, consacre un développement conséquent sur la nature contractuelle et onéreuse des services rendus par une personne dans le cadre de l'exercice de sa profession, et semble conclure à l'onérosité de principe de ces services selon un raisonnement que l'on peine à saisir³⁵⁶. L'auteur prend

³⁵⁵ COLLART DUTILLEUL F., *art. préc.*, p. 7 et s., spéc. p. 20.

³⁵⁶ BEDOURA J., *L'amitié et le droit civil*, Th. Tours, 1976, p. 103 et s., n°85 et s.

l'exemple d'une affaire opposant deux médecins, l'un ayant subi un traitement sous la surveillance de l'autre, sans rémunération. En l'espèce, le premier souhaitait engager la responsabilité contractuelle de son confrère suite à une maladie consécutive au traitement reçu à titre gracieux. Le défendeur estimait, quant à lui, qu'aucun contrat n'avait été conclu entre eux, et que sa responsabilité devait ainsi être fondée sur la faute délictuelle qui, à l'époque des faits, était prescrite contrairement à l'action fondée sur le contrat. La Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, conclut alors à l'existence d'un contrat liant les deux médecins, en précisant qu'il n'était pas nécessaire de rechercher si la nature de celui-ci était influencée par la gratuité effective des soins. Les juges du Quai de l'Horloge estimèrent, à la suite des magistrats du second degré, que le contrat avait un caractère onéreux contrairement à ce que soutenait le pourvoi car, « l'absence de rémunération que les médecins s'accordent entre eux, suivant des usages à peu près constants, peut s'interpréter juridiquement comme une remise volontaire de dette fondée sur la réciprocité ». Ainsi, après avoir rappelé ces solutions sur la nature de la relation entre les deux médecins³⁵⁷, l'auteur s'interroge : « la gratuité, dira-t-on, que devient-elle ? Elle est sans importance estiment les juges, car purement apparente : il y a plusieurs manières de payer, et cela ne signifie pas obligatoirement fournir des numéraires ». Mais ni Monsieur Bedoura ni les magistrats n'avancent d'argument pertinent sur ce qui irait, dans ce rapport contractuel, à l'encontre de la gratuité. Le raisonnement des juges selon lequel il s'agirait d'une remise de dette fondée sur la réciprocité ne convainc guère. En effet, pour qu'il puisse y avoir remise de dette, encore faut-il que le second médecin ait eu, à l'égard du premier, une dette préexistante à éteindre. Celle-ci pourrait certes être déduite d'une présomption d'onérosité des contrats conclus par des professionnels. Mais pendant de longues années, pareille présomption ne fut reconnue qu'à l'égard du mandat salarié³⁵⁸. Et si elle fut récemment étendue au dépôt³⁵⁹, elle ne connaît pas d'application systématique à tous les contrats conclus par un professionnel³⁶⁰. Plus spécifiquement s'agissant du cas d'espèce relevé par Monsieur Bédoura, il ne nous paraît pas opportun de déduire cette dette des usages de la profession médicale, car l'on voit mal en quoi l'absence de rémunération atteste, ici, de la réalité d'une

³⁵⁷ Cass. Civ., 18 janv. 1938, S. 1939. I. 201, note ESMEIN P.

³⁵⁸ Les mandats conclus par des professionnels sont présumés à titre onéreux. V. not. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1989, *Bull. civ. I*, n°339, p. 267 ; Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, n°96-10718, *Bull. civ. I*, n°211, p. 145, *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 127, note LEVENEUR L.

³⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005, n°02-16926, *Bull. civ. I*, n°165, *Cont. Conc. Cons.* 2005, comm. 148, note LEVENEUR L. ; *RDC* 2005, p. 1123, note PUIG. P. ; *RDC* 2005, p. 1029, obs. BÉNABENT A.

³⁶⁰ V. en matière de mise à disposition où la Cour de cassation a refusé de présumer l'existence d'un contrat de louage de choses malgré la qualité de professionnel du contractant à l'origine de la mise à disposition : Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-17686, *Cont. Conc. Cons.* 2005, comm. 126, note LEVENEUR L.

dette préexistante. L'on ne peut fonder la nature juridique d'une relation contractuelle sur une dette future et hypothétique qui viendrait justifier l'ensemble des rapports contractuels entre médecins et, de manière plus générale, entre des personnes liées par un lien de confiance ou une certaine proximité. Entendons-nous bien, il ne s'agit pas de dire que l'absence de rémunération immédiate exclut automatiquement et définitivement le caractère onéreux de la prestation. Simplement, dans le cas d'espèce, rien ne justifie concrètement que l'onérosité ait été préférée à la gratuité. Certes, le paiement n'est pas nécessairement effectué sous la forme du versement d'un prix. Toutefois, cette seule affirmation ne se suffit pas à elle-même, et l'on ne peut déduire l'onérosité de la relation sans mettre en évidence l'existence d'une contreprestation.

71. Le refus de considérer l'avantage moral comme une contrepartie – Certains auteurs, en affirmant que la contrepartie n'est pas nécessairement synonyme de versement d'une somme d'argent, ce que nous ne contestons pas, estiment de manière générale que l'absence de paiement ne fait pas obstacle à l'onérosité. Dès lors, l'avantage moral pourrait suffire, selon eux, à caractériser un contrat conclu à titre onéreux³⁶¹. La question ici tient alors dans ce qu'il convient d'entendre par contrepartie, puisqu'il s'agit de savoir si la caractérisation d'un avantage purement matériel est nécessaire pour vérifier l'existence de la contrepartie et si son absence entraîne, *de facto*, le contrat vers la catégorie des actes à titre gratuit.

Pour certains, l'avantage moral pourrait, effectivement, être le signe de l'onérosité. À ce titre, Monsieur Champeaux estime que l'acte est conclu à titre gratuit si le prestataire est animé par un sentiment altruiste. En revanche, la présence de l'avantage moral combiné à la recherche d'une satisfaction égoïste serait synonyme d'onérosité. Ainsi, l'absence de contrepartie matérielle n'empêcherait pas l'acte de tomber dans la catégorie des actes conclus à titre onéreux puisque l'avantage moral retiré par le débiteur de la prestation initiale pourrait suffire, selon ce point de vue, à caractériser l'onérosité de la relation contractuelle. De la même manière, en parlant de l'avantage moral, Monsieur Hamel affirme : « cet avantage est-il de ceux qui font naître l'acte intéressé ; est-il tel que l'examen des intentions du donateur manifeste nettement son désir de se procurer une satisfaction égoïste, sans aucune pensée de sacrifice, l'acte sera à titre onéreux. Au contraire, cette jouissance morale est-elle seulement la satisfaction intime que procure l'accomplissement d'un devoir supérieur d'amour, de charité,

³⁶¹ CHAMPEAUX J., *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931, p. 63, n°III.

d'altruisme, alors l'acte appartient au royaume des libéralités »³⁶². Monsieur Martin évoque quant à lui la possibilité de conclure un acte à titre onéreux pour satisfaire un « intérêt d'affection »³⁶³. Enfin, de manière analogue, Demogue estimait que « l'avantage obtenu par un contractant peut être non seulement matériel, mais moral, ce n'est que l'application de ce principe que le contrat n'a pas nécessairement un objet appréciable en argent »³⁶⁴. L'auteur prend alors l'exemple d'une personne qui, pour sa satisfaction personnelle, donne une certaine somme à une église afin que celle-ci puisse « reconstituer une sonnerie qu'elle désirait vivement voir rétablir »³⁶⁵.

Il ne semble toutefois pas opportun de souscrire à une telle analyse. En ce sens, Messieurs Dupeyroux³⁶⁶ et Overstake³⁶⁷, dans leurs thèses respectives de doctorat, estiment que « l'équivalent » (comprendons ici, la contrepartie reçue par celui qui fournit un bien ou un service) est, avec l'élément intentionnel, l'une des clefs de voûte de la distinction des contrats conclus à titre gratuit et onéreux. Partant, « l'équivalence » dont il est ici question n'est pas morale, mais économique : « l'onérosité [étant] une notion matérielle, économique », il semble « normal d'apprécier l'équivalent signe du titre onéreux sur le terrain économique : est onéreux ce qui est pécuniairement appréciable »³⁶⁸. La seule satisfaction d'un intérêt moral ne suffit donc pas à faire basculer l'acte dans cette catégorie de contrats. De plus, au-delà de ce simple constat, admettre qu'un acte puisse être conclu à titre onéreux lorsque l'exécution de la prestation satisfait un intérêt moral, reviendrait à anéantir la distinction précédemment évoquée. Il n'y aurait alors plus que des contrats conclus à titre onéreux puisque les contrats à titre gratuit, en contentant l'intérêt moral du disposant, rempliraient la condition tenant à la nécessité d'une contrepartie caractéristique des contrats à titre onéreux³⁶⁹. Dès lors, il convient de se placer sur le versant patrimonial, et d'évaluer puis de comparer la valeur pécuniaire des différentes prestations pour caractériser l'existence d'une rémunération : il faut donc rechercher ce que le

³⁶² HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, p. 371 et 372.

³⁶³ BARTIN E., *Théorie des conditions : impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, Rousseau, 1887, p. 375 et s.

³⁶⁴ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Editeurs, 1923, p. 895 et 896, n°916.

³⁶⁵ *Ibid.* p. 916, p. 897 et 906. L'auteur cite alors deux décisions pour asseoir son propos : Req. 14 avril 1863, S. 1863. I. 362 - Rappr. trib. Mamers, 2 fév. 1875, D. 1875. 5. 188.

³⁶⁶ DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, p. 107 et s., n°91 et s.

³⁶⁷ OVERSTAKE J.-F., *th. préc.*, p. 197 et s.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 200.

³⁶⁹ En ce sens, Monsieur Tarbouriech écrivait déjà, en 1894, qu'une telle conception n'aboutirait à « rien de moins qu'à confondre d'une manière absolue l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit que l'on prétend distinguer » : TARBOURIECH E., *De la cause dans les libéralités. Contribution à la théorie de la cause*, V. Giard & E. Brière, 1894, p. 13.

Professeur Collart Dutilleul appelle une « vraie contrepartie, quantifiable, objective, contrôlable et surtout exprimée »³⁷⁰. Le Doyen Maury ne défendait rien d'autre lorsqu'il énonçait qu'il n'est pas vrai qu'un intérêt moral soit un équivalent économique : celui qui retire d'un acte un profit purement moral ne s'enrichit pas »³⁷¹.

La jurisprudence a d'ailleurs assez rapidement choisi de rejeter la thèse de l'équivalent moral. Tout d'abord, la Cour d'appel de Toulouse décida de maintenir la qualification de donation s'agissant du versement, par un prêtre, d'une somme d'argent dans la caisse d'une fabrique, à charge pour cette dernière d'employer ladite somme à la construction d'une église³⁷². La Cour de cassation s'aligna sur la position de la Cour d'appel en rejetant le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt susmentionné³⁷³. Dans une espèce similaire, la Haute juridiction prit fermement position pour la qualification d'acte à titre gratuit, en affirmant que « la condition d'un emploi déterminé de la chose donnée ne change pas la nature du contrat et n'empêche pas qu'il y ait donation si cet emploi n'est pas prescrit en vue d'un avantage équivalent »³⁷⁴. Comme l'explique Monsieur Dupeyroux, « c'est un *intérêt matériel* du disposant que recherchent les juges et à défaut de cet intérêt patrimonial, ils refusent de discerner dans l'acte les éléments du titre onéreux »³⁷⁵.

72. La tentative d'appréhension de la rémunération dans les contrats de partage – Si l'avantage moral n'est pas constitutif d'une rémunération, l'on peut se demander si tout mouvement inverse à la prestation initiale est nécessairement le signe d'une rémunération. C'est sur cette dernière question qu'il sera nécessaire de s'arrêter. En effet, dans les pratiques relevant de l'économie du partage, l'on peut caractériser l'existence de « monnaies alternatives » créées par les communautés, ce qui interroge quant à la qualification adéquate à appliquer aux relations interindividuelles de partage. L'on constate effectivement un versement au crédit du débiteur de la prestation initiale. Mais est-ce à dire que celui-ci doit être considéré comme le paiement de la prestation (A) ou faut-il chercher l'existence d'une contrepartie ailleurs que dans ce versement de grains (B) ?

³⁷⁰ COLLART DUTILLEUL F., « Gratuité et droit des contrats », *Mélanges B. Lewaszkiewicz-Petryłowska*, Univ. de Lodz, 1997, p. 7 et s., spéc. p. 8. Dans le même sens, V. TARBOURIECH E., *op. cit.*, p. 13 et s.

³⁷¹ MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920, p. 72.

³⁷² CA Toulouse, 14 janvier 1911, *D.* 1922. 1. 76, note 17.

³⁷³ Civ. 19 juillet 1921, *D.* 1922. 1. 99.

³⁷⁴ Civ. 8 novembre 1911, *D.* 1912. 1. 289, note GUILLOIS.

³⁷⁵ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 131, n°116.

A. Le versement de « grains »

73. Le versement de grain, signe de l'onérosité ? – Certains auteurs voient dans les techniques de partage des contrats conclus à titre onéreux en raison du transfert, par le créancier initial, d'un certain nombre d'unités de « monnaie alternative ». En effet, il arrive fréquemment que les communautés accueillant les pratiques de partage mettent en place une unité de compte qui leur est propre et qui sera transférée, après chaque échange, du solde du créancier de la prestation initiale, à celui de son débiteur (1). Or, ce transfert de valeurs serait le signe, pour certains, du paiement de la prestation et donc, *a fortiori*, du caractère onéreux des contrats. L'exemple emblématique en la matière réside dans le mécanisme mis en place par les systèmes d'échange locaux (SEL) qui utilisent ce que l'on appelle de manière générale, des « grains de sel ». Pour plus de simplicité, et dans la mesure où chaque technique de partage nomme, à sa guise, son unité de compte lorsqu'elle prévoit un tel système, nous dénommerons ces unités sous l'appellation générique de « grains ». Quoiqu'il en soit, il n'est pas certain qu'il faille voir dans l'utilisation de ces derniers le signe d'une rémunération (2).

1. Le mécanisme des « monnaies » non étatiques

74. Diversité terminologique – Sans revenir sur les origines historiques et idéologiques des monnaies non étatiques³⁷⁶, il faut tout de même apporter une précision avant même de se demander si les grains peuvent être considérés comme une monnaie au sens juridique. En effet, lorsque l'on parle des « monnaies » non étatiques ou privées, l'on englobe des pratiques différentes auxquelles l'on accole une grande diversité de noms. La lecture des ouvrages sur les différentes initiatives en matière de monnaie révèle des appellations telles que « monnaie locale », « monnaie solidaire » (ou « sociale »), « monnaie alternative », « monnaie complémentaire »³⁷⁷, *etc.* Toutefois, l'observateur avisé comprendra fort vite que, sous cette multitude d'appellations, deux systèmes paraissent se détacher.

75. La nécessité de différencier les monnaies locales complémentaires (MLC)³⁷⁸ des grains – Il serait trompeur de vouloir assimiler l'ensemble des initiatives ayant trait à la monnaie comme si elles étaient toutes, peu ou prou, construites sur un mécanisme identique.

³⁷⁶ V. *infra*, n°63.

³⁷⁷ V. en ce sens : BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 84 et 85, n°109.

³⁷⁸ L'on retrouve également l'appellation de monnaies locales complémentaires citoyennes (MLCC).

En réalité, les monnaies locales complémentaires sont une création différente des « monnaies » utilisées au sein des pratiques de partage. Il s'agit, alors, « d'unités de compte mises en circulation, en complément de la monnaie nationale, à l'initiative de groupes de citoyens réunis au sein d'un réseau sur un territoire limité et dont les règles de fonctionnement sont définies par eux »³⁷⁹. Idéologiquement, ces deux techniques ont un grand nombre de points communs : volonté de recréer du lien social, favoriser les échanges locaux, donner voix au chapitre aux préoccupations écologiques, *etc.* Il s'agit pourtant de deux créations distinctes qui ont vocation à se côtoyer et à se superposer en raison de leur complémentarité.

Il faut donc distinguer les MLC des monnaies mises en place au sein des communautés de partage, qu'il s'agisse des SEL ou des autres communautés regroupant des individus afin de mutualiser biens, services et savoir-faire et créant, pour ce faire, une monnaie propre. Le premier indice plaidant en faveur de cette distinction réside dans la possibilité d'adjoindre aux pratiques de partage utilisant des grains, une monnaie locale complémentaire³⁸⁰. Or, si l'on peut adjoindre une MLC à un SEL qui, par définition, dispose donc déjà d'une « monnaie privée » (les grains), c'est sans aucun doute que les grains sont une initiative différente des MLC et ne peuvent ainsi y être assimilés.

De plus, l'émission et la gestion de ces monnaies locales complémentaires ont été autorisées et encadrées par le législateur qui leur a consacré, avec la loi sur l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014³⁸¹, deux articles au sein du Code monétaire et financier³⁸². Il n'a cependant jamais été question, à notre connaissance, de faire application de ces dispositions aux grains, ni dans les SEL, ni dans les autres techniques de partage ayant créée une « monnaie » particulière qui n'aurait de valeur qu'à l'intérieur du groupe. Au demeurant, aucun commentateur n'a émis l'hypothèse de transposer aux grains les dispositions sur les monnaies locales complémentaires.

76. Un rapport distinct à la monnaie étatique – Contrairement aux grains, les MLC fonctionnent sur un système de bons que les adhérents d'une association pourront acheter en

³⁷⁹ DERUDDER Ph., *Les monnaies locales complémentaires : pourquoi, comment ?*, coll. Economie, Yves Michel, 2012, p. 49.

³⁸⁰ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 85, n°110. L'auteur cite un extrait de l'ouvrage de M. Derudder : « certes nous avons déjà un SEL villeneuvois actif, mais nous comprenons tout l'intérêt d'y adjoindre une monnaie complémentaire locale s'adressant à toutes les sphères de notre communauté ». Sur ce point, V. DERUDDER Ph., *op. cit.*, p. 162 et 163.

³⁸¹ Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. JORF n°0176 du 1 août 2014 page 12666.

³⁸² Articles L. 311-5 et L. 311-6 CMF.

euros dans un bureau de change contre des unités d'une monnaie locale complémentaire³⁸³. La monnaie ainsi acquise pourra, par la suite, être utilisée pour acquérir des biens, ou disposer de services proposés dans le cadre de projets locaux par des entreprises ayant été reconnues comme éligibles pour rejoindre le réseau en question³⁸⁴. Les euros en échange desquels les monnaies locales complémentaires sont versées ne sont pas déposés, comme dans le système capitaliste classique, sur le compte en banque du commerçant ou du prestataire mais « affectés à un fonds de garantie placé dans une banque éthique pour soutenir des projets locaux », afin de ne pas « alimente[r] le système monétaire international et ses dérives »³⁸⁵. En ce sens, la Ville de Lyon a lancé, en 2015, sa propre monnaie locale complémentaire : la gonette³⁸⁶. La différence entre la gonette, monnaie locale, et les grains, est d'ailleurs clairement réaffirmée par les membres de l'association qui prennent ainsi la peine d'expliquer en quoi ces deux monnaies se distinguent³⁸⁷.

À l'inverse, les grains ne sont pas convertibles en euros³⁸⁸, ils ne sont ni achetés ni échangés selon une référence quelconque à la monnaie étatique, mais apparaissent au cours de la vie des communautés : c'est parce que les contractants échangent des biens et des services entre eux que les grains sont créés. Comme l'explique Monsieur Servet, la dette est le « lien financier premier »³⁸⁹. Les grains se créent suite à la prestation de service d'un membre de la communauté ou la fourniture d'un bien, ce qui pousse Madame Bradburn à affirmer, non sans raison, à propos des systèmes d'échanges locaux, que « la création monétaire se fait par la dette »³⁹⁰, ce qui peut être étendu à l'ensemble des communautés fonctionnant selon un schéma similaire³⁹¹.

³⁸³ Il y a des conditions tenant à la nécessité d'être une entreprise « locale et non franchisée », la signature d'une « charte de qualité concernant l'environnement, l'utilité des biens et services, les conditions de travail, la synergie d'échanges avec les autres prestataires locaux, etc. » BRADBURN S., *th. préc.*, p. 86 et s., n°111 et s., spéc. n°113 ; DERUDDER Ph., *op. cit.*, p. 161 et s.

³⁸⁴ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 86 et 87, n°113.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 87, n°114.

³⁸⁶ Pour une explication sur l'origine et le but de la gonette V. <http://www.lagonette.org/wp-content/uploads/DP-La-Gonette.pdf>. De manière générale, V. également le site internet dédié à cette monnaie locale complémentaire : <http://www.lagonette.org/>.

³⁸⁷ Sur la différence entre MLC et grains, V. http://www.lagonette.org/hrf_faq/difference-sel-systeme-dechange-local/.

³⁸⁸ SERVET J.-M., *Une économie sans argent : les systèmes d'échange local*, Seuil, 1999, p. 183 ; LATOUR G., « Les systèmes d'échanges locaux (SEL) : sujet de droits ou fabrique d'illégalisme », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, Montchrestien, p. 373 et s. spéc. p. 374.

³⁸⁹ SERVET J.-M., *op. cit.*, p. 196.

³⁹⁰ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 85, n°110.

³⁹¹ Notons tout de même que des grains peuvent aussi être attribués pour d'autres raisons, notamment en cas de parrainage d'un nouveau membre. C'est ce que l'on retrouve, par exemple, dans le fonctionnement de Tempo – Lève la main, car cette action sert la communauté. Sur ce point, V. <https://tempoapp.fr/petit-guide-dutilisation/>.

La valeur des grains et des MLC diffère également. On l'a compris, la monnaie locale étant acquise par l'achat de bons en euros, sa valeur est calquée sur celle de la monnaie étatique. En revanche, chaque communauté de partage choisit la référence en fonction de laquelle la valeur des grains sera calculée. Dans une grande majorité des cas, c'est le facteur temps qui est choisi comme indice de référence sans que la complexité du service rendu, la valeur intrinsèque du bien ou tout autre critère, ne soit pris en compte³⁹² : peu importe la nature de l'échange, une heure de travail correspondra à 60 grains (lorsque des biens sont échangés, ils sont généralement « troqués contre des minutes de travail » bien que cela laisse place à une certaine part d'arbitraire³⁹³). Ce mode de fonctionnement, qui est sans aucun doute le plus courant, est celui que l'on retrouve, par exemple, au sein du SEL Lyon Croix-Rousse³⁹⁴ ou dans l'association Tempo³⁹⁵. Il existe toutefois quelques exceptions. Certaines communautés laissent, en effet, leurs membres décider eux-mêmes de la valeur qu'ils désirent accorder à chaque échange, parfois de manière totalement libre (c'est l'exemple du SEL Lyon Rive Gauche³⁹⁶). D'autres mettent en place un algorithme calculant, en fonction de nombreux critères, la valeur des échanges. Par exemple, le site HomeExchange fonctionne grâce à un système de « *GuestPoints* »³⁹⁷ attribués à chaque membre de la communauté en fonction de critères comme la localisation de l'hébergement, sa taille, le nombre de couchages, les éléments de confort, *etc.* L'algorithme calcule ensuite le nombre de *GuestPoints* accordés à chaque membre, mais il est tout de même possible d'adapter la valeur accordée à son hébergement (bien que la plateforme

³⁹² Toutefois, et bien que cet exemple soit plutôt marginal, certaines communautés prennent tout de même l'euro pour référence. En ce sens, V. l'un des SEL de Saint-Quentin-en-Yvelines dans lequel une unité (une grenouille) équivaut à un euro : <http://selservice.org/fonctionnement.html>.

³⁹³ En ce sens, V. par exemple : http://sel-croixrousse.org/docs/article.php3?id_article=2.

³⁹⁴ Le site internet du SEL Lyon Croix-Rousse explique ainsi que « l'unité d'échange du SEL Croix-Rousse est appelée le caillou. Cette unité est avant tout basée sur le temps : elle correspond à une minute de travail. L'échelle des valeurs n'est donc pas la même que dans le système marchand. On s'efforce de ne plus raisonner en euros, mais en minute de travail. Une heure de ménage aura ainsi la même valeur qu'une heure d'informatique. Toutes les compétences au sein du SEL sont mises sur un pied d'égalité » : http://sel-croixrousse.org/docs/article.php3?id_article=2.

³⁹⁵ Le paragraphe « Présentation » des conditions générales d'utilisation explique qu'un « service rendu donne droit à une compensation en crédit temps ».

³⁹⁶ Le site internet du SEL Lyon Rive Gauche explique ainsi que : « le montant d'un échange n'est pas fixé par l'association, il résulte d'un accord entre les deux sélistes qui échangent » : <http://www.sel-lyonrivegauche.fr/>.

³⁹⁷ Les *guestpoints* sont d'ailleurs définis par GuestToGuest comme « la manière dont l'hospitalité de[s] membres est récompensée ». Concrètement, à chaque fois que vous invitez des membres de HomeExchange, ceux-ci vous donnent des *GuestPoints* pour vous remercier. Ensuite, grâce à ces *GuestPoints*, vous pouvez vous-même vous faire inviter partout où vous souhaitez : <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000631237-Qu'est-ce-que-les-GuestPoints->. La plateforme ne permet donc de dégager aucun revenu pécuniaire. Le seul paiement en argent autorisé est celui lié aux frais de nettoyage, particulièrement avec la situation actuelle de COVID-19, et à condition qu'il respecte les principes de la communauté : <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360009466098-Les-h%C3%B4tes-peuvent-ils-demander-des-frais-suppl%C3%A9mentaires->.

déconseille à ses membres de la modifier en estimant qu'il est « important que toutes les maisons soient évaluées de manière égale »). Les membres ont alors la possibilité d'augmenter l'offre de 30 *GuestPoints*, la modulation à la baisse étant quant à elle totalement libre. Ainsi, un logement évalué à 100 *GuestPoints* la nuit peut être proposé aux membres de la communauté, à la valeur indiquée par l'algorithme, mais également à une valeur supérieure qui pourra aller jusqu'à 130 *GuestPoints* la nuit au maximum. À l'inverse, il sera possible de le proposer pour une valeur inférieure à 100 *GuestPoints*³⁹⁸ sans que la baisse soit limitée par une valeur plancher.

Ces différents modes de valorisation des grains rendent en grande partie inutile les interrogations quant à l'adaptation des contrats aux circonstances économiques et, de fait, à la révision pour imprévision. En effet, après avoir longuement refusé, avec la jurisprudence Canal de Craponne, que le juge puisse modifier les conventions devenues fortement déséquilibrées suite à la survenance d'événements que les parties ne pouvaient raisonnablement prévoir³⁹⁹, le droit français a opéré une véritable « rupture idéologique »⁴⁰⁰. Désormais, en application de l'article 1195 du Code civil, « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». En cas de refus ou d'échec de la négociation, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats confère aux juges la possibilité de réviser le contrat ou d'y mettre fin. Il paraît toutefois délicat de caractériser, en matière de partage, le changement de circonstances aboutissant à l'excessive onérosité de l'exécution des engagements. En effet, ce critère de mise en œuvre de la révision pour imprévision suppose que soit le contrat soit devenu particulièrement déséquilibré suite à la diminution ou à la hausse du coût de la contreprestation⁴⁰¹. Or, lorsque l'évaluation du montant des prestations s'effectue sur la base

³⁹⁸ Pour plus de détails sur l'attribution des *GuestPoints* et leur fonctionnement, V° <https://help.guesttogo.com/hc/fr/categories/201540225-Les-GuestPoints>.

³⁹⁹ Civ. 6 mars 1876, *D.* 1876. 1. 193, note GIBOULOT ; CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, coll. Grands arrêts, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 172 et s., n°165.

⁴⁰⁰ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 714, n°634.

⁴⁰¹ Tel sera notamment le cas lorsque « le coût direct de telle prestation sera devenu excessif pour le débiteur (par exemple, livrer telle ressource devenue très rare à la suite d'un événement climatique imprévisible, et donc excessivement coûteuse) » ou lorsque « l'effondrement de la valeur de la contrepartie rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse (par ex., dans un contrat d'échange, lorsque l'un des biens échangés perd toute valeur) » MALINVAUD P., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 488, n°544 ; dans le même ordre d'idée, le Professeur Stoffel-Munck explique qu'il « faut vraisemblablement comprendre "l'onérosité" comme un rapport coût/avantage négatif. Elle serait caractérisée par la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit. Par suite, l'exécution du contrat deviendrait

de l'unité temps, ce critère de référence empêche *de facto* leur dévalorisation : le temps est une unité fixe qui n'est pas soumis à la différence de l'unité monétaire, aux fluctuations résultants des changements de circonstances et des bouleversements économiques. Une prestation d'une heure sera toujours évaluée à 60 grains. Les fluctuations économiques et l'évolution des circonstances n'ont en effet aucune prise sur la valorisation de celle-ci, faisant alors obstacle à ce que le contrat devienne, en cours d'exécution, plus onéreux qu'au moment de sa formation⁴⁰². Quoiqu'il en soit, et pour en revenir à la distinction qui nous préoccupe, les grains étudiés dans le cadre de ces développements ne doivent pas être assimilés aux monnaies locales complémentaires, malgré les diverses similitudes entre ces deux techniques. Une fois cette précision apportée, il faut désormais se demander s'il est possible de voir, dans le versement de grains, une rémunération. Si l'on peut déceler le signe du paiement de la prestation, il sera nécessaire de considérer que les contrats de partage sont, contrairement à la première conclusion, des contrats conclus à titre onéreux, avec toutes les conséquences que cela implique sur leur régime juridique.

2. Le refus de considérer le versement de grain comme une rémunération

77. Les grains, une alternative à la monnaie étatique ? – « On suppose généralement que la monnaie nationale constitue la seule monnaie employée dans un pays. On observe néanmoins parfois l'existence de monnaies parallèles, c'est-à-dire de moyens de paiement et d'unités de compte qui constituent une alternative à l'emploi de la monnaie nationale »⁴⁰³. Si cette affirmation ne peut être totalement démentie, est-ce à dire pour autant qu'elle s'applique s'agissant des « monnaies » créées dans le cadre des communautés de partage, qui n'ont de valeur qu'au sein du groupe et ne sont aucunement convertibles en euros ? Autrement dit, les grains peuvent-ils constituer une alternative à la monnaie nationale ? Il ne s'agit pas de déterminer si les grains peuvent, ou non, remplacer l'euro dans la vie quotidienne, mais plutôt de réfléchir à la possibilité que leur utilisation puisse, au même titre que l'euro, être considérée comme le paiement d'une prestation. Pour certains, cela ne fait pas l'ombre d'un doute.

«onéreuse» au sens de l'article 1195 aussitôt qu'elle coûterait plus qu'elle ne rapporte » STOFFEL-MUNCK Ph., « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, *hors-série*, p. 30 ; HORN S., « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p. 3333 et s., spéc. n°6.

⁴⁰² Si la prestation nécessite finalement deux heures au lieu d'une, son débiteur verra son compte crédité de 120 grains. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une fluctuation résultant d'un bouleversement des circonstances économiques, mais d'une simple erreur d'appréciation des parties qui devra ainsi être corrigée.

⁴⁰³ BLANC J., *Les monnaies parallèles, approches historiques et théoriques*, Th. Lyon 2, 1998, p. 2.

Madame Bradburn, qualifiant pourtant les grains de « monnaie purement fictive »⁴⁰⁴, explique ainsi, à propos des systèmes d'échanges locaux, que « les unités de SEL remises en contrepartie de la prestation de service ou de la livraison de bien constituent une monnaie nouvelle qui sert à évaluer mais aussi à payer »⁴⁰⁵. C'est d'ailleurs l'argument invoqué par l'auteur pour refuser, aux contrats passés dans le cadre des SEL, la qualification de contrat d'échange au sens de l'article 1702 du Code civil. L'idée est la suivante : le contrat d'échange suppose l'absence de monnaie. Or, les grains étant une monnaie nouvelle utilisée dans le cadre des contrats intersélistes, ceux-ci ne peuvent être qualifiés de contrats d'échange⁴⁰⁶. Certes, ce raisonnement paraît conforme à la stricte orthodoxie du syllogisme juridique et ne semble souffrir ainsi d'aucune contestation. Toutefois, sans remettre en cause la conclusion à laquelle arrive Madame Bradburn à propos de la qualification des contrats intersélistes⁴⁰⁷, il nous faut éprouver l'idée que les grains pourraient être une monnaie nouvelle.

78. La monnaie : une prérogative régalienne – D'aucuns estiment que les grains, en constituant une monnaie nouvelle, un moyen de paiement, pourraient caractériser, *ipso facto*, l'existence d'un prix. Toutefois, comment ces grains pourraient-ils recevoir une telle qualification alors qu'ils sont créés par la communauté et pour la communauté lorsque, « par essence, la monnaie est une affaire d'État »⁴⁰⁸ ? En effet, la mise en circulation de la monnaie, tout comme son retrait, sont des prérogatives régaliennes. Comme l'a rappelé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 juin 1999, les autorités judiciaires sont alors incompétentes pour connaître des contestations sur ce point, celles-ci « mett[ant] en cause une prérogative de puissance publique »⁴⁰⁹. Dès lors, puisque seul l'État a le pouvoir de battre monnaie, cette dernière étant à l'évidence un « mécanisme d'État »⁴¹⁰, l'on voit mal comment les grains pourraient accéder à cette qualification, ceux-ci étant créés à l'intérieur de chaque

⁴⁰⁴ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 93, n°125.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 59, n°80.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 59, n°80.

⁴⁰⁷ Sur les raisons de refuser la qualification de contrat d'échange aux contrats passés dans le cadre des communautés, V. *infra*, n°378 et s.

⁴⁰⁸ BRUGUIERE J.-M., « Qu'est-ce que la monnaie ? », *JCP E* 2001, p. 1905 et s. spéc. n°10 et s.

⁴⁰⁹ *Ass. Plén.*, 18 juin 1999, Bull. civ. ass. plén., n°3 ; Le Professeur Libchaber affirme alors clairement, à propos du commentaire de l'arrêt du 18 juin 1999, que l'émission de la monnaie est une prérogative régalienn

⁴¹⁰ BRUGUIERE J.-M., *art. préc.*, p. 1905 et s., spéc. n°10.

communauté et ne pouvant être utilisés en-dehors⁴¹¹. Concéder aux grains un caractère monétaire reviendrait à admettre une véritable fuite en avant des prérogatives de puissance publique, ce qui, à notre sens, est difficilement concevable. La question semble pourtant renouvelée depuis quelques années avec l'apparition des crypto-monnaies et plus spécifiquement du bitcoin, que certains considèrent comme de véritables monnaies⁴¹². En effet, en remplissant les fonctions traditionnellement assignées à celle-ci, elles devraient, *mutatis mutandis*, recevoir cette qualification juridique⁴¹³. Toutefois, et bien qu'un arrêt récent de la CJUE puisse plaider en faveur d'un tel rattachement⁴¹⁴, il paraît plus orthodoxe de considérer les bitcoins et autres monnaies alternatives, comme des « objet[s] juridique[s] non identifié[s] »⁴¹⁵. Plusieurs raisons plaident en faveur du refus de conférer, à ces nouveaux instruments, la nature juridique de monnaie, au premier rang desquelles se place la lettre de l'article L.111-1 du Code monétaire et financier selon lequel « la monnaie de la France est l'euro ». Celle-ci est, par nature, un bien fongible, lorsque le bitcoin est un corps certain que l'on peut suivre à la trace dès son émission⁴¹⁶. Enfin, et surtout, « la monnaie serait par essence une émanation de l'autorité publique seule à même de lui insuffler un véritable pouvoir libérateur corollaire du cours légal dont les crypto-monnaies, précisément, sont dépourvues »⁴¹⁷. Les grains comme les crypto-monnaies à l'image du bitcoin ou autres monnaies alternatives, en se présentant comme des « initiatives privées visant à faire fonctionner une économie hors des États, des banques centrales et même du système bancaire

⁴¹¹ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p.6 : disponible à l'adresse : http://www.transversel.org/IMG/pdf/SEL_MODE_D_EMPLOI_v5_9.pdf.

⁴¹² En ce sens, V. MATHEY N., « La nature juridique des monnaies alternatives à l'épreuve du paiement », *RD banc. fin.* 2016, dossier 41.

⁴¹³ « Examinées à l'aune de ces fonctions, les bitcoins et ses variantes semblent répondre aux fonctions de la monnaie [...]. De telles monnaies alternatives réalisent d'abord la fonction d'étalon de valeur dans la mesure où elles sont convertibles en devises ayant cours légal. Elles sont ensuite réserve de valeur, comme le montrent très nettement les données chiffrées publiées relatives aux bitcoins. Elles ont également une fonction d'intermédiation des échanges et de paiement reposant sur la volonté des parties » : BOURDEAUX G., « Propos sur les "crypto-monnaies" », *RD banc. fin.* 2016, dossier 39, spéc. n°13 ; dans le même sens, V. BALI M., « Les crypto-monnaies, une application des block chain technologies à la monnaie », *RD banc. fin.* 2016, étude 8, spéc. n°18 et s. ; adde MATHEY N., *art. préc.*

⁴¹⁴ CJUE, 22 oct. 2015, aff. C-264/14, *Skatteverket c/ David Hedqvist*, *RDC* 2017, p. 54, obs. HUET J.

⁴¹⁵ ROUSSILLE M., « Le Bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque et droit* 2015, p. 27.

⁴¹⁶ JULIENNE M., « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RD banc. fin.* 2018, étude 19, spéc. n°9. L'auteur souligne toutefois la nécessité de relativiser ce constat en raison de nombreux mécanismes permettant d'empêcher le suivi des unités de bitcoin (comme Bitcoin-fog), et parce que de fait, ces unités sont « traitées comme des choses fongibles dans l'immense majorité des transactions » ; dans le même sens, DESMEDT L., « Le bitcoin et les crypto-monnaies : nouveaux modèles, questions persistantes », *RISF* 2014/4, p. 7 et s., spéc. p. 11.

⁴¹⁷ JULIENNE M., *art. préc.*, spéc. n°9.

financier traditionnel »⁴¹⁸ ne paraissent pas, sur ce point, devoir être juridiquement considérés comme des monnaies⁴¹⁹.

79. Une unité de valeur – Pourrait-on toutefois, en laissant de côté cet obstacle, aboutir à la qualification de monnaie ? Les grains remplissent-ils les deux fonctions inhérentes à cette dernière ? Ceux-ci sont, sans nul doute, une unité de valeur, cette unité se définissant comme « la mesure de toutes les valeurs, c'est-à-dire le plus petit commun dénominateur à partir duquel les valeurs de toutes choses peuvent être comparées »⁴²⁰. Il s'agit même de leur caractéristique première, celle-là même pour laquelle ils ont été imaginés : les grains permettent d'évaluer les différentes prestations des contractants de l'économie de partage afin de permettre à chacun de recevoir autant qu'il procure. En un mot, la fonction d'évaluation relève de l'essence même des grains. Certains auteurs préfèrent parler d'unité de compte plutôt que d'unité de valeur⁴²¹ et reconnaissent que les grains doivent être considérés comme tels⁴²². Parce que de nombreux développements ont pu être consacrés à la question de savoir ce qu'il fallait réellement entendre par unité de valeur ou unité de compte, et sur la nature juridique de ces unités, il ne nous semble pas nécessaire de s'appesantir davantage sur la question. Notons simplement que les différentes communautés qui mettent en place une « monnaie » de grains font de ces unités le moyen d'évaluer les différentes transactions entre les membres, et ainsi d'attribuer une valeur quelle qu'elle soit (économique, temporelle, *etc.*) aux différentes prestations.

⁴¹⁸ BOURDEAUX G., *art. préc.*, spéc. n°3.

⁴¹⁹ V. en ce sens KLEINER C., « Bitcoin, monnaie étrangère et indexation : quelle équation ? », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 239 et s., spéc. p. 245 et s. DE VAUPLANE H., « Bitcoin : monnaie de singe ou monnaie légale ? », *Rev. Banque juil.-août 2013*, p. 79 ; DE VAUPLANE H. et CAZAILLET S., « Bitcoin : money, money, money ? », *Lexbase Hebdo - édition affaires n°567*, 17 avr. 2014 ; ROUSSILLE M., « Le Bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque et droit 2015*, p. 27 ; BONNEAU T., « Le bitcoin, une monnaie ? », *Banque et droit 2015*, p. 8 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le bitcoin », *JCP E 2014*, act. 25 ; DESMEDT L., « Le bitcoin et les crypto-monnaies : nouveaux modèles, questions persistantes », *RISF 2014/4*, p. 7 ; MATTOU J. P., « Les monnaies. Propos conclusifs », *RD banc. fin.* 2019 ; pour une opinion plus nuancée, V. PAILLER P., « Quelles règles pour l'encadrement de la monnaie virtuelle en France ? », *RISF 2014/4*, p. 39.

⁴²⁰ LIBCHABER R., *Recherche sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, p. 38, n°47.

⁴²¹ BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 72 et s., n°96 et s.

⁴²² *Ibid.*, p. 95 et s., n°128 et s. Dans le même sens, le Professeur Guével écrit, à propos des grains de sel, qu'il s'agit d'une « simple monnaie de compte dans une économie d'échanges, sympathique mais un peu rustique, qui permet de calculer la valeur d'un cours de guitare échangé contre un sachet de graines de pavots... » : GUÉVEL D., « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229 et s. spéc. n°34.

80. Une unité de paiement – La monnaie, en tant qu'unité de paiement, a le « pouvoir d'éteindre les dettes libellées en unité de valeur »⁴²³. Or, si les grains semblent effectivement pouvoir être considérés comme tels, il en va différemment s'agissant de la seconde fonction de la monnaie : ils servent uniquement à mesurer les différentes prestations et ne permettent pas de les payer. La personne débitrice d'un certain montant de grains ne peut s'acquitter de sa dette qu'en effectuant une ou plusieurs prestations pour un montant total équivalent à celui dont elle est redevable, et non directement par le versement de grains, puisque ceux-ci n'ont aucun pouvoir libératoire⁴²⁴.

Néanmoins, certains auteurs soutiennent que dans les SEL, et ce raisonnement peut être transposé aux autres communautés de partage, les dettes se paieraient par compensation⁴²⁵. Cependant, il paraît impossible d'admettre une telle analyse. Selon l'opinion du Professeur Libchaber, partagée par Monsieur Bruguière, il y aurait paiement par compensation, puisqu'« un compte débiteur en "grains" [...] peut revenir à l'équilibre par virement d'autres "grains" »⁴²⁶. Toutefois, il ne peut y avoir paiement par compensation qu'entre des créances réciproques⁴²⁷ : il est nécessaire que « les deux personnes en présence soient simultanément et personnellement créancières et débitrices l'une de l'autre », cette condition « procéd[ant] de la définition même de la compensation »⁴²⁸. Or, comme nous aurons l'occasion de le souligner, les contrats passés dans le cadre des communautés ne réunissent pas, en leur sein, deux personnes qui revêtiraient tour à tour la qualité de débiteur et de créancier⁴²⁹. Dès lors, le contractant redevable d'un certain nombre de grains est potentiellement débiteur de l'ensemble des membres de la communauté, et non d'une personne en particulier. Les relations entre les différents membres sont multilatérales, chacun effectuant une prestation au profit d'un membre, après avoir lui-même reçu une prestation de la part d'un autre membre. Par conséquent, il ne peut y avoir de paiement par compensation⁴³⁰, les grains ne servant définitivement pas à payer, même par compensation, mais seulement à évaluer le montant des prestations. Ainsi, et de manière cohérente avec la philosophie des pratiques de partage, l'on ne peut déceler une

⁴²³ LIBCHABER R., *op. cit.*, p. 67, n°80.

⁴²⁴ BARDET-BLANVILLAIN A., *L'échange*, Th. Paris II, 2002, p. 114, n°177 ; LATOUR G., *art. préc.*, p. 373 et s. spéc. p. 374.

⁴²⁵ BRUGUIÈRE J.-M., *art. préc.*, p. 1905 et s., n°12 ; LIBCHABER R., « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800 et s., spéc. p. 801.

⁴²⁶ LIBCHABER R., *art. préc.*

⁴²⁷ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 1749 et s. n°1678 et s.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 1752, n°1682.

⁴²⁹ Sur ce point V. *infra*, n°203 et s.

⁴³⁰ BARDET-BLANVILLAIN A., *th. préc.*, p. 114 et 115, n°178.

monnaie dans cette « unité d'échange »⁴³¹. Et puisque le prix a nécessairement un caractère monétaire, il ne peut se rencontrer là où la monnaie ne peut exister. Les grains n'étant pas une nouvelle monnaie, ils ne peuvent être révélateurs d'aucun prix.

81. Les grains : une simple « mémoire de l'échange »⁴³² – Que sont alors les grains s'ils ne peuvent être considérés comme un prix ? Refuser que le versement de grains puisse venir éteindre une obligation en ce que cette unité de valeur n'a aucun pouvoir libérateur, c'est refuser qu'ils puissent caractériser, en eux-mêmes, la contreprestation recherchée par le débiteur de la prestation initiale. Autrement dit, celui qui rend un service ou fournit un bien à un autre membre de la communauté, n'agit pas dans le but de recevoir un certain montant de grains, mais parce qu'il sait qu'ultérieurement, il aura la possibilité de demander l'exécution d'une contreprestation à un membre quelconque du groupe. Cette opinion n'est toutefois pas partagée par la majorité des auteurs écrivant sur la question. À titre d'illustration, Madame Bradburn estime, au contraire, que dans les contrats intersélistes un bien ou un service est fourni contre un certain montant de grains. Selon l'auteur, « l'obligation du prestataire [aurait] pour cause l'obtention de "grains de sel" ; et celle de l'acquéreur, l'obtention du bien ou du service »⁴³³. Il y a toutefois là, selon nous, une erreur d'interprétation. Nous considérons, à l'inverse, que le versement de grains ne doit pas être vu comme une fin mais seulement comme un moyen : nous l'avons dit, ce n'est pas pour obtenir des grains que les membres des communautés de partage entrent en relation mais pour obtenir, par la suite, une contreprestation, les grains ne permettant que de quantifier la valeur de ce à quoi le débiteur initial pourra prétendre. Ces grains ne sont donc qu'une « mémoire de l'échange », un moyen de reconnaître la créance du débiteur initial à l'égard des membres de la communauté.

L'on pourrait alors objecter que le prix, en accordant un « pouvoir d'achat indifférencié »⁴³⁴, est également le moyen de pouvoir bénéficier de prestations futures. Toutefois, et il s'agit d'ailleurs de l'une des critiques adressées par l'économie de partage au système marchand capitaliste, l'accumulation de monnaie peut constituer une fin en soi, alors que les grains sont avant tout un « moyen de socialisation et le contraire d'un moyen

⁴³¹ Madame Bardet-Blanvillain pose la question suivante : « comment [les SEL] auraient-ils pu créer une monnaie alors que leur idéologie repose sur une dénonciation du capitalisme, et sur la valorisation des savoirs et des savoir-faire de chacun ? » : *Ibid.*, p. 115, n°179.

⁴³² TERRIS F., « SEL, mode d'emploi ». Disponible à l'adresse suivante : http://www.transversel.org/IMG/pdf/SEL_MODE_D_EMPLOI_v5_9.pdf.

⁴³³ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 53, n°76.

⁴³⁴ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, coll. Thémis – Droit privé, 19^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 2015.

d'accumulation »⁴³⁵. D'ailleurs, à la différence des opérations économiques au sein desquelles un prix est versé, les contrats de partage ne peuvent être étudiés pour eux-mêmes et isolément des autres contrats. Inversement, pour une vente, l'on ne s'intéresse qu'au transfert de propriété du bien et au versement d'une somme d'argent, car l'étude juridique de celle-ci n'a que faire des potentiels contrats que le vendeur pourra conclure grâce au prix obtenu. Or, les contrats de partage n'ont de sens que parce qu'ils prennent vie au sein d'un ensemble mouvant et en constante évolution. Contrairement à la monnaie, les grains ont uniquement vocation à circuler et non à être thésaurisés : « le SEL n'a pas pour finalité le profit, la capitalisation et la recherche de la monnaie de SEL comme fin en soi. Cette monnaie doit, au contraire, circuler, être dépensée, consommée, afin que les échanges économiques puissent permettre une économie de la relation »⁴³⁶. C'est l'existence antérieure d'un premier contrat de partage qui donnera vie au deuxième qui, de manière analogue, engendrera une troisième relation. Les dettes n'ont pas vocation à être éteintes définitivement car c'est leur accumulation qui donne vie à la communauté : il ne s'agit donc pas d'un « échange bilatéral qui ne se résou[drait] que de façon bilatérale » lorsqu'« un individu ne donne que si en retour on lui donne autre chose, immédiatement ou à une échéance prévue, d'une valeur qu'il estime équivalente ou proche »⁴³⁷. Ainsi, puisqu'un « crédit permanent tisse les liens formant le groupe » et que chaque contrat n'est donc rien d'autre que l'extinction d'une dette et la création d'une nouvelle à l'égard de la communauté, l'interdépendance des contrats de partage empêche de les étudier de manière isolée en dehors du contexte global de la communauté. À l'aune de ces quelques développements, il semble alors que l'argument tiré du pouvoir d'achat conféré par le prix ne soit que peu pertinent pour refuser que les grains ne soient qu'une simple « mémoire de l'échange ».

En conclusion, en ce que les grains ne peuvent être perçus comme le paiement d'un prix en l'absence d'une quelconque fonction libératoire, l'on ne peut abonder dans le sens des auteurs qui considèrent le versement de ces unités de compte comme la contreprestation des opérations de partage. Madame Bradburn le reconnaît d'ailleurs, « les "grains de sel" *ne doivent constituer qu'une unité de compte* permettant d'assurer la transparence des "échanges" »⁴³⁸.

⁴³⁵ SERVET J. M., *Une économie sans argent : les systèmes d'échange local*, Seuil, 1999, p. 192. Il n'est donc pas rare que les communautés limitent le nombre de prestations pouvant être effectuées sans que les grains soient utilisés, afin de limiter la thésaurisation. A titre d'illustration, Tempo a instauré une limite à 20 heures de prestations. V. le paragraphe « Compteur temps » des conditions générales d'utilisation.

⁴³⁶ MANDIN D., *Les systèmes d'échanges locaux (SEL) : circulations affectives et économie monétaire*, L'Harmattan, 2009, p. 177 et s., spéc. p.189 et 190.

⁴³⁷ SERVET J.-M., *op. cit.*, p. 194.

⁴³⁸ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 53, n°76.

82. Une conséquence pratique immédiate : le caractère innomé des contrats de partage⁴³⁹ – Refuser que le versement de grains puisse être perçu comme le paiement de la prestation a, au-delà des conséquences théoriques évoquées plus haut, des conséquences pratiques immédiates. Par exemple, le partage d'hébergement ne peut être vu ni comme un contrat d'échange au sens de l'article 1702 du Code civil, ni comme un contrat de location au sens des articles 1708 et suivants. S'agissant tout d'abord de l'inadaptation de la qualification juridique d'échange, il faut remarquer que les opérations de partage d'hébergement donnent généralement naissance à une obligation unique de *praestare* et non à une double obligation de *dare*⁴⁴⁰. En effet, lorsque « l'échange » n'est pas réciproque, ces pratiques passent par le système des grains. Elles diffèrent ainsi des prestations offertes par les plateformes de location telle qu'Airbnb, car il ne s'agit pas de contrat de location au sens des articles 1708 et suivants du Code civil. Si l'une des parties s'engage effectivement à faire jouir son contractant d'une certaine chose pendant un certain temps, la condition du versement d'un prix par le locataire fait défaut puisque les grains servent uniquement à mesurer la valeur de la prestation. Et puisque le versement de grains sur le compte du débiteur ne peut être considéré comme la contrepartie de la jouissance du bien, il est également impossible de déceler l'existence d'un loyer en nature.

Enfin, la qualification de contrat de vente (art. 1583 et s. C. civ.) doit également être écartée, principalement en raison de l'absence de prix⁴⁴¹. Notons également que la condition du transfert de propriété caractéristique de la vente fait souvent défaut dans les contrats de partage, la mutualisation de la jouissance des biens étant généralement préférée à leur dation pure et simple.

On le constate donc facilement, le refus de considérer le versement de grains comme la rémunération de la prestation initiale emporte des conséquences, tant sur le plan théorique que pratique, et confirme encore davantage le caractère artificiel de la solution consistant à affirmer que les contrats de partage sont, sous cet angle, des contrats à titre onéreux en raison de l'existence d'un prix. Est-ce à dire, pour autant, que les contractants de l'économie de partage

⁴³⁹ Nous aurons l'occasion de revenir sur la qualification juridique des contrats passés au sein des communautés. Sur ce point, V. *infra*, n°373 et s.

⁴⁴⁰ Une prestation de service ne peut donc faire l'objet d'un échange. V. not. CA Bordeaux, 14 déc. 1998, *SADA c/ Bonduelle* : « ne saurait être interprétée comme qualifiant un contrat d'échange la clause invoquée par une société pour obtenir d'une autre société réparation sur le fondement de la garantie des vices cachés, suivant laquelle il a été convenu entre elles que la première cède gratuitement à la seconde un stock de déchets alimentaires à charge pour la seconde de le retirer et d'en faire libre usage ».

⁴⁴¹ Le prix est une condition essentielle du contrat de vente. Son caractère dérisoire ou vil entraîne ainsi la nullité du contrat. V. not. Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n°11-21980, *AJDI* 2013, p. 137 et 540. L'on ne saurait, dès lors, caractériser l'existence d'un quelconque contrat de vente en l'absence de paiement d'un prix.

ne recevront, *in fine*, aucune rémunération et que la qualification de contrat à titre gratuit demeurera la plus opportune ?

B. Le paiement par un tiers au contrat initial

83. La mise en échec de la gratuité – La qualification de contrats conclus à titre gratuit s’agissant des contrats de partage ne résiste guère à l’analyse et apparaît finalement comme une représentation biaisée de la réalité de ces pratiques (2). En effet, le partage va de paire avec la circularité des relations contractuelles, ce qui permet à chaque partie de recevoir un paiement, quand bien même le bénéficiaire de la prestation ne rémunérerait pas directement celui qui se dépouille à son profit (1).

1. La rémunération finale du débiteur initial

84. Le paiement de la dette par un tiers – Au sein des communautés de partage, le système des grains permet tout de même au débiteur de la prestation initiale d’obtenir une contrepartie pour la prestation effectuée. La plupart des contrats de partage donnent lieu à des situations où seule l’une des parties fournira à l’autre une prestation et demandera, par la suite, une contreprestation à un membre quelconque de la communauté. À titre d’illustration, dans le cadre du partage de la jouissance de logement, *Primus* pourra demander à *Secundus* de l’héberger pendant une certaine durée. Toutefois, *Secundus* ne se fera que très rarement payer par *Primus* et se tournera alors vers *Tertius* pour profiter de la jouissance de son logement. Dans l’entrelacs d’hébergements successifs, *Primus* ne deviendra donc pas débiteur de *Secundus* contrairement à *Tertius* Or, ce dernier est tiers à la relation contractuelle initiale entre *Primus* et *Secundus*. Pourtant, c’est la créance obtenue par *Secundus* pour avoir hébergé *Primus* qui lui permettra de demander une prestation à *Tertius*. *In fine*, *Secundus* obtiendra donc une contreprestation, et sera alors rémunéré pour avoir hébergé *Primus*, mais par un tiers à ce premier contrat : *Tertius*.

85. Des relations circulaires – Une telle solution s’explique par le schéma sur lequel fonctionnent les communautés de partage : la circularité des relations. En effet, dans ce type d’économie, l’idée n’est pas de mettre en relation deux personnes qui se rendront des services réciproques au sein d’une relation contractuelle s’effectuant en un trait de temps (ou sur une certaine durée si l’exécution des prestations ne peut qu’être étalée dans le temps). Contrairement aux contrats que l’on retrouve communément dans les relations marchandes, c’est-à-dire la vente, l’échange, le bail, le contrat d’entreprise, *etc.*, les contractants du partage ne sont pas

amenés à solder la relation de manière immédiate. Il ne s'agit pas de faire naître une créance et, dans le même temps, de la payer, mais de créer un tissu de relations circulaires fondées sur l'enchaînement des dettes successives (comme nous l'avons évoqué plus haut), afin que chacun puisse, lorsqu'il en ressentira le besoin, compter sur la communauté pour bénéficier d'une prestation quelconque. Contrairement aux relations marchandes traditionnelles, dans les communautés de partage « c'est [la] dette des uns vis-à-vis des autres qui fait marcher le système et le consolide » : « le débiteur existe socialement par sa dette, de même le créancier par sa créance »⁴⁴². Ce mode de fonctionnement circulaire est ainsi la clef de voûte de l'économie de partage et fait écho, de manière assez manifeste, à la théorie maussienne du don et du contre-don.

86. Le renouveau du don et du contre-don – Les techniques de partage semblent renvoyer au mécanisme décrit par Marcel Mauss, et à cette idée de « système de prestations totales »⁴⁴³. Le mode de fonctionnement du partage paraît en effet proche de cette « chaîne ininterrompue de dons et de contre-dons », bien qu'en l'espèce, les échanges de prestations se fassent à l'intérieur de la communauté et non entre deux communautés distinctes. Quelle différence fondamentale pourrait exister entre ce premier schéma et celui de l'économie de partage, où une communauté fonctionne grâce à la création et au paiement de dettes de manière circulaire, où tout un chacun est débiteur des membres du groupe et devra, lorsqu'il bénéficiera d'une prestation (d'un « don » dans la théorie de Mauss) « rendre » ce qu'il a lui-même reçu en effectuant une prestation pour un membre du groupe ? C'est d'ailleurs le groupe lui-même qui profite de l'exécution successive de ces prestations : bien que celles-ci ne soient effectuées, de prime abord, qu'au bénéfice d'une seule partie, c'est la communauté dans son ensemble qui tire avantage de cette nouvelle relation contractuelle, puisque celle-ci vient ajouter un maillon dans l'enchaînement successif des créances, et dynamise ainsi la communauté toute entière.

Par conséquent, dans la mesure où chacun est obligé de payer les différentes créances, le débiteur initial obtiendra finalement un paiement. Certes, la contreprestation sera le fait d'un tiers à cette relation contractuelle initiale. Toutefois, il semble difficile de la considérer autrement que comme un paiement : celle-ci n'a de raison d'être que parce que, dans le passé, le débiteur initial qui devient par la suite créancier aura lui-même fourni une prestation. *Tertius* se dépouillera à son tour au profit de *Secundus*, uniquement parce que ce dernier s'est dépouillé,

⁴⁴² SERVET J.-M., *op. cit.*, p. 198.

⁴⁴³ V. *supra*, n°5.

antérieurement, au profit de *Primus*. Or, l'existence d'une telle rémunération interroge quant à la qualification à donner aux contrats de partage, le rattachement à la catégorie des actes à titre gratuit paraissant désormais quelque peu artificiel.

2. La gratuité, une conclusion artificielle

87. L'appréciation du côté du bénéficiaire de l'acte – À s'en tenir à l'appréciation de la gratuité du côté de celui qui reçoit la prestation, et non de celui qui se dépouille, selon l'opinion défendue par le Professeur Koubi⁴⁴⁴, les contrats de partage resteraient conclus à titre gratuit malgré la démonstration de l'existence d'une rémunération finale. En effet, de ce point de vue, peu importe que le débiteur de la première prestation obtienne finalement une contreprestation en paiement, dans la mesure où celui qui a bénéficié de l'acte (le créancier initial) ne s'est jamais dépouillé à l'égard du débiteur. Ainsi, du côté de celui qui reçoit, la gratuité des contrats de partage est caractérisée puisqu'aucun paiement n'intervient.

88. L'absence de considération pour les spécificités du partage – Partant, si l'on se borne à considérer que la gratuité doit s'analyser uniquement du côté du bénéficiaire de l'acte, peu importe qu'un paiement soit effectivement versé tant que le bénéficiaire ne rémunère pas son débiteur. Ainsi, dans les communautés de partage, la circularité des relations et la création, puis le paiement successif des dettes par n'importe quel membre du groupe, n'auraient point d'influence sur le caractère gratuit des contrats. Ces contrats resteraient conclus à titre gratuit, alors même qu'ils sont immédiatement à l'origine de la contreprestation : sans le contrat initial, la créance du premier débiteur ne peut voir le jour, et aucun contrat n'est alors nécessaire pour payer cette créance. Autrement dit, s'il y a prestation dans un contrat, c'est pour éteindre la dette créée par l'exécution d'une précédente prestation au sein d'un contrat antérieur. Cette deuxième prestation n'est pas neutre : elle existe parce qu'antérieurement, un membre de la communauté a fait naître une créance à son profit. Celle-ci n'est donc rien d'autre que le paiement de la créance née de l'exécution de la prestation initiale. Par conséquent, si l'on se contente d'examiner chaque contrat isolément de l'ensemble contractuel qu'il forme au sein des communautés de partage, et que l'on s'en tient à une appréciation de la gratuité du côté du bénéficiaire de l'acte, l'on occulte inévitablement les spécificités des techniques de partage.

⁴⁴⁴ Koubi G., « Gratuité ? Sans prix certes, mais pas sans valeur ! », in *La Gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan., Paris, 2003, p. 9 et s. Dans le même sens V. Champeaux J., *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931, p. 24, n°IV.

89. La qualification de contrats conclus à titre gratuit : un résultat insatisfaisant – Ce raisonnement laisse pourtant songeur et ne satisfait que très moyennement l’observateur qui tente d’appréhender au mieux l’originalité de l’économie de partage. Tout d’abord, pour admettre la gratuité des relations en cause, il faudrait reconnaître que celle-ci est, en elle-même, bien différente de celle que l’on retrouve dans les actes à titre gratuit « classiques » du Code civil, à savoir la donation, le legs ou encore le prêt à usage. Dans ces derniers, celui qui se dépouille ne recevra aucune contreprestation ni de la part du bénéficiaire, ni de celle d’un tiers. Contrairement aux actes gratuits pour lesquels cette qualification est indiscutable, les contrats de partage portent, en eux-mêmes, les germes d’une future rémunération. En mettant à la disposition de tout un chacun des biens, des connaissances ou des savoir-faire, les membres du groupe pourront satisfaire leur volonté de partage, de solidarité, *etc.* tout en se procurant un complément de revenus ou en évitant certaines dépenses du quotidien. Il existe alors, de ce fait, une réelle différence entre ces contrats et les libéralités « classiques », ou les contrats nommés conclus à titre gratuit.

En outre, on peut s’interroger sur les arguments qui permettraient de justifier que la gratuité, ou l’onérosité, soit uniquement appréciée du point de vue de celui qui bénéficie de la prestation. Comment peut-on réellement considérer que le contrat est conclu à titre gratuit lorsque le bénéficiaire ne rémunère pas son cocontractant, mais que ce dernier s’enrichit tout de même grâce à la réalisation d’une prestation qui lui donne le droit de demander, dans le futur, l’exécution d’une contreprestation ? Prenons un exemple concret pour illustrer le propos. *Secundus*, coiffeur de formation, coupe les cheveux de *Primus* sans lui demander un quelconque paiement pour l’exécution de sa prestation. À ce stade, *Primus* s’est enrichi du montant qu’il aurait dû payer pour se faire couper les cheveux et qu’il a finalement réussi à économiser grâce à la prestation de *Secundus*. Ce dernier, en revanche, s’est appauvri de ce même montant qu’il aurait pu faire payer à l’un de ses clients. À première vue, le contrat passé entre *Primus* et *Secundus* semble donc effectivement conclu à titre gratuit, *Primus* recevant une prestation sans en fournir une en retour, lorsque *Secundus* s’est appauvri du montant de cette dernière. Néanmoins, peut-on continuer d’affirmer que le contrat entre *Primus* et *Secundus* suite auquel le débiteur initial s’est visiblement appauvri, est conclu à titre gratuit lorsque celui-ci utilisera la créance née de sa relation avec *Primus* pour bénéficier d’une heure de cours d’informatique de la part de *Tertius* ? En définitive, il n’y a pas véritablement d’appauvrissement lorsqu’il existe un espoir de retour à meilleure fortune.

90. La nécessité d'apprécier la gratuité du côté de celui qui se dépouille – Par conséquent, apprécier la gratuité ou l'onérosité d'un contrat du point de vue de celui qui se dépouille originellement permettrait, au contraire, de redonner toute la place nécessaire aux spécificités du partage. L'on pourrait ainsi considérer que le contrat n'est pas conclu à titre gratuit lorsque le débiteur initial reçoit, *in fine*, une rémunération, l'exécution de la prestation initiale donnant, par principe, naissance à une créance au profit de celui qui se dépouille et d'une dette à la charge d'une autre entité juridique. Une telle prise de position permet de ne pas faire fi du résultat concret de l'opération. Le contrat peut donc être considéré comme conclu à titre onéreux alors même que celui qui reçoit ne se dépouille pas, puisque le débiteur de la première prestation verra sa « perte » compensée, dans son patrimoine, par l'exécution de la contreprestation fournie par un tiers au contrat initial. Ce positionnement a le mérite de tenir compte de la réalité matérielle, du résultat tangible de la succession d'opérations, en somme des conséquences patrimoniales des relations circulaires de partage.

91. Une solution *a priori* conforme à l'exégèse de l'article 1107 alinéa 2 – On le voit, la qualification de contrats conclus à titre gratuit ne paraît pas satisfaisante puisque les parties reçoivent, en fin de compte, une rémunération. L'exégèse de l'article 1107 alinéa 2 du Code civil semble d'ailleurs confirmer cette analyse, dans la mesure où il définit le contrat conclu à titre gratuit comme celui dans lequel le débiteur de la prestation « procure un avantage *sans attendre ni recevoir* de contrepartie ». Cette formulation pourrait être interprétée comme suit : la précision selon laquelle le débiteur agit « sans attendre » de contrepartie renverrait à la nécessité de caractériser, chez celui qui se dépouille, une intention libérale⁴⁴⁵. À défaut, l'acte ne sera pas conclu à titre gratuit, et l'on y décèle alors le signe d'une lésion ou, plus largement, d'un vice du consentement.

Mais ce critère subjectif est insuffisant, et l'ordonnance de 2016 a pris soin de définir l'acte conclu à titre gratuit en utilisant la préposition « ni ». Or, le Littré ne peut être plus clair au sujet de la signification de ce terme qu'il qualifie de « conjonction négative [...] équivalente à " et " avec une négation ». Ainsi, puisque cette préposition est « répété[e] devant chaque terme qu'il s'agit de nier »⁴⁴⁶, la deuxième partie de la définition expliquant que l'acte est conclu à

⁴⁴⁵ *contra*, DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 71. Les auteurs estiment, au contraire, que « seul un élément matériel (objectif), par opposition à l'élément moral, entre dans la définition légale adoptée ».

⁴⁴⁶ LITTRÉ E., *V^o « Ni »*, *Dictionnaire de la langue française*, L. Hachette, 1873, p. 722.

titre gratuit à condition que la partie *ne reçoive pas de contrepartie*, ne peut être considérée comme une simple précision ou une adjonction qui relèverait plus de l'esthétique que du fond. Il s'agit d'un véritable ajout, preuve que l'acte à titre gratuit ne peut être considéré comme tel qu'en présence d'un critère subjectif (l'intention libérale⁴⁴⁷) et d'un critère matériel (l'absence de contrepartie)⁴⁴⁸.

De fait, l'accent est mis sur le résultat concret de l'acte, sur les conséquences patrimoniales de la prestation pour le patrimoine de celui qui semble se dépouiller. La formulation du Code civil est particulièrement générale, et si la nécessité que le débiteur ne puisse compenser, dans son patrimoine, la perte que représente l'exécution de cette prestation à titre gratuit est affirmée, il n'est en revanche fait aucune mention de la personne qui, en fournissant cette contrepartie, pourrait faire échec à la gratuité. Le Code civil ne laisse à aucun moment supposer que le bénéficiaire de l'acte à titre gratuit est le seul à pouvoir empêcher le rattachement à cette qualification par le versement d'une contrepartie : seule l'existence matérielle de celle-ci importe, quelle que soit, en définitive, la personne qui en est à l'origine. Autrement dit, seules les conséquences matérielles de l'acte sont prises en compte puisque le débiteur ne doit pas attendre de contrepartie, « *ni [en] recevoir* ». À l'inverse, l'interprétation littérale de l'article laisse supposer que la qualification de contrat conclu à titre gratuit devra être écartée, dès lors que le débiteur reçoit, *in fine*, une contrepartie et ce, peu importe qui l'a effectivement fournie. Certes, dans les relations contractuelles classiques la rémunération vient effectivement du cocontractant, exception faite de certaines dérogations notamment lorsqu'une caution vient pallier les défaillances de l'une des parties. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il faille, pour autant, ériger les schémas connus en vérité absolue, et refuser alors d'envisager des relations contractuelles fondées sur un nouveau modèle où la rémunération pourrait ainsi venir d'une personne tierce au premier contrat et constituer, malgré tout, le paiement de celui-ci.

92. Conclusion : la nécessité de dépasser la simple caractérisation de l'existence d'une rémunération – Les contrats de partage bouleversent la manière d'appréhender la distinction opposant les contrats conclus à titre gratuit et onéreux et interroge quant à l'adaptation pleine et entière de celle-ci face à la réalité contractuelle contemporaine. En effet, l'appréciation selon

⁴⁴⁷ Le débiteur procure un avantage « sans attendre » de contrepartie. Cette première partie de la locution renvoie à l'intention libérale de celui qui agit à titre gratuit.

⁴⁴⁸ Le débiteur procure un avantage « sans recevoir de contrepartie ». La deuxième partie de cette locution renvoie à la nécessité de démontrer l'absence matérielle de contreprestation pour aboutir à la qualification d'actes conclus à titre gratuit.

laquelle nous serions face à une succession de contrats conclus à titre gratuit est biaisée par l'observation étriquée des pratiques de partage. Les contrats en question ne peuvent s'analyser de manière isolée et coupée de l'ensemble contractuel plus large auquel ils appartiennent, qui leur donne vie et justifie leurs spécificités. Nous ne sommes pas ici dans un schéma contractuel classique où deux personnes se rencontrent, contractent et soldent de manière immédiate ou quasi-immédiate, les créances desquelles elles sont débitrices. Au contraire, c'est l'enchaînement des créances successives qui donne vie aux communautés de partage, et un sens à ces nouveaux modes de consommation : l'individu pourra ainsi compter sur les autres membres de sa communauté lorsqu'il en aura besoin. En contrepartie, celui-ci s'engage à répondre à leur appel lorsque, à leur tour, ils désireront bénéficier d'une prestation. Par conséquent, chaque contrat est relié à la masse mouvante, et en constante évolution, de cet ensemble contractuel qui forme la communauté : tous les contrats sont causés les uns par les autres et il devient alors impensable de les apprécier individuellement. Ainsi, nous ne pourrions déceler l'existence de contrats conclus à titre gratuit puisque, même si au sein du contrat étudié le premier créancier ne fournit aucun paiement, le débiteur initial sera rémunéré par sa communauté. Dès lors, la présence matérielle d'une rémunération semble faire obstacle à la gratuité.

Mais cela signifie-t-il, *ipso facto*, que tous ces contrats sont conclus à titre onéreux ? La question n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît, puisqu'une fois caractérisée, la contrepartie doit encore être appréciée.

Section 2 : l'appréciation de la contrepartie

93. Comment s'apprécie la contrepartie ? – Les contrats de partage ne pourraient donc que difficilement se rattacher à la catégorie des contrats conclus à titre gratuit dans la mesure où l'on décèle, *in fine*, l'existence d'une contrepartie. Toutefois, l'on peut se demander si la présence de cette dernière est suffisante, à elle seule, pour caractériser l'onérosité. Ainsi, c'est la question de l'appréciation de la contrepartie qui vient à se poser. Si l'on considère que la seule présence d'une réciprocité des prestations suffit à caractériser l'onérosité, peu important alors la teneur des prestations réciproques ou la volonté des parties, l'on pourrait dès à présent conclure à l'onérosité des contrats étudiés. Certains auteurs estiment toutefois que l'existence d'une réciprocité ne fait pas d'office rempart à la « gratuité » ou, en tous les cas, ne suffit pas à

faire basculer l'acte dans le domaine marchand⁴⁴⁹. La restitution et la réciprocité sont en effet souvent sous-jacentes en présence d'un don. Or, « cette logique de la réciprocité et de la restitution ne tend[rait] pas à une satisfaction de type marchand »⁴⁵⁰. C'est sans doute qu'en réalité, l'onérosité ne dépend pas uniquement de la présence d'une rémunération.

Dès lors, afin de faire un pas supplémentaire dans le travail de qualification des contrats de partage et de vérifier le postulat selon lequel ceux-ci sont, non pas conclus à titre gratuit, mais onéreux, il est nécessaire de pousser plus avant l'analyse du critère matériel qu'est la rémunération. Certes, l'onérosité n'implique pas une égalité arithmétique entre les prestations et peut ainsi être caractérisée au regard de ce que les parties considèrent comme étant équivalent (§ 2). Toutefois, cela ne doit pas faire oublier que, pour que le contrat puisse valablement être considéré comme conclu à titre onéreux, la contrepartie doit permettre l'établissement d'un certain équilibre entre les prestations (§ 1).

§ 1 : L'équilibre de la contrepartie

94. L'existence de la contrepartie dans les contrats à titre onéreux – Le Code civil exige, pour que les contrats à titre onéreux soient valables, qu'une contrepartie soit versée au débiteur en échange de la prestation effectuée, celle-ci étant considérée comme « le contrepoids de l'obligation »⁴⁵¹. Traditionnellement envisagée par le recours à la cause (art. 1108 et 1131 anc. C. civ.)⁴⁵², cette exigence n'a cependant pas déserté les chemins escarpés tissés par les rapports entre contractants. Avant l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, l'on considérait que chaque obligation devait avoir une cause réelle et sérieuse, celle-ci étant d'ordre patrimonial pour les contrats à titre onéreux⁴⁵³. La jurisprudence décidait alors que « lorsque l'obligation d'une des parties est dépourvue d'objet, l'engagement du contractant est nul faute de cause »⁴⁵⁴. C'est pourquoi la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt « Point club vidéo », a considéré que

⁴⁴⁹ DE BÉCHILLON D., « La gratuité dans le doute », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 53 et s. spéc. p. 57 ; MM. Godbout et Caillé estiment que le don ne s'explique pas par la volonté de recevoir un bien, mais d'alimenter un lien : GODBOUT J. et CAILLÉ A., *L'esprit du don*, La découverte, 2007, p. 18, 29, 36 et 92. De plus, malgré l'existence courante d'un retour du don, il ne faut pas occulter la présence de dons véritablement gratuit : V. p. 189 et s.

⁴⁵⁰ DE BÉCHILLON D., *art. préc.*, p. 53 et s., spéc. p. 57.

⁴⁵¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Les obligations*, coll. Droit civil, Défrénois-Lextenso éditions, 11^{ème} éd., 2020, p. 348, n°374, 2°.

⁴⁵² LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 359, n°392.

⁴⁵³ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 438, n°394. La cause de l'obligation était, en revanche, extrapatrimoniale pour les contrats conclus à titre gratuit.

⁴⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 7 févr. 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n°38.

le contrat de location de cassettes pour l'exploitation d'un commerce dont l'exécution, selon l'économie voulue par les parties, était impossible » est nul faute de cause⁴⁵⁵. Dès lors, pour être valable, le contrat à titre onéreux doit permettre de retirer un « avantage réel »⁴⁵⁶ de l'opération. *A contrario*, il devra être annulé lorsque, pour l'une des parties, il ne présente pas le moindre intérêt⁴⁵⁷.

La notion de cause a toutefois été abandonnée par l'ordonnance de 2016, sans pour autant que ses fonctions soient totalement enterrées : c'est désormais par le truchement de la contrepartie que s'apprécie cette exigence⁴⁵⁸. En ce sens, l'article 1168 du Code dispose que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité des contrats, à moins que la loi en dispose autrement ». L'article 1169 rappelle quant à lui qu'un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire. Mais loin de se limiter à un simple contrôle de l'existence d'une contrepartie, le droit positif s'attèle également à vérifier le respect d'un certain équilibre entre les droits et obligations des parties.

95. Le silence du Code quant à la nécessité d'un équilibre des prestations – En application de l'article 1107 alinéa 1^{er}, un contrat est conclu à titre onéreux « lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de ce qu'elle procure »⁴⁵⁹. La réciprocité des avantages est donc la clef de voûte de la distinction opposant les contrats à titre gratuit et onéreux, la définition de cette dernière catégorie étant entièrement centrée sur l'existence d'une contrepartie au bénéfice de chacun des contractants. Toutefois, très peu d'enseignements supplémentaires peuvent être expressément déduits de cette formulation, qui fait ostensiblement l'impasse sur les caractères que doit revêtir la contrepartie. Le Code est ainsi totalement silencieux sur sa nature, et si la possibilité que la contreprestation soit pécuniaire ne fait guère

⁴⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, n°94-14800, *Bull. civ.* I, n°286, p. 200, *Point club vidéo*, *D.* 1997, p. 500, note REIGNÉ Ph. ; *RTD civ.* 1996, p. 901, obs. MESTRE J. ; *Défrénois* 1996, p. 1015, obs. DELEBECQUE Ph.

⁴⁵⁶ ZENATI F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2014, p. 439, n°403 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, I - Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 482, n°625.

⁴⁵⁷ FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 482 et 483, n°625. La jurisprudence a ainsi eu l'occasion de prononcer la nullité des engagements souscrits pour absence de contrepartie lorsque l'obligation réciproque existe d'un point de vue formel, mais est purement illusoire. V. not. Civ. 11 déc. 1900, *D.* 1901. I. 257 (rémunération consentie en contrepartie d'un service inexistant) ; Civ. 1^{ère}, 18 avr. 1953, *D.* 1953, I, 403 ; *JCP* 1953. II. 7761 (rémunération d'un généalogiste pour découvrir une succession déjà connue) ;

⁴⁵⁸ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 438 et s. n°394 et ; LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 359 et 340, n°392.

⁴⁵⁹ Antérieurement à l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, l'article 1106 du Code civil définissait le contrat à titre onéreux comme « celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ». Cette définition a, en son temps, été l'objet de vives critiques. Sur ce point V. *infra*, n°212.

de doute, la question se pose, en revanche, s'agissant des contreparties dont la nature serait « extra-pécuniaire »⁴⁶⁰. Pourrait-on alors considérer que le contrat est conclu à titre onéreux lorsque le contractant reçoit, en échange de sa propre prestation, une contrepartie dont la nature n'est pas entièrement financière⁴⁶¹ ? La question est d'importance car elle soulève, en filigrane, celle de l'équilibre des prestations. En effet, comment comparer le paiement d'un prix avec la satisfaction morale que ressent une partie suite à l'exécution d'une prestation quelconque à l'égard de son cocontractant ou, tout du moins, avec le versement d'une contrepartie non directement évaluable en argent ? L'on objectera que le Code ne mentionne aucunement la nécessité, pour les contreparties, d'être équilibrées. Qui ne dit mot consent et l'on pourrait alors considérer que la loi, en n'établissant pas la valeur de la contrepartie comme un critère de distinction entre le titre onéreux et gratuit⁴⁶², ne fait dépendre la qualification des contrats d'aucun élément relatif à la valeur des différentes prestations. Ainsi, le mutisme de l'article 1107 sur la nécessité, pour les contreparties réciproques, d'avoir une valeur comparable afin de préserver un certain équilibre entre les parties et éviter la présence de toute contreprestation dérisoire, pourrait laisser penser que le déséquilibre des prestations n'importe guère et reste sans influence sur la qualification des contrats. Il nous faut toutefois nous garder d'une conclusion si hâtive qui n'a de séduisante que l'apparence d'une logique erronée. Pour comprendre la place laissée au contrôle d'un certain équilibre contractuel, il importe de revenir sur le rôle joué par la volonté.

96. L'autonomie de la volonté ou la nécessité de respecter ce que les contractants ont eux-mêmes établi⁴⁶³ – La philosophie des Lumières, reprenant les bases jetées par les canonistes et les théologiens du Moyen âge suivis par les juristes du Droit naturel des XVII et XVIII^{ème} siècles⁴⁶⁴, a fait de la volonté la pierre angulaire des rapports sociaux. Celle-ci est désormais suffisante, lorsqu'elle est librement exprimée, pour engager les individus les uns à l'égard des autres. Dans une époque marquée par le libéralisme économique et l'individualisme⁴⁶⁵, la volonté est donc devenue « la source du droit par excellence »⁴⁶⁶. En tant que source de

⁴⁶⁰ DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 70.

⁴⁶¹ Il ne s'agit pas ici d'admettre que l'avantage moral puisse constituer une contrepartie. Sur ce point, V. *supra*, n°71. En revanche, l'on est amené à s'interroger sur la manière de comparer la valeur de prestations qui ne seraient pas entièrement évaluables en argent.

⁴⁶² DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 70.

⁴⁶³ GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. Dijon, 1912, p. 4 et s. V. également p. 121 et s.

⁴⁶⁴ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 72, n°90.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 73, n°90 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 33 et s. n°23 et s.

⁴⁶⁶ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 33, n°22.

l'engagement des parties, elle est alors en mesure de justifier que des individus libres et égaux en droit puissent être assujettis à d'autres : « poser que l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu, c'est encore respecter sa liberté »⁴⁶⁷. C'est ainsi qu'en droit des contrats, la volonté occupe une place de choix⁴⁶⁸, la doctrine scandant d'une voix pratiquement unanime, l'omnipotence du principe d'autonomie de la volonté⁴⁶⁹ s'agissant des règles de droit gouvernant les relations entre contractants. De nombreuses conséquences découlent de ce rôle conféré à la volonté, au premier rang desquelles l'on retrouve le principe de la force obligatoire des conventions énoncé au nouvel article 1103⁴⁷⁰. « Les contractants sont un peu dans la situation d'époux qu'un mariage d'amour, ou de raison, aurait uni pour le meilleur comme pour le pire »⁴⁷¹. En effet, pour certains, « parce que deux ou plusieurs volontés ont été un instant d'accord [...] elles devront l'être nécessairement toujours »⁴⁷². Dès lors, force obligatoire des contrats et autonomie de la volonté sont généralement présentées comme allant de concert : puisque la première serait le corolaire de la seconde, les parties doivent respecter les accords qu'elles ont-elles-mêmes voulus.

97. La notion d'équilibre au service de la justice contractuelle – Toutefois, il n'est pas exact de dire que la volonté règne en maître absolu sur le droit des contrats⁴⁷³. En effet, plusieurs

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ En ce sens, Gény considérait l'autonomie de la volonté comme « inspiratrice et maîtresse souveraine des actes juridiques » : GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, préf. R. Saleilles, 2^{ème} éd. rev. et mise au courant, LGDJ, 1932, p. 192, n°81. Selon Savatier, la volonté était « en 1804, l'assise philosophique du droit civil des contrats » : SAVATIER R., *Les métamorphoses du droit civil, 3ème série : Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, p. 30, n°356. Certains auteurs émettent toutefois une position plus nuancée quant à la volonté des rédacteurs de 1804, qui n'auraient que « partiellement adhéré » à cette théorie. V. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNEDE F., *op. cit.*, p. 36 et s. n°29.

⁴⁶⁹ Conformément à la définition donnée par le Vocabulaire Capitant, l'autonomie de la volonté est la « théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter [...], celle de déterminer par accord le contenu du contrat [...], d'où, plus généralement, l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation contractée » CORNU G. (dir.), *V° « Autonomie de la volonté », Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 105.

⁴⁷⁰ L'énoncé de l'article 1103 reprend, quasiment à l'identique celle de la célèbre formule héritée de Domat selon laquelle, « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites » (art. 1134 anc. C. civ.). V. DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2nd éd., Chez Pierre Auboin, Pierre Emery, Charles Clouzier, 1697, Livre I, Titre I, section II, VII, p. 72.

⁴⁷¹ CADIET L., « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, PUAM, 1990, p. 243, n°1.

⁴⁷² TARDE G., *Les transformations du droit : étude sociologique*, Félix Alcan, 1893, p. 119. L'auteur semble toutefois critiquer cette évolution en énonçant que l'on a été amené « à admettre sans réflexion une théorie philosophique des obligations où il n'est tenu compte que du contrat, on ne voit que le concours de deux volontés libres, quelconques, sans nul égard aux exigences impératives, permanentes ou changeante, du milieu social où elles concourent et qui seul leur a permis de concourir. On finit par se persuader que ces rencontres de vouloirs sont l'unique fondement raisonnable des devoirs et des droits, et que, partout où il y a des droits et des devoirs véritables, on doit découvrir, en cherchant bien, quelque contrat précis ou confus, explicite ou implicite ».

⁴⁷³ GOUNOT E., *th. préc.* p. 318 et s., spéc. p. 332 et s. Gounot rejette ainsi le « système purement volontariste [...],

tempéraments ont été pensés afin de rétablir un équilibre parfois instable entre les contractants, et qui joue alors au détriment du plus faible. Certes, puisque les parties sont considérées comme étant les plus à même de défendre leurs intérêts, l'on considère généralement que l'accord auquel elles ont abouti respecte et traduit l'équilibre voulu par elles. Ce serait cependant oublier que, contrairement à la célèbre maxime « qui dit contractuel dit juste »⁴⁷⁴, les parties peuvent avoir accepté un contrat sans avoir été pleinement maîtresses de leurs décisions. Certains outils ont ainsi été prévus, dès 1804, pour remédier à ces situations au titre desquelles on retrouve la théorie des incapacités (art. 1145 et s. C. civ.), les vices du consentement (art. 1130 à 1144 C. civ.), la lésion (art. 1674 à 1685 C. civ.) ou encore la sanction du défaut de contrepartie (art. 1169 C. civ.). À cela s'ajoute un phénomène de moralisation du droit grâce au recours à la bonne foi. Si certains ne voient dans celle-ci qu'une notion d'ordre psychologique ou moral sans véritable portée juridique⁴⁷⁵, d'autres l'élèvent « au rang de principe essentiel du droit contemporain des contrats »⁴⁷⁶, à l'image des chefs de file de la doctrine solidariste, à savoir les Professeurs Mazeaud et Jamin. Prenant appui sur la pensée de Demogue pour qui le contrat serait « une sorte de microcosme », « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par [les contractants], absolument comme dans la société civile et commerciale »⁴⁷⁷, les tenants de la pensée solidariste estiment nécessaire de défendre une « vision humaniste du droit des contrats »⁴⁷⁸ se concrétisant à travers la devise « loyauté, solidarité et fraternité ». Dès lors, cette doctrine serait une « voie médiane entre un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot, en vertu de laquelle l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel »⁴⁷⁹. L'autonomie de la volonté n'est plus présentée comme omnipotente, l'individu s'inscrit dans des rapports

radicalement impuissant à rendre compte du monde juridique réel ». Il explique alors que « vu à travers les législations positives, le droit subjectif n'apparaît pas comme le pouvoir de vouloir n'importe quoi en vue de n'importe quelle fin, mais comme le pouvoir de vouloir la satisfaction d'intérêts légitimes, en harmonie avec le bien de la communauté et avec l'ordre général des choses » (p. 336).

⁴⁷⁴ FOUILLÉE A., *La science sociale contemporaine*, Librairie Hachette et Cie, 2^{ème} éd., 1885, p. 410.

⁴⁷⁵ Sur cette opinion et sa réfutation par la démonstration de l'importance de la bonne foi dans le domaine juridique, V. VOUIN R., *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1939, p. 2 et s., n°2 et s.

⁴⁷⁶ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 603 et s. spéc. p. 605.

⁴⁷⁷ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, II. *Effets des obligations*, t. 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 9, n°3.

⁴⁷⁸ MAZEAUD D., *art. préc.*, p. 603 et s. spéc. p. 606.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 603 et s. spéc. p. 609.

sociaux où l'idée de solidarité dépasse la volonté purement égoïste⁴⁸⁰.

Peut-être est-il judicieux d'opter pour une solution plus nuancée en se gardant d'exiger que naisse, entre les cocontractants, un amour fraternel⁴⁸¹, mais en admettant l'importance de la bonne foi dans le droit positif sans tomber dans la démesure d'une vision angélique du rapport contractuel. Néanmoins, que l'on accorde ou non du crédit à cette doctrine solidariste⁴⁸², on ne peut occulter son influence sur l'autonomisation de la notion de bonne foi. En effet, de nouveaux devoirs, inspirés directement de cette notion, et peut être plus largement d'un idéal de justice contractuelle, ont été mis à la charge des cocontractants. Le développement d'un devoir de loyauté⁴⁸³, que l'on pourrait définir comme « l'obligation de fournir une exécution fidèle de sa prestation, en personne raisonnable et de s'abstenir de tout comportement abusif dans l'exécution du contrat »⁴⁸⁴, en est une parfaite illustration. Les parties doivent ainsi faire preuve de loyauté tant lors de l'exécution du contrat que de sa formation afin d'aboutir, ensemble, à une convention équilibrée et juste.

Cette nouvelle conception du contrat a permis le développement de la notion d'équilibre contractuel afin d'endiguer les rapports de force disproportionnés à l'excès et de veiller, plus largement, au respect de la justice contractuelle⁴⁸⁵. On retrouve des témoins de cette volonté de lutte contre les déséquilibres contractuels au sein du dispositif contre les clauses abusives et du nouvel article 1171 du Code civil sanctionnant les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion⁴⁸⁶. Citons également le dernier

⁴⁸⁰ JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIe siècle : Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

⁴⁸¹ En ce sens, A. Sériaux estime que la bonne foi commande d'"aimer [son cocontractant] comme un frère » : SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 2^{ème} éd., 1998, p. 229, n°55 ; Fouillée avait déjà, en son temps, exprimé une idée similaire en affirmant que « nous sommes frères parce que nous acceptons volontairement un même idéal en entrant dans la société et que nous nous obligeons à former une même famille ; nous sommes frères aussi parce que nous sommes naturellement membres d'une même organisation, parce que nous ne pouvons vivre ou nous développer les uns sans les autres, parce que notre moralité même est liée à l'état social et à la moralité de l'ensemble. En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité ». V. FOUILLÉE A., *op. cit.*, p. 410.

⁴⁸² V. en ce sens l'opinion très critique du Professeur Yves Lequette sur le solidarisme contractuel : LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 ; LEQUETTE Y., « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 879.

⁴⁸³ Pour un approfondissement sur le devoir de loyauté, voir PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989.

⁴⁸⁴ BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 499, n°1508.

⁴⁸⁵ BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 157, n°185 ; BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *op. cit.*, p. 288 et s., n°883 et 886 à 889.

⁴⁸⁶ Le projet de réforme prévoyait initialement un article 1169 ne cantonnant pas l'interdiction du déséquilibre significatif aux seuls contrats d'adhésion. Pour une appréciation critique de cette proposition, V. BROS S., « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, p. 761.

alinéa de l'article 1^{er} de la Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 sur le bail d'habitation en application duquel « les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés », ou l'article 1143 du Code civil qui sanctionne, grâce au mécanisme de la violence économique, la partie ayant abusé de l'état de dépendance de son cocontractant pour tirer de l'opération un « avantage manifestement excessif ». Prenons enfin pour exemple le pouvoir désormais accordé au juge de réviser le contrat pour imprévision lorsque l'exécution de celui-ci est devenu, suite à un changement de circonstances imprévisible, excessivement onéreuse pour l'une des parties (art. 1195 C. civ.). On le voit, l'équilibre contractuel a toute sa place au sein des préoccupations relatives à la matière de l'engagement des parties et, malgré le silence de l'article 1107, le Code civil accorde une importance non négligeable au respect d'une certaine proportionnalité entre les droits et obligations de chacune des parties⁴⁸⁷. L'expression « équilibre contractuel » apparaît d'ailleurs régulièrement sous la plume des magistrats de la Cour de cassation⁴⁸⁸. Ainsi, « dans les contrats à titre onéreux, la justice contractuelle commanderait que le contrat soit équilibré, c'est-à-dire que chacune des parties y trouve un intérêt à peu près équivalent, au moins subjectivement »⁴⁸⁹.

98. L'exigence d'un certain équilibre des prestations dans le contrat de partage, corollaire de l'onérosité – Dans la mesure où les contrats de partage ne pourraient être qualifiés de contrats conclus à titre gratuit qu'au prix d'un raisonnement artificiel, l'onérosité paraît devoir s'imposer. La contrepartie reçue, *in fine*, par chaque contractant du partage devra donc exister et, de fait, n'être ni illusoire ni dérisoire (art. 1169 C. civ.). L'existence de déséquilibres significatifs ne peut donc être admise. Partant, si le contrat présente un déséquilibre structurel trop important, et bien qu'une telle condition ne soit pas expressément exigée par la lettre de l'article 1107, cette qualification va s'avérer délicate. Certes, comme l'expliquait Demogue « une contre prestation très faible ne suffi[t] pas à transformer en acte à titre onéreux un acte à titre gratuit »⁴⁹⁰. Toutefois, si l'une des parties supporte une obligation bien supérieure à celle

⁴⁸⁷ Soulignant une protection « plus assumée » de l'équilibre contractuel, V. BARBIER H., « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tous genres », *RTD civ.* 2018, p. 102.

⁴⁸⁸ V. not. Com. 19 déc. 1989, n°88-13789, *Bull. civ.* IV, n°327, p. 219, *D.* 1991, p. 60, note SORTAIS J.-P. ; *D.* 1990, p. 368, note FERRIER D. ; *RTD civ.* 1990, p. 649, obs. MESTRE J. ; Com. 8 févr. 2000, n°97-19541 ; *Civ.* 1^{ère}, 31 oct. 2012, n°11-15529, *Bull. civ.* I, n°222, *RTD civ.* 2013, p. 109, obs. FAGES B. ; la Cour fait parfois référence à « l'équilibre du contrat ». V. not. Com. 7 oct. 2014, n°13-21086, *Bull. civ.* IV, n°143, *RTD civ.* 2015, p. 381, obs. BARBIER H. ; l'on retrouve également des références à « l'équilibre général du contrat ». V. not. Com. 7 juin 2016, n°14-17978, *D.* 2016, p. 2042, note BAUGARD D. et BORGAN.

⁴⁸⁹ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis, Droit, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 485, n°630.

⁴⁹⁰ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Éditeurs, 1923, p. 906, n° 916.

de l'autre, tandis que la rémunération obtenue est minime, dérisoire, voire symbolique, l'on ne pourra aboutir à la qualification de contrat conclu à titre onéreux et donc, *a fortiori*, de contrat de partage. Pour qu'un contrat puisse être considéré comme ayant été conclu à titre onéreux, encore faut-il que celui-ci donne naissance à des obligations réciproques. Mais la seule existence d'obligations à la charge de chacune des parties est insuffisante, à elle-seule, pour caractériser l'onérosité. En effet, affirmer que tout mouvement inverse à la prestation initiale ne peut être nécessairement constitutif d'une contrepartie, comme nous l'avons vu avec le versement de grains, pose la question de la détermination du seuil entre ce qui doit relever de la gratuité ou de l'onérosité. En réalité, la question sous-jacente est celle de savoir ce que l'on entend par l'exigence d'une « contrepartie réciproque » : doit-on se tourner vers un critère mathématique, objectif, et considérer alors que la contrepartie est réciproque, et constitue un paiement, lorsqu'elle est équilibrée par rapport à la première prestation ? Ou, au contraire, doit-on lui préférer un critère plus subjectif fondé sur ce que les parties ont *considéré comme étant équivalent* ? En vérité, l'on ne peut trancher de manière ferme entre ces deux propositions, car il importe de tenir compte de la volonté des parties tout en utilisant, comme correctif, un critère plus objectif. Dès lors, si l'équivalence doit être préférée à la stricte réciprocité, il importe tout de même que les différentes prestations ne soient pas déséquilibrées au point que l'on ne puisse, finalement, y déceler une quelconque réciprocité : l'absence totale d'équilibre entre les prestations serait alors un obstacle à l'onérosité.

99. La difficulté pratique en matière de partage – Toutefois, si cette analyse se comprend aisément s'agissant des contrats onéreux conclus dans les modes de consommation classiques, elle est plus délicate à mettre en pratique en matière d'économie de partage. Si l'une des parties fournit une contreprestation dont la valeur semble bien inférieure à celle de la prestation initiale, il sera difficile de considérer qu'il s'agit là du paiement de cette dernière. Il ne faut cependant pas oublier que les contrats de partage restent des contrats spécifiques dérogeant à un certain nombre de solutions du droit positif. L'on ne peut, en effet, les considérer comme des contrats conclus à titre onéreux classiques : ils n'ont que peu de points communs avec le contrat de vente, l'échange, le bail, *etc.*, ne serait-ce que dans la mesure où le paiement ne vient que très rarement du cocontractant initial. Dans ce cas, il devient particulièrement délicat de vérifier la bonne application de ce principe, les contrats de partage faisant l'impasse sur la réciprocité telle qu'elle est pratiquée dans les contrats à titre onéreux habituels. Chaque contrepartie est littéralement séparée de la prestation qu'elle vient payer, puisqu'elle est versée dans un rapport contractuel distinct et postérieur : le contrôle de l'existence d'une certaine équivalence entre les

différentes prestations sera, de fait, complexifié. Celles-ci n'étant pas directement reliées dans un même *instrumentum* juridique, leur comparaison nécessitera, en amont, de pouvoir déceler, avec exactitude, quelle prestation antérieure vient payer la contrepartie versée afin de ramener à zéro le solde créditeur du débiteur initial. Cette appréciation, au cas par cas, en plus d'être particulièrement chronophage, pourrait se révéler, en pratique, quasiment impraticable : si *Tertius* s'exécute auprès de *Primus* pour 100 grains, et à l'égard de *Secundus* pour un montant de 200, puis demande à *Quartus* la réalisation d'une prestation de 250 grains, faut-il comparer la prestation de *Quartus* avec celle reçue par *Primus* ou *Secundus* ? L'on ne peut raisonnablement savoir s'il s'agit de la totalité du montant des 200 grains obtenus suite à l'exécution au profit de *Secundus* augmentés de 50 acquis grâce à la relation avec *Primus* ; du montant total des 100 grains résultant de la première relation auquel s'ajoute 150 unités gagnées au moyen du deuxième contrat, etc. En outre, si le facteur temps, sur lequel est généralement calculée la valeur des prestations, permet une comparaison des différents biens et services proposés, celle-ci est alors définitivement coupée de la valeur monétaire marchande qu'ils possèdent, ce qui complique sensiblement le contrôle de l'équilibre contractuel. Sans qu'il soit question de vérifier l'existence d'une stricte égalité entre les prestations, celle-ci n'étant jamais imposée en droit français, les particularités du partage compliquent l'appréciation de l'équilibre et, plus précisément, du déséquilibre immodéré rendant illusoire l'onérosité.

Mais cette première particularité n'est pas la seule à distinguer les contrats en cause des contrats nommés classiques. En effet, cela serait sans compter sur les motivations des acteurs qui sont particulièrement éloignées de ce que l'on retrouve traditionnellement dans un rapport marchand et qui, de surcroît, sont placées au cœur des relations de partage⁴⁹¹. Ainsi, et de manière encore plus prononcée que dans les contrats classiquement conclus à titre onéreux, il est nécessaire de relativiser l'exigence d'un strict équilibre entre les prestations puisque, même si elles ne doivent pas être complètement déséquilibrées, cela ne signifie pas qu'il faille démontrer l'existence d'une stricte égalité entre la valeur des prestations, seule la démonstration d'une certaine équivalence étant, *in fine*, exigée.

§ 2 : L'équivalence des prestations

100. La notion d'équivalence – Comme l'explique le Professeur Dupeyroux dans sa thèse de doctorat, le terme « équivalence » renvoie à une « égalité de valeurs » conformément à

⁴⁹¹ Sur la motivation des acteurs de l'économie de partage, V. *infra*, n°125 et s.

l'étymologie latine du terme (« *aeque valere* »)⁴⁹². Ainsi, en suivant à la lettre le sens du mot équivalence, il faudrait admettre que le moindre déséquilibre objectif entre les prestations échangées entraîne une disqualification de ces contrats et les fasse basculer dans le giron de la gratuité. Cependant, l'on peut se demander s'il est opportun de considérer le plus infime déséquilibre économique entre les prestations comme suffisant pour rejeter une telle qualification. Cette interrogation pose inévitablement la question de la manière dont il convient d'apprécier l'équilibre des prestations et, plus précisément, celle de savoir s'il est nécessaire de sanctionner le déséquilibre objectif, ou s'il est possible d'admettre la validité d'un échange dont les prestations sont simplement, aux yeux des parties, équilibrées. Si l'on affirme que pour être valable, le contrat doit donner naissance à des obligations équivalentes, tout déséquilibre objectif rendrait impossible la qualification de contrat de partage. En effet, comme pour les autres contrats conclus à titre onéreux, il serait nécessaire de pouvoir vérifier l'équivalence des différentes prestations et donc, l'égalité entre leur valeur respective. Or, il n'est pas rare que les prestations réciproques ne soient pas d'égale valeur, ou même qu'il existe un déséquilibre quantitatif des biens ou des services échangés. Par conséquent, imposer une stricte égalité arithmétique entre les différentes prestations pour caractériser l'existence d'un contrat conclu à titre onéreux et, *ipso facto*, d'un contrat de partage ne paraît que très peu praticable.

101. La conception de l'équivalence en droit positif – Le droit positif ne semble pas avoir opté pour une solution aussi draconienne que celle consistant à exiger une stricte égalité arithmétique entre les prestations. L'article 1168 du Code civil affirme ainsi sans détour que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». En matière de vente d'immeuble par exemple, le déséquilibre entre le bien vendu et le prix n'est sanctionné que s'il atteint certaines proportions, puisque le vendeur ne peut demander la rescision de la vente, qu'à condition d'avoir été lésé de plus des sept douzièmes de la valeur de son bien⁴⁹³. De plus, seuls les contrats de vente comportant un prix dérisoire (ou vil)⁴⁹⁴, c'est-à-dire « sans proportion avec

⁴⁹² DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, p. 107, n°91 ; MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920, p. 157 ; le recours à l'étymologie est important pour comprendre le sens des mots. En ce sens, V. DROSS W., « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012, p. 2229 et s., spéc. p. 2230 : « la clé du sens des mots se trouve souvent dans leur étymologie bien davantage que dans ce que l'on dit qu'ils disent ».

⁴⁹³ Art. 1674 C. civ.

⁴⁹⁴ À la différence du prix lésionnaire, le prix dérisoire est tellement bas par rapport au prix de la chose qu'on l'assimile à un prix inexistant. Le prix lésionnaire, quant à lui, est certes insuffisant mais il est toutefois existant. Sur la différence entre ces deux notions V. PAISANT G., « La distinction entre la vente à vil prix et la vente

la valeur du bien vendu »⁴⁹⁵, sont sanctionnés par la nullité absolue⁴⁹⁶. Par conséquent, tout déséquilibre n'est pas nécessairement corrigé, et le simple fait que les prestations réciproques ne soient pas exactement équivalentes n'emporte pas automatiquement l'annulation du contrat ou, dans une moindre mesure, sa disqualification. L'annulation systématique des contrats déséquilibrés réduirait quasiment à néant la possibilité d'introduire un aléa dans les contrats conclus à titre onéreux, sauf à prévoir expressément une exception quant à l'appréciation de l'équivalence pour les contrats aléatoires. En effet, la plupart d'entre eux sont des contrats commutatifs, au sein desquels les prestations, « *regardées* comme équivalentes » par les parties selon les termes de l'article 1108 alinéa 1er du Code civil, sont déterminées dès la conclusion du contrat. Cependant, rien n'interdit de conclure un contrat aléatoire dans lequel « l'équivalent » dépendant d'un évènement incertain consiste, selon la définition antérieure à la réforme du droit des obligations, dans une chance de gain ou un risque de perte (art. 1104 al. 2 anc. C. civ.). Bien que formulée quelque peu différemment depuis 2016, la définition du contrat aléatoire n'a guère changé avec l'ordonnance, celle-ci estimant que « le contrat est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un évènement incertain » (art. 1108 al. 2 C. civ.). Il est donc impossible, eu égard à l'incertitude de l'évènement, de prédire à l'avance le caractère objectivement équilibré du contrat aléatoire. Partant, si l'on exigeait que les prestations de chacune des parties soient exactement équivalentes, ces contrats seraient alors susceptibles d'être annulés lorsque l'une des parties se retrouve « désavantagée » suite à la réalisation ou à la non survenance de l'évènement incertain, contrairement aux principes mêmes des contrats aléatoires.

Ainsi, l'existence d'un déséquilibre objectif entre les différentes prestations ne suffit pas pour que les magistrats prononcent la nullité du contrat. L'absence d'égalité arithmétique ne fait pas obstacle à ce que la contrepartie, même inférieure à la prestation réciproque, soit suffisante comme en témoigne la jurisprudence de la Cour de cassation. Un arrêt de la première chambre civile du 4 août 1995 illustre parfaitement la prudence des arrêts sur ce point. En l'espèce, un acheteur chanceux acquit une bague pour un montant de 101 556 francs suite à une

lésionnaire », *D.* 2002, p. 930.

⁴⁹⁵ BARRET O., *V°* « Vente (2° formation) », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2007 (actualisation : sept. 2020), n°488.

⁴⁹⁶ Com. 23 oct. 2007, pourvoi n°06-13979 ; *D.* 2008, p. 954, obs. G. CHANTEPIE ; Civ. 3^{ème}, 11 février 2004, pourvoi n°12-25759 : « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, s'analyse en une nullité absolue ». V. cependant l'opinion du Professeur Barret, selon lequel, la sanction pourrait, à l'avenir, consister dans une nullité relative et non absolue : O. BARRET, *Rép. civ. préc.*, n°489. Pour le commentaire de cet arrêt V. GHESTIN J. (dir.), LOISEAU G., SAUPHANOR-BROUILLAUD N., SERINET Y.-M., et VIRASSAMY G., « Droit des contrats », *JCP G* 2014, n° 24, doct. 699, n°7.

erreur d'étiquetage, le bijou étant en réalité vendu au prix de 460 419 francs. Les juges du Quai de l'Horloge refusèrent toutefois d'annuler le contrat de vente pour défaut de prix sérieux, estimant que le prix obtenu n'était pas dérisoire. La vente ne pouvait donc être annulée pour absence de cause, et ce « même si la valeur réelle du bijoux était supérieure au prix demandé »⁴⁹⁷.

Par conséquent, et pour l'ensemble de ces raisons, il est impossible de pencher pour une appréciation purement mathématique de l'équilibre des prestations, le simple déséquilibre n'étant pas, en lui-même, un obstacle à la qualification de contrat à titre onéreux et donc, *a fortiori*, de contrat de partage. Les prestations ne doivent pas nécessairement être d'égale valeur, seule une certaine équivalence, signe du titre onéreux, étant requise⁴⁹⁸. S'agissant de l'économie de partage, une telle solution semble d'ailleurs dictée par la nature même des contrats tissés entre les membres des communautés.

102. L'hétérogénéité des prestations dans les contrats de partage – Il serait en effet délicat de disqualifier tous les contrats de partage à l'apparition du moindre déséquilibre entre la valeur des biens, services ou savoir-faire échangés. Tout d'abord, il ne paraît en effet que très peu opportun de refuser cette qualification aux opérations relevant de l'économie du même nom lorsqu'il existe une inégalité mathématique entre la valeur des prestations. La solution contraire reviendrait à réduire le domaine de ces contrats à peau de chagrin. En effet, cette inégalité arithmétique relève quasiment de la nature des contrats passés au sein de l'économie de partage. À ce titre, il est possible de faire un parallèle avec le contrat d'échange. Les contrats de partage ont, comme lui, un inconvénient de taille : celui de la comparaison exacte et mathématique de la valeur des biens et services échangés entre les contractants⁴⁹⁹. Cela implique nécessairement, lorsque les différentes contreparties consistent en la fourniture d'un bien ou l'exécution d'un service, une appréciation souple de leur valeur. En effet, comment comparer, de manière parfaitement objective, la valeur d'une coupe de cheveux, du prêt d'une tondeuse à gazon, de

⁴⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 4 juil. 1995, n°93-16198, *Bull. civ. I*, n°303, p. 212, *Cont. Conc. Cons.* 1995, n°181, note LEVENEUR L. ; *RTD civ.* 1995, p. 881 ; *D.* 1997, p. 206, note LUCIANI A.-M. ; *rappr. Civ.* 1^{ère}, 4 oct. 1965, *Bull. civ. I*, n°507 ; Civ. 1^{ère}, 8 juin 1971, n°70-11041, *Bull. civ. I*, n°187, p. 156 ; plus récemment, V. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2008, n°07-15477, *RDC* 2008, p. 1133, obs. MAZEAUD D.

⁴⁹⁸ En ce sens, V. not. DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 107, n°91. L'auteur affirme ainsi : « On pourrait parfaitement concevoir un système juridique où le principe d'une égalité objective entre les prestations échangées suffirait à caractériser le titre onéreux, le moindre déséquilibre objectif entraînant cet " avantage purement gratuit " dont la production serait le propre de l'acte gratuit. Mais tel n'est pas notre droit positif : l'article 1104 C. civ. n'associe pas le titre onéreux à une équivalence objective mais subjective ».

⁴⁹⁹ Selon le Professeur Sériaux, « l'inconvénient majeur de l'échange demeure la difficulté à trouver des biens comparables et partant substituables aux yeux des parties ». V. SÉRIAUX A., *Contrats civils*, coll. Droits fondamentaux, PUF, 2001, p. 94, n°27.

la fourniture de bocaux de confitures, ou encore du soutien moral apporté à l'un des membres de la communauté⁵⁰⁰ ? Comment exiger une stricte égalité de valeur dans une relation de partage où le débiteur initial mettrait sa tondeuse à gazon à disposition du créancier initial pendant une certaine durée, et se ferait rémunérer, par la suite, par un autre membre de la communauté venant effectuer quelques travaux de plomberie ? Dans cet exemple, le déséquilibre de valeur est patent puisque le coût actuel des prestations de plomberie n'est en rien équivalent à celui de la mise à disposition d'une tondeuse à gazon. Toutefois, au sein de l'économie de partage, si la réalisation d'une heure de travaux de plomberie et la mise à disposition d'une tondeuse à gazon pour cette même durée, sont évaluées à 60 grains, les prestations devront être considérées comme équivalentes malgré l'absence d'égalité arithmétique. Cette difficulté est flagrante lorsque les prestations sont d'une nature aussi hétérogène que dans l'exemple précité. Elles seront en effet d'égale valeur si elles correspondent chacune à une heure de travail, peu important alors qu'elles soient économiquement incomparables et aboutissent, dans l'économie marchande, à la stipulation de prix différents : dans les contrats de partage, une heure de cours de musique équivaut à une heure de charpenterie, de jardinage, d'informatique, *etc.*

Toutefois, si le refus d'exiger une stricte égalité des prestations et la nécessité corrélative de s'en tenir, pour apprécier la contrepartie, à la recherche d'une équivalence, s'explique en partie par la nature des contrats de partage, il convient de ne pas oublier la justification première d'une telle solution : est équivalent, ce que les parties *regardent* comme étant de valeur égale.

103. Une solution guidée par la justice commutative – Il convient, pour apprécier l'équilibre des contreparties, de se tourner vers l'intention des parties⁵⁰¹. Une telle solution semble d'ailleurs conforme à la justice commutative d'Aristote⁵⁰². Pour le Stagirite, la contrepartie s'entend de « la valeur subjective de la prestation pour la personne qui l'a reçue »⁵⁰³, et ne doit nullement être confondue avec une valeur objective⁵⁰⁴. Dès lors, « la cause de l'obligation n'est pas un équivalent objectif mais, comme l'a parfaitement décrit Monsieur Maury, un équivalent

⁵⁰⁰ Sur ce type de services proposés notamment dans le cadre des SEL, V. not. *infra*, n°129.

⁵⁰¹ Comme le rappelle le Doyen Maury, dans sa thèse de doctorat, « le législateur suppose la volonté apte à déterminer l'équivalent de l'obligation consentie, à condition que cette volonté soit libre et éclairée » : MAURY J., *th. préc.*, p. 161.

⁵⁰² LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 362 et s., n°395 et s.

⁵⁰³ DESPOTOPOULOS C., « La notion de *synallagma* chez Aristote », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 115 et s., spéc. n°VIII, p. 124.

⁵⁰⁴ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 239 et 240, n°259.

voulu, c'est-à-dire un équivalent librement déterminé par les parties »⁵⁰⁵. De manière générale, l'esprit des dispositions du Code civil semble se rallier à cette nécessité de prendre en compte la volonté des parties. Si cela ne fait que peu de doute s'agissant des contrats aléatoires, dans la mesure où les parties choisissent librement de faire dépendre les effets du contrat d'un événement incertain, il semble en aller de même s'agissant des contrats commutatifs et, ainsi, de l'ensemble des contrats conclus à titre onéreux.

La lecture de l'article 1108 alinéa 1^{er} du Code civil qui définit le contrat commutatif, confirme cette solution⁵⁰⁶ en affirmant que « chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est *regardé* comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ». L'usage du verbe « regarder » ne laisse guère de place au doute quant à la nécessité d'apprécier l'équilibre des différentes prestations au regard de l'intention des parties : ce qui importe, pour que le contrat soit conclu à titre onéreux, c'est que chaque partie reçoive une contreprestation qu'elle estime suffisante au regard de celle qu'elle a elle-même fournie⁵⁰⁷. Les prestations seront ainsi réputées équilibrées si les parties les considèrent comme telles et estiment, selon leurs propres critères, qu'elles sont semblables au regard de ce que chacune d'elles recherche. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler le célèbre exemple de Glaucus donnant à Diomède « des armes d'or pour des armes de bronze, la valeur de cent bœufs pour neufs bœufs »⁵⁰⁸. Pour Aristote, il n'y a ici ni injustice ni inégalité dans la mesure où chaque partie s'est engagée librement. Puisque celles-ci « ont la possibilité en droit de déterminer la prestation et la contreprestation à leur gré, même de manière à porter gain à l'une des parties et perte à l'autre »⁵⁰⁹, le contrat sera équilibré, même en l'absence d'équivalence arithmétique, lorsque chaque contractant estimera recevoir assez par rapport à ce qu'il est en mesure de fournir : « l'inégalité objective des prestations n'entraîne pas une rupture de l'équivalence, telle qu'elle est entendue par l'article 1104 [ancien] du Code civil. Pour que cette rupture se produise, pour que l'équivalent fasse alors place à un avantage, il faut que l'intention de lucre disparaisse et que l'intention libérale s'exprime »⁵¹⁰.

104. Le rejet des déséquilibres dus à l'intention libérale des parties – Il faut prendre garde à ne pas confondre la possibilité d'un certain déséquilibre arithmétique avec l'absence

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 259.

⁵⁰⁶ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 107, n°91 ; OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 197.

⁵⁰⁷ Plus spécialement à propos du prix, V. RACINE J. B., « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE* 1999, p. 77 et s., spéc. p. 97.

⁵⁰⁸ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Éd. Garnier-Flammarion, trad. J. Voilquin., 1965, Livre V, 11, 1136 b, 10.

⁵⁰⁹ DESPOTOPOULOS C., *art. préc.*, p. 115 et s. spéc. p.124, n°VIII.

⁵¹⁰ OVERSTAKE J.-F., *th. préc.*, p. 198.

d'équilibre résultant de l'intention libérale des parties. En effet, les contractants peuvent considérer leur contrat équilibré, quand bien même les prestations seraient objectivement inégales, sans pour autant être animés d'une intention libérale. Dans cette hypothèse, chaque partie reçoit une contreprestation qu'elle estime proportionnée à celle qu'elle a elle-même fournie, et n'entend nullement procurer gratuitement un avantage à son cocontractant. Autrement dit, lorsque les prestations ne sont pas équivalentes, sans que cela puisse s'expliquer par la volonté de l'une des parties de gratifier son contractant, le contrat semble pouvoir prétendre à la qualification de contrat de partage, sauf à ce que le déséquilibre soit si important que l'une d'elles se retrouve privée de contrepartie réelle et sérieuse. Dans ce dernier cas, peu importe l'intention des parties puisque, dans les faits, la contrepartie est si dérisoire qu'il est difficile de continuer à déceler dans l'opération un contrat conclu à titre onéreux. Néanmoins, si le critère mathématique peut agir comme un correctif lorsqu'il existe un déséquilibre extrême entre les prestations⁵¹¹, il n'en demeure pas moins résiduel par rapport à la volonté des parties.

⁵¹¹ Il semble que cette opinion soit partagée par J.-J. Dupeyroux puisque celui-ci explique que « l'équivalence objective suffisant, malgré l'absence d'équivalence subjective, à exclure la gratuité, le titre onéreux ne peut être attaché à la seule équivalence subjective » : DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 107, n°91.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

105. La première étape dans la classification des contrats à titre gratuit et onéreux : l'étude de la rémunération – Pour pouvoir ranger le contrat dans l'un des termes de la classification opposant les contrats à titre gratuit et onéreux, il convient de s'attacher à l'étude d'un premier critère objectif : l'existence d'une rémunération. Or, s'agissant de l'économie de partage, celui qui se dépouille au profit d'autrui ne reçoit pas, de ce dernier, une contreprestation. Tout d'abord, l'on ne peut découvrir l'existence d'aucun prix, l'unité de compte utilisée dans les communautés ne servant qu'à témoigner de la valeur des différentes prestations proposées. En l'absence de tout pouvoir libérateur, les grains ne peuvent être considérés comme le versement d'un prix qui nécessite, impérativement, la présence d'une monnaie étatique. Rappelons également que les dettes n'étant pas réciproques, l'on ne saurait déceler un quelconque paiement par compensation. De manière identique, l'on ne peut démontrer l'existence d'un paiement en nature, puisque le créancier initial ne fournit rien à celui qui s'exécute en sa faveur. Le contrat étant caractérisé par l'existence d'une seule et unique prestation, *a priori*, la gratuité devrait s'imposer.

106. La particularité du partage : le paiement par un tiers au contrat initial – Toutefois, l'on ne saurait occulter la particularité du partage en vertu de laquelle le débiteur initial reçoit, *in fine*, une rémunération. Celle-ci doit, classiquement, être équilibrée au regard de la prestation initiale. C'est par le truchement du critère de l'équivalence que l'on pourra vérifier la présence d'une certaine symétrie entre les droits et obligations des parties, celui-ci devant s'apprécier au regard de ce que les parties ont considéré comme équivalent.

Or, la présence d'une rémunération empêche, en principe, que le contrat relève de la catégorie des actes à titre gratuit et le fait alors basculer dans la catégorie juridique opposée. En revanche, en matière de partage, cette rémunération n'est pas versée, comme dans les contrats à titre onéreux classiques, par le cocontractant mais par un tiers au contrat. Ces conventions viennent alors durement éprouver les conceptions du droit positif s'agissant de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux car il n'existe pas, à notre connaissance, de contrat à titre gratuit où le débiteur serait payé par un tiers étranger au rapport contractuel initial et ce, dans un contrat distinct du premier. Est alors mise en lumière, une opération multipartite plus globale, et vraisemblablement originale au regard des schémas connus du droit des contrats.

Accepter que les contrats de partage soient conclus à titre onéreux nécessite toutefois de s'affranchir de la vision stricte du droit positif, puisqu'il faudrait alors consentir à ce que le

paiement ne soit pas le fait du débiteur. Une telle hypothèse est, au demeurant, distincte des exceptions connues au sein desquelles une personne vient éteindre une dette en lieu et place d'une autre, comme le ferait la caution du débiteur défaillant (art. 2288 et s. C. civ.), ou de celui qui paie une dette propre mais qu'il a contractée pour garantir l'exécution d'une obligation souscrite par un tiers, comme en matière de garantie autonome (art. 2321 C. civ.). En l'espèce, le contractant qui s'exécute afin de ramener le solde créditeur du débiteur initial à zéro en payant une créance née d'un rapport contractuel antérieur auquel il n'est pas partie, obtient, de ce simple fait, une nouvelle créance qu'il sera en droit de réclamer à l'égard des autres membres de la communauté. La caution, quant à elle, ne dispose que du droit de demander, à celui à la place duquel elle s'est exécutée, le remboursement de la somme déboursée.

107. L'onérosité : une conclusion remise en question par l'étude du critère subjectif ? –

Néanmoins, l'étude du critère subjectif viendra mettre en lumière le caractère fort relatif de cette première observation. En effet, les intentions des parties paraissent rapprocher les techniques de partage de la catégorie des contrats conclus à titre gratuit, en les faisant ainsi quitter le giron de l'onérosité qu'ils venaient pourtant juste d'intégrer. La classification contractuelle opposant le titre gratuit et onéreux semble rudement malmenée par l'analyse des contrats de partage, l'approche dictée par la doctrine et le droit positif des critères permettant de classer un acte dans tel ou tel terme de la division, n'étant que peu adaptée aux techniques étudiées. L'étude des contrats de partage par le prisme du droit positif permet donc, au-delà de la réflexion sur la nature de ces derniers et le régime juridique à leur appliquer, de souligner le décalage croissant entre la pratique contractuelle contemporaine et le droit des contrats, et la nécessité corrélative d'affiner les critères de qualification afin de les rapprocher.

CHAPITRE 2. LE CRITÈRE SUBJECTIF : LA VOLONTÉ DES PARTIES

*« L'homme ne vit pas seulement de pain,
mais de la satisfaction de ses croyances »,
Demogue⁵¹²*

108. L'insuffisance du critère matériel dans la qualification des contrats à titre gratuit ou onéreux – Pour certains, « la distinction entre la gratuité et l'onérosité repos[e] exclusivement sur un élément matériel, technique : celui de la présence ou non d'une rémunération. Peu important les mobiles de l'acteur »⁵¹³. Demogue lui-même estimait, en conclusion de ses développements sur la nature gratuite ou onéreuse d'un acte, que « ce qui caractérise les solutions que nous avons données, c'est que nous nous plaçons [...] à un point de vue objectif pour décider du caractère de l'acte »⁵¹⁴. La définition de la gratuité caractérise sur ce point les difficultés, et si une partie de la doctrine la définit en fonction des mobiles des contractants⁵¹⁵, tandis qu'une autre préfère se référer au résultat patrimonial de l'acte⁵¹⁶, un certain consensus semble avoir été trouvé sur la nécessité de réunir deux éléments pour caractériser un acte à titre gratuit, à savoir, l'intention libérale du bienfaiteur et l'avantage conféré au bénéficiaire⁵¹⁷. En effet, nous ne pouvons souscrire à l'analyse des auteurs qui ne tiennent compte que du seul critère objectif, tout en délaissant totalement le critère subjectif. La contrepartie caractéristique du contrat synallagmatique, si elle fait présumer l'onérosité, ne permet pas à elle seule d'aboutir à cette qualification. L'on ne peut, dès lors, ranger les contrats de partage dans la catégorie des

⁵¹² DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Éditeurs, 1923, p. 908, n°916.

⁵¹³ BÉNILSI S., *Essai sur la gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006, p. 225, n°370.

⁵¹⁴ DEMOGUE R., *op. cit.*, p. 907, n°916.

⁵¹⁵ JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, coll. Essais de téléologie juridique, Dalloz 1928, p. 140 et s., n°108 et s., spéc. p. 162 et s., n°123 et s. V. également p. 375, n°297 : « pas de libéralité sans intention libérale, et pas d'intention libérales sans mobiles propulseurs adéquats ».

⁵¹⁶ PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, p. 330, n°951 : les auteurs définissent alors le contrat à titre gratuit, uniquement comme celui où l'une des parties « procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange » ; PLANIOL M., note sous CA Nîmes, *Davic c/ Commune de Vaison*, 22 janv. 1890 », *D.* 1891. 2. 113, spéc. n°2. Selon Planiol : « le caractère gratuit ou onéreux d'un acte s'apprécie uniquement d'après les relations des parties entre elles : il dépend de la réciprocité des prestations ou des engagements qu'elles échangent ».

⁵¹⁷ CHAMPEAUX J., *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931, p. 13 ; PETERKA N., « Achats pour autrui entre époux », *Droit patrimonial de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 7^{ème} éd., 2018, p. 1092 et s. spéc., n°355.52 : « l'intention libérale, nécessaire, n'est pas suffisante pour entraîner la qualification de libéralité » ; FLOUR J., SOULEAU H. et AUBERT J.-L., *Droit civil – Les libéralités*, coll. U. Série droit privé, Armand Colin, 1982, Paris, p. 25 et s., n°43 et s ; Pour un état des lieux des différentes opinions doctrinales, V. CARBONNIER J., *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Th. Bordeaux, 1932, p. 732 et s.

contrats conclus à titre onéreux simplement en raison de l'existence d'une contrepartie finale, sans s'attarder sur les motivations des acteurs. Il convient donc d'ajouter, au critère matériel, un critère subjectif. À ce titre, Monsieur Valloir explique que « l'élément psychologique, l'intention libérale, joue un rôle tout aussi important que l'élément matériel dans l'appréciation du caractère gratuit ou onéreux d'un acte juridique »⁵¹⁸.

109. Deux niveaux d'intention – Ainsi, pour confirmer la qualification des contrats de partage en contrats conclus à titre onéreux et leur attribuer un régime juridique adapté, il faudrait, après avoir vérifié l'existence d'une rémunération, s'assurer que les contractants ont agi de manière intéressée. Toutefois, cette présentation se révèle quelque peu simpliste et incapable de refléter correctement la réalité de certaines pratiques contractuelles contemporaines et, tout particulièrement, des techniques de partage. Il importe en effet de prendre en compte, au-delà de l'intention libérale, les motivations plus spécifiques des contractants de l'économie de partage. L'étude des différents mobiles qui les animent met alors en lumière l'existence de deux niveaux d'intention. Dans un premier temps, ceux-ci paraissent effectivement guidés par une intention libérale permettant de différencier les contrats passés dans ce cadre, des relations contractuelles de l'économie marchande (**section 1**). Toutefois, il est impossible de s'en tenir à ce seul désir, car on décèle, dans un second temps, l'existence de motivations plus intéressées. Celles-ci innervent les relations de partage et ne peuvent rester sans influence sur la qualification des contrats étudiés (**section 2**).

Section 1 : Le désintéressement au cœur des relations de partage

110. L'économie de partage : du désintéressement individuel à la recherche de l'intérêt collectif – D'aucuns affirment 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 »⁵¹⁹. Toutefois, bien que l'économie de partage possède des particularités qui imposent de repenser la manière d'appréhender la distinction entre les contrats conclus à titre gratuit et onéreux, il ne paraît pas nécessaire d'aller jusqu'à remettre en cause l'un des fondements de la gratuité : l'intention libérale. En effet, il semble qu'*a priori*, l'une des caractéristiques principales de l'économie de partage soit,

⁵¹⁸ VALLOIR J., *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, Th. Rennes, 1919, p. 97. De manière plus spécifique s'agissant de l'acte à titre gratuit voir : CHAMPEAUX J., *th. préc.*, p. 13 et s. ; CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1927, p. 81, n°34.

⁵¹⁹ BÉNILSI S., *th. préc.*, p. 16, n°28.

justement, l'absence d'esprit de lucre (§ 1). Il ne faut toutefois pas négliger de prendre en compte les considérations dépassant les intérêts personnels de chaque contractant car, en la matière, les mobiles des parties semblent également tournés vers la recherche de l'intérêt collectif de la communauté (§ 2).

§ 1 : La « cause » principale des contrats de partage : l'intention libérale

111. Économie de partage et désintéressement – L'un des traits saillants des nouveaux modes de consommation semble résider dans un certain désintéressement des contractants, dont la volonté principale n'est pas directement de faire du profit ou de s'enrichir suite à leurs rapports avec autrui. Ainsi, l'on serait à même de mettre en lumière, au moins dans une certaine mesure, l'absence d'esprit de lucre. Les contractants ne s'engagent pas au sein des communautés de partage pour satisfaire, en premier lieu, la recherche d'un intérêt patrimonial. Or, puisque l'intention libérale est traditionnellement considérée comme une ligne de démarcation entre le titre gratuit et onéreux, il convient de s'interroger sur la volonté des parties aux contrats de partage afin de continuer le travail de qualification.

112. La cause, un élément de distinction des contrats à titre gratuit et onéreux – Un détour par la notion de cause est alors nécessaire lorsque l'on tente de saisir juridiquement la volonté des parties. En effet, comme l'a si justement écrit Monsieur Dupeyroux, « la notion de cause est un instrument de classement, de "catégorisation". C'est elle qui sert, au moins dans une large mesure, et peut-être de façon complète, à distinguer les contrats à titre onéreux des contrats à titre gratuit »⁵²⁰. Certes, cette notion a disparu du Code civil de manière formelle depuis l'ordonnance portant réforme du droit des contrats⁵²¹. Toutefois, ses fonctions ont été sauvegardées et s'appréhendent désormais au travers de la notion de « contenu du contrat »⁵²²

⁵²⁰ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 179, n°161 ; les Professeurs Terré, Lequette et Gaudemet ne disent pas autre chose lorsqu'ils affirment que « l'intention libérale étant un instrument de qualification et non une condition de validité de l'acte, son absence a pour conséquence non la nullité de l'acte, mais sa requalification en acte à titre onéreux » : TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Droit civil – Les successions, les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 320, n°342.

⁵²¹ Le rapport au Président de la République parle expressément de « l'abandon formel de la notion de cause ». Il explique ainsi que « l'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées ». V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2016, p. 5 ; MALLET-BRICOUT B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 463.

⁵²² LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 340 et s., n°375 et s. ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 346 et s., n°400 et s. ; DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème}

(art. 1128 nouv. C. civ.), bien que cette notion puisse faire l'objet de critiques notamment en raison de son imprécision⁵²³. La cause, que l'on qualifiait d'objective avant la réforme du droit des obligations, ou encore de cause de l'obligation (par opposition à la cause du contrat) correspondait à la justification économique de l'obligation et était identique dans tous les contrats à titre onéreux (l'avantage retiré en contrepartie de sa propre prestation) et gratuit (l'intention libérale)⁵²⁴. La cause subjective (ou cause du contrat) correspondait, quant à elle, aux motivations profondes et personnelles des contractants. Ses fonctions, notamment reprises par les articles 1168 et 1169 nouveaux du Code civil⁵²⁵, se limitent en grande partie à contrôler la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁵²⁶. Or, puisque la cause était un « instrument de classement », selon les termes de Monsieur Dupeyroux, et qu'elle permettait ainsi d'expliquer la distinction opposant les contrats à titre gratuit et onéreux, il paraît nécessaire, pour mener à bien l'opération de qualification, de continuer à rechercher le but des parties. Partant, si la notion juridique de cause ne relève plus des conditions de validité des contrats, une étude des motivations des parties demeure nécessaire en ce qu'elle permet de distinguer les différents types de contrats et, dès lors, d'affiner l'appréhension des contrats de partage eu égard au droit positif des contrats⁵²⁷.

113. Une opération de qualification en deux temps – Par conséquent, afin de ranger le contrat de partage dans l'une des deux catégories juridiques de la distinction des contrats à titre gratuit et onéreux, il importe, au-delà du seul critère matériel qu'est la rémunération, de s'attacher à un critère subjectif : l'intention des parties. En effet, il est désormais d'usage d'expliquer que la qualification du contrat dans l'un des termes de cette classification doit être pratiquée en deux temps⁵²⁸. Pour valider le caractère gratuit d'un contrat, il importe donc d'effectuer une double

éd., 2018, p. 197 et s.

⁵²³ Sur les critiques adressées à la notion de « contenu du contrat », V. MALLET-BRICOUT B., *art. préc.*, p. 463.

⁵²⁴ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 341 et s., n°394.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 394.

⁵²⁶ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 129 et s., n°61 ; s'agissant du cas plus précis de la donation voir : NAJJAR I., *V° « Donation », Rép. civ.*, Dalloz, 2008 (actualisation : sept. 2020), n°31 ; s'agissant de cette deuxième hypothèse, Pothier expliquait que « lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme » : POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, t. 1, Siffrein, 1821, p. 108, n°43 ; GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 799 et s., n°1236 et s.

⁵²⁷ À propos des legs et donations, il a été affirmé que « l'abandon de la cause dans la liste des éléments nécessaires à la validité du contrat à titre onéreux, par l'article 1128 du Code civil, ne semble devoir s'étendre ni aux donations, ni aux legs » : FERRÉ-ANDRÉ S. et BERRE S., *Successions et libéralités 2020*, coll. Hypercours, Dalloz, 6^{ème} éd., 2019, p. 161, n°275.

⁵²⁸ Certains auteurs considèrent toutefois l'intention libérale comme l'unique critère de distinction du titre gratuit et onéreux. En ce sens, V. not. HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, p. 21 et s. ;

vérification, en contrôlant l'absence de rémunération et la présence de l'intention libérale des parties. En ce sens, Monsieur Dupeyroux affirme que « la "volonté de préférer autrui à soi-même" dont la doctrine subjectiviste veut faire, sous le pseudonyme d'intention libérale, l'élément permanent, essentiel, "catégorique", de l'acte gratuit ne saurait certainement suffire à faire qualifier de gratuit un acte juridique si elle ne se concrétise pas dans un bienfait objectif »⁵²⁹. La gratuité implique donc un élément matériel et un élément « psychologique » qui consisterait, selon Monsieur Valloir, « en ce que ce résultat [l'absence de réciprocité] a été voulu par les parties »⁵³⁰. Autrement dit, pour pouvoir caractériser la gratuité d'un acte, il faudrait démontrer l'appauvrissement volontaire du débiteur, les juges du fond interprétant la volonté des parties afin de savoir si cet appauvrissement s'explique par l'intention libérale de l'une d'elles⁵³¹. Lorsque le débiteur s'appauvrit sans avoir recherché ce résultat, il serait impossible de conclure à la gratuité de l'opération, l'absence d'intention libérale caractérisant alors généralement un acte lésionnaire⁵³² ou la présence de tout autre un vice du consentement. La jurisprudence eut d'ailleurs l'occasion, à de nombreuses reprises, d'affirmer la nécessité de ce critère⁵³³. La Haute juridiction a ainsi soutenu que « la volonté de donner ou de léguer est de l'essence des dispositions à titre gratuit »⁵³⁴, et qu'« une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier »⁵³⁵. Notons toutefois que la preuve de l'intention libérale peut poser quelques difficultés. En effet, la Cour de cassation refuse de la déduire de l'appauvrissement du débiteur, celui qui se prévaut d'un contrat à titre gratuit devant ainsi démontrer l'existence de ladite intention⁵³⁶. La jurisprudence a alors tendance à considérer que l'absence d'équivalence matérielle entre les différentes prestations, ou la modicité du prix, ne sont pas des éléments suffisants à eux seuls pour établir la preuve de l'intention libérale et,

JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Dalloz, p. 315 et s., spéc. n°255.

⁵²⁹ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 81, n°69.

⁵³⁰ VALLOIR J., *th. préc.*, p. 32.

⁵³¹ Civ. 1^{ère}, 7 févr. 1967, *Bull. civ. I*, n°50 : « il appartient aux juges, interprétant la volonté des parties, de dire si elles ont ou non agi dans une intention libérale » ; Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, pourvoi n°80-12255, *Bull. civ. I*, n°329 ; rapp. NAJJAR I., *V° « Donation », Rép. civ.*, Dalloz, 2008 (actualisation : sept. 2020), n°14.

⁵³² VALLOIR J., *th. préc.*, p. 97 Pour étayer son propos, l'auteur s'appuie sur deux décisions : CA Amiens, 31 juillet 1984, *D.* 1996. 2. 108 et Req. 3 juin 1863, *D.* 1863. 1. 429. Les juges du fond disposent toutefois d'un pouvoir d'appréciation souverain quant à l'existence de l'intention libérale en cas de modicité du prix. En ce sens, V. not. Civ. 1^{ère}, 12 oct. 1964, *Bull. civ. I*, n°438 ; Civ. 3^{ème}, 20 févr. 1974, n°72-11928, *Bull. civ. III*, n°84, p. 65 ; Civ. 3^{ème}, 7 avril 1976, n°74-12883, *Bull. civ. n°144*, p. 114.

⁵³³ Sur la nécessité de caractériser l'intention libérale pour établir l'existence d'un acte à titre gratuit, V. not. Civ. 1^{ère}, 9 fév. 1977, n°75-13992, *Bull. civ. I*, n°75, p.58 ; Com. 5 avr. 1994, n°92-10684.

⁵³⁴ Req. 27 juin 1887, *DP* 1888.1.303.

⁵³⁵ Req. 9 décembre 1913, *DP* 1919.1.29.

⁵³⁶ Civ. 3^{ème}, 31 mai 1989, n°88-11524, *Bull. civ. III*, n°126, p. 70 ; NAJJAR I., *V° « Donation », Rép. civ.*, Dalloz, 2008 (actualisation : mars 2019), n°35.

ipso facto, de l'acte à titre gratuit⁵³⁷.

À l'inverse, pour aboutir à la qualification de contrat conclu à titre onéreux il faudrait pouvoir déceler l'existence d'une contrepartie et l'absence d'intention libérale, puisque dans cette catégorie de contrat, chaque partie recherche un avantage. Néanmoins, la question n'est que rarement posée en ces termes, les auteurs paraissant assimiler l'existence de la contrepartie à l'absence d'intention libérale.

Quoi qu'il en soit, si la nécessité de caractériser la présence, ou l'absence, de l'intention libérale pour classer les contrats au sein de la distinction du titre gratuit et onéreux ne souffre d'aucune contestation, il est nécessaire de s'interroger plus avant sur le contenu de cette notion.

114. L'intensité du désir comme critère de distinction du titre gratuit et onéreux ? – De nombreux critères ont été proposés afin de saisir la notion d'intention libérale. Pour certains, comme Monsieur Champeaux, sa présence ou son absence serait révélée par « *l'intensité du désir qu'a l'auteur de la réalisation de son acte*, ou bien (idée toute voisine) par *l'intensité de la satisfaction qu'il procure* »⁵³⁸. Les travaux de Demogue illustrent parfaitement cette tendance, ce dernier estimant qu'il s'agit là du critère de classification des différents types d'actes dans l'une des catégories de la distinction du titre gratuit ou onéreux, l'intensité et la précision du désir étant érigées en critère révélateur de l'onérosité⁵³⁹. L'éminent auteur estime ainsi que dans un contrat commutatif, entendons ici un contrat à titre onéreux, l'on peut déceler, en plus de « l'acquisition d'un bénéfice pécuniaire », « la satisfaction obtenue d'un désir précis ». Au contraire, la donation se caractérise par le fait que le donateur « donne dans un but vague de sympathie » et non « en vue d'atteindre un but précis »⁵⁴⁰. Toutefois, une telle présentation ne convainc pas entièrement. L'on voit mal comment faire de l'intensité du désir, critère subjectif par excellence auquel chacun accorde un degré d'importance qui lui est personnel et qu'il lui attribue en son for intérieur, un critère matériel de distinction du titre gratuit et onéreux. Nous ne refusons pas, par principe, que des éléments subjectifs permettent d'apprécier la gratuité ou l'onérosité de l'acte mais, à notre sens, il importe que ces éléments soient exprimés ou puissent être connus d'une manière ou d'une autre. Or, l'intensité du désir est une notion qui, au-delà de la subjectivité inhérente qui la caractérise, est d'une grande

⁵³⁷ Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1989, n°87-14205, *Défrénois* 1992, p. 181, note CHAPPERT A. ; *RTD civ.* 1989, p. 802, obs. PATARIN J.

⁵³⁸ CHAMPEAUX J., *th. préc.*, p. 45.

⁵³⁹ DEMOGUE R., note sous CA Nancy, 17 mars 1920, *RTD civ.* 1921, p. 240.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 240, et spéc. p. 241.

imprécision. En effet, l'on peut s'interroger sur la manière de mesurer cette intensité et sur les outils qui pourraient permettre une telle opération. D'ailleurs, si le niveau d'intensité arrivait à être établi, le seuil au-delà duquel le désir atteindrait une intensité suffisante pour révéler l'absence d'intention libérale devrait encore être établi. Ce critère paraît ainsi beaucoup trop fluctuant et variable d'un individu à l'autre. Il serait alors bien malaisé de lui attribuer, pour lui-même, un rôle de catégorisation. En reprenant la formule du Professeur de Béchillon, exprimée à propos de la prise en compte de l'intention des parties, l'« on ne fait pas [...] un paradigme [...] avec de l'inconnaissable »⁵⁴¹.

115. La conception abstraite de l'intention libérale – Il nous faut alors trouver une autre manière d'appréhender l'intention libérale afin d'en faire un critère de distinction. Si l'on revient à l'essence même des contrats conclus à titre gratuit, qu'il s'agisse des contrats de service gratuit ou des libéralités, on remarque que le contractant ne recherche pas un avantage personnel⁵⁴². C'est vraisemblablement cette intention de se dépouiller au profit d'autrui tout en sachant que l'on n'en retirera aucun profit personnel, qui est classiquement définie par la notion d'intention libérale. Ainsi, le but économique poursuivi par les parties diffère selon que l'on se trouve face à un contrat à titre onéreux, où chaque partie cherchera un avantage personnel, ou à un contrat à titre gratuit où l'intention libérale primera sur la volonté de faire du profit. En ce sens, Monsieur Dupeyroux, dans sa thèse de doctorat, enseigne que « dans les contrats à titre gratuit [...], il faut s'en remettre à l'intention libérale, à l'*animus donandi* qui "tient ici lieu de cause" »⁵⁴³. Avant l'ordonnance de 2016, les Professeurs Terré, Lequette et Simler expliquaient ainsi directement la distinction entre les contrats à titre gratuit et onéreux par référence au « but poursuivi par les contractants »⁵⁴⁴. Que la notion de cause ait disparu ne change rien à ces traits caractéristiques différenciant les contrats conclus à titre gratuit ou onéreux, l'analyse du but économique des parties permettant de continuer à étudier la volonté des contractants, et ce que l'on nommait jusqu'alors la « cause impulsive et déterminante du consentement ».

Mais une interrogation surgit lorsque l'on tente de définir, de manière plus précise, ce but dans un contrat à titre gratuit. On doit alors se demander si l'intention libérale, nécessaire à

⁵⁴¹ DE BÉCHILLON D., « La gratuité dans le doute », in *Mélanges Paul Amserek*, Bruylant, 2005, p. 53 et s. spéc. p. 71.

⁵⁴² BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 306, n°939.

⁵⁴³ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 181, n°163 ; CAPITANT H., *op. cit.*, p. 156 et s., n°75. Capitant explique, lorsqu'il étudie les libéralités, que « la cause, c'est bien l'intention libérale, l'*animus donandi* ».

⁵⁴⁴ TERRÉ F., LEQUETTE Y., et SIMLER Ph., *Droit civil, les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 86, n°67.

l'existence du titre gratuit, doit s'entendre de la seule volonté de ne pas demander de contrepartie, ce qui renvoie à la vision classique de l'*animus donandi*, ou de la volonté de préférer autrui à soi-même, ce qui fait écho à une « définition affective de l'intention libérale »⁵⁴⁵. Selon Pothier, « dans les contrats de *bienfaisance*, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle »⁵⁴⁶. Portalis, quant à lui, estime que « pour ce qui concerne les contrats de bienfaisance, la cause se trouve suffisamment dans le sentiment qui la produit. On n'a pas voulu priver les hommes du doux commerce des bienfaits. La cause d'un acte de bienfaisance est toujours dans la bienfaisance même »⁵⁴⁷. Or, pour Monsieur Dupeyroux, les développements de Pothier et de Portalis s'agissant de la cause des contrats à titre gratuit jettent les premières pierres de la doctrine moderne soutenant une vision subjective de la cause, et renvoient ainsi plus vraisemblablement à « la volonté de donner satisfaction à un *sentiment altruiste*, le plaisir de celui qui se montre généreux », qu'à l'« *animus donandi* abstrait » (c'est-à-dire à la « volonté de donner à l'état pur »)⁵⁴⁸. En ce sens, Madame Ferré-André et Monsieur Berre expliquent que l'intention libérale, est la volonté « de ne pas recevoir de contrepartie »⁵⁴⁹, lorsque le Doyen Maury définissait la cause des contrats à titre gratuit comme « l'absence voulue d'équivalent économique »⁵⁵⁰. Cette formulation ne fait toutefois pas l'unanimité. En s'attelant à l'étude de la cause des actes à titre gratuit, Monsieur Dupeyroux estime qu'« il semble difficile de dire que celui qui s'engage à titre gratuit le fait *pour* ne pas avoir d'équivalent économique : un tel acte serait celui d'un fou, ce serait un acte gratuit au sens philosophique du terme ! En réalité, si l'on ne veut pas tomber dans l'absurde, il ne faut pas dire que celui qui s'engage gratuitement le fait *pour ne pas avoir d'équivalent économique*, mais il faut dire qu'il s'engage *pour avoir un équivalent moral* ! Seule une formule positive permet d'expliquer l'engagement, et si la cause a une raison d'être, c'est bien celle de rendre l'acte juridique intelligible »⁵⁵¹.

⁵⁴⁵ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 170 et s., n°153 et s. Demogue évoquait « un sentiment désintéressé ou peu intéressé de reconnaissance, de piété, d'amour, de tout ce qui fait la grandeur de l'homme » : DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Éditeurs, 1923, p. 540, n°746.

⁵⁴⁶ POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, t. 1, Siffrein, 1821, p. 107, n°42.

⁵⁴⁷ FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, 1827, p. 131.

⁵⁴⁸ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 182, n°163.

⁵⁴⁹ FERRÉ-ANDRÉ S. et BERRE S., *op. cit.*, p. 169.

⁵⁵⁰ MAURY J., *th. préc.*, p. 208.

⁵⁵¹ DUPEYROUX J.-J., *th. préc.*, p. 189, n°170. On retrouve d'ailleurs cette critique sous la plume du Doyen Louis-Lucas qui expliquait déjà qu'un tel engagement serait « l'acte d'un fou » : LOUIS-LUCAS P., *Volonté et cause - Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Recueil Sirey, 1918, p. 268 ; dans le même sens, Monsieur Tarbouriech affirme qu'il n'y a pas « d'obligation contractée ou de prestation consentie sans équivalent ; un dépouillement consenti sans équivalent est un acte sans but, l'oeuvre d'un fou. Le donateur même le plus désintéressé ne s'appauvrit qu'avec la volonté d'obtenir quelque compensation » : TARBOURIECH E., *De la cause dans les libéralités. Contribution à la théorie de la cause*, V. Giard & E. Brière,

Quoi qu'il en soit, l'approche classique de l'intention libérale, dont Domat est traditionnellement présenté comme le fondateur⁵⁵², est abstraite et objective. Selon celle-ci, l'intention libérale serait « la conscience et la volonté de s'appauvrir au bénéfice d'autrui »⁵⁵³. Partant, tout appauvrissement qui ne serait pas consenti pour lui-même, empêcherait l'acte de tomber dans la catégorie des contrats conclus à titre gratuit. L'intention libérale est ici entendue comme la « conscience et la volonté de ne pas recevoir une contrepartie et donc de s'appauvrir au profit d'autrui, *quels que soient les motifs particuliers ayant pu inspirer la libéralité* (altruisme, animosité, ostentation...) »⁵⁵⁴. Les défenseurs de cette approche font ainsi valoir qu'une vision plus « affective » de cette notion restreindrait, de manière conséquente, le champ des contrats à titre gratuit « dans la mesure où il est rare que les motifs qui poussent un homme à se dépouiller soient totalement désintéressés »⁵⁵⁵. Après de longues hésitations, la Cour de cassation semble avoir tranché en faveur de la conception objective de l'intention libérale, en retenant que « la volonté de priver un héritier réservataire de la quotité disponible n'exclut pas l'intention libérale du testateur vis-à-vis d'une tierce personne ». En d'autres termes, la volonté de se dépouiller de la quotité disponible au profit d'un tiers est suffisante, à elle-seule, pour caractériser l'intention libérale, les mobiles sous-jacents n'ayant pas à être pris en compte⁵⁵⁶.

1894, p. 13 et 14.

⁵⁵² DEMOGUE R., *op. cit.*, p. 539, n°746 ; S'agissant des contrats à titre onéreux, Domat explique ainsi que la cause de l'engagement de l'une des parties réside dans l'obligation de l'autre. En revanche, pour les contrats à titre gratuit, il considère que « l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien » : DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2nd éd., Chez Pierre Auboin, Pierre Emery, Charles Clouzier, 1697, Livre I, Titre 1er, section 1ère, p. 65, V et VI.

⁵⁵³ GRIMALDI M., *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 13, n°1006.

⁵⁵⁴ TERRÉ F., LEQUETTE Y., et GAUDEMET S., *Droit civil – Les successions, les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 255 et 256, n°258.

⁵⁵⁵ TERRÉ F., Y. LEQUETTE, et S. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 256, n°258. Dans le même sens, le Professeur Grimaldi estime qu'il « n'y a pas d'activité humaine – même libérale – qui soit toute désintéressée, matériellement et moralement ». Cette affirmation permet à l'auteur de rejeter la conception affective de l'intention libérale pour retenir, à l'inverse, la conception abstraite, objective, selon laquelle le « sacrifice économique » doit être conscient et voulu pour que l'on puisse y voir le signe de l'intention libérale, sans qu'il soit besoin de démontrer la pureté des intentions du disposant : GRIMALDI M., *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 15, n°1006. S'agissant plus spécifiquement de la donation, le Professeur Najjar explique qu'« une conception abstraite de l'intention libérale n'est ni praticable ni souhaitable, même si le disposant est mû par la recherche de la satisfaction d'amour-propre, de la popularité ou d'un avantage moral. Le droit des libéralités n'exige pas, en effet, que l'intention libérale soit aussi abstraite qu'une attitude de sainteté ou de désintéressement ultime et exigeant, rarement vérifiables dans la pratique. La référence à la normalité suffit. Une conception exclusive de tout motif égoïste serait déroutante, tant l'affectivité et le domaine des mobiles lointains et hypothétiques sont dangereux pour le droit positif et l'interprétation jurisprudentielle. Les méandres de la subjectivité sont inconciliables avec l'exigence d'une intention libérale totalement altruiste, sinon on réduirait par trop le domaine de la donation. L'intention libérale est compatible avec la recherche de la satisfaction d'un caprice, de la fantaisie ou de la vanité, surtout si aucune contrepartie matérielle n'est stipulée » : NAJJAR I., *V° « Donation », Rép. civ.*, Dalloz, 2008 (actualisation : sept. 2020), n°40.

⁵⁵⁶ Civ. 1ère, 30 sept. 2009, n°08-17919, *Bull. civ. I*, n°200 ; GRIMALDI M., « Le mobile est indifférent à l'existence

Cette conception abstraite n'est pas exempte de tout reproche et pour certains, elle opérerait une confusion avec le consentement. L'intention libérale abstraite ne serait ainsi, « pas autre chose, en réalité, que le consentement des parties dans le contrat, ou plus largement, que la volonté du disposant dans l'acte juridique à titre gratuit »⁵⁵⁷. Cette critique n'est toutefois pas partagée par l'ensemble de la doctrine et un nombre important d'auteurs refuse de considérer que la conception abstraite de l'intention libérale soit la cause d'une telle confusion. Les Professeurs Flour et Souleau s'emploient à distinguer ces deux notions⁵⁵⁸, tandis que MM. les Professeurs Terré, Lequette et Gaudemet expriment clairement leur refus de souscrire à une telle approche⁵⁵⁹. Le Professeur Grimaldi écarte également cette critique en expliquant que « 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 ». L'auteur appuie son refus de voir, dans cette approche abstraite, une confusion entre l'intention libérale et le consentement, par l'argument selon lequel l'intention libérale est antérieure au consentement : « l'intention de s'imposer un sacrifice précède l'acte qui l'accomplit ; l'intention libérale se réalise par le consentement »⁵⁶⁰. Le Professeur Grimaldi n'est pas le seul à s'être élevé contre ce reproche en faisant appel à l'argument tiré de l'antériorité de l'intention libérale par rapport au consentement. Cette argumentation est également reprise par Madame Ferré-André et Monsieur Berre⁵⁶¹ ou par le Professeur Méau-Lautour. Cette dernière considère que l'intention libérale « ne se confond pas [...] avec le consentement à l'acte gratuit. Admettre l'inverse voudrait dire que les vices du consentement à l'acte gratuit se ramènent à des vices de l'intention libérale. Or, rien n'est plus faux. Le donateur qui avantage celui qu'il croit être son enfant a une intention libérale tout à fait saine et indubitable : il a bien voulu faire une donation et, cependant, il y a vice du consentement pour erreur sur la personne »⁵⁶².

de l'intention libérale », *RTD civ.* 2011, p. 162 ; V. également pour le commentaire de cet arrêt : BICHERON F., « Exhérédation partielle d'un héritier réservataire et preuve de l'intention libérale », *AJ Famille* 2009, p. 460.

⁵⁵⁷ CARBONNIER J., *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Th. Bordeaux, 1932, p. 738.

⁵⁵⁸ En ce sens, les auteurs affirment que « l'intention libérale donne au consentement une qualité, une coloration particulière. On n'a pas voulu seulement un acte qui a pour résultat de vous appauvrir. On a voulu – directement et en soit – cet appauvrissement lui-même » : FLOUR J., H. SOULEAU ET AUBERT J.-L., *Droit civil – Les libéralités*, coll. U. Série droit privé, Armand Colin, 1982, p. 24, n°42.

⁵⁵⁹ TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 255 et 256, n°258.

⁵⁶⁰ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 14, n°1006.

⁵⁶¹ FERRÉ-ANDRÉ S. et BERRE S., *op. cit.*, p. 151 et 152, n°244. En ce sens, les auteurs expliquent que l'intention libérale, qui est donc antérieure au consentement, « est la volonté intime du disposant qui s'extériorisera par le consentement ».

⁵⁶² MÉAU-LAUTOUR H., *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la*

Une fois ces premières précisions effectuées, il est nécessaire de revenir à notre étude des contrats de partage afin de mettre au jour, si elle existe, l'intention libérale qui serait susceptible de faire rebasculer ces contrats dans la catégorie des actes à titre gratuit ou, au contraire, la présence d'un esprit de lucre plaidant en faveur de leur onérosité.

116. L'intention libérale comme but commun des contractants du partage : un premier pas vers la gratuité des opérations – Pour pouvoir affirmer que les contrats de partage sont des contrats conclus à titre onéreux conformément à la conclusion qui découle des observations faites lors de l'étude du critère matériel⁵⁶³, il faudrait pouvoir déceler, chez les contractants, la volonté de recevoir un avantage en contrepartie de leur prestation. Mais aboutir à un tel constat n'est pas chose aisée, car contrairement aux modèles marchands, l'économie de partage prône la mise en place de systèmes au sein desquels l'esprit de lucre n'est pas la cause impulsive et déterminante du consentement des parties. Celles-ci ne recherchent pas, du moins en premier lieu, l'enrichissement personnel. La collaboration, l'entraide, la volonté de consommer durablement, *etc.*, passent avant l'esprit de lucre, comme le démontre l'exemple des SEL ou des autres communautés de partage fondées sur ce mode de fonctionnement⁵⁶⁴, du *couchsurfing* ainsi que de la plupart des modes alternatifs de consommation. Par conséquent, peut-on continuer d'affirmer que les contrats de partage sont des contrats conclus à titre onéreux en expliquant, paradoxalement, que la raison de l'engagement des parties n'est pas la recherche du profit ? La disparition formelle de la cause ne semble pas fermer la porte à cette interrogation car l'esprit de lucre paraît relever de l'essence même du contrat à titre onéreux, tandis que l'intention libérale caractérise le titre gratuit. Or, pour saisir au mieux la nature des techniques de partage, il est nécessaire de mettre en lumière l'existence d'un certain désintéressement des parties. Celles-ci ne cherchant pas, en premier lieu, à obtenir un équivalent pour le bien ou le service fourni, il est donc nécessaire de conclure à la présence d'une intention libérale, caractéristique des contrats conclus à titre gratuit.

donation, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 64, n°73.

⁵⁶³ Sur l'étude du critère matériel, V. *supra*, n°44 et s.

⁵⁶⁴ BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 55, n°78. En ce sens, Madame Bradburn affirme que « l'intérêt indirect des sélistes, l'amitié et les convictions qui les liens peuvent s'avérer substantiels au point de justifier une relation déséquilibrée et compenser par une certaine insuffisance de l'intérêt patrimonial. La valeur de l'échange » est fixée par la valeur des personnes à l'acte plutôt que par la valeur marchande des biens « échangés ».

117. La mise à l'épreuve de la distinction entre les contrats conclus à titre gratuit et onéreux – On le voit, les techniques de partage éprouvent considérablement les classifications juridiques, au premier rang desquelles, la distinction des contrats à titre gratuit et onéreux. L'étude du critère matériel semble interdire la qualification de contrats conclus à titre gratuit, lorsque l'analyse de la volonté immédiate des parties fait, pour sa part, pencher la balance du côté de la gratuité. Les frontières sont rudement mises à l'épreuve : les techniques de partage paraissent, tel un funambule, évoluer sur un fil étroit et basculer, au gré des vents, d'un côté ou de l'autre de la classification. Mais les difficultés ne s'arrêtent pas avec ce dernier constat. Il faut ainsi remarquer l'importance grandissante accordée aux motifs dans le domaine contractuel⁵⁶⁵, et plus spécifiquement dans l'opération de qualification, la conception plus psychologique de la cause entendue comme le « motif déterminant de l'obligation » opérant déjà, en elle-même, un glissement vers les motifs⁵⁶⁶.

§ 2 : L'influence des mobiles désintéressés

118. L'importance des mobiles – À s'en tenir à une conception abstraite de l'intention libérale, on est alors bien en peine d'expliquer la raison d'être de l'engagement des parties : le questionnement sur la nature gratuite de l'acte est clôt « sans qu'on ait compris ni examiné les buts »⁵⁶⁷. Une telle définition objective cantonne le pourquoi de l'engagement à une « volonté abstraite et inexplicée d'avantager autrui »⁵⁶⁸. Dès lors, si l'on veut saisir la véritable nature de l'acte, il importe de comprendre les motivations véritables ayant poussé les parties à entrer en relation les unes avec les autres par le biais de ce schéma singulier que représentent les communautés. L'étude des mobiles devient alors un préalable indispensable avant de pouvoir aboutir à une quelconque conclusion sur la nature profonde des contrats de partage mais également, pensons-nous, de l'ensemble des contrats soumis à une observation approfondie. En son temps, Josserand expliquait déjà que, pour définir l'existence d'un acte à titre gratuit, il importait de prendre en compte un critère économique (un bienfait effectif au profit du gratifié) mais également psychologique « censé [...] révéler le mobile de l'acte »⁵⁶⁹, à savoir, le

⁵⁶⁵ DUBREUIL L., *Des mobiles dans les contrats*, Th. Lyon, 1909, p. 5.

⁵⁶⁶ TERRÉ F., LEQUETTE Y., et GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 320 et s., n°343. M. Dubreuil estime, pour sa part, que c'est principalement dans la théorie de la cause, « qu'il faut rechercher l'indice de préoccupations aussi particulièrement psychologiques » car cette dernière est « incontestablement [...], une notion d'ordre intentionnel » : DUBREUIL L., *th. préc.*, p. 6 et s.

⁵⁶⁷ ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1999, p. 259, n°287.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, n°287.

⁵⁶⁹ DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, coll. Corpus histoire du droit, Economica, 2^{ème} éd., 2012,

désintéressement de celui qui se dépouille au profit d'autrui.

« Les mobiles nous apparaissent comme les divers sentiments, les divers intérêts, les innombrables passions dont l'âme humaine est susceptible d'être agitée ; avec eux, nous pénétrons vraiment dans le for intérieur des parties ; nous touchons et à la finalité de leurs actes et à leur détermination, nous scrutons le passé en même temps que nous interrogeons l'avenir »⁵⁷⁰. Ces mobiles, dont la coloration subjective ne fait point de doute et complique leur appréhension (A), ont un rôle à jouer dans l'étude de l'économie de partage et l'opération de qualification des contrats auxquels elle donne naissance. Puisque les mobiles des parties acquièrent, au sein des modes de consommation alternatifs, une place de choix, et dans la mesure où les motivations des contractants expliquent, plus qu'en n'importe quel domaine, le choix des parties de se tourner vers ce mode de consommation, l'étude des contrats de partage ne peut rester hermétique aux intentions profondes et personnelles des parties (B).

A. La délicate appréhension des mobiles dans l'opération de qualification

119. La distinction classique entre l'intention libérale et les mobiles – L'intention libérale ne peut être comprise comme une simple référence aux mobiles des contractants, aux motivations profondes et personnelles qui les ont poussés à conclure l'acte. A l'occasion d'un commentaire des écrits de Gaius, Bartole, qui s'interrogeait alors sur les libéralités, qualifia les mobiles de « *causa impulsiva* » ou « *causa remota* » pour désigner les motifs ayant poussé la partie à se dépouiller, et les opposa alors à la « *causa finalis* », c'est-à-dire à la cause finale : l'intention libérale⁵⁷¹. En ce sens, le droit romain distinguait clairement, s'agissant des donations, la cause finale, c'est-à-dire l'intention libérale (l'*animus donandi* ou, à partir du Bas-Empire, la *liberalitas*), des motifs. Et « quelle que soit l'expression (*animus donandi*, *liberalitas*), cette cause ne se confond pas avec le motif qui a pu inciter à donner, au point que l'erreur commise sur le bienfondé de ce motif n'aura pas de conséquence quant à la validité de la donation (D. 12, 6, 52 et 12, 6, 65, 2) »⁵⁷². Le droit médiéval coutumier, en revanche, adopta une position opposée. La cause se trouvait alors, « dans la *raison* de l'engagement, ce que l'on

p. 196.

⁵⁷⁰ JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, coll. Essais de téléologie juridique, Dalloz, 1928, p. 18, n°14.

⁵⁷¹ Bartole, commentaire du fragment de Gaius, 17, § 2 et 3, D. 35.1, de cond. et dem ; CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1927, p. 156 et s., n°75 ; JOSSERAND L., *op. cit.*, p. 16 et s., n°14.

⁵⁷² DEROUSSIN D., *op. cit.*, p. 318.

pourrait appeler les *mobiles* des parties »⁵⁷³.

Or, aujourd'hui, il faut remarquer que, si la plupart des auteurs prennent soin de différencier ces notions, il existe tout de même certaines confusions. Jossierand expliquait ainsi que « les auteurs parlent non seulement de *mobiles*, mais aussi, et parfois indifféremment de *volonté*, d'*intention*, de *but*, de *cause*, de *motifs* ». L'éminent auteur ajoute alors que s'il s'agit effectivement de « notions [...] contiguës, qui se meuvent dans un même cercle, qui ont un air de famille », celles-ci « n'apparaissent point comme identiques et interchangeable »⁵⁷⁴. Il importe donc de distinguer la volonté, c'est-à-dire « le vouloir qui se concrétise dans un acte matériel », l'intention « qui est affaire de but », et les mobiles « qui sont les ressorts du vouloir, qui l'ont mis en action »⁵⁷⁵. Ces derniers, bien qu'extérieurs à l'acte, et ayant une amplitude de variation quasiment infinie, ont un rôle à jouer en droit privé⁵⁷⁶. Il s'agit là en effet des raisons qui ont poussé l'auteur à accomplir l'acte, à agir dans tel ou tel sens, ce sont les « ressorts de la volonté »⁵⁷⁷.

120. Le refus habituel de faire jouer les mobiles dans l'opération de qualification –

D'éminents auteurs estiment toutefois que le droit des contrats, s'il accorde une place à la gratuité, « ignore autant les désirs que les motivations, pour ne retenir de l'individu qu'une volonté exprimée »⁵⁷⁸. Une telle approche ne laisse que très peu de place aux doutes quant à la place et au rôle que ces auteurs entendent conférer aux mobiles. Si seule la volonté exprimée est prise en compte pour aboutir à la qualification de l'acte, c'est que les motivations profondes et personnelles des contractants qui, par définition, restent généralement dans la sphère de l'intime, doivent être rejetées hors de l'opération de qualification. Une telle conclusion se justifierait aisément puisque, la variété des effets de la volonté étant « infinie », son contenu est « *a priori* indéterminable »⁵⁷⁹. Ainsi, la volonté déclarée des contractants semble prendre entièrement le pas sur leurs intentions plus profondes et qui ont pourtant donné naissance à la

⁵⁷³ DEROUSSIN D., *op. cit.*, p. 335 et s. Cette période est marquée par une « moralisation des conventions » et une subjectivisation de la notion de cause. Les motifs étaient alors souvent exposés au début des actes de donation. Selon le Professeur Deroussin, la cause des libéralités se trouvait, alors « dans les motifs personnels au donateur et non pas dans une intention libérale désincarnée ».

⁵⁷⁴ JOSSERAND L., *op. cit.*, p. 5 et 6, n°5.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, n°7 et 14.

⁵⁷⁶ A titre d'illustration, sur l'importance des mobiles dans l'étude des libéralités V. GRELON B., « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.* 1981, p. 261 et s., spéc. p. 288 et s., n°38 et s.

⁵⁷⁷ JOSSERAND L., *op. cit.*, p. 16 et s., n°14.

⁵⁷⁸ COLLART DUTILLEUL F., « Gratuité et droit des contrats », in *Mélanges B. Lewaszkiewicz-Petryłowska*, Univ. de Lodz, 1997, p. 7 et s., spéc. p. 18.

⁵⁷⁹ BIENVENU J.-J., « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits* 1998, n° 28, p. 3 et s. spéc. p. 10.

décision d'agir de manière intéressée ou désintéressée. Qu'importe finalement les raisons qui ont décidé les parties à entrer en relation et la manière dont celles-ci choisissent de contracter, les motivations personnelles à l'origine de l'ensemble de ces choix s'effaçant au profit de la seule volonté déclarée. On retrouve cette conclusion chez bon nombre d'auteurs qui estiment, en étudiant la gratuité de certaines conventions, que les motifs divers ayant donné lieu au désir de rendre service sont, « en règle générale, indifférents au juriste »⁵⁸⁰. Dans son ouvrage, Paul Pont expliquait, à propos du contrat de bienfaisance, que « le jurisconsulte n'a pas ici, plus qu'en aucun autre contrat, à rechercher *la cause éloignée* du contrat ; il doit se préoccuper du motif immédiat, *de la cause prochaine et directe* »⁵⁸¹. En ce sens, les Professeurs Starck, Roland et Boyer résument parfaitement l'opinion d'une partie de la doctrine⁵⁸² en affirmant que seul le « but immédiat » doit être pris en compte car « c'est le seul que l'on puisse connaître avec certitude ». Ils ajoutent alors que « toutes les autres raisons ne sont que des *motifs* plus ou moins éloignés, et, de toute façon, *purement personnels* ». Ainsi, puisqu'il est particulièrement délicat de les mettre au jour, « le juge n'a pas à en tenir compte, *ils n'entrent donc pas sous la dénomination de la cause, ils lui sont extérieurs et ne jouent pas le rôle de condition de validité de l'obligation* »⁵⁸³.

Toutefois, si l'on ne peut valablement exprimer un désaccord total avec cette explication, il nous faut énoncer deux observations. Tout d'abord, il n'est pas tout à fait exact de dire, de manière générale, que le juge n'a pas à tenir compte des motifs des contractants, puisque c'est grâce à l'étude de ces derniers qu'un contrat contrevenant à l'ordre public ou aux bonnes mœurs pourra être annulé. À ce titre, l'article 1162 nouveau fait explicitement référence au « but » du contrat, celui-ci renvoyant aux mobiles de l'un des contractants et permettant l'annulation du contrat lorsque le mobile déterminant est illicite⁵⁸⁴. L'exemple topique, quoi qu'un peu vieilli, est celui des libéralités causées par « les relations illicites [de] concubins »⁵⁸⁵,

⁵⁸⁰ BOITARD M., *Les contrats de services gratuits*, Th. Paris, 1941, p. 133.

⁵⁸¹ PONT P., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*. 8, *Commentaire-traité des petits contrats*, t. 1, prêt – dépôt et séquestre – contrats aléatoires – mandat, 1877, p. 11, n°21.

⁵⁸² CAPITANT estime, à propos des donations sans charge que « la cause se distingue aisément du motif qui détermine le disposant. Le motif, comme toujours, reste extérieur à l'acte de volition, il est en deçà, dans le for intérieur du disposant, tandis que la cause est inséparable de la manifestation de volonté constitutive de l'accord. Ce peut être l'amour, l'amitié, la reconnaissance, la charité, la vanité, la corruption, etc. Et ici, comme dans les autres obligations, le motif est chose indifférente ; il n'y a pas à s'en préoccuper » : CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1927, p. 80 et s., n°34.

⁵⁸³ STARCK B., ROLAND H., et BOYER L., *Droit civil : les obligations*. 2, *Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 296 et 297, n°819.

⁵⁸⁴ BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 156, n°183.

⁵⁸⁵ Civ. 26 mars 1860, *DP* 1860. 1. 255

du contrat ayant pour but la mise en place ou l'exploitation d'une maison de tolérance⁵⁸⁶ ou la formation, la poursuite ou la reprise d'une relation illégitime⁵⁸⁷. De manière plus contemporaine, les mobiles illicites permettront d'annuler le contrat prévoyant l'octroi d'un prêt aux membres d'une coopérative agricole afin de financer la violation des règles européennes relatives au quotas de production laitière⁵⁸⁸, ou la souscription d'une assurance ayant vocation à garantir une opération illicite (en l'espèce, l'exposition de cadavres « Our Body »)⁵⁸⁹.

Ensuite, il faut effectivement reconnaître que les motifs n'entrent pas dans la notion de cause objective de l'obligation telle qu'elle était entendue avant sa suppression par l'ordonnance de 2016. Les motivations personnelles et subjectives des parties ne peuvent, de toute évidence, être regardées comme entrant dans les conditions de validité d'une obligation. Mais est-ce à dire que celles-ci n'ont pas le moindre rôle à jouer dans l'opération de qualification ? Il nous est permis d'en douter et, à notre sens, les mobiles doivent peser dans le travail du juriste. Ne serait-ce pas artificiel de reconnaître que la réalité est bien plus complexe que ce que l'intention libérale, s'agissant des contrats conclus à titre gratuit, permet de révéler, tout en refusant malgré tout d'accorder une quelconque importance aux mobiles ? Le Doyen Capitant lui-même expliquait que ce serait « méconnaître la réalité que de soutenir que l'*animus donandi* se présente toujours comme un élément abstrait, dégagé de toute contingence », ce qui n'empêchait pourtant pas l'auteur d'affirmer, dans le même temps, que les mobiles « restent dans le domaine psychologique fermé au juriconsulte »⁵⁹⁰. À l'inverse, dans un développement sur les libéralités, Monsieur Hamel eut l'occasion d'affirmer qu'en raison de l'appauvrissement qui en résultait, il était « utile que le juge pénètre les motifs dont elle est issue pour en apprécier

⁵⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 15 févr. 1967, *Bull. civ.* I, n°67.

⁵⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1982, n°81-13815, *Bull. civ.* I, n°321 : justifie l'annulation d'un acte, la Cour d'appel se fondant sur l'immoralité de la cause après avoir constaté que « la libéralité consentie [...] avait pour but la prolongation de cette liaison adultère » ; la solution était différente lorsque la libéralité, même consentie à une maîtresse, « constitue la satisfaction d'un devoir de conscience et la marque d'une reconnaissance pour les soins et l'affection prodigués dans des circonstances difficiles ». Ainsi, « le mobile [étant] étranger aux relations illicites », la libéralité « ne pouvait être considérée comme la rémunération de l'adultère » : Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, n°81-15738, *Bull. civ.* I, n°319. Assouplissant sa position, la Cour de cassation affirma par la suite que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire » : Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, n°96-11946, *Bull. civ.* I, n°43, p. 29, *JCP G* 1999. II. 10083, note BILLIAU M. et LOISEAU G. ; *D.* 1999, p. 351, note LARROUMET Ch. ; confirmé par Ass. plén., 29 oct. 2004, n°03-11238, *Bull. A. P.*, n°12, p. 27 : « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs les libéralités consenties à l'occasion d'une relation adultère », *Cont. Conc. Cons.* 2005, comm. 40, note LEVENEUR L. ; *Défrénois* 2004, p. 1732, obs. LIBCHABER R. ; *D.* 2004, p. 3175, note VIGNEAU D.

⁵⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n°11-12941, *Bull. civ.* I, n°1888, *RDC* 2013, p. 25, obs. ROCHFELD J. ; *RDC* 2013, p. 70, obs. LAITHIER Y.-M.

⁵⁸⁹ CA Paris, 5 févr. 2013, n°12/10020, *JCP G* 2013, p. 411, note LOISEAU G.

⁵⁹⁰ CAPITANT H., *op. cit.*, p. 457, n°205.

la valeur : la libéralité est un acte trop grave par ses conséquences pour qu'il puisse être isolé de ses origines »⁵⁹¹. Dès lors, il paraît à propos de consacrer quelques développements au rôle que peuvent jouer les mobiles dans l'opération de qualification, à plus forte raison lorsque l'on se souvient de la place centrale accordée aux motivations des acteurs de l'économie de partage.

121. Le rôle des mobiles dans l'opération de qualification – Les mobiles ont donc toujours eu un rôle à jouer, ceux-ci étant notamment utilisés grâce au recours à la cause subjective rattachée à l'ancien article 1131 du Code civil. Toutefois, la question du rôle des mobiles ne peut se cantonner à une étude de la cause subjective telle qu'appréhendée jusqu'à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Une telle approche qui limite en grande partie l'influence des mobiles au contrôle de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, voire marginalement à l'existence de la contrepartie⁵⁹², peut paraître quelque peu restrictive lorsque l'on tente d'appréhender les techniques de partage. En effet, s'astreindre à vérifier la volonté d'agir sans contrepartie de celui qui se dépouille au profit d'autrui, pour vérifier le caractère gratuit ou onéreux du contrat, ne permet pas de rendre compte de manière satisfaisante des relations contractuelles de plus en plus complexes et, notamment, des pratiques de partage. Restreindre le critère subjectif à la seule intention libérale des contractants et, de manière secondaire, à un outil de contrôle du contrat au regard de l'ordre public et des bonnes mœurs, relève d'une vision trop restrictive du rôle des mobiles. Suivons alors Monsieur Valloir lorsque celui-ci affirme que « dans la recherche de la cause [entendons ici d'un acte juridique], il ne faut pas s'arrêter au but abstrait visé par l'auteur de cet acte [...], il faut y faire rentrer les motifs concrets qui ont directement déterminé la volonté »⁵⁹³.

Scientifiquement, il peut effectivement être délicat de prendre en compte les mobiles

⁵⁹¹ HAMEL J., *th. préc.*, p. 375 ; *contra*, MAURY J., *V°* « Cause », *Rép. civ.*, Dalloz, 1970, n°11. Au contraire, pour J. Maury, « la volonté juridique est une volonté psychologique réduite : tous les mobiles, fussent-ils déterminants n'y ont pas leur place ; la cause est le mobile dont le droit tient compte ».

⁵⁹² Dans l'arrêt « Point club vidéo » (Civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, n°94-14800, *Bull. civ.* I, n°286, p. 200), la Cour de cassation eut recours à la cause subjective pour prononcer la nullité du contrat pour défaut de cause. En l'espèce, un couple souhaitant créer un vidéoclub dans son village de résidence conclut un contrat avec une société prévoyant la location de 200 cassettes pour une durée de 8 mois au prix de 40 000 francs. Toutefois, le projet étant voué à l'échec eu égard à la taille du village, les hauts magistrats estimèrent que « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible » et qu'il en résultait que « le contrat était dépourvu de cause ». Or, la cause objective du contrat existait bel et bien et résidait alors dans la mise à disposition effective des cassettes par la société en échange du versement du prix. Le contrat ne pouvait aucunement être annulé sur ce fondement. C'est donc par un recours à la cause subjective, entendue ici comme l'intention des parties de mettre les cassettes louées à la disposition des futurs clients du club vidéo, que les juges purent aboutir au résultat escompté. La réalisation de l'objectif des parties ne pouvant se concrétiser faute d'un nombre suffisant de clients, seule la cause subjective faisait ici défaut. Cette jurisprudence, sévèrement critiquée, fut finalement abandonnée.

⁵⁹³ VALLOIR J., *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, Th. Rennes, 1919, p. 102.

des acteurs, puisqu'intrinsèquement ils divergent d'un contractant à l'autre et sont aussi nombreux que le nombre de participants à l'acte : « une motivation est par essence inconnaissable dans sa totalité (et donc dans sa vérité) »⁵⁹⁴. Néanmoins, la motivation des acteurs n'est pas simplement une question subjective qui n'influencerait en rien les différents rapports juridiques. On le sait, malgré la disparition de la cause, le droit positif continue d'instaurer des limites en empêchant la conclusion de certains contrats lorsque les parties seraient animées par des intentions contredisant la loi et l'ordre public. Le droit tend ainsi à traiter de la question des mobiles en majorité sous l'angle précontractuel, notamment s'agissant du choix du contractant. L'*intuitus personae* n'est pas autre chose que la reconnaissance, par le Droit, de l'existence des motivations personnelles et témoigne, s'il en faut, que les juristes accordent de l'importance, du moins en certains domaines, aux mobiles des acteurs.

122. La considération de la personne du contractant : une preuve de la prise en compte, par le droit, des motivations personnelles – Certains objecteront pourtant que le choix du contractant, en tant qu'élément précontractuel, est « indifférent à la relation établie ultérieurement » et, ainsi, « ne s'insère pas dans le droit qui [l'a] régi[e] »⁵⁹⁵. Si cet argument s'entend à première vue, on peut cependant douter de l'inefficacité de l'élément susvisé lorsque sa disparition a vocation à remettre en cause la relation contractuelle établie sur son fondement. Dans les contrats conclus *intuitu personae*, l'erreur sur la personne est admise, tant par la doctrine⁵⁹⁶ que par la jurisprudence⁵⁹⁷, lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la

⁵⁹⁴ DE BÉCHILLON D., « La gratuité dans le doute », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 53 et s., spéc. p. 74.

⁵⁹⁵ BEDOURA J., *L'amitié et le droit civil*, Th. Tours, 1976, p. 16, n°10.

⁵⁹⁶ STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil : les obligations. 2, Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 39, n°112 ; CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 99, n°41 ; BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 92, n°93 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, 1 *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 201, n°201 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 283, n°334 ; MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 168, n°167 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 284, n°299 ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 176, n°197 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 323, n°285 ; SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 4^{ème} éd., 2020, p. 62, n°27 ; GHESTIN J. et SERINET Y. M., « Erreur », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°225. De manière générale sur les liens entre *intuitu personae* et erreur sur la personne V. VALLEUR F., *L'intuitus personae dans les contrats*, Th. Paris, 1938, p. 213 et s., n°86 et s.

⁵⁹⁷ Civ. 2^{ème}, 13 avr. 1972, n°70-12774, *Bull. civ.* II, n°91, p. 71 : « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres et que l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage et entraîne la nullité » ; D. 1973, p. 2, note ROBERT J. ;

personne : les motivations personnelles de la partie ayant choisi tel contractant selon des intentions qui lui étaient personnelles sont donc prises en compte⁵⁹⁸. Celles-ci peuvent ainsi permettre d'annuler le contrat lorsque le contractant en question ne correspond pas, en réalité, aux attentes de l'autre partie, attentes qui forment la base même de la relation contractuelle. Depuis l'ordonnance de 2016, le nouvel article 1134 du Code civil dispose d'ailleurs explicitement qu'une telle erreur est une cause de nullité dans les contrats conclus « *en considération de la personne* »⁵⁹⁹. Au-delà de la seule annulation du contrat, les considérations personnelles peuvent également mettre fin à la relation contractuelle bien que les conditions soient objectivement réunies pour que celle-ci perdure. En effet, certains contrats conclus *intuitu personae* sont cessibles, bien que la considération de la personne du contractant fût à l'origine de la relation contractuelle. Or, la Cour de cassation a notamment admis que le caractère *intuitu personae* d'un contrat ne faisait pas échec à sa cession lorsque le client cédé y a consenti, ne serait-ce que de manière implicite⁶⁰⁰. Cela signifie donc, *a contrario*, que le client a la possibilité de s'opposer à la cession de contrat et, *mutatis mutandis*, de mettre un terme à la relation contractuelle en considération du changement de contractant et, donc, de motivations personnelles.

Ainsi, bien qu'il faille « prendre garde à ne pas se perdre dans les méandres des suppositions psychologiques »⁶⁰¹, l'impact que peuvent avoir, sur les relations contractuelles, les motivations personnelles des contractants, nous invite à penser qu'il serait judicieux de leur accorder une véritable place à l'heure où les modes de consommation alternatifs, et donc un pan entier de la pratique contractuelle contemporaine, mettent sensiblement l'accent sur l'importance des considérations propres à chaque acteur.

123. La conception subjective de l'intention libérale : le glissement de la cause vers les motifs – La notion d'intention libérale elle-même illustre la possibilité, pour le droit, de prendre en compte les motivations des contractants. En effet, loin de recueillir les faveurs unanimes de la doctrine, la conception abstraite de l'intention libérale précédemment évoquée fut remise en cause, certains auteurs préférant y substituer une conception plus subjective. Il fut alors

RTD civ. 1973, p. 769, obs. LOUSSOUARN Y. ; pour un exemple d'erreur sur une qualité substantielle du débiteur principal en matière de cautionnement, V. Com. 19 nov. 2003, n°01-01859, *Bull. civ.* IV, n°172, p. 189, *D.* 2004, p. 60, obs. AVENA-ROBARDET V. ; *RTD civ.* 2004, p. 86, obs. MESTRE J. et FAGES B.

⁵⁹⁸ DUBREUIL L., *Des mobiles dans les contrats*, Th. Lyon, 1909, p. 115 et s.

⁵⁹⁹ GHESTIN J. et SERINET Y.-M., *V° « Erreur », op. cit.* n°225.

⁶⁰⁰ Com. 7 janv 1992, n°90-14831, *Bull. civ.* IV, n°3, p. 3, *D.* 1992, p. 278, note AYNÈS L.

⁶⁰¹ BEDOURA J., *L'amitié et le droit civil, op. cit.*, p. 17, n°11.

souligné, à raison, que pour s'assurer du caractère causé de l'engagement du disposant, il semble nécessaire de ne pas limiter l'intention libérale à une conception aussi restrictive et de s'enquérir des motifs ayant déterminé l'acte à titre gratuit. Cette conception de l'intention libérale, que l'on peut qualifier de subjective, suppose alors la conscience et la recherche du sacrifice, mais nécessite également que la partie qui s'appauvrit au profit d'autrui ait agi de manière désintéressée, autrement dit de façon altruiste⁶⁰² et « pure de tout égoïsme »⁶⁰³. Il s'agit là d'une différence fondamentale puisque, contrairement à l'approche abstraite, la conception subjective tient compte, pour contrôler l'existence et la licéité de la cause dans les actes à titre gratuit, des mobiles et des intentions ayant poussé la partie à se dépouiller sans demander de contrepartie. Se produit alors un « glissement [de la cause] vers les motifs [...], le mobile ét[ant, sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance de 2016] érigé en cause de la libéralité dès lors qu'il revêtait un caractère déterminant »⁶⁰⁴.

La jurisprudence a, quant à elle, entrepris de contrôler les mobiles des contractants⁶⁰⁵, une donation pouvant par exemple être annulée si le donateur se trompe sur une qualité du donataire de laquelle il a fait dépendre l'acte. Lorsque cette qualité n'existe pas, le contrat peut être annulé en ce qu'il repose sur une cause fautive⁶⁰⁶. Ce fut notamment le cas de la libéralité testamentaire au bénéfice d'un légataire que le testateur pensait être son fils naturel⁶⁰⁷, ou d'une telle libéralité consentie par celui qui pensait n'avoir aucun héritier⁶⁰⁸. Une solution identique fut retenue pour la donation-partage consentie en considération d'avantages fiscaux

⁶⁰² Pour une étude juridique approfondie de la notion d'altruisme, V. LEVERBE E., *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003.

⁶⁰³ GRIMALDI M., *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 14, n°1006.

⁶⁰⁴ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 328, n°287.

⁶⁰⁵ MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 312 et 313, n°349 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 451 à 453, n°405 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Droit civil - Les successions, Les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 321, n°343 : les auteurs remarquent que la jurisprudence « n'a pas hésité, en effet, à considérer que le motif peut être érigé en cause lorsqu'il porte sur une qualité du gratifié ou un comportement de celui-ci et qu'il revêt un caractère déterminant ».

⁶⁰⁶ GRELON B., « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.* 1981, p. 261 et s., spéc. p. 288 et s., n°41.

⁶⁰⁷ Req. 13 juil. 1809 et Req. 17 mars 1812, *D.* 1826. 1. 367, cités par GRELON B., *art. préc.*, n°10 ; NAJJAR I., *V°* « Libéralités : consentement et cause », *Rép. civ.*, Dalloz, 2011 (actualisation : août 2017), n°183

⁶⁰⁸ Paris, 9 févr. 1867, *S.* 1867. 2. 129 : « un legs doit être annulé lorsque la volonté du testateur a été déterminée par une erreur de fait et que sa disposition est fondée sur une fautive cause [...]. Il en est ainsi notamment lorsqu'un testateur, ayant des héritiers dont il ignore l'existence, lègue sa fortune aux pauvres en exprimant comme motif qu'il n'a point d'héritiers ». ; pour une position vraisemblablement opposée, V. Lyon 6 févr 1933, *DP* 1936. 2. 6, note NAST M. : « la cause d'un acte à titre gratuit étant uniquement et exclusivement l'intention libérale du disposant, et non le motif qui a déterminé la libéralité, le fait qu'après le décès de l'employé donataire la société a découvert qu'il avait commis de graves détournements et qu'elle s'était trompée sur sa fidèle et loyale collaboration, ne saurait avoir pour conséquence l'annulation de la libéralité pour absence de cause ou erreur sur la cause ».

rétroactivement supprimés par la loi, la jurisprudence ayant alors prononcé l'annulation du contrat pour absence de cause⁶⁰⁹. Or, le nouvel article 1135 alinéa 2 du Code civil, en faisant explicitement de « l'erreur sur le motif d'une libéralité », une cause de nullité, semble abonder dans le sens d'une approche subjective de l'intention libérale, réaffirmant ainsi, malgré la suppression de la cause, le rôle de cette dernière sur le contrôle des actes à titre gratuit⁶¹⁰.

124. L'importance des mobiles dans la compréhension de la raison d'être de l'engagement à titre gratuit – C'est ainsi que l'on peut réfléchir, à nouveau, sur la raison d'être de l'engagement à titre gratuit et sur le caractère suffisant de l'explication la plaçant, uniquement, dans l'intention libérale des acteurs. Certains auteurs ont alors, pour « cerner la réalité de la motivation »⁶¹¹, invoqué la notion de « mobiles déterminants » afin d'expliquer les raisons de l'annulation d'une libéralité pour illicéité de la cause⁶¹² (celle-ci s'expliquant désormais directement par une « erreur sur les motifs » en application du nouvel article 1135 du Code civil). D'autres ont poussé la démarche à un stade supérieur en expliquant l'acte à titre gratuit par la poursuite, par le disposant, d'un intérêt moral là où, dans un contrat à titre onéreux, la partie rechercherait un intérêt pécuniaire⁶¹³. Le Doyen Carbonnier parlait, en ce sens, d'un « intérêt moral du disposant à disposer, à ne pas laisser s'appliquer à son patrimoine un ordre de dévolution qui ne lui plaît pas »⁶¹⁴. Toutefois, si ces démarches sont nécessaires, elles pourraient demeurer insuffisantes car, comme le souligne le Professeur Rochfeld, « elles assimilent les processus de motivation des actes à titre gratuit à ceux des actes à titre onéreux, sous réserve d'une différence de nature de l'avantage attendu », pécuniaire dans les actes à titre onéreux, moral dans les autres⁶¹⁵. Il faudrait alors pousser davantage le raisonnement et

⁶⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1986, n°84-15513, *Bull. civ.* I, n°25, p. 21, *JCP* 1988. II. 21027, note DAVID C. ; *RTD civ.* 1986, p. 602, obs. MESTRE J.

⁶¹⁰ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 328, n°287.

⁶¹¹ ROCHFELD J., *V° « Cause »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2012 (actualisation : juin 2016), n°100.

⁶¹² TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil, les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 414 et 415, 364 à 366 ; pour l'application actuelle de cette règle V. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 327 et s., n°287 et s.

⁶¹³ HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, p. 370 à 380. L'auteur, après avoir parlé « d'avantage purement moral » (p. 371) explique ainsi que « partout où la cause consistera en un fait du gratifié dont le disposant retirera un avantage pécuniaire équivalent, pas d'intention libérale, pas de libéralité. Partout au contraire où la cause sera seulement une situation du gratifié, toujours intention libérale, toujours libéralité » (p. 372).

⁶¹⁴ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 137, n°65. Dans le même sens, V. FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, 1 - *Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 479, n°621.

⁶¹⁵ ROCHFELD J., *V° « Cause »*, *Rép. civ. préc.* n°100 ; v. également ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1999, p. 259, n°287.

admettre les « caractères irrationnel et relationnel de la cause des libéralités »⁶¹⁶. L'acte à titre gratuit s'effectuerait, ainsi, pour « alimenter une relation »⁶¹⁷. S'il y a une contrepartie (morale ici), ce n'est pourtant pas celle-ci, en tant que telle, que les contractants recherchent lorsqu'ils concluent un contrat à titre gratuit. En vérité, la contrepartie est importante en ce qu'elle s'insère dans une relation existante entre le disposant et le bénéficiaire⁶¹⁸ et lui permet de perdurer. De manière relativement similaire, le Professeur Chénéde considère, dans un développement là encore consacré à la cause de l'obligation à titre gratuit, que cette dernière réside dans la « satisfaction extrapatrimoniale qu[e le débiteur] ressent en alimentant la relation qu'il entretient avec le gratifié »⁶¹⁹ : « intérêt patrimonial à recevoir une contrepartie matérielle pour les contrats à titre onéreux, intérêt extrapatrimonial à alimenter un lien personnel pour les contrats à titre gratuit »⁶²⁰. Dès lors, puisque dans ces schémas, « le lien [est] plus important que le bien »⁶²¹, on serait tenté de considérer que la raison d'être des contrats de partage réside dans cette satisfaction extrapatrimoniale témoin de la gratuité de l'opération, et non dans la recherche personnelle du profit. Mais avant de pouvoir l'affirmer avec certitude, nous nous devons d'éprouver cette solution au regard des contrats que la présente étude ambitionne d'éclairer, ces derniers mettant en lumière toute la complexité de l'examen des mobiles.

B. L'importance des motivations désintéressées dans les contrats de partage ou la prépondérance de l'intérêt collectif

125. Les contrats de partage, révélateurs de l'importance des mobiles – Il ne paraît pas opportun de réduire les relations contractuelles à la seule volonté déclarée des parties, en occultant totalement les mobiles ayant poussé les contractants à entrer en relation. Peu importe la place que l'on souhaite accorder aux motivations individuelles, l'on ne peut nier leur existence, et un examen plus approfondi des techniques de partage révèle qu'aujourd'hui, plus que jamais, les mobiles des acteurs ont un rôle à jouer dans l'opération de qualification contractuelle. Les paroles de Josserand prennent ainsi tout leur sens et l'on s'accorde à penser

⁶¹⁶ ROCHFELD J., *V°* « Cause », *rép. civ. préc.*, n°101.

⁶¹⁷ *Ibid.* n°93 ; ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, *op. cit.*, p. 94, n°99 : les actes à titre gratuit et onéreux ne se distinguent « pas tant dans la nature de l'intérêt en jeu, matériel ou moral, que dans le rapport qu'entretient ce dernier avec la prestation initiale. Ces actes se caractérisent par une recherche non rationnelle d'une contrepartie relationnelle et imprévisible, par un rapport désarticulé entre la prestation initiale du disposant et l'avantage qui lui sera procuré ».

⁶¹⁸ ROCHFELD J., *th. préc.*, p. 266, n°296.

⁶¹⁹ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, Paris, 2008, p. 171 et s., n°191.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 174, n°192.

⁶²¹ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p.3 et 4.

avec lui, que « dans toutes les dépendances de l'immense domaine juridique s'affirme la réalité du concept des mobiles qui se distinguent assez constamment de la volonté et de l'intention, qui donnent leur véritable valeur aux actes, comme la lumière met en relief les objets, comme le sel donne leur saveur aux mets ; c'est en eux qu'il faut chercher l'essence et comme la moelle des situations juridiques les plus complexes comme des faits les plus simples »⁶²².

À l'heure où les modes de consommation d'économie du partage se développent de façon exponentielle, la nécessité d'accorder une place aux mobiles dans l'opération de qualification juridique prend une résonance particulière, et ce malgré le mouvement inverse illustré par l'ordonnance de 2016 qui, pour sa part, lance une véritable « affairisation » du droit des contrats en accordant une place centrale à la dimension économique⁶²³. En effet, ces pratiques font la part belle à la volonté des acteurs de consommer durablement, de façon plus solidaire, de recréer du lien social pour faire face à une mondialisation de plus en plus rapide et à la désintermédiation des relations qui en découle. Ainsi, il paraît difficilement concevable de définir la nature des actes juridiques, et tout particulièrement des contrats de partage, sans tenir compte des mobiles des contractants, ceux-ci ayant joué un rôle déterminant dans le choix du type de relations. La décision de se tourner vers un système d'échange local pour obtenir par exemple des légumes, est bien différente de celle qui consisterait à s'approvisionner dans un magasin de grande distribution. Le choix se fait en fonction des sensibilités propres à chaque contractant, mais révèle surtout les intentions de ces derniers. Au sein des contrats de partage, l'enrichissement personnel n'est pas l'élément que les parties recherchent en priorité, celles-ci étant animées par une multitude de motivations qui s'éloignent de l'état d'esprit lié au mode de consommation capitaliste classique.

126. La primauté de l'intérêt collectif : création d'un lien social et esprit de solidarité –

S'il nous faut dégager le mobile déterminant le plus courant au sein de l'économie de partage, nous serions donc amenés à mettre l'accent sur les motivations collectives des membres des communautés. En effet, ces derniers ne recherchent pas, en premier lieu, l'enrichissement personnel mais, au contraire, aspirent à contracter de manière à satisfaire l'intérêt de la communauté et, ce faisant, celui de la société toute entière et des générations futures. L'étude des techniques de partage révèle la volonté des acteurs animés par un esprit de solidarité, de recréer du lien social et de ne pas satisfaire, uniquement, des intérêts égoïstes. Cela se comprend

⁶²² JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, coll. Essais de téléologie juridique, Dalloz, 1928, p. 16, n°13.

⁶²³ MALLET-BRICOUT B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 463.

aisément lorsque l'on se rappelle que l'économie de partage n'est pas un modèle marchand à proprement parler et que son succès est en partie lié à la volonté des acteurs de s'orienter vers des modes de consommation où l'entraide entre les différents membres de la communauté est privilégiée. À titre d'illustration, le *couchsurfing*, qui permet à des particuliers d'héberger temporairement et à titre gratuit d'autres particuliers, en proposant un lit ou un canapé pour une ou plusieurs nuits, rencontre un succès sans précédent⁶²⁴. L'accent est mis sur la possibilité de tisser des relations avec des voyageurs du monde entier, de nouer des relations d'amitié et, ainsi, de faire partie d'une communauté où les différents membres partagent des valeurs communes⁶²⁵. À l'inverse, les utilisateurs de sites tels qu'Airbnb recherchent les prestations de l'hôtellerie classique mais à bas coût, et, contrairement aux *couchsurfeurs*, ou aux individus passant par des sites comme HomeExchange, la location du logement sur ces plateformes multinationales est un moyen de dégager un revenu pécuniaire. Il n'y a, pour ainsi dire, aucune création de lien social, puisque nombreux sont les loueurs qui ne rencontreront, à aucun moment, leurs locataires⁶²⁶.

Dans le même ordre d'idées, au sein des systèmes d'échange locaux, des accorderies ou des applications comme Tempo, les individus se rendent mutuellement des services ou mettent certains biens à disposition de la communauté. Or, le but immédiat de ce partage de biens, services ou savoir-faire n'est pas l'obtention d'une contrepartie matérielle ou la volonté de faire du profit, mais plutôt la volonté d'intervenir activement au sein d'une communauté où les différents membres s'entraident, s'apportent un soutien mutuel et mettent leurs biens ou compétences à la disposition de tout un chacun. Les contractants de l'économie de partage accordent donc une importance non négligeable à l'intérêt de la communauté : les intérêts individuels sont, en quelque sorte, relégués derrière l'intérêt collectif. Comme l'explique Madame Bradburn à propos des systèmes d'échange locaux, il existe deux types d'intérêt : un intérêt direct (« la considération de la contrepartie attendue »⁶²⁷) et un intérêt indirect, commun aux différents membres du SEL, et qui correspond à la finalité poursuivie par le groupement⁶²⁸,

⁶²⁴ En janvier 2020, la communauté Couchsurfing estimait compter 14 millions de membres dans plus de 200 000 villes à travers le monde. Chiffres disponibles à l'adresse suivante : <https://www.couchsurfing.com/about/about-us/>.

⁶²⁵ En ce sens, le site Couchsurfing.com met l'accent sur cinq valeurs essentielles à la communauté : « share your life », « create connection », « offer kindness », « Stay curious », « Leave it better than you found it » : <https://www.couchsurfing.com/about/values/>.

⁶²⁶ BOREL S., MASSE D., et DEMAÏLLY D., « L'économie collaborative, entre utopie et big business », *Esprit*, juillet 2015, p. 9 et s. spéc. p.16.

⁶²⁷ BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 38 et s., n°49 et s.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 51 et s. S'agissant spécifiquement des SEL, l'intérêt indirect consiste dans « la mise en place d'un

bien que selon nous il faille intervertir ces deux intérêts. Elle en déduit alors qu'« il n'est [...] pas possible d'exclure purement et simplement la finalité poursuivie par les SEL du champ contractuel des opérations intersélistes »⁶²⁹. Ce constat semble devoir être étendu à l'ensemble des techniques de partage, car celles-ci se développent de manière exponentielle et fonctionnent durablement grâce à la prise en compte de l'intérêt collectif. C'est notamment parce que chaque membre de la communauté est censé faire primer l'intérêt de cette dernière sur son intérêt individuel, que les communautés de partage ont prospéré et se sont pérennisées. Il existe ainsi, dans ces communautés, des impératifs différents de ce que l'on peut retrouver dans les modes de consommation classiques. Ces impératifs, qu'ils répondent à une logique collective ou plus individualiste, ne peuvent rester sans influence sur la nature juridique des contrats qui en découlent, et qui sont justement pensés pour les satisfaire. La relation humaine est replacée au centre des échanges puisqu'en la matière, « le lien [est] plus important que le bien »⁶³⁰.

Néanmoins, Madame Bradburn considère que, dans les SEL, « le lien n'est pas plus important que le bien »⁶³¹. L'auteur explique ainsi que suivant l'idéologie de ces groupements, les individus « "échange[raient]" des biens, service et savoir-faire en la seule considération de la personne de leur cocontractant »⁶³², ce qui reviendrait à mettre en avant la « personnalisation de l'opération » et donc l'existence d'un fort *intuitus personae*. Cependant, dans la mesure où celui-ci n'est pas un « facteur d'exclusion du caractère onéreux »⁶³³, l'on ne pourrait conclure à la gratuité de l'opération et affirmer, alors, que le lien est plus important que le bien. Autrement dit, puisqu'il existe des contrats à titre onéreux où la personne du contractant doit être prise en compte, les contrats intersélistes pourraient demeurer sous la coupe d'une telle qualification. Et, s'il s'agit de contrats conclus de la sorte, le bien primera nécessairement sur le lien. Certes, nous ne contestons pas qu'il existe des contrats à titre onéreux dans lesquels la considération de la personne joue un rôle, comme c'est le cas du mandat⁶³⁴ ou du contrat d'entreprise⁶³⁵. En revanche, s'il ne s'agit pas d'un critère de distinction entre les deux catégories de la classification⁶³⁶, cet argument est insuffisant pour aboutir à la conclusion

mode alternatif d'échanges », "un nouveau mode de « vivre ensemble » ".

⁶²⁹ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 40 et s., n°52 et s.

⁶³⁰ SEL, *mode d'emploi*, novembre 2002, p.3 et 4.

⁶³¹ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 53 n°77.

⁶³² *Ibid.*, p. 54, n°77.

⁶³³ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 54, n°77.

⁶³⁴ LAHER R., « Mandat et confiance », *RTD civ.* 2017, p. 451 et s., spéc. n°8 et s. ; BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 455, n°665.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 373, n°531.

⁶³⁶ En ce sens V. OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, p. 242 et s. ; ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*,

énoncée par Madame Bradburn. Que l'on puisse déceler l'existence de l'*intuitus personae*, tant dans les contrats à titre gratuit⁶³⁷ que dans certains contrats à titre onéreux ne signifie pas, pour autant, que dans le type de contrats étudiés, le bien est plus important que le lien. Il semble que, pour l'auteur, le caractère onéreux des contrats intersélistes empêche de considérer que les relations entre les membres de la communautés soient plus importantes que les biens échangés⁶³⁸. Toutefois, lorsque la considération de la personne importe au sein des contrats à titre onéreux, celle-ci « n'est pas prise en compte pour elle-même, mais pour la valeur qu'elle apporte à la prestation fournie (talent d'un artiste, savoir-faire particulier d'un artisan »⁶³⁹). Inversement, comme l'explique le Professeur Rochfeld, dans les contrats à titre gratuit, « la considération de la personne du cocontractant intervient, non pour améliorer l'échange, mais comme un terme constitutif de l'échange lui-même »⁶⁴⁰. Dès lors, puisque « l'intérêt extrapatrimonial du débiteur ne réside pas dans le lien lui-même, mais dans le renforcement, la perpétuation, l'alimentation de celui-ci »⁶⁴¹, nous ne pouvons qu'être en désaccord avec la solution dégagée par Madame Bradburn. En effet, lorsque cette dernière affirme que l'intention lucrative des sélistes empêche de considérer que le lien est plus fort que le bien, la considération de la personne ne suffisant pas à faire obstacle à l'onérosité de l'opération, une méprise sur le sens de l'expression semble être opérée. Dans les SEL, ainsi que dans les autres communautés de partage, ce n'est pas simplement le lien entre la personne au profit de laquelle le débiteur initial s'exécute et ce dernier qui importe, mais le rôle que va jouer, pour la communauté, la multitude des opérations réalisées. Celles-ci vont ainsi permettre de faire fonctionner un réseau de solidarité et d'entraide et, si rien n'empêche un contractant de rechercher son intérêt en demandant la réalisation d'une prestation dont il a effectivement besoin, l'adhésion à une communauté de partage révèle la volonté des individus de ne pas rechercher uniquement la satisfaction d'un besoin matériel (un bien plus important que le lien). Au contraire, l'obtention d'un bien ou la réalisation d'une prestation au profit d'un membre quelconque est, avant tout, un moyen de faire fonctionner la communauté afin que celle-ci puisse répondre aux exigences qui sont de son essence : la solidarité, l'entraide, *etc.* En somme, l'intérêt collectif prime sur les

préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1999, p. 266 et s., n°296 et s.

⁶³⁷ FLOUR J., AUBERT J.-L., et SAVAUX E., *Les obligations*, 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014., p. 201, n°201 : « l'intuitus personae existe toujours dans les contrats à titre gratuit ».

⁶³⁸ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 54 et 55, n°77.

⁶³⁹ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 173, n°191.

⁶⁴⁰ ROCHFELD J., *V° « Cause », Rép. civ.*, Dalloz, 2012 (actualisation : juin 2016), n°102.

⁶⁴¹ CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 173, n°191.

intérêts personnels de chacun des membres : le lien importe plus que le bien puisque ce dernier n'est pas une fin, mais un moyen au service du fonctionnement général de la communauté⁶⁴².

127. Une tendance illustrée par la gouvernance démocratique des communautés de partage et leur ciment : la confiance – L'importance accordée à l'individu de manière générale au sein de l'économie de partage, est d'ailleurs mise en lumière par la mise en place de modèles horizontaux démocratiques que l'on désigne couramment par l'expression « pair-à-pair » ou « *C to C* »⁶⁴³. Les communautés de partage sont fondées sur la démocratie et l'égalité entre les membres, chaque personne ayant voix au chapitre puisque les décisions ne sont pas exclusivement réservées à une personne ou à un petit groupe d'individus.

De plus, l'économie de partage fonctionne grâce à la mise en place de communautés d'individus au sein desquelles la confiance est le maître mot. C'est cette confiance qui permet de cimenter le groupe et de le faire fonctionner⁶⁴⁴. Madame Rachel Botsman estime d'ailleurs que la confiance est le dénominateur commun de toutes les pratiques collaboratives, entendues ici au sens large⁶⁴⁵. Et, bien qu'il faille opérer une distinction entre ces pratiques et l'économie de partage⁶⁴⁶, on peut néanmoins comprendre ces observations comme se rapportant, de manière générale, aux nouveaux modes de consommation qui entendent se positionner en rupture avec l'économie traditionnelle. Ainsi, la confiance ne serait pas simplement l'apanage de l'économie collaborative et jouerait un rôle tout aussi important s'agissant de notre objet d'étude. Or, l'importance accordée à la confiance permet de comprendre le rôle fondamental joué par l'*intuitus personae* en matière d'économie de partage.

128. Le rôle central de l'*intuitus personae* dans les communautés de partage – « C'est maintenant la considération pour la personne avec laquelle on entre en relation qui est la clé. Pour le juriste, l'économie collaborative [entendons ici l'expression dans un sens large comme comprenant l'ensemble des nouveaux modes de consommation] est donc la généralisation de

⁶⁴² On retrouve, en ce sens, l'une des caractéristiques du don (bien que les contrats de partage ne puissent être considérés comme tels). En effet, de manière relativement similaire à ce que l'on rencontre en matière de partage, « avec le don ce qui importe c'est le lien social qu'il permet d'établir. La chose qui circule n'est qu'une médiation (nécessaire) à l'établissement du lien » : FOUBERT A., *Le don en droit*, Th. Paris II, 2006, p. 163, n°175 ; Dans le même sens, Monsieur Godbout estime que « le don [...] est au service du lien » et que « les services sont rendus au nom du lien » : GOUBOUT J., *Le don, la dette et l'identité : homo donator versus homo oeconomicus*, La découverte, 2000, p. 20 et 21.

⁶⁴³ « *C to C* » renvoie à l'expression « *Consumer to Consumer* ».

⁶⁴⁴ TERRASSE P., *Rapport au Premier Ministre sur l'économie collaborative*, coll. Hôtel de Matignon, 2016, p. 26.

⁶⁴⁵ R. Botsman citée par BÉJA A., « Les métamorphoses du capitalisme », *Esprit*, juillet 2015, p. 5 et s., spéc. p. 6.

⁶⁴⁶ Sur ce point, V. *supra*, n°13 et s.

relations *intuitu personae*, c'est-à-dire des relations juridiques où la personnalité de l'autre partie est un élément essentiel »⁶⁴⁷. En effet, les relations humaines sont au cœur des pratiques de partage⁶⁴⁸, comme le démontre l'importance accordée à la confiance et à la personnalité de la partie avec laquelle l'on désire entrer en relation. Cela se traduit, notamment, par la mise en place de système de notation et la considération de la réputation de chaque contractant⁶⁴⁹. À titre d'illustration, dans le système d'échanges de logements, le site HomeExchange permet à ses membres de noter les différents « échanges » en attribuant une note pour la communication, la conformité du logement à la description, et la propreté. Il est également demandé de laisser un commentaire qui sera alors publié sur le profil de l'hôte ou de l'invité selon la personne qui se soumet à la notation⁶⁵⁰. Les notes attribuées à chacun des membres accroissent la confiance de la communauté à leur égard et leur permettent de multiplier ainsi leurs relations contractuelles.

L'importance accordée à la personne du contractant est également particulièrement flagrante lorsque l'on s'intéresse au *couchsurfing*. En effet, dans la mesure où il s'agit de venir séjourner chez l'habitant en sa présence, la considération pour l'individu devient un des facteurs clefs de la relation contractuelle. En ce sens, l'entreprise *couchsurfing.com* explique qu'il est nécessaire de rechercher, parmi les profils des différents membres de la communauté, des personnes avec lesquelles on aurait envie de séjourner. Le site conseille même à ses membres, lors de la mise en relation entre le *couchsurfeur* et son hôte, d'expliquer à ce dernier les raisons ayant poussé à choisir son offre et non celle d'un autre membre de la communauté⁶⁵¹.

En la matière, il semble donc important de ne pas négliger les mobiles qui ont poussé les individus à contracter, ni les raisons personnelles liées aux rapports d'affection, de solidarité, d'entraide, *etc.*, qui se nouent naturellement dans les différentes pratiques de partage. Cela s'explique notamment par le contexte particulier au sein duquel se déroulent ces relations, puisque celles-ci ont cours au sein de communautés de taille relativement restreinte, et où

⁶⁴⁷ JOURDAIN L., LECLERC M., et MILLERAND A., *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre*, coll. Presence, FYP, 2016, p. 19.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁶⁴⁹ Ces éléments sont importants (confiance et notation) car il est possible de leur attribuer des conséquences juridiques. Sur ce point, V. JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *op. cit.*, p. 27.

⁶⁵⁰ En ce sens voir <https://help.guestoguest.com/hc/fr/articles/212195069-Comment-puis-je-noter-un-%C3%A9change->.

⁶⁵¹ L'on trouve, dans la rubrique « comment ça marche » du site *couchsurfing.com* l'explication suivante : « if you're ready to embark on an adventure, search for the city (or cities!) you plan to visit and browse locals with couches available. Look through profiles and references to find people you might want to stay with. When you find a few interesting potential hosts, carefully review their profile and send a Couchrequest for the dates you'll be there. We usually recommend sending about five Couchrequests. Make sure to personalize your messages and tell your host why you want to meet » : <http://www.couchsurfing.com/about/how-it-works/>.

chacun apporte une considération particulière à son contractant. Or, cette considération n'existe pas, ou très peu, dans les relations contractuelles « classiques ». À titre d'illustration, le concessionnaire automobile qui cherche à vendre une voiture à un client n'est pas animé par un quelconque esprit de solidarité et d'entraide. Il cherche son profit et donc à faire un maximum de bénéfices. Ses intentions sont ainsi nécessairement différentes de la personne qui utilisera son crédit de grains pour demander à un membre de sa communauté avec lequel il a déjà pu échanger, une heure de temps pour discuter.

Dans les pratiques de partage, la considération de la personne est dès lors particulièrement importante et cela se comprend aisément si l'on considère que « l'*intuitus personae* existe [...] lorsque l'aspect purement économique du contrat n'est pas exclusivement prépondérant, lorsque l'échange de valeur organisé par la convention n'est pas tout »⁶⁵². Dans les contrats de partage, cet *intuitus personae* pourrait se rattacher à ce que Monsieur Bedoura nomme l'« *intuitus personae* d'amitié » et pour lequel, « sans la considération de la personne, la pensée même de contracter ne serait pas née »⁶⁵³. Or, bien que le droit ait toujours fait la part belle aux éléments objectifs, il a malgré tout conservé une place aux éléments subjectifs et, notamment, à l'*intuitus personae*. Que ces éléments soient plus difficiles à prendre en compte de par leur nature n'est pas un obstacle dirimant imposant de les rejeter dans la sphère du non-droit. Rien n'interdit alors de penser qu'un rôle plus important puisse leur être attribué, tout du moins s'agissant des pratiques d'économie de partage. La question n'est pas simplement théorique puisque l'importance accordée à ces éléments subjectifs, aux motivations personnelles des contractants et qui se matérialisent, en grande partie, par le biais de l'*intuitus personae*, ont des répercussions sur la qualification juridique des contrats de partage. Prenons l'exemple des contrats intersélistes dont l'examen approfondi met en lumière l'importance des mobiles dans l'opération de qualification. La prédominance des motivations désintéressées au

⁶⁵² AUBERT J.-L., *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 71, n°65 ; VALLEUR F., *L'intuitus personae dans les contrats*, Th. Paris, 1938, p. 7.

⁶⁵³ BEDOURA J., *L'amitié et le droit civil*, Th. Tours, 1976, p. 31 et s., n°20 et s., spéc. n°24. Jean Bedoura oppose à l'*intuitus personae* d'amitié, l'*intuitus personae* de confiance (qui correspondrait à la cause objective) et pour lequel l'identité de la personne est prise en considération comme un moyen pour comparer les différents contractants potentiels, mais seulement après que la décision de contracté a été prise. Ainsi, dans l'*intuitus personae* de confiance, à la différence de l'*intuitus personae* d'amitié, ce n'est pas la considération de la personne qui détermine la volonté de contracter. Monsieur Valleur utilise également la terminologie d'"*intuitus personae* de confiance" pour parler de la convention dans laquelle le créancier a intérêt à ce que celle-ci soit exécutée par la personne qu'il a lui-même choisie. Dans ce cas de figure, « la valeur contractuelle de [l']obligation dépend pour le créancier de la personnalité du débiteur » : VALLEUR F., *L'intuitus personae dans les contrats*, Th. Paris, 1938, p. 41 et s., n°20 et s.

sein des systèmes d'échange locaux et l'obstacle qu'elles semblent opposer à la qualification d'onérosité, interpellent quant à la place qu'il convient de leur accorder.

129. La primauté des mobiles désintéressés au sein des SEL : un obstacle à l'onérosité ? –

Les SEL éprouvent fortement la frontière établie par le droit positif des contrats entre la gratuité et l'onérosité. Les membres du SEL bénéficiaires d'un compte excédentaire pourront obtenir des biens ou des services d'un autre membre. Dès lors, la possibilité d'obtenir une telle contrepartie serait la preuve que ces contrats sont conclus, non pas à titre gratuit, mais onéreux. Il n'existe pourtant aucune obligation, pour les membres du SEL, de ramener leur compte à zéro en demandant l'exécution d'une prestation, la livraison d'un bien, *etc.* Les SEL fonctionnent grâce à la confiance et reposent sur l'engagement moral de leur membre. Ils ne peuvent que fixer une limite au débit et au crédit des comptes⁶⁵⁴, et procéder à un « rappel à l'ordre » lorsque celle-ci est atteinte, voire prononcer l'exclusion d'un membre afin d'éviter les débiteurs ou créanciers « chroniques »⁶⁵⁵. Il n'existe en revanche pas d'autres sanctions, et il s'agit sans doute là d'une limite inhérente à ce type de communautés, puisque, lorsque les membres ne jouent pas le jeu des « échanges réciproques », l'économie alternative souhaitée par ces structures ne peut fonctionner. Quoi qu'il en soit, puisque rien n'empêche un membre du SEL de fournir biens, services et savoir-faire sans rien attendre en retour, l'opportunité de conclure au caractère onéreux de ces contrats interroge. Certes, rien n'exclut la recherche d'une contrepartie, mais cette potentialité paraît insuffisante, à elle-seule, pour faire pencher la balance du côté de l'onérosité. En effet, celle-ci semble en totale opposition avec la philosophie des SEL : les adhérents ne recherchent pas le profit, même si l'opération peut leur être bénéfique. Il s'agit avant tout de se rendre mutuellement service, de s'entraider, d'obtenir une « contrepartie morale » en se sentant valorisé parce qu'utile à une collectivité. Les prestations proposées par les SEL sont à cet égard révélatrices puisque, s'il est possible de « s'échanger » des pots de confitures contre une heure de baby-sitting, il n'est pas rare de trouver des personnes se proposant seulement, « d'écouter celui qui a un gros coup de cafard »⁶⁵⁶. Il suffit de feuilleter le catalogue d'un SEL pour trouver des demandes telles que « vie en communauté, échange en humanité », « amitié » ou « écoute attentive »⁶⁵⁷. Adhérer à ces communautés « c'est choisir la

⁶⁵⁴ Il se peut également que la communauté interdise au membre d'avoir un solde négatif. C'est ce que l'on retrouve notamment dans le fonctionnement de Tempo – Lève la main. V. le paragraphe « compteur temps » des conditions générales d'utilisation.

⁶⁵⁵ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p.18 et 19.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p.6.

⁶⁵⁷ V. par exemple le catalogue de Sel Terre, notamment aux catégories « communauté » et « social » disponible

coopération au lieu de la compétition. C'est donner plus d'importance à l'être qu'à l'avoir. C'est choisir que le lien soit plus important que le bien »⁶⁵⁸. L'état d'esprit des selistes paraît donc bien éloigné de celui d'un contractant *lambda* concluant un contrat dans le but premier de satisfaire un intérêt égoïste, au sens noble du terme. Au sein d'un SEL, l'on ne fait ni profit, ni bénéfice : « l'objectif poursuivi [...] n'est pas à but lucratif »⁶⁵⁹, tout au plus l'on effectue une opération à somme nulle en recevant autant de biens et services que ce que l'on a pu procurer. Cependant, l'on ne pourra s'enrichir, à moins de devenir débiteur et de sortir du SEL, sans avoir ramené son compte à zéro, mais de tels agissements sont rares et relèvent d'un détournement des principes de la communauté. Dès lors, puisqu'il s'agit de comportements déviants, on ne saurait les utiliser comme justification d'une potentielle onérosité. Par conséquent, à moins d'admettre une catégorie intermédiaire entre les contrats à titre gratuits et onéreux⁶⁶⁰, ou de relativiser la classification binaire opposant l'onérosité à la gratuité⁶⁶¹, il semblerait que la philosophie même des SEL et des autres communautés fonctionnant de la sorte, impose, à ce stade, de conclure à la gratuité de principe des contrats entre selistes qui s'apparenteraient donc plus à des « échanges de services d'amis » qu'à des contrats conclus à titre onéreux. C'est alors à une conclusion inverse de celle résultant de l'étude du critère matériel, que l'examen du critère subjectif aboutit, soulignant toute la difficulté d'appréhender certaines pratiques contractuelles nouvelles avec pour seuls outils, ceux d'un droit positif en décalage croissant avec une partie de la réalité contemporaine.

130. La classification opposant contrats à titre gratuit et onéreux : une distinction perméable – La frontière entre l'onérosité et la gratuité se trouve fortement ébranlée par ces contrats de partage qui paraissent, au terme de l'étude du critère matériel qu'est la rémunération, devoir être qualifiés de contrats conclus à titre onéreux. Toutefois, après un examen de ce qui semble être l'intention première des parties, ces contrats se rapprochent plus vraisemblablement des actes à titre gratuit. Néanmoins, une telle affirmation suscite légitimement certaines interrogations, et notamment celle de savoir comment un contrat peut être considéré comme ayant été conclu à titre gratuit lorsque chacune des parties reçoit, ou peut recevoir, une contrepartie. Nous touchons ici à la difficulté inhérente à la qualification des

à l'adresse suivante : <http://www.sel-terre.info/catalogue/>.

⁶⁵⁸ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p.3 et 4.

⁶⁵⁹ RAYMOND G., note sous TGI Foix, 6 janvier 1998, *Min. publ. c/ Robert Evans et John McCulloch, Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 65.

⁶⁶⁰ Sur ce point, V. *infra*, n°142 et s.

⁶⁶¹ Sur ce point, V. *infra*, n°156 et s.

contrats de partage : d'un point de vue matériel, la présence, ou la potentialité d'une rémunération semble interdire de souscrire à la gratuité de ces contrats. Cependant, d'un point de vue subjectif, les mobiles immédiats des contractants ne relèvent pas de l'onérosité, à moins d'admettre qu'un contrat puisse être conclu à titre onéreux malgré l'intention libérale des parties, mais surtout en l'absence vraisemblable d'esprit de lucre. Ainsi, les mobiles des contractants de l'économie de partage, combinés aux réalités pratiques de ces techniques, semblent faire obstacle à une séparation étanche entre l'onérosité et la gratuité. Dès lors, pour avancer sur la question de la qualification des contrats de partage et leur place au sein de la classification contractuelle opposant les contrats à titre gratuit et onéreux, il convient d'approfondir l'analyse de l'intention des parties. En effet, les contrats étudiés ont, pour particularité, de faire cohabiter deux types d'intention. Le désintéressement n'est pas le seul moteur des contractants du partage, la recherche d'un intérêt plus égoïste faisant partie intégrante des motivations des acteurs. Ces deux espèces d'intention, loin d'être exclusives l'une de l'autre, sont foncièrement complémentaires au sein de l'économie étudiée.

Section 2 : La réminiscence de l'intérêt personnel

131. L'existence de deux niveaux d'intention – La question de savoir quelle volonté doit être prise en compte dans l'opération de qualification, a fait l'objet d'un certain nombre de débats⁶⁶² notamment chez les juristes allemands du XIX^{ème} siècle. La discussion opposait ceux pour lesquels « seule la volonté interne, psychologique forme la substance de l'acte »⁶⁶³ (*Willenstheorie*), aux partisans de la volonté déclarée pour qui « le rôle capital de la volonté dans l'acte est tout entier fixé par la déclaration extériorisée de ses auteurs »⁶⁶⁴ (*Erklärungstheorie*)⁶⁶⁵. On le voit, s'il existe plusieurs types de volonté, et notamment une qui ne serait qu'interne à son auteur, c'est sans doute qu'il peut exister, chez les contractants, différents niveaux d'intention. Expliquons-nous : l'intention première des contractants de l'économie de partage est visiblement désintéressée et consiste à adhérer à un mode de consommation plus respectueux des motivations collectives à l'origine des communautés

⁶⁶² De manière générale, sur le rôle de la volonté V. RIEG A., *Le rôle de la volonté en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lextenso, 1961.

⁶⁶³ BIENVENU J.-J., « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits* 1998, n° 28, p. 3 et s. spéc. p. 4 et 5.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁶⁵ Plus précisément sur le système allemand de la déclaration de volonté V. LIMBACH F., *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. C. Witz, coll. Bibliothèque de droit privé - LGDJ, Paris, 2004, p. 45 et., n°61 et s.

(solidarité, partage, consommation durable, enjeux environnementaux, *etc.*). Il s'agit, alors, de la volonté déclarée par les contractants. Toutefois, il serait trompeur de réduire les techniques de partage à cette seule déclaration de volonté puisqu'il semble, en réalité, qu'une intention sous-jacente puisse être décelée chez les membres des communautés. Il demeure en effet, dans le for intérieur des contractants, la pensée qu'ils pourront, si besoin est, compter sur leur communauté lorsqu'eux-mêmes en ressentiront le besoin. Il n'existe donc pas, en la matière, d'altruisme pur, cette notion étant d'ailleurs qualifiée par certain, de « merveilleusement irrationnelle »⁶⁶⁶. Comme l'exprimait un auteur, « la charité pure ne peut être humaine : l'imperfection de l'homme ne permet pas de l'atteindre, car elle est, sinon d'essence divine, du moins de nature morale »⁶⁶⁷. Rien de très surprenant, alors, à ce qu'en matière de partage, l'on ne puisse déceler l'existence d'un altruisme véritable et que l'on soit conduit, *in fine*, à reconnaître l'existence d'intérêts plus égoïstes, bien que ces derniers ne soient pas exposés comme les fers de lance de l'économie de partage (§ 1). Or, une telle découverte ne peut rester sans conséquence sur la qualification des contrats étudiés et il devient alors nécessaire, aujourd'hui plus que jamais, d'opter, avec le Professeur Rochfeld, pour une conception « plus réaliste de la gratuité qui pourrait intégrer une part d'égoïsme et de recherche de son propre intérêt »⁶⁶⁸ ou, de manière plus générale, à une vision assouplie de la classification opposant la gratuité à l'onérosité. Ainsi, puisque la pratique des affaires n'est pas entièrement imprégnée par la cupidité, et qu'à l'inverse, l'intérêt vient se mêler aux sentiments les plus purs, il importe aujourd'hui de s'interroger sur la manière de relativiser les caractères gratuit et onéreux (§ 2).

§ 1 : L'absence d'altruisme pur

132. Contrat de partage et altruisme partiel – Madame Leverbe explique, dans sa thèse de doctorat, que si « le droit et l'altruisme s'avèrent antinomiques », cela ne signifie pas pour autant que la « générosité [est] absente du comportement humain »⁶⁶⁹. De prime abord, l'on pourrait alors machinalement penser que le comportement altruiste qui, selon la perspective d'Auguste Comte, se définit comme « le souci désintéressé du bien d'autrui »⁶⁷⁰, se matérialise juridiquement grâce à l'acte conclu à titre gratuit.

⁶⁶⁶ LEVERBE E., *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003, p. 1, n°1.

⁶⁶⁷ GUÉVEL D., « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229 et s., n°19.

⁶⁶⁸ ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1999, p. 263, n°293.

⁶⁶⁹ LEVERBE E., *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003, p. 1 n°1.

⁶⁷⁰ Sur ce point, V. LEVERBE E., *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003, p. 2 et s. n°3 et s.

Toutefois, l'altruisme, c'est-à-dire la « disposition à s'intéresser et à se dévouer à autrui »⁶⁷¹, ne doit pas être confondu avec la gratuité au sens juridique du terme. Celle-ci est une notion plus large que celle-là : l'altruisme pur, totalement désintéressé, implique généralement la gratuité, bien que cela ne puisse être érigé en règle absolue, alors que l'acte à titre gratuit, lui, masque régulièrement la recherche d'un intérêt égoïste. L'acte totalement altruiste se caractérise, comme l'explique Madame Leverbe, « par sa dimension individuelle et [...] par la prise en considération essentielle, par l'auteur de l'acte, du bien-être de l'autre et partant de l'effacement, conscient du moins, de son propre intérêt »⁶⁷². Or, un tel acte n'est pas la norme au sein des rapports juridiques et l'on constate rapidement, lors de l'étude des techniques de partage, que derrière l'apparente gratuité que laisse entrapercevoir l'étude de l'intention immédiate des contractants, la réalité se complique une fois encore. En effet, l'une des clefs de la réussite des techniques de partage réside notamment dans le système de fonctionnement mis en place autour de l'idée de communauté. La circularité des échanges économiques et l'étalement temporel des relations contractuelles donnent naissance à une nouvelle manière de contracter : si je rends aujourd'hui un service à un membre quelconque de la communauté de partage, je gagne le droit de demander, par la suite, un paiement. Autrement dit, la réalisation de chaque prestation ouvre la voie à une véritable potentialité de prestations futures (A), que le contractant peut épargner afin de demander, en retour, quelque chose d'une valeur plus grande (B). Dès lors, même en matière de partage, « rien n'est vraiment gratuit »⁶⁷³.

A. La potentialité de prestations futures

133. Une différence fondamentale entre les contrats de partage et les actes à titre gratuit –

Il existe, vraisemblablement, deux éléments qui permettent de distinguer les contrats de partage, des contrats conclus à titre gratuit tels qu'ils ont été conçus par les rédacteurs du Code civil. En effet, contrairement à celui qui se dépouille à titre gratuit, le contractant qui offre un bien, un service ou un savoir-faire par le biais d'un contrat de partage, le fait dans l'attente d'une contreprestation future (1). Or, alors que le disposant pourrait simplement espérer recueillir, un jour, les fruits de son acte de générosité, dans le cadre du partage, la prestation initiale ouvre un véritable droit au paiement d'une contreprestation (2).

⁶⁷¹ REY-DEBOVE J. et REY A., *V° « Altruisme », Le Petit Robert de la langue française*, 2014, p. 55.

⁶⁷² LEVERBE E., *th. préc.*, n°7.

⁶⁷³ MANDIN D., *Les systèmes d'échanges locaux (SEL) : circulations affectives et économie monétaire*, L'Harmattan, 2009, p. 21.

1. L'expectative quant à la réalisation d'une contreprestation

134. La particularité des techniques de partage au regard des actes à titre gratuit : l'espoir d'une prestation future – Résumons rapidement l'état d'avancement de la réflexion s'agissant de la qualification juridique appropriée aux contrats passés dans le cadre des communautés de partage. Lors de l'étude du critère matériel, à savoir la rémunération, il fût démontré que la qualification de contrats conclus à titre gratuit était, de prime abord, la plus adaptée. En effet, *Primus* ne reçoit rien de *Secundus*. Dans le cadre des communautés fonctionnant sur le modèle des échanges circulaires et non réciproques, comme en matière de systèmes d'échanges locaux ou dans des communautés à l'image de Tempo, si *Primus* s'engage à couper les cheveux de *Secundus*, ce n'est pas ce dernier qui paiera directement la prestation, mais *Tertius* qui viendra éteindre la dette en mettant, à la disposition de *Primus*, un bien, un service ou un savoir-faire. Dans le cadre du *couchsurfing*, la personne hébergée par son hôte sur un canapé ne le rémunère pas directement. Dans le cadre de « l'échange » d'habitations, lorsqu'il n'est pas effectué directement entre deux personnes qui vont respectivement l'une chez l'autre, la communauté met en place, une fois encore, un système permettant d'obtenir une contreprestation future de la part d'un autre membre, *etc.* Dès lors, puisque la contreprestation est versée par un tiers au contrat initial, il semble que la qualification de chaque contrat, pris isolément, doive tendre vers la gratuité des opérations. Néanmoins, il faut rapidement se rendre à l'évidence : la qualification de contrats conclus à titre gratuit ne fonctionne que très imparfaitement lorsque, finalement, le contractant est rémunéré. Or, l'existence d'une telle rémunération semble devoir faire basculer la qualification du côté de l'onérosité⁶⁷⁴.

Le raisonnement aurait pu s'arrêter à ce stade, mais cela eut été sans compter sur l'étude de l'élément intentionnel : la volonté des parties. Les contractants du partage ne paraissent pas rechercher, en premier lieu, le profit⁶⁷⁵. Est-ce alors à dire, en laissant de côté l'obstacle posé par la rémunération finale du contractant, que ces contrats se rapprocheraient davantage des contrats conclus à titre gratuit « classiques », comme le sont par exemple, les donations et les libéralités sans charge ? Une réponse mesurée semble devoir s'imposer. Certes, les contractants du partage ne sont pas animés, de prime abord, par un esprit de lucre et agissent sans que la réciprocité soit une condition *sine qua non* de leur engagement. Mais il existe pourtant une différence fondamentale entre ces deux types d'actes : la potentialité de prestations futures

⁶⁷⁴ Sur ce point V. *supra*, n°83 et s.

⁶⁷⁵ Sur ce point V. *supra*, n°110 et s.

caractéristique des techniques de partage vient s’opposer frontalement à « l’absence d’attente de contrepartie »⁶⁷⁶ spécifique aux contrats à titre gratuit.

Dans les pratiques objets de la présente étude, si les motivations des acteurs sont différentes de celles que l’on retrouve dans une économie de marché capitaliste, en ce sens que la solidarité et le partage prennent le pas sur l’esprit de lucre, cela ne signifie pas, pour autant, que les acteurs entendent uniquement gratifier leur cocontractant. Si ces pratiques connaissent aujourd’hui un tel engouement, c’est qu’elles permettent à tout un chacun de faire des économies en bénéficiant d’un service auprès de sa communauté, de favoriser la consommation locale, de redynamiser les relations sociales, *etc.*, sans avoir à dépenser de l’argent chez un professionnel. Or, pour que le système fonctionne, plusieurs éléments sont nécessaires, et notamment la certitude de pouvoir compter sur les membres de sa communauté pour obtenir des biens, des services, ou des savoir-faire. En effet, lorsque *Primus* coupe les cheveux de *Secundus* et obtient, ainsi, une créance d’un montant X, il sait que, grâce à elle, il pourra demander, à n’importe quel membre de sa communauté, une contrepartie en paiement de sa propre prestation. On aurait donc tort de penser que ces individus sont ainsi uniquement guidés par la volonté de faire primer l’intérêt de l’autre et de la communauté, en toutes circonstances, au détriment de leurs aspirations individuelles. Il n’y a pas, en matière d’économie de partage, d’altruisme totalement pur et désintéressé : la possibilité de demander une contrepartie reste un élément caractéristique des contrats de partage. Or, dans un acte à titre gratuit classique, celui qui se dépouille agit sans attendre de recevoir une contrepartie en retour : l’intention libérale spécifique au contrat à titre gratuit « exclut toute idée de contrepartie de la part de l’autre »⁶⁷⁷, puisque ces contrats « reposent sur une absence voulue de contrepartie passée, présente ou future »⁶⁷⁸. On le voit, l’expectative d’une prestation future caractéristique des contrats de partage est absente des contrats à titre gratuit classiques. Il existe donc une véritable distinction entre les pratiques étudiées et la gratuité au sens où le droit positif la conçoit, ce qui semble créer une ligne de fracture entre ces deux types d’actes et éloigner, ainsi, l’assimilation entre notre objet d’étude et les contrats de l’article 1107 alinéa 2 du Code civil.

⁶⁷⁶ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 118, n°101 ; V. également CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 117 et 118, n°125.

⁶⁷⁷ MALINVAUD P., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 78, n°81.

⁶⁷⁸ SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 4^{ème} éd., 2020, p. 36, n°17.

135. Le caractère aléatoire de la prestation future⁶⁷⁹ – Quoi qu'il en soit, lors de la réalisation de la prestation initiale, la contreprestation ne peut être que future, puisqu'elle ne pourra se matérialiser que postérieurement à l'exécution du contrat initial. De plus, il ne s'agit, à ce stade, que d'une potentialité car, même si les contractants du partage optent pour ce type de fonctionnement eu égard, notamment, à ce qu'ils pourront recevoir en contrepartie de ce qu'ils ont à offrir, à ce stade, la contreprestation n'est encore qu'une virtualité. Lorsque le débiteur initial réalise sa prestation, il n'est pas en mesure de savoir avec certitude ce qu'il pourra obtenir dans un futur plus ou moins proche. En effet, les catalogues d'offres et de demandes qui répertorient les différents biens ou services proposés ou recherchés, évoluent au rythme de la vie des membres de la communauté. De plus, les individus adhérant à ce type de fonctionnement le font sur des durées relativement longues, l'adhésion à la communauté ayant vocation à s'inscrire dans le temps. Ainsi, on comprend aisément que le laps de temps sur lequel *Primus* propose un bien ou un service, ne correspond pas nécessairement à celui au cours duquel il aura lui-même besoin d'une prestation fournie par un membre de la communauté. Dès lors, la contrepartie ne peut être déterminée à l'avance et avec précision, son débiteur n'étant pas identifié, et les caractéristiques essentielles du bien, service ou savoir-faire n'ayant pas encore fait l'objet d'un accord entre les futurs contractants.

Par conséquent, il convient de garder à l'esprit que la contreprestation escomptée par les contractants du partage reste, lorsque ceux-ci réalisent leur propre prestation, une simple potentialité, contrairement à la situation matérialisée grâce à un contrat à titre onéreux classique où le débiteur s'engage au regard de la contrepartie proposée par son cocontractant. Dans les contrats de partage, si la contrepartie a, en principe, vocation à se réaliser, seule la possibilité de demander le paiement d'une contreprestation, dont la valeur correspondrait peu ou prou à la prestation initiale, est acquise. L'objet de cette prestation, ses caractéristiques, ou même son débiteur, ne peuvent être déterminés à l'avance. Dans l'économie de partage, les contractants qui offrent un bien, un service ou un savoir-faire, s'exécutent et consentent seulement au principe selon lequel ils pourront obtenir un paiement. Ledit paiement, quant à lui, reste totalement indéfini au stade de la prestation initiale, et ni ses caractéristiques essentielles, ni son débiteur, ne pourront être déterminés avant que le débiteur initial ne demande la réalisation de la contreprestation.

Partant, l'expectative d'une prestation future distingue les contrats de partage, tant des

⁶⁷⁹ Nous reviendrons sur ce point dans la suite des développements. V. *infra*, n°271 et s.

contrats à titre onéreux, où la contrepartie n'est pas simplement acquise dans son principe puisque le débiteur s'engage pour obtenir une contreprestation déterminée ou déterminable, que des contrats à titre gratuit au sein desquels celui qui se dépouille n'attend rien en retour. Au demeurant, si dans ces derniers, le débiteur peut toujours espérer être récompensé pour sa générosité, une telle espérance n'a aucune commune mesure avec l'expectative des contractants du partage qui, eux, sont certains de pouvoir réclamer une contreprestation.

2. Le degré de certitude quant à la réalisation de la contreprestation

136. Les situations pathologiques de non-paiement de la prestation initiale – L'observateur attentif pourrait toutefois, à ce stade, voir s'élever une objection ou, tout du moins, une interrogation quant aux motivations des contractants s'agissant de la réalisation de la prestation future. En effet, il n'est pas totalement exclu que la prestation initiale ne soit jamais payée. On peut alors se demander s'il convient réellement d'ériger, en élément caractéristique des contrats de partage, l'expectative d'une prestation future lorsque les contractants demeurent libres de demander, ou non, le paiement de leur prestation

Nous nous garderons toutefois d'exclure la réalisation de la prestation future, des éléments caractéristiques de l'économie de partage. En effet, l'hypothèse du non-paiement de la prestation demeure pathologique, et ne se présente, en règle générale, que dans l'hypothèse d'un « dysfonctionnement » du système. Certes, rien n'interdit à un contractant de quitter la communauté sans avoir ramené son compte à zéro et en étant, ainsi, toujours créancier d'un certain montant de grains. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle des systèmes comme les SEL instaurent généralement une limite au débit et au crédit des membres⁶⁸⁰. Toutefois, l'on ne choisit pas de contracter par le biais des techniques de partage lorsque l'on ne souhaite pas, ne serait-ce que de manière hypothétique, avoir la possibilité de recevoir, un jour, une contreprestation. Le contractant qui désire simplement gratifier son cocontractant optera pour une prestation de service gratuit, une donation, *etc.*, mais n'entrera pas en relations contractuelles par le biais de techniques où les différents « échanges » entre les membres font l'objet d'inscription en compte et sont évalués par le biais d'une « monnaie » propre au système d'échange. Adhérer à un tel système, c'est adhérer à l'idée que les biens fournis ou les services rendus ne le sont pas réellement à titre gratuit puisque, si besoin est, la réalisation de ces

⁶⁸⁰ MANDIN D., *Les systèmes d'échanges locaux (SEL) : circulations affectives et économie monétaire*, L'Harmattan, 2009, p.182 et s.; « SEL, mode d'emploi », p.4. Disponible à l'adresse : http://www.transversel.org/IMG/pdf/SEL_MODE_D_EMPLOI_v5_9.pdf.

prestations permettra au débiteur initial d'obtenir une contreprestation en paiement de sa propre exécution.

Quant à l'hypothèse dans laquelle un contractant partirait de la communauté sans avoir ramené son solde à zéro mais, contrairement à l'hypothèse précédente, en étant débiteur à l'égard de cette dernière, cela n'empêchera pas le paiement des autres membres créanciers d'un certain montant de grains, puisque c'est la communauté, dans son ensemble, qui s'assurera que les prestations seront effectivement payées (un autre membre réalisera une prestation pour acquitter la dette et permettre aux membres créancier de dépenser leurs grains). Partant, bien qu'il puisse arriver, qu'*in fine*, un contractant ne perçoive aucune contrepartie, cela ne signifie pas pour autant que le non-paiement des prestations puisse être considéré comme la norme au sein des techniques de partage.

137. Le caractère obligatoire de la contreprestation réclamée – Dans les actes à titre gratuit classiques, celui qui se dépouille au profit de son contractant (hors hypothèses des libéralités avec charges ou des donations rémunératoires, bien que la qualification d'actes à titre gratuit nous semble fortement compromise dans ces cas⁶⁸¹), n'entend rien recevoir en contrepartie de son engagement⁶⁸² et agit simplement dans l'intention de gratifier le donataire. Cependant, le Professeur Michel écrivait avec justesse qu'« il faut se rendre à l'évidence : celui qui, dans un contrat gratuit, consent à son partenaire un avantage dépourvu de contrepartie dans le cadre contractuel, sait fort bien – du moins l'entend-il ainsi – que son sacrifice ne sera pas inutile parce qu'il ne restera pas sans lendemain »⁶⁸³. La question se pose alors de savoir si cela ne remet pas en cause les constats opérés précédemment, selon lesquels l'une des particularités des contrats de partage, eu égard aux contrats à titre gratuit, réside dans l'expectative des contractants d'obtenir le paiement de leur prestation. Or, si dans les contrats à titre gratuit, celui qui se dépouille peut espérer recevoir, un jour, quelque chose en retour, notamment grâce au sentiment de bienveillance et de reconnaissance que procurerait la réalisation de la prestation, on est en droit de se demander en quoi une telle espérance diffère de l'expectative caractérisée en matière de partage. La distinction entre la gratuité et les contrats de partage réside, en réalité,

⁶⁸¹ V. *infra*, n°213.

⁶⁸² Nous précisons toutefois qu'il s'agit ici de parler de la contrepartie matérielle qui peut être escomptée au sein d'un rapport contractuel. En effet, il paraît délicat d'affirmer que celui qui agit à titre gratuit le fait sans en tirer un quelconque avantage. Néanmoins, il s'agira simplement d'un avantage moral, insuffisant selon nous pour caractériser l'onérosité. V. *supra*, n°71.

⁶⁸³ MICHEL J., *Gratuité en droit romain*, coll. Études d'histoires et d'ethnologie juridiques, ULB, 1962, p. 586, n°940.

dans le degré de certitude quant à la réalisation de la prestation future ou, plus précisément, quant au droit de demander une contreprestation, les contractants ne s'accommendant pas simplement de la satisfaction morale que leur procure leur engagement.

Plusieurs critères de distinction sont proposés pour établir une ligne de démarcation précise entre les actes conclus à titre gratuit et onéreux. Mais il en est un qui semble avoir été délaissé par les juristes, ou tout du moins oublié : le caractère obligatoire de la contreprestation. À la suite du Doyen Hamel⁶⁸⁴, le Professeur Michel écrivait en 1962, que « les contrats gratuits ont aussi leur contrepartie, avec cette différence, par rapport aux contrats onéreux, que cette contreprestation n'y est jamais obligatoire en droit »⁶⁸⁵. Or, si cela va de soi lorsque l'on oppose la vente et la donation, le contrat d'entreprise et le service d'ami, *etc.*, la réflexion du Professeur Michel prend une résonance toute particulière lorsque l'on tente de saisir la nature des contrats de partage. En effet, dans la plupart des cas, affirmer que celui qui se dépouille à titre gratuit pourra, potentiellement, recevoir quelque chose en retour lorsque le gratifié souhaitera le « remercier », n'apporte que peu d'éléments nouveaux au débat, et ne fait que souligner une évidence. Dans ces hypothèses, la simple potentialité de prestation future ne suffit pas à renier la nature gratuite du contrat. Comme l'écrit justement Monsieur Bedoura, s'il suffisait qu'un acte soit « implicitement fondé sur la réciprocité », « on aura vite fait de voir dans une invitation à dîner un contrat onéreux »⁶⁸⁶.

En revanche, lorsque l'on se place dans une situation où le contrat entre *Primus* et *Secundus* ne contient d'obligations qu'à la charge du premier, mais que l'on souhaite éprouver la qualification de contrat à titre gratuit, le caractère obligatoire de la contreprestation devient alors un élément déterminant. Contrairement aux actes à titre gratuit dans lesquels la potentialité d'une contreprestation est pure hypothèse et restera généralement à l'état de simple désir, les

⁶⁸⁴ HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, p. 19 Pour l'auteur, il faudrait chercher « le fil directeur » de la classification opposant les actes à titre gratuit ou actes à titre onéreux, ailleurs que dans « le caractère moral ou matériel des avantages obtenus ». Ainsi, « il y aurait acte à titre onéreux toutes les fois que, en échange de l'obligation consentie, naîtrait au profit de l'obligé une créance juridiquement sanctionnée par une action en justice ; sinon, lorsque le droit sanctionnateur n'intervient pas pour procurer à l'obligé l'avantage correspondant à son obligation, l'acte est à titre gratuit ».

⁶⁸⁵ MICHEL J., *op. cit.*, p. 586, n°940. L'auteur estime également qu'il est « trop souvent [écrit] qu'un contrat gratuit ou une libéralité résultent, dans le chef du concédant, de la volonté de se préférer le bénéficiaire et de faire passer, avant ses propres intérêts, ceux de celui qu'il entend gratifier. Or, on croit avoir constaté, précisément, que le contrat gratuit comporte lui aussi un certain retour, tout comme le contrat onéreux. La différence qui les sépare réside seulement dans la nature de la sanction qui assure le caractère obligatoire de la réciprocité » (n°937). V. également n°956 ; Plus récemment, V. GUÉVEL D., « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229 et s. spéc. n°38 (« il y a toujours une contrepartie [au moins différée], mais, dans les actes à titre gratuit, elle n'est pas susceptible d'être juridique exigée »).

⁶⁸⁶ BEDOURA J., *L'amitié et le droit civil*, Th. Tours, 1976, p. 113, n°91.

acteurs de l'économie de partage se voient gratifier de quelque chose de bien supérieur à une simple espérance. Le donateur qui aspire à être un jour récompensé de sa générosité est dans une situation totalement différente du contractant qui obtient une créance après avoir réalisé une prestation. Certes, dans ce dernier cas, la contrepartie future reste, dans une certaine mesure, quelque peu hypothétique puisque, pour la matérialiser, son créancier devra choisir un contractant proposant une prestation dont la valeur équivaut à sa créance et demander, par la suite, l'exécution de cette prestation. Néanmoins, alors que celui qui se dépouille à titre gratuit ne pourra jamais forcer l'exécution d'une contreprestation, le partage confère, au débiteur initial, un véritable droit de créance à l'égard des membres de la communauté⁶⁸⁷. Par conséquent, si dans un contrat à titre gratuit, la contreprestation n'est jamais obligatoire alors qu'elle l'est dans un contrat à titre onéreux, il paraît délicat d'imprimer, aux contrats de partage, un caractère gratuit.

Lorsqu'un individu entre dans une communauté de partage, il s'engage à prendre part à la vie du groupe, et à répondre présent lorsqu'il sera sollicité pour réaliser les prestations qu'il aura préalablement proposées. Si *Secundus* demande à *Tertius* la réalisation d'une prestation que ce dernier aura exposée sur le catalogue de la communauté, celui-ci pourra s'exécuter alors même qu'à ce stade, il n'est que tiers par rapport à la relation à l'origine du droit de créance. Or, à la différence d'un contrat conclu à titre gratuit dans lequel *Secundus* réaliserait une prestation pour *Primus* et ne pourrait, alors, aucunement forcer l'exécution d'une contreprestation, dans le cadre d'un contrat de partage, le paiement demandé par *Secundus* à *Tertius* devra lui être accordé⁶⁸⁸. Précisons toutefois que dans la plupart des communautés, les membres restent libres d'accepter, ou non, la réalisation de la prestation au regard du profil de la personne qui répond à l'annonce. Cela se comprend aisément au regard de l'importance accordée à la personne en matière de partage. Et si, pour une raison ou une autre, *Tertius* est dans l'incapacité ou ne souhaite pas satisfaire cette demande, *Secundus* se tournera vers un autre membre de la communauté afin que sa dette soit payée.

Partant, il semble qu'une fois de plus, la gratuité apparente des contrats de partage ne résiste que très artificiellement à l'analyse. Certes, ces contrats, étudiés isolément, ne ressemblent pas réellement à des contrats conclus à titre onéreux tels que les ont conçus les rédacteurs de 1804 et l'ordonnance de 2016. Cependant, le caractère obligatoire de la

⁶⁸⁷ Sur le droit de créance conféré à chaque membre à l'égard des autres suite à l'exécution d'une prestation, V. *infra*, n°481 et s.

⁶⁸⁸ Pour un exemple de communautés où l'annonceur n'est pas obligé de par la seule réponse à l'annonce V. l'application Tempo Lève la main. V. *infra*, n°274.

contreprestation future lorsqu'elle est réclamée, les éloigne encore un peu plus des contrats conclus à titre gratuit. Ceux-ci ébranlent ainsi considérablement la classification opposant la gratuité à l'onérosité et interrogent, au plus haut point, le bien-fondé de l'approche retenue par le droit positif. Mais la potentialité des prestations futures, et les conséquences que celle-ci implique, n'est pas le seul élément caractéristique des contrats de partage. Ceux-ci donnent naissance à une pratique relativement inusitée en droit positif dans le cadre des contrats de prestation de services ou de fourniture de biens : l'épargne de prestations.

B. L'épargne des prestations

138. La capitalisation de grains – L'économie de partage, grâce à la mise en place de monnaies virtuelles servant uniquement d'unités de compte, et dont le but n'est pas de permettre l'enrichissement pécuniaire des contractants, permet une adaptation particulièrement efficace aux besoins des individus. En effet, en tant que telle, la « monnaie » utilisée pour évaluer les différentes prestations au sein des techniques de partage, et qui permet de quantifier la valeur de la contreprestation à laquelle les individus peuvent prétendre, ne peut pas réellement enrichir ses détenteurs⁶⁸⁹.

Ainsi, comme l'explique Monsieur Mandin à propos des systèmes d'échanges locaux, capitaliser ou engranger des grains sans les dépenser n'a aucune utilité. « Cette association n'est pas faite pour ça. Souvent, c'est la question qui ressort, explicitement ou implicitement : " le SEL, c'est un moyen de se faire de l'argent ? " [...]. Le SEL n'existe pas pour se faire plus d'argent. Il sert à se procurer des biens et des services où chacun a quelque chose à proposer. Donc rien n'est vraiment gratuit, mais il n'est pas possible non plus de gagner de l'argent »⁶⁹⁰. Or, s'il est vrai que les contractants de l'économie de partage ne pourront pas s'enrichir pécuniairement en engrangeant des grains, puisque ceux-ci ne pourront aucunement être transformés en euros, la capitalisation n'est toutefois pas dénuée de tout intérêt. En effet, les contractants du partage n'ont pas l'obligation de demander le paiement de leurs prestations ni, *a fortiori*, de réclamer une contreprestation immédiatement après chaque prestation. Il est donc tout à fait possible de capitaliser un certain montant de grains avant de demander la fourniture d'un bien, la réalisation d'un service, ou la mise à disposition d'un savoir-faire, pour un montant égal au total de l'ensemble des prestations effectuées jusqu'alors. S'il est donc effectivement

⁶⁸⁹ Elle n'a pas d'existence en dehors des communautés et n'a de valeur qu'en tant que mémoire des échanges. V. *supra*, n°81.

⁶⁹⁰ MANDIN D., *op. cit.*, p. 21.

inutile d'engranger de la monnaie dans la perspective d'un enrichissement pécuniaire, dans le cadre de la communauté au contraire, les contractants peuvent avoir tout intérêt à attendre de réunir un certain montant de grains afin d'obtenir la contreprestation dont ils auront réellement besoin.

139. Un système attractif, témoin de l'absence de désintéressement total – L'inconvénient des systèmes marchands classiques réside dans la nécessité d'aboutir à une véritable correspondance entre les besoins de chaque contractant. Or, dans le circuit fermé que représente la communauté de partage, et grâce à la mise en place de monnaies virtuelles, on arrive à évacuer cette difficulté. Les contrats de partage sont donc particulièrement attractifs pour les individus souhaitant consommer différemment tout en cherchant, malgré tout, à satisfaire certains intérêts égoïstes. Prenons l'exemple de *Primus* qui propose, à sa communauté, une prestation d'une heure. Dans l'hypothèse où la monnaie de la communauté serait basée sur l'unité temps, chaque prestation effectuée permet à son compte d'être crédité de 60 grains. Imaginons maintenant que *Primus* ait besoin de faire réparer sa voiture, mais qu'une telle réparation nécessite au moins quatre heures de travail. La contreprestation demandée par *Primus* en paiement de ces différentes prestations vaut donc, au minimum, 240 grains. La seule manière, pour celui-ci, d'obtenir une telle contreprestation en paiement, est donc de capitaliser le montant de grains obtenus après chaque prestation d'une heure.

Un tel système permet donc aux individus d'obtenir une contreprestation qui correspond réellement à leurs besoins et démontre, une fois encore, que les contrats de partage ne sont pas totalement étrangers aux intérêts égoïstes. Certes, si l'esprit de lucre était la motivation principale et déterminante des contractants, ceux-ci se tourneraient vers les systèmes classiques de l'économie marchande. Toutefois, les contractants du partage n'agissent pas entièrement de manière désintéressée. Lorsqu'un contractant ne demande pas le paiement de sa prestation, cela ne signifie pas que la réalisation de cette dernière est totalement gratuite. En règle générale, l'absence de demande immédiate de paiement s'explique par la volonté d'accumuler un montant de grains suffisant pour obtenir, par la suite, une contreprestation dont la valeur est supérieure à celle que l'on a soi-même fournie. L'intention des contractants est donc également tournée vers la recherche d'un intérêt personnel.

140. *Quid* de la qualification des contrats de partage ? – La possibilité, pour les contractant, d'être rémunéré par une tierce personne, et la faculté d'accumuler un crédit de grains démontrent, si tant est que cela soit encore nécessaire, qu'il n'existe pas, dans l'économie de

partage, d'altruisme pur. Les contractants n'agissent pas uniquement pour satisfaire des intérêts collectifs ou se conformer à des idéaux rejetant les excès de la société de consommation. Les motivations plus égoïstes qui ne se révèlent que dans un second temps, éloignent encore un peu plus les contrats de partage de la catégorie des contrats conclus à titre gratuit. Or, Monsieur Bergeman écrit, à propos du contrat de services gratuits, « que s'il n'est nulle part précisé que les parties ont agi dans un intérêt égoïste – laissant même supposer le contraire –, le seul fait qu'un quelconque intérêt personnel puisse entrer en concurrence avec l'intérêt moral suffit à disqualifier l'acte »⁶⁹¹. Est-ce à dire, alors, que les contrats de partage devraient être considérés comme des contrats conclus à titre onéreux ? En l'état actuel du droit positif et à ce stade des développements, une réponse aussi tranchée paraît encore délicate.

Véritables figures hybrides, les contrats de partage, en éprouvant la ligne de démarcation entre la catégorie des contrats conclus à titre gratuit et onéreux, obligent à s'interroger sur les catégories elles-mêmes, et sur l'opportunité de créer de nouvelles classifications, ou de redéfinir l'acception positive des caractères gratuit et onéreux.

§ 2 : Les conséquences sur la qualification des techniques de partage

141. La délicate question de la qualification des contrats de partage – L'étude menée, tant s'agissant de la rémunération que de l'intention des parties, laisse l'observateur perplexe lorsqu'il s'agit de conclure à la nature gratuite ou onéreuse du contrat de partage, afin de déterminer la catégorie juridique adaptée pour appliquer le régime juridique le plus opportun. Oscillants entre gratuité et onérosité, ils illustrent ainsi parfaitement la tendance relevée par le Professeur Guével selon lequel, « il semble que les hypothèses contemporaines d'ambiguïtés se multiplient, voire que leur accroissement s'emballe, rendant pressante la nécessité, sinon de répondre législativement à cette interrogation, du moins de reprendre le débat »⁶⁹². En réalité, si cette question retrouve, aujourd'hui, une vigueur toute particulière au regard des mutations que connaissent les relations contractuelles, les interrogations sur les actes qui ne s'adaptent qu'imparfaitement à la classification opérant une distinction entre les actes à titre gratuit et onéreux, remontent à une époque plus ancienne. En 1931, Monsieur Champeaux s'interrogeait déjà en ces termes : « n'y a-t-il pas certains actes qui réunissent en eux cette double

⁶⁹¹ BERGEMAN N., « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *Revue juridique de l'Ouest* 2010, n° 4, p. 443 et s. spéc. p.465.

⁶⁹² GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s. spéc. p. 230.

qualification, qui empruntent à l'une et à l'autre et qui seraient mixtes ? »⁶⁹³.

Pour résoudre les difficultés posées par ces contrats, qui brouillent sensiblement la frontière entre le titre gratuit et onéreux, on pourrait se laisser séduire par l'idée de créer une catégorie intermédiaire entre la gratuité et l'onérosité et qui permettrait, alors, de classer les contrats de partage pour déterminer, *in fine*, le régime juridique le plus adapté. Toutefois, cette première tentation s'avère rapidement décevante (A), et l'on se retrouve contraint d'envisager la classification opposant les actes à titre gratuit et onéreux sous un jour nouveau (B).

A. L'inopportunité des catégories intermédiaires

142. Le refus historique d'admettre une catégorie intermédiaire entre l'onérosité et la gratuité – En droit positif, la classification permettant de distinguer les contrats en fonction de leur caractère gratuit et onéreux fait partie de ces institutions qui ne souffrent, quasiment, d'aucune discussion. Selon Josserand, la distinction opposant la gratuité à l'onérosité serait « une clef de voûte de notre droit, une *summa divisio* des actes juridiques »⁶⁹⁴. Pothier, pourtant, proposait de classer les contrats selon trois catégories : les contrats intéressés, de bienfaisance, et les contrats qu'il qualifiait de « mixtes » dans lesquels, « celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle donne »⁶⁹⁵. Toutefois, les codificateurs de 1804, en ne retenant pas cette formule, finirent de graver dans les esprits le caractère irréductible de cette classification. Josserand lui-même écrivait que la distinction du titre gratuit et onéreux « 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 l'autre des termes de la classification »⁶⁹⁶. Désormais, affirmer que les contrats doivent être qualifiés selon la classification opposant le titre gratuit et onéreux, et être impérativement rattachés à l'une de ces catégories, relève de la lapalissade. En ce sens, le Doyen Carbonnier estimait avec force que « cette distinction du titre gratuit et du titre onéreux

⁶⁹³ CHAMPEAUX J., *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931, p. 255.

⁶⁹⁴ JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, coll. Essais de téléologie juridique, Dalloz, 1928, p. 315 et 316, n°254.

⁶⁹⁵ POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, préf. J.-H. Halpérin, Dalloz, 2011, p. 11, n°12.

⁶⁹⁶ JOSSERAND L., *op. cit.*, p. 316, n°254. Dans le même sens, V. BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des obligations*, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1906, p. 14, n°16 ; *contra*, DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, p. 205, n°187.

est de celle qui ne laissent place à aucune échappatoire. Ou il y a titre gratuit, ou il y a titre onéreux entre les deux, point de zone neutre refuge des notions mal définies »⁶⁹⁷.

143. La remise en cause de l'absolutisme de la classification binaire : vers la fin du règne de la division bipartite ? – On retrouve toutefois, sous quelques plumes, des signes laissant à penser que cette distinction n'est peut-être pas aussi absolue que ce que l'on se borne à énoncer en brandissant l'opposition établie par les rédacteurs du Code civil. Dans la littérature juridique, un certain nombre d'auteurs nuance le caractère absolu de la classification juridique opposant les contrats conclus à titre gratuit et onéreux⁶⁹⁸. Ces auteurs, qui utilisent parfois la terminologie d'acte neutre pour désigner ceux qui ne seraient « pas soumis à la distinction du gratuit et de l'onéreux »⁶⁹⁹, ouvrent la voie à une réflexion venant, si ce n'est supprimer l'intérêt de cette classification binaire, interroger le bien-fondé de son omnipotence. Ainsi, il est possible d'envisager, entre les deux termes de la distinction, une catégorie intermédiaire : une gratuité intéressée ou une onérosité désintéressée (1). Mais cette solution n'a de séduisante que l'apparence, car une multiplication des classifications serait, au-delà d'un facteur de complication, une réponse inadaptée au développement des pratiques se situant à mi-chemin entre l'onérosité et la gratuité (2).

1. La gratuité intéressée

144. Tentative de transposition des réflexions doctrinales sur « l'acte mixte » aux techniques de partage – Une frange de la doctrine prend fait et cause pour que soit reconnue une catégorie intermédiaire entre la gratuité et l'onérosité, en estimant que la réalité pratique ne peut se réduire aux classifications du droit positif. Le Professeur Guével fait partie des juristes qui militent pour que les situations intermédiaires entre onérosité et gratuité soient reconnues. Selon lui, on a déjà admis, dans un certain nombre de domaines, que de telles hypothèses puissent venir « atténu[er] le manichéisme des classifications primitives »⁷⁰⁰. Partant, il serait

⁶⁹⁷ CARBONNIER J., *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Th. Bordeaux, 1932, p. 446, note 18.

⁶⁹⁸ En ce sens, V. not. DUPEYROUX J.-J., *th. préc.* ; BÉNILSI S., *Essai sur la gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006 ; GUÉVEL D., « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229 ; HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920 ; CHAMPEAUX J., *th. préc.* La terminologie est parfois reprise pour illustrer les spécificités de la gratuité en certains domaines, sans pour autant être utilisée pour démontrer l'existence de catégories intermédiaires V. not. LECOURT B., « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455.

⁶⁹⁹ BÉNILSI S., *th. préc.*, p. 201 et s., n°337 et s.

⁷⁰⁰ GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s. spéc. n°16. L'auteur prend l'exemple des actes mixtes qui se situent entre

tout à fait possible de reconnaître l'existence d'actes qui se situeraient à mi-chemin entre les actes à titre gratuit et ceux conclus à titre onéreux. En la matière, certains auteurs ont ainsi démontré qu'il y avait possiblement des actes hybrides que l'on ne pouvait classer dans aucun des deux termes de la classification (mariage, pacs, adoption, paiement d'une amende, *etc.*)⁷⁰¹. L'acte mixte, qui serait une « catégorie intermédiaire », aurait ainsi, selon la définition donnée par Monsieur Champeaux, « tous les caractères communs aux actes gratuits et onéreux : il est libre, translatif ou constitutif de droits patrimoniaux, mais en outre il réunit aussi les caractères spécifiques de chacun de ceux-ci »⁷⁰². Les exemples traditionnellement donnés sont ceux de la donation avec charges et des libéralités rémunératoires⁷⁰³. Selon Monsieur Boitard, Pothier lui-même classait la donation rémunératoire dans la catégorie des actes mixtes⁷⁰⁴. En effet, l'éminent juriste expliquait déjà en 1764, que seraient des « contrats mixtes », « les donations faites sous quelque charge imposée au donataire »⁷⁰⁵. Cette « catégorie intermédiaire » semble correspondre à ce que le Professeur Guével range sous la dénomination de « gratuité intéressée "traditionnelle" ». Il s'agit d'actes conclus en apparence à titre gratuit, mais au sein desquels l'on est en mesure de découvrir une « contrepartie concomitante et certaine »⁷⁰⁶. Dans la donation avec charges, le donateur consent à la donation en considération de l'exécution de la charge par le donataire. L'acte que la majorité des auteurs considère comme étant à titre gratuit est donc conclu en considération d'un intérêt matériel (l'exécution de la charge). Si gratuité il y a, elle ne peut être qu'intéressée, car le donateur agit également pour satisfaire un intérêt personnel autre que la simple satisfaction morale liée à l'accomplissement d'un acte désintéressé.

les actes civils et les actes de commerce : la mutualité et les coopératives, les GIE, *etc.*

⁷⁰¹ GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s. spéc. n°17. Certains auteurs préfèrent toutefois maintenir une qualification unitaire pour la donation avec charges. Celle-ci conserve la qualification de libéralité lorsque le montant de la charge est inférieur au montant de l'acte. Au contraire, une telle qualification doit être écartée si la charge est supérieure au montant de ce qui est donné. On écartera alors l'indivisibilité de la nature de l'acte, uniquement s'agissant du rapport et de la réduction. V. not. TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 325 et s., n°349.

⁷⁰² CHAMPEAUX J., *th. préc.*, p. 255, n° IX. Il faut noter qu'en plus de distinguer des actes à titre gratuit des actes conclus à titre onéreux, des actes mixtes, Monsieur Champeaux estime que certains actes échappent totalement à l'une des deux qualifications de la classification (au contraire, dans les actes mixtes, « la qualification onéreuse et gratuite se rencontre »).

⁷⁰³ Sur la difficulté de la qualification des libéralités rémunératoires et les hésitations de la jurisprudence V. RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 279 et 280, n°153 et p. 393 à 395, n°202.

⁷⁰⁴ BOITARD M., *Les contrats de services gratuits*, Th. Paris, 1941, p. 43 et 44.

⁷⁰⁵ L'on retrouve cette formule dès 1764 chez Pothier : POTHIER R. J., *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Tome Premier, Nouvelle édition revue, Corrigée et Considérablement augmentée par l'auteur., 1764, p. 24, n°12 ; Ce passage est retranscrit dans la réédition de l'oeuvre de Pothier. Sur ce point, V. POTHIER R. J., *Traité des obligations*, préf. J.-H. Halpérin, Dalloz, 2011, p. 11, n°12.

⁷⁰⁶ GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s., n°19 et s.

Toutefois, on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité de réduire les contrats de partage à ces propositions doctrinales concernant l'acte mixte. En effet, il n'est pas certain que ce que les auteurs appellent « acte mixte », au premier rang desquels l'on trouve notamment la donation avec charges et la donation rémunératoire, corresponde aux actes hybrides rencontrés en matière de partage. La doctrine semble considérer que dans ce type d'actes, qualifiés de prime abord d'actes conclus à titre gratuit, l'on est en mesure de déceler l'existence d'une contrepartie future et certaine (ou passée s'agissant de la donation rémunératoire)⁷⁰⁷, dont l'origine n'est autre que la réalisation, par le débiteur, de l'acte à titre gratuit. L'exemple de la donation avec charges est, à cet égard, particulièrement éloquent puisque, comme nous venons de le mentionner, l'exécution de la charge par le donataire fait partie des éléments déterminants de l'engagement du donateur. D'autres exemples d'actes mixtes sont donnés pour illustrer ce que le Professeur Guével appelle la « gratuité intéressée traditionnelle »⁷⁰⁸. Sont notamment cités les encouragements fiscaux, qui font nécessairement peser une « suspicion d'intérêt sur la gratuité »⁷⁰⁹.

Il y a cependant une différence certaine entre ces actes mixtes et les techniques de partage. En effet, l'étude de ces dernières révèle que la contrepartie, si elle peut effectivement exister, ne peut qu'être future et en partie incertaine. Dès lors, si une catégorie intermédiaire reflétant l'imbrication de l'onérosité et de la gratuité devait être découverte pour apposer, aux contrats de partage, une étiquette plus adéquate, ce n'est point dans cette théorie de l'acte mixte qu'il conviendrait de la chercher. La contrepartie, dans les contrats de partage, n'étant ni concomitante ni certaine, c'est plus vraisemblablement vers d'autres solutions qu'il convient de se tourner.

145. « La gratuité intéressée émergente : la contrepartie future incertaine »⁷¹⁰ – Il existe un certain nombre d'actes qui, s'ils paraissent conclus à titre gratuit, impliquent tout de même l'existence d'une contrepartie future incertaine. Il s'agit des cas où les contractants ont un intérêt à conclure le contrat à titre gratuit mais où cet intérêt est reporté dans le temps⁷¹¹ : certains auteurs ont alors parlé d'intérêt par « enrichissement futur »⁷¹², lorsque la jurisprudence

⁷⁰⁷ La donation rémunératoire se distingue de la donation avec charges en ce que la « contrepartie de l'acte se situe dans le passé » lorsque la donation avec charges « fait naître une contrepartie pour l'avenir » : FOUBERT A., *Le don en droit*, Th. Paris II, 2006, p. 189, n°200.

⁷⁰⁸ GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s. spéc. n°19 à 28.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 229 et s. spéc. n°24.

⁷¹⁰ *Ibid.*, n°38 et s.

⁷¹¹ *Ibid.*, n°39.

⁷¹² GRUA F., *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, p. 37 et s.

a pu, en certaines occasions, prendre en compte le profit futur qu'espère recevoir celui qui se dépouille⁷¹³. Le Professeur Guével donne alors plusieurs exemples d'actes qui seraient, selon lui « un peu au-delà de l'acte de générosité et un peu en deçà de l'acte à titre onéreux »⁷¹⁴ : c'est le cas de l'homme d'affaire qui met l'un de ses biens à la disposition d'un élu en charge de responsabilités publiques⁷¹⁵, du « crédit gratuit »⁷¹⁶, ou des cadeaux fait par les entreprises en fin d'année⁷¹⁷. On peut également évoquer l'hypothèse des gratifications attribuées aux dirigeants de sociétés (ex : *stock option*), lorsqu'elles ne peuvent être qualifiées de paiement, d'indemnité ou de rémunération et qu'elles ont pour but de fidéliser leur bénéficiaire ainsi que d'encourager ses performances⁷¹⁸, etc. Ainsi, pour le Professeur Guével, « il pourrait donc y avoir place pour (au moins) une catégorie supplémentaire (et intermédiaire) d'actes pour rendre compte, sinon de la gratuité intéressée classique et de son contrepoint, l'onérosité [dés]intéressée nouvelle, du moins de la gratuité à intérêt éventuel différé »⁷¹⁹.

Certains pourraient objecter qu'une telle catégorie intermédiaire n'a que peu d'utilité dans la mesure où la gratuité n'a pas, par essence, à être étrangère à toute notion d'intérêt. En ce sens, le Professeur Collart Dutilleul explique que « la gratuité n'a pas à être désintéressée. Mieux même : non seulement la gratuité n'exclut pas l'intérêt, mais elle l'appelle »⁷²⁰. Dès lors, parler de gratuité intéressée n'aurait que peu de sens et pourrait finalement relever du pléonasmе : pourquoi parler de gratuité intéressée si, par nature, la gratuité implique l'intérêt ? Pourtant, il ne paraît pas judicieux de souscrire entièrement, et sans réserve, à une telle analyse. Si celle-ci se comprend assez aisément s'agissant des relations contractuelles classiques, bien que certaines nuances doivent sans doute être apportées⁷²¹, elle est revanche beaucoup moins justifiée en matière de partage. En effet, dans les contrats conclus classiquement à titre gratuit, nous ne pouvons qu'approuver l'idée selon laquelle « ce qui compte, ce n'est pas la nature de

⁷¹³ Civ. 1ère, 1er mars 1988, *M. de Bausset-Roquefort Duchaine d'Arbaud c. Association organisme de gestion de l'école Notre-Dame de la Bretauche* ; BÉHAR-TOUCHAIS M., « Obs. sous Civ. 1ère, 1er mars 1988 », *JCP G* 1989, II, 21373: Fût notamment reconnu, « la satisfaction morale et religieuse de voir continuer l'école libre ».

⁷¹⁴ GUÉVEL D., *art. préc.*, n°40.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ BELLAICHE D., *La gratuité en droit des affaires*, Th. Paris I, 1998, p. 246 et s. ; LECOURT B., « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455.

⁷¹⁷ GUÉVEL D., *art. préc.*, n°42.

⁷¹⁸ LECOURT B., « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455 ; GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s. spéc. n°48.

⁷¹⁹ GUÉVEL D., *art. préc.*, n°48.

⁷²⁰ COLLART DUTILLEUL F., « Gratuité et droit des contrats », in *Mélanges B. Lewaszkiewicz-Petryłowska*, Univ. de Lodz, 1997, p. 7 et s., spéc. p. 21 et s.

⁷²¹ En effet, sur ce point, l'hypothèse du commodat intégré à une relation d'affaire interroge. S'il s'agit d'un contrat essentiellement gratuit (art. 1876 C. civ.), il n'est pas totalement étranger à la notion de « contrepartie future et incertaine » pouvant caractériser la gratuité intéressée.

l'intérêt, mais l'absence de contrepartie, c'est-à-dire l'absence de connexité entre ce que l'on donne et ce que l'on reçoit »⁷²². Il s'agit effectivement de l'hypothèse classique où l'un des contractants se dépouille au profit de l'autre sans attendre ni recevoir de contrepartie. Toutefois, en matière de partage, s'il y a effectivement absence de contrepartie directe, il existe un fort lien de connexité entre ce que l'on donne et ce que l'on pourra potentiellement recevoir par la suite. Certes, l'un donne sans recevoir immédiatement tandis qu'inversement, l'autre reçoit sans donner. Mais il s'agit là d'une vision trop étriquée du contrat de partage qui occulte, à tort croyons-nous, le résultat final de l'opération.

Dès lors, la notion de « gratuité intéressée » pourrait permettre de recueillir en son sein les actes où l'on rencontre de prime abord une absence de rémunération, mais où les acteurs cherchent tout de même à satisfaire, du moins en partie, un intérêt égoïste et peuvent alors recevoir, *in fine*, une contrepartie. Les techniques de partage pourraient ainsi être subsumées sous une telle catégorie intermédiaire, car si la gratuité classique n'exclut pas l'intérêt, elle n'admet pas pour autant que celui qui se dépouille à titre gratuit puisse retirer un avantage matériel en lien direct avec l'exécution de sa prestation. Or, en matière de partage, l'absence de contrepartie n'est souvent que temporaire et le contrat initial, s'il n'opère qu'un transfert unilatéral d'un contractant à l'autre, demeure la raison immédiate et directe permettant au débiteur initial d'obtenir une contrepartie à sa propre prestation. La contrepartie est par conséquent nécessairement future puisque les contrats de partage, au sens strict, n'admettent pas de contreprestation immédiate à ce que l'on donne ou fait pour son cocontractant. Seul *Secundus* s'engage à donner ou à faire quelque chose pour *Primus*. La contrepartie que *Secundus* pourra recevoir, si elle se matérialise effectivement, ne sera pas fournie par *Primus* mais par *Tertius*. De plus, celle-ci reste incertaine car rien n'oblige *Secundus* à demander le paiement de sa prestation. Rappelons également que dans certaines communautés, les contractants qui postent leur annonce sont libres de choisir le cocontractant avec lequel ils désirent entrer en relation. Ainsi, en pratique, il n'est pas inenvisageable que *Secundus* ne trouve personne avec qui contracter pour obtenir le paiement de la prestation fournie à *Primus*. Or, dans pareille situation, il paraît délicat d'envisager que la communauté puisse venir arbitrairement désigner l'un de ses membres pour que celui-ci exécute la prestation demandée. En définitive, bien que fort probable, l'exécution d'une contreprestation reste en partie aléatoire : elle dépend de la bonne volonté de tous les membres de la communauté, à la

⁷²² COLLART DUTILLEUL F., *art. préc.*, spéc. p. 22.

différence d'un contrat à titre onéreux classique au sein duquel *Primus* s'engage envers *Secundus* et réciproquement, l'inexécution de l'un étant dès lors envisagée comme une faute dans l'exécution du contrat.

Ainsi, sans être totalement onéreux, car ils ne prévoient pas directement le paiement d'une contrepartie, ni gratuits car ils permettent tout de même la naissance de celle-ci, les contrats de partage pourraient être intégrés au sein d'une catégorie intermédiaire regroupant les différentes hypothèses de gratuité intéressée où l'exécution des différents rapports contractuels permet de donner naissance à une contrepartie future et incertaine. Une telle solution permettrait de rendre compte de manière plus nette de la réalité puisque, comme le disait si justement le Doyen Hamel, « à l'intérieur du monde juridique, le monde moral et le monde matériel ne sont pas séparés l'un de l'autre par une ligne de démarcation très nette »⁷²³. Et l'on pourrait alors considérer que s'obstiner à vouloir faire entrer tous les actes juridiques, et en particulier les contrats de partage, dans l'un des deux termes de la classification binaire opposant le titre gratuit et onéreux, reviendrait à en forcer les contours et, ainsi, aboutirait à un résultat artificiel. Le Professeur Guével ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait que « la réalité étant, on l'a dit, complexe, il est dangereux, dans son appréciation juridique, de la réduire à un système binaire, de la caricaturer en la simplifiant »⁷²⁴. Néanmoins, s'il est difficile d'être en désaccord total avec ce constat, il n'est toutefois pas certain que la création d'une catégorie intermédiaire constitue la réponse la plus adaptée.

2. Les inconvénients d'une surabondance de qualifications

146. La création d'une catégorie intermédiaire : une solution illusoire – Il existe indéniablement des actes qui ne s'insèrent qu'imparfaitement dans la classification binaire opposant le titre gratuit et onéreux, les contrats de partage en étant une parfaite illustration. La création d'une catégorie intermédiaire à mi-chemin entre la gratuité et l'onérosité permettrait ainsi d'ouvrir la voie vers d'autres chemins de réflexion afin d'aboutir à une qualification plus adaptée à la réalité de ces actes « hybrides ». Toutefois, il faut rapidement se rendre à l'évidence : multiplier les différentes qualifications pose, également, un certain nombre d'inconvénients. L'ensemble des questions qui pourraient être amenées à se poser ne trouve pas nécessairement de réponse de par la seule institution d'une catégorie supplémentaire et le renversement de la classification binaire (1). En réalité, la création d'une catégorie

⁷²³ HAMEL J., *th. préc.*, p. 19.

⁷²⁴ GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s., spéc. n°19.

intermédiaire n'a, finalement, qu'un intérêt limité et entraîne une complexification excessive de l'opération de qualification (2).

a. Les interrogations en suspens

147. La gratuité intéressée : une catégorie intermédiaire à faible légitimité – La création d'une catégorie intermédiaire impose, nécessairement, de trouver un critère de distinction permettant de classer les actes dans les trois termes de la division : la gratuité, l'onérosité et, au milieu, la gratuité intéressée. À ce titre, la notion d'intérêt au contrat pourrait, *a priori*, sembler adaptée afin de distinguer les différents types d'actes et les classer dans la catégorie appropriée. Toutefois, de nombreuses conséquences pourraient découler d'un tel choix, tant sur le plan théorique que pratique (α), ce qui interroge nécessairement sur l'opportunité d'une telle solution. Mais, plus encore, l'on est bien en peine de justifier le choix d'ériger la gratuité intéressée en catégorie intermédiaire, au détriment d'une « onérosité désintéressée ». Aucun argument véritablement convaincant ne serait alors en mesure de légitimer une telle prise de position (β).

a. L'intérêt au contrat conclu à titre gratuit

148. L'intérêt au contrat : un critère suffisant pour faire basculer un acte au sein d'une catégorie intermédiaire ? – La création d'une catégorie intermédiaire entre l'onérosité et la gratuité soulève un certain nombre de questions pour lesquelles nous sommes bien en peine de formuler une réponse adaptée. Tout d'abord, on peut se demander si le fait d'avoir un intérêt au contrat conclu de prime abord à titre gratuit, suffit à le faire basculer dans la catégorie intermédiaire de la gratuité intéressée. En réalité, c'est ici la question du seuil qui vient à se poser, car instituer une catégorie intermédiaire entre gratuité et onérosité implique de savoir à quel moment l'acte gratuit ne l'est plus assez pour demeurer dans cette catégorie, sans tendre suffisamment vers l'onérosité pour intégrer cette dernière. Il convient donc de trouver un critère permettant de savoir si celui qui se dépouille en recherchant, au moins en partie, à satisfaire un intérêt personnel, agit entièrement à titre gratuit ou si son acte peut être assimilé à une gratuité intéressée. Ce n'est toutefois pas sur ce point précis que la création d'une catégorie intermédiaire poserait le plus de difficulté. En effet, au vu des précédents développements, il serait envisageable de rattacher le contrat à la catégorie intermédiaire lorsque celui qui se dépouille est en droit d'attendre une contrepartie future, certes incertaine dans son principe, mais néanmoins concevable en pratique. Tout intérêt au contrat ne permettrait donc pas

d'intégrer la catégorie de la gratuité intéressée, le simple intérêt moral, par exemple, étant insuffisant puisqu'il ne permet pas d'obtenir, par la suite, une contreprestation.

149. La considération de l'intérêt au contrat : des conséquences sur le prêt à usage conclu dans une relation d'affaires – Affirmer que la possibilité d'espérer une contrepartie future incertaine disqualifie le contrat, celui-ci ne pouvant alors plus être considéré comme conclu à titre gratuit, n'est pas neutre. Des conséquences de cette affirmation se répercutent bien au-delà des seules techniques de partage. Ainsi, admettre qu'il existe, entre l'onérosité et la gratuité, une catégorie intermédiaire devrait logiquement conduire à disqualifier le prêt à usage lorsque celui-ci est conclu dans une relation d'affaires. Ledit contrat, appelé également commodat, est la convention par laquelle l'une des parties met une chose à la disposition d'une autre pour que celle-ci s'en serve, à charge pour elle de la restituer au terme du contrat (art. 1875 C. civ.). Or, le Code civil confère au commodat un caractère essentiellement gratuit (art. 1876 C. civ.). Néanmoins, son évolution démontre qu'il est désormais régulièrement intégré à des opérations économiques plus larges où chacune des parties recherche son intérêt personnel. À ce titre, les Professeurs Collart Dutilleul et Delebecque expliquent avec justesse que « de nos jours, de nombreux prêts, tout en n'ayant bien entendu aucune contrepartie, procèdent d'une intention plus intéressée que libérale »⁷²⁵. Il faut toutefois distinguer deux cas de figure.

Tout d'abord, il existe de faux commodats : c'est l'hypothèse classique du prêt de cuve aux pompistes par les compagnies pétrolières⁷²⁶. Certes, ceux-ci disposent *a priori* gratuitement des cuves mises à leur disposition. Cependant, ces dernières étant scellées dans le sol, les pompistes se retrouveront confrontés à un obstacle de taille lorsqu'ils souhaiteront mettre un terme au contrat et changer de fournisseur. Le coût de la restitution est nécessairement dissuasif et limite, *de facto*, la liberté du distributeur. L'exigence de restitution des cuves en nature, sanctionnée sur le terrain du droit de la concurrence, a donc été abandonnée⁷²⁷. Désormais, les distributeurs souhaitant mettre fin au contrat ont l'obligation d'opérer une restitution par équivalent. Partant, ceux-ci deviennent propriétaires des cuves initialement mises à disposition

⁷²⁵ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 524, n°595.

⁷²⁶ Com. 22 juil. 1986, n°84-17646, *Bull. civ.* IV, n°183, p. 156 et n°85-13430, *Bull. civ.* IV, n°184, p. 157 ; Com. 10 févr. 1987, n°85-14458, *D.* 1988, somm. 21, obs. FERRIER D.

⁷²⁷ Cons. conc., 29 sept. 1987, n°87-D-34, *D.* 1988, somm. 295, obs. GAVALDA C. et LUCAS DE LEYSAC C. ; solution confirmée par CA Paris, 5 mai 1988, *Cie de raffinage et de distribution Total France et autre c. Fédération nationale du commerce et de l'artisanat de l'automobile* ; consacrée par Com. 18 févr. 1992, n°87-12844, *Bull. civ.* IV, n°78, p. 56, *Époux Grumbert c. Cie de raffinage et de distribution Total France*, *JCP G* 1992. II. 21897, note BÉHAR-TOUCHAIS M.

gratuitement et devant être restituées à l'expiration du prêt⁷²⁸. Ce faisant, le prêt de cuves est devenu un contrat translatif⁷²⁹. Quoi de plus orthodoxe donc que d'exclure cette première hypothèse puisque, dans ce type de contrats, la qualification de commodat relève finalement du domaine de la fiction.

En revanche, il est des hypothèses où le prêt à usage s'inscrit dans une véritable relation d'affaires⁷³⁰, et où l'on est bien en peine de déceler une quelconque intention libérale de la part du prêteur. Dans ces hypothèses, il conviendrait de caractériser la gratuité du contrat, de manière négative, en démontrant l'absence de contrepartie⁷³¹. C'est l'exemple du garagiste prêtant un véhicule de remplacement à son client pour la durée des réparations effectuées sur le sien⁷³² ; ou du supermarché qui met des chariots à disposition de ses clients⁷³³, le prêt étant notamment dicté par l'espoir du prêteur d'augmenter ses ventes et, de fait, son profit⁷³⁴. Or, si une partie de la doctrine considère que ces contrats doivent demeurer dans le giron de la gratuité en raison de l'absence de contrepartie directe à l'opération de prêt⁷³⁵, il paraît délicat d'occulter le fait que le prêteur trouve un intérêt matériel direct à l'opération, et conclut le contrat dans l'espoir d'obtenir une contrepartie future. En ce sens, le Professeur Bénabent estime que le régime lié au caractère gratuit du prêt à usage « ne se conçoit que si le contrat est lui aussi à sens unique : dès lors que le "prêteur" trouv[e] un intérêt à l'opération, ce régime ne se justifierait plus »⁷³⁶. De la même manière, les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier estiment que « dans les relations d'affaires, on ne devrait pas parler de prêt à usage, parce que le contrat

⁷²⁸ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. Précis Domat-droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 13^{ème} éd., 2019, p. 322, n°419.

⁷²⁹ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, p. 537 et 538, n°611.

⁷³⁰ BÉROS C., « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », *D.* 2013, p. 2358 ; MAURO C., « Permanence et évolution du commodat », *Défrénois* 30 septembre 2000, n°18, p. 1024.

⁷³¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 571, n°635.

⁷³² Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, n°01-16291, *Bull. civ.* I, n°235, p. 186 ; Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2012, n°11-25900.

⁷³³ V. CA Rennes, 19 déc. 1972, *RTD civ.* 1973, p. 587, obs. CORNU G. ; plus récemment V. Civ. 2^{ème}, 13 janv. 2012, n°11-11047, *Cont. Conc. Cons.* 2012, comm. 85, note LEVENEUR L.

⁷³⁴ MAURO C., *art. préc.*, p. 23.

⁷³⁵ MAURO C., *art. préc.*, p. 1024 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *op. cit.*, p. 527, n°598 ; RÉMY Ph., « Note sous TGI Paris, 26 mai 1983 », *RTD civ.* 1984, p. 121 ; rappr. Cass. Com. 28 juin 1994, n°90.15392 : *JCP G* 1995. II. 3815, obs. CABRILLAC R. et PÉTEL Ph.D. 1997 ; *contra*, V. par ex. Cass. Com. 15 septembre 2009, n°08.16504 : PUIG P., « Qualification du prêt à usage "intéressé" », *RDC* 2010, p. 141. Dans cet arrêt, la Cour de cassation, interrogée sur une question relative à la responsabilité civile, a semble-t-il approuvé le raisonnement des juges d'appel qui avaient écarté la qualification de prêt s'agissant du prêt d'une vitrine à un magasin. En effet, la Cour d'appel relève l'absence de gratuité de l'opération et considère que « l'échange de bons procédés » révélait l'existence de contreparties réciproques. En l'absence de contestation du pourvoi sur ce point, les juges de cassation n'eurent pas directement à se prononcer sur la question de la qualification du contrat en cause. Toutefois, les juges du Quai de l'Horloge, en soulignant le rejet de la qualification de prêt effectué par les juges d'appel, semblent approuver leur raisonnement sur ce point.

⁷³⁶ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. Précis Domat-droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 13^{ème} éd., 2019, p. 323, n°420.

n'y est pas vraiment gratuit »⁷³⁷. Or, le fait que le prêteur trouve un intérêt au contrat résidant dans l'espoir d'obtenir, par la suite, une contrepartie, semble constituer la définition même de cette catégorie intermédiaire que serait la gratuité intéressée.

150. La recherche d'un intérêt futur ou la disqualification de contrats conclus initialement à titre gratuit – Par conséquent, admettre que la recherche d'un intérêt futur, même incertain, fasse basculer l'acte dans la gratuité intéressée, a des conséquences sur les contrats de partage mais, plus largement, sur les contrats nommés du Code civil. Peu importe que la contrepartie espérée ne se concrétise pas si, lors de l'exécution du premier contrat, sa potentielle réalisation a été déterminante dans l'engagement de l'une des parties. Dans ce cas, continuer à qualifier le contrat en cause comme ayant été conclu à titre gratuit est, en partie, artificiel. Certes, le contrat ne prévoit pas, en lui-même, le paiement d'une contreprestation et seule l'une des parties est tenue à l'égard de l'autre. Néanmoins, la seconde n'aurait sans doute pas contracté sans l'espoir que l'engagement pris à l'égard de son cocontractant ne puisse lui être matériellement profitable. Ni vraiment gratuits ni totalement onéreux, ces contrats où l'intérêt des contractants se matérialise par l'espoir de recevoir une contrepartie future, même incertaine, illustrent parfaitement les situations que la mise en place d'une catégorie intermédiaire permettrait de prendre en compte. Toutefois, cela ouvrirait la porte à la requalification d'un certain nombre de situations contractuelles en-dehors des seuls contrats de l'économie de partage et imposerait donc une réflexion de fond sur la question. Admettre qu'une contrepartie future incertaine puisse disqualifier certains contrats conclus à titre gratuit sans pour autant aboutir à la qualification de contrat à titre onéreux, n'est donc pas sans soulever quelques difficultés. Cependant, d'autres questionnements se révèlent plus embarrassants.

β. Gratuité intéressée versus onérosité désintéressée

151. La gratuité intéressée : un choix opportun ? – Soutenir le caractère relatif de la classification binaire opposant les contrats à titre gratuit et onéreux n'est pas sans entraîner quelques contrariétés. Au-delà de la requalification potentielle d'un nombre certain de contrats répondant imparfaitement aux critères de qualifications tels qu'ils sont actuellement entendus, une autre question vient à se poser. On est, en effet, légitimement en droit de s'interroger sur l'opportunité de choisir la gratuité intéressée comme réceptacle permettant de saisir les

⁷³⁷ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 571, n°635.

différentes hypothèses hybrides évoquées. Les techniques de partage semblent naviguer tantôt vers les rivages de la gratuité, tantôt vers ceux de l'onérosité. Certes, il semble que les intentions premières des contractants fassent davantage pencher la balance du côté de la gratuité. Ainsi, l'on comprendrait que, n'épousant qu'imparfaitement les contours de cette qualification mais s'en rapprochant tout de même fortement, les contrats de partage soient orientés vers une qualification faisant ressortir leur caractéristique *a priori* dominante : la gratuité. Leurs singularités, liées notamment à la présence d'une contrepartie finale et aux intentions sous-jacentes des contractants, ne viendraient alors qu'atténuer cette caractéristique principale. Néanmoins, on pourrait également soutenir qu'une telle qualification aboutit à faire du résultat concret de l'acte, un caractère secondaire derrière les intentions principales des contractants. Il est évident que, pris isolément, chaque contrat de partage a l'aspect d'un contrat à titre gratuit, ne serait-ce qu'en raison de l'absence immédiate de contreprestation. Mais une telle analyse ne peut qu'être superficielle et trompeuse dans un contexte comme celui-ci où la continuité et la circularité des relations sont des éléments caractéristiques et essentiels au fonctionnement global de l'ensemble du système. En effet, pourquoi aboutir à une qualification mettant en avant le caractère gratuit du contrat, alors même que celui-ci est la raison d'être, la cause principale aurions-nous dit avant l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, d'un contrat futur grâce auquel le débiteur initial sera effectivement rémunéré ? Pourquoi, alors, ne pas parler d'onérosité désintéressée en mettant en évidence le résultat final de l'acte, tout en atténuant cet état de fait concret par les intentions premières des contractants ?

152. L'onérosité désintéressée : un choix plus séduisant ? – Si l'hypothèse de la gratuité intéressée ne permet pas de rendre compte, de manière satisfaisante, de la qualification adéquate aux techniques de partage, pourquoi donc ne pas se tourner vers une qualification qui, en mettant l'accent sur l'onérosité des actes, laisserait une place au désintéressement ? On pourrait alors envisager de classer les contrats de partage dans une catégorie intermédiaire dénommée « onérosité désintéressée ». Celle-ci pourrait se définir « comme une situation dans laquelle une part de générosité s'imisce dans un acte conclu à titre onéreux »⁷³⁸. Or, ce pourrait être le cas, selon le Professeur Guével, de l'économie solidaire qu'il qualifie de « frange bâtarde de l'économie, où l'on entend mêler profit et acte généreux »⁷³⁹.

Plusieurs exemples sont ainsi donnés afin d'illustrer ce phénomène consistant à mêler

⁷³⁸ GUÉVEL D., *art. préc.*, p. 229 et s. spéc. n°30.

⁷³⁹ *Ibid.*

générosité et onérosité. À ce titre, on peut citer le cas du consommateur qui accepte de payer un prix supérieur à la valeur du bien parce qu'il a été produit dans un système dit solidaire, dans un marché local, de manière éthique, *etc.* La difficulté est toutefois patente. À y regarder de plus près, les exemples donnés font état d'un sacrifice, généralement financier, consenti par l'une des parties à un contrat conclu à titre onéreux afin de satisfaire tel ou tel idéal. Celle-ci acceptera donc de payer plus cher un bien ou un service, ou de recevoir moins que la réelle valeur du bien. Mais si ces exemples démontrent effectivement que l'onérosité n'exclut pas, par principe, le désintéressement, ils constituent des hypothèses bien différentes de ce que l'on peut constater en matière de partage. En effet, la logique est toute autre et l'embarras réside dans le fait que le contractant qui se « sacrifie » n'obtient rien de manière immédiate : il ne s'agit donc pas de payer plus cher pour obtenir un bien ou une prestation, ou de vendre quelque chose à un prix inférieur à sa valeur. La relation est d'abord unilatérale, contrairement aux exemples d'onérosité désintéressée cités précédemment, et les parties agissent avant tout pour satisfaire des mobiles désintéressés⁷⁴⁰.

Néanmoins, il ne devrait pas s'agir d'un obstacle dirimant, et rien ne semble interdire de rattacher les contrats de partage à une telle catégorie intermédiaire. En effet, les exemples cités par le Professeur Guével doivent être replacés dans le contexte temporel au sein duquel l'article a été écrit. En 2009, si l'on avait effectivement conscience des modifications que subissait en profondeur l'économie, l'économie de partage n'était pas assez développée et médiatisée pour véritablement peser dans l'analyse. D'ailleurs, rappelons que la doctrine est longtemps restée sourde face à l'émergence des techniques de partage, et si quelques rares articles ont été écrits sur la question, notamment sur les systèmes d'échange locaux⁷⁴¹, seules les pratiques extrêmement médiatiques (Airbnb, Uber, *etc.*) ont, par la suite, véritablement attiré l'attention. C'est à tort croyons-nous, car les contrats de partage, contrairement aux techniques de l'économie collaborative, interrogent les frontières du Droit et amènent à réfléchir en profondeur sur l'opportunité des qualifications contractuelles du droit positif pour réduire le décalage entre le monde du droit et celui des faits. En l'espèce, il ne faut pas oublier que la

⁷⁴⁰ V. *supra*, n° 110 et s. ; *contra*, BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 38 et s., n° 49 et s.

⁷⁴¹ Sur ce point, V. not. LIBCHABER R., « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800 ; RAYMOND G., note sous TGI Foix, 6 janvier 1998, *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 65 ; RAYMOND G., note sous CA Toulouse, 17 septembre 1998, *Cont. Conc. Cons.* 1999, comm. 82 ; RAYMOND G., « Questions de droit posées par les systèmes économiques locaux (SEL ou LETS) », *Cont. Conc. Cons.* 1996, p. 1 ; plus largement, V. GUIGUET-SCHIELÉ Q., « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539 et s. ; BARDET-BLANVILLAIN A., *V° « Echange », J.-Cl. Contrats – Distribution*, 2016, fasc. 3310.

potentialité d'obtenir des prestations futures demeure un élément caractéristique de l'économie de partage. À défaut, nul besoin de passer par ce biais, la donation et autres libéralités étant *a priori* suffisantes pour saisir les actes par lesquels un disposant se dépouille sans attendre *ni recevoir* de contrepartie. Il est impossible d'occulter que la perspective de pouvoir compter sur la communauté est déterminante dans le choix de se tourner vers ce type d'économie. Si l'esprit de lucre n'est pas la finalité motrice des contractants, leurs intentions ne sont pas, pour autant, totalement pures et dénuées de toute recherche d'intérêt personnel, qu'il s'agisse du simple intérêt moral, mais également d'un intérêt plus concret : l'intérêt matériel, patrimonial.

Partant, la catégorie intermédiaire de l'onérosité désintéressée aurait pour avantage de mettre l'accent sur le résultat concret des contrats de partage, tout en prenant acte des différentes motivations, afin de distinguer ces contrats de ceux conclus classiquement à titre onéreux. Toutefois, on ne peut totalement occulter le fait que l'arbitrage entre la gratuité intéressée et l'onérosité désintéressée comporte une grande part de subjectivité. Au demeurant, aucune de ces deux catégories ne paraît entièrement satisfaisante, ce qui soulève également des interrogations quant à l'utilité de créer une qualification intermédiaire venant s'ajouter à la classification binaire opposant les contrats à titre gratuit et onéreux.

b. Une catégorie intermédiaire à l'intérêt limité

153. L'arbitrage entre gratuité intéressée et onérosité désintéressée : un choix subjectif susceptible de mettre à mal le bien-fondé d'une classification tripartite – Admettre que s'intercale, entre la catégorie des contrats conclus à titre gratuit et onéreux, une catégorie intermédiaire, impose de faire un choix entre deux possibilités : la gratuité intéressée et l'onérosité désintéressée. Or, puisque ces catégories ne sont en rien les deux faces d'une même pièce, opter pour l'une comme pour l'autre devrait se faire en fonction de critères objectifs, préalablement définis, et qui ne laissent pas de place à l'appréciation personnelle de l'interprète. Toutefois, bien que la qualification d'onérosité désintéressée semble mieux s'adapter à la réalité concrète des contrats de partage, une telle appréciation demeure teintée de subjectivité et pourrait très bien être discutée. Dès lors, arrêter la décision sur l'une de ces deux catégories n'est pas un choix complètement neutre et relève forcément d'un arbitrage personnel. Par conséquent, puisque rompre avec la binarité de la classification traditionnelle n'est pas une décision anodine, il nous paraît délicat de proposer une classification tripartite dont le fondement ne pourrait être totalement objectif. Ainsi, dans la mesure où le bien-fondé de cette proposition pourrait être remis en question, c'est plus largement l'établissement même d'une

catégorie intermédiaire qui pourrait perdre son intérêt. Mais là n'est pas la question la plus délicate : la complexification liée à l'établissement d'une catégorie intermédiaire suscite un certain nombre de réserves.

154. Une complexification excessive des qualifications contractuelles – L'idée de créer une catégorie intermédiaire entre l'onérosité et la gratuité est née, du moins en grande partie, de l'observation des techniques de partage. Dès lors, si un tel choix devait être opéré, il est certain que la catégorie nouvelle serait pensée pour répondre au mieux aux différentes caractéristiques des contrats objets de la présente étude. Certes, celle-ci aurait vocation à s'appliquer à d'autres situations. Toutefois, il serait quelque peu malhonnête d'affirmer que le but premier ne serait pas de venir saisir les particularités des contrats de partage. Cependant, un tel constat ne peut que chagriner, et ce à plusieurs égards.

Tout d'abord, la création d'une catégorie intermédiaire reviendrait, dans les faits, à créer une catégorie *ad hoc* spécifique aux contrats de partage. Que l'on se défende de l'appliquer exclusivement à ces situations change peu de choses. En effet, il n'est pas aisé de créer du Droit à partir de rien. Dès lors, pour poser les bases d'une catégorie nouvelle, il serait nécessaire de mettre en lumière les différentes similitudes entre les situations que la catégorie *ad hoc* devra saisir. En effet, comme l'explique le Professeur Bergel, pour créer une catégorie juridique, il faut pouvoir déceler des « traits communs à toutes les situations qu'elle réunit, indépendamment des différences qu'elles peuvent comporter » : « les critères distinctifs d'une catégorie doivent dessiner un modèle permettant une comparaison »⁷⁴². Mais alors, comment éviter l'écueil consistant à graver dans le marbre une classification tripartite réunissant, à ses deux extrêmes, la gratuité et l'onérosité, et entre lesquelles s'intercalerait une catégorie *ad hoc* pensée pour saisir les situations intermédiaires, mais construite sur le modèle des contrats de partage ? Admettre l'existence d'une catégorie intermédiaire revient à soumettre l'ensemble des contrats, de manière définitive, à la distinction première telle qu'elle est actuellement pensée, tout en y ajoutant simplement un correctif. Or, une telle solution ne peut être considérée comme une panacée : la catégorie intermédiaire venant corriger l'absolutisme de la classification bipartite sera nécessairement pensée au regard des impératifs du contexte économique et culturel actuel. Et s'il est vrai que la qualification *ad hoc* issue de ces réflexions permettra certainement de prendre en compte la grande majorité des techniques de partage, qu'advient-il lorsque de nouveaux modes d'échange économiques s'ajouteront à ceux saisis par la division bipartite et

⁷⁴² BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} éd, 2012, p. 240, n°182.

la catégorie *ad hoc* ? Cela conduira sans doute, et de manière quasi inévitable, à la création de nouvelles catégories *ad hoc* dès lors que la classification se retrouvera, une fois encore, dépassée par l'évolution des techniques contractuelles. Il est toutefois peu probable qu'une multiplication à outrance des catégories, en-dehors des termes de la division bipartite, soit souhaitable du point de vue de la lisibilité et de la cohérence du droit des contrats. Sur ce point, en accord avec le Professeur Bergel, il nous faut souligner que « "la maniabilité du droit" s'oppose à une multiplication excessive des rubriques qui finirait par ruiner la cohérence du système juridique et l'efficacité des catégories »⁷⁴³.

De plus, rompre avec la vision binaire du droit positif ne peut avoir uniquement un intérêt intellectuel. Une telle démarche devrait se traduire par la mise en place d'un régime juridique distinct applicable aux actes entrant dans la catégorie *ad hoc*. Néanmoins, la question se pose de savoir si la création d'un troisième régime s'ajoutant à celui prévu pour les contrats conclus à titre gratuit, et celui applicable aux contrats à titre onéreux, est pertinente. En effet, de la même manière que pour la catégorie *ad hoc* elle-même, l'évolution des techniques contractuelles conduira à la multiplication des régimes intermédiaires. Si la catégorie ne permet plus de saisir correctement l'ensemble des particularités inhérentes aux formes contractuelles nouvelles, et que celles-ci ne peuvent s'intégrer aux termes de la division binaire, la création d'une catégorie *ad hoc* originale entraînera, de fait, la mise en place d'un régime juridique inédit, ceux-ci pouvant alors se multiplier à l'infini.

155. La nécessité d'une réflexion plus profonde sur la pertinence des termes de la classification bipartite – Créer une catégorie intermédiaire pour saisir les techniques de partage ouvrirait donc la voix à une multiplication des classifications et des régimes juridiques afférents. Une telle solution n'est certainement ni souhaitable, ni nécessaire. En effet, rien ne semble interdire une lecture nouvelle de la classification bipartite permettant à la dichotomie opposant la gratuité à l'onérosité, de rendre compte des techniques contractuelles classiques, mais également des contrats de partage. Repenser les termes de la division eux-mêmes permettrait d'éviter l'écueil méthodologique que représenterait la mise en place d'une classification tripartite. En ce sens, plusieurs auteurs se sont fermement opposés à la remise en cause des classifications bipartites. Selon le Professeur Bergel, « les distinctions juridiques sont fondamentalement bipartites », tandis que « les classifications tripartites ou multipartites procèdent d'une erreur de méthode dans le choix des critères de détermination des

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 238.

catégories »⁷⁴⁴. De la même manière, Monsieur Ray, dans sa thèse de doctorat consacrée à l'étude de la structure du Code civil, affirme que la division est parfaite lorsqu'elle est formulée « comme une dichotomie, les deux espèces se distinguant au sein du genre par l'affirmation et la négation d'un caractère »⁷⁴⁵. Le Professeur Eisenmann quant à lui expliquait qu'à « un même degré ou étage, la distinction des divers termes des classifications doit être fonction d'un seul et même trait ; il n'est pas admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite »⁷⁴⁶.

Le but premier de la présente étude n'est pas de créer une qualification et un régime juridique spécifique aux contrats de partage, mais de réfléchir à la pertinence des classifications contractuelles héritées du Code civil de 1804 pour saisir l'ensemble des pratiques contractuelles contemporaines. Par conséquent, s'agissant de la difficulté liée à la qualification des présents contrats, il pourrait être judicieux de s'intéresser directement à la pertinence de la distinction opposant l'onérosité et la gratuité. En effet, l'étude de l'économie de partage permet de mettre en lumière l'inadaptation croissante des classifications contractuelles. Dès lors, plutôt que d'ouvrir la voie à une multiplication infinie des qualifications et régimes juridiques, il faudrait reconnaître la relativité de la distinction susvisée.

B. La relativité du titre gratuit et onéreux

156. La nécessaire mutabilité des catégories juridiques – « La flexibilité des catégories juridiques est la condition de leur adaptation à l'évolution sociale. Sans cesse, surgissent des situations nouvelles, des rapports juridiques nouveaux, des biens nouveaux, des techniques nouvelles... Le droit doit les absorber dans l'ordre juridique existant grâce aux institutions établies, parfois en les corrigeant ou en les complétant »⁷⁴⁷. C'est en ces termes que déjà en 1966, le Professeur Eisenmann plaidait contre la vision rigide des qualifications, et insistait sur la nécessité de repenser les cadres du droit positif lorsque ceux-ci se déconnectent des réalités pratiques en constante mutation. À ce titre, il expliquait que « la pression des faits et les orientations nouvelles du droit peuvent conduire à repenser les catégories établies. Celles-ci ne sont pas immuables, et un certain déplacement des critères de distinction peut s'imposer »⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 242, n°183.

⁷⁴⁵ RAY J., *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Th. Paris, 1926, p. 225.

⁷⁴⁶ EISENMANN Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridiques », *Arch. phil. dr.*, 1966, p. 25 et s. spéc. n°16.

⁷⁴⁷ BERGEL J.-L., *op. cit.*, p. 242, n°186.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 243, n°187.

Dès lors, il n'est peut-être pas nécessaire de rejeter la distinction opposant la gratuité à l'onérosité. Certes, l'étude des techniques de partage démontre une certaine inadaptation aux réalités pratiques. Toutefois, cette distinction continue de fonctionner dans de nombreux cas et rien ne commande véritablement à ce qu'elle soit abandonnée ou transformée en distinction tripartite. Admettre une conception tempérée de la classification pourrait permettre de saisir, de manière générale, les contrats de partage mais également toute nouvelle technique contractuelle.

Pour ce faire, il faut ouvrir le champ d'application de l'une des qualifications. Or, pour que l'une des catégories de la classification puisse saisir de nouveaux phénomènes, et veiller dès lors à ce que la distinction du droit positif ne devienne pas désuète, l'autre doit être limitative : « il faut que, dans chaque classification, si l'une des catégories est limitative, l'autre soit résiduelle »⁷⁴⁹. Plus précisément, le principe correspondra à la catégorie résiduelle lorsque l'exception renverra à la catégorie limitative : en la matière, la gratuité a plutôt vocation à demeurer l'exception (1), lorsque l'onérosité semble avoir l'étoffe du principe (2).

1. La gratuité : une catégorie limitative

157. La nécessaire distinction entre la recherche d'un intérêt moral et matériel – La gratuité a vraisemblablement vocation à demeurer l'exception dans une société marchande où l'économie capitaliste est devenue la règle. Certes, l'étude de l'économie de partage révèle des mutations dans les comportements des individus qui se désintéressent, dans une certaine mesure, des rapports contractuels onéreux pour se tourner vers de nouveaux modes de consommation faisant place à un certain désintéressement. Toutefois, aucun comportement n'est totalement désintéressé. Comme l'affirme ainsi clairement le Professeur Guével, « la gratuité n'est pas incompatible avec l'intérêt »⁷⁵⁰. Cela n'a rien de surprenant car, d'une manière ou d'une autre, l'on pourra toujours déceler l'existence d'une contrepartie, que l'acte soit conclu à titre gratuit ou onéreux. En revanche, il ne peut y avoir de contrepartie matérielle dans un acte à titre gratuit: le cocontractant qui agit ainsi ne recevra rien en échange de sa prestation, si ce n'est la satisfaction morale d'avoir contribué au bien d'autrui. Le Doyen Hamel ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait qu'« aucun homme ne saurait se résoudre à une action s'il n'espère n'en retirer un profit, profit matériel ou profit moral. Désir de s'enrichir, ardeur à

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 243, n°186.

⁷⁵⁰ GUÉVEL D., « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229 et s., n°11. V. *supra*, n°144 et 145.

satisfaire certains goûts artistiques, soif d'honneurs et d'ambitions réalisées, volonté d'apaiser certains besoins intimes d'affection ou de bienfaisance, dévouement à certaines idées, recherche d'un idéal ou culte d'un devoir moral, tous ces motifs d'action tendent à procurer aux hommes qui agissent certaines satisfactions ; et si ces satisfactions ne correspondaient pas à l'effort fourni par eux, s'il ne se trouvait aucune équivalence entre la jouissance obtenue et le sacrifice consenti, si le prix ne compensait pas les dangers courus et les fatigues subies, combien peu de lutteurs consentiraient à descendre dans l'arène ! »⁷⁵¹. Il faut alors se demander si tout intérêt, matériel ou moral, est compatible avec la notion juridique de gratuité. En réalité, si celle-ci ne se réduit pas à l'altruisme et peut, de fait, coexister avec la recherche d'un intérêt moral (a), il en va différemment de la recherche d'un intérêt matériel qui semble exclure la qualification de contrats conclus à titre gratuit (b).

a. *Le refus d'assimiler « gratuité » et « altruisme »*

158. La tentation première : l'assimilation de la gratuité à l'altruisme – L'altruisme se définit par opposition à l'égoïsme comme la « disposition à s'intéresser et à se dévouer à autrui »⁷⁵² ou le « souci désintéressé du bien d'autrui »⁷⁵³. Un acte altruiste serait alors caractérisé par deux aspects : une « dimension individuelle » ainsi que « la prise en considération essentielle, par l'auteur de l'acte, du bien-être de l'autre et partant par l'effacement, conscient du moins, de son propre intérêt »⁷⁵⁴. De prime abord, il serait donc tentant d'assimiler altruisme et gratuité puisque l'acte à titre gratuit impose la présence d'une intention libérale, c'est-à-dire de « l'intention de procurer à autrui un avantage sans contrepartie »⁷⁵⁵. *A priori*, il y aurait ainsi certains recouvrements entre ces deux notions, la gratuité paraissant impliquer l'altruisme : puisque celui qui agit à titre gratuit a l'intention de ne pas recevoir de contrepartie, il semble effectivement qu'il recherche le bien d'autrui, et ce de manière désintéressée. Un tel comportement paraît bien éloigné d'une attitude égoïste qui commanderait, au contraire, que celui qui se dépouille réclame un paiement en compensation de sa prestation.

⁷⁵¹ HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, p. 16 et 17.

⁷⁵² REY-DEBOVE J. et REY A., « Altruisme », *Le Petit Robert de la langue française*, 2014, p. 55.

⁷⁵³ *Dictionnaire de la langue française Larousse*, V° « Altruisme ». Disponible à l'adresse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/altruisme/2592>.

⁷⁵⁴ LEVERBE E., *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003, p. 6, n°7.

⁷⁵⁵ CORNU G. (dir.), V° « Intention libérale », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 557.

159. La nécessité de distinguer la gratuité de l'altruisme⁷⁵⁶ – Le Professeur Vialleton écrivait sans détour que « la nature humaine est ainsi faite que le désintéressement absolu, total, l'absence de toute arrière-pensée de quelque nature que ce soit, sont pour ainsi dire incompatibles avec la norme de son activité »⁷⁵⁷. Sans se laisser aller à autant de cynisme, il faut tout de même reconnaître que le contractant qui agit à titre gratuit au sens juridique du terme, n'est pas pour autant dénué de tout intérêt⁷⁵⁸. Faudrait-il alors se laisser aller à penser, avec Pascal, que la gratuité, sous couvert de charité, de générosité ou d'altruisme, ne serait finalement qu'un faux semblant car, comme le disait le philosophe, « rien n'est si semblable à la charité que la cupidité, et rien n'y est si contraire »⁷⁵⁹ ? Ou ne devrait-on pas, au contraire, choisir une voie plus mesurée et admettre qu'un contractant puisse conclure un acte à titre gratuit tout en cherchant à satisfaire également, ou en premier lieu, un intérêt plus égoïste ?

On pressent bien qu'il est impossible de faire entièrement coïncider l'altruisme et la notion juridique de gratuité, ne serait-ce qu'en raison de la dualité de nature entre ces deux concepts, l'altruisme étant une notion morale lorsque la gratuité est une notion juridique⁷⁶⁰. Si certains auteurs reconnaissent que « le droit positif imprime au contrat gratuit une direction moralisante »⁷⁶¹, ils ajoutent aussitôt qu'il convient de se garder d'assimiler l'altruisme et la gratuité. Comme l'exprime le Professeur Collart Dutilleul, « chacun sent bien que tout ce qui est gratuit n'est pas altruiste, et réciproquement d'ailleurs ». Certes, derrière la gratuité, l'on peut retrouver des valeurs comme la bienveillance ou la bienfaisance et il se peut que la partie qui se dépouille le fasse simplement par un pur sentiment de générosité. En cela, la gratuité a effectivement des points communs avec l'altruisme. En revanche, il nous faut effectivement reconnaître que toute personne qui s'engage à titre gratuit n'agit pas, nécessairement, de manière totalement désintéressée. Ce constat paraît d'autant plus vérifié en matière d'économie de partage où l'on est bien en peine de déceler la présence d'un véritable altruisme pur⁷⁶².

⁷⁵⁶ De manière générale, sur la nécessité de distinguer altruisme et gratuité, V. BÉNILSI S., *Essai sur la gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006, p. 125 et s., n°209 et s. Jacques Michel écrit clairement que « la gratuité ne se fonde pas sur l'altruisme » : MICHEL J., *Gratuité en droit romain*, coll. Études d'histoires et d'ethnologie juridiques, ULB, 1962, p. 584 et s., n°937 et s. Pour une étude générale de l'altruisme en droit civil voir LEVERBE E., *th. préc.*

⁷⁵⁷ VIALLETON, note sous Cass. Civ., 24 janv. 1928, S. 1929. I. 137.

⁷⁵⁸ BÉNOS C., « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », *D.* 2013, p. 2358.

⁷⁵⁹ PASCAL, *Pensées*, tome 3, Hachette et Cie, 1904, Section X – 663, p.99.

⁷⁶⁰ BÉNILSI S., *th. préc.*, p. 148, n°249.

⁷⁶¹ COLLART DUTILLEUL F., « Gratuité et droit des contrats », in *Mélanges B. Lewaszkiewicz-Petryłowska*, Univ. de Lodz, 1997, p. 7 et s., spéc. p. 10.

⁷⁶² Sur ce point, V. *supra*, n°132 et s.

160. Gratuité et intérêt moral : une possible coexistence – Bien que ce point ne soit pas réellement sujet à controverse, malgré quelques opinions dissidentes, il semble nécessaire d'admettre que la recherche d'un intérêt moral ne contrevient en rien à la qualification gratuite d'un acte juridique⁷⁶³. Puisqu'il est difficile, voire impossible, de trouver un acte à titre gratuit où le contractant qui se dépouille est seulement animé par un sentiment altruiste, il faut accepter qu'un contrat puisse être conclu à titre gratuit lorsqu'un contractant est animé par un intérêt moral purement égoïste. En la matière, l'intention libérale permettant de caractériser le titre gratuit est effectivement distincte de l'altruisme et, partant, doit se concevoir de manière objective : l'intérêt moral au contrat ne suffit pas à caractériser l'onérosité. Sur ce point, les conclusions précédemment établies ne doivent pas être remises en cause⁷⁶⁴. Par conséquent, les contrats de partage dans lesquels les parties agissent pour satisfaire des idéaux comme la solidarité, l'entraide, la volonté de recréer du lien social, *etc.*, semblent, à ce stade, devoir demeurer dans le giron de la gratuité. En revanche, si la question sur ce point n'appelle pas de développements supplémentaires, et semble conforme à la vision relativement majoritaire en doctrine, la difficulté est tout autre lorsque les motivations des parties ne sont plus uniquement intéressées d'un point de vue strictement moral.

b. La délicate cohabitation entre gratuité et intérêt matériel

161. Quid de la recherche d'un intérêt matériel ? – L'acte à titre gratuit existe. Et, l'on pourra sans doute toujours identifier, chez les cocontractants, la volonté de satisfaire un intérêt moral, peu importe qu'il s'agisse simplement du bien-être que l'on peut ressentir après avoir accompli un acte qui ne nous profite pas matériellement. Mais s'il faut exclure l'avantage moral de la notion de contrepartie nécessaire à la qualification d'un acte à titre onéreux, une telle conclusion n'est pas suffisante pour épuiser la question de la compatibilité entre la gratuité et l'intérêt. En ce sens, il ne fait effectivement aucun doute que des actes comme la donation, le legs, ou tout autre forme de contrats classiquement subsumés sous la catégorie des actes à titre gratuit, relèvent effectivement de cette qualification. En revanche, se pose toujours la question de savoir si le contrat peut continuer à être qualifié de la sorte lorsque l'altruisme n'est pas total, non du point de vue moral, mais sur le plan matériel.

⁷⁶³ Il est toutefois arrivé que la Cour de cassation admette que la satisfaction morale et religieuse écarte l'intention libérale. V. Civ. 1ère, 1er mars 1988, *préc.* ; BÉHAR-TOUCHAIS M., *JCP G* 1989, II, 21373.

⁷⁶⁴ V. *supra*, n°71.

162. Les difficultés à admettre la coexistence de la gratuité avec un intérêt matériel –

Certes, nous ne pouvons qu'être d'accord avec le Doyen Hamel lorsque celui-ci affirme qu'« il est faux de prétendre que les avantages matériels, appréciables en argent, so[nt] les seuls auxquels les hommes attachent du prix »⁷⁶⁵. Toutefois, si la gratuité n'implique pas nécessairement une action dénuée de toutes arrières pensées intéressées, cela ne vaut que pour la recherche d'un intérêt moral. Or, en matière de partage, nous avons démontré que si l'intérêt immédiat des contractants semble désintéressé, la potentialité d'obtenir une contreprestation future grâce à l'épargne de prestations fait partie intégrante des motivations des contractants. Qu'il ne s'agisse pas nécessaire de l'intérêt principal ne modifie en rien la difficulté représentée par l'existence d'un tel intérêt sur le plan de la qualification juridique des contrats. En effet, comment concilier la nature *a priori* gratuite de ces contrats avec la recherche, par les parties, de leur propre intérêt matériel ? Faudrait-il, alors, effectuer une distinction en fonction de l'importance accordée à l'intérêt matériel par rapport à l'intention libérale, et convenir que les contrats demeurent conclus à titre gratuit si ladite intention l'emporte sur la recherche du profit ?

Mais comment déterminer le seuil à partir duquel l'intention libérale sera suffisamment importante pour permettre de conserver la qualification de contrat conclu à titre gratuit ? Le critère de l'intensité du désir de gratifier autrui ayant été rejeté sur la base de ces mêmes objections⁷⁶⁶, l'on ne peut, une fois encore, admettre une distinction fondée sur un tel caractère discriminant. Au demeurant, la question se poserait de savoir comment quantifier l'importance respective de l'intention libérale et de la recherche d'un intérêt matériel, les deux notions étant fondamentalement abstraites. On s'interrogerait, enfin, sur la justification théorique permettant d'affirmer que la volonté des parties de satisfaire un intérêt matériel ne soit prise en compte qu'à condition d'être le but premier et déterminant de l'engagement des parties.

Josserand lui-même expliquait, dans un développement relatif à « la complexité et la relativité des notions de titre gratuit et de titre onéreux »⁷⁶⁷, que si ces deux notions ne sont pas étanches, il faut toutefois refuser la qualification gratuite lorsque « l'auteur de l'acte a agi dans son propre intérêt »⁷⁶⁸. Reste toutefois à déterminer ce que l'éminent juriste entend classer sous le vocable d'« intérêt ». Ce dernier aborde la question tout en évoquant plusieurs cas dans

⁷⁶⁵ HAMEL J., *th. préc.*, p. 17.

⁷⁶⁶ Sur ce point, V. *supra*, n°114.

⁷⁶⁷ JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, coll. Essais de téléologie juridique, Dalloz, 1928, p. 320 et s, n°257 et s.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 329, n°261.

lesquels le but poursuivi par les parties permet d'exclure la gratuité. Il cite, par exemple, le cas du créancier qui consent une remise à son débiteur commerçant en faillite : celle-ci ne doit pas être considérée comme un acte à titre gratuit, puisqu'elle « procède, non pas d'un sentiment de libéralité, mais d'un mobile intéressé : son auteur s'est proposé, non d'être agréable [à son débiteur], mais de tirer le meilleur parti possible d'une situation critique en faisant la part du feu ; c'est à une opération de consolidation qu'il a entendu procéder, et non à un cadeau »⁷⁶⁹. De la même manière, la renonciation d'un propriétaire à son droit de mitoyenneté sur un mur ne peut être considérée comme gratuite lorsqu'elle s'explique par la volonté d'échapper aux frais de réparation de la clôture⁷⁷⁰.

Par conséquent, au vu des différents exemples cités, il semble possible de déduire que l'intérêt dont il est ici question est un intérêt matériel, Josserand n'ayant visiblement évoqué que des hypothèses où celui qui pourrait sembler agir à titre gratuit, tire un avantage concret de l'opération. Dans ces hypothèses, et en reprenant les mots de l'auteur, « le titre gratuit ne trouve plus la moindre fissure par où s'insinuer »⁷⁷¹ : « pas de libéralité sans intention libérale, et pas d'intention libérale sans mobiles propulseurs adéquats »⁷⁷². Dès l'instant où les parties n'ont pas uniquement agi pour gratifier autrui sans attendre de contrepartie matérielle, la gratuité doit être écartée, qu'importe par ailleurs la satisfaction personnelle que cette action peut avoir sur le plan moral : la recherche d'un intérêt matériel paraît incompatible avec la gratuité. Dès lors, puisque les actes mus par un intérêt matériel, ne serait-ce que secondaire, ne peuvent se rattacher à la catégorie des actes à titre gratuit⁷⁷³, il convient de les faire basculer dans la catégorie résiduelle : celle des actes à titre onéreux.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 328.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 329.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² *Ibid.*, p. 375.

⁷⁷³ Dans le même sens, V. BERGEMAN N., « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *Revue juridique de l'Ouest* 2010, n°4, p. 443 et s., spéc. p. 465 : « S'il n'est ainsi nulle part précisé que les parties ont agi dans un intérêt égoïste – laissant même supposer le contraire –, le seul fait qu'un quelconque intérêt personnel puisse entrer en concurrence avec l'intérêt moral suffit à disqualifier l'acte. Ce qui, en définitive, empêche la reconnaissance d'un contrat de services gratuits ce n'est pas la simple gratuité réelle ou présumée – elle ne fait en réalité qu'influencer la nature du contrat –, mais l'entrée en concurrence avec l'intérêt moral d'un intérêt personnel. La qualification de contrat de bienfaisance exclut toute poursuite d'un intérêt qui serait autre que purement moral : le serviteur bénévole est d'abord celui qui agit avec l'intention libérale de procurer au bénéficiaire un avantage ».

2. L'onérosité : une catégorie résiduelle

163. La prévalence de l'onérosité sur la gratuité : un principe hérité des rédacteurs de 1804 – Si la classification opposant les contrats conclus à titre gratuit et onéreux ne peut être divisée qu'en deux termes, comme le préconisaient déjà les rédacteurs du Code civil en prenant soin de souligner, sur ce point, le rejet des distinctions établies par le droit romain⁷⁷⁴, les contrats ne pouvant intégrer la catégorie des actes conclus à titre gratuit doivent dès lors relever du second terme de la division. L'onérosité est ainsi la catégorie résiduelle ayant vocation à accueillir l'ensemble des contrats qui ne peuvent être considérés comme conclus à titre gratuit. Cela se comprend aisément si l'on s'accorde à penser que, dans nos sociétés et dans les rapports contractuels qui s'y nouent, les contrats conclus à titre gratuit n'ont pas vocation à devenir la règle et demeurent, par conséquent, l'exception au principe : l'onérosité. Il ne faut pas chercher bien loin les justifications d'une telle affirmation. Tout d'abord, à la lecture des travaux préparatoires⁷⁷⁵, il semble que si les rédacteurs n'ont pas exclu la possibilité de conclure des contrats de bienfaisance, ils ne sont pas allés jusqu'à les ériger en principe. Assez peu de développements sont consacrés à l'article 1105 ancien du Code civil qui définissait alors ces contrats. Certains observateurs avisés ont d'ailleurs souligné le caractère « bourgeois » du Code de 1804 : « pour les rédacteurs de l'époque, il n'existe pas de vraie libéralité, de générosité vraiment désintéressée »⁷⁷⁶. En effet, les codificateurs œuvrèrent dans une époque troublée par les années révolutionnaires et où régnait un certain pessimisme⁷⁷⁷ sur la nature humaine,

⁷⁷⁴ FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII., 1827, p. 222 : « 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 connaître 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 ».

⁷⁷⁵ Le Professeur Martin regrettait que les travaux préparatoires soient aussi peu étudiés au regard de leur importance dans la compréhension du Droit. Il expliquait ainsi qu'en « négligeant [...] les Travaux préparatoires du Code civil comme source rétrospective », l'on « provoque [...] une sensible défiguration historique du Code lui-même » : MARTIN X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *RHFD* 1982, p. 87 et s., spéc. p. 102 et 103.

⁷⁷⁶ BERGEMAN N., *art. préc.*, n°4, p. 447 ; En ce sens « tout acte où l'on supposerait spontanément une part au moins d'altruisme est pas essence suspect : l'auteur ne peut être animé que par son propre intérêt ou, si celui-ci n'est pas clairement décelable, par d'autres visées alors plus tortueuses, et à la limite de la folie » : MARTIN X., « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Rev. Hist. De Dr. Français et étranger*, 1982, p. 589, spéc. p. 594.

⁷⁷⁷ En « rupture avec les illusions de l'optimisme révolutionnaire », les codificateurs ont visiblement fait preuve d'un « pessimisme excessif » : MARTIN X., « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Rev. Hist. De Dr. Français et étranger* 1982, p. 589 et s., spéc. p. 598. Ainsi, à titre d'exemple, le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1382 anc. C. civ. ; art. 1240 nouv.) ne devrait pas être expliqué par des raisons cherchées « du côté de l'optimisme sur la nature humaine » mais, au contraire, « sur le versant pessimiste : l'individu n'y survient [...], que comme danger, gêneur en puissance, dont l'harmonie sociale, ce dessein alors obsessionnel, exige tout bonnement l'assujettissement préventif à la réparation des torts qu'il causerait » : MARTIN X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *RHFD* 1982, p. 87 et s., spéc. p. 116 ; BERGEMAN N., *art. préc.*, spéc. p. 446 et s.

l'Homme étant un être « a-social, voire in-sociable »⁷⁷⁸. La lecture des travaux préparatoires au Code civil apporte un certain nombre d'illustrations. Rappelons ainsi les mots du ministre de la justice A.-J. Abrial qui s'exprimait en ces termes : « les hommes sont naturellement égoïstes ; ils sont froids pour les affaires d'autrui »⁷⁷⁹, ou ceux de Portalis qui, dans son célèbre Discours préliminaire, expliquait que « l'argent est le signe de toutes les valeurs ; il procure tout ce qui donne des profits ou des fruits »⁷⁸⁰. Il semble ainsi que la gratuité, et ce qu'elle implique de générosité dans les comportements humains, fût regardée, par les codificateurs, avec une certaine méfiance voire, parfois, une véritable défiance. Peu de contrats furent alors considérés comme relevant du domaine des actes à titre gratuit. Nous pouvons citer le prêt de consommation que les rédacteurs du Code ont expressément prévu comme pouvant être conclu à titre gratuit⁷⁸¹, le prêt à usage, le dépôt⁷⁸² ou encore le mandat dont le caractère gratuit a été directement formulé dans la lettre de l'article 1986 du Code civil⁷⁸³. Au-delà de ces quelques contrats, les libéralités ont, quant à elles, été appréhendées avec une grande sévérité et ont été strictement encadrées⁷⁸⁴. Et ce n'est pas l'évolution des sociétés modernes qui pourrait venir contredire ce mouvement. Comme le remarque Monsieur Bergeman, l'on constate « la montée [...] de l'individualisme particulariste et possessif », autrement dit de l'idée que « l'individu ne doit rien à la société » et de la prépondérance de « l'idéologie de l'accumulation capitaliste qui ne voit dans la société qu'un vaste marché compétitif où les individus se rencontrent les uns les autres au travers de relations qui n'ont pour finalité que l'échange et l'accumulation de biens »⁷⁸⁵. En 1936, Josserand constatait lui aussi le « déclin du titre gratuit » en commençant sa démonstration par l'affirmation selon laquelle « les rapports du titre gratuit et du titre onéreux sont particulièrement symptomatiques de l'état d'une civilisation, dans un pays et à un moment donné ; ils caractérisent sûrement l'esprit d'une époque, la moralité d'une communauté

⁷⁷⁸ MARTIN X., « Les fondements politiques du Code Napoléon », *RTD Civ.* 2003, p. 247 et s. ; MARTIN X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *art. préc.*, spéc. p. 117 : c'est une vue pessimiste qui se dégage des Travaux préparatoires où l'être humain est vu comme « chargé de défauts et de faiblesses ».

⁷⁷⁹ FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX., Paris, 1827, p. 272.

⁷⁸⁰ FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I., Paris, 1827, p. 510.

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 90, 155 et 517.

⁷⁸³ Josserand fera d'ailleurs remarquer que ces contrats, initialement construits sur le « type gratuit, ont accusé progressivement une réceptivité marquée pour le titre onéreux ». Il précise sa pensée en expliquant que « le désintéressement a fait place, pratiquement, à l'esprit de spéculation, ou du moins, à l'esprit d'échange, au sens le plus large du mot » JOSSERAND L., « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », in *Evolutions et actualités, Conf. de droit civil*, Sirey, 1936, p. 135 et s. spéc. p.146 et 147.

⁷⁸⁴ MALAURIE Ph. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, coll. Droit civil, LGDJ, 9^{ème} éd., 2020, p. 184 et s., spéc. n°225, p. 186 et 187 ; MARTIN X., « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *art. préc.*, spéc. p. 594.

⁷⁸⁵ BERGEMAN N., *art. préc.*, spéc. p. 448.

humaine »⁷⁸⁶. L'onérosité prend ainsi vraisemblablement le pas sur la gratuité⁷⁸⁷, et ce mouvement n'a fait que s'amplifier depuis la rédaction du Code civil, malgré les quelques évolutions que l'on rencontre depuis un peu plus d'une décennie visant à remettre en cause la toute-puissance de l'économie de marché, et à redonner une place plus importante aux échanges désintéressés. Partant, dans un système où la gratuité demeure secondaire par rapport à l'onérosité, il n'est pas surprenant que cette dernière soit considérée comme la règle, lorsque la seconde ne revêt que la valeur d'une exception. Ainsi, seule la démonstration du caractère gratuit d'un acte pourra le faire basculer dans la catégorie limitative que représente la qualification d'actes conclus à titre gratuit. Lorsque cette démonstration s'avère impossible, ou que les preuves du caractère gratuit sont insuffisantes, il conviendra alors de se tourner vers la catégorie résiduelle et, de fait, vers la qualification d'actes conclus à titre onéreux.

164. La rémunération : un critère omnipotent ? – Certains auteurs semblent néanmoins faire de l'onérosité, la catégorie limitative, lorsque la gratuité serait quant à elle la catégorie résiduelle. Monsieur Bénilsy établit ainsi la rémunération comme seul critère de distinction permettant de tracer la frontière entre le titre gratuit et onéreux⁷⁸⁸. Il explique que les contrats sont onéreux dès l'instant où le prestataire est rémunéré, et qu'il faut considérer « *a contrario*, que tous les autres contrats, c'est-à-dire tous ceux dans lesquels le prestataire n'est pas rémunéré, sont gratuits, indépendamment des mobiles poursuivis par l'acteur »⁷⁸⁹. À première vue, un tel constat pourrait paraître admissible.

Il ne semble pourtant pas opportun de faire de la rémunération l'unique critère de partage entre ces deux catégories d'actes, afin d'éviter une inversion entre le principe et l'exception : l'onérosité doit demeurer la qualification résiduelle et ne pas se transformer en qualification balai permettant de saisir les différentes techniques contractuelles nouvelles qui ne cadreraient pas nécessairement avec la vision classique de la distinction bipartite. Au demeurant, en matière de partage, le choix d'instaurer la rémunération comme unique critère discriminant poserait une question fondamentale : le versement de cette dernière par un tiers permettrait-il d'apposer à l'acte, la qualité de contrat à titre onéreux ? À en croire Monsieur Bénilsy, seul le paiement effectué par le créancier de la prestation à son débiteur, lui-même créancier de la rémunération,

⁷⁸⁶ JOSSERAND L., « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », *art. préc.*, p. 135.

⁷⁸⁷ Sur la faiblesse du titre gratuit par rapport au titre onéreux, V. FOUBERT A., *Le don en droit*, Th. Paris II, 2006, p. 1 et s., n°1 et s.

⁷⁸⁸ BÉNILSI S., *Essai sur la gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006, p. 99 et s., n°166 et s.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 101, n°169.

devrait être pris en considération. Mais cette solution n'est que peu satisfaisante en l'espèce puisque, si le débiteur initial est effectivement rémunéré, le paiement n'est pas le fait de son premier cocontractant. Par conséquent, si l'on souhaite effectivement vérifier l'existence d'une rémunération, il semble nécessaire d'envisager l'opération contractuelle dans son ensemble, c'est-à-dire en tenant compte du premier rapport contractuel et de ceux qui naîtront par la suite et n'auront de raison d'être qu'autant que le premier aura donné naissance à une créance à éteindre. On pressent déjà que les contrats de partage mettent l'accent sur la nécessité d'élargir la vision du contrat ou, du moins, de la relation contractuelle : l'appréciation isolée de chaque contrat aboutit à un résultat insatisfaisant en ce qu'il fait abstraction du résultat concret de l'opération économique voulue par les parties⁷⁹⁰.

Un lien pourrait être établi avec la proposition précédemment mentionnée, de ne pas chercher le critère de distinction dans l'avantage retiré, et donc notamment dans la rémunération, mais en vérifiant l'existence, ou l'absence, d'une créance juridiquement sanctionnée⁷⁹¹. En ce sens, le Professeur Hamel expliquait qu'un acte serait à titre onéreux toutes les fois que, en échange de l'obligation consentie, naîtrait au profit de l'obligé une créance juridiquement sanctionnée par une action en justice ; sinon, lorsque le droit sanctionnateur n'intervient pas pour procurer à l'obligé l'avantage correspondant à son obligation, l'acte est à titre gratuit⁷⁹². Monsieur Michel ne disait pas autre chose lorsqu'il expliquait que dans les contrats à titre gratuit, la contrepartie « [n']est jamais obligatoire en droit »⁷⁹³. Certes, le Professeur Hamel relativise rapidement cette proposition en expliquant qu'à suivre cette idée, les libéralités avec charges devraient être considérées comme des actes à titre onéreux puisque le disposant bénéficie d'une action directe pour faire exécuter les charges imposées⁷⁹⁴. Toutefois, en ce que l'on peut s'interroger sur la pertinence de la qualification gratuite de ces actes⁷⁹⁵, l'objection ne paraît pas insurmontable. Or, ne serait-on pas dans un cas relativement similaire lorsque, dans un contrat de partage, le bénéficiaire d'une créance obtenue après la réalisation d'une prestation pour un membre quelconque de la communauté, est en droit de demander, à n'importe quel autre membre, l'exécution d'une prestation dont la valeur correspondrait à celle de sa créance ? La créance née au profit du

⁷⁹⁰ V. *infra*, n°207.

⁷⁹¹ Sur ce point V. *supra*, n°134.

⁷⁹² HAMEL J., *th. préc.*, p. 19.

⁷⁹³ MICHEL J., *Gratuité en droit romain*, coll. Études d'histoires et d'ethnologie juridiques, ULB, 1962, p. 586, n°940 ; V. *supra*, n°137.

⁷⁹⁴ HAMEL J., *th. préc.*, p. 20.

⁷⁹⁵ Sur ce point, V. *infra*, n°218.

débiteur initial lui permettra alors d'obtenir un bien ou une prestation, au besoin en recourant aux dispositifs mis en place par les communautés pour solutionner les litiges et assurer le paiement effectif des créances⁷⁹⁶. En la matière, l'argument selon lequel l'onérosité se distingue de la gratuité par l'existence d'une créance juridiquement sanctionnée, prend une certaine acuité.

165. Onérosité et désintéressement : une coexistence illustrée par les épiceries solidaires –

Les épiceries solidaires⁷⁹⁷ sont un exemple parlant pour illustrer la manière dont peuvent s'entremêler le désintéressement et un système marchand. Celles-ci se présentent « comme un commerce de proximité classique », selon la description de l'association nationale de développement des épiceries solidaires (ANDES), où un public, en difficulté financière et sociale, peut acheter des produits d'alimentation variés moyennant une participation allant généralement de 10 à 30% du prix usuel. Chaque personne paie alors en fonction de ses moyens, la seule condition étant le versement d'un prix, même symbolique. Ces épiceries fonctionnent sur un système de ventes, et rejettent la pratique du don, afin de lutter contre « l'humiliation » que peut représenter le fait de ne pas pouvoir nourrir sa famille, et l'exclusion économique qui en découle⁷⁹⁸. Comme l'explique le site internet de l'ANDES, « le principe des épiceries [solidaires] [...] est de lutter contre l'exclusion sans favoriser l'assistanat, de respecter la liberté des personnes et de promouvoir leur insertion durable ».

Les contrats passés dans le cadre de ces épiceries sont, à n'en pas douter, des contrats conclus à titre onéreux, puisque celles-ci fonctionnent sur le principe de la vente, archétype du contrat de l'article 1107 alinéa 1 du Code civil. Chaque partie s'engage donc réciproquement envers l'autre, l'une à payer un prix, et l'autre à transférer la propriété d'un produit, conformément à la définition du contrat de vente de l'article 1582 du même Code. Toutefois, si l'épicerie reçoit un paiement en contrepartie de la fourniture de ses produits, elle n'est pas guidée par la volonté première de faire du profit, mais plutôt par le désir d'aider une population en difficulté en évitant la mise en place de pratiques d'assistanat. En cela, l'on peut découvrir l'existence d'une certaine intention libérale dans le système des épiceries solidaires, alors même

⁷⁹⁶ Sur ce point, V. *infra*, n°344 et s.

⁷⁹⁷ Pour plus d'explications sur ces épiceries, V. sur le site de l'ANDES ; <https://andes-france.com/>. Celles-ci ne paraissent pas devoir relever de l'économie de partage dans la mesure où l'on constate effectivement le versement d'un prix. Il s'agit toutefois d'un exemple illustrant à la perfection la possible coexistence de l'intention libérale et de l'onérosité.

⁷⁹⁸ En ce sens, l'ANDES explique que « la contribution financière – même symbolique – participe de la dignité des personnes et de la liberté de choix ».

que celles-ci reçoivent effectivement quelque chose en contrepartie de ce qu'elles donnent, le paiement du prix étant considéré comme un élément primordial⁷⁹⁹. Cette intention libérale ne fait en effet que peu de doute eu égard à l'importance du déséquilibre entre les prestations des parties. En effet, en ayant explicitement la volonté de venir en aide à des personnes dans l'incapacité de fournir une somme supérieure, les épiceries solidaires ne peuvent qu'être pleinement conscientes du fort déséquilibre entre la valeur des différentes prestations. Il serait alors illusoire de vouloir travestir à ce point la réalité pour considérer, de manière artificielle, que les parties regardent leurs prestations comme étant, même subjectivement, équivalentes. Les épiceries solidaires acceptent l'inégalité de valeurs entre la prestation proposée et la rémunération, et ne demandent alors aucun rééquilibrage des contrats.

L'onérosité dont il est ici question est alors bien différente de l'acception traditionnelle de la notion, car l'on décèle tout à la fois, au sein des contrats passés quotidiennement entre les épiceries solidaires et leurs clients, une intention libérale et un prix. Ces contrats ne semblent toutefois pas devoir être considérés comme conclus à titre gratuit puisque, même s'il existe une volonté de gratifier autrui, on ne peut affirmer qu'il n'existe aucune réciprocité. L'existence d'un intérêt matériel s'opposant à la gratuité, ces contrats rejoindront la catégorie résiduelle représentée par l'onérosité, illustrant ainsi parfaitement la possible coexistence de ce caractère avec le désintéressement.

166. La nécessité de tempérer la vision classique de l'onérosité – Par conséquent, après avoir étudié le bien-fondé de la vision classique du droit positif s'agissant de la classification opposant l'onérosité et la gratuité, et avoir démontré l'inadaptation de ces deux qualifications, dans leur forme actuelle, aux techniques de partage, il semble nécessaire de proposer une vision plus relative de l'onérosité. En effet, admettre que la gratuité puisse coexister avec la recherche du profit ne nous paraît que peu opportun. Quelle serait alors cette gratuité qui permettrait de rechercher, et donc potentiellement de recevoir, un avantage matériel, alors même que la définition de la gratuité est d'agir sans espérer ni recevoir de contrepartie ? N'aboutirait-on pas à un non-sens en admettant ainsi une telle gratuité ? La question est en revanche beaucoup moins délicate s'agissant de l'onérosité, à condition d'envisager la qualification de l'acte de

⁷⁹⁹ Les épiceries solidaires peuvent néanmoins bénéficier de certaines aides financières notamment de la part des départements. Celles-ci ne sont toutefois pas systématiques et ne visent qu'à « soutenir l'effort d'animation et l'accompagnement social » mis en place par les structures. L'engagement financier des départements « ne viendra nullement financer des produits alimentaires ou frais de structure » : <https://www.ain.fr/solutions/epiceries-sociales-solidaires/>.

manière globale et non détachée du contexte contractuel dans lequel il a été conclu. En ce sens, l'onérosité pourrait coexister avec une certaine part de désintéressement. Rien n'empêche les parties d'être guidées, dans un rapport marchand, par deux types d'intérêts : intéressés et désintéressés. En revanche, dès lors que des motivations plus égoïstes entrent en ligne de compte, il paraît délicat de déceler une véritable intention désintéressée caractéristique du but de l'engagement des parties. Dans un tel cas de figure, comment affirmer que les parties s'engagent sans rechercher ni recevoir de contrepartie si, dans le même temps, elles cherchent également à satisfaire un intérêt matériel personnel ? L'onérosité, et ce qu'elle implique d'égoïsme, semble prendre le pas sur les motivations désintéressées comme l'huile sur l'eau. Nous n'avons pas affaire à deux objets miscibles. Mélanger à la gratuité, la recherche même minime d'un intérêt matériel personnel, lui fera perdre son intégrité : les motivations égoïstes viendront altérer la « pureté » caractéristique de l'intention libérale. Mais la réciproque ne se vérifie pas : un acte à titre onéreux peut, sans se soucier d'être dénaturé, intégrer des intentions plus altruistes. Rien n'empêche *Primus* d'aller acheter ses légumes chez *Secundus* s'il sait que celui-ci traverse une mauvaise saison en raison de la concurrence de gros distributeurs. Dans ce cas, *Primus* achètera des biens à *Secundus* : l'on ne peut nier le caractère onéreux de l'acte. En revanche, les mobiles consistant à se tourner vers un plus petit producteur pour favoriser l'agriculture locale, par exemple, resteront à l'état de motifs et ne permettront pas de disqualifier l'acte pour retenir une qualification juridique contraire au résultat patrimonial de l'opération. Partant, il nous faut admettre que l'onérosité peut, sans réelle difficulté, coexister avec une certaine part de générosité et de désintéressement ; et que la qualification de l'acte doit avant tout dépendre du résultat patrimonial final de l'opération d'ensemble. L'onérosité étant la catégorie résiduelle, tous les actes permettant de révéler la recherche d'un quelconque profit matériel et égoïste, devraient être exclus de la catégorie limitative qu'est la gratuité pour être absorbées par l'onérosité.

167. L'onérosité des contrats de partage – Les contractants se tournent vers l'économie de partage et non vers les modes de consommation usuels pour satisfaire des intérêts tels que la solidarité, l'envie de consommer de manière plus durable, la volonté de rencontrer de nouvelles personnes, ou de tisser, avec elles, les liens d'une économie plus locale et solidaire. À l'inverse, le choix de contracter au sein des communautés de partage, et non par le biais classique des libéralités, démontre l'absence de désintéressement total des parties. Bien que celles-ci souhaitent consommer différemment, elles n'ont pas, pour autant, la volonté de se dépouiller totalement au profit d'autrui. Et si l'on ne peut caractériser un altruisme pur, la part de

désintéressement inhérente à l'économie de partage ne doit pas être vue comme une preuve de l'existence d'une libéralité, mais seulement comme une caractéristique de cette économie, disruptive certes, mais néanmoins onéreuse. Les contrats de partage doivent dès lors, malgré la présence de motivations désintéressées, être qualifiés *in fine* de contrats conclus à titre onéreux.

168. Les conséquences de la qualification onéreuse des contrats de partage sur les vices du consentement – Conclure à la nature onéreuse des contrats de partage a une incidence directe sur l'appréciation des vices du consentement. En effet, eu égard aux conséquences patrimoniales des actes à titre gratuit, l'on appréciera de manière bien plus rigoureuse les vices potentiels pouvant affecter le consentement de celui qui se dépouille au profit d'autrui⁸⁰⁰, puisque ce dernier n'obtiendra aucune contrepartie. En revanche, les actes à titre onéreux étant moins dangereux pour le patrimoine des contractants, les vices du consentement des articles 1132 et suivants du Code civil ne feront l'objet, *a priori*, d'aucun traitement particulier. Les contractants du partage victimes d'un tel vice seront ainsi dans une situation similaire à celle des parties aux contrats onéreux classiques, l'appréciation de la validité de leur consentement n'appelant pas une appréciation aussi sévère que pour les actes à titre gratuit. En revanche, la caractérisation d'un des vices pourra, dans les conditions de droit commun, aboutir à la nullité du contrat de partage.

On aurait tort, pourtant, de conclure à l'absence totale de spécificités de la théorie des vices du consentement s'agissant des contrats de partage. En effet, si le dol, l'erreur et la violence ont tous trois vocation à s'appliquer d'un point de vue théorique, la réalité pratique du partage impose de souligner quelques particularités. L'erreur, qui est la situation dans laquelle l'une des parties se trompe sur l'une des qualités essentielles de la prestation convenue ou du cocontractant dans les contrats conclus *intuitu personae* (art. 1133 et 1134 C. civ.), pourra être invoquée par la partie qui désirait obtenir de l'autre, un bien différent (*Primus* pensait que le contrat portait sur des bocaux de confitures de fruits alors que *Secundus* pensait simplement lui fournir les fruits récoltés dans son jardin) ; ou bénéficier d'une autre prestation (*Secundus* s'est engagé à venir aider à la réparation des tuiles du toit de la maison de *Primus*, ce dernier pensant alors qu'il l'aiderait également pour les travaux d'étanchéité). L'erreur, qui peut être de fait ou

⁸⁰⁰ VALLOIR J., *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, Th. Rennes, 1919, p. 16.

de droit⁸⁰¹, s'appréciera classiquement au moment de la formation du contrat⁸⁰², et n'entraînera sa nullité qu'à condition d'être excusable⁸⁰³.

Le dol et la violence appellent, en revanche, des observations particulières. Le dol est le fait, pour un contractant, d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou la dissimulation intentionnelle d'un élément déterminant (art. 1137 C. civ.). Il nécessite, pour être caractérisé, un élément matériel (les manœuvres et, plus généralement, toutes les machinations mises en place pour pousser l'autre partie à donner son consentement)⁸⁰⁴, et un élément intentionnel⁸⁰⁵. Il ne sera, en outre, une cause de nullité que s'il émane du cocontractant ou de son représentant (art. 1137 et 1138 C. civ.)⁸⁰⁶. La violence sera, quant à elle, une cause de nullité, peu important qu'elle émane du cocontractant ou d'un tiers (art. 1142 C. civ.), « lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable » (art. 1140 C. civ.). Elle peut être physique ou morale⁸⁰⁷ et peut résulter, depuis l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, de l'exploitation de l'état de dépendance du cocontractant afin d'en retirer un avantage manifestement excessif (art. 1143 C. civ.).

Or, bien qu'en théorie, rien ne s'oppose à ce que le consentement des parties au contrat de partage soit vicié, comme dans les circuits classiques de consommation par le dol ou la violence de leur cocontractant, l'observation de la pratique des communautés laisse songeur quant à la mise en application effective de ces vices. L'état d'esprit qui préside à la création des

⁸⁰¹ L'erreur de droit permet d'aboutir à la nullité du contrat lorsque l'ignorance donne naissance à une erreur prise en compte par le droit. Tel n'est pas le cas, par exemple, de l'emprunteur qui se prévaut d'une erreur de droit en arguant ne pas savoir que le prêt consenti pour l'acquisition d'un véhicule automobile survivait à la disparition de ce dernier. V. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, n°88-12665, *Bull. civ.* I, n°240, p. 160, *D.* 1989, IR 208. Pour des exemples d'erreur de droit admises par la jurisprudence, V. Civ. 17 nov. 1930, *D.* 1932. 1. 161, note LAURENT J.-Ch. ; *S.* 1932, 1. 17, note BRETON A. (nullité de la cession de droits successifs par un héritier croyant disposer uniquement d'une part en nue-propiété alors que celle-ci était en pleine propriété) ; Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, n°89-14103, *Bull. civ.* I, n°250, p. 177, *RTD civ.* 1992, p. 99, obs. MESTRE J. (commet une erreur de droit susceptible d'entraîner la nullité du contrat, la société qui, par une « fausse croyance » pensait que « les circonstances du vol n'entraînaient pas pour elle une exonération de responsabilité »).

⁸⁰² Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n°15-26226, *RTD civ.* 2017, p. 126, obs. BARBIER H.

⁸⁰³ Soc. 3 juil. 1990, n°87-40349, *Bull. civ.* V, n°329, p. 197 : « l'erreur n'est une cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable », *D.* 1991, p. 507, note MOULY J ; *RTD civ.* 1991, p. 316, obs. MESTRE J.

⁸⁰⁴ L'exemple typique est celui du garagiste qui modifie le compteur kilométrique du véhicule pour le vendre à un prix plus élevé. V. Com. 19 janv. 1977, n°74-12783, *Bull. civ.* I, n°40, p. 30, *D.* 1977, IR 196.

⁸⁰⁵ V. not. la cassation d'un arrêt d'appel n'ayant pas établi que « le défaut d'information [...] avait pour objet de tromper [la caution] et de la déterminer à [contracter] » : Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1996, n°94-10907, *Bull. civ.* I, n°78, p. 51, *RTD civ.* 1996, p. 430, obs. BANDRAC M. ; *RTD civ.* 1996, p. 431, obs. CROCQ P.

⁸⁰⁶ V. not. Com. 22 juil. 1986, n°85-12392, *Bull. civ.* IV, n°163, p. 138, *D.* 1987, somm. 445, obs. AYNÈS L. ; *RTD civ.* 1988, p. 338, obs. MESTRE J. ; Com. 27 nov. 2001, n°99-17568, *Cont. Conc. Cons.* 2002, comm. 45, obs. LEVENEUR L.

⁸⁰⁷ V. not. à propos de la violence physique et morale exercée par une secte afin d'aboutir à une vente immobilière : Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n°96-18309, *Bull. civ.* III, n°11, p. 7, *D.* 2000, p. 76, note WILMANN Ch. ; *RTD civ.* 1999, p. 381, obs. MESTRE J. ; *Cont. Conc. Cons.* 1999, comm. 54, obs. LEVENEUR L.

communautés et qui pousse les contractants à consommer par le biais de ces circuits interroge quant à la réalisation effective de tels vices. Le fonctionnement des communautés et l'absence de toute contrepartie monétaire rendent vaines les manœuvres, réticences, menaces et autres contraintes : l'on perçoit mal l'intérêt, pour une partie, de proférer des menaces ou d'abuser de l'état de dépendance économique de son cocontractant pour obtenir de celui-ci un « coup de main » qu'il ne rémunèrera pas directement par une contreprestation ou une contrepartie monétaire. Au demeurant, on ne peut demander la réalisation d'une prestation d'un montant supérieur au nombre de grains possédés, à moins que la communauté n'accepte les comptes débiteurs. Dès lors, puisque chaque opération entraînera automatiquement le débit du nombre de grains correspondant sur le compte du bénéficiaire (ce débit pouvant ramener le compte à zéro ou occasionner un solde débiteur), vicier le consentement de l'autre partie ne semble d'aucune utilité pour le cocontractant qui souhaiterait bénéficier d'un avantage supérieur à celui qu'il était en droit d'escompter. En outre, la valorisation des opérations sur le fondement de l'unité temps (ou d'autres critères objectifs) permet de garantir une certaine égalité entre les bénéficiaires qui ne pourront, dès lors, influencer que de manière limitée leur cocontractant pour minorer la valeur de sa prestation. Lorsque l'unité temps n'est pas le critère de référence (comme pour les *GuestPoints* obtenus *via* les opérations sur le site HomeExchange et calculés en fonction de la superficie, du nombre d'occupants, de la localisation, *etc.*), la valeur de la prestation est généralement déterminée par les algorithmes de la plateforme afin de garantir une appréciation objective du montant de grains à attribuer. Et si dans ces hypothèses, les contractants peuvent effectivement modifier la valeur de leur mise à disposition⁸⁰⁸, incitant certaines personnes mal intentionnées à tenter de négocier une baisse importante du montant de points accordés, l'absence de tout profit pécuniaire direct limitera sensiblement l'intérêt de tels agissements.

Partant, puisque le dol ou la violence ont avant tout pour objet de forcer le consentement du contractant, le recours à de telles manœuvres a peu d'utilité lorsque les membres des communautés proposent eux-mêmes leurs biens et services sur le catalogue du groupe. De manière identique, le fonctionnement de l'économie de partage rend bien souvent stériles les stratagèmes visant à forcer la conclusion du contrat à des conditions désavantageuses pour l'autre partie, eu égard à l'absence de prix et à la valorisation de toutes les prestations sur des

⁸⁰⁸ Pour la communauté HomeExchange, les membres peuvent intervenir sur la valeur attribuée par la plateforme à leur logement. Ils ne peuvent toutefois augmenter cette valeur de plus de 30 *GuestPoints*, sans que la communauté n'établisse toutefois de limite à la baisse. V. <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000631277-Puis-je-modifier-la-valeur-en-GuestPoints-de-ma-maison->.

critères objectifs et, principalement, par rapport au temps passé. Enfin, l'impossibilité de s'enrichir autrement qu'en obtenant des biens et des services sans dépenser d'argent, les limites au débit des comptes ainsi que l'exclusion des communautés en l'absence de toute exécution de la part de celui qui reçoit sans donner⁸⁰⁹, confèrent une utilité pratique très réduite à la violence et au dol en matière de partage.

Notons également, à titre subsidiaire, que la sanction est également peu appropriée : en matière de partage, la nullité semble peu indiquée pour solutionner les difficultés. En effet, prononcer la nullité d'un contrat de partage pour vice du consentement impose un retour au *statu quo ante*. Mais l'exécution des prestations étant généralement quasi immédiate et le recours à la monnaie proscrit au sein des communautés, celui des contractants qui se serait exécuté sous l'emprise d'un vice du consentement ne pourra être véritablement satisfait que si sa prestation consistait dans la fourniture d'un bien. Dans ce cas, le bien retournera dans son patrimoine et son compte sera débité de la valeur de la prestation. En revanche, lorsque le contractant victime du vice a exécuté une prestation au bénéfice de son cocontractant, aucun dédommagement pécuniaire ne pourra être envisagé.

Par conséquent, si le caractère onéreux des contrats étudiés imposera d'apprécier classiquement les vices du consentement dont pourraient être victimes les membres des communautés, la réalité pratique du partage laisse à penser que seule l'erreur aura véritablement vocation à jouer, singularisant encore davantage l'objet d'étude vis-à-vis de la théorie générale des contrats. En outre, la sanction classiquement attachée aux vices du consentement s'avère peu efficace pour rétablir, en la matière, le *statu quo ante* et apporter ainsi pleinement satisfaction aux contractants du partage : là où la nullité est traditionnellement recherchée par les victimes de vice du consentement, elle restera certainement peu pratiquée par les contractants du partage agissant dans le cadre des communautés.

⁸⁰⁹ Les vices du consentement ne sont pas les seuls à faire l'objet de spécificités en matière de partage. La résolution des conflits est également atypique. Sur ce point, V. *infra*, n°334.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

169. L'intention première des contractants : la recherche de l'intérêt collectif – Afin de valider, ou non, le constat tiré de l'étude de la rémunération, à savoir la nature onéreuse des contrats de partage, il convient de s'interroger sur le second critère de qualification : l'intention des parties. Or, en la matière, il semble que les contractants du partage soient effectivement mus, en premier lieu, par un esprit bien différent de celui que l'on retrouve au sein des rapports de consommation ayant cours dans l'économie de marché capitaliste classique. En effet, adhérer à une communauté, c'est accepter de contracter non pas pour engranger des profits ou satisfaire un quelconque intérêt purement personnel, mais consentir à ce que l'action de chacun soit un bénéfice pour l'ensemble de la communauté. L'esprit de lucre n'est donc pas la raison déterminante de l'engagement des parties qui auraient simplement un intérêt moral à agir, ce qui exclurait, alors, que l'on puisse classer ces contrats parmi les actes à titre onéreux, contrairement à la conclusion à laquelle nous sommes parvenus au terme du chapitre précédent. À cela s'ajoute un constat supplémentaire : l'économie de partage fait la part belle aux motivations des acteurs, aux mobiles qui, dans l'opération de qualification classique, sont généralement relégués au second plan et n'entrent pas en ligne de compte dans l'établissement de la nature de l'acte. Toutefois, la volonté de faire primer l'intérêt collectif a une résonance particulière en matière de partage et il semble que le droit soit tenu de prendre en compte, dans une juste mesure, l'impact des mobiles désintéressés des contractants du partage.

170. L'existence d'une intention complémentaire : la recherche d'un intérêt personnel – On pourrait alors légitimement s'autoriser à penser que les contrats objets de la présente étude sont, au terme de l'examen de l'élément subjectif, conclus à titre gratuit. Mais l'on buterait alors sur une contradiction de taille : leur nature serait ainsi variable et mouvante selon que l'on se place du côté du critère matériel ou subjectif. Théoriquement injustifiable et pratiquement intenable, une telle conclusion doit être rejetée. Et c'est par le biais de l'intention complémentaire des contractants que l'on est en mesure de déceler la solution. En effet, s'abstenir de scruter davantage le for intérieur des contractants du partage serait une erreur regrettable, car une telle entreprise met en lumière l'absence d'une volonté véritablement et entièrement désintéressée. Certes, le choix des contractants de se tourner vers l'économie de partage au détriment des systèmes traditionnels n'est pas sans conséquence et a une réelle influence sur la physionomie des contrats en cause. Toutefois, si les parties ne s'orientent pas vers les actes à titre onéreux classiques, elles ne vont pas non plus jusqu'à leur préférer des

contrats à titre gratuit comme la donation. Contracter par le biais d'une communauté de partage permet d'obtenir une créance et de demander, par la suite, l'exécution d'une prestation compensant celle précédemment exécutée : à l'intérêt moral des contractants s'ajoutent ici un véritable intérêt matériel à réaliser chaque prestation. C'est donc bien la recherche de cette rémunération finale, mise en exergue au sein du premier chapitre, qui vient, ici encore, affecter la nature des contrats de partage.

171. La validation de la qualification onéreuse des contrats de partage – On aurait pu être tenté par la solution consistant à créer une catégorie intermédiaire entre l'onérosité et la gratuité. Mais inscrire dans le marbre une catégorie pensée pour les contrats de partage se révèle assez peu opportun : au-delà de la complexification excessive qu'une telle création engendrerait, l'on se retrouverait confronté à un problème similaire à l'apparition de chaque technique inédite qui n'entrerait ni dans les deux termes historiques de la classification, ni dans la catégorie intermédiaire, obligeant de fait à créer autant de nouvelle catégorie que le nombre de techniques hermétiques à la classification du droit positif.

L'ensemble de ces développements conduit alors à admettre la relativité des caractères gratuit et onéreux, et à découvrir non pas deux catégories équivalentes, mais une catégorie limitative opposée à une catégorie résiduelle. Or, à notre sens, si l'onérosité n'est pas disqualifiée par la présence, partielle, d'une certaine intention libérale, la gratuité, en revanche, ne peut s'accorder avec la recherche d'un intérêt personnel et lucratif. Partant, les contrats de partage devraient, *in fine*, être qualifiés de contrats conclus à titre onéreux malgré l'intuition première consistant à voir, dans le rejet de la société de consommation classique, le signe d'une prétendue gratuité. La présence d'une rémunération finale combinée à la recherche, secondaire certes, mais toutefois existante, de la satisfaction d'intérêts personnels et égoïstes, empêchent ces conventions de rejoindre la classification des contrats à titre gratuit et plaident pour leur rattachement au domaine des actes à titre onéreux.

CONCLUSION DU TITRE 1

172. La classification bipartite opposant les contrats à titre gratuit et onéreux à l'épreuve des techniques de partage – Les préoccupations actuelles des juristes ne semblent pas tournées vers une réactualisation de la classification binaire opposant la gratuité à l'onérosité : ceux-ci s'accordent à dire que les actes doivent être rangés dans l'un des deux termes de la classification en fonction de certaines caractéristiques qui, elles, sont discutées. Il s'agit là d'une antienne : un contrat est conclu à titre onéreux ou gratuit, il ne peut naviguer entre ces deux catégories et doit, nécessairement, être rattaché à l'une d'elle.

Cependant, une telle affirmation doit rapidement être relativisée puisque, si la plupart des contrats connus et usités paraissent se satisfaire aisément de l'opposition classique entre le titre gratuit et onéreux, la question se complique sensiblement lorsque l'on tente de saisir, grâce aux clefs de lecture traditionnelles, les techniques de partage. Les contrats naissant dans le cadre des communautés organisées pour repenser les modes de consommation et les relations entre contractants paraissent se situer sur une ligne floue, penchant tantôt vers l'onérosité, tantôt vers la gratuité. L'observateur est ainsi confronté à une situation hybride où les différents contrats se situent à la frontière de l'onérosité pure où chacun recherche son propre intérêt, et à la lisière de la gratuité entièrement désintéressée où l'on se « sacrifie » pour autrui en préférant, à soi-même, la satisfaction de l'intérêt de son cocontractant. Les pratiques de partage imposent alors de renouveler les réflexions sur les qualifications contractuelles héritées du Code de 1804. Sans aller jusqu'à conclure à leur caractère désuet et les considérer comme totalement inadaptées à nos sociétés modernes, il faut néanmoins reconnaître qu'en certaines hypothèses, leurs clefs de lecture se révèlent trop rigides et imposent des rattachements pour le moins artificiel. Partant, afin de tenter de trouver une réponse adaptée à ces nouveaux questionnements, c'est par une démarche en deux temps, relativement classique, qu'il conviendra de débiter afin de tenter de saisir la nature des contrats de partage.

173. L'étude du critère matériel : l'existence d'une rémunération finale dans les contrats de partage – Si, à première vue, les contractants du partage se dépouillent au profit d'autrui sans recevoir de contrepartie, il importe de pousser plus loin l'analyse et de regarder au-delà des frontières du contrat initial. En effet, ce n'est qu'une fois replacés dans leur contexte global que les contrats de partage révèlent leur véritable nature. On est alors en mesure de les appréhender avec plus de justesse que si l'étude se limitait à une analyse isolée de chaque

relation contractuelle. On s'aperçoit alors que, si les contractants du partage ne sont pas directement payés par la partie au profit de laquelle ils s'exécutent, ceux-ci reçoivent tout de même une rémunération : l'exécution de la prestation au profit d'un membre de la communauté fait naître une créance dont l'extinction pourra être demandée à un membre quelconque de celle-ci et tiers au contrat initial, par la réalisation d'une autre prestation. La qualification adaptée semble ainsi se trouver, non pas dans le titre gratuit, mais dans la catégorie onéreuse de la classification binaire opposant ces deux types d'actes.

174. L'opération de qualification : la nécessité d'ajouter, au critère matériel, un critère subjectif – Après avoir tenté d'appréhender la nature gratuite ou onéreuse des contrats de partage au travers du critère matériel, à savoir la présence ou l'absence d'une rémunération, il fut nécessaire de s'attacher à l'étude d'un second élément. En effet, la qualification d'un contrat dépend également d'un critère subjectif : la volonté des parties à l'acte. Le contrat sera alors considéré comme ayant été conclu à titre gratuit si, en l'absence de contrepartie, l'on peut déceler une intention libérale chez la partie qui se dépouille au profit d'autrui. À l'inverse, lorsqu'une rémunération est versée, et s'il n'existe aucune intention de préférer autrui à soi-même puisque celui qui agit le fait pour satisfaire son propre intérêt, l'absence d'intention libérale conduira l'observateur à classer le contrat dans la catégorie des actes conclus à titre onéreux. On le voit, en principe, l'opération de qualification s'avère relativement simple : dans les contrats nommés classiques, la présence d'une rémunération va généralement de pair avec un esprit de lucre (c'est le cas de la vente, du bail, du contrat d'échange, du contrat d'entreprise, *etc.*), lorsque l'absence de toute contrepartie se retrouvera chez des contractants guidés par une intention libérale, comme en matière de donation ou de prêt à usage. Néanmoins, la simplicité d'un tel constat cadre mal avec les techniques de partage qui, loin de se contenter de reproduire les schémas habituels, empruntent visiblement aux deux catégories de la classification.

175. L'élément subjectif des contrats de partage : l'existence parallèle d'une intention libérale et d'une satisfaction matérielle égoïste – L'examen de la volonté des parties se révèle ainsi riche d'enseignements. Une première intuition conduit à traiter les contrats de partage comme des actes relevant de la catégorie des actes à titre gratuit, notamment en raison du choix des contractants de se tourner vers cette économie. Un tel choix serait, alors, révélateur d'une intention libérale distincte de la volonté guidant les individus dans les rapports marchands traditionnels. Tirant les conclusions de la préférence des contractants pour les techniques de partage, l'on serait alors amené à rejeter les conclusions précédentes et à préférer, à la

qualification onéreuse, son antonyme, afin d'imprimer aux contrats de partage un caractère gratuit. Ce serait toutefois sans compter sur le second niveau d'intention révélant, finalement, l'absence d'un véritable désintéressement. La potentialité des prestations futures, et l'épargne de celles-ci, est l'un des moteurs des communautés de partage : c'est parce que chacun sait qu'il pourra, en s'exécutant au profit d'un membre, obtenir lui-même une prestation future, qu'il choisit de se tourner vers ce type de communautés. Si les contractants du partage restaient froids face à l'éventualité d'une telle prestation future, ils choisiraient, à n'en pas douter, de s'orienter vers le domaine des libéralités ou des contrats conclus à titre gratuit que sont le prêt à usage, le dépôt, la prestation de service gratuite, *etc.* La qualification de contrat à titre onéreux semble donc devoir, à l'issue de l'étude du critère subjectif, être confirmée.

176. L'onérosité : une catégorie résiduelle – Certes, la qualification de contrat à titre onéreux semble alors la plus adaptée. Mais pour aboutir à un tel résultat sans forcer les qualifications juridiques, il devient nécessaire de relativiser la vision classique de la distinction opposant la gratuité à l'onérosité. Dans la mesure où la création d'une catégorie intermédiaire entre les deux termes de la classification serait un facteur de complication excessif et permettrait seulement de résoudre les difficultés liées à l'économie de partage, sans que l'on ne puisse s'assurer de l'adaptation de celle-ci à de nouvelles techniques inédites, il semble plus opportun d'admettre que l'onérosité constitue la catégorie résiduelle lorsque la gratuité est une catégorie limitative. Cette dernière étant considérée comme l'exception, puisque la plupart des rapports sociaux sont aujourd'hui dictés par la recherche du profit ou d'un intérêt matériellement égoïste, il convient d'en limiter l'accès aux seuls actes qui, en plus de pouvoir justifier d'un aller sans retour, sont motivés par une intention libérale pure de tout intérêt matériel. À défaut, les contrats devront relever de la catégorie des actes à titre onéreux, celle-ci pouvant sans difficulté composer avec l'existence d'une certaine intention libérale lorsque, sans être totalement mus par la volonté de préférer autrui à soi-même, les contractants bénéficient, d'une manière ou d'une autre, d'une contrepartie liée à l'exécution de la prestation issue du contrat étudié. Tel est alors le cas des techniques de partage, les contractants recevant une contreprestation et agissant, au moins en partie pour satisfaire, au-delà des idéaux fondant l'idéologie du partage, un intérêt matériel personnel : la possibilité de demander, un jour, une contreprestation grâce à la créance née de leur propre exécution.

177. La nécessité d'étendre le questionnement à la dichotomie opposant les contrats unilatéraux aux contrats synallagmatiques – La classification opposant l'onérosité à la

gratuité n'est pas la seule à être interrogée par les contrats de partage. En effet, le paiement d'une contreprestation fait intervenir un tiers au contrat initial. On se retrouve alors dans une situation inédite où la contrepartie n'est pas versée par le créancier de la première prestation qui serait, dans un contrat synallagmatique classique, le débiteur de son propre créancier. En l'espèce, le créancier initial ayant profité de la première prestation n'est aucunement engagé à l'égard de son débiteur qui recevra, pourtant, une contrepartie directement liée à l'exécution de la prestation initiale. Unilatéral de prime abord, puisqu'une seule prestation est directement prévue par le contrat et que le créancier initial n'est pas tenu à l'égard de son débiteur, le contrat paraît toutefois se rapprocher également des contrats synallagmatiques de par l'existence d'une prestation donnant naissance à une contreprestation. C'est ainsi que l'on voit apparaître un nouvel entre-deux et que la classification opposant les contrats unilatéraux aux contrats synallagmatiques doit, à son tour, être étudiée à l'aune des techniques de partage.

TITRE 2 : REPENSER LA DISTINCTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES ET UNILATÉRAUX

178. Les origines de la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux – Le Droit n’a pas toujours connu la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, l’ancien droit romain ne concevant que des relations unilatérales⁸¹⁰. Ce n’est qu’à l’époque classique qu’apparaissent des rapports synallagmatiques à l’instar de la vente ou du louage⁸¹¹, sans pour autant qu’émerge une véritable classification fondée sur l’effet des contrats⁸¹². Il faudra ainsi attendre l’Ancien Droit pour voir se dessiner, pour la première fois, une distinction opposant ces deux catégories de contrats⁸¹³.

Le terme synallagmatique est, pour sa part, hérité du grec « *synallagma* », et a été repris notamment par Labéon pour expliquer la notion de « *contractum* » : ce contrat, au sens moderne, « se caractérisait [alors] par la réciprocité du consentement »⁸¹⁴. Plus tard, Saint-Thomas traduisit le vocable « *synallagma* », emprunté à Aristote⁸¹⁵, par « *commutatio* »⁸¹⁶, celui-ci pouvant dorénavant être désigné par le terme « commutation »⁸¹⁷ dont la traduction perdure chez nombre d’auteurs contemporains, à l’instar des professeurs

⁸¹⁰ DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, coll. Corpus histoire du droit, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 61 ; HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 20 et s ; LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 725, n°468.

⁸¹¹ DEROUSSIN D., *op. cit.*, p. 61.

⁸¹² LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 725, n°468 ; HOUIN R., *th. préc.*, p. 26 à propos des écrits de Labéon.

⁸¹³ HOUIN R., *th. préc.*, p. 43 et s. ; LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 726 et s., n°469.

⁸¹⁴ HOUIN R., *th. préc.*, p. 25.

⁸¹⁵ C’est au sein du Livre V de l’Éthique à Nicomaque qu’Aristote approfondit la notion de « *synallagma* ». Plusieurs définitions ont été assignées à ce terme. M. VILLEY, à la suite de GIFFARD (*Cours de droit romain approfondi*, D.E.S de droit romain et histoire du droit 1945-1946, p.26) estime que le terme « *synallagma* » renvoie à la notion d’échange (M. VILLEY, « Préface historique à l’étude des notions du contrat », in *Archives de philosophie du droit*, tome 13, Sirey, 1968, p.1 et s.). D’autres traductions évoquent plutôt des relations entre individus (ARISTOTE, *The Nicomachean Ethics*, a commentary by the late H.H. JOACHIM, edited by D.A. REES, Oxford, 1951, p.136). L’idée est en réalité toujours la même, ce terme illustrant les relations naissant entre les individus composant un même groupe social.

⁸¹⁶ SAINT-THOMAS D’AQUIN, *Commentaire de l’Éthique à Nicomaque*, trad. Y. Pelletier, Livre V, Leçon 4, § 928 à 931.

⁸¹⁷ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, Les Éthiques en français*, traduit par N. ORESME, 1488 V, 145.

Villey⁸¹⁸, Sériaux⁸¹⁹, Chénéde⁸²⁰ et Fabre-Magnan⁸²¹. Il s'agit alors de parler du « déplacement d'un bien, d'un patrimoine à l'autre »⁸²², de la « transmutation de valeurs »⁸²³ ou de l'opération « par lesquelles on transfère quelque chose d'une personne à une autre »⁸²⁴. Désormais, la distinction opposant les contrats unilatéraux et synallagmatiques fait partie des clefs de lecture traditionnelles permettant de classer les différentes opérations contractuelles.

179. L'opposition des contrats synallagmatiques et unilatéraux dans le Code civil – En application de l'alinéa 2 du nouvel article 1106 du Code civil, le contrat est unilatéral « lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait engagement réciproque de celles-ci ». À l'inverse, « le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres » (art. 1106 al. 1 C. civ.). Notons que la rédaction de ces définitions, dans les dispositions préliminaires au titre ayant trait aux contrats et aux obligations conventionnelles en général, n'est guère révolutionnaire et reprend, en substance, les anciennes définitions des articles 1102 et 1103. En effet, ces articles définissaient le contrat synallagmatique comme celui dans lequel « les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres » (art. 1102 anc. C. civ.) et considéraient, à l'inverse, que le contrat était unilatéral « lorsqu'une ou plusieurs personnes [s'étaient] obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement » (art. 1103 anc. C. civ.).

180. L'appréhension de la distinction par la doctrine – Pour qu'un contrat soit considéré comme synallagmatique, il est donc nécessaire que des obligations pèsent sur chacune des parties⁸²⁵, lorsque le contrat unilatéral n'engendre d'obligations qu'à la charge d'un des

⁸¹⁸ VILLEY M., *Philosophie du droit. I, définitions et fins du droit*, coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2001, p. 59 et s., n°44 et s ; VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, coll. Quadrige, Grands textes, PUF, 2008, p. 51.

⁸¹⁹ SÉRIAUX A., *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 33 et s., n°44 et s ; SÉRIAUX A., *Contrats civils*, coll. Droits fondamentaux, PUF, 2001, p. 15 et 16, n°3 ; SÉRIAUX A., *Le droit naturel*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2^{ème} éd., 1999, p. 27.

⁸²⁰ CHÉNÉDE F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 2 et s., n° 2 et s.

⁸²¹ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, 1 - Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 13 et 14, n°23.

⁸²² VILLEY M., « Préface historique à l'étude de la notion de contrat », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 1 et s., spéc. p. 6.

⁸²³ VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme, op. cit.*, p. 51.

⁸²⁴ ARISTOTE, *op. cit.* Livre V, Leçon 4, § 928. Disponible à l'adresse suivante : http://docteurangelique.free.fr/livresformatweb/philosophie/commentaireethiquenicomaque.htm#_Toc198465544.

⁸²⁵ AUBRY et RAU par FALCIMAIGNE C., *Droit civil français*, t. IV, 5^{ème} éd., 1902, p. 468 ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome 1, *Des obligations*, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 3^{ème} éd., 1906, p. 6, n°10 ; Aristote voyait, dans la notion de *synallagma*, un « changement à la situation de deux personnes opposées ». Or, pour rétablir l'équilibre causé par ce changement

contractants⁸²⁶. C'est ainsi que, dans ce dernier type de contrat, l'une des parties est débitrice tandis que l'autre est créancière⁸²⁷, chacune ne revêtant qu'une seule qualité.

Si l'on s'en tient, pour lors, à la vision classique de la distinction et, plus précisément, à la conception stricte du contrat synallagmatique, il convient de préciser que la nature du contrat doit être déterminée au moment de sa formation⁸²⁸. *Ipsa facto*, l'appréciation ne doit pas tenir compte de la volonté des parties puisque, selon cette approche, le contrat est unilatéral ou synallagmatique par nature⁸²⁹. De plus, seules les obligations principales nées de celui-ci doivent être prises en compte, alors que les obligations accessoires, ainsi que celles qui auraient une nature extracontractuelles, devraient être écartées de l'opération de qualification⁸³⁰. À titre d'illustration, le dépôt serait un contrat unilatéral par nature, bien que le déposant puisse être tenu de rembourser les dépenses engagées par le dépositaire pour la conservation de la chose. En effet, l'obligation de celui-ci n'est qu'accessoire. De plus, celle-ci trouverait sa source, non pas dans le contrat, mais dans la loi⁸³¹. À l'inverse, la vente est l'exemple type du contrat synallagmatique : le vendeur s'oblige à transférer la propriété du bien à l'acquéreur tandis que ce dernier s'engage à payer le prix⁸³².

Ainsi, pour pouvoir caractériser un contrat synallagmatique, les obligations à la charge de chacune des parties doivent être tout à la fois réciproques et interdépendantes⁸³³. Autrement dit, « si le créancier est débiteur, c'est parce que le débiteur est créancier et cela en vertu du

au profit d'une partie et au détriment de l'autre, le « juste correctif » crée une obligation afin de « rétablir l'ordre antérieur entre les deux situations, de sorte que chacune des deux personnes n'ait que ce qu'elle avait auparavant » : DESPOTOPOULOS C., « La notion de *synallagma* chez Aristote », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 115 et s., spéc. n°IV et V, p. 119 et s.

⁸²⁶ BARBAUD M.-O., *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2014, p. 2, n°2.

⁸²⁷ MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 76, n°79.

⁸²⁸ BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *op. cit.*, p. 9, n°11. Ces auteurs admettent toutefois que la volonté peut venir modifier la nature des contrats : V. not. p. 10, n°12.

⁸²⁹ En ce sens, V. la thèse de René Cassin, citée par R. Houin : CASSIN R., *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques : (exception « non adimpleti contractus ») : Et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Th. Paris, 1914 ; Pour un exposé de la conception stricte du contrat synallagmatique V. MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 1988, 2^{ème} éd., p. 59 et 60, n°65 ; *contra*, V. HOUIN R., *th. préc.*, p. 164.

⁸³⁰ MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 59 et 60, n°65 ; *contra*, V. LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 132 et 133, n°159. Pour ces auteurs, il est nécessaire de tenir compte des obligations principales mais également des obligations accessoires qui n'auraient pas moins d'importance que les premières. V. *infra*, n°229.

⁸³¹ MARTY G. et P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 59 et 60, n°65.

⁸³² Aristote classait déjà la vente dans la catégorie des *synallagmata* volontaires (par opposition aux *synallagmata* involontaires clandestins ou violents dans lesquels il conviendrait de ranger les délits et les crimes) : DESPOTOPOULOS C., *art. préc.*, p. 115 et s., spéc. n° III, p. 118.

⁸³³ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 114, n°98 ; HOUIN R., *th. préc.*, p. 164 ; LARRIBAU-TERNEYRE V., *Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique*, Th. Pau, 1989, p. 24 et s., n°57 et s.

même contrat [...]. Dès la conclusion du contrat, chacune des parties accepte de s'engager envers l'autre parce que l'autre s'engage envers elle »⁸³⁴. Il ne suffit donc pas que deux personnes soient réciproquement créancière et débitrice l'une de l'autre pour faire naître un contrat synallagmatique. Encore faut-il que les obligations réciproques trouvent leur source dans le même contrat⁸³⁵.

181. La définition classique du contrat synallagmatique – « C'est la réciprocité des obligations qui constitue le critère de liaison autour duquel se déterminent les contrats synallagmatiques »⁸³⁶. Ainsi, dans un contrat synallagmatique, chaque partie est tout à la fois créancière et débitrice de son cocontractant, les obligations étant considérées comme réciproques et interdépendantes⁸³⁷. Il ne peut donc exister de contrat synallagmatique sans qu'une prestation donne naissance à une contreprestation, les parties s'engageant d'ailleurs en considération de l'avantage qu'elles pourront retirer de la contrepartie proposée puisque les obligations se servent réciproquement de cause⁸³⁸ : « les prestations réciproquement dues en vertu du même contrat se mesurent et partant s'épuisent l'une par l'autre : elles naissent, croissent et meurent en autarcie, en un infini jeu de miroir »⁸³⁹.

182. L'importance de la distinction – Cette distinction revêt une importance considérable puisque le régime juridique diffère d'une catégorie à l'autre⁸⁴⁰. Sur le plan probatoire, tout d'abord, le Code civil impose la rédaction d'un seul écrit remis au créancier lorsque le contrat est unilatéral (art. 1376 C. civ.)⁸⁴¹, alors que la règle du double original est exigée pour les contrats synallagmatiques (art. 1375 C. civ.)⁸⁴². Un tel contrat doit alors être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties dont l'intérêt diffère. À ces règles probatoires s'ajoute également

⁸³⁴ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 133, n°159.

⁸³⁵ Sur ce point V. HOUIN R., *th. préc.*, p. 119 et s. L'auteur explique que la « communauté d'origine » est une condition essentielle de la connexité des obligations. Il souligne d'ailleurs que le droit français n'admet aucune connexité entre des obligations nées de sources juridiques distinctes, exception faite de la compensation légale et du droit de rétention.

⁸³⁶ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, p. 240, n°182.

⁸³⁷ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 168.

⁸³⁸ SÉRIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XX^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777 et s., spéc. n°3.

⁸³⁹ *Ibid.*, spéc. n°4.

⁸⁴⁰ V. toutefois l'analyse de M. Barbaud qui s'attache à démontrer l'absence d'un régime juridique propre aux contrats unilatéraux : BARBAUD M. O., *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2014, p. 21 et s., n°20 et s.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 167 et s., n°331 et s.

⁸⁴² Sur l'inapplication de l'article 1326 aux contrats synallagmatiques, V. Civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, n°86-12449, *Bull. civ. I*, n°110, p. 75 ; Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16335, *Bull. civ. I*, n°309, p. 201, *D.* 2000, p. 407, note ANCEL P.

l'obligation, pour le débiteur d'un contrat unilatéral qui se serait engagé à payer une somme d'argent ou à livrer un bien fongible, d'écrire la somme ou la quantité en toutes lettres et en chiffres (art. 1376 C. civ.)⁸⁴³. Mais, au-delà des exigences tenant à la preuve, c'est plus fondamentalement sur le fond du droit que la distinction susmentionnée témoigne des différences entre ces deux catégories contractuelles. En effet, la réciprocité des obligations, trait saillant des contrats synallagmatiques, a des conséquences importantes quant à la force obligatoire de ces engagements⁸⁴⁴ et, de fait, quant aux différentes sanctions venant condamner la mauvaise exécution de l'une des parties⁸⁴⁵. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de préciser que « l'inexécution de ses obligations par une des parties est de nature à affranchir l'autre [...] de ses obligations corrélatives »⁸⁴⁶. Dès lors, dans ce type de contrats, celle des parties qui n'a pas exécuté son obligation peut se voir opposer, par son cocontractant, l'exception d'inexécution⁸⁴⁷. Il s'agira alors, pour la partie qui l'invoque, de suspendre l'exécution de ses obligations en attendant que son cocontractant exécute les obligations qui lui sont propres (art. 1219 C. civ.)⁸⁴⁸. Lorsqu'aucune issue n'est trouvée, l'inexécution peut alors conduire les parties à demander la résolution du contrat et le paiement de dommages et intérêts (1224 et s. C. civ.). À l'inverse, le contrat unilatéral ne mettant en scène aucune obligation réciproque, il ne pourrait, par définition, être le terreau de telles actions. Le débiteur de l'obligation unilatérale ne pourra en aucun cas refuser de s'exécuter au motif que son cocontractant n'exécute pas ses obligations puisque ce dernier, de par la nature même de l'engagement, n'est tenu d'aucune obligation. Il devrait en aller de même s'agissant de la résolution pour inexécution⁸⁴⁹. Néanmoins, depuis l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, il semblerait que ce dernier mécanisme ne soit plus l'apanage des seuls contrats synallagmatiques, l'article 1217 se contentant de viser « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ». Au demeurant, les articles 1224 et suivants qui, autrefois, faisaient

⁸⁴³ Depuis la Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, la mention de la somme en chiffres et en lettres n'est plus nécessairement manuscrite mais doit alors résulter d'un procédé d'identification conforme aux dispositions relatives à la signature électronique ou de tout autre permettant de s'assurer que le signataire est bien la personne ayant rédigé la mention. V. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, n°06-17534, *Bull. civ. I*, n°73, *D.* 2008, p. 911, obs. GALLMEISTER I. ; *Cont. Conc. Cons.* 2008, comm. 174, note LEVENEUR L. ; *Défrénois* 2008, p. 1345, obs. LIBCHABER R.

⁸⁴⁴ MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *op. cit.*, p. 77, n°80.

⁸⁴⁵ Le Professeur Cassin faisait, de la présence d'obligations réciproques, une condition à part entière de l'exercice de l'exception d'inexécution. V. CASSIN R., *th. préc.*, p. 441 et s.

⁸⁴⁶ Civ. 3^{ème}, 3 juil. 1974, n°73-13075, *Bull. civ. III*, n°286, p. 217 ; SÉRIAUX A., *art. préc.*, spéc. n°3, p. 782.

⁸⁴⁷ CASSIN R., *th. préc.* ; LARRIBAU-TERNEYRE V., *op. cit.*

⁸⁴⁸ V. not. Soc. 23 juin 2009, n°07-44844, *Bull. civ. V*, n°158 : « le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations ».

⁸⁴⁹ LARRIBAU-TERNEYRE V., *op. cit.*, p. 183 et s., n°398 et s.

expressément mention de la nature synallagmatique des contrats ouvrant droit à la résolution pour inexécution (art. 1184 anc. C. civ.), évoquent désormais simplement la « résolution du contrat ». La disparition de la précision quant à la nature du contrat semble devoir être interprétée comme permettant le jeu d'une telle résolution en dehors de la sphère des contrats synallagmatiques⁸⁵⁰. Il semble, en revanche, que l'on doive continuer à exiger la présence d'obligations réciproques et interdépendantes pour la mise en jeu de l'exception d'inexécution⁸⁵¹, ce qui conduirait, dès lors, à conserver le mécanisme de cette action dans le giron des contrats synallagmatiques. Enfin, la théorie des risques a vocation à jouer pour cette dernière catégorie de contrats, là où elle n'est d'aucune utilité pour les contrats unilatéraux. Le débiteur empêché d'exécuter son obligation suite à la réalisation d'un cas de force majeure, sera libéré et le créancier ne pourra pas exiger l'exécution de l'obligation réciproque⁸⁵².

183. Une classification mise à l'épreuve par les techniques de partage – On le voit, le rattachement d'un contrat à l'une ou l'autre de ces catégories entraînera nécessairement l'application d'un régime spécifique, les règles différant en fonction de la nature du contrat en cause. Partant, l'opération de qualification revêt une importance capitale puisque de son résultat dépendra la mise en jeu ou l'exclusion d'un certain nombre de dispositions. Toutefois, si cet exercice ne pose que peu de difficulté s'agissant des opérations contractuelles classiques, il se révèle bien plus laborieux lorsqu'il est envisagé pour tenter de saisir la nature des contrats de partage. Les spécificités de ces opérations, à savoir l'existence d'une rémunération finale malgré l'absence de paiement par le débiteur initial, semblent imposer, dans un premier temps, un rattachement à la catégorie des contrats unilatéraux. Toutefois, une telle qualification s'avèrera rapidement artificielle en ce qu'elle fait fi du résultat patrimonial concret de l'opération. En réalité, il semble que la distinction des contrats unilatéraux et synallagmatiques soit actuellement insuffisante pour saisir l'ensemble des particularités liées aux nouveaux modes de relations contractuelles (**chapitre 1**). C'est ainsi que, pour tenter de rapprocher le travail de qualification des contrats de partage de la réalité concrète de ces opérations, afin de réduire le décalage entre le monde des faits et le monde du droit, une réflexion plus profonde

⁸⁵⁰ MERCADAL B., *Réforme du droit des contrats*, coll. Dossier pratique, Francis Lefebvre, 2016, p. 206 et 207, n°717 ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *op. cit.*, p. 512, n°571.

⁸⁵¹ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 541 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 824 et s., n°766.

⁸⁵² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 209, n°220.

sur la notion de contrat synallagmatique nous invitera à considérer la possibilité de s'affranchir des critères de qualification usuels pour étudier l'éventualité d'une définition plus large de ce contrat (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LES INSUFFISANCES DE LA CLASSIFICATION TRADITIONNELLE FACE AUX TECHNIQUES DE PARTAGE

184. La qualification première des opérations de partage : l'étude des différentes obligations nées du rapport contractuel – Après avoir étudié les contrats de partage à l'aune de la classification opposant les contrats à titre gratuit et à titre onéreux, il convient de poursuivre l'analyse en s'intéressant à la distinction entre les contrats synallagmatiques et unilatéraux. Pour saisir la véritable nature de ces opérations afin de les rattacher à la catégorie appropriée et, *de fait*, pour leur appliquer un régime juridique adapté, il importe de raisonner, en premier lieu, à l'aide des critères de rattachement utilisés classiquement. S'il importe tout d'abord de valider le présupposé de départ selon lequel les opérations étudiées ont véritablement un caractère contractuel, il sera ensuite nécessaire de s'interroger sur le nombre et la nature des obligations nées des contrats de partage. En effet, la présence d'obligations à la charge de chacune des parties orientera le raisonnement vers la qualification de contrat synallagmatique, quand la mise en lumière d'obligations pesant uniquement sur l'une des parties imposera de conclure à la qualification de contrats unilatéraux (**section 1**).

185. L'insuffisance des clefs de lecture traditionnelles – Toutefois, le rattachement premier opéré grâce aux clefs de lecture traditionnelles doit être réinterrogé au regard du résultat patrimonial final des contrats de partage. Plus particulièrement, la qualification de contrat synallagmatique, qui semble devoir remplir l'office de catégorie résiduelle, paraît en décalage avec la réalité des pratiques contractuelles et donc insuffisante pour rendre compte, de manière probante, de la nature véritable des nouveaux modes de relations contractuelles (**section 2**). Une fois encore, l'étude des contrats de partage permet de mettre en lumière l'écart grandissant entre des qualifications séculaires et la réalité de la pratique contractuelle contemporaine, amorçant ainsi une réflexion sur le bienfondé de l'approche classique du droit des contrats.

Section 1 : L'appréhension des techniques de partage à l'aune des qualifications traditionnelles

186. L'étape de qualification préliminaire – Lorsque, afin de déterminer le régime juridique d'un acte, l'on s'interroge sur la nature de ce dernier, il importe de définir si celui-ci revêt, ou non, une nature contractuelle. En effet, il existe deux types d'actes juridiques soumis à des

régimes distincts : les actes unilatéraux et les conventions⁸⁵³. Cette distinction a d'ailleurs été explicitement admise par la réforme du droit des obligations de 2016 : le nouvel article 1100-1 alinéa 1 explique que les actes juridiques « peuvent être conventionnels ou unilatéraux ». Si « le contrat est la source la plus importante des obligations parce qu'elle est de beaucoup la plus féconde »⁸⁵⁴, il demeure tout de même nécessaire de vérifier, à titre préliminaire, que les actes étudiés relèvent bien de cette catégorie. En effet, le régime applicable aux actes unilatéraux diffère et, bien que moins nombreux en pratique, ils demeurent une réalité tangible⁸⁵⁵. Ainsi, les interrogations à venir sur la véritable nature des techniques de partage ne pourront être pertinentes qu'à condition d'avoir, dans un premier temps, vérifié le présupposé de départ et exclut la possibilité que ces actes puissent être considérés comme des actes unilatéraux (§ 1). Mais alors que cette première précision ne semble pas poser de difficulté particulière, la question de savoir si nous sommes face à des contrats unilatéraux ou synallagmatiques est beaucoup plus délicate (§ 2).

§ 1 : L'exclusion de la qualification d'acte unilatéral

187. Les techniques de partage : des actes unilatéraux ? – Dans la mesure où le régime de l'acte unilatéral diffère de celui du contrat, il importe de trancher cette question de qualification à titre liminaire. Or, si la majorité des actes peuvent être rangés dans la catégorie juridique des contrats, celle-ci n'est toutefois pas absolue : certains actes ne peuvent y entrer, et doivent être qualifiés grâce à la seconde branche de l'alternative. Il s'agit alors d'actes unilatéraux (A). Toutefois, s'agissant de notre objet d'étude, l'intuition développée jusqu'alors, et qui consistait à parler des « contrats de partage », se confirmera. Il semble en effet nécessaire d'écarter, pour les techniques de partage, la qualification d'acte unilatéral (B).

A. La notion d'acte juridique unilatéral

188. La catégorie générale : les actes juridiques – Qu'il s'agisse d'actes unilatéraux ou de contrats, toutes les figures que nous allons être amenée à évoquer peuvent être regroupées sous l'étiquette générale « d'actes juridiques ». La littérature ne manque pas de définitions de cet

⁸⁵³ MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 65 et s., n°67 et s.

⁸⁵⁴ BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *op. cit.*, p. 3, n°5.

⁸⁵⁵ En ce sens, sont notamment cités pour illustrer la catégorie des actes unilatéraux, le testament, la reconnaissance d'enfant, la résiliation des contrats successifs à durée indéterminée, le congé donné au bailleur, la démission ou le licenciement *etc.* : TERRÉ F., SIMLER Ph, LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 93, n°82.

acte, les plus grands noms de la doctrine du XIX^{ème} siècle s'étant attachés à définir cet objet. Pour Demogue, il s'agit de l'acte « qui a pour but d'engendrer un effet de droit »⁸⁵⁶. Pour sa part, le Doyen Capitant consacre un chapitre à cette notion dans son Introduction à l'étude du droit civil⁸⁵⁷, et explique que l'acte juridique se définit comme « une manifestation extérieure de volonté qui est faite en vue d'acquérir, de transmettre, de modifier ou d'éteindre un droit, et qui produit l'effet voulu par son auteur, parce que le Droit sanctionne cette manifestation de volonté »⁸⁵⁸. Dans leur traité élémentaire de droit civil, Planiol et Ripert affirment, quant à eux, qu'il s'agit « des actes accomplis uniquement pour réaliser un ou plusieurs effets de droit »⁸⁵⁹. La réforme du droit des obligations ne fait donc rien de plus que de consacrer explicitement la définition traditionnelle des actes juridiques. Désormais, l'article 1100-1 du Code civil dispose que « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ».

189. La nécessaire distinction entre les notions d'actes et de contrats unilatéraux – Le terme « unilatéral » est désormais utilisé dans notre Code civil pour désigner deux types d'opérations : les actes unilatéraux et les contrats unilatéraux. Toutefois, loin d'être synonymes, ces deux expressions désignent des réalités bien différentes qu'il faut distinguer⁸⁶⁰. En effet, si l'acte juridique unilatéral et le contrat du même nom peuvent être regroupés dans une catégorie générale commune, celle des actes juridiques, le premier doit être immédiatement distingué du second. Le contrat unilatéral n'existe qu'en présence d'un accord de volontés, tandis que l'acte du même nom est, par nature, unilatéral⁸⁶¹. Or, si la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a consacré explicitement, à côté des sources d'obligations conventionnelles, les actes unilatéraux (art. 1100-1 nouv. C. civ.)⁸⁶², les auteurs n'ont pas attendu 2016 pour s'intéresser à cette catégorie d'actes juridiques. La doctrine a donc, depuis longtemps, expliqué

⁸⁵⁶ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, I, Sources des obligations*, t. 1, 1923, p. 26, n°13.

⁸⁵⁷ CAPITANT H., *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, A. Pédone, 5^{ème} éd., 1929, p. 276 et s.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 276, n°230.

⁸⁵⁹ PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *Principes généraux, les personnes, la famille - les incapables, les biens*, LGDJ, 11^{ème} éd., 1928, p. 105, n°265.

⁸⁶⁰ Sur la nécessité de distinguer le contrat unilatéral de l'acte unilatéral V. not. MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Rec. Sirey, 1951, p. 42 et s. n°32 et s ; TALANDIER A., *De l'engagement par volonté unilatérale*, Th. Toulouse, 1912, p. 24 ; MATEESCO J. S., *L'obligation unilatérale et le code civil*, Th. Paris, 1919, p. 13 et s. Plus récemment V. not. : TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 932 et s.n°81 et ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *op. cit.*, p. 77, n°79.

⁸⁶¹ En ce sens, V. LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 34 et 35, n°44.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 50, n°62.

la différence fondamentale permettant de distinguer les actes et les contrats unilatéraux.

L'idée est simple et peut se résumer comme suit : à la différence de l'acte unilatéral, le contrat unilatéral ne l'est que dans ses effets, puisque seule l'une des deux parties s'est engagée à réaliser une prestation à l'égard de l'autre. En revanche, il est « bilatéral dans son origine » car il est formé par la rencontre des volontés⁸⁶³. Inversement, l'acte unilatéral serait celui par lequel « une personne manifeste l'intention de se lier personnellement, par la seule expression de sa propre volonté, en vue de créer une obligation à sa charge »⁸⁶⁴. Autrement dit, il s'agit « d'une manifestation de volonté faite par une seule personne dans le but de produire une obligation »⁸⁶⁵. Ainsi, comme l'expliquent clairement Baudry-Lacantinerie et Barde dans leur traité de droit civil, un « contrat est qualifié d'unilatéral quand il n'engendre d'obligation qu'à la charge de l'une des parties ; un acte est dit unilatéral quand il est l'œuvre d'une volonté unique »⁸⁶⁶. Par conséquent, l'on ne peut découvrir, au sein des actes unilatéraux, aucune rencontre de volontés à la base de l'engagement. Le point commun de ces deux actes réside dans l'existence d'une obligation à la charge d'une seule personne⁸⁶⁷. En revanche, dans un acte unilatéral, il n'existe aucun contrat qui forme la matière de l'engagement : la partie s'est liée par l'effet de sa seule volonté. C'est donc pour éclaircir ces explications que les auteurs ont proposé plusieurs critères permettant de distinguer le contrat de l'acte unilatéral.

190. Les critères de distinction dégagés par Monsieur Martin de la Moutte – S'agissant de l'étude de l'acte unilatéral, les travaux de Monsieur Martin de la Moutte font, depuis longtemps déjà, figure de référence. Cet auteur utilise deux critères pour le distinguer du contrat: un élément formel et un élément substantiel. D'une part, l'acte unilatéral est « efficace par l'intervention d'une volonté unique » à la différence du contrat où l'on peut distinguer une rencontre des volontés⁸⁶⁸.

Toutefois, l'auteur constate rapidement l'insuffisance de ce seul critère formel qu'il

⁸⁶³ TALANDIER A., *op. cit.*, p. 25 et 26 ; Dans le même sens voir MATEESCO J.-S., *th. préc.*, p. 14 : « à la base de ces obligations et comme leur donnant naissance, nous trouvons l'accord de deux volontés concrétisé dans une convention ayant comme but la formation même de cette obligation. La volonté qui l'engendre est donc bilatérale ».

⁸⁶⁴ TALANDIER A., *op. cit.*, p. 34.

⁸⁶⁵ MATEESCO J. S., *th. préc.*, p. 15 ; Dans le même sens V. MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 225, n°122. Selon eux, l'acte juridique est « une manifestation de volonté tendant à produire des effets de droit ».

⁸⁶⁶ BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *op. cit.*, p. 7, n°9.

⁸⁶⁷ En étudiant la différence entre les deux types d'actes en question, J.-S. Mateesco explique que dans les contrats unilatéraux, à la différence de ce que l'on retrouve pour les actes unilatéraux, seule l'une des parties est engagée puisque l'autre a déjà exécuté son obligation ou a été animée par une intention libérale et n'a, alors, pas exigé de contreprestation MATEESCO J.-S., *th. préc.*, p. 14 et s.

⁸⁶⁸ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 38 et s., n°28 et s.

considère simplement comme « un indice normal de la nature unilatérale d'un acte » auquel il ne faut pas accorder de valeur absolue⁸⁶⁹. Certes, l'acte par lequel une volonté unique aura été exprimée aura de grandes chances d'être un acte unilatéral. Mais pour confirmer cette qualification instinctive, il serait nécessaire de « dépass[er] les indications fournies par ces éléments purement descriptifs pour pénétrer plus avant dans la structure de l'acte unilatéral, dont le véritable caractère spécifique est un élément substantiel qui touche au fond du droit »⁸⁷⁰. Ainsi, selon Monsieur Martin de la Moutte, il est nécessaire de recourir, par la suite, à un critère substantiel : l'acte unilatéral exprime l'intérêt d'une partie unique⁸⁷¹, lorsque le contrat révèle « toujours la conciliation de deux ou plusieurs intérêts contradictoires », et comporte donc toujours, au minimum, deux parties distinctes⁸⁷². L'auteur reconnaît toutefois qu'il est concevable qu'un acte unilatéral opère la conciliation « d'intérêts non pas contradictoires, mais distincts et parallèles ». C'est le cas notamment lorsque plusieurs copropriétaires ou héritiers renoncent collectivement à leurs droits. Dans ces hypothèses, l'on pourrait donc se demander si l'acte ne comporterait pas une pluralité de parties. Toutefois, Monsieur Martin de la Moutte apporte une réponse négative à cette interrogation en considérant que la coexistence de ces différents intérêts, sans former un acte unilatéral multipartite, cache, en réalité « une pluralité d'actes unilatéraux distincts »⁸⁷³. En conclusion, pour qualifier un acte d'unilatéral, et sur ce point, l'auteur rejoint la pensée de Demogue⁸⁷⁴, il faudrait se référer non au nombre des volontés, mais à celui des parties⁸⁷⁵ : l'acte sera ainsi unilatéral si l'on est en mesure de démontrer l'« existence d'une partie unique », celle-ci étant entendue comme « un individu qui exprime par cet acte un intérêt juridique direct »⁸⁷⁶. Il en tire alors deux conclusions : l'acte ne pourra être qualifié d'unilatéral si, malgré l'intervention d'une volonté unique, celle-ci exprime des intérêts contradictoires⁸⁷⁷. À l'inverse, un acte peut prétendre à une telle qualification si deux volontés expriment un seul et même intérêt, comme c'est le cas des décisions émanant

⁸⁶⁹ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 40, n°30 ; Sur ce point, V. ENCINAS DE MUNAGORRI R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, p. 89, n°79 et s.

⁸⁷⁰ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 40, n°30.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 44, n°34.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 43, n°33.

⁸⁷³ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 45, n°35 ; Dans le même sens, V. MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 373, n°360.

⁸⁷⁴ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, I, Sources des obligations*, t. 1, Rousseau et Cie Éditeurs, 1923, p. 40, n°16 ter. Demogue affirmait déjà que « pour savoir si un acte est unilatéral, [il faut] considérer le nombre de parties, non de volontés ».

⁸⁷⁵ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 48, n°40.

⁸⁷⁶ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 42, n°32.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 48 et s., n°41 et s.

notamment de la collectivité des associés⁸⁷⁸. Simples en apparence, les critères utilisés par Monsieur Martin de la Moutte font en réalité naître certaines interrogations, quelques auteurs ayant notamment souligné ce qu'ils considèrent être une confusion entre les différentes notions d'« intérêt » et de « partie », ces deux termes semblant être employés indistinctement⁸⁷⁹.

191. La réception de la proposition de Monsieur Martin de la Moutte par la doctrine – D'aucuns se sont donc montrés critiques à l'égard de cette proposition⁸⁸⁰. À ce titre, le Professeur Hébraud estime que les conclusions de Monsieur Martin de la Moutte ne sont guère convaincantes, et qu'il serait préférable de conserver « la définition la plus simple et la plus habituelle, fondée sur la présence d'une seule volonté »⁸⁸¹. Le Professeur Encinas de Munagorri semble également critiquer l'utilisation du critère substantiel utilisé par Monsieur Martin de la Moutte. Après avoir démontré l'imprécision des notions de « partie » et d'« intérêt », il affirme en effet que « si l'unicité de "la partie" entraîne l'unicité de "l'intérêt", la réciproque n'est pas toujours vraie : l'intérêt unique ne désigne pas forcément l'existence d'une seule partie »⁸⁸².

Ces critères de distinction ont toutefois été assez largement repris par la doctrine. Certains auteurs ont par exemple expliqué que, tandis que le contrat « résulte de la rencontre des volontés des parties qui doivent être au moins deux, l'acte unilatéral est l'œuvre d'une volonté unique et d'une partie unique »⁸⁸³. Le Professeur Hauser, dans sa thèse de doctorat, reprend notamment les conclusions de Monsieur Martin de la Moutte⁸⁸⁴, alors que le Professeur Najjar considère comme un point « acquis » le fait que l'acte unilatéral ne fasse intervenir qu'une volonté unique tout en exprimant l'intérêt d'une seule partie⁸⁸⁵. Enfin, si le Professeur Cabrillac se distingue de Monsieur Martin de la Moutte quant à la définition accordée à la notion de « partie »⁸⁸⁶, il le rejoint toutefois sur un point : c'est le nombre de parties (ou d'intérêts) qui

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 51 et s., n°43 et s.

⁸⁷⁹ V. not. ENCINAS DE MUNAGORRI R., *th. préc.*, p. 89 et 90, n°79 et s.

⁸⁸⁰ Pour un aperçu des critiques formulées à l'encontre de la proposition de Martin de la Moutte, V. not. ENCINAS DE MUNAGORRI R., *th. préc.*, p. 89, n°80 et s.

⁸⁸¹ HÉBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Jacques Maury*, 1960, t. 2, p. 439, note 48 bis.

⁸⁸² ENCINAS DE MUNAGORRI R., *th. préc.*, p. 90, n°80.

⁸⁸³ MARTY G. et P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 373, n°360.

⁸⁸⁴ HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. Raynaud, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, p. 42 et 43, n°32.

⁸⁸⁵ NAJJAR I., *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 219 et s., n°204.

⁸⁸⁶ M. Martin de la Moutte définit la partie comme « l'individu qui exprime un intérêt juridique direct » : MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 42, n°32. En revanche, le Professeur Cabrillac considère la partie comme « une personne ou un groupe de personnes réunies au sein d'un unique intérêt » : CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit français*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1990, p. 50, n°99 ; Nous

doit être érigé en critère de distinction entre l'acte unilatéral et le contrat⁸⁸⁷. Ainsi, « tandis que [l'acte unilatéral] est formé par une partie exprimant un intérêt unique, le [contrat] est conclu par au moins deux parties représentant des intérêts distincts »⁸⁸⁸.

192. Le nombre d'intérêts au contrat comme critère principal de distinction – Une notion importante semble alors se dégager lors de l'étude de l'acte juridique : l'intérêt des parties. Celui-ci correspond, dans l'acte juridique, « à la ou les situations juridiques engendrées par cet acte »⁸⁸⁹. Il s'agit alors de concevoir le contrat comme le lieu d'une « opposition d'intérêts [entendue] comme un simple antagonisme de situations engendrées par l'acte »⁸⁹⁰ : celui-ci oppose l'intérêt du créancier à celui du débiteur. À l'inverse, l'acte unilatéral ne fera intervenir qu'un seul intérêt. Néanmoins, la réflexion n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît. En effet, comme certains l'ont souligné, rien ne s'oppose à ce que plusieurs personnes aient un même intérêt, et il n'est pas non plus exclu que les différentes parties à un contrat aient un intérêt convergent, ne serait-ce que « l'intérêt unique à conclure »⁸⁹¹. Il semble ainsi impossible d'évincer, de manière automatique, la qualification d'acte unilatéral lorsque celui-ci fait intervenir une pluralité de personnes puisqu'il n'existe aucune corrélation entre le nombre de personnes et d'intérêts. Schématiquement, et si l'on ne s'intéresse, pour le moment, qu'à ce seul critère de distinction, il sera nécessaire de conclure à l'existence d'un contrat lorsque les différents individus auront des intérêts convergents voire identiques, puisqu'on pourra alors découvrir plusieurs intérêts⁸⁹². Mais il faudra, en revanche, aboutir à la qualification d'acte unilatéral lorsqu'il existera un intérêt « unique »⁸⁹³, quand bien même une pluralité d'individus seraient regroupés au sein d'une même partie⁸⁹⁴. À titre d'illustration, les associés d'une société ont tous un intérêt personnel à créer cette personne morale. Cet intérêt est commun à tous les contractants (ils s'associent pour réaliser un bénéfice), mais puisqu'il existe autant d'intérêts personnels que d'associés, l'on ne peut découvrir la présence d'un intérêt unique. Le critère de distinction entre le contrat et l'acte unilatéral est alors celui du nombre, non pas des volontés

aurons l'occasion de revenir sur la définition de la notion de « partie ». V. *infra*, n°447 et s.

⁸⁸⁷ CORNU G., *Droit civil - Introduction au droit*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, p. 73, n°126.

⁸⁸⁸ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 86, n°89.

⁸⁸⁹ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 44, n°87.

⁸⁹⁰ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 45, n°90.

⁸⁹¹ ENCINAS DE MUNAGORRI R., *th. préc.*, p. 90, n°80.

⁸⁹² L'existence d'intérêts convergents (voire identiques) ne doit pas être assimilée à l'intérêt unique. Lorsque les intérêts sont convergents, c'est bien que, par définition, il y a plusieurs intérêts. V. *infra*, n°468.

⁸⁹³ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 95 et 96, n°100.

⁸⁹⁴ Il peut, en effet, exister des « parties plures ». Sur ce point, V. *infra*, n°464 et s.

(ou de personnes) comme la doctrine classique l'expliquait⁸⁹⁵, mais d'intérêts en présence⁸⁹⁶, une pluralité d'individus pouvant être regroupés au sein d'une même partie ayant un unique intérêt⁸⁹⁷.

Ces réflexions prennent une résonance particulière lorsque l'on s'intéresse aux techniques de partage. En effet, au sein de ces pratiques, les individus ne recherchent pas uniquement un intérêt égoïste, mais agissent également dans l'intérêt de la communauté. Dans la relation entre *Primus* et *Secundus*, il existe, chez l'un comme chez l'autre, la volonté de satisfaire les besoins de la communauté et d'atteindre les idéaux fixés dont la vocation est de rendre meilleure la société. Par conséquent, puisque la multiplicité des individus ne semble pas faire obstacle à la qualification d'acte unilatéral, et ne permet donc pas de trancher définitivement, à ce stade, les interrogations relatives à la nature des techniques de partage, il convient d'étudier plus avant les éléments qui permettraient de faire pencher la balance du côté de la catégorie des actes unilatéraux. La question se pose alors en ces termes : ne pourrait-on pas déceler, dans le partage, les signes d'un acte juridique conclu par une pluralité de personnes en vue de satisfaire un intérêt unique, celui de la communauté ? Afin de tenter d'apporter une réponse à cette interrogation, c'est vers la théorie de l'acte collectif qu'il nous faut regarder.

193. L'acte unilatéral collectif ou « complexe » – Les actes unilatéraux ne pourraient, selon certains auteurs, se réduire à la catégorie classiquement étudiée des actes juridiques unilatéraux conclus par une seule partie en vue de satisfaire un intérêt unique. La multiplicité des personnes n'étant pas un obstacle dirimant à la qualification d'acte unilatéral, rien n'empêcherait celles-ci de conclure un acte unilatéral collectif⁸⁹⁸. En effet, il existerait, à côté de l'acception classique

⁸⁹⁵ V. not. CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue 2000, p. 47 et s., n°14 et s.

⁸⁹⁶ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 41 et s., n°31 et s. ; CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 30 et s., n°56 et s. ; J. Martin de la Moutte et le Professeur Cabrillac se rejoignent quant à la nécessité de faire, du critère de l'intérêt, un élément essentiel de la distinction entre les actes unilatéraux et les contrats.

⁸⁹⁷ MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988, p. 90 et 91, n°96 : « ce qui distingue l'acte bilatéral de l'acte unilatéral c'est moins la dualité des volontés que la dualité des parties, c'est-à-dire la dualité des intérêts » ; CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 82 et s., n°83 et s. ; CABRILLAC R., *th. préc.* ; *contra*, CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 47, n°14 : « suivant qu'ils émanent d'une seule volonté ou de deux (ou plusieurs) volontés, on distingue les actes juridiques unilatéraux et bilatéraux (ou plurilatéraux) ». Dans le même sens, V. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 503, n°489. Les auteurs définissent explicitement l'acte unilatéral comme celui qui « est une manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit » ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 93, n°82 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 49 et s., n°62 et s.

⁸⁹⁸ AUBERT J.-L., *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Librairie générale de

desdits actes, des actes juridiques complexes, qui ne pourraient être qualifiés de contractuels malgré l'existence d'une pluralité d'individus. L'origine de ces réflexions remonte aux travaux des doctrines allemandes et italiennes⁸⁹⁹ sur la catégories d'actes intermédiaires entre le contrat et l'acte unilatéral classique que les juristes allemands appellent « *Vereinbarung* »⁹⁰⁰.

Certains auteurs français se sont par la suite réappropriés ces notions en désignant généralement le type d'actes en question sous l'expression d'« actes complexes ». C'est à deux figures emblématiques du droit public que nous devons les premiers développements venant importer et développer la théorie de la *Vereinbarung* en droit français. Hauriou reprend cette notion en 1899⁹⁰¹, lorsque Duguit la développe en 1901 dans une partie d'ouvrage consacrée à la volonté des gouvernants⁹⁰². Ce dernier explique que « les volontés qui, dans un but de droit, se manifestent concurremment, pourraient, dans certains cas, aboutir à autre chose qu'à un contrat et constituer ce que nous appellerons une collaboration. L'effet de droit ne résulterait pas alors de deux ou plusieurs volontés contractantes, mais de deux ou plusieurs volontés collaborantes »⁹⁰³. Il estime ainsi que les applications de la théorie allemande de la *Vereinbarung* sont multiples en droit français puisque, selon lui, les associations de droit privé, ainsi que les sociétés commerciales (et particulièrement les sociétés par actions), se forment par *Vereinbarung*. De la même manière, l'on retrouve cette notion dans la mitoyenneté, la cotutelle, mais aussi dans le droit international ou le droit public, où les lois votées par le Parlement seraient également le résultat d'une *Vereinbarung*⁹⁰⁴.

Monsieur de Bézins a, par la suite, magistralement repris et synthétisé les différents travaux sur cette théorie. Il explique ainsi qu'il faut tenir compte de deux éléments pour pouvoir découvrir un acte complexe. Premièrement, malgré la présence de plusieurs volontés, les actes complexes dont il est ici question ne sont pas des contrats⁹⁰⁵. En effet, le contrat permet de mettre fin à la lutte d'intérêts entre chaque partie en présence, puisque chacune d'elles poursuit

droit et de jurisprudence, 1970, p. 160 et 161, n°169.

⁸⁹⁹ Sur ce point, V. not. LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, p. 66, n°82. Pour un exposé des opinions des auteurs allemands sur la théorie de l'acte complexe V. DE BÉZINS G., « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », in *Recueil de législation de Toulouse - Deuxième série* - t. 1, 1905, p. 289 et s., spéc. p. 293 et s., n°3. Pour plus de précisions s'agissant de la doctrine italienne, V. ROUJOU DE BOUBÉE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, p. 183 et s.

⁹⁰⁰ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Editeurs, 1923, p. 147 et s., n°546.

⁹⁰¹ HAURIOU M., *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, L. Larose, 1899.

⁹⁰² DUGUIT L., *L'État : le droit objectif et la loi positive*, coll. Études de droit public, Dalloz, 2003, p. 394 et s.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 395.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 398 et 399.

⁹⁰⁵ DE BÉZINS G., *art. préc.*, p. 289 et s., spéc. p. 297 et s., n°4.

un intérêt opposé à celui de son cocontractant. En revanche, au sein des actes unilatéraux complexes, l'on serait bien en peine de caractériser une telle confrontation puisque si plusieurs personnes prennent effectivement part à la formation de l'acte, elles ne forment en réalité qu'une seule et même partie : chaque personne « fait la même déclaration de volonté, pour accomplir un acte unique, en vue de la satisfaction d'un intérêt unique »⁹⁰⁶. Brondi expliquait justement en ces termes la distinction entre l'acte unilatéral complexe et le contrat, en considérant que le dernier a pour caractéristique le « croisement des volontés », lorsque le « parallélisme des volontés » caractérise le premier⁹⁰⁷. Deuxièmement, ledit acte complexe n'est pas la somme des déclarations individuelles de volonté, mais leur produit. Les différentes volontés individuelles disparaissent pour laisser la place à une « déclaration de volonté nouvelle, unique, distincte des déclarations constitutives ». Autrement dit, « chaque élément a perdu son individualité, et de l'ensemble est né un nouveau corps composé »⁹⁰⁸.

Plus tard, la théorie de l'acte unilatéral complexe sera reprise par Demogue⁹⁰⁹ qui parlera, quant à lui, d'« actes unilatéraux collectifs ». L'on retrouve également cette notion sous la plume de Messieurs Martin de la Moutte⁹¹⁰ et Roujou de Boubée⁹¹¹ ou, plus récemment, dans les écrits des Professeurs Marty et Raynaud⁹¹² ou Flour, Aubert et Savaux⁹¹³. Toutefois, il semble que les auteurs s'intéressant à l'acte unilatéral collectif envisagent bien souvent le recours à cette notion dans des hypothèses où les différentes volontés expriment, en réalité, l'intérêt d'une entité juridique distincte des individus. À ce titre, Monsieur Martin de la Moutte

⁹⁰⁶ *Ibid.*, spéc. p. 298, n°4.

⁹⁰⁷ Sur ce point V. BRONDI, « l'Alto complesso nel diritto pubblico », in *Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento*, 1898, p. 573 cité par DE BÉZINS G., *art. préc.*, p. 299.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 289 et s., spéc. p. 304, n°5. Sur ce point, Duguit émet une réserve en refusant que les différentes volontés n'en forment plus qu'une et en affirmant qu'il « reste toujours autant de volontés autonomes et distinctes qu'il y a d'individus » DUGUIT L., *op. cit.*, p. 397 et 398.

⁹⁰⁹ DEMOGUE R., *op. cit.*, p. 34 et s., n°16 et s. Pour Demogue, il s'agit d'actes pour lesquels « chaque contractant a un intérêt propre, mais ayant le même aspect par rapport à tous les autres. Vis-à-vis de chacun il a le même désir de part importante de bénéfiques » (p. 41, n°16 sext).

⁹¹⁰ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 51 et s., n°44 et s.

⁹¹¹ ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, p. 31 et s. L'auteur explique que l'acte collectif doit s'entendre simplement de l'acte à formation collective qui est un « accord de volontés tendant au même but » (p. 31), et non de l'acte à effet collectif. Toutefois, si Monsieur Roujou de Boubée étudie l'acte collectif, il le distingue clairement du contrat et de l'acte unilatéral en considérant qu'il doit s'agir d'une catégorie supplémentaire venant s'adjoindre aux deux premières (V. not. p. 17).

⁹¹² MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 378 et s., n°367 et s. Les Professeurs Marty et Raynaud estiment qu'il faut faire une place, à côté du contrat et de l'acte unilatéral, à une autre catégorie d'actes juridiques : les actes collectifs. Ces derniers se subdivisent en actes unilatéraux collectifs et en actes multilatéraux collectifs.

⁹¹³ FLOUR J., J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 519 et s., n°504 et s. De manière identique aux Professeurs Marty et Raynaud, les auteurs considèrent ici que les actes collectifs peuvent être des actes unilatéraux collectifs ou des conventions collectives .

explique que, dans ce type d'actes, « les volontés [...] inclinent toutes dans le même sens pour exprimer en somme l'intérêt unique d'une *entité juridique distincte* des individus qui la composent »⁹¹⁴. De manière identique, Monsieur Roujou de Boubée explique que les volontés poursuivent un but identique car « elles sont toutes orientées vers la création d'une personne morale nouvelle »⁹¹⁵. Cette notion est ainsi notamment utilisée pour désigner les actes constitutifs d'une personne morale⁹¹⁶.

194. La définition retenue de l'acte unilatéral – Sans entrer plus avant dans le débat sur la nature et la définition de l'acte juridique unilatéral (individuel ou collectif) qui a déjà occupé les plumes les plus brillantes, il nous est possible d'estimer, avec le Doyen Cornu, qu'il s'agit de « l'acte accompli par une seule personne ou par plusieurs personnes dans la considération d'un *même intérêt*, en vue de produire un effet de droit »⁹¹⁷. Cette définition a pour avantage de reprendre le critère de l'intérêt unique qui semble intimement lié à la notion d'acte unilatéral, sans toutefois réduire cette catégorie aux seuls actes passés par une unique personne. Rien ne s'oppose à ce qu'une pluralité d'individus réunis par la recherche d'un même intérêt, passent un acte unilatéral en s'engageant par leur seule volonté. Ainsi, il ne peut y avoir acte unilatéral, et l'on sera en présence d'un contrat, dès lors que plusieurs volontés exprimant chacune un intérêt se seront rencontrées. Dès lors, il nous paraît difficilement concevable de rattacher les opérations de partage, à la catégorie des actes juridiques unilatéraux.

B. L'impossible assimilation des techniques de partage aux actes unilatéraux

195. Les techniques de partage : actes unilatéraux ou véritables contrats ? – Une fois la définition de l'acte unilatéral explicitée, il convient de s'interroger sur la qualification des techniques de partage, afin de savoir si cette dernière pourrait leur être appliquée. Certains aspects des actes unilatéraux et, plus précisément, des actes unilatéraux complexes, peuvent faire écho à ce que l'on retrouve au sein de l'économie de partage, notamment s'agissant de la pluralité d'individus réunis par la recherche d'un intérêt unique. Toutefois, une telle qualification, qu'il s'agisse de l'acte unilatéral classique ou collectif, ne semble guère résister

⁹¹⁴ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 52, n°44.

⁹¹⁵ ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, p. 57.

⁹¹⁶ FLOUR J., J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 520, n°507.

⁹¹⁷ CORNU G. (dir.), *V° « Acte unilatéral », Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 22.

à l'analyse, les techniques de partage paraissant, définitivement, devoir être exclues de la catégorie des actes unilatéraux.

196. Le rejet de la qualification d'acte unilatéral individuel – Si l'on apprécie individuellement chaque opération passée dans le cadre des communautés de partage, l'on remarque que *Primus* va pouvoir obtenir de *Secundus* un bien, un service ou un savoir-faire lorsque *Secundus* pourra demander à *Tertius* une contreprestation en échange de ce qu'il a fait pour *Primus*. Ces opérations se réalisent de manière circulaire dans le cadre de la communauté, et permettent à chacun d'obtenir quelque chose sans devoir trouver un membre de la communauté avec lequel il aurait des besoins réciproques. Il est donc de l'essence des techniques de partage de mettre en relation des personnes dont les intérêts divergent : *a priori*, l'intérêt de *Primus* n'est pas le même que celui de *Secundus* puisque, si *Primus* obtient effectivement quelque chose de *Secundus*, l'intérêt de ce dernier réside dans la possibilité d'aller demander une contrepartie à *Tertius*. Par conséquent, il est impossible d'y découvrir le signe d'un acte unilatéral individuel. Il existe effectivement deux personnes, et si cela pourrait potentiellement permettre de qualifier un acte unilatéral collectif, il est en revanche impossible de considérer que l'acte en question est un acte unilatéral classique grâce auquel une personne s'engage, par sa seule volonté, à l'égard de quelqu'un d'autre en vue de produire des effets de droit.

Au-delà de cette première difficulté, il serait artificiel d'affirmer que les parties agissent pour la satisfaction d'un intérêt unique. Il faudrait, en effet, considérer que chacune n'agit que pour la satisfaction de l'intérêt de la communauté. Or, si l'on examine isolément chaque opération, l'on est bien en peine d'identifier cet intérêt unique. S'il est vrai que la recherche de l'intérêt de la communauté fait partie, à part entière, des motivations des parties, il n'en demeure pas moins que, dans chaque opération individuelle, celles-ci cherchent à satisfaire aussi un intérêt personnel. Lorsque *Primus* demande à *Secundus* de lui prêter sa tondeuse, et que, par la suite, *Secundus* fait appel à *Tertius* pour réaliser des travaux de bricolage, c'est dans le prêt du bien et la réalisation de la prestation que l'intérêt d'une des parties se trouve. Certes, par la réalisation de ces opérations, elles font vivre la communauté⁹¹⁸. Toutefois, c'est parce que *Secundus* sait qu'il pourra demander à *Tertius* un bien ou un service, qu'il prête à *Primus* sa tondeuse. De manière identique, c'est le prêt de celle-ci qui intéresse immédiatement *Primus*.

⁹¹⁸ Sur la succession des opérations interindividuelles donnant lieu aux relations de partage, V. *infra*, n°301 et s., spéc. n°422 et s.

Chaque partie retire donc, de l'opération, un bénéfice personnel et distinct de l'intérêt plus général de la communauté. Par conséquent, puisqu'il semble impossible de faire ressortir un intérêt unique dans l'appréciation individuelle des opérations, il est inconcevable d'aboutir à la qualification d'acte unilatéral individuel pour les différents échanges circulaires réalisés par les membres tout au long de la vie de la communauté.

En revanche, il est permis de s'interroger sur la qualification d'acte unilatéral collectif si l'on s'extrait d'une appréciation individualisée des opérations pour lui préférer une analyse plus globale en s'intéressant à l'acte fondateur des communautés.

197. Le refus de voir, dans l'acte fondateur des communautés, le signe d'un acte unilatéral collectif – Il ne faut pas oublier que l'économie de partage permet à une pluralité d'individus de se regrouper, au sein d'une communauté, afin de promouvoir l'entraide, la collaboration, une consommation durable, *etc.* Ainsi, l'enrichissement personnel n'est pas la motivation première des parties, qui cherchent, avant tout, à recréer du lien social et à favoriser un esprit de solidarité. Dès lors, la recherche de l'intérêt collectif pourrait faire écho au but unique recherché par les parties à un acte unilatéral collectif. Il existe effectivement une pluralité de personnes qui se regroupent afin de satisfaire un même intérêt : celui de la communauté. Sans cette recherche de l'intérêt collectif, les communautés de partage perdent une partie de leur intérêt, le système marchand permettant alors de satisfaire globalement les motivations égoïstes de chacun⁹¹⁹. Par conséquent, pourquoi ne pas considérer que l'acte fondateur de la communauté est un acte unilatéral collectif ?

Pour parvenir à une telle conclusion, il serait alors nécessaire de considérer globalement la situation. Il est vrai que, lors de la création de la communauté, les différents membres agissent dans un but unique : la satisfaction de l'intérêt collectif. Il est également possible, en théorie, d'estimer que cette multitude d'individus ne forme finalement qu'une partie : la communauté. Ainsi, l'on serait effectivement en présence d'une partie unique mais plurale (la communauté formée par l'ensemble de ses membres) poursuivant un but unique : la satisfaction de son intérêt. Une telle construction serait, au demeurant, assez proche de ce que décrivaient les Doyens Hauriou et Duguit lorsque ces derniers parlaient de collaboration, puisque les

⁹¹⁹ Notons toutefois que les contractants ont également un intérêt personnel à entrer dans une communauté qui ne se limite pas à la satisfaction de l'intérêt collectif : les échanges économiques de partage permettent d'obtenir des biens et des services à un coût moindre que dans l'économie classique. Ainsi, l'absence de recherche de l'intérêt collectif ne prive pas totalement de sens l'existence des communautés, l'adhésion à celles-ci permettant de consommer dans des conditions économiques plus favorables que le système capitaliste classique.

différentes parties s'agrègent et se réunissent pour collaborer à la réussite d'un projet commun. Dès lors, puisque « la *Vereinbarung* est un concours de volontés en vue de satisfaire des intérêts communs », lorsque « le contrat est un concours de volontés en vue de satisfaire des intérêts contradictoires, ou du moins non concordants »⁹²⁰, l'acte de volonté par lequel les individus créent la communauté pourrait être un acte unilatéral complexe.

Toutefois, le raisonnement se heurte à certains obstacles. Même s'il ne s'agit pas là d'une difficulté insoluble, il faut, pour valider cette impression, admettre l'existence d'un acte fondateur de la communauté. Or, s'il est difficilement contestable qu'un tel acte existe, peut-on pour autant affirmer qu'il s'agit d'un acte unilatéral collectif et non d'un contrat ? Rien n'est moins sûr. En effet, si l'acte fondateur est un acte unilatéral, cela ne résout pas la question de savoir ce que sont les différents actes passés entre les membres et où chacun recouvre son autonomie pour poursuivre son intérêt propre. Il n'est certes pas impossible qu'un acte unilatéral crée un état de fait et que, par la suite, des situations différentes soient créées pour chacune des entités. Duguit lui-même l'admettait en affirmant que, si « les deux volontés collaborantes veulent la même chose », cela n'exclut pas qu'« indirectement, l'effet de ces volontés, pris séparément, [soit] différent ». Dans ce cas, la diversité de situations ne résultera plus de la *Vereinbarung* mais « d'un acte juridique qui peut intervenir postérieurement et qui est provoqué par la situation résultant des vœux identiques »⁹²¹. L'on pourrait donc admettre qu'un acte unilatéral collectif fonde la communauté et que, par la suite, celui-ci permette la création d'une multitude d'actes juridiques différents. En cela, le refus précédent de voir, dans les opérations réalisées entre les membres, des actes unilatéraux, pourrait être maintenu. Il n'y aurait donc pas de contradiction, mais une analyse différente portant sur deux types d'actes : l'acte fondateur, et les opérations *inter partes* subséquentes.

Malgré tout, le rapprochement avec la situation de l'acte unilatéral collectif n'est peut-être pas le plus pertinent. À ce titre, le Professeur Suzanne Lequette, dans sa thèse de doctorat, refuse de voir, dans l'acte fondateur d'une société, un acte unilatéral complexe plutôt qu'un contrat. Certes, les associés se réunissent, au départ, « dans un intérêt économique unique » afin de réaliser un projet commun. En cela, le contrat de société opère une fusion des différents intérêts. Toutefois, une fois cette phase terminée, il procède à « l'éclatement de l'intérêt collectif en des intérêts économiques individuels distincts »⁹²². L'acte fondateur de la société

⁹²⁰ DUGUIT L., *op. cit.*, p. 396.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 397.

⁹²² LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 70, n°85.

vient ainsi fusionner les intérêts économiques des associés dans un intérêt unique mais, une fois l'opération de concentration terminée, les différents intérêts redeviennent autonomes, chaque associé agissant pour satisfaire son intérêt personnel. Dès lors, c'est à un contrat que l'on a affaire dans la mesure où, la fonction essentielle de ce dernier est de « lier des intérêts distincts », ce que fait effectivement le contrat de société. Certes, il réunit, dans l'intérêt collectif, les intérêts individuels de chaque associé. Toutefois, la répartition des bénéfices qui s'opérera par la suite met en lumière la préservation du caractère distinct des intérêts de chacun. Ceux-ci ne sont pas totalement absorbés par l'opération de concentration. Simplement, au lieu de lier « directement et frontalement » les différents intérêts comme dans un contrat-permutation classique⁹²³, la « liaison s'opère par le truchement d'un intérêt collectif unique »⁹²⁴. Refusant donc de voir, dans l'acte fondateur de la société, un acte unilatéral collectif, le Professeur Lequette lui préfère la qualification de contrat-concentration. Pour notre part, sans trancher immédiatement sur la nature de l'acte fondateur de la communauté ou sur celle des contrats subséquents, nous rejetons également la qualification d'acte unilatéral complexe. En effet, il semble que le raisonnement puisse être transposé aux techniques de partage, puisqu'il paraît impossible de considérer que l'acte fondateur de la communauté fasse disparaître les intérêts individuels de ses membres. De la même manière que le contrat de société permet de regrouper différents individus qui poursuivent un but commun, l'acte fondateur des communautés de partage réunit ses membres grâce à la recherche de l'intérêt collectif. En revanche, cette opération de concentration ne fait pas disparaître les intérêts individuels de chacun puisque, une fois cette première étape terminée, les individus pourront tous tenter de tirer le meilleur parti de la communauté. Plus encore, à la différence de la société qui réalise une véritable opération de concentration, le partage donnera naissance à une succession de permutations dans la mesure où chaque partie agira pour recevoir, d'une autre, un bien ou un

⁹²³ La permutation se définit classiquement par référence aux travaux du Professeur Didier, comme l'opération « au terme de laquelle le bien de A se trouve dans les mains de B et le bien de B entre les mains de A ». Il s'oppose, alors, au contrat-organisation qui « institu[e] une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là étaient propres et les emploient à une activité conjointe ». Par conséquent, « le premier type de contrat établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger ». V. DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz - PUF - Juris-classeur, 1999, p. 635 et s., spéc. p. 636. Le terme permutation est toutefois trompeur, car en faisant référence à un mouvement réciproque entre deux parties, il exclut les contrats unilatéraux, lorsque la référence au transfert d'un bien semble également rejeter les contrats portant sur des services de la sphère des permutations. Les permutations sont, en réalité, une espèce de commutations. Celles-ci correspondent à une catégorie plus large et renvoient à l'ensemble des contrats permettant un transfert bilatéral ou unilatéral de valeurs.

⁹²⁴ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 70, n°85.

service. Nous sommes donc face à une figure hybride qui mêle, en son sein, la recherche de l'intérêt collectif grâce à la concentration des individus, mais également la poursuite de l'intérêt personnel de chacun : mi-concentration, mi-permutation, les techniques de partage quelles qu'elles soient ne peuvent définitivement être rattachées à la catégorie des actes juridiques unilatéraux. C'est donc vers la qualification contractuelle que nous devons nous tourner.

§ 2 : Les techniques de partage : des contrats unilatéraux au regard du droit positif

198. La qualification des techniques de partage – Après avoir démontré le caractère inapproprié de la qualification d'acte unilatéral pour saisir les techniques de partage, il semble nécessaire de faire entrer les opérations en cause dans la sphère contractuelle (A) et, plus précisément, de les rattacher, pour l'heure, à la catégorie des contrats unilatéraux (B).

A. La nécessaire qualification contractuelle des techniques de partage

199. L'appréhension de la notion de contrat par le Code civil – Il convient de noter, à titre liminaire, qu'à l'origine le contrat n'est pas un synonyme de « convention », bien que ces deux termes soient généralement employés indistinctement⁹²⁵. La convention est le genre, le contrat lui n'est qu'une espèce⁹²⁶. Il s'agit plus précisément d'une convention particulière qui a pour effet de produire des obligations. Sur ce point, Pothier s'affranchit de la définition des jurisconsultes romains (*Conventio nomen habens a jure civili, vel causam*) pour estimer qu'il s'agit d'une « convention par laquelle deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁹²⁷. Par conséquent, il faudrait exclure de la sphère contractuelle les accords de volontés qui n'interviennent pas pour créer des obligations, mais pour les anéantir ou les modifier. Ces engagements seraient ainsi effectivement des conventions, mais ne pourraient être qualifiés de contrats⁹²⁸. Toutefois, la présente distinction n'a guère été utilisée. Si certains auteurs rappellent, à titre introductif, la différence entre le contrat et la convention,

⁹²⁵ MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 49, n°52.

⁹²⁶ POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, t. 1, 1821, p. 98. Dans le même sens, Domat estime que le « mot de convention est un nom assez général, qui comprend toute sorte de contrats, traités, & pactes de toute nature ». V. DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2nd éd., Chez Pierre Auboin, Pierre Emery, Charles Clouzier, 1697, Partie I, Titre 1, Section 1, p. 63 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 3, n°2 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 70 et s., n°79 et 80.

⁹²⁷ POTHIER R.-J., *op. cit.*, p. 80 et 81.

⁹²⁸ BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des obligations*, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 3^{ème} éd., 1906 p. 5, n°7.

d'autres préfèrent ne pas s'en embarrasser en affirmant qu'une telle subtilité « ne présente aucun intérêt soit théorique, soit pratique »⁹²⁹. Quoiqu'il en soit, la nouvelle définition du Code civil semble avoir mis un terme à ces différentes discussions en intégrant, dans la définition du contrat, les conventions que les anciens auteurs excluaient de cette catégorie. Si celui-ci était défini, avant l'ordonnance de 2016, comme « la 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 » (art. 1101 anc. C. civ.), il n'est désormais plus uniquement un acte créateur d'obligations⁹³⁰. Dorénavant, l'article 1101 nouveau dispose que « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à *créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Ainsi, les actes ne créant pas directement d'obligation mais venant les éteindre ou les modifier, ont dorénavant leur place au sein de la qualification contractuelle.

Est-ce à dire, pour autant, que cette nouvelle définition suffise à cerner les contours de la notion de contrat ? En réalité, si cette définition a effectivement fait l'objet de quelques modifications que nous venons d'évoquer, elle n'a toutefois pas réellement été modernisée et reste encore largement insuffisante pour appréhender la notion de contrat⁹³¹. À ce titre, certains n'ont pas manqué de faire remarquer que « la réforme de 2016 est un bel exemple d'occasion manquée »⁹³². Dès lors, pour tenter de saisir au mieux cette notion afin de confirmer la nature contractuelle des opérations de partage, il nous paraît nécessaire de s'arrêter, quelques instants, sur les différents traits caractéristiques de cette qualification. Plusieurs critères peuvent ainsi être mis au jour.

200. Le critère formel : la rencontre des volontés – Ce premier élément ressort directement de la définition donnée par le Code civil et était déjà présent en droit romain⁹³³ où l'on définissait le contrat comme « l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique »⁹³⁴. Pour être en présence d'un contrat, il est donc impératif que plusieurs volontés se soient rencontrées. Cela découle de l'étymologie du terme convention, dérivé du latin « *convenire* » qui signifie « venir ensemble »⁹³⁵, ce qui renvoie à la notion d'accord. Ainsi,

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 5, n°7.

⁹³⁰ MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 69, n°71.

⁹³¹ Pour une critique plus approfondie de la nouvelle définition du contrat V. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 88 et s., n°78 et s.

⁹³² *Ibid.*, p. 91, n°79.

⁹³³ TALANDIER A., *De l'engagement par volonté unilatérale*, Th. Toulouse, 1912, p. 2.

⁹³⁴ AUBRY et RAU par FALCIMAIGNE C., *Droit civil français*, t. IV, 5^{ème} éd., 1902, p. 466.

⁹³⁵ GOELZER H., « Convenir », *Dictionnaire latin*, Garnier, 1928, p. 176.

conclure un contrat nécessite que les parties s'accordent sur quelque chose. Cet accord des volontés est un élément essentiel à la qualification d'un contrat. Le Professeur Ghestin explique en ce sens que « l'accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats dont elle constitue ainsi le critère »⁹³⁶. Notons dès à présent que les volontés doivent être extériorisées puisque la simple intention, dépourvue d'effet juridique, ne suffit pas à caractériser le contrat⁹³⁷. La manifestation de volonté peut alors se définir comme « l'action d'exprimer sa volonté (par écrit, oralement ou même tacitement) en vue d'un effet de droit »⁹³⁸. Ce premier critère de définition ne semble pas poser, outre mesure, de difficulté. Il est admis par l'ensemble des auteurs qui expliquent que la rencontre des volontés est à la base de tout engagement contractuel⁹³⁹. Or, en matière de partage, l'on peut, sans difficulté, découvrir un échange de volontés, que ce soit dans les opérations passées entre les différents membres de la communauté ou dans l'acte fondateur de cette dernière. En revanche, la question est plus délicate lorsque l'on s'intéresse à un critère plus substantiel, celui de l'intérêt au contrat.

201. Le critère substantiel - l'intérêt au contrat – À l'origine, le contrat était habituellement décrit comme un lieu d'opposition des intérêts. Demogue expliquait que le trait caractéristique du contrat est « d'être une transaction entre deux intérêts opposés »⁹⁴⁰. De la même manière, Monsieur Roujou de Boubée affirmait que, par l'accord des volontés, le contrat opère « un compromis entre des intérêts antagonistes ou tout au moins différents ». Il n'est « que l'établissement d'un certain équilibre voulu entre les aspirations opposées ou dissemblables de chacun des contractants »⁹⁴¹. Monsieur Martin de la Moutte estimait, quant à lui, que le contrat, à la différence de l'acte unilatéral qui exprime l'intérêt d'une partie unique, est « l'aménagement et la conciliation de deux intérêts distincts et contradictoires »⁹⁴². Toutefois,

⁹³⁶ GHESTIN J., « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 et s.

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ CORNU G. (dir.), *V°* « Manifestation de volonté », *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 637.

⁹³⁹ MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Rec. Sirey, 1951, p. 4, n°11 ; ENCINAS DE MUNAGORRI R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A Lyon-Caen, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, p. 4, n°2 et p. 86 et s. ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 86 et s., n°76 et s. ; LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 46, n°58 et, plus spécialement sur le rôle de la volonté, n°87 et s. BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 32, n°14 ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *op. cit.*, p. 69, n°71 ; FLOUR J., AUBERT J.- L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 69, n°79 ; MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 22 et 23, n°23 ; TALANDIER A., *th. préc.*, p. 3.

⁹⁴⁰ DEMOGUE R., *op. cit.*, p. 37, n°16 bis.

⁹⁴¹ ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, 1961, p. 13.

⁹⁴² MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 37, n°27.

il nous semble peu opportun de réduire le contrat à une lutte d'intérêts opposés⁹⁴³, ni d'en faire le critère permettant de le distinguer de l'acte unilatéral⁹⁴⁴. Une telle démarche reviendrait à introduire, dans la définition du contrat, « un élément qui ne s'y trouve pas : l'antagonisme des parties ! »⁹⁴⁵. S'il peut certes permettre une liaison entre des contractants dont les intérêts divergent, il n'est toutefois pas exclu que ceux-ci aient certains intérêts convergents. Ainsi, l'idée selon laquelle le contrat n'existe qu'en présence de parties dont les intérêts sont opposés et qui poursuivent des buts différents, est trop réductrice⁹⁴⁶. Une telle approche conduit, en effet, à exclure de la sphère contractuelle, les « accords de coopération à long terme fréquents dans les relations industrielles »⁹⁴⁷. Partant, il faudrait alors refuser la qualification contractuelle aux contrats de société, mais également aux contrats de distribution ou d'édition au sein desquels les contractants sont tous animés par la réalisation de la prestation finale, « la rémunération de la prestation instrumentale étant fonction de [ses] résultats »⁹⁴⁸. Il serait donc inopportun de faire de la conciliation d'intérêts divergents une caractéristique du contrat, en ce qu'elle exclurait de la sphère contractuelle, tous les contrats d'intérêt commun⁹⁴⁹. Or, en matière de partage, on l'a dit, les contractants ont tout à la fois des intérêts personnels divergents et des intérêts communs. Il est nécessaire, pour que les communautés fonctionnent, que s'instaure une certaine collaboration entre les membres (lors de la création de la communauté mais également tout au long de sa vie grâce à la recherche de l'intérêt collectif). Ainsi, la présence, au sein des techniques de partage, d'intérêts convergents, ne fait pas obstacle à la qualification contractuelle des actes passés entre les différents membres pour former la communauté puis, par la suite, pour la faire fonctionner grâce à un jeu d'échanges circulaires (au sens économique du terme).

⁹⁴³ GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle* 2000, vol. 92, p. 81 et s., spéc. n°3 ; ENCINAS DE MUNAGORRI R., *th. préc.*, p. 89 et s., spéc. n°80, p.90 ; LEQUETTE S., « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541 ; *contra*, JESTAZ Ph., « Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 243 ; PUGHON J. M., « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits* 1990, vol. 12, p. 47 et s., spéc. p. 53 et s.

⁹⁴⁴ En ce sens, le Professeur Encinas de Munagorri estime que « l'opposition des intérêts ne peut [...] demeurer le critère d'opposition du contrat et de l'acte unilatéral » car « l'accord des volontés démontre [...], au moins dans certains cas, un intérêt unique à conclure » : ENCINAS DE MUNAGORRI R., *th. préc.*, p. 90, n°80.

⁹⁴⁵ MAY J. Cl., « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou Institution : en enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122 et s., spéc. p. 148. Dans le même sens, V. LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres Thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. p. 220, n°12 : « le contrat est l'acte créateur d'effets juridiques obligatoires, et il n'est que cela ».

⁹⁴⁶ En ce sens, V. CHÉNÉDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 86 et s., n°90 et s., spéc. p. 92 et s., n°98 et s.

⁹⁴⁷ GHESTIN J., « La notion de contrat », *art. préc.*

⁹⁴⁸ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 396, n°355.

⁹⁴⁹ Sur la notion de contrats d'intérêt commun V. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 710 et s., n°630 à 633.

202. Le critère utilitariste : la production d'effets de droit – Enfin, pour pouvoir faire entrer un acte dans la sphère contractuelle, il est nécessaire que ce dernier produise des effets de droit. L'on retrouve cet élément dans la quasi-totalité des définitions données par les auteurs. Dans leur traité pratique de droit civil, Baudry-Lacantinerie et Barde expliquent qu'« une convention est le résultat de l'accord de deux ou plusieurs personnes qui s'entendent pour former entre elles quelque obligation ou pour éteindre ou modifier une obligation préexistante »⁹⁵⁰. L'accord de volontés doit donc avoir un but : la production d'une obligation, sa modification ou son extinction. Autrement dit, il convient d'écarter la qualification contractuelle lorsque l'accord entre les parties n'a donné naissance à aucun effet doté d'une force juridique obligatoire⁹⁵¹. C'est ainsi qu'en définitive, les Professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénéde définissent le contrat comme l'« accord de volontés qui crée une norme juridique qui lie les intérêts des parties, ces intérêts pouvant selon l'opération réalisée être opposés, convergents ou coalisés »⁹⁵². De la même manière, le Professeur Ghestin estime que « le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets »⁹⁵³. Dès lors, un tel accord restera en dehors de la sphère du droit, et se retrouvera dans ce qu'il est désormais coutume d'appeler le « non-droit », lorsqu'il ne produit aucun effet juridique⁹⁵⁴. Or, en matière de partage, il est difficilement concevable de refuser auxdits accords de volonté, un pouvoir créateur d'obligation ou, plus largement, d'effets de droit. S'agissant de l'acte fondateur, la réunion des volontés permet la création de la communauté et est au fondement même de l'ensemble du système. C'est par cet accord que les parties peuvent nouer, entre elles, les relations qui feront vivre la communauté. S'agissant plus particulièrement des différentes opérations passées entre les membres, celles-ci créent effectivement des effets de droit puisque, lorsque *Primus* s'engagera auprès de *Secundus* à lui fournir des bocaux de confiture, il sera lié par cet engagement et devra s'exécuter, sous peine de se voir sanctionner par la communauté⁹⁵⁵. Par conséquent, les techniques de partage, en répondant aux différentes caractéristiques du contrat, semblent définitivement devoir rejoindre

⁹⁵⁰ BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *op. cit.*, p. 5, n°7.

⁹⁵¹ GHESTIN J., « La notion de contrat », *art. préc.*

⁹⁵² TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 92, n°80.

⁹⁵³ GHESTIN J., « La notion de contrat », *art. préc.*

⁹⁵⁴ CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, p. 25 et s. Plus généralement sur la question du non-droit, V. *supra*, n°27.

⁹⁵⁵ Sur le pouvoir de sanction de la communauté à l'égard de ses membres V. *infra*, n°350.

la sphère contractuelle. Cela conduit donc naturellement à s'interroger, ensuite, sur la nature des contrats en cause.

B. Le caractère a priori unilatéral des contrats de partage

203. Les techniques de partage : contrats unilatéraux ou synallagmatiques ? – Lorsqu'on tente de classer les différents types de contrats, il est nécessaire de prendre en compte les obligations auxquelles ceux-ci donnent naissance. Au-delà de la question de savoir si le contrat est conclu à titre gratuit ou onéreux, une telle analyse permet de répartir les opérations au sein de deux classifications distinctes : les contrats unilatéraux et synallagmatiques. Si chacune des parties supporte la charge d'une ou plusieurs obligations, la qualification de contrat synallagmatique pourrait être privilégiée. À l'inverse, si l'on n'est en mesure de mettre en lumière des obligations à la charge d'une seule partie, il semblera nécessaire de se tourner vers la qualification de contrat unilatéral. Plus précisément, rappelons que pour pouvoir déterminer l'existence d'un contrat synallagmatique, les différentes obligations en présence doivent être réciproques et interdépendantes. Chacune des parties au contrat doit alors revêtir une double qualité et être tout à la fois créancière et débitrice d'obligations, ces dernières devant, en outre, avoir une seule et même source. Dès lors, pour affirmer qu'un contrat de partage est un contrat synallagmatique, il faudrait pouvoir démontrer que le but immédiat et direct poussant les parties à contracter réside dans la volonté d'obtenir, pour soi, la contrepartie offerte par l'autre partie. Or, c'est justement cette démonstration qui va prendre, en matière d'économie de partage, une tournure particulièrement délicate.

204. L'application théorique de la distinction aux contrats de partage – Pour pouvoir classer les techniques de partage dans l'une des deux catégories étudiées, il est donc nécessaire d'identifier le nombre d'obligations pesant sur les parties et la réciprocité qui les lie. Or, si l'on apprécie globalement la succession d'opérations en matière de contrats de partage, il semble qu'*a priori*, toutes les parties supportent effectivement des obligations. *Primus* s'engage auprès de *Secundus* et a donc l'obligation d'exécuter la prestation promise, lorsque *Secundus* sera dans la même situation vis-à-vis de *Tertius*. Toutefois, si *Primus* est engagé à l'égard de *Secundus*, la réciproque ne se vérifie pas. Il est visiblement impossible de considérer que les deux parties sont créancières et débitrices l'une de l'autre. Elles ne s'engagent pas envers l'autre parce que l'autre s'engage envers elle : ce n'est pas la contrepartie proposée par le cocontractant qui intéresse directement celui qui s'oblige puisque l'autre partie ne propose pas, en échange de ce qu'elle reçoit, la fourniture d'un bien, une prestation de service ou la mise à disposition d'un

savoir-faire. C'est d'ailleurs l'un des intérêts de ce système qui permet de s'affranchir de la difficulté de trouver deux personnes intéressées par les biens ou les services de l'autre. On ne peut donc occulter cette particularité des systèmes de partage et l'on est bien obligé de reconnaître que, de manière isolée, les obligations des différentes parties ne sont ni réciproques ni interdépendantes. Elles trouvent leur source dans des rapports juridiques différents, et ne sont dès lors pas issues du même contrat. Partant, la qualification de contrat unilatéral semble, *a priori*, la plus appropriée.

205. L'application pratique : l'exemple des contrats passés au sein des systèmes d'échanges locaux – Afin d'illustrer ce propos, il peut être utile de raisonner au travers d'un exemple typique d'économie de partage : le système d'échange local (SEL). En effet, les contrats passés entre les différents membres des SEL, autrement appelés les « contrats intersélistes »⁹⁵⁶, semblent plutôt s'orienter vers la qualification de contrats unilatéraux, bien que l'ensemble des observateurs ne partage pas cette position. En effet, comme l'écrit Madame Bradburn, « dans l'opération intersélistes, les sélistes s'obligent réciproquement. Or, la réciprocité est de l'essence du contrat et, plus précisément, du contrat synallagmatique »⁹⁵⁷. Si nous ne pouvons qu'être en accord avec la dernière partie de cette proposition, l'affirmation selon laquelle les membres des SEL s'obligent réciproquement paraît plus discutable, du moins en l'état de la conception actuelle du contrat synallagmatique. Pour Madame Bradburn, les contrats intersélistes seraient synallagmatiques puisque les contractants s'engagent pour obtenir un bien ou une prestation d'un côté, des grains de sel de l'autre⁹⁵⁸. Toutefois, ces grains ne paraissent pas pouvoir être considérés comme une contrepartie en tant que telle en ce qu'ils ne sont qu'une mémoire de l'échange et non un instrument de paiement comme le serait un prix en argent⁹⁵⁹.

206. Les contrats entre sélistes : des contrats unilatéraux – Certes, les SEL sont parfois présentés, dans les manuels et traités de droit des contrats spéciaux, comme l'une des manifestations du regain d'intérêt pour les techniques d'échange et, plus particulièrement, pour le contrat d'échange de l'article 1702 du Code civil⁹⁶⁰. À ce titre, les contrats passés entre les

⁹⁵⁶ BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 42 et s., n°56 et s.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 39, n°50.

⁹⁵⁹ Sur la nature des grains V. *supra*, n°81.

⁹⁶⁰ V. not. RAYNARD J. et SEUBE J.-B., *Droit civil, Contrat spéciaux*, Coll. Manuel, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019, n°251, p. 247 et 248.

différents membres devraient recouvrir la qualification de contrats synallagmatiques, puisque l'échange entre dans cette catégorie juridique⁹⁶¹. Toutefois, cette affirmation ne résiste pas à l'analyse car les contrats passés au sein des SEL ne sauraient être juridiquement qualifiés de contrats d'échange. Un certain nombre de raisons explique l'impossibilité d'assimiler les contrats intersélistes à cette catégorie de contrats, comme la possibilité « d'échanger » des services qui ne saurait être perçue comme un échange au sens de l'article 1702⁹⁶².

Mais plus encore, les SEL eux-mêmes réfutent la qualification de « troc », terme utilisé dans un langage courant pour désigner le contrat d'échange, en affirmant que « dans le troc, deux personnes échangent au même moment deux choses qui ont à peu près la même valeur », tandis que « dans le SEL, l'unité d'échange permet de transférer, à *différentes personnes* et *différents moments*, des services, des savoirs ou des biens qui ont des valeurs différentes »⁹⁶³. En effet, les membres des SEL concluent, *a priori*, une multitude de contrats unilatéraux mais jamais, entre eux, de contrats synallagmatiques. Lorsque l'un d'eux fournit un bien ou un service, il ne demande pas directement à la personne bénéficiaire de lui procurer une contrepartie réciproque : il effectue la prestation promise et demandera, par la suite, l'exécution d'une prestation à un membre quelconque du SEL, peu importe qu'il s'agisse ou non du bénéficiaire de sa prestation.

Chaque prestation semble donc isolée. Et si le facteur temporel n'est pas un obstacle dirimant à la réalisation d'un contrat synallagmatique, dans la mesure où les prestations ne sont pas nécessairement effectuées en un trait de temps, le fait que la contreprestation ne vienne pas obligatoirement du bénéficiaire de la prestation initiale fait obstacle à une telle qualification⁹⁶⁴. En effet, dans cette hypothèse, l'on ne rencontre pas deux contractants tirant chacun avantage de la prestation exécutée par l'autre partie à leur profit, puisqu'il n'y a aucun engagement réciproque entre deux interlocuteurs⁹⁶⁵. La succession d'actes unilatéraux se matérialise

⁹⁶¹ C'est ce qui ressort clairement de l'article 1702 qui définit l'échange comme « le contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». Sur l'admission du caractère synallagmatique de l'échange, V. not. COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2019, p. 518 et 519, n°589 ; ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats - Vente (droits communs français et européen) - Echange*, Coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2016, p. 273 et s., n°109.

⁹⁶² V. not. MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 496, n°548 ; MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, p. 283 et 284, n°279.

⁹⁶³ *SEL, mode d'emploi*, novembre 2002, p.5.

⁹⁶⁴ BARDET-BLANVILLAIN A., *L'échange*, Th. Paris II, 2002, p. 116 et 117, n°181.

⁹⁶⁵ *contra*, G. Raymond admet la qualification d'échange au sens de l'article 1702 du Code civil, et donc de contrat synallagmatique, pour les échanges de produit contre produit RAYMOND G., « Questions de droit posées par les systèmes économiques locaux (SEL ou LETS) », *Cont. Conc. Cons. 1996*, p. 1. Toutefois, une telle analyse ne saurait être admise, puisque les contractants ne s'engagent pas réciproquement l'un envers l'autre, afin de tirer profit de la contrepartie proposée.

d'ailleurs par l'édition, pour chaque prestation, d'un bon d'échange spécifique. En reprenant l'analyse du Professeur Teyssié⁹⁶⁶, l'on pourrait affirmer que les échanges entre selistes, et plus largement les différentes opérations interindividuelles conclues au sein des communautés de partage, relèveraient du « composé de contrats » et non d'un « contrat unique »⁹⁶⁷, notamment en raison du nombre d'actes établis et de l'établissement de conditions distinctes.

Cette qualification unilatérale semble, au demeurant, constituer un obstacle supplémentaire à l'application de la révision pour imprévision en matière de partage. Certes, le texte de l'article 1195 du Code civil ne limite pas le bénéfice de la révision aux contrats à exécution successive ou aux contrats synallagmatiques, et peut alors avoir vocation à s'appliquer aux contrats unilatéraux comme les contrats de bienfaisance ou la promesse unilatérale de contrat, ainsi qu'aux contrats à exécution instantanée à l'image de la vente⁹⁶⁸. Toutefois, pour que cette disposition puisse être invoquée, encore faut-il que l'évènement imprévisible survienne avant l'achèvement de l'exécution⁹⁶⁹ : « si l'exécution est achevée, la richesse créée ou transférée grâce au contrat n'est plus une prestation due mais une richesse entrée définitivement dans le patrimoine du créancier. Comme telle, elle passe entièrement aux risques de ce dernier »⁹⁷⁰. Or, en matière de partage, chaque prestation est effectuée isolément, l'exécution de chaque relation interindividuelle de partage n'ayant donc pas vocation à s'étaler dans le temps. Et puisqu'il s'agit avant tout de « coups de main » ponctuels répondant à la satisfaction d'un besoin immédiat, ces opérations seront, en règle générale, effectuées en un trait de temps. *Secundus* s'engagera à l'égard de *Primus* à effectuer une prestation valorisée à 60 grains et s'exécutera dans le même temps. Partant, en l'absence générale de contrats dont l'exécution serait repoussée à une date ultérieure ou se poursuivrait sur une certaine période de temps, la découverte de relations interindividuelles de partage pouvant donner lieu à une révision pour imprévision sera vraisemblablement exceptionnelle⁹⁷¹. Ajoutons enfin que la pertinence de l'article 1195 du Code civil pour résoudre les difficultés survenant en matière de partage n'est pas des plus évidente, puisqu'il ne s'agit pas ici de rétablir l'équilibre au sein d'un

⁹⁶⁶ TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 18 et s., n°39 et s.

⁹⁶⁷ Sur ce point, V. également BARDET-BLANVILLAIN A., *th. préc.*, p. 117, n°182.

⁹⁶⁸ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 440.

⁹⁶⁹ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 715, n°635.

⁹⁷⁰ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 441.

⁹⁷¹ Il sera, en outre, particulièrement délicat de démontrer que l'exécution est devenue excessivement onéreuse pour l'une des parties eu égard à la valorisation des prestations sur le fondement de l'unité temps. Sur ce point, V. *supra*, n°76.

rapport de force déséquilibré au détriment de l'une des parties. Ce constat pourrait toutefois avoir vocation à évoluer si l'économie de partage se met à intéresser plus largement les personnes morales, par définition plus puissantes que les seules personnes physiques. Mais en l'état actuel de la pratique, les nouvelles dispositions concernant la révision pour imprévision ne trouvent pas, en matière de partage, un terrain propice de développement.

207. Une qualification potentiellement artificielle – Si la qualification de contrat unilatéral semble, au regard des critères de classification du droit positif, la plus adaptée pour recueillir les techniques de partage, l'on peut toutefois s'interroger sur la pertinence d'un tel rattachement. En effet, si l'appréciation isolée de chaque opération passée entre les membres de communautés paraît effectivement bien plus proche du contrat unilatéral que du contrat synallagmatique, il n'est pas certain qu'une réponse aussi tranchée puisse être admise lorsque l'on envisage la communauté et son fonctionnement de manière globale.

Pour que le contrat soit unilatéral, il ne doit exister d'obligation qu'à la charge de l'une des parties. Or, si c'est effectivement le cas dans le contrat liant *Primus* à *Secundus*, cela ne doit toutefois pas faire oublier que ce même contrat autorisera *Secundus* à réclamer une contreprestation. Certes, ces deux parties ne sont pas réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre. Néanmoins, c'est bien la réalisation de la première prestation qui donnera naissance à la contreprestation. Sans le crédit de grain née de la relation entre *Primus* et *Secundus*, ce dernier n'est pas en mesure d'aller demander à *Tertius* l'exécution d'une prestation quelconque. Il existe donc un lien certain entre ces différentes opérations, qui ne sont pas réellement étrangères l'une à l'autre, comme pourraient l'être deux contrats unilatéraux « classiques ». La situation est bien différente de l'hypothèse où *Primus* effectuerait une donation au profit de *Secundus* par laquelle il lui transférerait la propriété de son vélo et où ce dernier irait, par la suite, confier ce même vélo à un dépositaire. Dans ce cas, les deux contrats unilatéraux portent assurément sur le même bien meuble (le vélo). En revanche, ils n'ont aucun lien véritable l'un avec l'autre. Ce n'est pas la donation en elle-même qui donne le droit à *Secundus* de demander, au dépositaire, de conserver son bien. Celle-ci lui permet simplement d'avoir un bien dont il pourra disposer comme bon lui semble, mais les contrats ont chacun une existence propre et autonome. Certes, le dépôt est matériellement permis par la donation. Toutefois, celui-ci n'a aucunement besoin du premier contrat, en tant que tel, pour pouvoir exister juridiquement.

Au regard du droit positif, le fait que ces obligations soient issues de rapports contractuels différents fait obstacle à la qualification de contrat synallagmatique. Toutefois, il

peut sembler artificiel de ne pas tenir compte du lien évident qui existe entre les différents contrats passés au sein des communautés de partage. Ainsi, il n'est pas exclu qu'une vision plus large du contrat synallagmatique puisse être pertinente afin de tenir compte des caractères spécifiques des contrats de partage. Il serait possible d'envisager, par exemple, que l'acte fondateur de la communauté, qui lie l'ensemble de ses membres, soit un contrat synallagmatique et que les opérations réalisées dans ce cadre ne soient finalement que l'exécution étalée dans le temps du contrat initial. L'on pourrait également envisager de considérer que l'agrégation de ces différents contrats unilatéraux forme, finalement, un contrat synallagmatique. Quoi qu'il en soit, sans trancher définitivement ces questions, qui nécessiteront des développements spécifiques⁹⁷², il nous est permis de douter de la pertinence de la qualification de contrat unilatéral au regard des spécificités propres aux contrats qui nous préoccupent. Or, si une telle qualité s'avère mal adaptée pour traduire fidèlement l'opération contractuelle réalisée par les membres des communautés, le régime qui leur sera appliqué sera en partie inapproprié. Il importe donc de poursuivre la réflexion, afin de vérifier que la théorie des contrats ne dispose pas d'outil adéquat pour appréhender ces pratiques contractuelles.

Section 2 : Le prisme insuffisant du contrat synallagmatique classique

208. L'opposition synallagmatique/unilatéral : des clefs de lecture insuffisantes pour l'appréhension des contrats de partage – Nous l'avons dit, les techniques de partage semblent devoir rejoindre la catégorie des contrats conclus à titre onéreux ainsi que celle des contrats unilatéraux. Or, si le premier rattachement ne pose, en réalité, que peu de difficultés lorsque l'on prend en compte le partage dans sa globalité, le second se révèle quelque peu artificiel. *A priori*, rattacher les opérations interindividuelles au domaine des contrats unilatéraux irait d'ailleurs clairement à l'encontre de l'idée selon laquelle tout contrat à titre onéreux est nécessairement synallagmatique (§ 1), à moins de relativiser cette dernière catégorie. Toutefois, même la vision la plus souple du contrat synallagmatique que nous permettent de retenir les clefs de lecture classiques paraît encore insuffisante pour imprimer, aux contrats de partage, une qualification en adéquation avec leurs particularités (§ 2).

⁹⁷² Sur ce point, V. *infra*, n°246 et s.

§ 1 : Les contrats de partage : une remise en cause de l'assimilation entre le synallagmatique et l'onéreux, l'unilatéralité et la gratuité

209. L'existence de contrats synallagmatiques conclus à titre gratuit : mythe ou réalité ? –

Le Code civil opère une distinction entre les contrats synallagmatiques et unilatéraux, ainsi qu'entre ceux conclus à titre gratuit et ceux conclus à titre onéreux. Dès lors, il existe deux classifications contenant chacune deux catégories. *A priori*, l'on pourrait penser, comme semble le faire la majorité des auteurs, que ces catégories ne se superposent pas, car dans ce cas, quel serait l'intérêt d'une double classification (A) ? Toutefois, il semble qu'il soit dans la nature des contrats synallagmatiques d'être conclus à titre onéreux. Sur ce point, l'assimilation entre les deux catégories paraît devoir être opérée (B).

A. Les contrats synallagmatiques : des contrats conclus à titre onéreux

210. Une position doctrinale discutable – Bien que la plupart des auteurs se retrouvent sur le fait que bien souvent, les contrats synallagmatiques sont conclus à titre onéreux et inversement, la plupart refusent toutefois d'en faire une règle de principe (1). Et ce, alors même que les contre-exemples donnés pour justifier ce refus ne semblent pas en mesure de justifier une telle position, et qu'une étude approfondie fasse pencher l'observateur vers le principe d'une assimilation totale entre ces catégories (2).

1. Le rejet classique de l'assimilation

211. Le principe : l'assimilation – Il est un point qui ne fait pas débat : en principe, les contrats synallagmatiques sont conclus à titre onéreux, lorsque les contrats unilatéraux le sont à titre gratuit⁹⁷³. Le contrat de vente est, par exemple, l'archétype du contrat synallagmatique conclu à titre onéreux. Le vendeur s'engage à transférer le bien à l'acquéreur pendant que celui-ci s'oblige à payer le prix de vente. Il existe donc des obligations réciproques et interdépendantes qui permettent de caractériser un contrat synallagmatique. Mais il y a également la présence d'une rémunération de part et d'autre, chaque partie recevant un bien en contrepartie de ce

⁹⁷³ LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 132 et s. spéc. p. 133, n°159 : « dans les contrats synallagmatiques, il y a toujours une contrepartie et cette contrepartie consiste en une obligation de chacune des parties envers l'autre. Dans cette mesure, on peut considérer que les contrats synallagmatiques sont en principe des contrats à titre onéreux » ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 76, n°79 : pour ces auteurs, les contrats unilatéraux comprennent « tous les contrats à titre gratuit ».

qu'elle donne à l'autre (l'objet de la vente pour l'acquéreur, le prix pour le vendeur). À l'inverse, la donation est l'exemple parfait du contrat unilatéral conclu à titre gratuit. Dans ce cas, le donateur accepte de transférer tout ou partie de la propriété d'un bien au donataire, celui-ci ne faisant qu'accepter la donation. Seul le premier est engagé envers le second. Le contrat est donc unilatéral puisqu'il n'y a pas d'obligation réciproque : la donation ne met aucune obligation à la charge du donataire. Le contrat est également conclu à titre gratuit puisque, le donataire n'ayant pas d'obligation à l'égard du donateur, ce dernier ne recevra aucune rémunération suite à l'exécution des obligations nées de la donation. Ainsi, la doctrine reconnaît volontiers que dans une grande majorité des cas, les notions correspondent et qu'un contrat synallagmatique est conclu à titre onéreux lorsqu'un contrat unilatéral l'est à titre gratuit⁹⁷⁴. Toutefois, cela ne pourrait justifier l'assimilation totale entre, d'une part, synallagmatisme et onérosité et, d'autre part, unilatéralité et gratuité.

212. Une assimilation dictée par une fausse définition de l'onérosité ? – Toutefois, refusant l'assimilation entre les contrats synallagmatiques et conclus à titre onéreux, Monsieur Houin va jusqu'à affirmer que si les définitions se rapprochent, celle de contrats à titre onéreux est « fautive et insuffisante »⁹⁷⁵. Dans la mesure où l'article 1106 ancien du Code civil énonçait que le contrat à titre onéreux assujettit « chacune des parties à donner ou à faire quelque chose », il faudrait en déduire que tous les contrats onéreux, puisqu'ils mettent des obligations à la charge de chacune des parties, ne pourraient qu'être synallagmatiques. En ce sens, Demolombe expliquait déjà que la formule de l'article 1106 (anc.) pouvait être trompeuse, car elle pouvait faire croire que tous les contrats synallagmatiques, en ce qu'ils produisent des obligations à la charge des deux parties, seraient nécessairement des contrats conclus à titre onéreux. Toutefois, selon lui, « rien n'est plus inexact ! »⁹⁷⁶, car de nombreux contrats unilatéraux sont très souvent conclus à titre onéreux. Planiol et Ripert ne disaient pas autre chose en affirmant que la définition du contrat de bienfaisance est exacte, contrairement à celle du contrat à titre onéreux⁹⁷⁷. Les Professeurs Marty et Raynaud estiment, de manière identique, que « la

⁹⁷⁴ SÉRIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XX^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777 et s., spéc. n°3, p. 783, note 40.

⁹⁷⁵ HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 141.

⁹⁷⁶ DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 1868, Livre III, Titre III, chap. 1, n°24.

⁹⁷⁷ Planiol et Ripert expliquent que le législateur a, en réalité, « répété[é] [...] sans s'en apercevoir » la définition du contrat synallagmatique. Or, cela ne permet pas de savoir ce qu'est un contrat à titre onéreux car il n'y a « pas de concordance parfaite entre les deux classes de contrats » : PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, p. 331, n°952.

définition de l'article 1106 n'est *pas exacte* », car les deux classifications sont distinctes⁹⁷⁸. Au-delà des contre-exemples utilisés par la doctrine pour justifier l'impossible assimilation de ces notions, sur lesquels nous allons revenir, et le caractère erroné de la définition du contrat à titre onéreux, Monsieur Houin avance un argument plus original. Il estime, en effet, que dans un contrat conclu à titre onéreux, rien n'empêche l'une des parties d'avoir déjà exécuté sa propre obligation en contrepartie de laquelle son cocontractant s'est engagé. Si le contrat est donc effectivement conclu à titre onéreux, il ne peut en revanche être qualifié de synallagmatique et doit rejoindre la catégorie des contrats unilatéraux⁹⁷⁹. Toutefois, l'auteur ne donne aucun exemple concret pour illustrer son propos. Or, il n'est pas certain que l'on puisse véritablement faire tenir l'ensemble de l'opération dans le même contrat. Affirmer que celui qui s'engage unilatéralement à l'égard de son cocontractant, le fait car il a déjà reçu, de sa part, une contreprestation, semble finalement assez artificiel. Si l'on veut considérer que le contrat est onéreux car une contreprestation a déjà été fournie, il faut admettre qu'il y a bien eu, dans le contrat en cause, prestation et contreprestation, et donc que le contrat onéreux est effectivement synallagmatique. En effet, comment pourrait-on caractériser l'existence d'une contreprestation en amont, et affirmer qu'elle justifie l'engagement unilatéral de la partie, en ne la considérant que pour la qualification de contrat à titre onéreux, tout en refusant qu'elle puisse être prise en compte pour justifier le caractère synallagmatique du contrat ?⁹⁸⁰ Dans un tel cas de figure, l'opération entre les deux parties est certes morcelée dans le temps, mais il existe des obligations à la charge de chacune des parties (puisque l'un s'engage au départ, l'autre s'obligeant au regard de cette première prestation). Or, ce jeu de prestations et de contreprestations, qui permet à l'auteur de classer le contrat en cause dans le titre onéreux, devrait également empêcher la qualification unilatérale du contrat.

Quoi qu'il en soit, ce premier argument permet, selon Monsieur Houin, de refuser une assimilation parfaite entre les contrats synallagmatiques et conclus à titre onéreux. Il ne s'agit

⁹⁷⁸ MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988, p. 63 et 64, n°66.

⁹⁷⁹ HOUIN R., *th préc.*, p. 141.

⁹⁸⁰ La conception élargie de l'onérosité dégagée précédemment ne modifie en rien ce constat. Si le versement ultérieure d'une contrepartie peut justifier l'onérosité d'un contrat, le fait d'avoir reçu précédemment une prestation justifiant l'engagement du contractant devrait également permettre de caractériser l'existence d'un contrat à titre onéreux. Toutefois, à la différence des contrats de partage, prestation et contreprestation sont ici versées par chacun des cocontractants. Dès lors, et puisque l'opération est morcelée dans le temps mais réalisée entre les mêmes parties, l'exécution d'une prestation au bénéfice de celui qui s'engage par la suite doit être prise en compte, qu'il s'agisse de caractériser l'onérosité ou le caractère synallagmatique du contrat.

toutefois que d'un premier argument, puisque ce sont surtout les contre-exemples pratiques, mis en lumière par la doctrine, qui justifieraient une telle solution.

213. Les exceptions au principe : des contrats synallagmatiques conclus à titre gratuit et des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux – Si l'on ne retrouve pas réellement le premier argument de Monsieur Houin chez d'autres auteurs, ils s'accordent en revanche sur l'existence, en droit positif, de contrats synallagmatiques conclus à titre gratuit. L'exemple symptomatique, selon la doctrine, serait celui de la donation avec charges. Il s'agirait d'un contrat synallagmatique puisque le donateur s'engage à transférer la propriété du bien en contrepartie de l'exécution, par le donataire, de la charge consentie dans le contrat de donation, mais conclu à titre gratuit. Le caractère synallagmatique d'un tel contrat ne fait pas débat puisqu'il existe de véritables obligations réciproques et interdépendantes : « unilatérale, lorsqu'elle est pure et simple, la donation devient synallagmatique lorsqu'elle est consentie en contrepartie d'une charge »⁹⁸¹.

En revanche, s'agissant du caractère gratuit ou onéreux de la donation avec charges, la question est plus délicate. La Cour de cassation considère que celle-ci devient effectivement un contrat conclu à titre onéreux lorsque la valeur de la charge est égale à celle du bien donné, ou l'excède⁹⁸². Cela se comprend aisément puisque, dans pareille situation, l'on sera incapable de vérifier l'existence d'un appauvrissement du donateur et un enrichissement corrélatif du donataire⁹⁸³. En ce sens, certains auteurs considèrent effectivement qu'à concurrence du montant de la charge, la donation est conclue à titre onéreux. Mais ils lui attribuent alors une

⁹⁸¹ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 193, n°206. De manière identique V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et Testaments*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^{ème} éd., 1957, p. 448 et 449, n°328 ; FLOUR J. et SOULEAU H., *Droit civil - Les libéralités*, coll. U. Série droit privé, Armand Colin, 1982, p. 104, n°160 ; HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, p. 202 et s. ; DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, p. 202, n°185 ; HOUIN R., *th. préc.*, p. 212 ; AUBRY et RAU par FALCIMAIGNE C., *Droit civil français*, t. IV, 5^{ème} éd., 1902, p. 470 ; GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, p. 9, n°13.

⁹⁸² Req. 21 déc. 1887, *DP* 1888. 1. 256 ; Req. 25 févr. 1913, *S.* 1920. 1. 220 ; Civ. 7 févr. 1912, *S.* 1914. 1. 305, note HUGUENEY L. ; Civ. 28 nov. 1938, *DH* 1939, p. 17 ; la solution vaut également lorsque le donateur n'a pas eu conscience de la valeur de la charge imposée au donataire : T. Thonon-les-Bains, 10 nov. 1950, *JCP N* 1951. II. 6206 ; T. civ. Strasbourg, 9 nov. 1951, *D.* 1952. 318.

⁹⁸³ V. Civ. 1^{ère}, 9 juil. 1991, n°89.20686, *Bull. civ.* I, n°230, p. 151, *D.* 1991, IR p. 225 : « la Cour d'appel a relevé que le bénéfice du contrat d'assurance [...] était la contrepartie d'avantages qui avaient été accordés à X. par sa sœur dans la cession, quelques mois plus tôt, de ses droits indivis dans la succession de leur père et qui correspondaient sensiblement à la valeur de la police d'assurance lors de la souscription ; qu'il en résulte que ce bénéfice ne constitue par une véritable donation et que c'est à bon droit que la Cour d'appel a reconnu à cet acte un caractère onéreux ».

nature mixte, à la manière de Pothier⁹⁸⁴, l'acte étant onéreux à certains égards et gratuits à d'autres⁹⁸⁵. Toutefois, lorsque le montant de la charge est inférieur à celui de la donation, la doctrine tend à considérer que le contrat demeure synallagmatique mais conclu à titre gratuit. Il est vrai que sur le plan matériel, comme l'explique le Professeur Chénéde, il y a effectivement appauvrissement du disposant et enrichissement du gratifié⁹⁸⁶. Est-ce pour autant suffisant afin de conclure à la gratuité de l'opération ? Pour la majorité des auteurs, bien que certains s'interrogent sur la pertinence de cette qualification⁹⁸⁷, la réponse semble aller de soi : la donation avec charges est un contrat synallagmatique conclu à titre gratuit, puisque le donateur s'appauvrit au profit du gratifié⁹⁸⁸. Les auteurs semblent ainsi focaliser l'attention sur le seul versant matériel de l'opération en mettant de côté l'intention du disposant. Monsieur Maury explique justement que l'on ne peut voir qu'un « intérêt purement moral à l'exécution de la charge ». Il en conclut, s'agissant du caractère de la donation avec charges, que l'intérêt en question ne permet en aucun cas de disqualifier l'acte à titre gratuit pour le considérer comme ayant été conclu à titre onéreux⁹⁸⁹.

214. La conséquence : le refus d'admettre une assimilation absolue – Les auteurs ne manquent donc pas de souligner les dissonances pouvant exister entre certains contrats synallagmatiques et la notion d'onérosité, ou entre l'unilatéralisme d'une relation contractuelle et la gratuité. La doctrine refuse alors généralement d'admettre l'assimilation entre les contrats synallagmatiques et ceux conclus à titre onéreux, et inversement⁹⁹⁰, bien qu'une position plus

⁹⁸⁴ POTHIER R.-J. par SIFFREIN M., *Traité des obligations*, t. 1, Siffrein, 1821, p. 90, n°12. En ce sens, Pothier classait la donation avec charges dans une catégorie intermédiaire entre l'onérosité et la gratuité. Il expliquait ainsi que « les contrats par lesquels celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne, sont des contrats mixtes ».

⁹⁸⁵ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 141, n°172.

⁹⁸⁶ CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 193, n°206.

⁹⁸⁷ Tout en plaçant contre l'assimilation entre les contrats synallagmatiques à titre onéreux, et les contrats unilatéraux conclus à titre gratuit, le Professeur Ghestin émet toutefois un doute quant à la qualification de contrat synallagmatique à titre gratuit s'agissant de la donation avec charges. V. GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat, op. cit.*, p. 13, n°18.

⁹⁸⁸ Sur le caractère gratuit de la donation avec charges V. MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 64, n°66 ; HOUIN R., *th. préc.*, p. 141 et s. ; BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 35 et 36, n°21 ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 78, n°81 ; GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat, op. cit.*, p. 141, n°172.

⁹⁸⁹ MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920, p. 64.

⁹⁹⁰ V. not. LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 140, n°171 ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *op. cit.*, p. 78, n°81 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 76, n°85 ; BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 50, n°70 ; BÉNABENT A., *Droit des obligations, op. cit.*, p. 35 et 36, n°21.

nuancée soit parfois avancée⁹⁹¹. Monsieur Houin explique, d'ailleurs, qu' « aucun texte ne permet d'affirmer que le Code civil a considéré le contrat synallagmatique comme une espèce particulière de contrat à titre onéreux »⁹⁹². S'il est vrai qu'aucun article du Code civil n'admet explicitement la concordance de ces définitions, l'étude des dispositions en cause permet d'aboutir à une conclusion différente. La position inverse mérite donc d'être étudiée. Il serait sans doute expéditif de considérer, comme semblent le faire certains auteurs, que les définitions du Code sont fausses car il existe des contre-exemples démontrant l'existence de contrats synallagmatiques conclus à titre gratuit et réciproquement. Avant de remettre en cause les définitions, peut-être faut-il s'assurer de la véritable pertinence des exceptions relevées.

2. L'admission de l'assimilation entre les contrats synallagmatiques et conclus à titre onéreux

215. La superposition des définitions : une maladresse des rédacteurs de 1804 ? – Comme le font justement remarquer Planiol et Ripert, il semble que le législateur ait donné la même définition aux contrats synallagmatiques et à ceux conclus à titre onéreux⁹⁹³. L'idée qu'il s'agisse d'une maladresse de rédaction n'est certes pas à exclure, mais cela n'est sans doute pas suffisant pour conclure que la définition du contrat conclu à titre onéreux étant « fausse », cette catégorie ne se superpose pas avec celle de contrat synallagmatique. Afin de vérifier que ces deux notions sont effectivement distinctes, il importe de réfléchir à ce que recouvrent réellement ces concepts. Notons, à titre préliminaire, que la rédaction des définitions ne semble avoir soulevé aucun débat lors des discussions préliminaires à l'adoption du Code civil. En effet, l'on ne retrouve qu'à trois reprises la mention des définitions des contrats synallagmatiques, unilatéraux, de bienfaisance et conclus à titre onéreux. Ceux-ci sont évoqués sous la dénomination de « dispositions préliminaires » (art. 2, 4 et 5)⁹⁹⁴ aux pages 4, 46 et 71 du Recueil Fenet, mais aucune discussion réelle sur la formulation de ces dispositions ne paraît avoir occupé les rédacteurs du Code. Il est simplement mentionné, sans plus de précisions, que « les articles

⁹⁹¹ Les Professeurs Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre affirment que le contrat synallagmatique est « toujours un contrat à titre onéreux, sauf une exception discutée, celle du contrat de donation avec charges que l'on ne sait pas trop comment qualifier » : BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 305, n°938. Pour certains, si les contrats synallagmatiques sont nécessairement à titre onéreux, il en va différemment des contrats unilatéraux qui peuvent ne pas être conclus à titre gratuit. V. FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, 1 - *Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 216 et s., n°269 et s., spéc. p. 218 et 219, n°272.

⁹⁹² HOUIN R., *th. préc.*, p. 141.

⁹⁹³ PLANIOL M., *op. cit.*, p. 331, n°952.

⁹⁹⁴ FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, 1827, p. 4.

1, 2, 3, 4 et 5 sont adoptés »⁹⁹⁵.

Les travaux préparatoires n'apportent ainsi aucun éclairage sur la question qui nous préoccupe. C'est donc sur un autre terrain qu'il convient d'aller, afin de savoir si les notions se superposent réellement, ou s'il s'agit d'une simple erreur de rédaction ne permettant pas de conclure à la synonymie des différentes catégories contractuelles. Pour ce faire, il semble nécessaire de s'interroger sur le pourquoi de l'engagement contractuel. Et c'est au travers de la notion de cause que l'on peut tenter de comprendre à quoi s'engagent les contractants. Certes, ce concept a disparu du droit positif depuis la réforme de 2016. Toutefois, parce que ses fonctions ont été maintenues au sein de la notion de « contenu du contrat », un détour par la notion de cause peut expliquer pourquoi certains auteurs estiment nécessaire d'admettre l'assimilation entre les contrats synallagmatiques et ceux conclus à titre onéreux, et inversement.

216. L'identité de cause dans les contrats synallagmatiques et conclus à titre onéreux – À s'en tenir à la vision traditionnelle de la cause de l'obligation, les contractants s'engagent soit « en considération d'une contreprestation », soit dans une intention libérale⁹⁹⁶. Ainsi, s'agissant des contrats synallagmatiques, le Doyen Carbonnier affirme que « la cause de l'obligation de chaque contractant est l'obligation de l'autre » ou, plus précisément « l'exécution de l'obligation de l'autre »⁹⁹⁷. Or, en ce qui concerne les contrats conclus à titre onéreux, Messieurs Mazeaud (H, L et J) et Chabas expliquent que « le débiteur ne s'engage qu'en considération d'une contrepartie [...]. C'est toujours cette contrepartie qui l'incite à assumer sa propre obligation. On peut donc affirmer que la cause des obligations créées par les contrats à titre onéreux est la considération d'une contrepartie »⁹⁹⁸. Dès lors, comment ne pas remarquer la concordance des explications concernant la cause de l'obligation dans les contrats synallagmatiques et conclus à titre onéreux ? Celles-ci paraissent purement tautologiques. En effet, expliquer que, dans un contrat synallagmatique, les parties contractent pour bénéficier d'une contreprestation, puis affirmer qu'au sein des contrats conclus à titre onéreux, le débiteur ne s'engage qu'en considération de la contrepartie relève, en réalité, de la lapalissade. Finalement, cela n'a pas grande importance que les définitions du Code se recourent car les

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁹⁹⁶ MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 260.

⁹⁹⁷ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue., 2000, p. 127, n°59.

⁹⁹⁸ MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., et CHABAS F., *op. cit.*, p. 267 et 268, n°265.

rédacteurs auraient commis une maladresse de rédaction. En pratique, c'est bien la considération de la contrepartie (qui sera effectivement reçue grâce à l'existence d'obligations réciproques et interdépendantes caractérisant le contrat synallagmatique) qui permet de vérifier l'existence d'un contrat conclu à titre onéreux. Sur ce point, il semble particulièrement délicat d'admettre qu'un contrat synallagmatique puisse être conclu à titre gratuit, puisque la contreprestation venant donner au contrat son caractère synallagmatique le teinte nécessairement d'onérosité. Peu importe que le contrat synallagmatique comporte une certaine part de gratuité liée à l'intention libérale de l'une des parties. Si tant est que celle-ci existe, cela ne fait pas obstacle à la qualification de contrat conclu à titre onéreux lorsque les deux parties reçoivent, effectivement, une rémunération. L'onérosité peut aller de concert avec l'intention libérale, lorsque la seconde ne peut suffire, à elle-seule, à faire basculer le contrat dans la catégorie des actes à titre gratuit⁹⁹⁹. D'ailleurs, certains auteurs reconnaissent qu'un contrat synallagmatique pourrait difficilement être conclu à titre gratuit. En ce sens, Planiol et Ripert, bien que refusant une assimilation totale entre ces notions, conviennent que « sans doute, tout contrat synallagmatique est nécessairement à titre onéreux : quand il y a réciprocité dans les obligations produites, il y a aussi, et par cela seul, réciprocité dans les avantages procurés par le contrat »¹⁰⁰⁰.

217. Synallagma et onérosité : des catégories contractuelles fonctionnant de concert – Sur ce point, nous ne pouvons donc que suivre l'analyse du Professeur Chénédé et considérer alors que le contrat synallagmatique serait, en pratique, toujours un contrat conclu à titre onéreux dont la cause résiderait dans « l'intérêt patrimonial à recevoir une contrepartie matérielle »¹⁰⁰¹. En effet, si dans ce type de contrats, la cause de l'obligation « réside dans la contrepartie attendue par le débiteur », dans « l'avantage économique qui vient compenser dans le patrimoine du débiteur la perte occasionnée par l'exécution de sa prestation »¹⁰⁰², l'on voit mal comment un tel contrat pourrait être unilatéral¹⁰⁰³, puisque c'est l'existence d'une réciprocité des prestations, caractéristique du contrat synallagmatique, qui semble engendrer l'onérosité. Dans les contrats synallagmatiques, les parties s'engageraient donc pour bénéficier de la

⁹⁹⁹ Sur les rapports entre gratuité et intérêt matériel, V. *supra*, n°161 et s.

¹⁰⁰⁰ PLANIOL M., *op. cit.*, p. 331, n°952.

¹⁰⁰¹ CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, Economica, 2008, p. 174, n°192. Dans le même sens, les premières éditions du Précis Dalloz défendaient également l'idée selon laquelle tous les contrats synallagmatiques sont à titre onéreux. V. WEILL A., TERRÉ F. et STARCK B., *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 1986, p. 40, n°38, note 35.

¹⁰⁰² CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 171, n°190.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p. 194 et s., n°207 et 208.

contrepartie. En effet, les contractants ne sont pas animés, de prime abord, par une quelconque intention libérale¹⁰⁰⁴, ceux-ci s'engageant à transférer quelque chose au regard de ce qu'ils pourront eux-mêmes recevoir en échange.

218. La donation avec charges – Aucun des exemples donnés par les auteurs pour justifier de l'existence de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux, ou synallagmatiques conclus à titre gratuit, ne paraît réellement probant. Prenons, à titre d'illustration, la donation avec charges, qui est utilisée comme l'exemple type du contrat synallagmatique conclu à titre gratuit mais qui, selon nous, devrait être considérée comme un contrat à titre onéreux, comme le soutenait déjà Demogue en son temps¹⁰⁰⁵. La Cour de cassation elle-même considère une partie de cette opération comme étant conclue à titre onéreux, puisque seule la partie qui excède la valeur de la charge est soumise aux règles relatives aux libéralités s'agissant du rapport et de la réduction¹⁰⁰⁶. Il n'est cependant pas certain que la décomposition de l'opération soit la solution la plus opportune, et il nous semble permis de vérifier si la donation avec charges pourrait être considérée, pour le tout, comme un contrat à titre onéreux. Sur ce point, il faut reconnaître que l'*animus donandi*, défini dans une conception classique comme le fait, pour le disposant, de consentir à la donation « dans une pensée entièrement altruiste, pure de tout égoïsme »¹⁰⁰⁷ ou, de manière plus contemporaine, comme une volonté de s'appauvrir au profit d'autrui, fait défaut dans la donation avec charges. En effet, le donateur consent à la donation en considération de l'exécution de la charge par le donataire. Il entend donc obtenir un équivalent et, de ce fait, ne peut être considéré comme animé d'une intention purement altruiste. Dès lors, une telle donation serait un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux¹⁰⁰⁸.

Certains estiment toutefois que l'existence d'une charge ne fait pas disparaître l'intention libérale du disposant, ni son appauvrissement consécutif à l'enrichissement du

¹⁰⁰⁴ Suivant l'analyse du professeur Overstake, on pourrait définir l'intention libérale comme « le désir de ne pas ramener à soi le profit de l'opération mais de le destiner à quelqu'un d'autre », « une volonté désintéressée » par laquelle l'un des contractants consent sans exiger de contre-partie. V. OVERSTAKE J. F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 189.

¹⁰⁰⁵ L'auteur pose la question en ces termes : « si une donation est faite avec une charge au profit du gratifié, constitue-t-elle encore un acte gratuit ? ». Or, selon lui, c'est par la négative qu'il convient d'y répondre : DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, I, Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Éditeurs, p. 898, n°916.

¹⁰⁰⁶ V. not. Civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, n°92.15191, *Bull. civ. I*, n°114, p. 84, *D.* 1995, p. 333, obs. VAREILLE B. : « lorsqu'une donation est consentie avec charges, le rapport n'est dû qu'à concurrence de l'émolument gratuit procuré par la donation » ; le Professeur Chénéde reconnaît, tout de même, que les règles de forme et de capacité relatives aux actes à titre gratuit sont appliquées à l'ensemble de l'opération : CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 194, n°206, note 1.

¹⁰⁰⁷ GRIMALDI M., *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 14, n°1006.

¹⁰⁰⁸ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 194 et 195, n°207.

donataire¹⁰⁰⁹. Ainsi, la donation, même consentie avec une charge pesant sur le gratifié, demeurerait dans le giron des actes à titre gratuit. Nous avouons ne pas être convaincue par l'analyse. En effet, il paraît délicat de découvrir un contrat conclu à titre gratuit lorsque la partie qui s'engage en étant censée ne recevoir, ni n'attendre aucune contrepartie, accepte de contracter sous réserve que le donataire exécute une charge quelconque¹⁰¹⁰. Dans ce cas, l'intention n'est pas réellement désintéressée et, en pratique, il existera effectivement une contrepartie à l'engagement. On pourrait objecter que cette contreprestation ne ferait basculer la donation avec charges dans le domaine des contrats conclus à titre onéreux, qu'à la condition que les parties considèrent comme réciproques la gratification et la charge. Il nous est toutefois permis de douter de cette objection puisque le résultat concret de l'opération fera malgré tout apparaître l'existence d'obligations réciproques et interdépendantes. Or, nous l'avons dit, la réciprocité des obligations caractéristique des contrats synallagmatiques, qualification que personne ne refuse à la donation avec charges, engendre, de fait, l'onérosité du contrat en cause.

219. Un rapprochement vraisemblablement confirmé par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats – De plus, l'article 1107 nouveau du Code civil, issu de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et des obligations, semble confirmer le rapprochement entre la catégorie des contrats synallagmatiques et celle des contrats conclus à titre onéreux, en définissant le second comme le contrat dans lequel « chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »¹⁰¹¹. Or, puisque l'idée d'engagement réciproque est le fer de lance de la notion de contrat synallagmatique¹⁰¹², comment ne pas voir la quasi-synonymie de ces deux catégories contractuelles ? En effet, si deux parties s'engagent réciproquement l'une envers l'autre,

¹⁰⁰⁹ LARROUMET Ch. et S. BROS, *op. cit.*, p. 141, n°172.

¹⁰¹⁰ La charge s'entend d'une « obligation » pesant sur la tête du bénéficiaire et qui peut consister dans « le transfert de propriété d'un bien, un service ou une abstention » : TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 325, n°348 ; il ne faut donc pas mélanger charges et conditions, bien que la distinction ne soit pas toujours aisée. Il est alors expliqué que « dans la rigueur des termes, la charge est obligatoire, l'exécution peut en être imposée. La condition respecte la liberté du gratifié, même si celui-ci, en provoquant sa défaillance, perd le bénéfice de la libéralité : il est seulement placé dans un choix. Ce critère en recoupe un autre [...] : la charge présente un caractère patrimonial ; elle engage les biens du donataire ; la condition est relative à la personne. Ainsi une clause de célibat constitue une condition et non une charge parce que, s'agissant d'une liberté fondamentale, le donataire conserve même en présence d'une clause licite le droit de se marier » : GRIMALDI M. (dir.), *Droit patrimonial de la famille 2018/2019*, coll. Dalloz action, Dalloz, 6^{ème} éd., 2017, p. 871, n°313.61.

¹⁰¹¹ DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : *commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 70.

¹⁰¹² L'article 1106 nouveau du Code civil ne permet pas de démentir une telle affirmation puisqu'il continue de définir le contrat synallagmatique comme celui dans lequel « les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

celles-ci vont nécessairement retirer un avantage de l'opération : chaque partie s'oblige envers son cocontractant, mais profite également de l'obligation souscrite par son partenaire contractuel. Dès lors, l'on ne peut soutenir que les parties ne cherchent pas à bénéficier d'un avantage lorsque celles-ci usent d'une forme contractuelle donnant inévitablement naissance à une contrepartie. Puisque le contrat synallagmatique est fondé sur la réciprocité des obligations, l'obtention d'un bénéfice par chacune des parties relève de l'essence même d'une telle opération qui, *de facto*, ne peut qu'être conclue à titre onéreux. Comme le soutenait déjà le Professeur Overstake dans sa thèse de doctorat, « l'intention lucrative [...] c'est la volonté de recevoir une contrepartie, elle est mise en évidence par la présence d'une contrepartie au sein du contrat. Si les prestations sont égales, l'intention ne peut être que lucrative ; mais même si les prestations sont inégales, la présence d'une contrepartie fera présumer une intention lucrative jusqu'à preuve contraire d'une intention libérale »¹⁰¹³.

C'est ainsi qu'« aujourd'hui comme hier, les contrats synallagmatiques relèvent de la catégorie des contrats à titre onéreux »¹⁰¹⁴. Par conséquent, lorsque l'on s'intéresse à la réciprocité des obligations, c'est-à-dire à la présence d'une prestation et d'une contreprestation réciproque et interdépendante, et puisque les contre-exemples donnés par la doctrine ne paraissent guère convaincants, il faut à ce stade estimer qu'un contrat synallagmatique est nécessairement conclu à titre onéreux.

B. Gratuité et unilatéralité : une assimilation éprouvée par les contrats de partage

220. *Quid des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux ?* – Si un contrat synallagmatique ne nous paraît pas pouvoir être conclu à titre gratuit, la question se pose en revanche de savoir si l'onérosité est l'apanage de cette seule catégorie de contrat. Il est, en effet, dans la nature d'un contrat synallagmatique, d'être onéreux. Toutefois, Planiol et Ripert, qui admettent l'assimilation entre les contrats synallagmatiques et conclus à titre onéreux, estiment que la réciprocité ne se vérifie pas et que l'onérosité n'est pas le privilège de ces seuls contrats¹⁰¹⁵. Un certain nombre d'exemples sont cités par les auteurs pour démontrer l'absence de correspondance entre les notions de gratuité et de contrats unilatéraux, au premier rang desquels

¹⁰¹³ OVERSTAKE J.-F., *th. préc.*, p. 189.

¹⁰¹⁴ DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 70.

¹⁰¹⁵ PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, p. 331, n°952 ; Dans le même sens, V. WEILL A., TERRÉ F. et STARCK B., *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 1986, p. 40, n°38, note 35 ; GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, coll. Traités Sirey, Sirey, Réimpression de l'édition publiée en 1937, 1965, p. 23.

l'on trouve le prêt à intérêts¹⁰¹⁶ ou les promesses de payer une dette préexistante. Pour valider, ou non, l'hypothèse selon laquelle un contrat unilatéral pourrait être conclu à titre onéreux, il importe de s'intéresser aux contre-exemples utilisés par la doctrine pour réfuter l'assimilation entre la gratuité et l'unilatéralité.

221. Le prêt à intérêts : un rattachement impossible au contrat unilatéral – Le prêt à intérêts serait, selon les auteurs, l'archétype du contrat unilatéral conclu à titre onéreux¹⁰¹⁷. L'onérosité de ce contrat ne pose que peu de difficultés, le prêteur mettant une somme d'argent à disposition de l'emprunteur avec l'intention de s'enrichir grâce au versement des intérêts. Le premier n'étant animé d'aucune intention libérale, la gratuité du prêt ne peut qu'être exclue. En revanche, il est de coutume de conclure au caractère unilatéral d'un tel contrat, les auteurs considérant que la seule obligation étant celle de l'emprunteur de restituer le montant du prêt augmenté des intérêts¹⁰¹⁸. Il s'agirait donc d'un contrat unilatéral, mais qui ne pourrait être considéré comme conclu à titre gratuit, puisque le prêteur n'est pas motivé par une intention libérale. Cependant, il semble que cet exemple ne soit pas pertinent¹⁰¹⁹. Classiquement, les auteurs estiment que la nature réelle du contrat de prêt¹⁰²⁰ fait obstacle à la reconnaissance d'une

¹⁰¹⁶ LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 139 et 140, n°170 ; BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 36, n°21 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 75, n°85 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 221, n°223 ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 78, n°81 ; MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 64, n°66 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 38, n°110 ; MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 93, n°103.

¹⁰¹⁷ *contra*, GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, p. 9, n°13 et p. 13, n°18.

¹⁰¹⁸ En ce sens, Planiol et Ripert expliquent, s'agissant du prêt à intérêts, que « le contrat se forme par la remise de l'argent ; il ne peut faire naître aucune obligation à la charge du prêteur, qui a déjà fait tout ce qu'on peut lui demander ; il n'y a d'obligé que l'emprunteur. C'est un contrat unilatéral, et cependant il est à titre onéreux puisque chaque partie donne et reçoit quelque chose, l'une le capital, l'autre l'intérêt ; aucune d'elles ne retire du contrat un avantage gratuit » : PLANIOL M., et RIPERT G. *op. cit.*, p. 331, n°952.

¹⁰¹⁹ HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 210.

¹⁰²⁰ Qu'il soit ou non conclu avec intérêts, le prêt de consommation est en principe un contrat réel. V. not. Civ. 1^{ère}, 20 juil. 1981, n°80-12529, *Bull. civ. I*, n°267, *Défrénois* 1982, p. 1085, obs. AUBERT J.-L. ; *Gaz. Pal.* 1982. 1. Pan. 93, obs. DUPICHOT J. ; *RTD civ.* 1982, p. 427, obs. RÉMY Ph. Dans cet arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation pose avec fermeté le principe selon lequel « un prêt de consommation, contrat réel, ne se réalise que par la remise de la chose prêtée à l'emprunteur lui-même ou à un tiers qui la reçoit et la détient pour le compte de l'emprunteur » ; cette solution est toutefois modulée eu égard à la qualité du prêteur. Depuis un arrêt du 28 mars 2000, « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel » et doit ainsi rejoindre la catégorie des contrats consensuels. V. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21422, *Bull. civ. I*, n°105, p. 70, *Cont. Conc. Cons.* 2000, comm. 106, note. LEVENEUR L. ; *JCP E* 2000, p. 1383, note LEVENEUR L. ; *D.* 2000, p. 482, note PIÉDELÈVRE S. ; *D.* 2000, p. 358, note DELEBECQUE Ph. ; *Défrénois* 2000, p. 720, obs. AUBERT J.-L. ; *JCP G* 2000. II. 10296, concl. SAINTE ROSE J. Le contrat de prêt d'argent consenti par un professionnel du crédit est dès lors un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux ; la Cour de cassation semble étendre sa conception du professionnel

obligation à la charge du prêteur : puisque le contrat se forme par la remise de la chose, celle-ci est une condition de formation du contrat et non une obligation née de celui-ci¹⁰²¹. Le contrat de prêt serait donc un contrat unilatéral qui ne ferait peser d'obligations que sur la tête de l'emprunteur (restitution du bien à la fin du contrat), tandis que le prêteur, lui, ne supporterait pas, à proprement parler, d'obligation¹⁰²².

Ces auteurs confondraient toutefois la remise de la chose marquant le point de départ du contrat, et la mise à disposition du bien pendant toute la durée de celui-ci. Le prêteur a effectivement une obligation de *praestare* à l'égard de l'emprunteur à qui il doit permettre la jouissance paisible du bien objet du contrat. La remise de la chose n'est donc qu'une condition de formation du contrat dans l'exemple du prêt réel, ou l'exécution d'une obligation de délivrance dans le prêt consensuel. Mais, dans l'un comme dans l'autre, le prêteur est tenu de mettre le bien à la disposition de l'emprunteur et de ne pas en troubler la jouissance (art. 1888 et 1889 C. civ.)¹⁰²³. Il s'agit donc là d'une véritable obligation pesant sur le prêteur¹⁰²⁴. En suivant l'analyse du Professeur Chénéde, il faut donc remarquer que le prêt à intérêts est un contrat synallagmatique et non unilatéral, dans la mesure où il fait naître, au-delà de l'obligation

de crédit puisqu'elle a refusé la qualification de contrat réel au prêt consenti par une caisse d'allocation familiale. V. Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, n°09-16905, *Cont. Conc. Cons.* 2006, comm. 221, note LEVENEUR L.

¹⁰²¹ Sur ce point, V. par ex. LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 447 et 448, n°473 ; FABRE-MAGNAN M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 et s., n°26. L'auteur explique que « dans le prêt [...], il n'existe nulle obligation à la charge du prêteur [...] de fournir la chose puisque ce [contrat est un contrat réel] qui ne naît[a] que par la remise de cette chose » ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 523, n°594 ; *contra*, VIGIÉ A., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 2^{ème} éd., 1895, p. 506, n°1111. Le Professeur Vigie estimait, quant à lui, « que tout engagement de faire un *mutuum*, un *commodat*, un gage, un dépôt, est obligatoire par lui-même » et que « cet engagement est constitutif du contrat ». Suivant cette analyse, la tradition de l'objet n'est point une condition de formation du contrat, mais l'exécution des obligations nées de ce dernier.

¹⁰²² BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 576, n°855. L'auteur relativise toutefois son propos en précisant immédiatement que le prêteur peut également être tenu de certaines obligations, mais à titre accessoire uniquement.

¹⁰²³ CHÉNÉDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 155 et s., n°172 et s. et p. 174 à 176, n°193 ; dans le même sens, V. HOUIN R., *th. préc.*, p. 203 ; ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1999, p. 111, n°113 : « une appréciation plus concrète voudrait que la cause, d'un prêt, réside pour l'emprunteur dans la mise à disposition du bien pour la période de temps convenu, et pour le prêteur dans le paiement ou la bienfaisance » ; SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 4^{ème} éd., 2020, p. 42, n°19 : « pour un esprit moderne, la théorie des contrats réels, où la tradition sert de cause, est devenue incompréhensible. Elle est un reliquat mal digéré de l'époque romaine, quand de telles opérations n'étaient tout simplement pas des contrats mais des variétés de dettes de restitution » ; dans la précédente version de son manuel, le Professeur Sériaux expliquait que, dans ces contrats, « le prêteur cède momentanément à l'emprunteur la jouissance d'un bien ou, plus fréquemment, d'une somme d'argent en contrepartie du versement d'intérêts destinés à compenser sa perte de jouissance » : SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 2^{ème} éd., 1998, p. 99, n°28.

¹⁰²⁴ L'existence d'obligations à la charge du prêteur avait déjà été constatée au cours des travaux préparatoires par M. Tronchet et M. Galli. Sur ce point, V. LOCRÉ J. G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des codes français*, vol. 15, Treuttel et Wurtz, 1828, p. 20 et 35 et s.

de restitution, une obligation de mise à disposition à la charge du prêteur qui serait la contrepartie du paiement des intérêts¹⁰²⁵. Il existe donc, dans ce type de contrats, une véritable réciprocité des obligations caractéristique des contrats synallagmatiques¹⁰²⁶. Il s'agit alors d'un contrat à titre onéreux, comme le décrit la doctrine, mais vraisemblablement synallagmatique et non pas unilatéral¹⁰²⁷.

222. Le prêt « classique » : un contrat unilatéral conclu à titre gratuit – Le raisonnement précédent sur le prêt à intérêts pourrait faire penser que nous refuserions la nature unilatérale au contrat de prêt à titre gratuit puisque, même si le prêteur agit sans contrepartie, il reste tenu de son obligation de mise à disposition. Or, combiné avec l'obligation de restitution du prêteur qui serait, selon la doctrine, l'obligation caractéristique du prêt à titre gratuit, le contrat en cause serait, une fois de plus, un contrat synallagmatique¹⁰²⁸. Par conséquent, il nous faudrait admettre l'existence de tels contrats conclus à titre gratuit et, *ipso facto*, rejeter l'assimilation entre les différentes catégories contractuelles étudiées. Ainsi, pour justifier du caractère synallagmatique du contrat, il faudrait admettre l'existence de deux obligations : l'obligation de mise à disposition du prêteur et l'obligation de restitution de l'emprunteur. Cette solution présente toutefois un inconvénient majeur. En effet, voir dans la restitution une obligation découlant du contrat de prêt et causant, selon la terminologie utilisée antérieurement à l'ordonnance de 2016, l'obligation du prêteur reviendrait à dire que celui-ci ne prête « que dans le but de se voir restituer le bien »¹⁰²⁹. Pareille affirmation n'a que peu de sens, puisque comme l'exprime

¹⁰²⁵ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 183 et s., n°198 ; il nous faudra revenir sur ce point dans la suite des développements puisque seule une conception « souple » du contrat synallagmatique serait en mesure d'intégrer le prêt à intérêts au sein de cette catégorie. Sur ce point V. *infra*, n°227 et s.

¹⁰²⁶ GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat, op. cit.*, p. 9, n°13.

¹⁰²⁷ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 185 et s., n°200 et 201. Bien que refusant une nature synallagmatique aux contrats créant une « obligation de restitution », comme le prêt d'argent ou, plus largement, l'ensemble des prêts portant sur des choses consommables, le Professeur Sériaux admet tout de même que le prêt à intérêts « se rapproche [...] fortement d'une opération synallagmatique, dans la mesure où, de nos jours, les intérêts sont simplement considérés comme le prix du prêt » : SÉRIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XX^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777 et s., spéc., n°2, note 27 ; Le Professeur Vigie aboutissait déjà, en 1892, à une conclusion similaire en considérant le contrat de prêt comme synallagmatique : « sa formation fait naître à la charge de chaque partie des obligations parfaitement déterminées et se produisant dans tout contrat de commodat » : VIGIE A., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, Arthur Rousseau, 1892, p. 537, n°1015. Dans le même sens, COMBESCURE F., « Existe-t-il des contrats réels en droit français ? », *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, 1903, p. 477 et s., spéc. p. 482 et s.

¹⁰²⁸ En ce sens, V. BROS S., « Le dualisme du prêt en question », in *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 101 et s., spéc. p. 105 et s. : « dans le contrat synallagmatique de prêt, la cause de l'obligation de restituer se trouve dans l'obligation de remise de la chose, ou plus exactement dans l'obligation de mettre la chose à disposition de l'emprunteur ». On le voit, pour l'auteur, les deux obligations caractéristiques du contrat synallagmatique sont l'obligation de mise à disposition et l'obligation de restitution.

¹⁰²⁹ LE BOURG J., *La remise de la chose. Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, Th. Grenoble, 2010, p. 110, n°92.

justement le Professeur Libchaber, « la finalité du prêt n'est pas dans le seul aller-retour de la chose »¹⁰³⁰.

En réalité, le contrat de prêt à titre gratuit est, sans nul doute, un contrat unilatéral, comme le décrivent les auteurs¹⁰³¹ et comme le reconnaît la Cour de cassation¹⁰³². Toutefois, la seule obligation née du contrat est la mise à disposition du bien et non la restitution de la chose au terme de l'engagement. Certes, l'emprunteur doit remettre le prêteur en possession de son bien, mais il s'agit simplement de « la conséquence mécanique de la détention d'une chose par une partie qui n'y a contractuellement plus droit »¹⁰³³, et non d'une obligation découlant directement du contrat de prêt¹⁰³⁴. Le Professeur Chénéde explique en ce sens qu'« en exigeant le retour de son bien, le prêteur demande moins l'exécution d'une obligation – *personnelle* – de restitution, que le respect de son droit – *réel* – de propriété »¹⁰³⁵. Ainsi, et conformément à ce qu'affirmait déjà le Professeur Gounot en 1912, « l'obligation de rendre ne repose pas sur la volonté de l'obligé, mais sur ce fait qu'il détient un élément de patrimoine d'autrui et qu'en conséquence, il doit le rendre »¹⁰³⁶. Le Doyen Carbonnier ne disait-il pas autre chose lorsqu'il affirmait que « l'obligation de restituer se détache par sa force propre du reste du contrat, comme si la *res* était chargée d'une sorte de potentiel de retour à sa source »¹⁰³⁷ ? L'emprunteur doit alors restituer le bien au prêteur non parce qu'il s'agit d'une obligation entrée dans le champ contractuel par la volonté des parties, mais parce qu'il a « épuisé les droits qu'il tirait du

¹⁰³⁰ LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres Thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005.

¹⁰³¹ *contra*, VIGIÉ A., *op. cit.*, p. 536 et 537, n°1015. Pour l'auteur, il s'agit d'un contrat synallagmatique imparfait ; COMBESCURE F., *art. préc.*, spéc. p. 482 et s. Ces auteurs aboutissent à la qualification de contrat synallagmatique s'agissant du prêt à usage, celui-ci comportant des obligations à la charge de chacune des parties contractantes, la tradition de la chose n'étant pas une condition de formation du contrat mais une conséquence de son exécution.

¹⁰³² V. Civ. 1^{ère}, 28 mars 1984, n°82-15538, *Bull. civ.* I, n°120 : « le contrat de prêt [...] n'impose d'obligation qu'à l'emprunteur ». Il n'a donc « pas de caractère synallagmatique ».

¹⁰³³ LIBCHABER R., obs sous Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001 *Défrénois* 2002, p. 259.

¹⁰³⁴ GRUA F., « Le prêt d'argent consensuel », *D.* 2003, p. 1492 et s., spéc. n°14 : « du temps où le prêt d'argent était réel, on disait qu'il contenait une obligation de remboursement, mais en vérité cette obligation ne venait pas du contrat. Elle naissait de la remise des fonds ».

¹⁰³⁵ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 156, n°173. Dans le même sens, V. LE BOURG J., *La remise de la chose. Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, Th. Grenoble, 2010, p. 111, n°92 : « la restitution ne serait pas l'obtention d'une certaine satisfaction pour le *tradens*, mais une prédisposition naturelle de la propriété à se reconstituer [...]. La restitution est une obligation qui ne naît pas véritablement par la remise de la chose, mais de la chose elle-même. Elle naît donc *re* ».

¹⁰³⁶ GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. Dijon, 1912, p. 239 ; rapp. PLANIOL M., *op. cit.*, p. 343, n°996 : « l'obligation de rendre qui pèse sur le dépositaire, l'emprunteur et le gagiste n'est pas véritablement une obligation conventionnelle : elle naît *ex re*, c'est-à-dire du fait de la possession de la chose d'autrui, et elle prendrait également naissance si cette chose était venue aux mains de son débiteur actuel sans le fait de son propriétaire. Elle préexiste logiquement au contrat, et les parties n'ont pas besoin de la créer ».

¹⁰³⁷ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue 2000, p. 182, n°91.

contrat » : la restitution peut alors s'analyser comme la « contrepartie volontaire de l'action en revendication »¹⁰³⁸. Et bien que le prêteur n'exercera que rarement une action en revendication, personne ne contestant véritablement la réalité de son droit de propriété¹⁰³⁹, il sera toujours fondé à agir en restitution contre l'emprunteur¹⁰⁴⁰, comme le soutenait déjà Pothier en affirmant l'existence d'une action *commodati directa*¹⁰⁴¹. Il ne lui sera dès lors aucunement nécessaire de prouver son droit de propriété puisqu'il pourra se contenter d'apporter la preuve du titre de détention¹⁰⁴².

Partant, ce contrat de prêt est effectivement unilatéral, seul le prêteur étant tenu d'une obligation née du contrat, et conclu à titre gratuit, celui-ci s'engageant sans attendre ni recevoir de contrepartie de la part de son cocontractant.

223. Les promesses de payer une dette préexistante : un exemple trompeur au regard de la nature déclarative des promesses – C'est donc vers d'autres types de contrats qu'il faudrait se tourner afin de vérifier l'existence de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux. Les Professeurs Larroumet et Bros estiment qu'il existe effectivement des hypothèses, en dehors du prêt à intérêts, où l'on rencontre de tels contrats : la promesse de payer des dommages et intérêts lorsque la responsabilité civile du promettant est engagée, la promesse de payer la pension alimentaire à laquelle est obligé le débiteur (en vertu de la loi ou d'une obligation naturelle), *etc.* Dans ces hypothèses, il n'y a effectivement aucune contrepartie, ce qui pourrait, de prime abord, faire pencher la qualification vers celle de contrat à titre gratuit, et ainsi confirmer l'hypothèse que tout contrat unilatéral est nécessairement gratuit. Toutefois, il est ici impossible de démontrer l'existence d'une quelconque intention libérale de la part du débiteur. Or, une telle absence semble irrémédiablement empêcher ces promesses de tomber dans la sphère des actes à titre gratuit et obligerait, *ipso facto*, à les qualifier de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux¹⁰⁴³.

¹⁰³⁸ LIBCHABER R., *art. préc.* ; rappr. PLANIOL M., *op. cit.* Pour l'auteur, l'obligation de restitution « n'est pas autre chose que l'obligation légale de rendre la chose d'autrui que sanctionne la revendication ».

¹⁰³⁹ « L'emprunteur doit restituer au prêteur sans pouvoir exiger qu'il justifie d'un titre de propriété, à moins qu'il n'ait appris que la chose objet du prêt avait été volée » : COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 537, n°610.

¹⁰⁴⁰ PIGNARRE G., *V° « Prêt »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : sept. 2020), n°97.

¹⁰⁴¹ POTHIER R.-J., *Traité du prêt à usage, du précaire, du prêt de consommation, de l'usure, du promutuum et de l'action condictio indebiti, des contrats de dépôt, de mandat*, t. V, par BUGNET M., Cosse et Marchal, Henri Plon, 2^{ème} éd., 1861, p. 5, n°7.

¹⁰⁴² LARROUMET Ch. et MALLET-BRICOUT B., *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 6^{ème} éd., 2019, p. 104, n°200.

¹⁰⁴³ LARROUMET Ch. et S. BROS, *op. cit.*, p. 140, n°170.

Au surplus, il semblerait que la promesse de payer une dette préexistante¹⁰⁴⁴, ne puisse être classée parmi les contrats synallagmatiques ou unilatéraux ; gratuits ou onéreux. Le contrat peut avoir plusieurs effets : il peut effectivement créer un droit ou une situation juridique nouvelle, mais il permet également de le modifier, de l'éteindre ou de le transférer (art. 1101 C. civ.). Ainsi, pour reprendre la formule du Professeur Ancel, l'acte qui n'aura pas d'« effet obligationnel » pourra toutefois être considéré comme un contrat lorsqu'il aura un effet extinctif ou translatif de droits¹⁰⁴⁵. Or, les promesses de payer viennent reconnaître un droit antérieur à l'accord de volontés. *A priori*, il ne s'agit donc pas d'un contrat mais d'un acte unilatéral¹⁰⁴⁶ et, plus précisément, d'un acte récongnitif¹⁰⁴⁷. Ces dernières ne créent, ne modifient, ne transfèrent ou n'éteignent aucune obligation. Elles ne font que constater une situation juridique préexistante : la dette n'a pas besoin de l'écrit pour exister¹⁰⁴⁸. De tels actes ne servent « qu'à prouver, à matérialiser la dette, qui existe à défaut d'elle »¹⁰⁴⁹. Par conséquent, ces actes n'étant pas des contrats, il serait vain de les brandir comme preuve de l'existence de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux¹⁰⁵⁰.

224. La promesse unilatérale de contrat – La promesse unilatérale de contrat, présentée par la plupart des auteurs comme un contrat unilatéral à titre gratuit, peut venir compléter la démonstration. Dans cette hypothèse, le promettant s'engage à conclure le contrat avec le bénéficiaire, si celui-ci l'accepte. Nous sommes donc bien en présence d'un contrat puisqu'il

¹⁰⁴⁴ Il s'agit donc ici d'évoquer l'hypothèse d'une promesse par laquelle le débiteur s'engage à payer une dette dont il est personnellement tenu, et non de traiter des cas où une personne viendrait promettre de payer la dette d'un tiers. Dans un tel cas de figure, la dette existe déjà lorsque le débiteur s'engage par écrit à la payer.

¹⁰⁴⁵ ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 et s., spéc. n°13 et s.

¹⁰⁴⁶ DABIN J., *La théorie de la cause (art. 1131-33 du Code civil). Étude d'histoire et de jurisprudence*, Th. Liège, 1919, p. 261, n°277 : « la reconnaissance d'une dette [est] un acte unilatéral » ; CARBONNIER J., *Droit civil, op. cit.*, p. 48, n°14 : « la promesse écrite de payer [est] l'opération que l'article 1326 qualifie d'acte juridique et dépeint comme un acte unilatéral [...] » et lorsque le promettant est « déjà tenu d'une obligation », « l'écrit n'est qu'une reconnaissance de dette, un simple aveu ». Sur la nature unilatérale de l'aveu, V. Civ. 3^{ème}, 26 janv. 1972, n°70-13603, *Bull. civ.* III, n°57, p. 42 : « l'aveu judiciaire est un acte unilatéral ».

¹⁰⁴⁷ L'acte récongnitif, qui est une espèce d'acte déclaratif, est un écrit admettant l'existence d'un droit ou d'une situation antérieure afin de lui permettre de produire ses conséquences : BRENNER C. et LEQUETTE S., *V° « Acte juridique », Rép. civ.*, Dalloz, 2019, n°254 et s., spéc. n°261.

¹⁰⁴⁸ CHÉNÉDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 179 et s., n°195. Dans le même sens, bien que la position soit moins tranchée, les Professeurs Terré, Simler, Lequette et ChénéDé évoquent la « nature singulière » des promesses de payer « plus déclarative que constitutive » TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 469, n°416.

¹⁰⁴⁹ DABIN J., *th. préc.*, p. 261, n°277.

¹⁰⁵⁰ En ce sens, V. CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, ; *contra*, GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 455 et s., n°704 et s. Pour le Professeur Ghestin, la promesse de payer est un contrat unilatéral : « dès lors qu'une promesse de payer a fait l'objet d'une acceptation expresse ou tacite, il s'agit d'un contrat unilatéral ».

existe un accord de volontés créateur d'obligations : celle, pour le promettant, de maintenir sa promesse pendant toute la durée stipulée dans le contrat le liant au bénéficiaire. Si la force de cette obligation pouvait être débattue avant l'ordonnance de 2016¹⁰⁵¹, le nouvel article 1124 alinéa 2 du Code civil vient clore le débat en lui consacrant une réelle force juridique. Désormais, le non-respect, par le promettant, de son obligation peut être sanctionnée par l'exécution forcée. Or, si une telle promesse est effectivement un contrat unilatéral conclu à titre gratuit, il en va autrement lorsque le bénéficiaire s'est engagé à verser une indemnité d'immobilisation. La jurisprudence a parfois tendance à requalifier de tels contrats en promesses synallagmatiques lorsque le montant de l'indemnité est tel qu'en pratique, le bénéficiaire est contraint de conclure le contrat définitif¹⁰⁵². Toutefois, sans rentrer dans le débat sur la nature unilatérale ou synallagmatique de la promesse au regard du montant de l'indemnité d'immobilisation, il nous faut tout de même souligner un point. Lorsque le bénéficiaire s'engage à verser une telle indemnité, le contrat devient synallagmatique puisqu'il comporte des obligations réciproques et interdépendantes (sans pour autant être considéré comme une promesse synallagmatique)¹⁰⁵³ et conclu à titre onéreux¹⁰⁵⁴. Ainsi, en présence d'une indemnité d'immobilisation, nous serons face à un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux. Inversement, lorsque seul le promettant sera tenu d'une obligation, le contrat sera effectivement unilatéral et conclu à titre gratuit.

Par conséquent, il faut bien reconnaître qu'aucune des illustrations retenues en doctrine ou en jurisprudence ne permet de démontrer l'existence de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux et, réciproquement, de contrats synallagmatiques conclus à titre gratuit. Le Professeur Chénéde affirme alors, sans ambages, que « le contrat unilatéral à titre onéreux n'existe pas », pas plus qu'« il n'existe [...] de contrat synallagmatique à titre gratuit »¹⁰⁵⁵. Toutefois, l'étude

¹⁰⁵¹ Avant l'ordonnance de 2016, la Cour de cassation refusait l'exécution forcée des promesses unilatérales. Le promettant qui rétractait sa promesse avant la fin du délai d'option ne pouvait être condamné qu'au versement de dommages et intérêts. Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n°91-10199, *Consorts Cruz*, *Bull. civ.* III, n°174, p. 115, *D.* 1994, p. 507, note BÉNAC-SCHMIDT F. ; *D.* 1994, p. 230, obs. TOURNAFOND O. ; *JCP G* 1995. II. 22366, note MAZEAUD D. ; *Défrénois* 1994, p. 795, obs. DELEBECQUE Ph. ; cette solution fut confirmée par deux arrêts. V. Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n°10-12875, *Bull. civ.* III, n°77, *Cont. Conc. Cons.* 2011, comm. 186, note LEVENEUR L. ; *D.* 2011, p. 1457, note MAZEAUD D. ; *D.* 2011, p. 1273, édito. ROME F. ; *D.* 2012, p. 459, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; *RTD civ.* 2011, p. 532 FAGES B. ; *Défrénois* 2011, p. 1023, obs. AYNÈS L. ; Com. 13 sept. 2011, n°10-19526, *Dr. sociétés* 2011, comm. 211, note MORTIER R. ; *D.* 2012, p. 130, note GAUDEMET A. ; *D.* 2012, p. 459, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; *RTD civ.* 2011, p. 758, obs. FAGES B. ; *Rev. sociétés* 2012, p. 22, note FAGES B.

¹⁰⁵² V. not. Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2012, n°10-23912, *RDC* 2013, p. 59, obs. LAITHIER Y.-M.

¹⁰⁵³ LARROUMET Ch. et S. BROS, *op. cit.*, p. 258, n°300.

¹⁰⁵⁴ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 285 et 286, n°257.

¹⁰⁵⁵ CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 192, n°205.

des contrats de partage semble contredire une telle analyse puisque, nous l'avons dit, nous sommes visiblement en présence de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux.

225. La remise en cause de l'assimilation par les contrats de partage : des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux ? – Si, pour le moment, tout contrat unilatéral semble être conclu à titre gratuit, l'analyse des contrats de partage vient durement éprouver cette première conclusion, bouleversant ainsi les grilles d'analyse du droit positif. En effet, l'étude de ces contrats a mis en lumière leur caractère onéreux, malgré l'intuition première qui semblait exiger de les faire tomber dans la catégorie des actes à titre gratuit. De plus, le morcellement des opérations réalisées au sein des différentes communautés, nous a obligé à conclure au caractère unilatéral de ces contrats, puisque, pour chaque opération, seule l'une des parties est tenue d'une obligation à l'égard de son cocontractant. Nous avons donc visiblement affaire à des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux, ce qui semble aller directement à l'encontre de la conclusion selon laquelle de tels contrats ne peuvent exister car tout contrat unilatéral est nécessairement conclu à titre gratuit. Deux solutions s'offrent alors à l'observateur : admettre que l'exemple des contrats de partage permet, enfin, de démontrer l'existence de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux ; ou remettre en cause la qualification de ces derniers et, plus précisément, celle de contrat unilatéral. Comme pour le prêt à intérêts, la qualification de contrat à titre onéreux paraît peu discutable puisqu'*in fine*, chaque contractant recevra effectivement un avantage matériel en contrepartie de sa prestation. La constatation du résultat patrimonial de l'acte semble imposer de conclure à l'onérosité du partage à condition, bien entendu, d'avoir une appréciation globale de la succession de contrats, et non de chaque opération prise individuellement. En revanche, la question de la pertinence de la qualification de contrat unilatéral doit être posée.

226. Une difficulté liée à une conception trop étroite du contrat synallagmatique ? – Nous l'avons vu, les auteurs classent habituellement le prêt à intérêts dans la catégorie des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux, en estimant que seul l'emprunteur est tenu d'une obligation. Toutefois, la qualification de contrat unilatéral est finalement incapable de révéler la véritable nature de ce contrat. Or, dans la mesure où cette méprise sur la nature de l'acte a conduit la doctrine à considérer le prêt à intérêts comme une illustration de l'existence de contrats unilatéraux conclus à titre onéreux, nous sommes en droit de nous interroger sur le bienfondé de la qualification des contrats de partage, et sur une potentielle erreur similaire de qualification. La question peut alors se poser dans les mêmes termes : la qualification unilatérale des contrats

de partage est-elle adaptée pour en saisir la réalité ? On aboutit à un tel résultat en appréciant individuellement chaque opération. Et il est vrai que, dans le contrat entre *Primus* et *Secundus*, seul l'un des deux exécutera une prestation, lorsque le deuxième ne sera tenu d'aucune obligation réciproque à l'égard du premier. Sous cet angle, et en l'absence d'obligations réciproques et interdépendantes, il paraît effectivement délicat de déceler autre chose qu'un contrat unilatéral. Néanmoins sans ce premier contrat, *Secundus* est dans l'incapacité de demander l'exécution d'une contreprestation à un membre quelconque de la communauté. Il existe ainsi un lien véritable entre la multitude des contrats passés, ce qui permet de remettre en question l'opportunité de considérer isolément chaque contrat pour en déterminer la nature. De plus, lors de l'étude du caractère onéreux ou gratuit des contrats de partage, les particularités de cette économie nous ont conduit à apprécier, de manière globale, la succession d'opérations passées au sein des communautés. Or, comment justifier la différence d'approche, et l'appréciation isolée de chaque opération, lorsque l'on s'intéresse à la qualification unilatérale ou synallagmatique des contrats de partage, alors même que l'on a opté pour une approche d'ensemble afin de statuer sur l'onérosité de ces derniers ? Il n'est ainsi pas certain que ces contrats remettent en cause le principe selon lequel l'onérosité est de l'essence des contrats synallagmatiques. Toutefois, en l'état actuel du droit positif, il paraît délicat d'opter pour une telle qualification, à moins d'avoir une vision beaucoup plus souple de cette catégorie contractuelle, afin de rendre compte, de manière moins artificielle, de la réelle nature des contrats de partage.

§ 2 : Une tentative d'appréhension des contrats de partage grâce à la conception « souple » du contrat synallagmatique

227. L'abandon de la conception classique du contrat synallagmatique au profit d'une conception plus souple – L'ancien droit français retenait une conception souple du contrat synallagmatique¹⁰⁵⁶ héritée des écrits de Justinien¹⁰⁵⁷ (bien que le droit romain n'ait pas directement connu de distinction des contrats fondée sur la réciprocité des obligations)¹⁰⁵⁸. Toutefois, la doctrine a finalement opéré, à partir du XIX^{ème} siècle, un important resserrement de la notion en considérant que « seules les obligations principales, voulues par les parties, au

¹⁰⁵⁶ V. par ex. POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, préf. J.-H. Halpérin, Dalloz, 2011, p. 9 et s., n°9 et s ; LAROMBIÈRE L., *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand, 1857, p. 25, n°2.

¹⁰⁵⁷ HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 8 et 37 et s.

¹⁰⁵⁸ LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 725, n°468, 1°.

moment de la conclusion du contrat » pouvaient servir de fondement à un contrat synallagmatique. Ce à quoi il convenait d'ajouter la nécessité d'un lien de connexité étroite entre les obligations permettant de considérer chacune comme la cause de l'autre¹⁰⁵⁹. Une telle conception stricte du contrat synallagmatique a eu notamment pour effet de rejeter les « contrats synallagmatiques imparfaits » dans le giron des contrats unilatéraux¹⁰⁶⁰. En application de la conception « stricte » du contrat synallagmatique, seuls pourraient prétendre à cette qualification, les contrats qui sont, par nature, synallagmatiques. Cela signifie donc que les parties ne pourraient, en aucun cas, modifier la nature de leur rapport contractuel. De plus, il faudrait considérer que le caractère synallagmatique ou unilatéral d'un contrat se détermine de manière définitive lors de sa formation, sans qu'il soit possible de le faire évoluer en cours d'exécution. Enfin, seules les obligations principales nées du contrat devraient être prises en compte pour vérifier l'existence d'obligations réciproques et interdépendantes, les obligations accessoires ainsi qu'extracontractuelles devant être exclues de l'opération de qualification¹⁰⁶¹. Néanmoins, il est permis de douter de la pertinence d'une analyse aussi stricte de la notion de contrat synallagmatique, qui ne permettrait de rendre compte que très imparfaitement de la réalité contractuelle.

Il paraît alors opportun d'étudier la conception « souple » dudit contrat afin de savoir si celle-ci permettrait une prise en compte plus efficiente des contrats de partage. Pour certains, la nature du contrat est évolutive. Il existerait ainsi des « contrats synallagmatiques imparfaits », autrement dit des contrats unilatéraux qui deviendraient synallagmatiques en cours d'exécution, contrairement à l'idée selon laquelle la nature des contrats est définitivement figée lors de la rencontre des volontés (A). De plus, le propre du contrat synallagmatique est de créer une « dépendance objective » des prestations, ce que la doctrine désigne par les notions de connexité ou d'indivisibilité des dettes¹⁰⁶². Cette connexité se définit, selon Madame Gabet-Sabatier

¹⁰⁵⁹ HOUIN R., *th. préc.*, p. 8.

¹⁰⁶⁰ BARBAUD M. O., *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2014, p. 5, n°5 ; V. not. HUC T., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, F. Pichon, Successeur, 1894, p. 11, n°4 ; GUILLOUARD L. V., *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, A. Durand & Pédone Lauriel, 1892, p. 10, n°8 ; DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 1868, p. 18 et s., spéc. p. 22, n°22 ; LAURENT F., *Principes de droit civil français*, t. XV, A. Durand & Pédone Lauriel, 1875, p. 490 et s., spéc. p. 491, n°435 ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil, tome I, Des obligations*, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 3^{ème} éd., 1906, p. 8 et s., n°11 ; COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, p. 15, n°14 ; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil, tome II, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, LGDJ, 1923, p. 330, n°950 ; VIGIÉ A., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 2^{ème} éd., 1895, p. 504 et 505, n°1107.

¹⁰⁶¹ MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 59 et 60, n°65.

¹⁰⁶² SÉRIAUX A., *art. préc.*, p. 777 et s., spéc. n°4.

comme, le « lien qui, dans une situation concrète, logiquement et économiquement homogène, unit à un bien ou à une obligation, toute obligation ou rapport d'obligation né dans le contexte de cette situation, à raison de ce bien et de cette obligation et par suite, soit de remise en état, soit de rapport accessoire, soit d'incorporation de valeur »¹⁰⁶³. Or, c'est également la vision rigide de cette notion qui a pu faire l'objet de critiques, certains estimant que ce critère de distinction, tel qu'il est conçu par la conception classique, est trop étroit pour rendre compte de la distinction entre l'unilatéral et le synallagmatique¹⁰⁶⁴ (B).

A. Le recours insuffisant à la nature évolutive des contrats synallagmatiques

228. La variabilité, dans le temps, du caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat –

Si la majorité des auteurs considère que la nature du contrat doit être déterminée, de manière définitive, lors de la conclusion de ce dernier¹⁰⁶⁵, une opinion dissidente se fait tout de même entendre. Pour une partie des auteurs, en effet, les contrats ne seraient pas synallagmatiques ou unilatéraux par nature et pourraient très bien passer d'une catégorie à l'autre en cours d'exécution, soit par la naissance de nouvelles obligations, soit par l'extinction de certaines¹⁰⁶⁶. Ainsi, un contrat unilatéral pourrait devenir synallagmatique lorsque naissent de nouvelles obligations qui n'existaient pas au moment de la formation du contrat. Inversement, un contrat synallagmatique pourrait perdre cette nature et devenir unilatéral lorsque s'éteignent certaines obligations.

229. La transformation d'un contrat unilatéral en contrat synallagmatique : les contrats

synallagmatiques imparfaits – Il peut arriver que dans un rapport contractuel initialement envisagé comme unilatéral naissent une ou plusieurs obligations à la charge du contractant qui, au départ, s'était engagé sans en assumer la charge. Cela peut aisément se comprendre puisque la situation ne saurait rester figée, et évolue nécessairement au gré des différents événements pouvant survenir pendant la période d'exécution du contrat. L'on peut prendre pour exemple le dépôt gratuit, dont la nature est explicitement énoncée par l'article 1917 du Code civil. Cette

¹⁰⁶³ GABET-SABATIER C., « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD civ.* 1980, p. 39 et s., spéc. p. 62, n°43.

¹⁰⁶⁴ HOUIN R., *th. préc.*, p. 210.

¹⁰⁶⁵ V. Planiol et Ripert qui rappellent l'exigence imposée par la doctrine du XX^{ème} siècle : PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P. A., *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 41, n°35.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 204. En ce sens, l'auteur affirme que « le caractère synallagmatique ou unilatéral d'un contrat n'est pas invariable et il n'appartient pas, par nature, à ce contrat ».

disposition affirme qu'un tel contrat est « essentiellement gratuit », et nous avons eu l'occasion de démontrer que l'absence de contrepartie caractéristique de la gratuité devait également amener à conclure à l'unilatéralité du contrat en cause. En l'espèce, le dépositaire accepte la charge de conserver le bien déposé et de le restituer au terme du contrat, sans recevoir de rémunération de la part du déposant. Ainsi, le dépositaire ne bénéficie d'aucune contreprestation de la part de son cocontractant, tandis que ce dernier ne supporte, en principe, aucune charge. Un tel dépôt est donc un contrat unilatéral conclu à titre gratuit. Toutefois, sa nature doit être questionnée lorsque le dépositaire engage des frais pour conserver le bien objet du contrat (incendie, inondation, *etc.*)¹⁰⁶⁷. Dans une telle hypothèse, le dépositaire obtient un droit au remboursement à l'encontre du déposant en application de l'article 1947 du Code civil. Il en va de même pour le mandat, le prêt à usage ou encore le nantissement¹⁰⁶⁸.

Pour une partie de la doctrine classique, l'existence d'une dette du déposant à l'égard du dépositaire transforme ce contrat unilatéral en un contrat synallagmatique ou, plus précisément, en un contrat synallagmatique imparfait car s'ajoutent, aux obligations principales nées du contrat et ne pesant que sur le dépositaire, des obligations accessoires à la charge du déposant. La nature dudit contrat, qui obligeait une seule des parties lors de sa formation, évolue à la suite d'un évènement extérieur faisant naître de nouvelles obligations sur la tête du cocontractant¹⁰⁶⁹. Toutefois, la majorité des auteurs refuse de conférer, à un tel contrat, un caractère synallagmatique et préfère le considérer comme un contrat unilatéral¹⁰⁷⁰.

230. Quid de l'interdépendance des obligations ? – Plusieurs arguments sont alors avancés. C'est, en premier lieu, le moment auquel la nature du contrat doit être déterminée qui est invoqué pour rejeter les contrats synallagmatiques imparfaits dans la catégorie des contrats unilatéraux. L'argument principalement invoqué pour refuser la prise en compte des obligations nées postérieurement à la conclusion du contrat tient à leur nature. En effet, beaucoup

¹⁰⁶⁷ FLOUR J., AUBERT J.-L., et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 75, n°84.

¹⁰⁶⁸ POTHIER R.-J., *op. cit.*, p. 87, n°9.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 87, n°9 ; HOUIN R., *th. préc.*, p. 194 et s.

¹⁰⁷⁰ BEUDANT R. et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., *Cours de droit civil français*, t. 9, *Les contrats et les obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 2^{ème} éd., 1953, p. 32 et s., n°50 ; COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie Dalloz, 1915, p. 279 ; RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. Tome 2, *Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété*, LGDJ, 1957, p. 32 et 33, n°72. Pour certains, il faut reconnaître que les contrats synallagmatiques imparfaits ont une position « intermédiaire » entre les véritables contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux : MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 90, n°97.

considèrent que celles-ci ne naissent pas du contrat mais d'un fait postérieur, accidentel, et indépendant du contrat en cause¹⁰⁷¹. Les obligations seraient donc effectivement réciproques, mais l'on ne pourrait y voir une quelconque interdépendance, la source de chacune étant différente. En ce sens, Ripert et Boulanger expliquent que dans ce type de contrats, « il y a bien [...] deux obligations réciproques, mais une seule d'entre elles a le contrat pour source »¹⁰⁷². Les premières obligations, nées lors de la formation du contrat, sont assurément de nature contractuelle. En revanche, les secondes auraient, pour ces auteurs, un caractère extracontractuel et seraient une « conséquence de la loi elle-même »¹⁰⁷³. L'obligation d'indemniser le dépositaire viendrait ainsi des principes de l'enrichissement injustifié¹⁰⁷⁴ ou de la gestion d'affaire¹⁰⁷⁵, et non du contrat en tant que tel¹⁰⁷⁶.

Cependant, certains auteurs ont tout de même défendu l'idée selon laquelle les différentes obligations d'un contrat synallagmatique imparfait seraient malgré tout interdépendantes, permettant ainsi de rattacher ces contrats à la sphère des contrats synallagmatiques. Tout d'abord, contrairement à ce qui a pu être affirmé¹⁰⁷⁷, le caractère purement éventuel d'une obligation n'est pas un obstacle à la qualification contractuelle¹⁰⁷⁸. Une solution contraire imposerait de rejeter, de cette sphère, toutes les obligations éventuelles et conditionnelles¹⁰⁷⁹. Or, personne ne s'oppose à l'existence des contrats aléatoires dans lesquels les obligations sont par définition éventuelles. C'est l'exemple typique du contrat d'assurance : l'obligation d'indemnisation pesant sur l'assureur est seulement éventuelle et ne devra être exécutée qu'à condition qu'un dommage, couvert par le contrat, se réalise entre la prise d'effet du contrat et son expiration¹⁰⁸⁰. Il s'agit néanmoins d'une obligation essentielle

¹⁰⁷¹ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 16^{ème} éd., 1992, p. 43, n°15 ; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, p. 330, n°950.

¹⁰⁷² RIPERT G. et J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 33, n°72.

¹⁰⁷³ MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 77, n°79.

¹⁰⁷⁴ FLOUR J., AUBERT J.-L., et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, p. 75, n°84.

¹⁰⁷⁵ Pour une explication des différentes critiques émises par la doctrine à l'égard des contrats synallagmatiques imparfaits V. MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 61 et s., spéc. p.62, n°65.

¹⁰⁷⁶ *contra*, POTHIER R.-J. par DUPIN M., *Oeuvres de Pothier contenant les Traités du droit français*, t. 4, Béchet Ainé, 1824, p. 183, n°69. À la lecture des travaux de Pothier, il semble que l'obligation du déposant à l'égard du dépositaire, ait également une nature contractuelle : « celui, qui a donné une chose en dépôt, contracte, de son côté, par le contrat de dépôt, envers le dépositaire, l'obligation de le rembourser des avances qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été donnée, et de l'indemniser généralement de tout ce que lui a coûté le dépôt [...] »

¹⁰⁷⁷ BEUDANT R. et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., *op. cit.*, p. 33 et 34, n°50.

¹⁰⁷⁸ SIMON F.-L., « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.* 2006, p. 209 et s., spéc. n°9.

¹⁰⁷⁹ HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 129.

¹⁰⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 2 juin 2004, n°01-17354 et 01-17823. Ces arrêts ont toutefois été particulièrement critiqués, notamment du point de vue de l'application de la loi dans le temps. V. not. GROUDEL H., « La coupe jusqu'à la

pour l'assuré, qui ne souscrit au contrat qu'en considération de l'obligation de l'assureur. L'on ne peut donc admettre une telle opposition. Seule la potestativité peut condamner une obligation éventuelle et, lorsque la situation n'en présente aucun signe, rien ne s'oppose à ce qu'une telle obligation ait une nature contractuelle.

Les Professeurs Marty et Raynaud font remarquer que plusieurs dispositions du Code civil (art. 1890, 1947, 1999 et 2080 C. civ.) paraissent rattacher au domaine du contrat les obligations nées au cours de l'exécution de ce dernier, leur conférant ainsi une nature contractuelle et non extracontractuelle. Ces articles mettent, à la charge du prêteur, du déposant, du mandant, mais également du gagiste, l'obligation de rembourser le cocontractant des dépenses effectuées pendant la durée du contrat. Or, à la lecture de ces dispositions, rien ne permet de penser que le législateur a accordé, aux obligations en cause, une nature extracontractuelle. Celles-ci sont énoncées lors de l'exposé du régime de chaque contrat, sans qu'il soit possible de les distinguer, quant à leur nature, des obligations principales¹⁰⁸¹.

De plus, et bien que depuis 2016, la question ait perdu de son intérêt, il faut noter que l'application aux contrats synallagmatiques imparfaits de l'exception d'inexécution¹⁰⁸² et de la résolution pour inexécution¹⁰⁸³ était également mise en avant pour justifier du caractère synallagmatique des contrats en cause. Le nouvel article 1126 du Code civil ne limite toutefois plus l'exception d'inexécution aux seuls contrats synallagmatiques, comme c'était le cas de l'ancien article 1184, ce qui met un terme aux objections des auteurs refusant l'application de ces dispositions aux contrats litigieux¹⁰⁸⁴.

Enfin, s'il est vrai que, dans ce cas de figure, l'obligation du mandant, par exemple, de rembourser au mandataire les dépenses effectuées pour l'exécution du contrat, ne peut être considérée comme l'équivalent de la prestation principale effectuée par le mandataire, cela ne fait pas obstacle à la connexité de ces obligations. Seulement, il importe de ne pas retenir une

lie ? (À propos de l'assurance des centres de transfusions sanguines) », *Resp. civ. et assur.* 2004, chron. 21 ; GROUDEL, H., « Étendue de la garantie dans le temps des contrats d'assurance des centres de transfusions sanguines (demande d'annulation du contrat pour vice du consentement) », *Resp. civ. et assur.* 2004, comm. 385.

¹⁰⁸¹ HOUIN R., *th. préc.*, p. 128.

¹⁰⁸² CASSIN R., *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques : (exception « non adimpleti contractus ») : Et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Th. Paris, 1914 p. 470 ; *contra*, THERY-SCHULTZ J., *La réciprocité dans l'exécution des contrats synallagmatiques en droit privé français*, Th. Paris XII, 2003, p. 159, n°143 ; CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1927, p. 280, n°128 ; GHESTIN J., « L'exception d'inexécution - Rapport français », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Étude de droit comparé*, Bruylant - LGDJ, 2001, p. 3 et s., spéc. p. 10, n°8.

¹⁰⁸³ Nancy, 11 janv. 1936, DH 1936. 155 ; Paris, 29 juin 183, DP 1984. 2. 437 ; *contra*, LARRIBAU-TERNEYRE V., *Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique*, *op. cit.*, p. 214 et s., n°465 et s.

¹⁰⁸⁴ Sur les arguments à l'encontre d'une telle solution, V. LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 135 et s., n°164 et s.

vision trop étroite de celle-ci, qui serait alors fondée sur l'équivalence ou, avant l'ordonnance de 2016, sur la théorie de la cause¹⁰⁸⁵. Si la connexité est déterminée en fonction de la communauté d'origine des obligations et de leur réciprocité¹⁰⁸⁶, rien ne s'oppose à ce que les différentes obligations dont il est ici question puissent être considérées comme connexes et fonder ainsi un contrat synallagmatique imparfait. Or, si l'on admet qu'un contrat unilatéral puisse se transformer en contrat synallagmatique et avoir ainsi une nature évolutive, il est nécessaire de vérifier si, à l'inverse, un contrat synallagmatique peut perdre cette nature pour se transformer en contrat unilatéral.

231. L'inopportune transformation du contrat synallagmatique en contrat unilatéral – Si certains auteurs défendent la possibilité, pour un contrat unilatéral, de se transformer en contrat synallagmatique au cours de son exécution, la réciproque paraît bien plus difficile à justifier. Il s'agirait, ici, d'admettre qu'un contrat synallagmatique puisse devenir unilatéral lorsqu'une ou plusieurs obligations s'éteignent. Pour Monsieur Houin, rien ne s'oppose à ce qu'un contrat synallagmatique se transforme en contrat unilatéral lorsque la réciprocité des obligations cesse d'exister à la suite de l'exécution, par l'une des parties, de l'ensemble de ses obligations. Pour l'auteur, la connexité nécessaire à la qualification du contrat synallagmatique disparaît lorsque la réciprocité s'est estompée¹⁰⁸⁷. Le premier argument invoqué par l'auteur tient à l'inapplication de l'ancien article 1325 du Code civil (art. 1175 nouv. C. civ.) imposant la règle du double original pour les contrats synallagmatiques sous seing privé¹⁰⁸⁸. Or, si cette formalité probatoire n'a pas vocation à s'appliquer lorsque l'écrit est rédigé, alors qu'il ne subsiste plus d'obligations qu'à la charge de l'une des parties, cela pourrait signifier que le contrat synallagmatique originel s'est transformé en un contrat unilatéral. Dans le cas contraire, l'article 1325 anc. (art. 1375 nouv. C. civ.) devrait être applicable¹⁰⁸⁹.

Nous ne sommes toutefois pas convaincue par la pertinence de cet argument qui paraît insuffisant pour statuer, de manière définitive, sur la nature des contrats en cause. En effet, l'ancien article 1184, qui limitait la résolution judiciaire aux contrats synallagmatiques, restait applicable aux contrats au sein desquels une partie avait déjà exécuté ses obligations, l'application de cette règle étant, au demeurant, sans doute plus essentielle et révélatrice de la

¹⁰⁸⁵ HOUIN R., *th. préc.*, p. 196.

¹⁰⁸⁶ Sur la connexité des obligations, V. *infra*, n°234 et s.

¹⁰⁸⁷ HOUIN R., *th. préc.*, p. 199 ; *contra*, GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat* LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, p. 10 et 11, n°15.

¹⁰⁸⁸ Req. 23 avril 1877, *DP* 77. 1. 366.

¹⁰⁸⁹ HOUIN R., *th. préc.*, p. 199 et 200.

nature du contrat que celle de l'article 1325 ancien¹⁰⁹⁰. Si le débat a été refermé, en ce que les nouvelles dispositions du Code ne limitent plus le champ de ces dispositions aux seuls contrats synallagmatiques (art. 1124 à 1230 nouv. C. civ.), il reste utile de dire quelques mots de cet argument afin de souligner le vice de construction présent dans la démonstration de Monsieur Houin. Celui-ci, en considérant que lesdits contrats deviennent unilatéraux, admet pourtant le jeu de la résolution judiciaire, en considérant que pour l'application de cette disposition, il convient d'apprécier la réciprocité des obligations au jour de la formation du contrat¹⁰⁹¹. Ainsi, puisqu'au départ le contrat est effectivement synallagmatique, il ne serait pas contradictoire de lui appliquer une disposition spécifique à ces contrats malgré sa transformation en contrat unilatéral¹⁰⁹². Toutefois, ce raisonnement se heurte à un obstacle de taille : la contradiction¹⁰⁹³. En effet, l'auteur explique, en amont, que l'exception d'inexécution et la résolution ne sont « possible[s] que s'il existe des obligations réciproques qui ne soient pas encore exécutées et elle[s] cesse[nt] de pouvoir être invoquée[s] si l'une d'elle est éteinte »¹⁰⁹⁴. Monsieur Houin se place alors au moment de l'exécution pour apprécier l'application de ces dispositions, et non au jour de la formation du contrat. Or, si la réciprocité nécessaire à l'application de la résolution s'apprécie au jour de la formation du contrat, on ne peut l'appliquer aux contrats synallagmatiques devenus, suite à l'extinction de certaines obligations, des contrats unilatéraux.

Le Doyen Savatier, quant à lui, allait encore plus loin pour expliquer l'application de l'article 1184 aux contrats en cause. Celui-ci estimait qu'il ne faudrait pas opposer les contrats synallagmatiques aux contrats unilatéraux, en ce qu'ils seraient deux espèces différentes de contrats, mais plutôt reconnaître qu'il s'agirait de « deux moments différents de la vie du même contrat ». Ainsi, « tout contrat synallagmatique devien[drait] unilatéral quand, l'une des parties s'étant entièrement exécutée, la convention n'engendre plus d'obligation qu'à la charge de l'autre »¹⁰⁹⁵. Cette conception ne semble toutefois avoir été reprise ni par la doctrine, ni par la jurisprudence¹⁰⁹⁶.

Quoi qu'il en soit, et bien que ces questions soient dépassées depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, l'on constate que jamais les arguments des auteurs pour justifier la transformation d'un contrat synallagmatique en contrat unilatéral n'ont été particulièrement

¹⁰⁹⁰ MARTY G. et P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 63, n°65.

¹⁰⁹¹ HOUIN R., *th. préc.*, p. 202.

¹⁰⁹² *contra*, GHESTIN J., *op. cit.*, p. 10 et 11, n°15. Pour l'auteur, une telle transformation apparaît comme totalement inopportune et doit être rejetée.

¹⁰⁹³ MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 63, n°65, note 1.

¹⁰⁹⁴ HOUIN R., *th. préc.*, p. 193.

¹⁰⁹⁵ SAVATIER R., note sous Trib. civ. Seine, 17 oct. 1928, *DP* 1929. 1. 141.

¹⁰⁹⁶ HOUIN R., *th. préc.*, p. 203.

convaincants. Ainsi, plutôt que d'admettre une mutabilité, dans les deux sens, du caractère synallagmatique, il paraît plus opportun de relativiser cette catégorie contractuelle, afin d'aligner les concepts du droit des contrats sur la réalité de la pratique contractuelle contemporaine.

232. La relativité du caractère synallagmatique – S'il semble que « la notion de contrat synallagmatique imparfait [ait] une réelle signification »¹⁰⁹⁷, il en va autrement de la possible mutation d'un contrat synallagmatique en contrat unilatéral. Les justifications évoquées pour admettre une telle mutabilité ne paraissent que peu pertinentes, d'autant que la transformation du caractère synallagmatique au cours de l'exécution du contrat élargirait excessivement le domaine du contrat unilatéral, puisque l'ensemble des contrats synallagmatiques aurait ainsi vocation à devenir, après l'exécution de la première prestation, des contrats unilatéraux. Une telle solution n'apporte, finalement, que peu de réponses au problème qui nous intéresse ici : le caractère excessivement restrictif du domaine attribué au contrat synallagmatique. Admettre que chacun de ces contrats deviendra, *in fine*, un contrat unilatéral, ne permet pas de prendre en compte l'ensemble des opérations contractuelles qui ne s'adaptent que très imparfaitement à la classification opposant les contrats synallagmatiques et unilatéraux. En effet, l'admission d'une mutabilité en contrat unilatéral n'a aucun impact sur la qualification première des contrats de partage qui sont, d'ores et déjà, considérés comme des contrats unilatéraux. Or, c'est justement cette qualification qui pose question en l'espèce, et qui ne reflète qu'approximativement la réalité des pratiques de partage. Ainsi, au lieu d'admettre la possibilité qu'un contrat synallagmatique puisse se transformer en contrat unilatéral, de la même manière que le contrat unilatéral peut devenir, lors de son exécution, un contrat synallagmatique, il paraît plus opportun de reconnaître la relativité du caractère synallagmatique.

Dès lors, de manière identique à la gratuité, le caractère unilatéral doit revêtir un caractère limitatif lorsque les contrats synallagmatiques représentent la catégorie résiduelle. L'unilatéralité des rapports contractuels est ainsi l'exception dans un monde dominé par les rapports marchands et la nécessité que chacun des contractants puisse tirer un avantage de ce qu'il donne ou fait pour l'autre. Par conséquent, rien ne s'oppose à l'existence de contrats imparfaitement synallagmatiques. Ces derniers, en ne correspondant qu'approximativement aux caractéristiques des contrats unilatéraux, ne peuvent ainsi qu'être exclus de la catégorie limitative qu'est l'unilatéralité, celle-ci ne pouvant être appliquée à des rapports contractuels

¹⁰⁹⁷ MARTY G. et P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 62, n°65.

empruntant successivement aux deux termes de la classification. Dès lors, ces contrats doivent être intégrés au sein de la catégorie résiduelle des contrats synallagmatiques. Mais ceux-ci, de par leur caractère imparfait, ne seront que partiellement soumis au régime des contrats synallagmatiques classiques¹⁰⁹⁸, ce qui explique que certaines dispositions ne leur soient pas applicables, notamment s'agissant des exigences probatoires de l'article 1375 du Code civil¹⁰⁹⁹. Cette solution semble d'ailleurs confirmée par certains arrêts, les magistrats ayant eu l'occasion de reconnaître, à titre d'illustration, le caractère synallagmatique imparfait du gage, lequel produit des obligations bilatérales tout en excluant le jeu de l'article 1326 ancien du Code civil (en vigueur jusqu'au 14 mars 2000) applicable aux seuls engagements unilatéraux¹¹⁰⁰. Se pose alors la question de savoir si l'admission d'une variabilité, dans le temps, de la nature du contrat permet de prendre en compte, avec pertinence, les contrats de partage.

233. Les contrats de partage : des contrats synallagmatiques imparfaits ? – Nous l'avons vu, il est délicat de retenir, en l'état du droit positif, une qualification autre que celle de contrat unilatéral lorsque l'on tente de définir la nature des contrats de partage. Toutefois, ce rattachement n'est que peu pertinent puisqu'il occulte le résultat patrimonial final du contrat : le versement d'une contrepartie en échange de la première prestation. Or, l'existence d'une contrepartie doit, en principe, faire tomber l'acte dans la catégorie des contrats synallagmatiques. Cependant, en matière de partage, celle-ci n'apparaît que postérieurement à l'exécution de la première prestation et dans un rapport contractuel distinct. Est-ce, pour autant, que la catégorie limitative des contrats unilatéraux est la plus indiquée pour recevoir, en son sein, les contrats de partage ? Il nous est permis d'en douter pour les différentes raisons que nous avons exposées lors des précédents développements. Ainsi, et puisque les contrats synallagmatiques représentent la catégorie résiduelle, il serait possible de tenter de rattacher les contrats qui intéressent la présente étude, à ce second terme de la division opposant l'unilatéral au synallagmatique. Pour ce faire, nous avons vu qu'il existait certains contrats unilatéraux dont la nature évoluait pour devenir, au cours de leur exécution, des contrats synallagmatiques. Toutefois, cette théorie se révèle d'une piètre utilité pour appréhender les contrats de partage. En effet, bien que la théorie des contrats synallagmatiques imparfaits permette de prendre en

¹⁰⁹⁸ En ce sens, V. par ex. MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 210, n°222. S'agissant du dépôt, les auteurs estiment que le déposant doit indemniser le dépositaire, « ce contrat unilatéral devient un contrat synallagmatique imparfait, soumis aux règles de fond des contrats synallagmatiques, non à celles de forme ».

¹⁰⁹⁹ En ce sens V. MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 63, n°65.

¹¹⁰⁰ CA Colmar, 12 nov. 1993, JurisData n°1993-051697.

compte une situation dans laquelle les obligations de l'une des parties sont décalées dans le temps, il s'agit d'un cas de figure bien différent de celui des contrats de partage. Certes, dans ces derniers, l'exécution d'une nouvelle prestation au bénéfice du débiteur initial fait pencher la qualification du côté de l'onérosité, et rend le rattachement au domaine des contrats unilatéraux artificiels. Toutefois, la difficulté réside dans le fait que la contreprestation ne sera pas payée par le créancier initial. Dans le cas contraire, ces contrats pourraient effectivement être considérés comme des contrats synallagmatiques imparfaits puisque, au sein d'un même rapport contractuel, chacune des parties obtiendrait une contreprestation pour ce qu'elle a elle-même fait à l'égard de son cocontractant. Nous serions ainsi en présence d'un contrat unilatéral dont la nature évoluerait suite à l'exécution d'une prestation par le créancier initial venant rémunérer celui qui s'était appauvri, au départ, sans contrepartie. S'agissant des contrats de partage, la situation est pourtant tout autre, puisque la contrepartie est payée par une partie tierce au contrat initial. Il n'y a donc aucune identité de parties, ce qui exclut la possibilité de rattacher ces contrats au domaine des contrats synallagmatiques imparfaits et, par extension, aux contrats synallagmatiques de manière générale. On le voit, bien qu'elle permette de relativiser la qualification synallagmatique, cette théorie demeure insuffisante pour saisir les contrats de partage et c'est vers d'autres horizons qu'il convient, dès à présent, de se tourner.

B. L'émancipation de la perception rigide du *synallagma*

234. Volonté, connexité, réciprocité et dualité – La qualification de contrat unilatéral ne paraît que peu appropriée pour saisir la véritable nature des contrats de partage, car elle occulte le lien étroit qui unit l'ensemble des contrats passés dans le cadre de la communauté, ainsi que le résultat patrimonial de chaque contrat qui, bien que ne prévoyant d'obligations qu'à la charge de l'une des parties, permettra à son débiteur d'obtenir, par la suite, une contreprestation. Or, puisque le recours à la nature évolutive des contrats qui, d'unilatéral, peuvent se transformer en synallagmatique, est incapable de prendre en compte les particularités du partage, il reste possible de s'intéresser à la vision élargie du *synallagma*. En effet, la volonté des parties peut rendre connexes des opérations qui, au départ, ne l'étaient pas et, ainsi, imprimer un caractère synallagmatique à des contrats *a priori* unilatéraux (1). Toutefois, une telle volonté paraît insuffisante pour transformer les contrats de partage en contrats synallagmatiques, tout comme l'abandon de la conception rigide de la connexité préférant fonder cette notion, non sur l'équivalence ou la cause, mais sur la réciprocité, alors même qu'il existe, en matière de partage, une certaine dualité (2).

1. L'impact de la volonté des parties sur la connexité des obligations

235. L'influence de la volonté des parties sur la connexité – Il semble que les contrats ne puissent être considérés comme étant unilatéraux ou synallagmatiques par nature. Au-delà de la variabilité dans le temps du caractère du contrat, il existe également une variabilité dépendant de la volonté des parties. Or, puisque la connexité dépend de deux éléments (des obligations réciproques nées, en principe, d'un même rapport obligatoire)¹¹⁰¹, la volonté peut influencer sur celle-ci à deux égards : en créant des obligations réciproques dans des contrats qui ne prévoient, au départ, d'obligations qu'à la charge de l'une des parties, ou en rendant connexes des obligations nées de rapports différents.

236. La création d'obligations réciproques – Puisque les parties sont libres de contracter de la manière dont elles le souhaitent, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, rien ne s'oppose à ce que celles-ci puissent transformer un contrat prévu par la loi comme étant, en principe, unilatéral, en un contrat synallagmatique. Ainsi, les contractants peuvent stipuler un salaire au profit du mandataire ou du dépositaire, ou accompagner la donation d'une charge à l'égard du donataire, *etc.* L'ensemble de ces contrats, par les stipulations des parties, peuvent alors devenir synallagmatiques, ces dernières ayant créé des obligations réciproques à la charge de chacune des parties. La seule limite réside dans la nécessité qu'une telle manifestation de volonté ait lieu au moment de la formation du contrat, puisque c'est à ce moment précis que les parties expriment leur consentement¹¹⁰². Comme l'exprime clairement Monsieur Houin, « il n'existe donc pas de contrat synallagmatique ou unilatéral par nature, même au moment du concours des volontés, puisque les règles ne constituent que l'expression de la volonté supposée et ordinaire des parties, et que celles-ci peuvent toujours modifier les obligations qui naissent de leur convention »¹¹⁰³. Peu importe que les obligations créées par les parties ne soient qu'accessoire ou qu'elles soient distinctes des obligations classiquement prévues dans le contrat en cause, cela ne saurait faire obstacle à ce que les parties créent des obligations réciproques¹¹⁰⁴. Il faut d'ailleurs noter que la jurisprudence de la Cour de cassation laisse aux juges du fond le pouvoir d'apprécier le caractère unilatéral

¹¹⁰¹ HOUIN R., *th. préc.*, p. 177.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 178.

¹¹⁰⁴ *contra*, DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 1868, p. 22, n°23.

ou synallagmatique du contrat¹¹⁰⁵. Or, il ne pourrait exister un tel pouvoir d'appréciation si la nature des obligations était une condition de la connexité sans que la volonté des parties ne puisse l'influencer car, dans ce cas, les magistrats n'auraient aucune marge de manœuvre quant à la détermination de la nature du contrat. Mais, une fois encore, cela ne permet pas de résoudre les difficultés que posent les contrats de partage car, dans le contrat initial dont nous tentons de saisir la qualification, les parties n'ont semble-t-il pas stipulé d'obligation supplémentaire. Ce n'est que par la suite que l'exécution de nouvelles obligations, nées d'un rapport contractuel différent, viendront apporter satisfaction au débiteur initial. Ainsi, il faut s'interroger sur la question de savoir si la volonté des parties peut rendre connexes des obligations dont la source diffère.

237. La création d'un rapport synallagmatique entre obligations de sources différentes –

Pour que des obligations soient connexes, elles doivent en principe être réciproques et avoir la même « communauté d'origine »¹¹⁰⁶. C'est donc, notamment, parce qu'elles dérivent d'une même opération contractuelle, que des obligations peuvent être considérées comme connexes¹¹⁰⁷ : « l'unicité de l'opération »¹¹⁰⁸ est le second critère de la connexité à côté de la réciprocité¹¹⁰⁹. Ainsi, lorsque tel n'est pas le cas, et que les obligations ont des sources différentes, elles ne peuvent en principe être considérées comme connexes et, *ipso facto*, permettre de donner vie à un contrat synallagmatique. Toutefois, les parties peuvent remédier à cette absence d'unité en créant, volontairement, un lien de connexité¹¹¹⁰. C'est classiquement

¹¹⁰⁵ Civ. 26 juil. 1854 ; Req. 25 mai 1892.

¹¹⁰⁶ HOUIN R., *th. préc.*, p. 117 et s., spéc. p.119 à 131.

¹¹⁰⁷ La jurisprudence a longtemps estimé que « l'interdépendance des obligations réciproques résultant d'un contrat synallagmatique [...] suppose essentiellement des obligations dérivant d'un même contrat » : Req. 17 mai 1938, *DH* 1938, p. 419. Cette position a toutefois été assouplie, la chambre commerciale estimant que « l'inexécution d'une convention peut être justifiée, si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à son obligation contractuelle, même découlant d'une convention distincte, dès lors que l'inexécution de cette dernière est liée à celle de la première » : Com. 12 juil. 2005, n°03-12507, *RTD civ.* 2006, p. 307, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; *Défrénois* 2006, p. 610, obs. LIBCHABER R.

¹¹⁰⁸ SÉRIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XX^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 777 et s., spéc. p. 786, n°4. Dans le même sens, Monsieur Houin fait dépendre la « synallagmaticité » du fait que les obligations réciproques découlent d'un même contrat. V. HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 208 et s.

¹¹⁰⁹ SEUBE J.-B., *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1999, p. 274 et 275, n°241.

¹¹¹⁰ CASSIN R., *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques : (exception « non adimpleti contractus ») : Et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Th. Paris, 1914, p. 471 et s. Il peut y avoir connexité « lorsque des obligations réciproques sont nées de rapports juridiques naturellement distincts, et artificiellement unis, ou lorsqu'une des parties assume, indépendamment des engagements inhérents au rapport qui la lie à une autre personne, une obligation qui ne se rattache par aucun lien nécessaire à la nature du contrat conclu ». Le juge doit alors, pour vérifier l'existence de la connexité, s'attacher à découvrir, notamment, la volonté des parties. V. également p. 474 et s.

ce que l'on retrouve lorsqu'une personne, généralement commerçante, conclut une convention de compte courant¹¹¹¹. Il s'agit du « contrat par lequel les parties décident de faire entrer en compte toutes leurs créances et dettes réciproques de manière à ce que celles-ci soient réglées immédiatement par leur fusion dans un solde disponible soumis à un régime unitaire »¹¹¹². Il s'agit donc d'un « mécanisme de règlement global et simplifié des créances réciproques »¹¹¹³, qui permet de lier, entre elles, des créances nées de conventions différentes par un lien de connexité créé par les parties. Mais celles-ci peuvent également réunir, ensemble, des contrats qui sont théoriquement séparés. C'est le cas de la promesse de vente qui serait adjointe à un bail¹¹¹⁴, l'annulation de celui-ci entraînant l'annulation corrélative de celle-là¹¹¹⁵. L'on peut également citer l'exemple de la donation-partage, grâce à laquelle le donateur procède à un partage anticipé de ses biens à ses héritiers. La donation et la partage forment ici un tout indivisible par la volonté des parties¹¹¹⁶.

238. L'insuffisance de la volonté face à la multiplicité des parties – La volonté des parties peut donc suppléer à l'absence de communauté d'origine et créer une connexité entre les différentes obligations. À ce titre, elle a donc une véritable influence sur la détermination de la nature unilatérale ou synallagmatique du contrat.

Toutefois, cela ne permet toujours pas de conclure au caractère synallagmatique des contrats de partage. En la matière, les différentes parties ne semblent pas exprimer explicitement, dans chaque contrat passé, la volonté de rendre les obligations interdépendantes. La raison est fort simple : les parties diffèrent, et elles ne sont pas connues à l'avance lors de la conclusion du contrat entre *Primus* et *Secundus* à l'origine du contrat entre *Secundus* et *Tertius*. D'ailleurs, il n'est pas certain que, même exprimée, une telle volonté puisse avoir vocation à jouer. Il semble en effet délicat de donner aux parties au contrat initial, le pouvoir de rendre connexes les obligations nées d'un contrat futur, éventuel à ce stade, et passé avec une partie tierce à celui-ci. Tous les exemples cités par la doctrine mettent en scène des contrats, différents certes, avec parfois deux *instrumentum*, mais qui comportent une identité de parties¹¹¹⁷. Or, la

¹¹¹¹ Sur la notion de compte courant, V. LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., ROUTIER R., MIGNOT M., KOVAR J. P. et ERÉSÉO N., *Droit bancaire*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2019, p. 409 et s., n°787 et s.

¹¹¹² BONNEAU T., *Droit bancaire*, coll. Domat droit privé, LGDJ – Lextenso édition, 13^{ème} éd., 2019, p. 369, n°480.

¹¹¹³ LASSERRE CAPDEVILLE J., STORCK M., ROUTIER R., MIGNOT M., KOVAR J. P. et ERÉSÉO N., *op. cit.*, p. 409, n°787.

¹¹¹⁴ HOUIN R., *th. préc.*, p. 182.

¹¹¹⁵ Trib. Chambéry, 9 janv. 1936, *Gaz. Pal.* 1936. I. 581 ; *RTD civ.* 1936, p. 487, obs. DEMOGUE R.

¹¹¹⁶ BOULANGER J., « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD civ.* 1950, p. 1 et s., spéc. n°4.

¹¹¹⁷ V. par ex. CASSIN R., *th. préc.*, p. 440 et s., spéc. p.466 et 467.

volonté de celles-ci ne paraît pas avoir un pouvoir suffisant pour rendre connexes, à l'avance, des obligations futures et éventuelles qui engageront une personne étrangère au rapport initial.

2. L'insuffisance du synallagma lato sensu

239. L'abandon de la conception rigide de la connexité – Les techniques de partage ne semblent toujours pas pouvoir être prises en compte par la qualification de contrat synallagmatique et restent, jusqu'alors, cantonnées au domaine des contrats unilatéraux malgré l'apparente inadaptation de cette qualification. À s'en tenir aux diverses théories développées par la doctrine, seules quelques solutions restent envisageables pour tenter d'imprimer, aux contrats de partage, une coloration synallagmatique plus adéquate au regard de leurs particularités. Tout d'abord, Monsieur Houin estime que la majorité des auteurs se base sur une conception restrictive de la connexité en la fondant sur l'équivalence des prestations objets du contrat ou sur la cause¹¹¹⁸, alors qu'elle devrait être remplacée par une conception plus souple. Il faudrait, pour classer les contrats dans la classification opposant le synallagmatique à l'unilatéral, se fonder uniquement sur la présence, ou l'absence, d'obligations réciproques, quelle que soit la nature de ces dernières. De manière similaire, le Professeur Sériaux explique qu'il n'est pas impossible de voir des engagements réciproques alors même que ceux-ci résulteraient de conventions distinctes, comme cela semble être le cas s'agissant de ce qui intéresse la présente étude : les contrats de partage. Or, pour trancher la nature des contrats en cause et savoir si ces derniers sont effectivement synallagmatiques, il faudrait pouvoir démontrer « la présence [...] d'unité objective entre ces engagements apparemment divers »¹¹¹⁹. Ce sont alors les dettes qui doivent être « connexes ou indivisibles » et non les personnes¹¹²⁰. Partant, le défaut de communauté d'origine peut être suppléé par la volonté des parties, mais également par l'existence d'une unité objective entre les obligations de sources différentes. Toutefois, si la doctrine et la jurisprudence admettent qu'en certaines circonstances, des obligations dont la source diffère puissent être considérées comme connexes¹¹²¹, cela ne

¹¹¹⁸ HOUIN R., *th. préc.*, p. 210.

¹¹¹⁹ SÉRIAUX A., *art. préc.*, p. 277 et s., spéc. n°4.

¹¹²⁰ *Ibid.*, spéc. n°4.

¹¹²¹ SEUBE J. B., *th. préc.*, p. 785, n°4 ; V. également Com. 12 janv. 1970, n°67-11816, Bull. civ. IV, n°11, p. 10. Dans cet arrêt, la Cour de cassation refuse de considérer deux engagements unilatéraux distincts comme formant un seul et même contrat synallagmatique, en l'absence d'éléments objectifs démontrant la volonté des parties de relier ces engagements. Il est notamment souligné que le second engagement « ne contient aucune référence à l'engagement [précédent] et ne précise aucunement qu'il lui est subordonné » ; V. également Com. 26 nov. 1973, n°72-11965, Bull. civ. IV, n°340, p. 303. Dans cet arrêt, la Cour de cassation refuse de faire jouer l'exception d'inexécution en soulignant l'absence de lien entre les obligations des parties.

doit pas faire oublier que ces obligations doivent tout de même avoir un caractère réciproque. Or, en matière de partage, l'absence d'unicité des sources d'obligations n'est pas le seul trait caractéristique original : c'est, de manière plus problématique, la réciprocité des obligations qui semble faire obstacle à un rattachement des contrats de partage au domaine du *synallagma lato sensu*.

240. L'obstacle de la réciprocité – L'admission d'une vision large de la connexité ne permet donc pas de résoudre l'ensemble des difficultés liées à la qualification des contrats de partage. En effet, dans le contrat entre *Primus* et *Secundus*, il n'y a qu'une obligation stipulée à la charge de l'une des parties. Si *Secundus* l'exécute au profit de *Primus*, il sera en droit de demander à *Tertius*, l'exécution d'une deuxième prestation. Or, dans un tel cas de figure, comment concevoir que la première obligation liant *Primus* à *Secundus* soit réciproque de celle ayant lieu dans le rapport entre *Secundus* et *Tertius* ? Certes, ces obligations ne sont pas totalement étrangères l'une à l'autre, car c'est bien la première qui permettra à *Secundus* d'obtenir, par la suite, une contreprestation. Néanmoins, la réciprocité implique l'identité de parties. Il suffit, pour s'en convaincre, de relever les différentes définitions données à ce terme. Dans le langage courant, le terme « réciproque » est défini comme ce « qui s'exerce à la fois d'un premier terme à un second et du second au premier (d'une même relation, d'un même rapport) »¹¹²². Et les définitions données par les dictionnaires de vocabulaire juridique ne diffèrent pas. Réciproque « se dit pour caractériser, entre deux personnes, les obligations de même nature qui les lient l'une envers l'autre, lorsque chacune est tenue à l'égard de l'autre d'un devoir ayant le même objet » ou « pour caractériser, entre deux contractants, les obligations de même objet ou d'objet différent que chacun assume envers l'autre, lorsque l'obligation de chacun est regardée comme la contrepartie de l'obligation de l'autre »¹¹²³. Mais c'est justement ce qui fait défaut en matière de partage : les obligations que nous cherchons à relier prennent vie dans des relations différentes, entre des personnes qui ne se rendent pas réciproquement une chose pour une autre. Lorsque *Secundus* s'exécute au profit de *Primus*, il faudrait que ce dernier s'exécute, lui aussi, au profit du premier pour qu'il y ait réciprocité. Cependant, c'est *Tertius* et non *Primus* qui viendra payer la dette détenue par *Secundus*. Dès lors, la réciprocité faisant défaut entre les obligations nées successivement dans les relations de partage, il semble, une fois encore, impossible de rattacher ces techniques au domaine des contrats synallagmatiques.

¹¹²² REY A. et REY-DEBOVE J., *V°* « Réciproque », *Le Petit Robert de la langue française*, 2014, p. 1624.

¹¹²³ CORNU G. (dir.), *V°* « Réciproque », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 851.

241. La dualité des rapports synallagmatiques – Au-delà des caractéristiques citées précédemment, il faudrait ajouter, pour caractériser les contrats synallagmatiques, un élément reflétant le « conflit » : la dualité¹¹²⁴. En effet, il n’y aurait, dans les rapports synallagmatiques, aucune « mise en commun ». Comme l’explique le Professeur Sériaux « les prestations s’y croisent, elles ne se cumulent ni ne se complètent pour former cette masse commune que l’on rencontre en revanche dans d’autres types de contrats » comme les associations ou les sociétés. « Quiconque prend part à une opération synallagmatique s’inscrit dans l’ordre de la dualité, non dans celui de la mutualité »¹¹²⁵. Or, lorsque des individus se regroupent, par le biais d’un contrat, au sein d’une communauté, chacun est tenu, en premier lieu, par le but commun, ainsi qu’à l’égard de la communauté. Il y a certes, une réciprocité des obligations afférentes à chacun des membres de la communauté, puisque tous doivent s’exécuter indépendamment de l’exécution des autres membres, mais la réciprocité dont il est ici question n’a pas le même sens que celle gouvernant les contrats synallagmatiques. L’auteur prend ainsi l’exemple de la violation du cahier des charges d’un lotissement, la communauté étant en l’espèce composée par l’ensemble des copropriétaires. Selon la Haute juridiction, « si dans un lotissement, tous les titulaires de lots sont tenus contractuellement au respect des clauses et conditions du cahier des charges, ils ne sauraient justifier l’inexécution de leurs obligations en prétendant que d’autres lots n’ont pas eux-mêmes satisfait à leurs engagements, dès lors que, s’agissant bien d’obligations réciproques à la charge et au profit de tous les colotis, de tels rapports créent des liens contractuels dont chacun s’impose l’exécution indépendamment de celle des autres »¹¹²⁶. Les différents membres des communautés dont parlent le Professeur Sériaux, qu’il s’agisse de sociétés, d’associations, *etc.*, ont des rapports « mutuels » : il n’existe pas, en principe, d’opposition d’intérêts entre chacun d’eux. Seule l’inexécution, par la communauté elle-même, pourra justifier que ses membres refusent, à leur tour, de s’exécuter. « Les rapports redeviennent ici synallagmatiques : duels et non mutuels »¹¹²⁷.

L’hypothèse est tout autre en matière de partage. Les membres des communautés sont certes guidés par un but commun : la poursuite et la réalisation des objectifs de la communauté, à savoir la valorisation du lien, la volonté de repenser les modes de consommation, *etc.*

¹¹²⁴ SÉRIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », *art. préc.*, spéc. n°5.

¹¹²⁵ *Ibid.*, spéc. n°5.

¹¹²⁶ Civ. 3^{ème}, 16 mars 1976, n°74-13169, *Bull. civ.* III, n°118, p. 93 ; confirmé par Civ. 3^{ème}, 6 mai 1980, n°78-16390, *Bull. civ.* III, n°91.

¹¹²⁷ SÉRIAUX A., *art. préc.*, spéc. n°5.

Toutefois, à la différence de ce qu'évoque le Professeur Sériaux, il y a, dans le partage, une superposition d'opérations : si elles sont toutes guidées par la poursuite d'un objectif commun, les membres contractent les uns avec les autres, à la différence d'une société par exemple, où chaque membre contracterait avec des personnes tierces et dans l'intérêt unique de la personne morale. Le partage reflète la recherche d'un idéal collectif, mais également la poursuite d'intérêts particuliers et l'on ne saurait ignorer la présence d'une certaine dualité entre les différents membres. Il n'est cependant pas certain que cela suffise à rattacher les techniques de partage au domaine des contrats synallagmatiques, afin de les faire sortir du giron des contrats unilatéraux. Néanmoins, cela illustre avec justesse l'ambivalence de ces pratiques et leurs points communs avec les contrats synallagmatiques, desquels il semble de plus en plus artificiel de les éloigner. Cependant, les concepts du droit positif se révélant toujours insuffisants pour attribuer au contrat de partage la qualification la plus adaptée, nous allons nous efforcer d'entamer une réflexion libérée des clefs de lecture traditionnelles afin de saisir leur véritable et de réduire, par là-même, le décalage qui tend à se creuser entre la pratique des contrats et le droit positif pourtant récemment réformé.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

242. La confirmation de la nature contractuelle des techniques de partage – Les techniques de partage doivent, définitivement, rejoindre le champ des opérations contractuelles. La présence cumulative d'une rencontre des volontés reliant des individus dont les intérêts sont opposés (malgré l'existence d'intérêts communs aux membres des communautés), et créant des effets de droit, impose de rejeter toute tentative d'assimilation des opérations de partage au domaine des actes unilatéraux. Les membres des communautés entrent en relation pour satisfaire, au-delà de l'intérêt collectif, des intérêts propres et divergents, et sont alors liés par les engagements pris les uns à l'égard des autres. Partant, seule la qualification contractuelle est adaptée pour rendre compte de la véritable nature des techniques de partage. Mais il reste à déterminer dans quel terme de la classification de telles opérations doivent être rangées.

243. Le caractère *a priori* unilatéral des contrats de partage – Un contrat est unilatéral lorsque seule l'une des parties supporte la charge d'obligations. Il sera, à l'inverse, synallagmatique, toutes les fois où les parties en présence seront réciproquement créancières et débitrices d'obligations. Or, pris isolément, les contrats de partage ne font naître d'obligations qu'à la charge de l'une des parties, celle-ci s'exécutant pour éteindre la dette à l'égard du créancier initial. Ainsi, puisque dans le rapport entre *Primus* et *Secundus*, seul ce dernier est tenu d'une obligation à l'égard de son cocontractant, la qualification de contrat unilatéral paraît devoir l'emporter.

244. Le caractère artificiel de la qualification de contrat unilatéral – Néanmoins, une telle appréciation isolée des contrats de partage fait fi du résultat concret des opérations. En effet, c'est parce que *Secundus* s'est exécuté au profit de *Primus* qu'il obtient le droit de demander, à *Tertius*, la réalisation d'une nouvelle prestation. Certes, l'on ne peut découvrir des parties réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre. Néanmoins, contrairement à ce que l'on retrouve classiquement en matière de contrat unilatéral, l'exécution de la prestation fait naître un véritable droit de créance à l'égard du débiteur initial qui pourra, ainsi, devenir à son tour créancier d'un autre membre de la communauté. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec les contrats unilatéraux classiques qui ne permettent aucunement la création d'une créance, et ne font naître qu'un sentiment de reconnaissance à l'égard de celui qui s'est exécuté sans contrepartie. Sur le plan patrimonial, le résultat d'un contrat de partage est donc fortement

éloigné de celui d'un contrat unilatéral, ce qui interroge nécessairement sur l'adaptation d'une telle qualification et met en lumière la relative inadéquation des clefs de lecture du droit positif.

245. Le prisme réducteur du contrat synallagmatique – Malgré l'apparente inadéquation de la qualification unilatérale qui imposerait de tourner le regard vers le second terme de la classification, il semble impossible de rattacher les contrats de partage au domaine des contrats synallagmatiques. Une première difficulté surgit sur le plan théorique. Nous l'avons dit, l'onérosité va de pair avec le caractère synallagmatique : la considération de la contreprestation est caractéristique des contrats à titre onéreux, lorsque cette même contreprestation est une condition *sine qua non* de l'existence d'un contrat synallagmatique. Inversement, l'absence de contrepartie révélatrice de la gratuité met en lumière l'inexistence d'obligations à la charge de chacune des parties et implique, de fait, le caractère unilatéral des contrats en cause. Or, les contrats de partage seraient, à s'en tenir aux présentes conclusions, des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux : le non-sens juridique nous semble alors à portée de mains. En réalité, un tel rattachement pourrait s'expliquer par une vision trop étroite du *synallagma*. C'est d'abord grâce à la nature évolutive des contrats synallagmatiques que l'on a pu chercher à solutionner ces difficultés. Toutefois, admettre que la nature des contrats ne soit pas figée dans le temps et puisse évoluer au gré des transformations affectant la convention, n'est d'aucune utilité s'agissant de la qualification des contrats de partage. Ceux-ci ne peuvent être considérés comme des « contrats synallagmatiques imparfaits » puisque la naissance de nouvelles obligations a lieu entre des parties différentes de celles présentes au sein du contrat initial.

En outre, une vision plus souple de la connexité, élément caractéristique essentiel à la qualification d'un contrat synallagmatique, n'apporte que peu d'issues supplémentaires. Puisque l'on cherche à relier, ensemble, des obligations nées de deux contrats *a priori* séparés, la possibilité de rendre connexes des obligations de sources distinctes par l'effet de la volonté des parties ou l'existence d'éléments de dépendance objectifs, pourrait permettre de solutionner les difficultés de qualification. Toutefois, l'absence de réciprocité entre les obligations fait obstacle au rattachement des contrats de partage à la catégorie des contrats synallagmatiques, exigeant de les faire demeurer parmi les contrats unilatéraux malgré l'apparente inadéquation de cette qualification contractuelle. C'est ainsi que, pour s'approcher au plus près de la réalité des contrats de partage, nous devons tenter de nous extraire de la vision classique du contrat synallagmatique.

CHAPITRE 2. UNE TENTATIVE D'ÉMANCIPATION DE LA VISION CLASSIQUE DU CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

246. La qualification discutable des techniques de partage en contrats unilatéraux – En l'état actuel du droit positif, la catégorie des contrats synallagmatiques se révèle impuissante à recueillir, en son sein, les contrats de partage, malgré l'existence de certaines ressemblances entre ces derniers et les contrats susvisés. Partant, le caractère bipartite de la classification opposant les contrats unilatéraux et synallagmatiques impose de ranger les contrats étudiés dans la catégorie limitative que représente l'unilatéralité des rapports contractuels. Il est toutefois apparu, au cours des précédents développements, qu'une telle qualification pouvait s'avérer en partie artificielle, celle-ci ne représentant qu'imparfaitement les conséquences pratiques des contrats de partage, ainsi que la philosophie des communautés qui leur donne vie.

247. Un rattachement artificiel au regard du résultat patrimonial des opérations – L'une des raisons principales de l'inadaptation de la qualification unilatérale se comprend en regardant le résultat concret des opérations passées au sein des communautés. Classiquement, le débiteur à un contrat unilatéral supporte seul la charge des obligations nées de ce dernier. De fait, celui-ci n'obtiendra aucune rémunération venant compenser, dans son patrimoine, la perte monétaire ou le manque à gagner engendré par l'exécution unilatérale des obligations contractuelles. C'est là que le bât blesse en matière de partage. En effet, lorsque l'on tente de rattacher ces techniques au domaine des contrats unilatéraux, l'on découvre un débiteur qui, sans recevoir de rémunération directe de la part de son cocontractant, obtient le droit de demander, par la suite, une contreprestation à un membre quelconque de la communauté. Or, il n'existe pas, à notre connaissance, de cas notoires dans lesquels le débiteur d'un contrat unilatéral recevrait une rémunération grâce à l'exécution d'un contrat ultérieur liée à l'exécution des obligations nées de la première relation contractuelle.

248. L'insuffisance de l'acceptation traditionnelle du contrat synallagmatique – L'observateur a alors le sentiment de se retrouver dans une impasse : ni vraiment unilatéraux, ni totalement synallagmatiques, les contrats de partage semblent incapables de se plier aux exigences de la classification bipartite. Une appréciation moins rigide du caractère synallagmatique n'a, de plus, aucun pouvoir salvateur : la nature évolutive des contrats

synallagmatiques et une conception souple de la connexité sont impuissantes face aux difficultés posées par les contrats étudiés.

249. L'émancipation de la vision classique du contrat synallagmatique – L'on ne peut alors que constater les insuffisances de la distinction bipartite traditionnelle et les imperfections de l'acception classique du contrat synallagmatique, incapables de rendre compte d'une partie de la réalité de pratiques contractuelles en constante expansion. Dès lors, et afin d'adapter la distinction aux divers bouleversements que rencontre la pratique, il faut s'interroger sur la pertinence d'une émancipation plus franche de la vision classique du contrat synallagmatique. Deux voies peuvent alors être envisagées, et l'on réfléchira ainsi à la possibilité, pour un tel contrat, d'être formé par l'agrégation de plusieurs contrats unilatéraux (**section 1**). La nécessité de révéler des obligations réciproques fera toutefois, ici encore, obstacle à la reconnaissance d'un contrat synallagmatique par agrégation. Cette exigence revenant sans cesse clôturer le débat quant à un potentiel élargissement de la classification contractuelle, il paraît alors opportun de réfléchir plus avant sur son utilité et son bienfondé dans la caractérisation des contrats synallagmatiques (**section 2**).

Section 1 : L'impossible formation d'un contrat synallagmatique par l'imbrication de contrats unilatéraux

250. Deux contrats unilatéraux formant un contrat synallagmatique unique : le charme trompeur d'une entreprise illusoire – Dans la mesure où les différents membres de la communauté pourront, effectivement, recevoir une contrepartie suite à l'exécution de leur prestation, il convient de s'interroger sur un élargissement de la notion de contrat synallagmatique. Bien qu'une telle solution bouleverserait considérablement les clefs de lecture du droit positif, il paraît opportun de réfléchir à l'hypothèse selon laquelle deux contrats unilatéraux intimement liés pourraient former un seul et unique contrat synallagmatique (§ 1). Toutefois, bien que d'apparence séduisante, une telle solution se révélera rapidement impraticable (§ 2).

§ 1 : L'agrégation de contrats unilatéraux intimement liés

251. L'originalité du partage : l'avènement d'un contrat synallagmatique formé par l'agrégation de contrats unilatéraux ? – L'idée selon laquelle deux contrats unilatéraux pourraient former un même contrat synallagmatique est, de prime abord, particulièrement

attrayante et permettrait de résoudre les difficultés de qualification rencontrées jusqu'alors. Celle-ci permettrait de rendre compte, de manière plus fidèle, du résultat concret des techniques de partage, une telle solution paraissant d'ailleurs encouragée par les spécificités des relations ayant lieu au sein des communautés. En effet, la succession des contrats de partages imbriqués les uns dans les autres (A) et la nécessité de les apprécier globalement (B) pourraient permettre d'envisager une telle solution.

A. Une succession de contrats imbriqués

252. L'hypothèse classique d'une succession de contrats unilatéraux passés entre les mêmes contractants – Au sein des communautés de partage se réalise une multitude d'échanges, au sens économique, entre les différents membres. Ces contrats, qualifiés d'unilatéraux suivant les clefs de lecture traditionnelles, diffèrent toutefois de ce que l'on rencontre habituellement en pratique. Imaginons qu'au sein d'un groupe d'amis, *Primus* conclut avec *Secundus* un contrat de prêt à usage portant sur la tondeuse de ce dernier. Ce premier contrat est, sans nul doute, un contrat unilatéral en vertu duquel *Secundus* est dans l'obligation de mettre le bien à la disposition de son ami. Si, par la suite, *Secundus* demande à *Tertius* de conserver son vélo pendant la durée d'un séjour à l'étranger, un nouveau contrat unilatéral va naître au sein de ce même groupe d'amis. Rien n'empêchera d'ailleurs *Tertius* de conclure ensuite, avec *Primus*, un troisième contrat unilatéral prévoyant, par exemple, qu'il s'engage à proposer à *Primus* la vente de sa maison en priorité dans l'hypothèse où il déciderait de s'en séparer. Dans cet exemple, trois contrats unilatéraux seraient donc passés entre les différents protagonistes : un contrat de prêt, un contrat de dépôt et un pacte de préférence. La qualification unilatérale de ces contrats ne fait pas débat. Toutefois, aucun d'eux ne tire sa raison d'être du précédent ou du suivant. Certes, ceux-ci sont conclus au sein d'un même groupe, et l'on retrouve une certaine identité des contractants. Cependant, l'obligation de conserver le vélo de *Secundus* qui pèse sur *Tertius*, n'a que faire du contrat par lequel *Secundus* s'est engagé auprès de *Primus*. Autrement dit, chacun de ces contrats a une existence propre et autonome, et peut parfaitement exister indépendamment des autres. Rien ne peut empêcher *Secundus* de conclure un contrat de dépôt avec *Tertius*, quand bien même celui-ci n'aurait pas, lui-même, contracté avec *Primus*. Partant, bien que l'on puisse découvrir un groupe d'individus unis les uns avec les autres par différents contrats successifs, la situation n'a rien de commun avec l'hypothèse des contrats de partage.

253. La succession de contrats passés dans le cadre des communautés – L’hypothèse est toute autre lorsque l’on raisonne dans le cadre des communautés de partage, car l’ensemble des contrats qui prennent vie entre les différents membres du groupe sont étroitement liés. L’intérêt principal d’intégrer une communauté réside dans la possibilité de demander, grâce aux grains accumulés suite à l’exécution de prestations au profit d’un membre quelconque du groupe, une « rémunération ». Nous l’avons déjà dit, lorsque *Primus* demande à *Secundus* de lui prêter sa tondeuse, *Secundus* obtient un certain des grains qui lui permettront, par la suite, de demander à *Tertius* de conserver son vélo pendant un séjour à l’étranger. Or, à la différence de l’hypothèse précédente, c’est parce que *Secundus* a prêté sa tondeuse par le biais du contrat avec *Primus*, qu’il pourra conclure un nouveau contrat avec *Tertius*. Sans le contrat initial, *Secundus* ne dispose pas de grains lui permettant de revendiquer, auprès des membres de la communauté, l’exécution d’une quelconque prestation. La conclusion de ce type de contrat est donc loin d’être anodine puisque l’éventualité même d’une seconde convention est un élément déterminant de la relation unissant *Secundus* à *Primus*. C’est donc, en partie, la volonté même de recevoir une contrepartie qui pousse les contractants du partage à nouer, entre eux, des relations contractuelles.

En revanche, dans l’hypothèse classique, la perspective d’un contrat futur ne peut être considérée comme faisant partie intégrante de la conclusion du premier contrat. L’on pourrait tenter d’affirmer que cette première relation nourrit les liens d’amitié et de confiance entre les contractants, ce qui pourra leur permettre d’entretenir des relations contractuelles futures. Toutefois, et bien que selon nous, les mobiles doivent, dans une certaine mesure, être pris en compte dans l’opération de qualification¹¹²⁸, cela relève en l’espèce de motivations que le droit ne peut considérer. En effet, dans ce cas de figure la volonté d’entretenir, par exemple, des liens d’amitié, n’influe en rien sur la qualification unilatérale du premier contrat, ni sur celle de ceux qui pourraient naître grâce aux rapports de confiance existant entre les contractants usant des schémas contractuels classiques. Cette succession de contrats liés, en matière de partage, interroge donc sérieusement la frontière étanche tracée entre l’unilatéral et le synallagmatique. Bien que celle-ci soit nuancée par l’admission d’une vision relative du contrat synallagmatique¹¹²⁹, l’on est en droit de se demander s’il est ici réellement opportun de considérer isolément chaque contrat unilatéral passé au sein de la communauté au vu des liens

¹¹²⁸ Sur ce point V. *supra*, n°118 et s., spéc. n°121 et 121.

¹¹²⁹ Sur ce point, V. *supra*, n°227 et s.

étroits qu'ils entretiennent les uns avec les autres, chacun trouvant sa source dans un contrat antérieur¹¹³⁰.

254. La corrélation des obligations au sein des communautés – Chaque contractant pouvant recevoir, après l'exécution de sa propre prestation, une contrepartie versée par un membre de la communauté, l'on peut ainsi déceler l'existence d'une certaine corrélation entre les obligations nées au sein de l'ensemble formé par la multitude des contrats passés. Ainsi, chacun sera, tour à tour, créancier et « débiteur » d'obligations : la qualité de « débiteur initial » permettra au contractant de devenir, ensuite, créancier d'un autre membre de la communauté. Cette situation est inédite puisque l'exécution d'un contrat unilatéral classique n'est aucunement en mesure de conférer, au débiteur de la prestation, la qualité de futur créancier potentiel. Dès lors, si l'exécution d'obligations par un débiteur lui attribue, de droit, le titre de futur créancier, l'on ne peut que remarquer la similitude avec la situation créée par le contrat synallagmatique. Certes, pour qu'un contrat soit considéré comme tel, il importe que la réciprocité ait lieu entre les mêmes contractants puisqu'une dette et une créance doivent peser sur la tête de chacune des parties, les différents contractants s'engageant les uns envers les autres. Or, en matière de partage, s'il y a effectivement créance et dette et qu'il existe une certaine réciprocité des relations, le débiteur initial n'aura pas directement de créance à l'encontre de son propre créancier, mais à l'égard d'autres membres de la communauté qui deviendront, à leur tour, les débiteurs du débiteur initial. Toutefois, si une telle situation ne permet certainement pas de vérifier l'existence d'un contrat synallagmatique au sens classique du terme, elle interroge sur la possibilité d'apprécier globalement la situation en considérant qu'un contrat synallagmatique pourrait se former par l'agrégation de deux contrats unilatéraux. Ainsi, le contrat entre *Primus* et *Secundus* par lequel le premier est créancier du deuxième, et le contrat entre *Secundus* et *Tertius* grâce auquel le deuxième (*Secundus*) est créancier du troisième, ce dernier devenant ainsi débiteur du deuxième, pourrait former, pour le tout, un contrat synallagmatique. Dans un tel contrat comportant alors trois parties, l'on retrouverait tout à la fois l'existence de créanciers et de débiteurs s'engageant les uns envers les autres.

255. L'existence de contrats « synallagmatiques » formés par deux contrats unilatéraux – La possibilité que deux contrats unilatéraux puissent venir former un contrat synallagmatique

¹¹³⁰ La question de l'appréciation globale de la succession de contrat sera traitée en tant que telle dans la suite des développements. V. *infra*, n°256 et s. Ces contrats seront ensuite replacés dans le contexte plus global au sein duquel ils évoluent, en tenant compte du rôle joué par les communautés. V. *infra*, n°299 et s.

n'est pas totalement inconnue des juristes et l'on peut retrouver les prémices de cette idée en droit romain. Les jurisconsultes, bien que ne reconnaissant la figure du contrat qu'à partir de l'époque classique (de - 27 avant J.-C. à l'avènement de Dioclétien en l'an 284 après J.-C.)¹¹³¹, concluaient pourtant régulièrement ce type de rapports¹¹³². Or, comme le souligne un auteur, « l'un des traits les plus saillants du droit romain primitif est le caractère unilatéral qui y affectent (*sic*) tous les rapports du droit »¹¹³³. En effet, l'ensemble des actes du *jus civile* sont unilatéraux¹¹³⁴ et aucun d'eux n'oblige réciproquement les deux contractants¹¹³⁵. Ihering résume cet état de fait en expliquant alors que « l'idée de bilatéralité n'a point de racines dans le droit civil romain [...], seule l'unilatéralité est une idée romaine spécifique »¹¹³⁶. Cela explique alors que les deux catégories les plus anciennes de contrats (*verbis* et *litteris*) ne réunissent que des contrats unilatéraux, lorsque les deux autres types de contrats, dont l'origine remonte au *jus gentium* (les contrats *re* et *consensu*), sont synallagmatiques¹¹³⁷. C'est pourquoi l'ensemble des rapports qui, par nature, ne peuvent qu'être bilatéraux, étaient décomposés en deux stipulations distinctes et prenaient ainsi « la forme de deux conventions unilatérales »¹¹³⁸. Ce fut le cas, au départ, de la vente¹¹³⁹, du louage¹¹⁴⁰ ou encore du contrat de société¹¹⁴¹.

Plus récemment, certains auteurs contemporains ont eu l'occasion de soutenir l'idée selon laquelle deux contrats unilatéraux pourraient, *in fine*, former un contrat synallagmatique. Monsieur Champeaux, dans sa thèse de doctorat, considère que deux donations réciproques ne

¹¹³¹ GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Arthur Rousseau, 5^{ème} éd. revue et augmentée, 1911, p. 47 ; LÉVY J. P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 2, n°2 ; CUQ F., *Manuel des institutions juridiques des romains*, Librairie Plon, LGDJ, 2^{ème} éd. revue et complétée., 1928, p. 6 et 7 ; Pour une analyse approfondie de la période classique, V. GIRARD P. F., *op. cit.*, p. 47 à 83.

¹¹³² LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 841.

¹¹³³ MAY G., *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 3^{ème} éd., 1894, p. 218, n°119, 3°.

¹¹³⁴ CUQ F., *op. cit.*, p. 386, n°2 ; LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 725, n°468.

¹¹³⁵ IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, traduit par O. MEULENAERE, Aîné, A. Maresq, 2^{ème} éd., 1880, p. 232, § 52 ; IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, traduit par O. MEULENAERE, Aîné, A. Maresq, 2^{ème} éd., 1880, p. 192, § 64.

¹¹³⁶ IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, *op. cit.*, p. 195, § 64.

¹¹³⁷ MAY G., *op. cit.*, p. 218, n°119, 3°.

¹¹³⁸ IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, *op. cit.*, p. 195, § 64.

¹¹³⁹ « Ainsi formée de deux stipulations accouplées, actes unilatéraux et de droit strict, la vente présentait une physionomie bien foncièrement romaine » : MAY G., *op. cit.*, p. 267, n°144 ; GIRARD P.-F., *op. cit.*, p. 547, n°1 ; IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, p. 232, § 52 ; IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, p. 195, § 64.

¹¹⁴⁰ GIRARD P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 568, n°1 ; IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, p. 232, § 52 ; IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, p. 195, § 64.

¹¹⁴¹ IHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, p. 195, § 64.

seraient finalement que « les deux prestations d'un seul acte »¹¹⁴². Les Professeurs Marty et Raynaud ont, quant à eux, affirmé que la volonté des parties pourrait permettre de « réaliser un contrat synallagmatique en liant entre eux deux contrats unilatéraux »¹¹⁴³. Ils expliquent ainsi qu'un prêt pourrait être transformé en contrat synallagmatique si celui-ci est fusionné avec un contrat de bail, les parties décidant d'imputer les loyers sur la créance d'intérêts que le bailleur a contractée. La Cour de cassation, enfin, eut tendance à voir un « engagement synallagmatique » dans la technique de la double promesse unilatérale ou, plus précisément, dans ce que l'on nomme les promesses croisées d'achat et de vente¹¹⁴⁴. Elle affirma en ce sens que « l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente »¹¹⁴⁵, bien que cette position fut atténuée par la suite¹¹⁴⁶.

Certes, qu'il s'agisse des exemples fournis par le droit romain, ou de ce qui fut affirmé plus récemment par certains auteurs et juridictions, la situation est différente de ce qui se pratique au sein des communautés de partage, puisque la formation du contrat synallagmatique n'est alors plus envisagée comme liant deux personnes toutes deux réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre. En l'espèce, un troisième protagoniste vient s'intercaler au sein de la relation contractuelle, ce qui complexifie, de fait, les rapports entre contractants et leur qualification. Toutefois, l'hypothèse selon laquelle un contrat synallagmatique pourrait être formé par l'agrégation de deux contrats unilatéraux de partage doit être envisagée et ne pourra être repoussée, si tel doit être le cas, qu'après avoir été éprouvée. Or, pour cela, il importe de s'interroger sur la manière dont doivent effectivement être appréciés les différents contrats successifs, afin de savoir s'il convient de les considérer individuellement, ou comme faisant partie d'un ensemble plus large de relations.

¹¹⁴² CHAMPEAUX J., *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931, p. 106.

¹¹⁴³ MARTY G. et P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 61, n°65.

¹¹⁴⁴ Com. 18 juil. 1989, n°88-12543, *Bull. Joly* 1989, p. 822, note BACROT C et BERGER P. ; *RTD civ.* 1990, p. 66, obs. MESTRE J. ; Com. 16 janv. 1990, n°88-16265, *Bull. Joly* 1990, p. 272, note STREIFF Y. ; *Dr. sociétés* 1990, n°97, note GERMAIN M. ; *RTD civ.* 1990, p. 462, obs. MESTRE J. ; Com. 22 oct. 1991, n°90-10798, *Bull. Joly* 1992, p. 110, *RTD com.* 1992, p. 392, obs. CHAMPAUD C. et DANET D. ; Civ. 3^{ème}, 23 janv. 1991, n°89-10489, *Bull. civ.* III, n°39, p. 22, *D.* 1992, p. 457, note NAJJAR I.

¹¹⁴⁵ Com. 22 nov. 2005, n°04-12183, *Bull. civ.* IV, n°234, p. 256, *Rev. sociétés* 2006, p. 521, note BARBIÈRI J.-F. ; *RTD civ.* 2006, p. 302, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; *RDC* 2006, p. 1095, obs. BÉNABENT A. ; *RDC* 2006, p. 383, obs. BRUN Ph. ; *Défrénois* 2006, p. 605, obs. LIBCHABER R.

¹¹⁴⁶ Com. 14 janv. 2014, n°12-29071, *Bull. Joly* 2014, p. 384, note BRIAND Ph. ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 8, note MIGNOT M.

B. L'appréciation globale de la succession de contrats

256. La nécessité d'apprécier, pour le tout, la relation entre *Primus*, *Secundus* et *Tertius* –

Nous l'avons évoqué, il existe une certaine réciprocité entre les différentes obligations conclues successivement au sein des communautés. Pour la prendre en compte dans l'opération de qualification, l'on pourrait être amené à apprécier globalement les relations contractuelles unissant *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. En effet, ces trois contractants étant liés par des opérations qui se recoupent en partie, il pourrait être opportun de considérer comme un seul et unique contrat synallagmatique, la relation regroupant *Primus* et *Secundus*, ainsi que celle liant *Secundus* et *Tertius*. Classiquement, pour qualifier une opération contractuelle, seule la relation unissant directement les deux contractants doit être prise en compte. Toutefois, un traitement individualisé de chaque relation de partage ne serait que peu révélateur de la réalité pratique des communautés. L'ensemble des relations sont, si ce n'est interdépendantes, du moins étroitement liées puisque le contrat entre *Secundus* et *Tertius* n'aura de raison d'être qu'après l'exécution de *Secundus* au profit de *Primus*. Il pourrait dès lors paraître artificiel de vouloir scinder l'appréciation de ces différentes relations. Partant, l'on pourrait être tenté de considérer les deux relations contractuelles comme les deux phases d'un contrat synallagmatique unique, l'opération entre *Secundus* et *Tertius* venant répondre à celle ayant eu lieu entre *Primus* et *Secundus*.

Une telle solution créerait toutefois une situation inédite. Trois personnes seraient unies au sein d'un même contrat synallagmatique, ce premier point ne posant pas réellement de difficulté. En revanche, ces différents contractants, tous plus ou moins reliés, ne pourraient être considérés comme réciproquement créanciers et débiteurs les uns des autres. Dans ce rapport, *Primus* ne serait que créancier lorsque *Tertius* ne serait que débiteur, seul *Secundus* revêtant la double qualification. Or, s'il semble réellement délicat d'opérer une appréciation isolée de chaque relation contractuelle ayant cours au sein des communautés de partage, et qu'une appréciation globale de la situation permettant tout à la fois la création d'une dette et l'extinction d'une autre semble plus appropriée, cela ne doit pas masquer la difficulté que représenterait un tel contrat synallagmatique. Il pourrait effectivement être discutable de découvrir un rapport de ce type en l'absence de véritable réciprocité puisque, même en ne formant qu'un seul et unique contrat unissant *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, le premier et le dernier n'auraient, l'un à l'égard de l'autre aucune obligation. Ils sont certes unis, d'une certaine manière, par leur relation avec *Secundus*, et le second contrat dépend effectivement de l'existence du premier. Toutefois, et

bien que la connexité doive être appréciée à l'égard des dettes et non des personnes¹¹⁴⁷, l'on ne serait en mesure de révéler l'existence de dettes réciproques entre *Primus* et *Tertius*, ni d'une véritable relation contractuelle de premier ordre entre ces deux contractants.

Mais il n'est pas impossible qu'une telle difficulté vienne, une fois encore, d'une vision trop réductrice de la succession des relations contractuelles au sein des communautés. En effet, chaque relation a deux fonctions et devrait ainsi être prise doublement en compte dans l'opération de qualification.

257. L'enchevêtrement des relations contractuelles ou la nécessité de prendre en compte doublement chaque opération – Dans l'hypothèse où l'on parviendrait à démontrer juridiquement que deux contrats unilatéraux puissent constituer, par leur agrégation, un seul contrat synallagmatique, il serait injustifié de s'en tenir à cette seule appréciation en les isolant du reste des opérations contractuelles de la communauté. Il serait tout d'abord impossible de définir, autrement que de manière purement subjective et arbitraire, quels contrats unilatéraux devraient être assemblés. Comment décider, en effet, que le contrat entre *Secundus* et *Tertius* soit pris en compte dans la relation les unissant à *Primus*, et non dans celle les reliant à *Quartus* ? De manière identique à *Secundus* qui, suite à l'exécution de sa prestation au profit de *Primus* pourra demander une contrepartie à *Tertius*, ce dernier pourra, à son tour, solliciter *Quartus* pour obtenir une prestation à son profit.

De plus, au-delà du caractère discrétionnaire d'un tel choix, celui-ci priverait d'existence toutes les conventions nées de la première opération contractuelle. Si l'on ne peut prendre en compte qu'une seule fois chaque rapport et ainsi, ne tenir compte de l'opération entre *Secundus* et *Tertius* que dans la relation unissant les trois premiers contractants, le contrat entre *Tertius* et *Quartus* ne pourra valablement exister : le rapport entre *Secundus* et *Tertius*, qui est le paiement de la créance de *Secundus* par *Tertius*, est également le contrat donnant naissance à la créance du troisième. Toutefois, si celui-ci n'est pris en compte que sous l'angle du règlement de la créance de *Secundus*, le contrat entre *Tertius* et *Quartus* n'aura pas de raison d'exister. Cela priverait ainsi de cause le contrat suivant entre *Quartus* et *Quintus* conduisant à éteindre la créance du *Quartus* créée par l'exécution de la prestation au profit de *Tertius*.

En plus d'être totalement impraticable, une telle solution serait également purement artificielle car chaque opération a une double fonction : éteindre une créance et en faire naître une nouvelle. L'on ne peut donc justifier qu'une opération soit prise en compte dans un seul

¹¹⁴⁷ SÉRIAUX A., *art. préc.*, p. 777 et s., n°4.

rapport, chaque opération devant être appréciée eu égard à sa double fonction. Les contrats unilatéraux s'enchevêtrent ainsi les uns dans les autres et n'ont point de raison d'exister séparément ou de manière indépendante. Les contrats passés au sein d'une même communauté sont, de fait, dénués d'autonomie, puisque si l'on refuse qu'une même opération contractuelle puisse former plusieurs contrats synallagmatiques alors que tous les contrats sont ici intimement liés, nous priverions l'ensemble des contrats successifs de leur raison d'exister.

En définitive, l'on pourrait effectivement envisager que deux contrats unilatéraux puissent former un contrat synallagmatique, à la condition toutefois d'admettre une double prise en compte des rapports entre les membres des communautés de partage et l'enchevêtrement des relations contractuelles. Si l'on admet la création d'un tel contrat entrent, dans celui-ci, l'opération permettant à *Primus* de recevoir une prestation de *Secundus* et celle autorisant *Secundus* à demander une contreprestation à *Tertius*. Or, si pour *Secundus*, les deux relations contractuelles forment les deux versants d'une même opération (prestation/contreprestation), pour *Tertius*, il ne s'agit que de la relation lui permettant de devenir lui-même créancier et qui donnera naissance à l'opération contractuelle avec *Quartus*. Ainsi, le deuxième contrat synallagmatique devra assembler la relation entre *Tertius* et *Quartus* avec celle, déjà prise en compte dans le premier contrat synallagmatique, liant *Tertius* à *Secundus*.

Une telle solution aurait le mérite de traduire plus fidèlement la réalité, grâce à l'application d'une qualification mettant au jour l'existence d'un rapport à trois personnes et donnant lieu au versement de prestations et de contreprestations. Néanmoins, malgré l'apparence séduisante de cette solution, il semble que l'hypothèse d'un enchevêtrement de contrats synallagmatiques formés par l'agrégation de contrats unilatéraux soit sérieusement discutable. Pour vérifier cette assertion, il importe donc de s'interroger sur les justifications qui pourraient être avancées pour rejeter, définitivement, une telle proposition.

§ 2 : Une mise en application délicate

258. Une solution artificielle et théoriquement contestable – Il est certain que les opérations successives passées au sein des communautés de partage diffèrent de toutes les hypothèses contractuelles classiques en ce qu'elles sont intimement liées les unes aux autres. Et, s'il semble nécessaire de les apprécier globalement et non individuellement, cela paraît toutefois insuffisant pour admettre que les différents contrats unilatéraux puissent s'agréger pour former un entrelacs de contrats synallagmatiques. Au-delà de son caractère artificiel (A), une telle

solution bute inévitablement sur l'obstacle lié à l'aléa et à la potestativité des contrats successifs (B).

A. Une solution artificielle

259. L'impossible reconnaissance d'un contrat synallagmatique unique : l'écueil du consentement et de la réciprocité des obligations – Admettre l'agrégation de deux contrats unilatéraux reliant trois contractants distincts et au sein desquels seul l'un d'entre eux est partie aux deux contrats, pose inéluctablement, la question du consentement de l'ensemble des parties au contrat final. En effet, comment respecter les règles relatives à l'expression de celui-ci lorsqu'un tel contrat ne peut être considéré comme formé qu'après l'exécution d'un premier tronçon contractuel, et alors même que l'une des parties ne réitère pas son consentement au contrat global ? De plus, cette première difficulté ne doit pas faire oublier que le troisième contractant ne viendra consentir à l'opération qu'après l'exécution de la première convention. Or, seule une qualification *a posteriori* pourrait potentiellement résoudre la difficulté liée à l'expression, à contretemps, du consentement de Tertius. Toutefois, il faudrait, pour cela, pouvoir déceler la commune intention des parties, cette tâche s'avérant, en pratique, particulièrement malaisée (1). Mais les obstacles se dressant à l'encontre d'une telle qualification ne sont pas épuisés. En effet, la réunion des contrats unilatéraux en un seul contrat synallagmatique ne permet pas de résoudre la difficulté, précédemment évoquée, tenant à la nécessité de découvrir, entre les contractants, des obligations réciproques (2).

1. Le non-respect des règles relatives au consentement

260. La qualification de contrat synallagmatique : l'exclusion de la qualité de tiers de Tertius au profit de celle de partie – Apprécier globalement la succession de contrats, et considérer que la multitude des opérations passées doit s'analyser en un enchevêtrement de contrats synallagmatiques reliant entre eux les différents membres du groupe, permet *a priori*, d'éviter un premier écueil : celui du consentement au contrat. En effet, si l'on considère isolément chaque relation, seul l'un s'oblige lorsque l'autre tire un avantage d'une prestation sans procurer, directement, de contrepartie. Dans ce rapport contractuel, seules deux personnes sont liées l'une à l'autre et consentent à l'opération, le contrat étant formé par l'acceptation, de *Secundus*, d'exécuter la prestation demandée par *Primus*. Or, dans ce cas, comment expliquer que ce contrat puisse donner naissance à une créance dont sont potentiellement débiteurs l'ensemble des membres de la communauté, alors même que, selon la vision classique du droit

positif, ceux-ci ne sont pas parties au contrat ? Ainsi, comment pourraient-ils être débiteurs d'un rapport contractuel qui leur est étranger et pour lequel ils n'ont visiblement exprimé aucun consentement ? En effet, le principe d'autonomie de la volonté conduit à limiter les effets du contrat aux seules parties. Les tiers ne peuvent donc être obligés par un accord contractuel pour lequel ils n'ont pas exprimé de consentement, en application du principe de l'effet relatif des conventions¹¹⁴⁸. Plus précisément, sont assujetties au contrat, « les personnes, physiques ou morales, qui, par elles-mêmes ou par le truchement d'un représentant, ont contribué, par une décision de contracter émanant d'elles ou dont les effets leur sont imputables, à le faire exister comme acte juridique »¹¹⁴⁹. Dès lors, hormis l'hypothèse de la stipulation pour autrui (art. 1205 et s. C. civ.) et des ayants cause universels pour les personnes physiques, ainsi que des sociétés venant prendre la suite d'une précédente s'agissant des personnes morales¹¹⁵⁰, le contrat ne produira d'effet qu'entre les parties (art. 1165 C. civ. anc. et art. 1199 al. 1^{er} C. civ.). L'article 1199 alinéa 2 du Code civil prévoit ainsi, explicitement, que « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter ». Ils doivent certes respecter les contrats formés et, partant, tenir compte de la situation juridique créée par la convention (art. 200 al. 1 C. civ.)¹¹⁵¹. Toutefois, cela ne suffit pas à expliquer l'engagement de *Tertius* qui relève, non pas du respect d'une situation juridique donnée, mais d'un véritable engagement contractuel. Il est en effet impossible de considérer que l'engagement d'un tiers, suite à la naissance d'une créance au sein d'un contrat auquel ce dernier n'est pas partie, relève simplement du principe de l'opposabilité des contrats : ce contrat ne crée aucune obligation à sa charge¹¹⁵².

¹¹⁴⁸ GOUTAL J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf H. Batiffol, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981, p. 22, n°9. V. not. Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2016, n°15-23664, *D.* 2016, p. 1933. Ainsi, les tiers ne peuvent ni être liés (Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, n°07-10750, *Bull. civ.* III, n°17, *D.* 2008, p. 548, obs. FOREST G.), ni se prévaloir d'un contrat qu'ils n'ont pas conclu (Com. 30 juin 2015, n°14-17649, *Bull. civ.* IV, n°833, *D.* 2015, p. 2401, obs. HALLOUIN J.-C. ; *RTD civ.* 2015, p. 880, obs. BARBIER H.).

¹¹⁴⁹ ZENATI F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2014, p. 288 et 289, n°159.

¹¹⁵⁰ LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 804 et 805, n°740 ; CALASTRENG S., *La relativité des conventions*, préf. G. Marty, Th. Toulouse, 1939, p. 209 et s. ; WEILL A., *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1939, p. 679 et s., n°384 et s., spéc. p. 687 et s., n°390 et s.

¹¹⁵¹ V. not. Com. 22 oct. 1991, n°89-20490, *Bull. civ.* IV, n°302, p. 209, *Défrénois* 1992, p. 321, obs. AUBERT J.-L. ; *D.* 1993, p. 181, note GHESTIN J. ; Com. 18 déc. 2012, n°11-25567, *Bull. civ.* IV, n°229, *RDC* 2013, p. 533, obs. LAITHIER Y.-M.

¹¹⁵² LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 807, n°743 : « le principe de l'opposabilité du contrat aux tiers signifie que les tiers, c'est-à-dire tous ceux qui ne consentent pas à la conclusion du contrat par eux-mêmes ou par la voie de la représentation, doivent tenir compte de l'existence du contrat dans la mesure où il peut leur nuire, sans qu'il crée pour autant une obligation à leur charge ». De manière générale sur l'opposabilité, V. GOUTAL J. L., *th. préc.*, p. 33 et s., n°32 et s.

L'agrégation de deux contrats unilatéraux formant un seul contrat synallagmatique permettrait alors de justifier que *Tertius*, qui n'était pas partie au premier rapport contractuel, soit tout de même engagé par la créance née de celui-ci. Dans ce cas de figure, il n'y a plus qu'un seul contrat liant *Primus*, *Secundus* et *Tertius* ce qui, *de facto*, fait perdre à *Tertius* sa qualité de tiers et lui permet de revêtir celle de partie tout en le soumettant à l'effet obligatoire des conventions (art. 1134 anc. C. civ. ; art. 1103 nouv. C. civ.). Or, c'est cette même qualité qui justifie que la première opération ayant eu lieu entre *Primus* et *Secundus* puisse, parce qu'elle fait partie du même contrat que l'opération suivante entre *Secundus* et *Tertius*, expliquer l'engagement du dernier. Toutefois, une telle solution, bien que séduisante, pose une véritable difficulté s'agissant de l'expression du consentement, clef de voûte de la formation du contrat.

261. La nécessité d'un consentement libre, éclairé et suffisant – Pour pouvoir produire un effet, le consentement doit exister puisqu'il faut être sain d'esprit pour contracter (art. 1129 C. civ.). Il doit, de plus, être libre et éclairé, c'est-à-dire exempt de défaut, la théorie des vices du consentement (art. 1130 et s. C. civ.) ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats passés dans le cadre des communautés de partage malgré quelques spécificités¹¹⁵³. Lorsque le consentement n'est pas vicié, et que l'on se trouve face à un contrat consensuel, celui-ci n'est pas seulement nécessaire à la formation du contrat : il est également suffisant. Si, au contraire, le contrat en cause est un contrat réel, comme le demeurent le prêt à usage¹¹⁵⁴, le prêt de consommation accordé par un non-professionnel¹¹⁵⁵ et le dépôt¹¹⁵⁶ (malgré les critiques de la

¹¹⁵³ V. *supra* n°168.

¹¹⁵⁴ L'article 1875 C. civ. dispose que « le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ».

¹¹⁵⁵ En application de l'article 1892 C. civ., « 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 par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». Sur la nature du contrat en fonction de la qualité du prêteur, V. *supra*, n°221, spéc. note 1033.

¹¹⁵⁶ Selon l'article 1915 C. civ. « le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

doctrine sur la notion de contrats réels)¹¹⁵⁷, la remise de la chose devra s'ajouter au consentement pour parfaire la conclusion du contrat¹¹⁵⁸.

262. La difficulté d'un consentement exprimé à contretemps – En principe, pour que le contrat soit valablement formé, l'échange des consentements doit intervenir avant l'exécution de toute prestation qui serait née de l'accord entre les parties. Il n'y a là rien de plus que la simple application d'un principe logique : si le contrat naît de la rencontre des volontés, cela suppose que chacune des parties ait exprimé son consentement pour que le contrat puisse être considéré comme formé. Dès lors, puisque l'expression du consentement est au fondement même de l'existence du contrat, il ne saurait être exprimé après la naissance de ce dernier.

Il y a, certes, des hypothèses où la formation du contrat ne s'effectue pas en un trait de temps et où l'accord des volontés est différé¹¹⁵⁹. Toutefois, aucune de ces hypothèses n'admet que le consentement puisse être donné après la conclusion du contrat définitif. Or, en matière de partage, si l'on estime que les opérations réalisées successivement forment un entrelacs de contrats synallagmatiques, l'on est bien en peine de respecter les principes ci-dessus évoqués. En effet, réunir deux contrats unilatéraux pourrait fonctionner à condition que ceux-ci soient conclus concomitamment. Si *Secundus* s'engage envers *Primus* et que, dans le même temps, *Tertius* s'engage à l'égard de *Secundus*, chacune des trois parties au contrat a conclu en toute connaissance de cause. Mais en matière de partage, l'engagement du contractant central, *Secundus*, est soumis à une part d'aléa, puisque lors de la conclusion du premier rapport contractuel, la relation avec *Tertius* n'existe pas encore. *Tertius* ne formule son consentement qu'après l'exécution du premier contrat unilatéral car ce n'est qu'une fois la prestation de

¹¹⁵⁷ Les critiques s'agissant de la notion de contrat réel sont anciennes. V. par ex. RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, *Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 31, n°69 ; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, p. 343, n°996 ; MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920, p. 119 et s., spéc. p. 123 et s. MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988, p. 55 et s., n°62 ; La doctrine classique émet également des critiques à l'égard de cette notion. V. par ex. LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 450 et s., n°475 et s. Pour un aperçu général de l'état des questions, V. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 245 et s., n°211 et s. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 312 et 313, n°304.

¹¹⁵⁸ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 245, n°211 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 449, n°474.

¹¹⁵⁹ Tel est le cas lorsque les parties entrent dans une phase de négociations, et que l'offre ne rencontre pas immédiatement l'acceptation. De telles situations se retrouvent notamment lors de la mise en place de pourparlers pendant lesquels les parties formuleront propositions et contre-propositions et resteront libres de ne pas s'engager, sous réserve de ne pas opérer de rupture abusive ou déloyale : Com. 26 novembre 2003, n°00-10243, *GAJC*, t. II, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°142 ; confirmé par le nouvel article 1112 C. civ.

Secundus exécutée que celui-ci pourra demander le paiement de sa créance. Réunir ces deux contrats en un seul ne résout donc pas la difficulté : le consentement du dernier n'interviendra qu'après l'exécution du premier contrat. Or, les règles relatives à l'expression du consentement doivent être respectées, qu'il s'agisse des rapports contractuels intermédiaires ou du contrat final. Il est ainsi impossible de découvrir l'existence d'un contrat synallagmatique né suite à l'expression concomitante de la volonté de toutes les parties.

263. L'obstacle d'une qualification *a posteriori* du contrat : la recherche chimérique de la commune intention des parties – Enfin, l'admission d'un tel contrat synallagmatique pose une autre difficulté car il faudrait admettre, pour surmonter l'obstacle précédent, que les deux contrats unilatéraux formant un seul et même contrat synallagmatique puissent être agrégés uniquement après leur exécution. En amont, dans la mesure où chaque opération ne prévoit qu'une seule prestation, il est impossible de savoir avec quel contrat celui liant *Primus* à *Secundus* sera assemblé. Mais une telle conception du contrat synallagmatique, qui ne pourrait recevoir de qualification qu'après la réalisation de chacune des prestations, vient sérieusement se heurter à la conception classique de la qualification contractuelle.

Lorsqu'une difficulté de qualification vient à se poser, il devient nécessaire d'interpréter le contrat, c'est-à-dire de lui « donner sens »¹¹⁶⁰. Demolombe expliquait, à propos de l'interprétation de la loi, qu'« interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable [...]. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître »¹¹⁶¹. Et, plus spécifiquement s'agissant de la matière contractuelle, pour interpréter justement une convention, il convient de rechercher la commune intention des parties¹¹⁶². Cette règle, reprise du droit romain notamment par Pothier¹¹⁶³, valait sous l'empire du droit ancien (art. 1156 à 1164 C. civ.) et a été reprise par le projet de réforme¹¹⁶⁴, ainsi que par l'ordonnance de 2016 (art. 1188 à 1192 C. civ.)¹¹⁶⁵. Il s'agit là, selon les termes de Demolombe de « la règle des règles ». Le but de l'interprétation est donc de « découvrir ce que les parties *ont voulu* »¹¹⁶⁶. Il est ici nécessaire de donner tout son sens à l'usage du passé composé : l'on recherche ce que

¹¹⁶⁰ GRIMALDI C., « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 2008, n° 2, p. 207 et s., spéc. n°1.

¹¹⁶¹ DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*, vol. I, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, A. Durand et L. Hachette et Cie, 1867, p. 136, n°115.

¹¹⁶² DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, p. 4, n°3 ; GRIMALDI C., « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *op. cit.*, p. 207 et s., spéc. n°1 ; SIMLER Ph., *V°* « Interprétation des contrats », *J.-Cl. Civil Code*, Synthèse 620, 2018 (actualisation : avr. 2020), n°2.

¹¹⁶³ POTHIER R.-J. par SIFFREIN M., *Traité des obligations*, t. 1, Siffrein, 1821, p. 142 et s., n°91 à 102.

¹¹⁶⁴ WITZ C., « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 2020 et s.

¹¹⁶⁵ SIMLER Ph., *art. préc.*, n°9 et s.

¹¹⁶⁶ DEMOLOMBE, *op. cit.* p. 4, n°3.

les parties, au moment de la conclusion du contrat, et non au jour où l'on se situe lors de l'interprétation, ont entendu fixer dans les termes de leur convention¹¹⁶⁷.

La question se pose alors en matière de contrat de partage : à quel moment faut-il se placer pour apprécier la nature du contrat en cause ? La formation d'un tel contrat synallagmatique ne serait pas simplement étalée dans le temps : celui-ci n'existerait véritablement qu'une fois le premier contrat unilatéral exécuté et après que la partie créancière a demandé le paiement de la contreprestation. Ainsi, l'expression des différentes volontés serait morcelée tout au long de la naissance et de l'exécution du potentiel contrat synallagmatique. Pour affirmer qu'un contrat synallagmatique se forme par la réunion de deux contrats unilatéraux de partage, il faudrait donc attendre, *a minima*, l'exécution du premier contrat et la conclusion du second. Mais en ce cas, peut-on réellement déceler une commune intention des parties ? À suivre la logique inhérente à une telle proposition, il faudrait alors se placer en aval de l'exécution du premier contrat, ce qui irait directement à l'encontre des règles précitées, la volonté de certaines parties au contrat s'étant déjà exprimée à un moment où la formation de la seconde convention, nécessaire à la réalisation du contrat synallagmatique final, n'était pas encore envisagée ou, tout du moins, demeurait à l'état de simple potentialité. Ne serait-il donc pas artificiel de découvrir une commune intention des parties tendant à la réalisation d'un contrat synallagmatique lorsque la volonté de certaines d'entre elles s'est exprimée avant même que la seconde opération soit envisagée ? Comment affirmer, alors, que *Primus* et *Secundus* avaient une volonté commune avec *Tertius*, ce dernier n'étant que tiers à la relation contractuelle lorsque les deux premiers ont d'ores et déjà exprimé leur volonté ? Une telle qualification contractuelle *a posteriori* ferait alors fi de la règle selon laquelle la volonté des parties s'interprète au moment de la conclusion du contrat puisque, de fait, il est impossible de découvrir l'existence d'un moment unique où la volonté de tous les contractants s'est exprimée.

Au demeurant, la reconnaissance d'un tel contrat synallagmatique est loin de se heurter

¹¹⁶⁷ Demolombe l'affirmait déjà clairement en expliquant que, « pour déterminer le sens que les parties ont attaché aux mots qu'elles employaient, il faut se reporter au moment où elles les ont employés, c'est-à-dire au moment même du contrat » : DEMOLOMBE C., *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. 2, A. Durand et L. Hachette et Cie, 1869, p. 7, n°6 ; Cette règle, déjà relevée au XVIII^{ème} siècle par Christian Wolff (« *pacta interpretanda sunt secundum usum loquendi ejus temporis qui condita fuerunt* ») (C. Wolff, *Jus naturae*, Part. IV, n°471 cité par Demolombe, *ibid*) impose donc de se placer au moment de la rencontre des volontés, lorsque le contrat est formé car « le moment du contrat est celui où se trouvent fixés, de part et d'autre, les droits et les obligations des parties ». « C'est [donc] toujours au sens qu'avaient les mots, au moment du contrat, qu'il faudrait s'attacher » *Ibid.*, n°6.

au seul et unique obstacle du consentement, la question de la réciprocité est également une difficulté de taille sur laquelle l'on ne peut que buter.

2. L'écueil de la réciprocité des obligations

264. La qualification de contrat synallagmatique ou la nécessité de vérifier l'existence d'obligations réciproques – Pour qu'un contrat puisse être considéré comme synallagmatique, il ne suffit pas que des obligations pèsent sur chacune des parties, bien que ce premier point demeure essentiel. Il est également nécessaire que ces obligations soient réciproques, comme l'exige la lettre de l'article 1106 du Code civil. Il faut donc que les obligations nées du contrat soient unies par un lien les faisant dépendre les unes des autres¹¹⁶⁸. Cette précision est de taille, et la nouvelle rédaction du Code civil est salutaire puisque, contrairement à ce qu'établissait l'ancien article 1102 du Code civil, un contrat bilatéral n'est pas nécessairement synallagmatique. Celui-ci pourra effectivement relever de cette catégorie de contrats lorsque les obligations créées par lui seront réciproques. À l'inverse, un contrat bilatéral devra être rangé dans la catégorie des contrats unilatéraux lorsqu'il créera des obligations à la charge de chacune des parties sans pour autant que ces dernières engagent réciproquement le ou les différents contractants. « Ce n'est donc pas parce qu'il pèse des obligations sur chaque partie que le contrat est synallagmatique »¹¹⁶⁹. Cette position n'est pas nouvelle et était déjà défendue par les Professeurs Zenati-Castaing et Revet qui considéraient, avant l'ordonnance de 2016, que « la bilatéralité ne suffit [...] pas à faire le contrat synallagmatique, il faut encore un lien d'échange entre les prestations »¹¹⁷⁰. Or, le schéma contractuel original des pratiques de partage n'est pas sans rappeler celui des opérations à trois personnes s'agissant de la réciprocité des obligations (a). Toutefois, comme pour celles-ci, l'observateur sera vraisemblablement contraint de conclure à l'absence de réciprocité des obligations de chacun des intervenants au rapport contractuel élargi (b).

¹¹⁶⁸ DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 68.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2014, p. 81, n°22. Notons toutefois que pour les Professeurs Zenati-Castaing et Revet, l'absence de réciprocité au sein d'un contrat unilatéral ne permet pas, à elle seule, de lui faire rejoindre la catégorie des actes unilatéraux et « altère » simplement son caractère synallagmatique.

a. *Un parallèle nécessaire entre le contrat synallagmatique par agrégation et les rapports à trois personnes*

265. La difficulté posée par les rapports à trois personnes – Un certain nombre de rapports à trois personnes, ou « rapports de droit triangulaires »¹¹⁷¹ selon les termes du Doyen Carbonnier, révèlent des particularités non négligeables au regard de la qualification juridique pourtant appliquée aux contrats en cause. Plus précisément, il faut remarquer qu'en certaines hypothèses, il existe des relations entre des individus prenant part, d'une manière ou d'une autre, à une opération juridique comme la stipulation pour autrui ou le cautionnement, et qui, sans être directement liés comme le seraient deux contractants, ont toutefois des relations juridiques différentes de celles entretenues par deux tiers. La comparaison entre ces techniques et la relation unissant *Primus*, *Secundus* et *Tertius* paraît alors nécessaire. En effet, les différents intervenants bénéficient de droits qui sont l'apanage des créanciers, lorsque le principe de l'effet relatif (art. 1199 C. civ.) voudrait que les individus non liés entre eux par un rapport synallagmatique ne puissent se prévaloir des effets du contrat¹¹⁷². Prenons, pour illustrer le propos, l'exemple de la stipulation pour autrui¹¹⁷³.

266. La stipulation pour autrui : l'existence d'actions dérogeant *a priori* au principe de l'effet relatif – La stipulation pour autrui (art. 1205 et s. C. civ.) est un contrat par lequel le stipulant demande au promettant de s'engager envers le tiers bénéficiaire. Il s'agit, alors, d'une opération à trois personnes créant, de manière immédiate au profit d'un tiers au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct à l'encontre de ce dernier¹¹⁷⁴. L'on s'accorde, désormais, pour expliquer que ce droit découle du contrat liant promettant et stipulant¹¹⁷⁵ : le promettant pourra donc opposer au tiers bénéficiaire l'ensemble des exceptions nées du contrat

¹¹⁷¹ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue 2000, p. 247, n°124.

¹¹⁷² BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 225 et s., n°259 et s. ; sur la dérogation à l'ancien article 1165 du Code civil par la stipulation pour autrui, V. CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 245 et s., n°124 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 479 et s., n°462 et s.

¹¹⁷³ GOUTAL J.-L., *th. préc.*, p. 127 et s., n°170 et s. ; LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Th. Bordeaux, 1968, p. 10, n°5.

¹¹⁷⁴ LARROUMET Ch. Et MONDOLONI D., *V°* « Stipulation pour autrui », *Rép. civ.*, Dalloz, n°1 ; Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-21822, *Bull. civ. I*, n°145, *RDC* 2008, p. 1135, note MAZEAUD D. ; Com. 13 avr. 2010, n°09-13712, *Bull. civ. IV*, n°76, *RDC* 2010, p. 1228, note GENICON T.

¹¹⁷⁵ FLATTET G., *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 152 et s., n°116 ; LARROUMET Ch. et MONDOLONI D., *V°* « Stipulation pour autrui », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°11 ; BÉNABENT A., *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 228, n°264 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 904, n°800.

passé avec le stipulant¹¹⁷⁶, lorsque le stipulant pourra réclamer l'exécution, par le promettant, de son engagement¹¹⁷⁷ ou, à défaut, le versement de dommages et intérêts¹¹⁷⁸. L'on a alors tendance à considérer que l'intérêt moral du stipulant est suffisant pour justifier le recours à une telle action¹¹⁷⁹. Comme le soutenait déjà le Doyen Josserand, celui-ci a donc « qualité pour veiller à l'exécution de la prestation qu'il a stipulée au profit du tiers »¹¹⁸⁰. Le tiers bénéficiaire quant à lui pourra parfois être également tenu, en cas d'acceptation, par certaines obligations nées du contrat entre stipulant et promettant¹¹⁸¹.

267. L'illustration : la donation avec charges au profit d'un tiers – Lorsqu'une personne consent à une autre le bénéfice d'une donation, elle peut, dans le même temps, assortir cette dernière d'une charge. Le donateur peut, par exemple, imposer au donataire, l'obligation d'assurer des soins à son égard, ou de payer ses dettes en contrepartie de la donation¹¹⁸². Mais il peut également stipuler une charge, non à son profit, mais à celui d'un tiers. Il s'agit là du cas classique de la stipulation pour autrui envisagé par l'article 1205 du Code civil. Dans un tel cas

¹¹⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°92-15783, *Bull. civ.* I, n°353, p. 254, *RTD civ.* 1995, p. 622, note MESTRE J.

¹¹⁷⁷ Req. 22 avril 1909, *S.* 1909. I. 349. La chambre des requêtes admit, en l'espèce, que le stipulant pouvait valablement se prévaloir, à l'égard du promettant, de l'action en reprise en vertu des articles 1121 et 1184 anc. C. civ. Le commentaire de la décision estime alors, que la Cour de cassation fit une stricte application du principe selon lequel le stipulant peut exercer, dans la limite de son intérêt, les actions nées du contrat conclu entre eux au bénéfice d'un tiers. Partant, rien ne s'opposerait à ce que le stipulant puisse agir en exécution contre le promettant ; la solution fut confirmée à plusieurs reprises. V. not. Civ. 1^{ère}, 12 juil. 1956, n°56-07052, *Bull. civ.* I, n°306, p. 249, CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, coll. Grands arrêts, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 213 et s., n°172 ; *D.* 1956, p. 749, note RADOUANT J. ; Civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, n°87-14648, *Bull. civ.* I, n°233, p. 155, *RTD civ.* 1990, p. 73, obs. MESTRE J. ; Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, n°97-20040, *Bull. civ.* I, n°341, p. 222, *D.* 2000, p. 361, obs. DELEBECQUE Ph. V. également Com. 14 mai 1979, n°77-15865, *Bull. civ.* IV, n°153, *D.* 1980, p. 157, note LARROUMET Ch. Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel ayant refusé au « stipulant le droit de se prévaloir à l'égard du promettant de l'engagement souscrit par ce dernier, en faveur du tiers ».

¹¹⁷⁸ BÉNABENT A., *Droit des obligations*, p. 228, n°264 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 454, n°485.

¹¹⁷⁹ PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P. A., *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, LGDJ, 1952, p. 471, n°364 ; COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, p. 134, n°135 : « le stipulant a toujours intérêt à l'exécution de la stipulation, intérêt d'argent ou d'affection ». De manière identique, Demogue estime que « le stipulant a toujours un intérêt » : DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, II. *Effets des obligations*, t. 7, Librairie Arthur Rousseau, 1933, p. 151, n°784. Dans le même sens, V. GOUTAL J. L., *th. préc.*, p. 137 et 138 ; Le Professeur Larroumet expliquait, dans sa thèse de doctorat, qu'il est inutile « d'affirmer que la stipulation pour autrui suppose l'existence d'un intérêt chez le stipulant », dans la mesure où « la volonté d[e ce dernier] fait présumer l'intérêt » : LARROUMET Ch., *th. préc.*, p. 340 et s., n°149, spéc. p. 342. À l'inverse, quelques auteurs estiment toutefois que l'intérêt moral du stipulant est insuffisant pour permettre de caractériser l'existence d'un véritable contrat entre promettant et stipulant. V. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 487, n°471, note 2.

¹¹⁸⁰ JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, tome II, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats réels de droit civil, les sûretés*, 3^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, 1939, p. 178, n°318.

¹¹⁸¹ Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, n°85-11769, *Bull. civ.* I, n°343, p. 246, *D.* 1989, somm. 233, obs. AUBERT J.-L. ; *RTD civ.* 1988, p. 533, obs. MESTRE J. ; *JCP G* 1989, doct. 3391, obs. VENANDET G.

¹¹⁸² MALAURIE Ph. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, coll. Droit civil, LGDJ, 9^{ème} éd., 2020, p. 279, n°357.

de figure, le donateur n'est pas directement créancier de la charge. Pourtant, la doctrine admet la possibilité, pour celui-ci, de demander son exécution ou la révocation pour inexécution, ces questions étant traitées de manière unitaire sans réelle distinction entre les cas où la charge est stipulée à son profit ou au bénéfice d'un tiers¹¹⁸³. Plus spécifiquement, certains auteurs prennent le soin de préciser, dans les cas où la charge bénéficie à un tiers, que l'action en résolution est uniquement ouverte au profit du donateur¹¹⁸⁴, contrairement à l'action en exécution qui peut, quant à elle, être exercée par le tiers bénéficiaire¹¹⁸⁵. Dans un tel cas de figure, le tiers n'a, en réalité, aucun intérêt à agir puisque la révocation de la donation ne permettrait pas au bien donné de rejoindre son patrimoine personnel¹¹⁸⁶.

268. L'absence d'obligations réciproques dans le rapport à trois personnes – Or, pour classer ces différentes opérations dans la catégorie des contrats synallagmatiques, celles-ci doivent donner naissance à des obligations réciproques.

La réciprocité suppose que chaque partie soit tout à la fois créancière de son débiteur et débitrice de son créancier. L'on utilisait, auparavant, la notion de cause pour expliquer la réciprocité, en affirmant que, dans un contrat synallagmatique, les obligations « se servent mutuellement de cause »¹¹⁸⁷, la cause étant ici entendue comme la contrepartie attendue : c'est parce que le débiteur s'engage, envers le créancier, à effectuer telle prestation, que le créancier s'engage, à son tour, à réaliser une autre prestation à son profit. Que la cause ait formellement disparu des dispositions du Code civil ne modifie en rien l'explication de la réciprocité, qui peut continuer à être exposée sans recourir explicitement à celle-ci et en passant par le « but » du contrat, énoncé par le nouvel article 1162. Le Doyen Capitant considérait d'ailleurs ces deux termes comme synonymes en affirmant que « dans la terminologie juridique, le but s'appelle la cause de l'obligation » ; et qu'il « serait préférable, pour la clarté des idées, de substituer l'expression de but à celle de cause » puisque celle-ci désigne la « fin poursuivie »¹¹⁸⁸. Il suffit

¹¹⁸³ BAUDRY-LACANTINERIE G. et COLIN M., *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I, *Des donations et des testaments*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1893, p. 631 et s., n°1543 et s ; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil français*, t. III, *Les régimes matrimoniaux, les successions, les donations et les testaments*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 11^{ème} éd., 1932, p. 707 et s., n°2630 et s. sur les conséquences de l'inexécution des charges ; HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 134.

¹¹⁸⁴ PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil français*, t. III, *op. cit.*, p. 708 et 709, n°2633.

¹¹⁸⁵ TERRÉ F., LEQUETTE Y., et GAUDEMET S., *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, p. 521, n°586.

¹¹⁸⁶ MALAURIE Ph. et BRENNER C., *op. cit.*, p. 280, n°360.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 80, n°22.

¹¹⁸⁸ CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1927, p. 21, n°3.

donc, pour vérifier la présence d'une réciprocité nécessaire à l'existence du contrat synallagmatique, de s'assurer que chacune des parties au contrat s'engage à effectuer une prestation au profit de son cocontractant dans le but de recevoir, à son tour, une prestation de celui-ci.

Les opérations dont il est ici question ont, comme le potentiel contrat synallagmatique par agrégation, la particularité de mettre en relation trois personnes et de les lier de manière originale. Ainsi, un tiers au contrat originaire devient créancier d'une obligation née dans un rapport qui lui est étranger. Tout comme pour les contrats de partage, l'on est amené à s'interroger sur la qualification globale de l'opération et sur la possibilité de voir, dans la relation unissant stipulant, promettant et tiers bénéficiaire, un contrat synallagmatique.

En reprenant l'exemple de la stipulation pour autrui, il faut remarquer la présence d'un véritable contrat synallagmatique entre le stipulant et le promettant¹¹⁸⁹ : le stipulant est engagé à fournir une prestation au promettant, tandis que celui-ci s'engage, à l'égard du stipulant, à exécuter son engagement au bénéfice d'un tiers. L'on assiste donc, suite à la conclusion d'une telle stipulation, à la naissance de plusieurs obligations. Le stipulant est ainsi obligé à l'égard du promettant, puisque le lien de droit créé entre ces deux parties par le contrat originaire subsiste même après l'acceptation de la stipulation par le tiers. C'est l'exemple classique des contrats d'assurance-vie¹¹⁹⁰ par lesquels le stipulant s'engage à verser une prime, lorsque le promettant accepte de verser le capital décès au bénéficiaire désigné dans le contrat par le stipulant. Mais ce dernier n'est pas le seul engagé et le promettant est également tenu à l'égard du stipulant et du tiers bénéficiaire.

En revanche, et malgré les pouvoirs étendus dont le bénéficiaire dispose, celui-ci ne saurait être considéré comme une véritable partie au contrat de stipulation pour autrui et doit conserver sa qualité de tiers, preuve en est qu'à la différence d'un contractant ordinaire, il ne pourra solliciter la résolution du contrat originaire¹¹⁹¹. Il semble donc impossible de considérer le rapport à trois personnes comme un contrat synallagmatique, faute de pouvoir déceler l'existence d'obligations réciproques entre chaque intervenant : le stipulant est débiteur du promettant, tandis que le promettant, créancier et débiteur du stipulant, est également débiteur

¹¹⁸⁹ S'agissant des contrats d'assurance, la Cour de cassation a affirmé explicitement, dans les arrêts précités, que les contrats d'assurance de groupe créent « entre l'adhérent et l'assureur [...], un lien contractuel direct, de nature synallagmatique » : Civ. 1ère, 22 mai 2008, *préc.* ; Com. 13 avr. 2010, *préc.*

¹¹⁹⁰ COLIN A. et CAPITANT H., *op. cit.*, p. 766 et s., n°908 et s.

¹¹⁹¹ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, p. 247, n°124 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 786, n°714 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 454 et 455, n°486 ; BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat-Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 229, n°264.

du tiers. Au demeurant, l'on voit mal comment un contrat entre promettant, stipulant et tiers bénéficiaire pourrait se former lorsque l'on se rappelle que le tiers n'a pas à consentir à l'opération pour que celle-ci produise ses effets. L'acceptation du tiers n'est pas une condition nécessaire à la naissance du droit¹¹⁹² et ne permet que de rendre ce dernier irrévocable¹¹⁹³. Partant, lorsque le stipulant contracte avec le promettant, le tiers n'est pas appelé à exprimer son consentement. Or, s'il est envisageable de déroger, partiellement, à l'effet relatif des conventions en admettant la naissance d'un droit au profit d'un tiers, il n'est toutefois pas admissible qu'un contrat entre ces trois personnes puisse être formé sans que l'une des parties n'exprime le moindre accord¹¹⁹⁴. L'on ne peut, du reste, accepter qu'un contrat soit formé sans qu'aucun rapport obligatoire ne soit créé entre deux des trois parties¹¹⁹⁵.

On retrouve un schéma similaire en matière de contrat de cautionnement. Il n'existe, en effet, aucune réciprocité entre l'obligation assumée par la caution de garantir la dette du débiteur, et une quelconque obligation du créancier à son égard : par définition, le créancier n'a pas d'obligation vis-à-vis de la caution¹¹⁹⁶, excepté certaines obligations secondaires notamment s'agissant de l'information de la caution sur le montant du principal et des intérêts ainsi que des incidents de paiement¹¹⁹⁷. De manière analogue, le débiteur n'est pas non plus créancier de la caution, le contrat de cautionnement étant, en principe, unilatéral¹¹⁹⁸ et ne concernant, stricto sensu, que les rapports entre la caution et le créancier¹¹⁹⁹. Ces trois personnes

¹¹⁹² V. Com. 23 févr. 1993, n° 89-17.670 ; *Defrénois* 1993, p. 1060, obs. AYNÈS ; *RTD civ.* 1994 p. 99, obs. MESTRE J.

¹¹⁹³ LARROUMET Ch. et D. MONDOLONI, *V°* « Stipulation pour autrui », *op. cit.* n°48.

¹¹⁹⁴ Dans sa thèse de doctorat, le Professeur Larroumet explique que la différence entre les contrats multilatéraux et les opérations juridiques à trois personnes se situe notamment au niveau du consentement. Contrairement aux premiers, un lien de droit de nature contractuelle peut être créé dans les opérations triangulaires telles la stipulation pour autrui, sans qu'il soit nécessaire que chaque partie ait exprimé un consentement : LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Th. Bordeaux, 1968, p. 9 et s., n°5, 2°. Il ne s'agit toutefois ici, selon nous, que d'expliquer la naissance d'un droit au profit d'un tiers qui n'aurait pas exprimé son consentement, et non de justifier l'existence d'un contrat liant promettant, stipulant et tiers bénéficiaire en l'absence d'un consentement de chacun d'eux.

¹¹⁹⁵ Le Professeur Flattet exprime ainsi clairement, à propos de la stipulation pour autrui, qu'"aucun rapport ne s'établira du fait de la stipulation entre stipulant et tiers" : V. FLATTET G., *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 146, n°109.

¹¹⁹⁶ SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph., *Les sûretés, la publicité foncière*, coll. Précis, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, p. 52, n°58.

¹¹⁹⁷ SIMLER Ph., *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, coll. Traités, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015, p. 438 et s., n°427 et s.

¹¹⁹⁸ BRÉMOND V. et BOURASSIN M., *Droit des sûretés*, coll. Université, Sirey, 7^{ème} éd., 2019, p. 74 et 75, n°106 et 107 ; SEUBE J.-B., *Droit des sûretés*, coll. Cours Dalloz, Dalloz 9^{ème} éd., 2018, p. 20, n°31 ; SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph., *Les sûretés, la publicité foncière*, coll. Précis, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, p. 52, n°58 et n°59 s'agissant des exceptions au caractère unilatéral.

¹¹⁹⁹ SIMLER Ph., *op. cit.*, p. 20 et 21, n°16.

ne sont donc pas réciproquement créancières et débitrices les unes des autres, certaines n'ayant qu'une seule qualité lorsque d'autres ne sont reliés entre elles par aucun rapport direct.

b. L'absence d'obligations réciproques dans le contrat synallagmatique par agrégation

269. L'impossible caractérisation d'obligations réciproques entre *Primus*, *Secundus* et *Tertius* – La réunion de deux contrats unilatéraux en un unique contrat synallagmatique ne semble pas permettre de contourner l'obstacle tenant à l'absence de réciprocité entre les différentes obligations nées des techniques de partage. Le parallèle avec les opérations à trois personnes est ici évident : pour pouvoir considérer que l'opération unissant *Primus*, *Secundus* et *Tertius* est, au-delà d'un simple contrat multilatéral, un contrat synallagmatique, il faudrait pouvoir déceler, en plus de l'existence d'obligations pesant sur chacune des parties, une véritable réciprocité. Notons, tout d'abord, qu'un premier élément fait immédiatement défaut : l'existence d'obligations pesant sur *toutes* les parties. En effet, dans la relation susvisée, seuls *Secundus* et *Tertius* supportent la charge d'obligations, lorsque *Primus* ne s'engage ni à l'égard du deuxième ni au profit du dernier.

Ensuite, aucun des contractants ne s'engage au regard de ce que l'autre a fait pour lui. Chacun effectue une prestation pour un membre quelconque et recevra une contreprestation d'une personne différente de celle au profit de laquelle il s'est engagé. Ainsi, il n'y a aucune obligation réciproque entre *Primus* et *Secundus*, puisque *Primus* n'a pas d'obligation à l'égard de celui-là. L'on ne peut, en outre, découvrir de telles obligations dans le rapport entre *Secundus* et *Tertius* car c'est au profit de *Primus* que *Secundus* s'est exécuté lorsque *Tertius*, qui n'a rien reçu ni de *Primus* ni de *Secundus*, s'engagera au profit du deuxième et obtiendra une contrepartie de *Quartus*, étranger à ce premier ensemble de relations contractuelles.

D'ailleurs, l'on aboutirait à une solution identique en s'intéressant non pas aux obligations produites par les contrats, mais aux contrats eux-mêmes. Dans ce cas, si le contrat entre *Primus* et *Secundus* sert de cause au contrat entre *Secundus* et *Tertius*, la réciproque n'est pas vraie : le contrat liant *Secundus* et *Tertius* ne peut être considéré comme la cause du contrat entre *Primus* et *Secundus*, à moins d'admettre que *Secundus* s'engage en sachant qu'il pourra obtenir, par la suite, une prestation qui sera nécessairement future et hypothétique¹²⁰⁰. Mais même en ce cas, seul l'engagement de *Secundus* à l'égard de *Primus* pourrait être expliqué par l'existence future du contrat entre lui et *Tertius* car *Primus*, en revanche, n'a que faire du rapport

¹²⁰⁰ V. *infra*, n°271 et s.

contractuel suivant auquel son contrat avec *Secundus* donnera naissance.

Par conséquent, pour pouvoir considérer que les contrats de partage, unilatéraux à l'origine, pourraient, une fois regroupés, former un ensemble de contrats synallagmatiques, il serait nécessaire que *Primus* s'engage, dans un premier contrat, à l'égard de *Secundus*, lorsque celui-ci s'exécute, dans un second contrat, au profit du *Primus*. En revanche, il semble impossible de voir, dans les contrats unissant successivement *Primus* à *Secundus*, puis *Secundus* à *Tertius*, un contrat synallagmatique unique, faute de pouvoir déceler une quelconque réciprocité des obligations.

270. La similarité avec l'hypothèse des contractants placés aux extrémités des chaînes de contrats – La situation est finalement assez similaire à ce que l'on retrouve dans les chaînes de contrats entre les parties situées à chaque extrémité. Celles-ci sont reliées au même contractant, mais paraissent tierces l'une envers l'autre. Or, sur ce point, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont cru bon de former un contrat synallagmatique unique entre les membres du groupe. Les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier affirment d'ailleurs clairement que les ensembles contractuels « associent plusieurs contrats distincts sans en faire, en principe, un contrat unique »¹²⁰¹. Certes, le Professeur Teyssié a défendu l'idée selon laquelle les groupes de contrats révéleraient des « rapports contractuels secondaires »¹²⁰², ce qui est confirmé par l'existence des actions directes entre les parties à l'extrémité des chaînes de contrats¹²⁰³. Il a, en outre, milité, dans sa thèse de doctorat, pour que la responsabilité contractuelle soit admise dans les groupes de contrats¹²⁰⁴. Toutefois, la Cour de cassation a tranché cette question, après de longues hésitations¹²⁰⁵, en faveur de la thèse délictuelle¹²⁰⁶ avec le célèbre arrêt « Besse » rendu par l'assemblée plénière le 12 juillet 1991¹²⁰⁷, l'action en garantie contre les contractants successifs conservant toutefois une nature contractuelle¹²⁰⁸.

¹²⁰¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 25, n°9.

¹²⁰² TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 237, n°475 et s.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 239 et s., n°477 et s.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, p. 287 et s., n°578 et s.

¹²⁰⁵ LE TOURNEAU P., « Groupes de contrats », *Droit de la responsabilité et des contrats*, coll. Dalloz action, Dalloz, 11^{ème} éd., 2018, p. 1189 et s., n°3116.31 et 3116.32 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, p. 27, n°9 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2019, p. 978 et 979, n°938.

¹²⁰⁶ LE TOURNEAU P., « Groupes de contrats », *op. cit.*, p. 1190, n°3116.33.

¹²⁰⁷ Ass. plén., 12 juil. 1991, n°90.13602, *Besse*, *Bull. A.P.*, n°5, p.7, ; *Défrénois* 1991, p. 1301, note AUBERT J.-L. ; *D.* 1991, p. 549, note GHESTIN J. ; *D.* 1991, Chron. 257, note JAMIN Ch. ; *RTD civ.* 1991, p. 750, note JOURDAIN L. ; *JCP G* 1991. II. 21743, note VINEY G.

¹²⁰⁸ Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1991, n°87.15229 : « le maître de l'ouvrage dispose contre le fabricant d'une action

Ainsi, bien qu'il faille avoir une appréciation globale de la relation unissant les trois contractants, l'admission d'un tel contrat synallagmatique semblerait aller à l'encontre de la position jurisprudentielle sur la question, d'autant qu'aucune action directe ne semble ici possible entre *Primus* et *Tertius*. En effet, en cas d'inexécution des obligations contractuelles, la situation diffère de l'hypothèse classique des chaînes de contrats. Imaginons que *Secundus* ne s'exécute pas au profit de *Primus*. Dans ce cas, ce dernier ne pourra rien réclamer à l'égard de *Tertius* puisque l'absence d'exécution du premier contrat empêche, *de facto*, la naissance du second : *Primus* et *Tertius* ne sont pas encore liés. Dans l'hypothèse où *Tertius* ne s'exécuterait pas au profit de *Secundus*, celui-ci ne pourrait pas non plus agir à l'encontre de *Primus* puisque seul *Tertius* s'est engagé, à l'égard de *Secundus*, à accomplir une prestation.

Mais l'absence d'obligations réciproques entre les deux contractants placés aux extrémités du rapport unissant *Primus*, *Secundus* et *Tertius* n'est pas le dernier argument militant à l'encontre de la reconnaissance d'un contrat synallagmatique unique. Encore faut-il évoquer la difficulté résultant du caractère aléatoire et potestatif des différents contrats d'exécution.

B. L'obstacle de l'aléa et de la potestativité

271. La prise en compte, par le Droit, de l'aléa – L'incertain n'est pas inconnu du droit¹²⁰⁹ et c'est au travers de la notion d'aléa que l'on tente de saisir l'insaisissable, malgré l'apparente « mésalliance »¹²¹⁰ que le premier forme avec le second. En effet, ce dernier est « associé à une forme essentielle de certitude, quant à son existence même (celle-ci serait nécessaire, et non contingente : *ubi homo, ibi societas ; ubi societas, ibi ius*), quant à ses frontières (celles-ci relèveraient de critères de démarcation stricts entre le droit et le non-droit), quant à son contenu (celui-ci ne pourrait être différent de ce qu'il est), quant à la signification de ses règles (celle-ci serait en principe claire, à défaut de quoi elle pourrait être établie de manière certaine par ses interprètes), quant à leur validité (celle-ci pourrait être appréciée à la lumière de critères purement formels énoncés par le droit lui-même), quant à leur applicabilité (celle-ci étant

contractuelle directe, laquelle est fondée sur le contrat de vente conclu entre ce fabricant et le vendeur intermédiaire », *RDI* 1992, p. 76, obs. MALINVAUD Ph. et BOUBLI N..

¹²⁰⁹ En ce sens, le Professeur Bénabent explique que l'aléa est inhérent au droit qui, en tant qu'"œuvre humaine" est « imparfait[...] » et donne donc inévitablement « prise à l'action du hasard » : BÉNABENT A., *La chance et le droit*, préf. J Carbonnier, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, p. 98 et s., n°127.

¹²¹⁰ LASSERRE-KIESOW V., « Contrats et obligations - L'aléa », *JCP G.* 2009, n° 31-35, p. 182 et s., spéc. n°2.

conditionnelle à partir du moment où ces règles ont été valablement adoptées) »¹²¹¹. Or, rien ne semble plus opposé à la certitude inhérente au Droit que l'aléa : « l'aléa c'est l'imprévisible et l'impondérable ; c'est le hasard et l'arbitraire du hasard »¹²¹². Toutefois, celui-ci est omniprésent dans la réalité pratique, comme dans le monde juridique¹²¹³ et, « puisque le hasard décide de tout, le droit lui donne un rôle »¹²¹⁴. L'on retrouve ces manifestations au sein du droit des biens, au travers des règles gouvernant la découverte d'un trésor (art. 716 C. civ.) ; en matière de succession, avec l'exception à l'irrévocabilité des donations qui peut avoir vocation à jouer lors de la découverte d'un nouvel héritier (art. 953 C. civ.). L'aléa a, également, toute sa place en droit des obligations, où la force majeure est un exemple illustrant la prise en compte, par le Droit, de la survenance d'événements imprévisibles, et donc incertains (art. 1218 C. civ.)¹²¹⁵. Mais, par-dessus tout, l'aléa a une fonction toute particulière s'agissant de notre domaine d'étude, celui-ci jouant un rôle central dans la classification des contrats¹²¹⁶. Nous l'aurons compris, « en tout il y a aléa et spéculation sur l'aléa »¹²¹⁷.

272. La distinction des contrats commutatifs et aléatoires – Le contrat est certes, selon les termes du Doyen Hauriou, un « acte de prévision »¹²¹⁸ dont la « puissance est [...] caractérisée par son emprise sur les faits »¹²¹⁹. Mais cela ne doit pas faire oublier qu'il ne peut se réduire à cette première vocation, et qu'il représente, également, un « pari sur l'avenir »¹²²⁰ car il y a nécessairement une part d'aléa dans la formation, la réalisation ou l'exécution du contrat. Il nous faut toutefois, ici, nous en tenir à une acception stricte de l'aléa, qui ne peut être confondu avec toutes les formes potentielles d'incertitudes¹²²¹. Au sens du droit des contrats, l'aléa

¹²¹¹ VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, PUF, 1992, p. 116.

¹²¹² LASSERRE-KIESOW V., « Rapport introductif », in *L'aléa*, coll. Thèmes et commentaires, Journées nationales, Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, p. 1.

¹²¹³ LASSERRE-KIESOW V., *art. préc.*, p. 180 et s., spéc. n°1 ; GRUA F., « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, p. 263 et s., spéc. n°1 et 6 ; BÉNABENT A., *th. préc.*

¹²¹⁴ LASSERRE-KIESOW V., *art. préc.*, p. 4.

¹²¹⁵ Sur le nouvel article 1218 du Code civil relatif à la force majeure et qui vient consacrer une part substantielle des règles dégagées par les magistrats, V. BROS S., « La force majeure », *Dr. et patr.* 2016, n°259.

¹²¹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 4.

¹²¹⁷ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, 2020, p. 607, n°678.

¹²¹⁸ HAURIOU M., *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 201. Pour Hauriou, « il y a dans le mécanisme du contrat [...] quelque chose qui le pousse à essayer de s'emparer de l'avenir ». Il « représente ainsi la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ».

¹²¹⁹ HÉBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Jacques Maury*, 1960, t. 2, p. 419 et s., spéc. p. 424.

¹²²⁰ LAITHIER Y.-M., « Aléa et théorie générale du contrat », *L'aléa*, coll. Thèmes et commentaires, Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, p. 7 et s., spéc. p. 8.

¹²²¹ *Ibid.*, spéc. p. 8.

permet de distinguer les contrats commutatifs des contrats aléatoires. En principe, lorsque les parties s'engagent, celles-ci se mettent d'accord sur l'objet des prestations et apprécient, dès la conclusion du contrat, l'avantage qu'elles pourront retirer de l'opération. Elles concluent alors un contrat commutatif (art. 1108 al. 1^{er} C. civ.). Toutefois, il peut arriver que les contractants ne puissent pas déterminer à l'avance ce qu'ils pourront retirer de l'opération, car un aléa est introduit dans le contrat. L'ancien article 1104 du Code disait alors que chacune des parties courait « une chance de gain ou un risque de perte ». Cette définition, maladroite selon la doctrine, notamment en ce qu'elle entraînait en contradiction avec celle de l'ancien article 1964¹²²², a été abrogée et remplacée par l'alinéa 2 de l'article 1108, qui dispose que le contrat « est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». Avant l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, certains estimaient que l'existence d'un aléa, contrairement aux apparences, ne ferait pas obstacle à la qualification de contrat commutatif¹²²³. En effet, lors des travaux préparatoires du Code civil, il fut affirmé que « comme l'article 4 donne la définition du contrat commutatif, et que le contrat aléatoire appartient à cette classe de contrats, la section pense qu'en faisant de l'article 5 un paragraphe de l'article 4, et en le rédigeant ainsi qu'il suit, on verra tout à la fois à quelle classe le contrat aléatoire appartient, et ce que c'est que ce contrat »¹²²⁴. Le contrat aléatoire ne serait donc, selon cette théorie, qu'une « variété de contrat commutatif ». Dès lors, « ce ne [serait] pas parce qu'un contrat est aléatoire qu'il cesse[rait] d'être commutatif »¹²²⁵.

Néanmoins, il nous faut rejeter une telle solution assimilant contrat onéreux et contrat commutatif. En effet, pour affirmer que le contrat aléatoire n'est qu'une catégorie de contrat commutatif, il convient de trouver une ligne directrice présente dans ces deux types de contrat.

¹²²² MORIN A., *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, préf. A. Ghozi, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1998, p. 5 et 6, n°9 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 120 et 121, n°103, spéc. p. 120, note 3 ; BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. Précis Domat-droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 623, n°916 ; GRUA F., *art. préc.*, spéc. n°6 ; MORIN A., *th. préc.*, p. 4 et 5, n°8 ; *contra*, KAHN R., *La notion d'aléa dans les contrats*, Th. Paris, 1924, p. 87 et s., n° 72 et s.

¹²²³ V. par ex. GRUA F., *art. préc.*, spéc. n°45 ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des obligations*, 3^{ème} éd., Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1906, p. 16, n°17, note 3. Après avoir rappelé la position des auteurs pour qui cette distinction n'a pas grand sens, ils affirment sans ambages que « cette critique renferme une grande part de vérité » car « prise dans un sens large, l'expression contrat commutatif convient incontestablement aux contrats aléatoires » ; DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 1868, p. 25 et 26, n°26. Pour Laurent, si « le contrat aléatoire est aussi un contrat commutatif », cela ne prive pas la classification de son caractère exact et utile : LAURENT F., *Principes de droit civil français*, t. XV, A. Durand & Pédone Lauriel, 1875, p. 494 et 495, n°437.

¹²²⁴ Section de législation du Tribunal, « Des contrats et obligations conventionnelles », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1826, p.143.

¹²²⁵ GRUA F., *art. préc.* spéc. n°45.

En la matière, c'est la réciprocité des avantages que l'on retrouve tant dans les contrats commutatifs que dans les contrats aléatoires. Dès lors, la seule différence entre ces deux types de contrats serait la prévision de cette réciprocité, celle-ci étant définie, dans les contrats commutatifs, dès leur conclusion, alors qu'elle dépend, dans les contrats aléatoires, d'un évènement incertain¹²²⁶. Pour affirmer que le contrat aléatoire est une catégorie de contrat commutatif, il faut donc estimer que la caractéristique principale de ce dernier, en tant que catégorie générique, est la réciprocité des avantages, et que seule la prévision de ceux-ci distingue ces deux catégories. Or, cette réciprocité est en réalité la caractéristique des contrats synallagmatiques conclus à titre onéreux, le contrat commutatif n'étant, avec le contrat aléatoire, qu'une variété de contrats conclus de la sorte¹²²⁷. Dès lors, puisque le contrat commutatif désigne seulement « celui où les avantages réciproques qu'échangent les parties sont immédiatement connus et appréciés »¹²²⁸, il n'a d'autre point commun avec le contrat aléatoire que d'être synallagmatique et onéreux. Par conséquent, le contrat aléatoire est une catégorie à part entière de contrat synallagmatique conclu à titre onéreux, à côté du contrat commutatif, et non une variété de ce dernier. Dès lors, si les contrats de partage, qu'il s'agisse du contrat par agrégation ou des différents tronçons de la relation contractuelle générale, peuvent être qualifiés de contrat aléatoire, il sera vraisemblablement nécessaire de remettre en doute leur nature unilatérale.

273. La qualification du contrat aléatoire : l'insuffisance de l'évènement incertain et la nécessité d'un risque réciproque – Mais tout aléa n'est pas nécessairement suffisant pour caractériser l'existence d'un contrat aléatoire¹²²⁹. Il faut, en plus, que celui-ci présente certaines caractéristiques, bien que la Cour de cassation ait parfois quelque peu dévié de cette trajectoire

¹²²⁶ Dans le même sens V. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 120, n°103. Les Professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénéde estiment que la « caractéristique essentielle du contrat commutatif [est] la certitude du quantum des prestations reçues et fournies ».

¹²²⁷ SIMLER Ph., *V°* « Contrats aléatoires », *J.-Cl. Civil Code*, Synthèse 1270, 2018 (actualisation : mai 2020), n°4 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 76, n°87 ; CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue 2000, p. 52, n°15 ; LAITHIER Y.-M., *art. préc.* p. 13 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.* p. 119, n°103 ; BÉNABENT A., « Clause d'accroissement et libéralité », obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004 », *RDC* 2005, p. 693 ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *op. cit.*, p. 15, n°17. Malgré l'affirmation selon laquelle la subdivision en contrats commutatifs et aléatoires « est une subdivision des contrats à titre onéreux », Baudry-Lacantinerie et Barde semblent prendre le parti des auteurs qui critiquent cette distinction comme étant « illogique » (p. 16, n°17, note 3) ; VIGIÉ A., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 2^{ème} éd., Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1895, p. 505, n°1109.

¹²²⁸ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 211, n°224.

¹²²⁹ Sur le domaine des contrats aléatoires, V. BÉNABENT A., *th. préc.*, p. 79 et s., n°96 et s.

en considérant comme suffisante la simple existence d'un évènement incertain¹²³⁰. À s'en tenir à l'acceptation classique, il faut tout d'abord que le risque soit accepté par les parties et que la réalisation de celui-ci affecte le résultat économique de l'opération en faveur d'une partie, et au détriment de l'autre¹²³¹. C'est ce que la doctrine appelle la réciprocité du risque¹²³². Il est donc nécessaire que l'une des parties perde ce que l'autre gagne¹²³³. Si, en contrepartie du gain potentiel, les parties n'ont rien à perdre, l'issue du contrat peut certes être incertaine, mais celui-ci ne pourra pas être caractérisé d'aléatoire. Le Professeur Bénabent explique justement, à propos d'une clause de tontine, que l'essence du contrat aléatoire réside dans « le risque de perte corrélatif à la chance de gain ». Il poursuit alors en affirmant que lorsque ce risque n'existe pas, « et si toutes les chances sont du même côté », l'on ne peut aucunement découvrir l'existence d'un contrat aléatoire¹²³⁴. Ne peut donc pas obtenir ladite qualification, le contrat par lequel l'un des acquéreurs a financé tout à la fois sa part du prix et celle de son cocontractant, car, dans ce cas, celui qui n'a rien déboursé ne court alors aucun risque. S'il précède, il ne

¹²³⁰ Mixte, 23 nov. 2004, n°01-13592, *Bull. mixte*, n°4, p. 9, *D.* 2005, p. 1905, note BEIGNIER B. Le Professeur Beignier approuve la solution rendue par la chambre mixte. Il estime que, malgré l'absence de véritable aléa dans le contrat complexe, les contrats en cause « doivent nécessairement être tenus pour des assurances, comme il est logique de constater qu'une poule pond des œufs. Remettre en cause ce banal aphorisme était écarter la claire volonté du législateur et celle de l'État : l'argument d'autorité avait, ici, vocation à écarter l'argument de raison ». V. une analyse visiblement en faveur de la requalification mais résignée par rapport à la solution adoptée par la Cour de cassation : *JCP G* 2005, doct. 187, n°13, obs. LE GUIDE R. ; *RDC* 2005, p. 297, obs. BÉNABENT A. L'auteur estime que la solution, si elle ne se justifie pas d'un point de vue théorique, a été dictée par des raisons économiques à savoir, « la sauvegarde des marchés financiers » ; dans le même sens, sur la justification de la solution en opportunité malgré ses entorses à l'orthodoxie juridique, V. *Défrénois* 2005, p. 607, obs. AUBERT J.-L. Pour une critique pure et simple de l'arrêt, V. *RCA* 2005, n°2, étude 3, note LEDUC F. et PIERRE P. rapp. Civ. 1^{ère} ; 14 déc. 2004, n°02-11088, *Bull. civ.* I, n°313, p. 262, *RDC* 2005, p. 693, obs. BÉNABENT A. ; *JCP G* 2005, doct. 187, obs. LE GUIDE R. Pour une vision beaucoup moins critique de l'arrêt, V. *Défrénois* 2005, p. 617, obs. LIBCHABER R.

¹²³¹ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 121, n°103.

¹²³² LAITHIER Y. M., *art. préc. spéc.* p. 12 et s. : « traditionnellement, il n'y a pas d'aléa, au sens du droit des contrats, sans un risque de perte. Ce risque de perte, qui suppose l'existence d'une mise, doit être réciproque » ; de manière générale sur les problèmes posés par l'inexistence de l'aléa pour l'une des parties V. MORIN A., *th. préc.* p. 203 et s., n°473 et s.

¹²³³ Si l'une des parties ne court aucun risque, il est impossible de caractériser un aléa. V. BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.* p. 624, n°918 ; VIGIÉ A., *op. cit.*, p. 505, n°1109 ; *contra*, KAHN R., *th. préc.* p. 84 et s., n°69 et s. Pour l'auteur, l'aléa peut peser sur les deux parties, mais également sur l'une d'entre elles seulement.

¹²³⁴ BÉNABENT A., obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, *RDC* 2005, p. 693. Dans le même sens, LE GUIDE R., *JCP G* 2005, doct. 187, n°8. ; la vente viagère est ainsi effectivement un contrat aléatoire puisque l'incertitude sur la durée de vie du crédientier fait courir une chance de gain ou un risque de perte sur l'acquéreur. Il est en effet impossible d'apprécier, lors de la conclusion du contrat, si les prestations de chaque partie sont équivalentes. Si le crédientier décède rapidement, le caractère aléatoire du contrat fera obstacle à ce que le prix de vente soit regardé comme vil. À l'inverse, s'il reste longuement en vie, le débirentier pourra payer un prix bien supérieur à la valeur du bien. Encore faut-il toutefois que la vente soit réellement aléatoire ce qui n'est pas le cas lorsque le débirentier pourra acquitter la rente grâce aux seuls revenus du bien acheté ou, plus généralement, lorsque le montant de la rente est dérisoire (Civ. 3^{ème}, 12 juin 1996, n°94-16988, *Bull. civ.* III, n°147, p. 95, *JCP G* 1997. II. 22781, note DAGORNE-LABBE Y.) : BARRET O. et BRUN Ph., *V° « Vente : formation », Rép. civ.*, Dalloz, 2019 (actualisation : sept. 2020), n°500 à 502.

sera effectivement pas propriétaire exclusif du bien, mais n'ayant pas payé de prix avec l'espoir d'être réputé seul propriétaire en cas de décès de son cocontractant, l'opération s'apparentera à une donation à son égard (égale à zéro puisqu'il sera réputé n'avoir jamais rien acquis). S'il survit, il sera réputé propriétaire exclusif et l'on constatera alors l'existence d'une donation pour l'intégralité du bien acquis. Pour illustrer son propos, l'auteur, résonnant sur le pari, archétype du contrat aléatoire, prend l'exemple des courses hippiques ayant lieu à Dubaï. Celles-ci étant gratuites pour les joueurs, conformément à la prohibition religieuse des jeux d'argent, elles ne peuvent être juridiquement considérées comme un pari puisque ce dernier ne peut exister sans mise et donc, sans perte¹²³⁵.

Lors des discussions ayant eu lieu à propos de la définition des contrats aléatoires, certains auteurs ont cru voir, dans la nouvelle formulation, le signe d'une disparition de l'exigence de réciprocité. L'article 1106 du projet d'ordonnance disposait alors que le contrat « est aléatoire lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes attendus, d'un événement incertain ». Il s'agit là, en substance, de la même rédaction que l'actuel article 1108, la précision selon laquelle les parties ne recherchent pas l'équivalence de la contrepartie ayant toutefois été supprimée, tandis que l'expression « aux avantages et aux pertes *attendus* » a été remplacée par « aux avantages et aux pertes *qui en résulteront* ». Nous pensons donc que les commentaires des auteurs sur la rédaction de la définition du projet d'ordonnance valent tout aussi bien pour la nouvelle définition de l'article 1108. Il s'agissait alors de dire que, si l'ancienne rédaction de l'article 1104 exigeait l'existence d'un « aléa économique bilatéral », selon la formule du Professeur Leduc, en précisant explicitement que la chance de gain ou le risque de perte devait être couru « par *chacune des parties* », tel n'est pas le cas de la nouvelle rédaction qui se garde d'apporter une quelconque précision sur ce point¹²³⁶. L'on pourrait alors en déduire que l'aléa économique peut tout aussi bien être réciproque ou unilatéral. Le Professeur Kullmann estime en ce sens que, dans la nouvelle rédaction, les gains et les pertes attendus « n'ont plus pour sujet *chacune* des parties contractantes »¹²³⁷. On fera montre, toutefois, de beaucoup de scepticisme à propos de cette analyse. Il nous semble en effet

¹²³⁵ BÉNABENT A., *art. préc.*

¹²³⁶ LEDUC F., « Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et le caractère aléatoire du contrat d'assurance », *RDC 2015*, p. 895 et s., spéc. n°2.

¹²³⁷ KULLMANN J., « Projet de réforme du droit des contrats : vers une nouvelle définition du contrat aléatoire », *RGDA 2015*, p. 169. Dans le même sens, LEDUC F., *art. préc.*, spéc. n°2 : « tout bien considéré, il paraît possible d'admettre que [la nouvelle rédaction] accueille la qualification de contrat aléatoire aussi bien lorsque l'aléa économique est réciproque que lorsqu'il n'affecte que l'une des parties ».

préférable de nous rallier à la position inverse des auteurs pour qui le nouvel alinéa 2 de l'article 1108 « met en évidence » la nécessité que le risque soit partagé¹²³⁸ et « ne conçoit [la chance de gain ou le risque de perte] qu'au *pluriel* »¹²³⁹. Certes, la rédaction actuelle ne précise pas explicitement que le risque doit courir « sur chacune des parties ». Toutefois, l'absence de la mention « soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles », nous paraît plus significative et porteuse de sens quant à la volonté des rédacteurs. Ces derniers ont, semble-t-il, conçu l'aléa comme réciproque en faisant référence « aux parties » au pluriel, et de manière générale. L'on peut, sur ce point, penser que s'ils avaient entendu modifier les règles de droit positif entourant la réciprocité de l'aléa, ils ne se seraient pas contentés d'énoncer d'un trait de plume une formule aussi générale et auraient, sans nul doute, pris la peine de formuler explicitement pareil revirement¹²⁴⁰. En l'absence d'une telle indication, il nous faut donc retenir la solution classique exigeant l'existence d'un risque pour chacune des parties¹²⁴¹, puisque « l'aléa ne peut exister pour une seule des parties : le contrat comportant des prestations réciproques, ce qui est gain pour l'un est perte pour l'autre, et réciproquement ; on ne conçoit pas la chance unilatérale »¹²⁴².

¹²³⁸ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 121, n°103.

¹²³⁹ PIERRE P., « Aléa et qualification du contrat d'assurance sur la vie », *L'aléa*, coll. Thèmes et commentaires, Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, p. 51 et s., spéc. p. 57.

¹²⁴⁰ Rappelons que la définition des contrats aléatoires se fondait, avant l'ordonnance de 2016, sur la rédaction de l'article 1104 du Code civil : « 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 ». L'on en déduisait alors la nécessité d'un risque réciproque. En revanche, la lettre de l'article 1964 ancien laissait à penser que le contrat ne pouvait être aléatoire que pour l'une des parties (« le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain »). Cette seconde définition était ainsi critiquée en ce qu'elle entraînait en contradiction avec celle de l'article 1104 ancien, les auteurs refusant généralement de considérer qu'elle ouvrait véritablement la voie à ce que des contrats puissent être aléatoires pour l'une des parties seulement. V. not. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, p. 120 et 121, n°103, spéc. note 3.

¹²⁴¹ Rappr. DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2018, p. 73 : les auteurs rappellent que si la « réciprocité n'apparaît pas explicitement dans la définition donnée par l'article 1108 », « il serait [toutefois] hâtif d'en déduire qu'elle a été supprimée ».

¹²⁴² TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y et CHÉNÉDÉ F., *op. cit.* ; dans le même sens, DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *op. cit.* : « les parties ne doivent pas courir ensemble la même chance de perte ou de gain. En d'autres termes, ce que perd l'un des contractants, l'autre doit le gagner » ; cela ne signifie pas, en revanche, que toutes les prestations des parties doivent être soumises à une part d'incertitude : Civ. 3^{ème}, 4 juil. 2007, n°06-13275, *Bull. civ.* III, n°124, *Défrénois* 2007, p. 1535, note DAGORNE-LABBE Y. ; *Défrénois* 2007, p. 1750, obs. SAVAUX E. L'important est que « chacun des contractants court une chance de gain et un risque de perte » : FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 77, n°87 ; dans le même sens, CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 123 et 124 : « dans un contrat aléatoire, l'incertitude doit être partagée par toutes les parties au contrat, même si, matériellement, cette incertitude peut n'affecter que l'avantage d'une des parties, dans son existence ou dans son étendue ».

274. L'aléa dans les contrats de partage – En revenant à l'objet de notre étude, l'on doit remarquer la quasi-omniprésence de l'aléa au cœur de toutes les relations tissées dans les communautés. Si dans un contrat synallagmatique *Secundus* s'exécute auprès de *Primus* et que *Tertius* s'engage à l'égard de *Secundus*, l'on pourrait, de prime abord, penser que chacune des trois parties au contrat a conclu en toute connaissance de cause. *Secundus* s'est engagé envers *Primus* mais avec la certitude de pouvoir obtenir une contrepartie puisque *Tertius* s'est parallèlement engagé envers lui. Tel n'est pourtant pas le cas dans le contrat synallagmatique que pourrait représenter l'union des deux contrats unilatéraux de partage. En effet, dans ce cas de figure, *Secundus* s'engage envers *Primus* en espérant recevoir la contrepartie à laquelle sa prestation lui donnera droit, mais sans que celle-ci ne soit directement prévue dans la première relation contractuelle. Il n'a donc, au moment de la conclusion du contrat unilatéral initial, aucune certitude sur la contreprestation. Ainsi, les opérations de partage sont toutes teintées d'une large part d'incertitude, puisque *Secundus* obtient simplement le droit d'obtenir une contreprestation lorsqu'il s'engage au bénéfice de *Primus*. En revanche, celle-ci demeure hypothétique lors de la première relation contractuelle. Et rien ne permet d'affirmer avec certitude que *Secundus* obtiendra effectivement le paiement de sa créance : si tant est que celui-ci demande une contrepartie à l'exécution de son engagement avec *Primus*, car rien ne l'y oblige, encore faut-il trouver un membre de la communauté proposant un bien ou un service qui l'intéresse. À défaut, et tant qu'aucun individu ne sera en mesure de satisfaire ses désirs, la prestation de *Secundus* à l'égard de *Primus* restera sans contrepartie. De plus, en pratique, la contreprestation est d'autant plus incertaine que le membre proposant une prestation n'est pas automatiquement engagé de par la simple réponse à l'annonce et la demande d'un membre de sa communauté. Il reste libre d'accepter, ou non, de s'exécuter. C'est ce que l'on retrouve, notamment, au sein de l'association « Tempo »¹²⁴³. On le voit, au stade du contrat initial, le contrat suivant unissant *Secundus* à *Tertius* n'est pas seulement futur, il est également virtuel. La question qui se pose alors est celle de savoir si les relations de partage peuvent être qualifiées de contrats aléatoires.

L'intérêt de cette interrogation n'est pas purement théorique et permet, en pratique, d'avancer sur le questionnement relatif à la nature de ces contrats. En effet, nous l'avons dit, les contrats aléatoires sont non seulement des contrats conclus à titre onéreux, mais également

¹²⁴³ L'aide en ligne présente sur le site de « Tempo – Lève la main » à destination des différents membres, explique comment répondre à une annonce, *en acceptant, ou en refusant*, la proposition d'un autre membre de la communauté. V. <https://tempoapp.fr/faq/>. L'annonceur n'est donc pas obligé du seul fait de la réponse à sa proposition.

des contrats synallagmatiques. Dès lors, si une telle qualification peut être retenue s'agissant des relations contractuelles qui nous préoccupent, il pourrait être nécessaire de reconnaître la nature synallagmatique des contrats de partage. Toutefois, avant de pouvoir formuler une quelconque réponse, il est nécessaire de s'entendre, plus précisément, sur les relations que l'on cherche à qualifier : est-ce la convention entre *Primus* et *Secundus* qui pourrait entrer dans la catégorie des contrats aléatoires ou celle unissant potentiellement les deux premiers avec *Tertius* ?

Il nous faudra d'emblée rejeter la possibilité que les différents contrats unilatéraux, unissant successivement les membres de la communauté, puissent recevoir une telle qualification. En premier lieu, un tel refus s'explique par la nature des contrats en cause qui, sans hésitation possible, doivent être qualifiés d'unilatéraux au regard des clefs de lecture traditionnelles. Cette première qualification, dont la véracité n'est plus à démontrer, est un argument d'autorité et écarte toute discussion sur une potentielle qualification en contrat aléatoire. Au demeurant, et il s'agit là du second argument tiré de l'observation pratique desdits contrats, la recherche d'un quelconque aléa au sein de ces relations unilatérales est parfaitement vaine. Il n'y a rien d'incertain dans la relation unissant *Primus* à *Secundus* : celui-ci s'engage à effectuer une prestation déterminée à l'égard de celui-là sans qu'aucun événement incertain n'influe sur le résultat économique de l'opération.

275. Le rejet de la qualification de contrat aléatoire pour les contrats synallagmatiques par agrégation – En revanche, la question est plus ardue s'agissant de la qualification du contrat synallagmatique par agrégation. Si l'on apprécie la relation dans sa globalité, il est évident que la deuxième partie de l'opération formant le contrat synallagmatique est incertaine lors de la réalisation de la première. Mais encore faudrait-il pouvoir déterminer, avec précision, à quel moment un tel contrat se formerait pour savoir si cette part d'incertitude peut caractériser un aléa, au sens juridique du terme. Si l'on considère que le contrat est formé au moment de la conclusion du premier rapport entre *Primus* et *Secundus*, il pourrait *a priori* revêtir une telle qualification puisqu'alors, un événement incertain, le rapport entre *Secundus* et *Tertius*, viendrait influencer le résultat économique final. *Secundus* court ainsi un risque en s'exécutant auprès de *Primus* dans la mesure où, au moment de la formation du contrat, il ne pourra être en mesure de déterminer, à l'avance, les avantages et les pertes qui résulteront de l'opération. Toutefois, un tel raisonnement se heurte rapidement à un obstacle de taille car il n'existe, en réalité, aucune réciprocité des risques. Dans ce cas de figure, le résultat de l'opération est incertain pour *Secundus* qui court à la fois un risque de gain et de perte. En revanche, *Primus*

est épargné par une telle incertitude, puisque le contrat prévoit la prestation à laquelle il a droit. Il ne court donc aucun risque et ce qu'il gagnera grâce à l'exécution de *Secundus* ne sera pas nécessairement perdu pour ce dernier, rien ne l'empêchant de retirer un avantage de l'opération. Le parallèle est alors rapidement établi avec les contrats de révélation de succession qui, bien que comportant une part d'aléa au sens courant du terme, ne peuvent être juridiquement qualifiés de la sorte. En pareille hypothèse, seul le généalogiste court effectivement un risque : celui d'échouer à retrouver les héritiers du *de cuius*. Et, s'il subit une perte, cela ne procurera aucun avantage aux héritiers. De tels contrats ne peuvent donc, en tout état de cause, être considérés comme aléatoires au sens de l'article 1108 alinéa 2¹²⁴⁴. La situation est identique en l'espèce et, par analogie, il nous faut rejeter le caractère aléatoire d'un tel contrat, à supposer qu'il puisse exister.

Si, au contraire, l'on considère que le contrat est formé après l'exécution du premier rapport unilatéral et lors de la conclusion du second, avec tous les obstacles théoriques qu'une telle solution suscite¹²⁴⁵, l'absence d'une quelconque réciprocité des risques fera, une fois de plus, barrage à la qualification de contrat aléatoire. En effet, cela ne modifie rien à la situation de Primus qui continue à ne courir aucun risque et, une fois encore, rien ne s'oppose à ce que, *in fine*, chaque contractant retire un avantage de l'opération.

276. Le caractère hypothétique et potestatif de la contrepartie : l'exclusion définitive du contrat synallagmatique par agrégation – Aucun des contrats passés dans le cadre des communautés ne peut donc recevoir la qualification de contrat aléatoire. Est-ce à dire, pour autant, que le caractère hypothétique et la part d'incertitude inhérente au partage ne peuvent être pris en compte lorsque l'on tente de saisir les contours juridiques de ces opérations ? Nous pensons qu'il est important de se garder d'une conclusion aussi hâtive. Certes, si la qualification de contrat aléatoire avait trouvé matière à s'appliquer, l'on aurait enfin eu un argument théorique permettant de justifier l'existence d'un contrat synallagmatique formé par

¹²⁴⁴ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 627, n°924. Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, n°96-14328, *Bull. civ. I*, n°168, p. 112, *RTD civ.* 1998, p. 901, obs. MESTRE J. ; *Défrénois* 1998, p. 1042, obs. DELEBECQUE Ph. Si le montant des honoraires des mandataires peut être réduit par les tribunaux, c'est à condition toutefois que le contrat en cause ne soit pas aléatoire (Civ. 17 avr. 1956, *Bull.* 1956, n°169, p. 137 ; Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1960, *Bull. civ. I*, n°471 : « qu'ayant ainsi constaté le caractère aléatoire du contrat [de révélation de succession], la Cour d'appel a décidé à bon droit qu'il ne pouvait être procédé à une réduction de la rémunération convenue »). Or, après avoir longtemps refusé la possibilité d'une telle réduction pour le contrat de révélation de succession eu égard à son caractère aléatoire, la Cour de cassation semble avoir opéré un revirement avec l'arrêt du 5 mai 1998 : en admettant le principe de la réduction pour les contrats susvisés, elle semble, dans le même temps, les avoir rejetés hors de la sphère des contrats aléatoires.

¹²⁴⁵ V. *supra*, n°259 et s.

l'agrégation de deux contrats unilatéraux. Néanmoins, le raisonnement ne peut être définitivement arrêté à ce stade et il importe de réfléchir, en pratique, aux conséquences du caractère hypothétique de la contrepartie.

On pourrait envisager de faire du versement de la contreprestation, une condition du contrat¹²⁴⁶, c'est-à-dire une « modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain »¹²⁴⁷. Ce procédé contractuel permet d'appréhender l'aléa¹²⁴⁸, autrement dit, « d'anticiper l'avenir en s'assurant contre ses aléas »¹²⁴⁹. Il s'agirait alors d'une condition suspensive dont l'accomplissement rend l'obligation pure et simple (art. 1304 al. 2 C. civ.). Ainsi, il ne pourrait y avoir de contrat synallagmatique qu'à la condition que *Secundus* obtienne effectivement une contreprestation de la part de *Tertius*. Toutefois, le raisonnement bute rapidement sur un nouveau point de tension : la prohibition des conditions potestatives¹²⁵⁰. La lettre du Code civil interdit qu'une obligation puisse être contractée sous une telle condition, en ce qu'elle « contredit [...] l'idée même d'engagement »¹²⁵¹, puisque sa réalisation dépend entièrement du bon vouloir de son débiteur. Les juges recherchent donc si l'acte que celui-ci doit accomplir, en vertu de la condition, est, ou non, à son entière discrétion¹²⁵². L'engagement sera alors nul « si le débiteur est seul maître de sa décision »¹²⁵³, comme l'a rappelé la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt, non publié, du 28 mai 2013¹²⁵⁴. Notons d'ailleurs que si l'évènement incertain dont dépend la réalisation du contrat est à la disposition de l'une des parties, il ne

¹²⁴⁶ Sur les rapports entre aléa et condition, V. MORIN A., *th. préc.*, p. 25 et s., n°38 et s.

¹²⁴⁷ CORNU G. (dir.), *V° « Condition », Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 224.

¹²⁴⁸ LAITHIER Y.-M., *art. préc.*, p. 7.

¹²⁴⁹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations, op. cit.*, p. 723, n°823.

¹²⁵⁰ La doctrine eut l'occasion, avant la réforme du droit des obligations, de distinguer les conditions simplement potestatives qui demeureraient valables, des conditions purement potestatives qui, au contraire, étaient frappées de nullité. V. GHESTIN J., « La notion de condition potestative », *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz - Litec, 1983, p. 243, spéc. n°3 et 4 pour une critique de cette distinction ; cependant, la nouvelle rédaction de l'article 1304-2 semble avoir abandonné cette distinction en restreignant la notion de condition potestative, aux seules conditions « dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » et qui étaient auparavant désignées par l'expression de conditions purement potestatives : TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *op. cit.*, p. 1410, n°1339 ; rapp., CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 705, n°773 ; les solutions traditionnelles quant aux sanctions des conditions potestatives sont toutefois maintenues par l'ordonnance : CABRILLAC R., *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours Dalloz, 2020, p. 348 et 349, n°385.

¹²⁵¹ TAISNE J.-J., *V° « Obligations conditionnelles », J.-Cl. Civil Code*, Synthèse 640, 2019 (actualisation : mai 2020), n°6.

¹²⁵² V. par ex. CA Toulouse, 12 avril 2019, n°17.05132, Juris-Data n°2019.007407 ; CA Versailles, 16 avril 2019, n°18.02964. Le Professeur Ghestin explique ainsi que l'obligation sera valable si elle ne dépend pas d'une « décision arbitraire du débiteur » : GHESTIN J., *art. préc.*, spéc. n°15 et s.

¹²⁵³ TAISNE J.-J., *art. préc.*, n°9.

¹²⁵⁴ Com. 28 mai 2013 ; CLAVIER J.-P., « Validité d'un contrat de cession d'un procédé inventif », *LEDPI 2013*, p. 5.

pourra pas non plus y avoir d'aléa au sens juridique¹²⁵⁵. Or, en l'espèce, il ne dépend que de *Secundus* de demander, ou non, le versement d'une contreprestation. Ainsi, le caractère synallagmatique du contrat formé par l'agrégation de deux contrats unilatéraux résulterait entièrement de l'attitude de *Secundus*. Et, si tant est que ce dernier demande effectivement une prestation à un autre membre de la communauté, encore faut-il que celui-ci accepte de s'exécuter pour que le contrat synallagmatique puisse théoriquement être formé. La conclusion du second contrat nécessaire à la formation du contrat final ne dépend donc pas de la réalisation d'éléments objectifs indépendants de la volonté des parties. Au contraire, il ne tient qu'à cette même volonté. Il paraît donc impossible de faire du versement d'une contreprestation une condition du contrat synallagmatique, puisque l'accomplissement de cette dernière est laissé à l'entière discrétion des parties.

Ainsi, au-delà de considérer l'incertitude de ces contrats comme un aléa au sens juridique, la formation d'un contrat synallagmatique paraît inenvisageable dans la mesure où *Secundus* pourra décider de ne jamais demander de contrepartie. Or, comment caractériser l'existence d'un tel contrat lorsque l'une de ses deux moitiés peut ne jamais être réclamée ? Il serait alors nécessaire d'attendre que chaque partie demande effectivement le paiement de la prestation exécutée. Toutefois, les rapports entre les contractants du partage étant, par définition, circulaires, tant que ceux-ci ne sortent pas de la communauté, il est particulièrement délicat de savoir si les relations entre eux ont été soldées. Il deviendrait alors quasiment impossible de qualifier certains contrats dans l'hypothèse où le créancier ne demanderait pas, dans un laps de temps relativement court, le paiement de sa créance. En ce cas, l'on voit mal comment tenir compte, en pratique, de la multiplicité des contrats passés chaque jour, s'il faut attendre, en permanence, le paiement effectif (celui-ci pouvant intervenir des jours, des mois, voire des années après l'exécution de la prestation), ou la sortie définitive de la communauté marquant, de fait, la fin des relations entre le membre sortant et les autres contractants.

En conséquence, le caractère impraticable d'une telle solution referme irrémédiablement la porte à l'hypothèse envisagée jusqu'ici consistant à s'interroger sur la possibilité, pour deux contrats unilatéraux de partage, d'être considérés globalement comme un contrat synallagmatique unique. Mais, puisque l'on bute, une fois encore, sur l'impossibilité de découvrir des obligations réciproques, bien qu'il ne s'agisse pas là du seul obstacle au

¹²⁵⁵ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 624, n°918.

rattachement des techniques de partage au domaine des contrats synallagmatiques, c'est sur le critère de la réciprocité qu'il convient de se focaliser.

Section 2 : La suppression du critère de réciprocité : une solution à rejeter

277. La délicate appréhension de la réciprocité – Si un certain nombre d'obstacles théoriques se sont érigés à l'encontre de la possibilité de qualifier les contrats de partage en contrats synallagmatiques, malgré l'inadaptation évidente de la qualification unilatérale au regard des conséquences pratiques du partage, il en est un qui revient régulièrement : la réciprocité des obligations. Or, comme l'explique le Professeur Serrand, « un clair-obscur trompeur baigne la réciprocité. Intuitivement chacun croit la connaître, avec cette force de l'évidence qui exclut toute définition. Mais, s'agit-il de l'analyser, la réciprocité devient floue, incertaine, évanescence. L'ambiguïté est accrue par la richesse même de la notion qui échappe au monopole d'une discipline »¹²⁵⁶. Prenant acte des difficultés posées par la réciprocité, et considérant qu'un tel critère est inefficace pour distinguer les contrats synallagmatiques des contrats unilatéraux, certains auteurs ont alors plaidé en faveur de sa suppression (§ 1). Peu convaincante, cette solution méritera toutefois d'être écartée. En effet, la réciprocité relève de l'essence même des conventions¹²⁵⁷, et ne peut donc être occultée dans le travail d'analyse d'une opération contractuelle. Ce constat, en permettant d'appréhender plus justement la nature des contrats synallagmatiques tels que le droit positif les conçoit, exclut définitivement la possibilité d'élargir la qualification de contrat synallagmatique aux contrats de partage (§ 2).

§ 1 : L'appréhension de la réciprocité des obligations ou l'impératif travail de définition

278. Les difficultés d'appréhension du critère de réciprocité – L'omniprésence de la réciprocité, loin d'en faciliter la compréhension, s'oppose à la possibilité d'en découvrir une seule et unique définition¹²⁵⁸. Il s'agit là d'une notion ancestrale, présente à travers la loi du Talion (« œil pour œil, dent pour dent »)¹²⁵⁹ dans le Code d'Hammurabi élaboré en 1730 avant

¹²⁵⁶ SERRAND P., *V° « Réciprocité »*, in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), coll. *Quadrige*, PUF, 2003, p. 1299.

¹²⁵⁷ SÉRIAUX A., *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 110, n°125.

¹²⁵⁸ Comme le souligne le Doyen Cornu, « la polysémie et l'ambiguïté sont d'irréductibles phénomènes du langage » : CORNU G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s., spéc. n°3. Sur la polysémie dans le langage juridique, V. CORNU G., *Linguistique juridique*, coll. *Domat droit privé*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2005, p. 88 et s., n°20 et s.

¹²⁵⁹ SERRAND P., *art. préc.*, spéc. p. 1230 ; HALPÉRIN J.-L., *Introduction au droit*, coll. *Séquences*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2019, p. 223 et 224.

J.-C.¹²⁶⁰, puis dans l'ensemble des droits de l'Antiquité, ainsi que dans la Bible, mais également chez Kant ou Hegel¹²⁶¹. On la retrouve, par ailleurs, en matière de droit international, où elle est intimement liée à l'égalité juridique entre les différents États¹²⁶². Cependant, l'un de ses domaines d'élection privilégiés demeure le droit des obligations et, plus précisément, le domaine du contrat où l'exception d'inexécution fait figure de parfaite illustration.

En application de l'article 1106, « le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres », alors qu'il doit être considéré comme unilatéral « lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci ». La lecture de cette disposition ne laisse subsister que peu de doutes sur le critère de référence permettant de distinguer ces deux types de contrats : la réciprocité. Toutefois, ce terme ayant plusieurs acceptions est un « polysème juridique »¹²⁶³. En effet, le vocabulaire juridique Capitant ne donne pas moins de quatre significations possibles au terme « réciproque »¹²⁶⁴, que l'on retrouve par ailleurs dans un grand nombre de dispositions du Code civil¹²⁶⁵. Au demeurant, celui-ci désigne des réalités diverses. Il est parfois utilisé pour exprimer « un rapport de réciprocité pur et simple », autrement dit de « bilatéralité objective », comme dans le cas des obligations liées au mariage ou des règles relatives aux libéralités entre époux (art. 207 C. civ. ; art. 1093 et s. C. civ.). Mais il peut également désigner un « rapport d'interdépendance, de corrélation » (c'était le cas de l'article 267 dans sa rédaction antérieure à la loi du 12 juillet 1975), ou être simplement redondant comme dans la définition du dépôt volontaire (art. 1921 C. civ.) ou des quasi-contrats (art. 1371 C. civ.)¹²⁶⁶. Il peut d'ailleurs arriver que l'on ne puisse comprendre le sens attaché à la réciprocité qu'en opérant une comparaison avec d'autres dispositions. C'est notamment le

¹²⁶⁰ FINET A., *Le Code de Hammurabi*, coll. Littérature ancienne du Proche-Orient, Les éditions du Cerf, 5^{ème} éd. revue et augmentée, 2004, p. 49 et s. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner le § 14 en application duquel, celui qui a volé l'enfant mineur d'un homme libre sera tué. V. également le § 195 selon lequel l'enfant ayant frappé son père se verra sectionner le poignet. Le § 196 affirme que celui qui a crevé l'œil d'un homme libre, aura lui aussi un œil crevé. De la même manière, celui qui a brisé l'os d'un homme libre aura également les os brisés (§ 197). S'il a cassé la dent d'un homme libre, on lui cassera alors une dent (§ 200), etc.

¹²⁶¹ HALPÉRIN J.-L., *op. cit.*, p. 224.

¹²⁶² C'est en se fondant sur l'idée de réciprocité que les États peuvent, lorsque l'un d'eux n'a pas respecté ses engagements, décider de suspendre, en « représailles », certains accords notamment : SERRAND P., *op. cit.* spéc. p. 1230.

¹²⁶³ *Ibid.*, spéc. n°8.

¹²⁶⁴ CORNU G. (dir.), *V° « Réciproque »*, *op. cit.*, p. 851 et 852 (mutuel, connexe, équivalent, respectif).

¹²⁶⁵ SIMON F.-L., « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.* 2006, p. 509, spéc. n°8, note 49. L'on retrouve les termes « réciproque » ou « réciproquement » au sein des articles 1589, 1921, 207, 968, 1093, 1095, 1434, 1102 anc., 1106 nouv., 1371, ou encore 1962 du Code civil.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, spéc. n°8, nbp 49.

cas de l'ancien article 1102 qui ne délivrait aucune indication sur la nature de la réciprocité¹²⁶⁷ et devait être interprété à la lumière de l'ancien article 1103¹²⁶⁸.

279. Une réciprocité matérielle – Plusieurs définitions peuvent alors être données au terme « réciproque », ce qui n'avance guère l'observateur quand il s'agit de découvrir le critère d'identification des contrats synallagmatiques. C'est donc vers la signification même de la notion qu'il convient de se tourner. Le *Dictionnaire de la culture juridique* identifie trois manières de comprendre cette dernière. Il serait ainsi possible de distinguer les réciprocités matérielle, formelle et d'application¹²⁶⁹. La réciprocité matérielle fait référence au contenu de l'engagement, dans lequel les obligations peuvent être interdépendantes, identiques ou équivalentes. La réciprocité formelle « repose sur les modalités d'entrée en vigueur d'un engagement »¹²⁷⁰ : les engagements internationaux sont ainsi considérés comme réciproques lorsque le dernier instrument de ratification a été déposé, autrement dit, lorsque toutes les parties ont confirmé la signature du traité. Or, si ces deux premières formes de réciprocité vont généralement de concert, il peut toutefois arriver qu'il y ait réciprocité formelle sans réciprocité matérielle¹²⁷¹. Enfin, la réciprocité d'application se fonde sur l'exécution, par chacune des parties, des obligations nées de leur engagement, sans tenir compte du contenu de celles-ci, ni des modalités d'entrée en vigueur de l'engagement. Il ne s'agit, alors, que de s'attacher à l'exécution des obligations des parties et c'est en ce sens que doit être compris l'article 55 *in fine* de la Constitution, rappelant la supériorité des traités internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés sur les lois internes, « sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »¹²⁷².

Nous délaïsserons alors ces deux derniers aspects pour nous concentrer sur la réciprocité matérielle qui, seule, s'intéresse à la nature des différentes obligations nées du contrat. Or, il est particulièrement délicat de déterminer dans quelle mesure, les obligations en question

¹²⁶⁷ HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, p. 7.

¹²⁶⁸ Le Doyen Cornu expliquait que « l'intelligence d'un article ressort d'emblée en général du lien qui l'unit à celui qui le précède ou (et) à celui qui le suit » : CORNU G., *Linguistique juridique, op. cit.*, p. 297, n°76 ; or, l'article 1103 ancien affirmant que le contrat est unilatéral lorsque l'une des parties ne supporte aucun engagement à l'égard de l'autre, il semble que le terme « réciproquement » de l'ancien article 1102 renvoie à l'existence d'obligations à la charge de chacune des parties.

¹²⁶⁹ SERRAND P., *art. préc.*, spéc. p. 1300.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, spéc. p. 1301.

¹²⁷¹ C'est le cas d'un traité international qui ne prévoirait d'obligations qu'à la charge d'un État. Il n'y aura donc aucune interdépendance ou équivalence des obligations (et encore moins d'obligations identiques). En revanche, un tel traité ne pourra entrer en vigueur qu'après avoir été ratifié par tous les États signataires. L'on ne pourra donc déceler qu'une réciprocité formelle à défaut de réciprocité matérielle : SERRAND P., *art. préc.*, spéc. p. 1301.

¹²⁷² *Ibid.*, spéc. p. 1301 et 1302.

doivent être considérées comme étant matériellement réciproques puisqu'entrent en ligne de compte des motivations « extra-juridiques » : le contrat peut être plus ou moins déséquilibré si l'une des parties est animée d'une certaine part d'intention libérale. Et, cette volonté apparemment désintéressée peut se transformer en « véritable volonté de contreprestation » et, dans ce cas, il faudra réussir à déterminer « le point exact à partir duquel l'avantage ne sera plus vraiment une libéralité, pour devenir un engagement réciproque, parce que tel intérêt extra-juridique pourra apparaître comme le prix véritable de l'engagement »¹²⁷³. Il se peut, en outre, que la réciprocité matérielle ne puisse s'apprécier qu'en ayant une vision d'ensemble des relations entre les parties, lorsque les prestations et contreprestations ne sont pas effectuées en un trait de temps et prennent racine dans des engagements différents. Quoi qu'il en soit, afin de déterminer avec la plus grande précision possible, le critère d'identification des contrats synallagmatiques, c'est vers cette acception de la réciprocité qu'il convient de se tourner. Toutefois, cette dernière doit être, de nouveau, subdivisée en trois catégories.

280. La réciprocité interdépendante comme critère d'identification des contrats synallagmatiques – La réciprocité matérielle peut être interdépendante, identique ou équivalente¹²⁷⁴. Elle sera identique lorsque chacune des parties devra réaliser la même chose que son cocontractant, en vertu des obligations nées de l'engagement. Elle sera, en revanche, équivalente lorsque lesdites obligations supportées par les parties ne seront pas strictement identiques mais imposeront des prestations considérées par les parties comme équivalentes. Cela nécessitera, alors, qu'elles soient, à tout le moins, proportionnées afin d'éviter l'existence d'un déséquilibre structurel trop important qui viendrait contredire, dans les faits, l'existence réelle d'obligations à la charge de chacune des parties. Il s'agit là, classiquement, de la manière actuelle d'apprécier la contrepartie au sein des contrats à titre onéreux, les parties devant simplement s'accorder sur la réalisation de prestations et de contreprestations qui, à leurs yeux, sont considérées comme étant équilibrées¹²⁷⁵. Enfin, la réciprocité sera interdépendante lorsque les obligations nées de l'engagement seront « corrélatives », celles-ci dépendant respectivement les unes des autres¹²⁷⁶. Or, s'agissant de ce qui intéresse spécifiquement ces quelques développements, à savoir l'identification d'un critère permettant de distinguer un contrat synallagmatique d'un contrat unilatéral, c'est tout particulièrement cette réciprocité

¹²⁷³ *Ibid.*, spéc. p. 1302.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, spéc. p. 1300 et 1301.

¹²⁷⁵ *V. supra*, n°94 et s.

¹²⁷⁶ SERRAND P., *art. préc.*, spéc. p. 1300.

interdépendante qu'il convient de mettre en œuvre. En effet, c'est en ce sens que doit être compris l'ancien article 1102 du Code civil et le nouvel article 1106 alinéa 1^{er} dont la formulation est demeurée quasiment inchangée¹²⁷⁷ : « de tels contrats n'ont de vie qu'en fonction des contreparties qui doivent intervenir car lorsque la contrepartie fait défaut, l'obligation perd sa cause [sa raison d'être dirons-nous aujourd'hui] et le contrat est anéanti »¹²⁷⁸. En opposant l'engagement réciproque des contractants les uns à l'égard des autres, à celui d'une seule des parties en l'absence d'engagement de son cocontractant, le Code civil aurait fait de « l'unilatéralité obligationnelle, c'est-à-dire [de] l'existence d'obligations à la charge d'une seule partie », le critère d'identification des contrats unilatéraux¹²⁷⁹. À l'inverse, le contrat serait synallagmatique lorsque l'on serait en mesure de déceler l'existence d'une « bilatéralité objective entre les obligations nées d'un même contrat »¹²⁸⁰.

§ 2 : Le caractère essentiel du critère de réciprocité

281. La nécessité d'affiner l'appréhension de la réciprocité – Si certains auteurs ont pu plaider en faveur d'une suppression du critère de réciprocité pour distinguer les contrats synallagmatiques des contrats unilatéraux (A), il nous semble toutefois nécessaire de conserver cet élément d'identification, rejetant irrémédiablement les contrats de partage dans la catégorie des contrats unilatéraux (B).

A. La remise en cause de l'utilité du critère de réciprocité

282. La difficulté soulevée par l'existence d'obligations éventuelles – Dans son étude sur la spécificité du contrat unilatéral, Monsieur Simon se donne pour objectif de démontrer l'insuffisance des critères utilisés traditionnellement pour identifier le contrat synallagmatique et le distinguer du contrat unilatéral. L'auteur fait tout d'abord remarquer que, dans bon nombre de situations, des obligations à la charge du créancier qui, au départ, n'en supportait aucune, naissent au cours de l'exécution du contrat. Les exemples sont effectivement abondants. L'on pense notamment à l'obligation pesant sur le créancier d'un contrat unilatéral type

¹²⁷⁷ La seule modification apportée à la définition du contrat synallagmatique réside dans la suppression de la précision selon laquelle le contrat était, lorsque des obligations réciproques pesaient sur chacune des parties, synallagmatique ou « bilatéral ».

¹²⁷⁸ SERRAND P., *art. préc.*, spéc. p. 1300.

¹²⁷⁹ SIMON F.-L., *art. préc.*, spéc. n°8.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, spéc. n°8.

commodat¹²⁸¹, dépôt¹²⁸², ou gage, de rembourser, sous certaines conditions, les dépenses utiles effectuées par le débiteur pour la conservation de la chose, ou les frais engagés par le mandataire¹²⁸³ pour la réalisation de sa mission et les pertes subies à l'occasion de celle-ci¹²⁸⁴. Ces obligations sont qualifiées d'éventuelles¹²⁸⁵ et, si les auteurs ne semblent désormais que très peu s'intéresser à la question, la doctrine classique estimait, pour sa part, que de telles obligations n'avaient aucunement le pouvoir de modifier la nature unilatérale du contrat, celles-ci n'étant pas réciproques aux obligations nées dès la conclusion de ce dernier¹²⁸⁶. Ainsi, le critère de la réciprocité faisant défaut, la naissance de telles obligations n'aurait aucune influence sur la qualification du contrat. Nous aurons reconnu, ici, le débat relatif aux contrats synallagmatiques imparfaits¹²⁸⁷ sur lequel il n'est pas nécessaire de revenir dans ces développements.

283. La problématique liée à la découverte d'obligations secondaires – Ensuite, Monsieur Simon souligne la difficulté posée par l'existence, dans les contrats classiquement présentés comme unilatéraux, d'obligations secondaires qui viennent s'adjoindre aux obligations principales. Sont notamment visées, les obligations découvertes par le juge en dehors de ce que les parties ont contractuellement prévu. Rappelons, en effet, que les magistrats ont, dans de nombreux contrats, mis des obligations supplémentaires à la charge de l'une ou l'autre des parties, notamment en matière de contrat de transport où la Cour de cassation a inséré une obligation de sécurité¹²⁸⁸ : c'est ce que l'on désigne couramment par l'expression de « forçage

¹²⁸¹ Sur l'obligation de remboursement des dépenses de l'emprunteur en matière de prêt à usage V. COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 533, n°604.

¹²⁸² Sur les obligations sur déposant à l'égard du dépositaire, V. COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 791, n°800 et p. 801, n°808.

¹²⁸³ S'agissant de l'obligation de remboursement du mandant à l'égard du mandataire, V. COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 582 et 583, n°644 ; PÉTEL Ph., *Le contrat de mandat*, Dalloz, coll. connaissances du droit, 1994, p. 66 et 67.

¹²⁸⁴ Art. 1890 C. civ. s'agissant du commodat ; art. 1947 C. civ. pour le dépôt ; art. 1999 et 2000 C. civ. s'agissant du mandat ; art. 2080 al. 2 pour le gage.

¹²⁸⁵ V. par ex, à propos de l'obligation de remboursement pesant sur le déposant et le mandat : BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat-Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 36, n°21. De manière générale sur les obligations pesant sur le mandant, le prêteur ou le déposant V. LAROMBIÈRE L., *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand, 1857, p. 22, n°2.

¹²⁸⁶ V. par ex. BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *op. cit.*, p. 8 et s., n°11.

¹²⁸⁷ Sur ce point V. *supra*, n°229 et s.

¹²⁸⁸ Civ. 21 nov. 1911, *Cie Générale Transatlantique*, DP 1913. I. 249, note SARRUT L. ; S. 1912. I. 73, note LYON-CAEN C. ; JOSSERAND L., « Le contrat dirigé », *D.* 1933, chron. 89 ; JOSSERAND L., « L'essor moderne du concept contractuel », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1977, p. 333 et s., spéc. p. 340 et s. ; DURRY G., « Les obligations de sécurité portant sur la personne du contractant », *RTD civ.* 1977, p. 323 ; HALPÉRIN J.-L., « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1176, n° du 23 sept. 1997 ; BLOUGH R., *Le forçage, du contrat à la théorie*

du contrat »¹²⁸⁹. L'on explique alors que le juge ne fait que découvrir des obligations implicites en interprétant le contrat, celles-ci découlant, pour la plupart, de l'exigence de bonne foi¹²⁹⁰. Cette interprétation permettrait, ainsi, de rechercher ce que fut la commune intention des parties et, *de facto*, de respecter leur volonté réelle qui ne pourrait se limiter à la seule volonté déclarée¹²⁹¹. En réalité, nombreux sont les auteurs ne manquant pas de souligner l'hypocrisie d'une telle justification¹²⁹² : il s'agit, *in fine*, d'ajouter aux contrats, des obligations que les parties n'ont ni envisagées, ni même parfois souhaitées¹²⁹³.

Quoi qu'il en soit, un grand nombre d'obligations secondaires font désormais partie du paysage contractuel suite à l'intervention du juge dans le contrat et, parfois, du législateur. Cette

générale, préf. D. Fenouillet, PUAM, 2011, p. 75, n°78 et s ; GUIDERDONI B., *Le forçage du contrat par le juge*, Th. Caen, 2002, p. 19 et s., n°27 et s ; HOCQUET-BERG S., « Le fabuleux destin de l'obligation de sécurité », *RCA* 2019, doss. 4.

¹²⁸⁹ Le Doyen Josserand est le premier à avoir utilisé l'expression de « forçage », notamment pour parler du « phénomène d'amplification du contenu contractuel » : BLOUGH R., *th. préc.*, p. 13 et s., n°1 et s., spéc. n°3 ; JOSSERAND L., « Le contrat dirigé », *art. préc. chron.* 89, spéc. n°II ; LEVENEUR L., « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* 1998, p. 69.

¹²⁹⁰ V. not. VOUIN R., *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1939, p. 70 et s., n°45 et s ; JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005, p. 415 et s., n°204 et s. GUIDERDONI B., *Le forçage du contrat par le juge*, Th. Caen, 2002, p. 218 et s., n°238 et s.

¹²⁹¹ VOUIN R., *th. préc.*, p. 71 et s., n°46 à 48 ; GUIDERDONI B., *th. préc.*, p. 352 et s., n°382 et s.

¹²⁹² Sur le débat doctrinal V. VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., *Les conditions de la responsabilité*, coll. Traité de droit civil, LGDJ-Lextenso éditions, 3^{ème} éd., 2006, p. 495 et s., n° 514 et s. V. également LEVENEUR L., « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* 1998, p. 69, spéc. p. 70. Pour le Professeur Jacques, l'obligation qu'il nomme « complétive » et qui découle de l'ancien article 1135, « ne procède pas de la volonté des parties et [...] ne saurait être tenue pour exprimée par elles » : JACQUES Ph., *th. préc.*, p. 415 et s., n°204 et s. ; pour le Doyen Carbonnier, « c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s. » : CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue 2000, p. 520, n°295.

¹²⁹³ V. not. LEVENEUR L., *art. préc.*, spéc. p.72. L'auteur souligne le fait que les parties n'ont généralement pas souhaité stipuler de telles obligations. Gounot sera le premier, en 1912, à dénoncer le recours à la volonté des parties comme justification au travail de la jurisprudence, cette soi-disant volonté étant bien souvent fictive : GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. Dijon, 1912, p. 210 et s. ; MALAURIE Ph., AYNÈS L., et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 420, n°447. Il faudrait ainsi fonder la découverte de ces obligations, non pas sur une volonté qui n'a jamais été exprimée, mais sur les notions d'« équité » ou de « justice sociale » (GOUNOT E., *th. préc.*, p. 214). Josserand, quant à lui, qualifiera la volonté des parties de souscrire à l'obligation de sécurité en matière de contrat de transport « d'hypothétique et divinatoire », cette dernière n'ayant « sincèrement rien de conventionnel ». Pour l'éminent juriste, il s'agit là d'une obligation légale ou, plus précisément, jurisprudentielle, « que le juge insère de vive force dans le contrat ». Un tel résultat ne serait donc obtenu « qu'au prix d'un artifice et d'une fiction » : JOSSERAND L., *Cours de droit civil français*, t. II, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats réels de droit civil, les sûretés*, 3^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, 1939, p. 297, n°491 ; pour une critique de l'opinion de Josserand, V. JACQUES Ph., *th. préc.*, p. 446 et s., n°222. Dès lors, « on retient, non pas la volonté effective des parties, mais bien celle qu'elles auraient dû avoir : on fait du socialisme juridique, du dirigisme contractuel » : JOSSERAND L., « Le contrat dirigé », *D.* 1933 *chron.* 89, spéc. n°II. Josserand ne critique toutefois pas le but recherché par les magistrats lors de la découverte de telles obligations. En revanche, il critique avec force l'idée selon laquelle lesdites obligations auraient un caractère contractuel et découleraient de la volonté des parties. Pour celui-ci, un tel forçage serait « la négation même de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle » ; dans le même sens, V. JOSSERAND L., « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*, spéc. p. 345 et 346.

obligation générale de coopération¹²⁹⁴, qui consiste notamment à exécuter les stipulations contractuelles en se « rendant utile à son cocontractant »¹²⁹⁵, et en facilitant l'exécution du débiteur¹²⁹⁶, se retrouve dans bien des domaines. La Cour de cassation a notamment eu l'occasion de donner un brevet de conformité à la condition suspensive d'un accord résolutoire en matière de bail rural, en ce qu'elle constituait, « au sens de l'article 1135 [anc.] du Code civil, une suite évidente et naturelle de l'accord »¹²⁹⁷. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut évoquer le contrat de cautionnement qui illustre ce mouvement d'amplification contractuelle. L'on citera, notamment, l'obligation faite au créancier d'agir en temps utile¹²⁹⁸. S'agissant du contrat de mandat, l'on mentionnera l'obligation faite au mandant de mettre le mandataire en mesure d'exécuter sa mission¹²⁹⁹. Le prêteur est, quant à lui, tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de l'emprunteur¹³⁰⁰, lorsqu'en matière de pourparlers, bien que les parties conservent une entière liberté s'agissant de la conclusion du contrat, celles-ci doivent tout de même se garder de rompre, de manière déloyale, les négociations¹³⁰¹. L'on peut encore mentionner l'obligation pesant sur le prêteur à usage de garantir l'emprunteur contre l'éviction (art. 1888 C. civ.), ou l'obligation de l'établissement de crédit ou de la société de financement, d'informer annuellement la caution, notamment du montant du principal, des intérêts, et des frais et accessoires restant à courir (art. L.313-22 C. mon. et fin.).

Ce type d'obligations « secondaires » se retrouvent tant en matière de contrats synallagmatiques, l'hypothèse ne posant alors aucune difficulté s'agissant d'une potentielle requalification des contrats en question, qu'en matière de contrats unilatéraux¹³⁰². Il s'agit, au demeurant, de contrats intrinsèquement déséquilibrés dans lesquels l'une des parties a bien souvent un « droit de vie ou de mort sur le contrat », et doit alors « user de ses prérogatives

¹²⁹⁴ SIMON F.-L., *art. préc.*, spéc. n°10.

¹²⁹⁵ PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G 1998* doctr. 3318, spéc. n°1.

¹²⁹⁶ *Ibid.* spéc. n°15.

¹²⁹⁷ Civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n°08.18559, SEUBE J.-B., « Quand l'article 1135 du Code civil met à jour une condition », *RDC 2010*, p. 670.

¹²⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 16 juil. 1998, n°96.17476 ; FAGES B., « L'obligation d'agir en temps utile afin de limiter la dette de la caution », *JCP G 1999*. II. 10000. En l'espèce, la Cour n'a pas directement sollicité l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et a préféré affirmer une obligation, pour le créancier, d'agir en temps utile.

¹²⁹⁹ PÉTEL Ph., *Le contrat de mandat*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1994, p. 65

¹³⁰⁰ ATTARD J., *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique ?*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 1999, p. 115 et s., n°126 et s.

¹³⁰¹ Com., 26 nov. 2003, n°00.10243, CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., et CHÉNÉDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, coll. Grands arrêts, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 1 et s., n°142. Cette obligation est désormais explicitement prévue dans le Code civil, à l'article 1112.

¹³⁰² FAGES B., *art. préc.* spéc. n°4 : « les contrats unilatéraux, bien que ne mettant que des obligations principales qu'à la charge de l'un des contractants, n'en demeurent pas moins des conventions unissant deux parties dont on est en droit d'attendre, de l'une comme de l'autre, qu'elles se comportent de bonne foi ».

conformément à l'exigence de bonne foi »¹³⁰³. Or, en la matière, l'existence de pareilles obligations pourrait affecter le caractère unilatéral des contrats. Bien que les auteurs considèrent majoritairement que la présence de telles obligations secondaires n'affecterait pas la nature unilatérale des conventions¹³⁰⁴, ou s'interrogent sur ce point à l'instar du Doyen Carbonnier¹³⁰⁵, une position inverse peut toutefois être soutenue. Monsieur Simon s'inscrit alors en faux contre la proposition selon laquelle les obligations secondaires seraient neutres quant à la qualification du contrat. Selon lui, le critère de réciprocité dont dépend la nature synallagmatique des contrats n'invite pas à distinguer selon le caractère principal ou secondaire des obligations¹³⁰⁶. Ainsi, de telles obligations devraient être considérées comme étant réciproques des obligations principales du contrat dont on cherche à saisir la véritable nature.

284. L'utilisation du critère de réciprocité ou la disparition inévitable des contrats unilatéraux – C'est justement là que le bât blesse. Les observations précédentes effectuées par Monsieur Simon s'agissant des obligations éventuelles ou secondaires le conduisent à rejeter le critère de réciprocité pour qualifier un contrat synallagmatique et ainsi le différencier d'un contrat unilatéral. Selon l'auteur, ce critère serait, en réalité, inefficace voire préjudiciable à la distinction opposant les deux catégories de contrats. Pour comprendre la critique, il faut effectivement reconnaître, avec Monsieur Simon, que « dans tout contrat unilatéral, le créancier de l'obligation principale est toujours débiteur d'un nombre irréductible d'obligations »¹³⁰⁷. Dès lors, l'usage du critère de réciprocité serait vide de sens puisque, toutes les obligations naissant du contrat ayant effectivement vocation à être réciproques, que celles-ci soient éventuelles ou certaines, principales ou secondaires, il existerait, dans chaque contrat, un

¹³⁰³ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz - PUF - Juris-classeur, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 613, n°11.

¹³⁰⁴ SIMLER Ph., *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, coll. Traité, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015, p. 438, n°427 ; SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph., *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, coll. Traité, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015, p. 52, n°58 ; SEUBE J.-B., *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours Dalloz, 2018, p. 20, n°31.

¹³⁰⁵ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., p. 58, n°19. Le Doyen Carbonnier s'interroge sur l'influence des obligations accessoires sur la nature synallagmatique ou unilatérale des contrats. Il reconnaît que la présence d'une telle obligation peut rendre le contrat synallagmatique, notamment en matière de promesse de vente lorsqu'un débit est prévu à la charge du bénéficiaire (Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1968, Dame veuve Chagnet, *JCP G* 1968. I. 15477). Toutefois, sans donner une réponse ferme et définitive, l'auteur se demande si la réciprocité de l'article 1102 doit s'entendre comme visant également ce type d'obligations. V. également ATTARD J., *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique ?*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 1999, p. 181 et s., n°208 et s.

¹³⁰⁶ SIMON F.-L., art. préc., spéc. n°10 : « l'idée même de réciprocité est indifférente à l'intensité des obligations en présence et il existe non une différence de nature entre les obligations prétendues principales et secondaires, mais, tout au plus, une différence de degré ».

¹³⁰⁷ *Ibid.*, spéc. n°12.

créancier et un débiteur¹³⁰⁸. Ainsi, ce critère conduirait à effacer, de manière inéluctable, la catégorie des contrats unilatéraux. L'on serait en effet incapable de mettre au jour des contrats où chaque partie ne dispose que d'une seule et unique qualité : débiteur ou créancier. Or, si comme une partie de la doctrine, nous ne pouvons qu'être en accord avec le constat selon lequel il peut exister des obligations à la charge du créancier au sein des contrats unilatéraux¹³⁰⁹, comme une obligation d'information, de renseignement, *etc.*, nous ne pensons pas qu'il soit opportun d'en tirer des conséquences aussi radicales quant à l'utilité du critère de réciprocité en le considérant comme « inopérant »¹³¹⁰.

B. Une conclusion erronée dictée par une compréhension biaisée de la réciprocité

285. Le faux débat concernant les obligations éventuelles – Il ne suffit pas de conclure à la prise en compte, par la réciprocité, des obligations éventuelles, pour en déduire l'inutilité du critère. Il existe, effectivement, des obligations éventuelles dans un grand nombre de contrats initialement conçus comme étant unilatéraux. C'est notamment le cas de l'obligation de rembourser les dépenses effectuées par le débiteur, lorsque celles-ci se sont avérées nécessaires à la conservation de la chose ou à l'exécution de la mission. Toutefois, Monsieur Simon semble considérer, de manière générale, que l'opinion doctrinale cantonnerait les contrats en question et, plus précisément, les contrats synallagmatiques imparfaits, au domaine des contrats unilatéraux. Toutefois, sans revenir sur le débat autour de la nature des contrats synallagmatiques imparfaits, rappelons simplement que l'opinion doctrinale sur laquelle se fonde Monsieur Simon paraît aujourd'hui largement décadente. La majorité des auteurs admet désormais que ces contrats rejoignent la catégorie des contrats synallagmatiques, bien qu'ils ne soient que partiellement soumis au régime juridique afférant¹³¹¹ : les obligations éventuelles nées au cours de l'exécution du contrat¹³¹², à l'instar des obligations pesant sur le mandant et le déposant de rembourser, à leur cocontractant, les frais engagés dans leur intérêt, sont, à n'en pas douter, des obligations réciproques eu égard à celles nées de la volonté des parties lors de

¹³⁰⁸ Pour M. Simon, « au regard de la réciprocité, chaque contractant est donc à la fois créancier et débiteur » : *Ibid.*, spéc. n°12.

¹³⁰⁹ NAJJAR I., « La consécration de l'"ensemble contractuel" », note sous Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, *D.* 2004, p. 657 et s., spéc. n°1. L'auteur explique ainsi que la définition du contrat unilatéral donnée par le Code civil doit être « nuancée puisqu'il peut engendrer des obligations correspondantes à la charge de toutes les parties ».

¹³¹⁰ SIMON F.-L., « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.* 2006, p. 209 et s. spéc. n°9 et s.

¹³¹¹ Sur ce point, V. *supra*, n°232.

¹³¹² Sur la nécessité d'intégrer les obligations éventuelles dans le contrat V. LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, coll. Corpus Droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 137 et 138, n°166.

la conclusion du contrat¹³¹³. Toutes les parties sont effectivement créancières et débitrices des obligations pesant sur chacune d'entre elles. Dès l'instant où le mandataire engage des frais utiles à l'exécution de sa mission, une créance naît à son profit et le mandant est alors dans l'obligation de les rembourser : il devient, de fait, débiteur de son propre débiteur.

Au demeurant, seule l'exécution de ces obligations est réellement éventuelle et dépendra, ou non, de la réalisation de l'évènement donnant lieu à l'obligation de remboursement. Rien n'interdit, en effet, de considérer que, lors de la rencontre des volontés, les contractants s'engagent à exécuter toutes les obligations nées de leur relation contractuelle, qu'il s'agisse des obligations présentes et immédiates, ou de celles susceptibles d'exécution en cas de réalisation d'un évènement incertain. En ce sens, le mandant ou le déposant consentirait, au moins tacitement, à rembourser à leur cocontractant les frais engagés. Il ne s'agirait alors que du corollaire de l'engagement du mandataire et du déposant, qui acceptent d'agir au nom et pour le compte du mandant, ou de conserver la chose du déposant, à condition toutefois de ne pas s'appauvrir à leur profit¹³¹⁴. Dans le cas contraire, l'on voit mal pourquoi ces derniers accepteraient la charge qui leur est confiée, à moins de pouvoir déceler une quelconque intention libérale et de requalifier l'acte en libéralité s'agissant des frais non remboursés. Or, en pratique, les parties ayant recours à ces formes contractuelles demanderont effectivement le remboursement des frais supportés. Il faudrait donc considérer que « le cocontractant ne s'engage pas à éventuellement exécuter son obligation, il s'engage assurément à l'exécuter dans l'éventualité où la condition qui affecte son obligation se réaliserait »¹³¹⁵. Les contrats en cause, qu'il s'agisse du mandat, du dépôt, mais également du gage, donneraient ainsi naissance, dès leur conclusion, à une obligation de couverture¹³¹⁶.

Le caractère éventuel des obligations ne doit donc pas faire obstacle à la reconnaissance d'un contrat synallagmatique, certes imparfait, mais caractérisé par la présence d'obligations réciproques¹³¹⁷. Une Cour d'appel a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer, dans un arrêt précité,

¹³¹³ *Ibid.*, p. 135 et s., n°164 et 166.

¹³¹⁴ En ce sens, les Professeurs Larroumet et Bros estiment qu'il faut admettre que « dès la conclusion du contrat, les parties sont censées avoir envisagé, à côté de l'obligation principale et actuelle du mandataire ou du dépositaire, des obligations éventuelles tant à la charge de celui-ci (exposer les frais nécessaires pour l'accomplissement du mandat ou la conservation de la chose) qu'à celle du mandant ou du déposant (rembourser ces frais) ». Ainsi, ces obligations ne devraient pas être rejetées en dehors de la sphère contractuelle car elles sont, dès l'origine, un élément essentiel des rapports contractuels. V. LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 138, n°166.

¹³¹⁵ SIMON F.-L., *art. préc.*, n°9.

¹³¹⁶ S'agissant du mandat V. MOULY C., *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairie techniques, 1979, p. 321 et 322, n°253.

¹³¹⁷ Certains auteurs reconnaissent le caractère synallagmatique du dépôt, du mandat, *etc.* avant que le Code civil et les glossateurs n'opèrent un rétrécissement de la conception du contrat synallagmatique. C'est notamment le cas de Pothier. V. à propos du dépôt : POTHIER R.-J. par DUPIN M., *Oeuvres de Pothier contenant les Traités du droit*

le caractère synallagmatique imparfait du gage en refusant de lui appliquer l'article 1326 ancien du Code civil (en vigueur jusqu'au 14 mars 2000) et applicable aux seuls engagements unilatéraux, tout en reconnaissant l'existence d'obligations bilatérales¹³¹⁸. Or, de fait, si l'on admet le caractère synallagmatique, au moins à titre imparfait, s'agissant des contrats donnant naissance à des obligations éventuelles, cela signifie que la réciprocité inhérente auxdits contrats s'accommode parfaitement de telles obligations.

286. L'erreur d'appréciation quant à la question des obligations secondaires – Le deuxième argument évoqué par Monsieur Simon paraît, en revanche, plus délicat à rejeter. Il existe, effectivement, des obligations pesant sur chacune des parties, qu'il s'agisse du débiteur, mais également du créancier qui, par principe, ne supporte la charge d'aucune obligation au sein d'un contrat unilatéral. Cependant, les obligations mentionnées par l'auteur ne peuvent, selon nous, prendre part à la constitution d'un contrat synallagmatique. Il faut alors souligner l'importance de différencier la définition « lexicale », de la définition juridique venant, quant à elle « privilégie[r] un sens parmi d'autres »¹³¹⁹. S'agissant de la qualification de contrats synallagmatiques, c'est au sens de « réciprocité interdépendante » qu'il convient de comprendre ce critère de distinction. S'il existe une certaine réciprocité entre les obligations secondaires et principales, il ne s'agit pas, loin s'en faut, de la réciprocité caractéristique des contrats synallagmatiques. Il importe ainsi de bien comprendre ce que cette notion recouvre lorsqu'elle est utilisée pour décrire les différentes obligations formant un contrat synallagmatique : des obligations doivent exister à la charge de chacune des parties mais, pour que celles-ci puissent effectivement être considérées comme réciproques au sens de l'article 1106 alinéa 1, elles doivent également être interdépendantes¹³²⁰. Autrement dit, la réciprocité dont il est ici question

français, t. 4, Béchét Ainé, 1824, p. 159 et s., n°21. S'agissant du mandat, V. p. 208, n°5 ; s'agissant du nantissement, V. POTHIER R.-J. par DUPIN M, *Oeuvres de Pothier contenant les Traités du droit français*, t. 8, Béchét Ainé, 1825, p. 609, n°14 ; S'agissant des auteurs écrivant postérieurement à l'adoption du Code civil, l'on peut citer Larombière qui reprend, en substance, les idées de Pothier. De manière générale s'agissant du mandat, du dépôt ou du prêt, V. LAROMBIÈRE L., *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand, 1857, p. 22, n°2.

¹³¹⁸ CA COLMAR, 12 NOV. 1993, INÉDIT, JURISDATA N°1993-051697.

¹³¹⁹ CORNU G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s., spéc. n°3.

¹³²⁰ L'erreur de M. Simon se situe visiblement sur ce point. Il détache, en effet, la réciprocité de l'interdépendance en traitant les deux critères de manière séparée : SIMON F. L., *art. préc.*, spéc. n°13 et 14. Certes, il s'agit là de deux éléments distincts. La réciprocité suppose la présence d'une prestation justifiée par l'existence d'une contreprestation lorsque l'interdépendance désigne le « lien spécifique qui, dans les contrats synallagmatiques, fait dépendre l'exécution par une partie de son obligation envers l'autre, de l'exécution réciproque par celle-ci de son obligation envers la première, de telle sorte que l'inexécution de l'une rend sans cause l'obligation qui en est la contrepartie » : CORNU G. (dir.), *V° « Interdépendance », Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 558. Toutefois, lorsqu'il s'agit de comprendre la notion de réciprocité comme critère d'identification des contrats unilatéraux, il semble nécessaire de la comprendre au sens de « réciprocité interdépendante » : les obligations découlent les unes

implique que chacune des parties supporte la charge d'une ou plusieurs obligations dont la raison d'être est l'existence même des obligations pesant sur le cocontractant. Une partie n'accepte donc de s'engager, qu'en considération des obligations supportées par l'autre. Dès lors, peu importe qu'effectivement, des obligations secondaires puissent être découvertes dans tous les contrats unilatéraux : le devoir de collaboration et les différentes obligations en découlant, dont l'obligation de loyauté ou de bonne foi, ne transforment pas ces engagements en contrats synallagmatiques, puisque ce n'est pas en considération de ces dernières que chacune des parties accepte de s'engager. Ainsi, lorsque le mandat est conclu à titre gratuit, le mandataire qui ne perçoit aucun salaire ne s'engage pas à exécuter une mission au nom et pour le compte du mandat car celui-ci a l'obligation de faciliter sa mission. De manière identique, l'on ne peut considérer que la caution accepte de garantir une dette à l'égard du créancier puisque ce dernier a l'obligation d'agir en temps utile ou, de manière plus générale, doit faire preuve de loyauté et de bonne foi dans les relations l'unissant à la caution. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer que les diverses obligations mises à la charge du créancier professionnel, à savoir l'obligation d'information de la caution du montant de la dette, des incidents de paiement, *etc.*, ne constituaient que des « obligations légales [...] et *non la contrepartie de l'obligation de la caution* »¹³²¹. Une conclusion inverse n'aurait que peu de sens : les obligations secondaires n'expliquent, à aucun moment, la raison d'être de l'engagement des parties. Or, puisque l'on ne peut découvrir de réciprocité interdépendante entre celles-ci et les obligations principales, il est inutile de condamner le critère de la réciprocité comme élément distinctif des contrats unilatéraux. Celui-ci demeure non pas utile, mais indispensable, à condition, toutefois, d'être convenablement interprété.

287. L'utilité du critère de réciprocité : l'exigence d'une prestation expliquée par la présence d'une contreprestation – Contrairement aux explications de Monsieur Simon, il nous semble donc nécessaire de conserver le critère de réciprocité afin d'identifier les contrats synallagmatiques et les démarquer des contrats unilatéraux. En effet, ledit critère doit être compris comme faisant référence à la présence de prestations et de contreprestations dont

des autres. Ces deux notions vont de concert : il y a réciprocité car chacune des obligations est la contrepartie des autres, mais également interdépendance puisqu'une « obligation à la charge de l'une ne peut naître sans une obligation à la charge de l'autre ». Sur cette définition de l'interdépendance, V. LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 137, n°166. Ainsi, il semble assez artificiel de traiter de ces deux notions de manière séparée, bien qu'elles aient une acceptation distincte, puisqu'en matière de contrats synallagmatiques, la réciprocité implique l'interdépendance.

¹³²¹ Com. 8 avril 2015, n°13.14447 ; BARTHEZ A.-S., « Confirmation du caractère unilatéral du cautionnement », *RDC 2016*, p. 58.

l'existence dépend intrinsèquement des obligations mises à la charge du cocontractant. Ainsi, les obligations secondaires ne peuvent, en aucune manière, caractériser un *synallagma* : elles n'ont qu'une finalité utilitaire en ce qu'elles sont destinées à garantir la bonne exécution, par chacun des contractants, de ses obligations. En revanche, elles ne mettent, à leur charge, aucune obligation de fournir une prestation quelconque. Elles ne peuvent ainsi être considérées comme des obligations réciproques au sens de l'article 1106. Si dans un contrat unilatéral, le créancier doit effectivement respecter les obligations dictées par la bonne foi et la loyauté contractuelle, il demeure toutefois exempt de fournir, à son débiteur, une contreprestation : chacune des parties ne revêt qu'une seule et unique qualité, aucune n'étant tout à la fois créancière et débitrice de son cocontractant s'agissant de la fourniture d'une prestation. Comme l'affirment alors clairement les Professeurs Larroumet et Bros, « la réciprocité suppose qu'une obligation, à la charge d'une partie, est la contrepartie d'une obligation à la charge de l'autre »¹³²². Dès lors, puisqu'il ne peut exister de contrat synallagmatique sans contrepartie, l'on ne peut envisager que la catégorie des contrats unilatéraux puisse être absorbée par celle des contrats synallagmatiques à cause du critère de réciprocité : ce dernier supposant l'existence d'une prestation dont l'exécution est justifiée par la présence d'une contreprestation, les obligations de chacune des parties étant corrélatives, il faut refuser de voir, dans les obligations secondaires, une condamnation de la réciprocité comme critère de distinction des contrats.

288. L'inutilité d'un critère de substitution – La réciprocité ainsi définie, il nous paraît alors inutile de tourner le regard vers un critère différent, à savoir « l'extériorité de la cause », comme le fait Monsieur Simon. Ce dernier explique ainsi que le contrat synallagmatique « a ceci de spécifique que tout ou partie des obligations qu'il fait naître à la charge des contractants se servent mutuellement de cause : les obligations de l'un trouvent leur contrepartie dans les obligations corrélatives assumées par l'autre »¹³²³. À l'inverse, dans les contrats unilatéraux, les obligations de l'une des parties ne s'expliquent pas par celles assumées par l'autre. Leur « cause » est donc « extérieure au contrat » ou, plus précisément, à son « contenu obligationnel »¹³²⁴. Toutefois, à notre sens, le recours à l'ancienne notion de cause est inutile : l'auteur ne dit rien de plus que ce que la réciprocité interdépendante permet d'exprimer. L'idée est substantiellement identique, le contrat sera synallagmatique lorsque chaque partie est tenue par une obligation dont la raison d'être se trouve dans celle de l'autre : chacune d'elle assume

¹³²² LARROUMET Ch. et S. BROS, *op. cit.*, p. 137, n°166.

¹³²³ SIMON F.-L., *art. préc.*, spéc. n°16.

¹³²⁴ *Ibid.*, spéc. n°17.

ainsi la charge d'obligations qui consisteront à fournir une prestation et une contreprestation, et dont l'existence ne se justifie qu'en considération des obligations pesant sur le cocontractant. Nous n'avons, toutefois, rien dit de plus que lorsque nous tentions d'expliquer le sens de la réciprocité comme critère d'identification des contrats synallagmatiques. Par conséquent, il nous faut rejeter l'analyse selon laquelle le critère de réciprocité serait inopérant pour identifier un contrat synallagmatique. Or, c'est sur ce critère que bute la réflexion lorsque l'on essaie de rattacher les contrats de partage au domaine des contrats synallagmatiques, puisque dans le rapport entre *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, il est impossible de découvrir des obligations réciproques rendant ces trois intervenants tout à la fois créanciers et débiteurs les uns des autres. Mais après avoir démontré le caractère efficient de la réciprocité, il nous paraît impossible de contourner, en l'état du droit positif, l'obstacle posé par cette dernière : la réciprocité étant un critère nécessaire à la qualification des contrats synallagmatiques, il faut constater, une fois encore, l'échec de cette tentative d'élargissement de la catégorie juridique susmentionnée et la nécessité de faire demeurer les contrats de partage dans la catégorie des contrats unilatéraux. L'inadaptation patente de cette qualification eu égard à la réalité pratique des contrats de partage souligne alors nettement le décalage croissant entre le droit positif des contrats pourtant récemment réformé, et la réalité de la pratique contractuelle contemporaine.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

289. L'émancipation de la vision classique du contrat synallagmatique – A s'en tenir aux clefs de lecture traditionnelles, la vision du contrat synallagmatique paraît trop étroite pour tenir compte des nouvelles réalités contractuelles et entraîne, *de facto*, certaines pratiques dans le giron des contrats unilatéraux malgré l'inadaptation de cette qualification. Il est dès lors permis de s'interroger sur la pertinence d'une telle conception de la classification opposant le synallagmatique à l'unilatéral et, partant, sur un possible élargissement de la notion de contrat synallagmatique. Deux pistes de réflexion s'offrent alors à l'observateur.

290. L'impossible formation d'un contrat synallagmatique par l'agrégation de contrats unilatéraux – Apprécier les contrats de partage individuellement et de manière isolée de l'ensemble des relations contractuelles qui se nouent dans le cadre des communautés serait, nous l'avons dit, artificiel. En la matière, il semble que l'opération par laquelle *Secundus* s'exécute au profit de *Primus* ne puisse être totalement détachée de celle qui lui permettra d'obtenir une contreprestation de *Tertius*. Ainsi, l'on est en droit de se demander si ces deux contrats unilatéraux qui contiennent la prestation et la contreprestation, ne pourraient pas être appréciés comme formant, pour le tout, un contrat synallagmatique. Toutefois, s'il semble nécessaire de se garder d'une appréciation trop individualisée de chaque relation, il ne faut pas, pour autant, céder à la tentation de créer un tel contrat par l'agrégation de contrats unilatéraux. Pareille solution se révèle, en réalité, artificielle puisqu'il faudrait admettre que le consentement de la troisième partie ne soit donné qu'après le commencement d'exécution du premier tronçon contractuel. Or, s'il n'existe qu'un seul contrat entre *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, ce dernier ne sera appelé à s'exprimer qu'après l'exécution de *Secundus*. Il serait dès lors délicat de déceler une commune intention des parties, l'expression des différentes volontés étant morcelée tout au long de la relation contractuelle globale. Au demeurant, une telle solution rendrait la détermination de la date de conclusion du contrat final, particulièrement délicate. Mais l'obstacle le plus important, barrant définitivement la route à l'admission d'une telle solution, demeure l'absence d'obligations réciproques. Si, dans cette relation globale, l'on retrouve effectivement des créanciers et des débiteurs, aucun ne revêt tout à la fois ces deux qualités à l'égard du même contractant : *Primus* n'est que créancier de *Secundus* lorsque *Tertius* est simplement débiteur de *Secundus*, celui-ci étant effectivement débiteur de *Primus* mais créancier de *Tertius*. Notons, pour finir, qu'un tel contrat comporterait une part importante d'aléa, sans pouvoir être subsumé sous la qualification de l'article 1108 alinéa 2, en l'absence

de réciprocité des risques. La contreprestation à laquelle pourra prétendre *Secundus* est donc, au stade de la première relation, totalement hypothétique et ne dépend que de la volonté de ce dernier qui peut, sans difficulté, ne rien demander en contrepartie de ce qu'il a fait pour *Primus*. Cette part d'incertitude, qui ne peut être considérée comme un aléa au sens juridique, semble ainsi se dresser comme un obstacle supplémentaire à la reconnaissance d'un contrat synallagmatique par agrégation.

291. L'importance du critère de réciprocité des obligations – La seconde tentative d'émancipation de la vision classique du contrat synallagmatique consiste à s'interroger plus avant sur le critère de la réciprocité, puisque c'est sur celui-ci que le raisonnement vient sans cesse buter. Si certains ont pu affirmer l'inutilité d'un tel critère, il semble toutefois nécessaire de le conserver, à condition d'en avoir une juste compréhension. La réciprocité nécessaire à la qualification des contrats synallagmatiques renvoie à la présence de prestations et de contreprestations dont l'existence dépend intrinsèquement des obligations mises à la charge des cocontractants : chaque partie doit ainsi assumer une obligation qui est la contrepartie de celle de son cocontractant. Toutefois, l'affinement de ce critère essentiel à la caractérisation des contrats synallagmatiques reste sans effet sur la recherche d'une qualification plus appropriée des contrats de partage. En la matière, comme dans les rapports à trois personnes telle la stipulation pour autrui, il est impossible de déceler la présence d'obligations réciproques, même lorsque la notion de réciprocité a été précisée. Dès lors, les contrats objets de l'étude doivent demeurer dans la catégorie des contrats unilatéraux bien que celle-ci soit, en l'état du droit positif, incapable de traduire fidèlement la réalité des nouvelles pratiques contractuelles.

CONCLUSION DU TITRE 2

292. La classification bipartite opposant les contrats synallagmatiques et unilatéraux à l'épreuve des techniques de partage – S'il est un point qui n'est pas discuté, c'est le caractère impératif de la distinction bipartite opposant les contrats unilatéraux et synallagmatiques. Dès lors, tous les contrats existants, nommés ou innommés, doivent pouvoir s'insérer dans un des termes de cette division. Seule la qualification de quelques conventions fait parfois débat en doctrine, bien qu'il s'agisse là d'exemples relativement marginaux. Ainsi, la nature du prêt à intérêts pose question et si une majorité d'auteurs considèrent qu'il s'agit là d'un contrat unilatéral, il semble plus opportun de se tourner vers la qualification synallagmatique. Mais l'on a alors affaire à une véritable exception de principe puisqu'en règle générale, la qualification synallagmatique ou unilatérale d'un contrat ne pose que peu de difficultés et est établie à l'issue d'un consensus. Toutefois, les contrats de partage se présentent, une fois encore, comme perturbateurs de l'équilibre régnant au sein de la division bipartite. Il convient alors de s'interroger sur la qualification la plus adéquate au regard de leurs particularités.

293. La qualification de contrats unilatéraux : une analyse à l'aune des clefs de lecture traditionnelles au résultat artificiel – Les techniques de partage ont assurément une nature contractuelle et doivent, de fait, être exclues de la catégorie des actes unilatéraux. Plus précisément, il s'agirait, au regard des clefs de lecture traditionnellement admises en doctrine, de contrats unilatéraux puisque dans le rapport entre *Primus* et *Secundus*, seul le deuxième est obligé à l'égard du premier. S'il existe effectivement un engagement résultant de la première relation contractuelle celui-ci liera des parties différentes puisque *Secundus* contractera avec *Tertius*. Devant l'impossibilité de rencontrer des parties créancières et débitrices l'une de l'autre, et donc en l'absence d'obligations réciproques et interdépendantes, il paraît impossible de conclure au caractère synallagmatique des contrats de partage. Nous serions ainsi face à des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux, alors même que cette qualification semblait ne pouvoir s'appliquer à aucun des contrats connus en droit positif. Et l'on est alors en droit de s'interroger sur la pertinence du rattachement des contrats de partage au domaine des contrats unilatéraux car, si dans chaque relation prise isolément, seule l'une des parties supporte la charge d'obligations, une appréciation plus générale des relations de partage révèle l'existence d'un lien certain entre la première relation contractuelle et la seconde, le droit de demander une contreprestation n'existant qu'en raison de l'exécution du contrat liant *Primus* à *Secundus*.

294. L'insuffisance de la conception souple du contrat synallagmatique – On est alors tenté de réfléchir à la pertinence même de la notion de contrat synallagmatique telle qu'elle est conçue par le droit positif, et sur sa capacité à refléter, avec justesse, la réalité des pratiques contractuelles. C'est donc pour s'approcher au plus de cette vérité, qu'il nous semble nécessaire d'opter pour une vision souple de ladite qualification. Selon la conception de la doctrine du XIX^{ème} siècle, seules les obligations principales voulues par les parties lors de la formation du contrat peuvent être le terreau des contrats synallagmatiques, dont la nature se détermine, de manière définitive, au jour de la conclusion du contrat et sans que la volonté des parties ait le pouvoir de la modifier. Néanmoins, une telle approche de la notion de contrat synallagmatique nous paraît excessivement réductrice car rien n'interdit à la nature du contrat d'évoluer. Il existe ainsi, des contrats synallagmatiques imparfaits qui, d'unilatéraux, se transforment en synallagmatiques lorsque des obligations surviennent en cours d'exécution. Il ne fait pas de doute, selon nous, que ces obligations sont réciproques et interdépendantes puisqu'elles ne naissent pas d'un fait extérieur au contrat mais du contrat lui-même. Or, ces conventions ne correspondant qu'imparfaitement aux caractéristiques des contrats unilatéraux, il faudrait les rattacher au domaine des contrats synallagmatiques, catégorie résiduelle lorsque l'unilatéralité correspond à la catégorie limitative. Partant, si l'on ne peut rattacher de contrats à cette dernière lorsque leurs particularités cadrent mal avec les caractéristiques de la qualification unilatérale, la question de l'opportunité du rattachement des contrats de partage à cette partie de la classification, se fait encore plus pressante. Malheureusement, les relations étudiées diffèrent de l'hypothèse des contrats synallagmatiques imparfaits en ce qu'il n'existe aucune identité de parties : en l'absence d'obligations réciproques, l'on ne peut les rattacher à cette catégorie et, *mutatis mutandis*, au domaine des contrats synallagmatiques.

Ces solutions étant insuffisantes pour saisir les contrats de partage, il faut tenter de s'émanciper de la perception rigide du *synallagma*. C'est ainsi que la volonté des parties peut avoir pour effet de rendre connexes certaines obligations nées d'un rapport différent, de créer des obligations réciproques, et donc de dépasser l'obstacle tenant à la communauté d'origine des obligations. Néanmoins, cette volonté ne peut avoir pour effet de créer un lien de connexité entre des obligations dont les parties diffèrent, l'identité de parties étant essentielle pour que la volonté puisse légitimement s'exprimer. Dès lors, même en abandonnant la conception rigide de la connexité et en reconnaissant que les obligations peuvent être connexes quelle que soit leur nature ou leur source, les contrats de partage continuent de se heurter à l'exigence de réciprocité, celle-ci impliquant, par définition, une identité de parties.

Nous sommes donc face à des contrats qu'il semble impossible de caractériser autrement qu'en passant par la qualification unilatérale, bien que ce rattachement semble artificiel et en décalage avec les conséquences pratiques des contrats susmentionnés. L'épreuve que représente la qualification des relations de partage, et la mise en lumière du caractère insuffisant des conceptions de droit positif, imposent peut-être plus largement de réfléchir à une émancipation plus profonde de la vision classique du contrat synallagmatique.

295. L'échec de la tentative d'émancipation de la vision classique du contrat synallagmatique – Le résultat insatisfaisant de la qualification de contrats unilatéraux s'agissant des contrats de partage nous amène à pousser les réflexions plus avant afin de s'interroger sur la véritable pertinence des critères de qualification actuelle. Parmi eux, c'est l'exigence d'une réciprocité d'obligations qui vient sans cesse fermer la porte à une vision débarrassée du carcan des qualifications héritées du Code de 1804.

Deux pistes de réflexion ont ainsi été étudiées. La nécessité d'apprécier globalement la succession des opérations réalisées dans le cadre des communautés, et le lien irréfutable existant entre le contrat liant *Primus* à *Secundus* avec celui engageant *Tertius* à l'égard de *Primus*, imposent de se demander si l'on ne pourrait pas caractériser un contrat synallagmatique par l'agrégation de contrats unilatéraux. Une telle solution aurait alors le mérite de tenir compte du résultat patrimonial des opérations tout en reflétant le lien d'interdépendance existant entre chaque relation. De plus, afin de ne pas priver de cause les différents contrats successifs, une telle solution imposerait de prendre doublement en compte chaque tronçon contractuel en les considérant comme faisant partie de deux contrats synallagmatiques distincts : la relation entre *Secundus* et *Tertius* serait le paiement d'une dette dans le contrat les liant à *Primus*, mais également la naissance d'une créance s'agissant du contrat faisant intervenir *Quartus*. Toutefois, cette hypothèse se heurte rapidement à un certain nombre d'obstacles, au premier rang desquels l'on retrouve les règles relatives à l'expression du consentement. Il faudrait alors admettre que le contrat puisse commencer à être exécuté avant même que toutes les parties aient donné leur assentiment. Certes, grâce à cette solution, *Tertius* perdrait sa qualité de tiers, ce qui permettrait d'expliquer pourquoi il est engagé par une créance née d'un rapport auquel il n'était, *a priori*, pas partie. Néanmoins, cela obligerait à qualifier le contrat *a posteriori*, et à déterminer avec précision le moment de sa formation, ce qui, dans les faits, se révèle particulièrement délicat, notamment lorsque les parties ne demandent pas immédiatement le paiement de leur créance. Mais, plus encore, la création d'un contrat synallagmatique par agrégation est empêchée par l'absence d'obligations réciproques, à quoi il faut ajouter le caractère

particulièrement aléatoire et potestatif de la future et hypothétique contrepartie.

Dès lors, et puisque là encore, la réciprocité des obligations fait obstacle à un renouvellement de la notion de contrat synallagmatique, il est nécessaire de s'interroger sur son bien-fondé. Si un auteur a pu soutenir l'inutilité de cette exigence, et affirmer que son utilisation conduirait à la disparition des contrats unilatéraux, nous devons nous inscrire en faux contre une telle opinion. Certes, les obligations éventuelles peuvent être prises en compte pour déterminer la nature synallagmatique d'un contrat. Toutefois, l'on est alors face à des contrats synallagmatiques imparfaits qui, selon nous, ne posent pas de difficulté particulière. Ensuite, il faut refuser que les obligations secondaires puissent être considérées comme réciproques des obligations principales : il s'agit, ici, de démontrer l'existence d'une réciprocité interdépendante. Or, ce n'est pas en raison de l'obligation de loyauté qui pèse sur son cocontractant, et qui représente effectivement une obligation secondaire, que le contractant accepte de s'engager. En l'absence d'obligations dont la considération déterminera l'engagement de chaque partie, l'on est incapable de mettre en lumière la réciprocité caractéristique des contrats synallagmatiques. Ainsi, il nous semble nécessaire de sauvegarder le critère susvisé tout en s'assurant que celui-ci soit effectivement bien compris. Par conséquent, bien que la classification contractuelle opposant les contrats unilatéraux aux contrats synallagmatiques ait pu être affinée grâce aux présentes réflexions, elle demeure hermétique face à certaines évolutions de la pratique contractuelle. Obligeant les contrats de partage à demeurer dans la catégorie des contrats unilatéraux malgré son caractère vraisemblablement inadapté face à leurs singularités, les clefs de lecture traditionnelles semblent en décalage croissant avec un pan entier de la réalité de la pratique contractuelle contemporaine.

CONCLUSION DU LA PARTIE I

296. Les contrats de partage : un mélange des genres complexifiant l'opération de qualification – Les contrats de partage éprouvent la frontière érigée entre les contrats conclus à titre gratuit d'une part, et à titre onéreux d'autre part. Nous l'avons vu, ils empruntent des caractéristiques aux deux termes de la distinction : ils ne prévoient pas, individuellement, le paiement de la prestation du débiteur initial, et les contractants sont guidés, de manière générale, par une certaine intention libérale, des motivations collectives, et le désir de satisfaire les idéaux qui sous-tendent l'économie de partage (solidarité, partage, volonté de recréer du lien social, prise en compte des enjeux sociétaux et environnementaux, *etc.*). De ce point de vue, ils se rapprochent vraisemblablement des contrats conclus à titre gratuit. Néanmoins, ceux-ci donnent naissance à une créance au profit du débiteur initial, et lui permettent donc d'obtenir le paiement de sa prestation lors de la réalisation d'un prochain contrat. De plus, il serait trompeur de réduire les intentions des contractants à des motivations purement désintéressées. La potentialité de prestations futures et la possibilité d'épargner ses créances puis de demander, *in fine*, une contreprestation en paiement, font partie des clefs du succès de cette économie. Or, comment continuer à qualifier de contrat conclu à titre gratuit un acte qui, certes ne prévoit pas directement la rémunération du contractant, mais donne en revanche incontestablement naissance au droit de réclamer un paiement, et où les intérêts égoïstes occupent une place significative aux côtés des motivations désintéressées ?

À s'en tenir à la vision du droit positif s'agissant de la classification contractuelle opposant les contrats conclus à titre gratuit et onéreux, l'on est bien en peine de trouver la qualification la plus adéquate au regard des singularités qui caractérisent les contrats de partage. Il semble que, comme l'exprimait fort bien le Doyen Hamel, « la vérité, c'est qu'il est impossible d'établir une ligne de démarcation absolument nette entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Très précis dans les cas extrêmes, les caractères de l'une et de l'autre des catégories s'atténuent et s'effacent en se rapprochant des cas intermédiaires »¹³²⁵.

La difficulté est similaire s'agissant de la distinction opposant les contrats synallagmatiques et unilatéraux. Certes, l'absence d'obligations réciproques dans le contrat opposant *Primus* et *Secundus* impose de conclure au caractère unilatéral des contrats de partage.

¹³²⁵ HAMEL J., *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, p. 35.

Une appréciation globale de la succession de contrats ne change rien à cet état de fait, pas plus qu'une vision souple des critères de qualification ou du contrat synallagmatique lui-même : la réciprocité des obligations est la clef de voûte de la distinction permettant d'opposer ces deux catégories contractuelles et, en son absence, l'on ne peut passer outre et conclure à la nature synallagmatique des contrats étudiés. *Primus* étant créancier de *Secundus* lorsque celui-ci revêt uniquement la qualité de débiteur, l'orthodoxie juridique impose de trancher en faveur de la qualification unilatérale. Toutefois, ce rattachement cadre mal avec les singularités des contrats de partage et ne tient pas compte du lien véritable qui existe entre chaque contrat passé dans le cadre des communautés. Nous sommes ainsi face à un type de contrat unilatéral particulièrement original car, de notre point de vue, un tel contrat n'est pas en mesure de conférer, à son débiteur, un droit de créance dont l'exécution pourra être réclamée, en théorie, à n'importe quel autre membre de la communauté.

297. Un décalage croissant du Droit face à la réalité contractuelle ? – L'étude des contrats de partage à l'aune des clefs de lecture traditionnelles aboutit à un résultat très peu satisfaisant et permet de révéler l'existence d'un décalage de plus en plus profond entre le droit positif et la réalité des pratiques contractuelles. L'ordonnance de 2016 en est un exemple illustrant et si elle « traduit en premier lieu une volonté affirmée de s'ancrer dans le réel, en tenant compte des évolutions de la société et des évolutions corrélatives du contexte contractuel »¹³²⁶, elle n'est pas entièrement parvenue à satisfaire ses ambitions. Celle-ci lance une véritable « affairisation » du droit des contrats, en faisant de la dimension économique des relations contractuelles un élément central¹³²⁷. Toutefois, sans nier l'existence de ce mouvement, l'on peut s'interroger sur sa pertinence, notamment au regard de la disparition de la cause à l'heure où l'altruisme, la volonté d'agir pour satisfaire des intérêts individuels mais également collectifs reviennent en force dans les modes de consommation et donc, de fait, dans les techniques contractuelles. En effet, les pratiques d'économie de partage font la part belle aux motivations des acteurs, lorsque l'ordonnance portant réforme du droit des obligations met en lumière un mouvement inverse : celui de l'affairisation de la société, fort éloigné de la montée en puissance des nouvelles pratiques contractuelles pensées, par définition, en opposition avec le modèle marchand traditionnel. Cela questionne, de fait, sur la légitimité d'une réforme qui, tout en mettant en

¹³²⁶ MALLET-BRICOUT B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 463.

¹³²⁷ *Ibid.*

avant un mouvement existant effectivement au sein de la société, passe totalement sous silence une évolution fondamentale des rapports sociaux.

298. La nécessité d'élargir l'appréhension des relations contractuelles – Ces différents constats nous conduisent inévitablement à réfléchir plus avant sur l'élargissement des relations contractuelles. Puisque les catégories du droit positif cadrent mal avec les nouveaux modes de consommation et les pratiques contractuelles qui en résultent, notamment eu égard à l'impossibilité de tenir compte, de manière globale, de l'enchaînement des différents rapports contractuels, il semble nécessaire de déplacer la réflexion : au-delà de l'étude du contrat, c'est plus largement celle des relations contractuelles ayant cours au sein de communautés de contractants qu'il convient désormais de mener.

PARTIE II - L'ÉLARGISSEMENT DES RELATIONS CONTRACTUELLES

299. La nécessité d'une réflexion étendue au-delà des classifications contractuelles – L'économie de partage met en lumière, avec une particulière acuité, le fossé grandissant qui se creuse de jour en jour entre le droit positif et la réalité de la pratique contractuelle contemporaine. Et si les contrats de partage ne représentent qu'une partie de cette réalité, leurs particularités en font l'exemple topique de cette inadaptation grandissante. Les catégories contractuelles héritées de 1804, comme la distinction entre l'unilatéral et le synallagmatique ou la gratuité et l'onérosité, doivent ainsi être pensées pour tenir compte des spécificités inhérentes aux modèles économiques en développement et, de fait, inconnues des rédacteurs du Code civil. Mais aussi étonnant que cela puisse paraître, l'ordonnance portant réforme du droit des obligations semble avoir uniquement pris acte du mouvement d'affairisation du droit des contrats, occultant ainsi la dynamique inverse poussant de nombreux contractants à rejeter les dogmes de la société de consommation pour nouer des rapports contractuels ne satisfaisant pas uniquement leurs intérêts individuels. Or, le droit des contrats ne peut rester indifférent face à un tel mouvement puisque la satisfaction de ces nouveaux idéaux entraîne un véritable changement de paradigme.

Partant, l'étude de l'économie de partage et, plus particulièrement, des communautés de contractants et de leur fonctionnement, ne peut se passer d'une réflexion de fond allant au-delà des seules qualifications contractuelles permettant d'identifier la nature des contrats en cause. En effet, une fois les relations interindividuelles de partage appréhendées dans leur forme la plus simple à l'aune de la théorie générale du contrat, il est nécessaire de les replacer dans le contexte plus global de l'économie de partage. Si celui-ci n'a pas été occulté dans les précédents développements, puisque c'est de l'existence de multiples contrats que l'on put notamment conclure au caractère onéreux des contrats de partage, il ne s'agit plus simplement de le concevoir comme un fait dont il est nécessaire de tenir compte. Il convient désormais d'analyser l'impact des communautés et de leur fonctionnement sur les relations interindividuelles de partage et d'étudier globalement le maillage de relations ainsi formées. Le maillage dont il est ici question ne peut exister, par définition, sans la succession de relations unilatérales étudiées dans la première partie de l'étude. Or, pour appréhender avec justesse cet entrelacs de contrats

unilatéraux, il est nécessaire d'apprécier, avec le plus de précisions possibles, les particularités et subtilités des relations interindividuelles de partage. Ce n'est qu'une fois ce premier travail accompli que l'observateur peut élargir le prisme et ouvrir la réflexion pour s'interroger sur l'impact des communautés et de leur fonctionnement.

C'est ainsi qu'au-delà d'un simple affinement des classifications contractuelles, l'analyse de l'économie de partage grâce aux clefs de lecture du droit positif interroge la manière de percevoir les relations contractuelles.

300. Le double impact de l'élargissement des relations contractuelles – Le contrat en tant qu'acte juridique n'est qu'un moyen au service d'une fin. Et bien qu'une telle affirmation n'ait pas la prétention de découvrir un état de fait véritablement innovant, l'observateur qui s'intéresse aux pratiques de partage ne peut que remarquer la dimension particulière prise par ce constat s'agissant des contrats objets de la présente étude. Les relations entre les membres des communautés sont ainsi mises en avant et leur importance doit alors être reconnue à deux niveaux : pour l'intérêt personnel qu'elles permettent de satisfaire, et pour la réalisation de l'intérêt collectif auquel elles participent. Dès lors, si les contrats noués entre les différents membres permettent assurément de satisfaire un besoin immédiat, leur utilité s'étend toutefois bien au-delà des seules aspirations individuelles. Et pour aboutir à la réalisation de l'intérêt collectif et des objectifs que se fixent les communautés, l'attention doit se déplacer. Il ne s'agit donc plus de focaliser l'ensemble des réflexions sur les conventions en tant que telles, mais d'élargir le prisme au maillage de relations contractuelles ainsi constitué (**Titre 1**).

Les conséquences de l'élargissement constaté ne se réduisent toutefois pas uniquement à l'acte juridique que constitue le contrat. En effet, admettre que l'analyse doit tenir compte, non seulement de chaque convention, mais plus généralement de l'ensemble des relations contractuelles qui se nouent au sein des communautés, ne peut rester sans conséquences sur la qualification des intervenants. Les frontières entre les différentes catégories d'intervenants sont ainsi amenées à se déplacer, remettant alors en cause certains enseignements que le droit des contrats tenait pourtant pour acquis depuis de nombreuses décennies (**Titre 2**).

TITRE 1 : DU CONTRAT À LA RELATION CONTRACTUELLE

301. La prééminence du contrat en matière de partage – Le contrat s’insère de mille et une manières au sein de l’économie de partage : les communautés sont fondées grâce à un contrat originel, l’organisation est structurée à l’égard des tiers par le recours au contrat (d’association ou de société), et les membres concluent, entre eux, une multitude de contrats successifs. La figure du contrat est donc omniprésente en la matière et ne peut être uniquement étudiée sous l’angle de l’adaptation des principales classifications du Code civil. Si l’étude des contrats de partage au travers des prismes du droit des contrats classiques a mis en évidence la nécessité d’affiner les catégories contractuelles opposant l’onérosité à la gratuité, et les contrats synallagmatiques aux contrats unilatéraux, le travail d’appréhension de l’économie objet de la présente étude doit malgré tout être poursuivi. Au-delà de l’affinement nécessaire des catégories contractuelles, c’est plus largement à l’impact des communautés de contractants et l’influence de l’imbrication des relations contractuelles qu’il convient de réfléchir. Pour ce faire, il est primordial de s’intéresser plus avant aux communautés de partage en tant que telles et, plus précisément, aux relations que ces dernières entretiennent avec les contrats unilatéraux conclus entre leurs membres.

302. Du contrat structurant la communauté aux relations contractuelles entre les membres – Deux mouvements doivent alors être remarqués : si la communauté cohabite sans trop de difficultés avec la notion de contrat, son fonctionnement illustre un mouvement profond faisant basculer le prisme du contrat vers la relation contractuelle. Plus précisément, l’étude de la communauté en tant qu’entité révèle le lien indéfectible qui l’unit au contrat : la communauté des membres prend racine dans le contrat-cadre originel que concluent, entre eux, les membres fondateurs. Et lorsque ces derniers choisissent d’organiser le groupement pour lui conférer une existence propre, c’est encore une fois à la figure du contrat qu’il convient de faire appel (**chapitre 1**). Toutefois, l’étude du fonctionnement des communautés révèle la nécessité de focaliser davantage l’attention sur les relations contractuelles tissées entre les membres que sur le contrat lui-même : l’élément fondamental en matière de partage est donc bien moins les différents contrats pris isolément, que les relations contractuelles liant les membres des communautés (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1. DES COMMUNAUTÉS DE CONTRACTANTS

303. La communauté : une notion duale aux multiples particularités – L’appréhension des communautés de contractants doit se faire en deux temps suivant les rapports qu’il est question d’encadrer. La communauté, en tant que telle, prendra vie grâce à la conclusion d’un contrat originel passé par les membres fondateurs. Il sera alors question de définir les objectifs du groupement ainsi que le cadre général devant être respecté tout au long de son fonctionnement. Cet acte fondateur a, dès lors, une importance capitale. Il permet de jeter les bases d’une organisation regroupant une multitude d’individus et, de ce fait, de dresser un cadre général défini en amont et devant être respecté par l’ensemble des contrats successifs conclus durant la phase de fonctionnement des communautés. L’organisation contractuelle de celles-ci repose alors sur à la figure d’un contrat-cadre de coopération auquel recourent les contractants du partage afin de définir les règles générales de fonctionnement, les sanctions en cas d’inexécution ayant, en outre, un caractère bien particulier (**section 1**). Cette communauté ne doit toutefois pas être confondue avec la communauté personne morale qui peut être créée par les membres fondateurs postérieurement (ou concomitamment) à la passation du contrat-cadre originel. Il est en effet loisible aux membres fondateurs de personnifier l’entité, ou d’avoir recours à une forme sociale ou associative dénuée de personnalité, afin d’organiser la vie du groupement. La forme choisie pour donner matière à la communauté ne doit pas alors être confondue avec la communauté des membres dans son ensemble, la seconde ne pouvant être réduite au groupement organisé via une forme sociale ou associative dotée, ou non, de la personnalité juridique (**section 2**).

Section 1 : L’organisation contractuelle des communautés

304. La singularité de l’organisation contractuelle des communautés – Les relations de partage se nouent entre des individus réunis au sein d’une même communauté. Or, le fonctionnement de ces communautés a de nombreuses particularités qui semblent éloigner l’économie de partage du droit commun des contrats tel qu’il fut conçu en 1804 et modernisé par l’ordonnance de 2016. Ainsi, les singularités des communautés se retrouvent tant s’agissant du type de contrat donnant vie à la collectivité (§ 1) que des sanctions prévues pour faire face aux situations conflictuelles (§ 2).

§ 1 : Un contrat-cadre originel : outil de création et d'adhésion à la communauté

305. Un contrat-cadre particulier – Pour que les relations de partage puissent valablement exister, il convient, au préalable, de donner vie à la communauté : les membres fondateurs du groupement vont alors définir le cadre général régissant les rapports futurs des contractants tout en établissant le projet commun. Pour cela, ils feront appel à la figure du contrat-cadre (A). Le contrat originel ne saurait toutefois être appréhendé sous cet unique prisme. À la différence de ce que l'on retrouve classiquement dans les relations d'affaires, une place prépondérante doit être faite à la volonté de coopération des parties qui, loin de se limiter à la recherche d'un bénéfice à partager, oriente leur démarche vers la réalisation d'un idéal commun. Cette coloration particulière qui transparaît nettement dans l'acte fondateur des communautés, semble rapprocher les relations en cause de la catégorie intermédiaire des contrats-coopération (B).

A. L'appréhension des relations de partage grâce à la notion de contrat-cadre

306. L'utilité du contrat-cadre – Les relations contractuelles complexes nécessitent bien souvent la mise en place de figures contractuelles pensées pour saisir leurs particularités. Tel est le cas du contrat-cadre créé originellement par la pratique pour organiser des relations ayant vocation à s'étaler dans le temps (1). Devenu un outil incontournable pour saisir les innovations de la pratique contractuelle, il permet de structurer l'acte fondateur des communautés (2).

1. Le contrat-cadre : un précieux outil d'organisation des relations contractuelles dans le temps

307. L'évolution des relations contractuelles : l'inadaptation grandissante du cadre rigide hérité de 1804 – S'il est un point qui n'est plus à démontrer, c'est bien le bouleversement sans précédent que connaît la technique contractuelle depuis le milieu du XX^{ème} siècle : la pratique des affaires a fait naître un nombre de relations complexes qui s'enchevêtrent les unes dans les autres et qui ne peuvent se résoudre en un trait de temps. La nécessaire permanence des liens contractuels entre partenaires commerciaux a alors incité la pratique à développer de nouveaux modèles éloignés de la figure contractuelle classique bilatérale et ponctuelle. Cette dernière paraît, en effet, insuffisante pour saisir une partie des relations d'affaires dont la complexité n'a cessé d'augmenter¹³²⁸. Il n'est pas rare, désormais, que le contrat soit le fait, non de deux

¹³²⁸ CREDA, *Le contrat-cadre. 1, Exploration comparative*, Litec, 1995, p. 1 et 2, n°2.

contractants, mais d'une pluralité de parties cherchant à œuvrer de concert, pour la réalisation d'un objectif économique commun. Or, cette multiplication du nombre de partenaires contractuels conduit à envisager la mise en place d'une véritable « collaboration »¹³²⁹, que ce soit dans les phases de négociation ou d'exécution de la convention¹³³⁰. En outre, ces relations ont vocation à perdurer et s'inscrivent, pour la plupart, dans un projet global durable : complexification des relations, multiplication du nombre de contractants et étalement des rapports contractuels dans le temps, voici les nouveaux éléments avec lesquels la pratique a dû composer¹³³¹.

Néanmoins, le Code civil a été pensé sur le modèle du « coup de foudre »¹³³² et du contrat à exécution instantanée¹³³³, dont la vente est la parfaite illustration¹³³⁴, la durée des relations contractuelles n'ayant pas été prise en compte ni appréhendée par le législateur de 1804¹³³⁵. A l'origine, le Code civil ne comportait pas réellement de dispositions encadrant la période précontractuelle. Certes, la pratique a rapidement envisagé la possibilité que les parties ne puissent parvenir immédiatement à un accord définitif et a alors mis en place certaines techniques encadrant la formation étalée des contrats dans le temps. Cependant, et bien que leur consécration dans le Code par l'ordonnance de 2016 doive être saluée, il est clair que les pourparlers, l'offre, les promesses de contrats ou le pacte de préférence sont intrinsèquement incapables d'apporter un cadre suffisamment efficace et adapté à l'ensemble des relations entre partenaires commerciaux.

¹³²⁹ GATSI J., *Le contrat-cadre*, préf. M. Béhar-Touchais, LGDJ, 1996, p. 1 et 2, n°1 et s. Notons toutefois qu'au sens strict, la collaboration « s'entend [...] du travail réalisé en commun sans qu'il accompagne forcément une mise en relation d'actifs dans l'intérêt commun des parties ». Autrement dit, cette notion renverrait davantage à l'exécution du contrat qu'à sa finalité. En revanche, la coopération permettrait de prendre en compte « la mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, p. 207 et 208, n°290.

¹³³⁰ MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Renée Savatier*, PUF, 1985, p. 41 et s., spéc. p. 51 et s.

¹³³¹ POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179 et s., spéc. n°22.

¹³³² MOUSSERON J. M., « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM., 1974, p. 509 ; LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. n°5, p. 215.

¹³³³ ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 et s., spéc. n°1 ; FABRE-MAGNAN M., « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 302, n°1.

¹³³⁴ STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil : les obligations, 3, Régime général*, Litec, 6^{ème} éd., 1999, p. 42 et 43, n°107.

¹³³⁵ LATINA M., *V° « Contrat : généralités »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : fév. 2020), n°233 ; ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 435 et s. ; LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. n°14, p. 222. Désormais, le Code civil comprend expressément une section consacrée à la « durée du contrat » (art. 1210 à 1215 C. civ.).

De plus, avant 2016, aucune disposition du Code ne faisait mention d'une distinction fondée sur la durée nécessaire à l'exécution du contrat¹³³⁶, laissant ainsi libre cours à l'imagination de la doctrine¹³³⁷ et de la jurisprudence pour combler ces lacunes¹³³⁸. Les auteurs ont, dès lors, distingué les contrats à exécution successive dans lesquels, « les obligations d'au moins un des contractants doivent s'exécuter par des prestations étalées dans le temps »¹³³⁹, des contrats instantanés qui s'exécutent en un trait de temps par des prestations individuelles non réitérées¹³⁴⁰ et, pour certains, des contrats à exécution échelonnée qui formeraient une catégorie intermédiaire¹³⁴¹. Consciente du caractère incomplet des classifications du Code en la matière, l'ordonnance portant réforme du droit des obligations est donc venue consacrer cette distinction en définissant le contrat à exécution successive comme « celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps » (art. 1111-1 C. civ.)¹³⁴². Toutefois, la mise en exergue par la pratique des contrats à exécution successive n'a pas suffi à encadrer opportunément l'ensemble des relations d'affaires qui s'inscrivent dans la durée et pour lesquelles il est impossible de prévoir, à l'avance, le contenu

¹³³⁶ FABRE-MAGNAN M., *art. préc.*, p. 301 et s., spéc. p. 302, n°2 ; CROS M. L., « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1989, p. 49, spéc. n°2.

¹³³⁷ ETIENNEY A., *La durée de la prestation : essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. Revet, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2008, p. 36 et s. n°54 et s. ; ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 et s., spéc. n°2 et s. ; MESTRE J., *art. préc.*, p. 41 et s., spéc. p. 51 et s.

¹³³⁸ V. not. Civ. 4 mai 1898, *D.* 1898. I. 457, note PLANIOL M. Lors du commentaire de cet arrêt, l'éminent juriste précise que lorsque l'on « parle de contrats successifs, on n'entend pas parler de plusieurs contrats se succédant l'un à l'autre, mais bien de contrats dont l'exécution est successive et ne peut se faire qu'à la condition de remplir un intervalle de temps, de telle sorte qu'un contrat unique et isolé peut posséder, à lui tout seul, ce caractère successif ».

¹³³⁹ CARBONNIER J., *Droit civil, t 4, Les obligations*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 22^{ème} éd. refondue, 2000, p. 271, n°138 ; BRIÈRE DE L'ISLE G., « De la notion de contrat successif », *D.* 1957, chron. 153 : les contrats à exécution successive « se distinguent donc des contrats instantanés par l'intervention de deux éléments » : « la durée » et la répétition dans l'exécution de la prestation.

¹³⁴⁰ AZÉMA J., *La durée des contrats successifs*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, p. 2 et 3, n°3 ; CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 271, n°138 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil, Les obligations, t. 2, Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 42, n°107 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, t. 1, L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 80, n°91.

¹³⁴¹ CROS M. L., *art. préc.* ; ETIENNEY A., *th. préc.*, p. 47 et s., n°73 et s. ; *contra.*, BRIÈRE DE L'ISLE G., *art. préc.*

¹³⁴² Cette définition prête toutefois le flanc à la critique en ne permettant pas de distinguer le contrat à exécution successive du contrat à exécution échelonnée : WALTZ-TERACOL B., *V° « Indivisibilité »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2018 (actualisation : sept. 2020), n°79. Le contrat à exécution successive entendu au sens strict est celui qui « crée[...] un rapport permanent d'obligation ». En revanche, le contrat à exécution échelonnée est celui qui « donne[...] naissance à des prestations qui se répètent dans le temps » : TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil, les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 89 et 90, n°70. La distinction opérée par l'ordonnance entre les contrats à exécution instantanée et successive, en se fondant sur le nombre de prestations, semble imposer aux contrats dont l'exécution s'étale sur une longue durée mais pour lesquels une prestation unique est prévue, un rattachement à la catégorie des contrats instantanés. Ce serait ainsi le cas du contrat par lequel un entrepreneur se voit confier la construction d'une maison, en échange du paiement du prix à la réception : TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 124, n°105. Dans le même sens, V. LATINA M., *art. préc.*, n°234.

des obligations de chacune des parties. « Dès lors que les cocontractants ne sont plus en mesure de dominer l'avenir, qu'ils ne peuvent déterminer dès l'origine l'intensité du courant d'affaires, ni même la configuration qu'il prendra au terme de la relation, il faut se résoudre à procéder par étapes : se contenter de définir un cadre général et laisser à des contrats ultérieurs la réalisation de l'opération »¹³⁴³. Prenons l'exemple classique des contrats d'approvisionnement exclusif conclus entre les compagnies pétrolières et les pompistes¹³⁴⁴ qui imposent aux distributeurs de se fournir uniquement auprès de la compagnie pétrolière cocontractante, celle-ci s'obligeant, en contrepartie, à fournir le distributeur et à l'assister¹³⁴⁵. Ce type de relations est complexe et durable : les parties ne peuvent se contenter de signer un contrat unique déterminant à l'avance l'ensemble de leurs relations contractuelles à venir, ni se satisfaire d'échanger ponctuellement (mais régulièrement) leur consentement¹³⁴⁶. Au contraire, il leur faut fixer un cadre sécurisant permettant de dresser les points fondamentaux de leurs accords tout en leur laissant assez de souplesse pour que la relation puisse être pérenne¹³⁴⁷. Il ne s'agit donc pas, ici, de signer un simple contrat à exécution successive qui ferait naître, lors de sa conclusion, des obligations étalées dans le temps : en l'espèce, pour simplifier leurs relations¹³⁴⁸, les parties définissent un cadre et laisseront aux futurs contrats d'application le soin de réaliser les objectifs fixés¹³⁴⁹. En effet, les relations d'affaires ont, en principe, vocation à s'étaler dans la durée. Ceci, ajouté à leur nature complexe, empêche bien souvent de parvenir au résultat souhaité par la signature d'un contrat unique, conduisant les partenaires commerciaux à faire appel « au mécanisme à double détente du contrat-cadre »¹³⁵⁰. Ce type de contrat serait ainsi, le « seul moyen permettant de dépasser l'alternative offerte par le Code civil entre la rigidité du contrat unique à exécution

¹³⁴³ POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., *art. préc.*, p. 179 et s., spéc. n°14.

¹³⁴⁴ BUY F., LAMOUREUX M. et RODA J. C., *Droit de la distribution*, LGDJ, coll. Manuel, 2ème éd., 2019, p. 66 et s., n°60 et s.

¹³⁴⁵ Ce contrat, également appelé « contrat de fourniture et d'assistance » est un « contrat-cadre par lequel un fournisseur promet principalement d'approvisionner son cocontractant, selon les besoins de celui-ci, en échange de quoi ledit cocontractant s'engage à s'approvisionner, le cas échéant exclusivement, auprès du même fournisseur » : BARRET O. et BRUN Ph., *V° « Vente : structure », Rép. civ.*, Dalloz, 2019, (actualisation : janv. 2020), n°74.

¹³⁴⁶ POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., *art. préc.*, p. 179 et s., spéc. n°13.

¹³⁴⁷ GATSI J., *th. préc.*, p. 3, n°2 ; p. 145, n°231.

¹³⁴⁸ CREDA, *op. cit.*, p. 16, n°17.

¹³⁴⁹ ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°19 ; CROS M. L., *art. préc.*, p. 49 et s., spéc. p. 51, n°14 ; GATSI J., *th. préc.*, p. 3, n°2 ; Il est alors expressément admis que ces relations reposent sur la conclusion d'un contrat-cadre complété, par la suite, par des contrats d'application. V. BUY F., LAMOUREUX M. et RODA J. C., *op. cit.*, p. 65, n°59 ; MOUSSERON J. M., BURST J. J., CHOLLET N., LAVABRE Ch., LELOUP J. M. et SEUBE A., *Droit de la distribution*, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1975, p. 162 et s., n°195 et s. Plus généralement sur la structure des contrats de distribution, V. DISSAUX N. et LOIR R., *Droit de la distribution*, coll. Précis Domat droit privé LGDJ, 2017, p. 116 et s., n°223 et s. ; LAVABRE Ch., « Éléments de la problématique du contrat cadre », *RJDA* 2002, p. 603 et s., spéc. n°6.

¹³⁵⁰ POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., *art. préc.*, p. 179 et s., note 17.

successive et la précarité qu'engendre la juxtaposition de contrats ponctuels et indépendants »¹³⁵¹.

308. La consécration du contrat-cadre au rang des catégories contractuelles – Le contrat-cadre, que les Professeurs Jean-Marc Mousseron et Alain Seube définissent comme celui « visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis les accords à traiter, rapidement dans le futur »¹³⁵², assujettit donc l'ensemble des relations à venir entre contractants, à « un moule unique prédéterminé »¹³⁵³. Or, si cette figure originale, créée de toute pièce par la pratique des affaires, s'est fait une place de choix en droit de la distribution¹³⁵⁴, elle n'est toutefois pas inconnue du droit commun des contrats. Souvent considérée comme un contrat préparatoire¹³⁵⁵, cette figure contractuelle mentionnée pour la première fois en jurisprudence en 1966¹³⁵⁶, a été consacrée par l'ordonnance portant réforme du droit des obligations au sein des dispositions préliminaires relatives aux différentes classifications des contrats (art. 1111 C. civ.). Et bien que ce rattachement soit critiquable, puisqu'il est impossible de considérer que la distinction du contrat-cadre et des contrats d'application s'applique à l'ensemble des conventions au même titre que celles opposant le synallagmatique à l'unilatéral ou la gratuité à l'onérosité¹³⁵⁷, il a toutefois le mérite de faire entrer la notion parmi les

¹³⁵¹ *Ibid.*, p. 179 et s., spéc. n°1.

¹³⁵² MOUSSERON J. M. et SEUBE A., « A propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.* 1973, chron. 197.

¹³⁵³ *Ibid.*, chron. 197. L'expression fut ensuite reprise par M. Gatsi dans sa thèse de doctorat. V. GATSI J., *Le contrat-cadre*, préf. M. Béhar-Touchais, LGDJ, 1996, p. 3, n°3.

¹³⁵⁴ V. l'étude du CREDA sur la notion de contrat cadre : CREDA, *Le contrat-cadre. 1, Exploration comparative*, Litec, 1995. La moitié de cette étude est ainsi consacrée aux contrats-cadres en matière de distribution : CREDA, *Le contrat-cadre. 2, La distribution*, Litec, 1995.

¹³⁵⁵ MOUSSERON J. M., BURST J. J., CHOLLET N., LAVABRE Ch., LELOUP J. M. et SEUBE A., *op. cit.*, p. 163, n°196 ; PUIG P., « La phase précontractuelle », *Dr. et patr.* 2016, p. 52 ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 144, n°152 : le contrat-cadre serait ainsi « une variété d'avant-contrat » ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p. 150, n°119. Sans remettre en question la place du contrat-cadre parmi les conventions préparatoires, ces auteurs précisent tout de même que celui-ci "se distingue très nettement [du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de contrat] en ce qu'il prépare la conclusion non d'un contrat [...] mais celle d'un « nombre indéfini » de contrats d'application. Une précision similaire est opérée pour la promesse synallagmatique, qui peut également s'apparenter aux contrats-cadre « sans néanmoins se confondre avec eux » (p. 291, n°259) ; *contra*, POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., *art. préc.*, p. 179 et s., spéc. n°16.

¹³⁵⁶ Paris, 26 janv. 1966, *Gaz. Pal.* 1966, 1, p. 210, concl. LECOURTIER ; *D.* 1966, p. 294 ; *RTD com.* 1966, p. 104, n°6, obs. HÉMARD J.

¹³⁵⁷ PUIG P., *art. préc.* ; CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 27, n°121.63 ; DISSAUX N., « Les mystères du contrat cadre », *AJ Contrats* 2017, p. 104. Il faut en effet remarquer que cette « distinction » n'est pas fondée sur une opposition mais sur une « complémentarité » : DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 91.

dispositions du Code civil, et de rapprocher le cadre juridique de la réalité pratique qu'il ambitionne de régler¹³⁵⁸.

309. La portée normative du contrat-cadre – Une fois ces premières précisions apportées, il convient d'éclairer la structure même du contrat-cadre, sa composition, et les obligations qui en découlent. En application de l'article 1111 du Code civil, « le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs *relations contractuelles futures*. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ».

A priori, deux types de contrats-cadres peuvent être mis en évidence¹³⁵⁹ : ceux qui comportent une obligation de contracter¹³⁶⁰, et ceux pour lesquels une telle obligation n'est pas stipulée¹³⁶¹. Il faut toutefois souligner qu'il existe, pour l'ensemble de ces contrats, une nécessité plutôt qu'une véritable obligation de contracter¹³⁶². En effet, que pareille obligation ait ou non été stipulée, la conclusion du contrat-cadre n'a de sens qu'au regard des relations contractuelles futures qui ont vocation à être tissées et pour lesquelles un consentement devra de nouveau être exprimé¹³⁶³. Il s'agit là de la raison d'être d'un tel contrat qui, comme le confirme l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, permet simplement aux parties de s'entendre sur les caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Partant, il n'existe aucun intérêt à recourir à la formule du contrat-cadre sans passer, par la suite, des contrats d'application : comme le font remarquer les Professeurs Chantepie et Latina, bien

¹³⁵⁸ L'étude du CREDA plaide déjà, en 1995, pour que le contrat-cadre soit reconnu comme une nouvelle catégorie juridique prenant place aux côtés des figures contractuelles déjà connues et pratiquées. V. CREDA, *Le contrat-cadre. 1, Exploration comparative*, Litec, 1995 ; CREDA, *Le contrat-cadre. 2, La distribution*, Litec, 1995.

¹³⁵⁹ GATSI J., *th. préc.*, p. 15 et s., n°13 et s.

¹³⁶⁰ Sur les différentes obligations de contracter que l'on peut retrouver dans les contrats cadres, V. MOUSSERON J. M., BURST J. J., CHOLLET N., LAVABRE Ch., LELOUP J. M. et SEUBE A., *op. cit.*, p. 166 et s., n°201 et s.

¹³⁶¹ Certains auteurs refusent alors aux contrats-cadre qui ne prévoient pas d'obligation de contracter, une nature contractuelle. V. GÉNINET M., *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, Th. Paris II, 1985, p. 470, n°423. V. également l'opinion de M. Zaki qui s'interroge effectivement sur la nature contractuelle d'une telle convention : ZAKI M. S., « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », *RID comp.* 1986, p. 1043. Cette opinion interroge, et ce à plus forte raison lorsqu'elle est comparée à la solution applicable en matière de pacte de préférence. En effet, celui-ci n'impose aucune obligation de contracter au promettant qui s'engage simplement à proposer son bien en priorité au bénéficiaire s'il décide un jour de le vendre. Or, la nature contractuelle du pacte de préférence n'est pas discutée ; d'autres défendent toutefois une position inverse en réaffirmant la nature contractuelle du contrat-cadre malgré l'absence d'obligation de contracter. V. not. ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 et s., spéc. n°23 ; GATSI J., *th. préc.*, p. 126, n°196.

¹³⁶² POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., *art. préc.*, p. 179 et s., spéc. n°24 : le contrat-cadre « implique économiquement la conclusion de contrat d'application, plus qu'il n'y oblige juridiquement de façon systématique ».

¹³⁶³ FERRIER D., « La consécration du contrat-cadre : de la reconnaissance à la méconnaissance », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc : le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 459 et s., p. 463 et s.

souvent, le contrat-cadre « n'est pas le support direct d'un échange économique »¹³⁶⁴. C'est pourquoi, même en l'absence d'obligation de contracter, la probabilité qu'un tel contrat donne naissance à des contrats d'application est particulièrement élevée¹³⁶⁵.

Or, qu'il engendre ou non des obligations, le contrat-cadre a une portée normative¹³⁶⁶, puisqu'il fixe les règles générales auxquelles seront soumis les contrats d'application passés par les parties¹³⁶⁷. Ainsi, même en l'absence de véritable obligation créée par l'accord de volontés (l'obligation de le respecter ne pouvant être considérée au même titre que celle de livrer la chose, de payer le prix, de s'abstenir de tel ou tel acte, *etc.*)¹³⁶⁸, le contrat-cadre a force obligatoire dès sa conclusion : il s'impose aux parties et au juge¹³⁶⁹. Il fixe et délimite ainsi les objectifs à atteindre et prévoit, autant que faire se peut, les caractéristiques générales des contrats futurs : la mise en place d'un cadre « incomplet et contraignant » permet d'anticiper au mieux sur le contenu de l'opération économique d'ensemble qui demeure, avant la conclusion des contrats d'application, largement indéterminé¹³⁷⁰. Or, puisque les différents participants de l'économie de partage se réunissent au sein de communautés puis concluent, entre eux, une multitude de contrats séparés, il semble naturellement indiqué de s'interroger sur la pertinence de déceler, dans l'acte fondateur de la communauté, le contrat-cadre susmentionné.

2. Le contrat originel : un contrat-cadre

310. Le contrat originel fondant la communauté des membres – Si l'on a pu, lors des précédents développements, s'interroger sur les différents contrats passés entre les membres des communautés, il faut désormais réfléchir à l'hypothèse selon laquelle un contrat originel entre les membres du groupe précéderait la conclusion des contrats d'application. En effet, une étude focalisée uniquement sur les contrats passés au cours de l'existence de la communauté pourrait rapidement revêtir un caractère artificiel, puisque ces derniers ne peuvent valablement exister sans qu'un premier contrat ait donné vie à la communauté. Or, lorsque les parties décident de former une telle communauté, elles sont obligées de s'entendre en amont de la réalisation de tout échange de biens, services ou savoir-faire, sur les règles de fonctionnement

¹³⁶⁴ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 143, n°152.

¹³⁶⁵ POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., *art. préc.*, p. 179 et s., spéc. n°24.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, spéc. n°16 et 19.

¹³⁶⁷ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p. 90 et 91, n°79.

¹³⁶⁸ ANCEL P., *art. préc.*, p. 771 et s., spéc. n°27.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, spéc. n°25.

¹³⁷⁰ POLLAUD-DULIAN F. et RONZANO A., *art. préc.*, p. 179 et s., spéc. n°19. C'est justement « cette incertitude qui justifie que l'on [...] recourt » à la formule du contrat-cadre.

général. Faire partie d'une communauté, c'est adhérer à un certain nombre de valeurs : accepter que le « lien » soit plus « important que le bien », « échanger dans le respect, l'intérêt mutuel et collectif », « révéler, reconnaître, valoriser et transmettre les savoirs, les savoir-faire et l'expérience par l'échange, la coopération, la solidarité, la réciprocité et le savoir-être », « développer et expérimenter une vision transformatrice de la société, des pratiques démocratiques [...] par l'implication et la prise de responsabilités individuelle et collective », « s'inscrire dans une dynamique de prise de conscience de son impact sur l'environnement. Éviter le gaspillage et la surconsommation »¹³⁷¹, etc. Il est donc nécessaire que les membres fondateurs se réunissent, discutent des lignes directrices de leur projet, et parviennent à un accord afin de définir la charte de la communauté. Si l'on aurait tôt fait de reconnaître la figure du contrat-cadre, il est tout de même nécessaire de vérifier, en amont, si d'autres qualifications proches pourraient avoir vocation à s'appliquer.

311. Comparaison avec le règlement de copropriété – D'autres types de figures contractuelles peuvent rassembler des individus tout en leur imposant des droits et obligations pensés pour satisfaire l'intérêt de tous les participants. Tel est notamment le cas de la figure originale du règlement de copropriété. En effet, celui-ci « a pour objet de déterminer ou préciser, compte tenu des dispositions légales impératives, les droits et obligations des copropriétaires afférents tant aux parties communes qu'il énumère généralement, qu'à leurs parties privatives, ainsi que les modalités de l'organisation et de l'administration de l'immeuble »¹³⁷². Au terme de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965¹³⁷³, le règlement de copropriété a une nature « conventionnel[le] », ce que la jurisprudence n'a pas manqué de confirmer¹³⁷⁴. Cette nature a toutefois suscité un vif débat doctrinal au regard de la possibilité

¹³⁷¹ SEL'IDAIRE, *La charte des SEL*, avril 2013. Disponible à l'adresse suivante : <http://seldefrance.communityforge.net/node/9>. Ces valeurs semblent être communes à l'ensemble des techniques de partage.

¹³⁷² TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil – Les biens*, coll. Précis, Dalloz, 10^{ème} éd., 2018, p. 537, n°634.

¹³⁷³ Loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. En outre, l'article 3 du décret d'application n°67-223 du 17 mars 1967 rappelle que ce règlement peut faire « l'objet d'un acte conventionnel ».

¹³⁷⁴ Civ. 3^{ème}, 17 mars 1976, n°74-14418, *Bull. civ.* III, n°125, p. 98, *JCP G* 1977. II. 18542, note GUILLOT E. ; Civ. 3^{ème}, 22 mars 2000, n°98-13345 et 98-15595, *Bull. civ.* III, n°64, p. 44 : « la Cour d'appel a relevé à bon droit que le règlement de copropriété [a] la nature d'un contrat », *D.* 2001, p. 345, obs. BOUYEURE R. ; *Défrénois* 2000, p. 780, obs. ATIAS Ch. ; Civ. 3^{ème}, 4 janv. 1990, n°88-13136 : « les stipulations du règlement de copropriété ont force de loi entre tous les copropriétaires » ; *Administrer* oct. 1990, p. 50, obs. GUILLOT. Une partie de la doctrine est en faveur de la thèse contractuelle. V. not. HÉBRAUD, « La copropriété par appartements », *RTD civ.* 1983, p. 23 et s., spéc. p. 41 ; STRICKLER Y., *Les biens*, coll. Thémis – Droit privé, PUF, 2006, p.482, n°379 ; CHARLIAC H. et MASSON-DAUM C., *V° « Copropriété »*, *J.-Cl. Civil Code*, fasc. 22 : Statut de la copropriété – Règlement de copropriété, 2010 (actualisation : janv. 2020), n°3. Si les auteurs reconnaissent l'existence d'éléments à caractère institutionnel, ils estiment malgré tout que « le caractère conventionnel [est] bien

que le règlement susmentionné soit établi par la loi ou, le cas échéant, modifié par le juge ou une décision majoritaire des copropriétaires réunis en assemblée¹³⁷⁵. Certains voient donc, dans le règlement de copropriété, un acte à caractère institutionnel¹³⁷⁶, bien qu'une majorité d'auteurs préfèrent déceler, dans ce règlement, un acte mixte dont la nature tiendrait à la fois du contrat et du statut¹³⁷⁷.

Sans avoir la prétention de trancher le débat sur la nature du règlement de copropriété, notons toutefois qu'il existe entre celui-ci et l'acte fondateur des communautés, de véritables points de convergence. Ces deux actes regroupent une pluralité d'individus afin de définir une « charte » destinée à régir les rapports mutuels¹³⁷⁸. Toutefois, le règlement de copropriété, à la différence de l'acte fondateur des communautés, ne se contente pas de poser un cadre visant à organiser les relations entre les parties. Il règlemente également la jouissance des parties communes et comporte surtout « des conventions entre propriétaires qui sont autant de titres constitutifs de droits réels perpétuels »¹³⁷⁹. Or, l'acte fondateur des communautés ne confère aucun droit réel aux parties qui y prennent part. En outre, le règlement de copropriété est soumis à un certain nombre de dispositions impératives imposées par la loi. Il doit, en effet, prévoir, pour l'immeuble concerné, les modalités d'application de la loi et l'adaptation des dispositions supplétives¹³⁸⁰. Il doit ainsi déterminer les parties communes (art. 3, L. 1965), les tantièmes de copropriété (art. 10, L. 1965), le fonctionnement et les pouvoirs des assemblées générales (art. 22, L. 1965), *etc.* Au contraire, l'acte fondateur des communautés paraît entièrement soumis à la liberté contractuelle et ne se voit imposer l'insertion d'aucune disposition impérative spécifique à la matière. Enfin, si le règlement de copropriété s'impose aux différents copropriétaires et à leurs ayants cause, son opposabilité aux ayants cause à titre particulier est

prépondérant ». Notons que la qualification d'acte unilatéral collectif a également été retenue par un auteur : LAGRAULET P.-E., « Nature de l'obligation de paiement des charges et règlement de copropriété », *AJDI* 2020, p. 598. Cette qualification nous paraît toutefois peu opportune en ce qu'il impose des droits et obligations à chacune des parties et crée, entre les parties, des liens de nature contractuelle. V. not. Civ. 3^{ème}, 28 févr. 1969, *Bull. civ.* IV, n°187, *JCP G* 1970, II, 16220, note BÉCHADE J.

¹³⁷⁵ LAFOND J., *V°* « Copropriété », *J.Cl. Notarial Formulaire*, fasc. 40 : règlement de copropriété – Force obligatoire – opposabilité, 2015 (actualisation : janv. 2020), n°3.

¹³⁷⁶ LOMBOIS C., « Commentaire de la loi du 10 juillet 1965 », *D.* 1966, législ. 93 et 425.

¹³⁷⁷ En ce sens, V. not. LAFOND J., *art. préc.*, n°5 ; KISCHINEWSKY-BROQUISSE É., *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4^{ème} éd., 1989, p. 595, n°539 ; CAPOULADE P. et TOMASIN D. (dir.), *La copropriété 2018/2019*, coll. Dalloz action, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p. 302, n°311.21 ; TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil – Les biens*, *op. cit.*, p. 538 et s., n°635 et s ; VIGNERON G., *V°* « Règlement de copropriété. Généralités - Champ d'application », *J.Cl. Construction - Urbanisme*, fasc. 93-10, 2011, n°15 ; ATIAS Ch., *Droit civil - Les biens*, coll. Manuel, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, p. 286 et s., n°379 et s.

¹³⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 24 mai 1989, n°87-20047, *Bull. civ.* III, n°117, p. 64.

¹³⁷⁹ ATIAS Ch. et Le RUDULIER N., *V°* « Copropriété des immeubles bâtis : statut et structure », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, n°142.

¹³⁸⁰ CHARLIAC H. et MASSON-DAUM C., *art. préc.*, n°14.

subordonnée par la loi à sa publication au fichier immobilier (art. 13, L. 1965)¹³⁸¹. L'acte fondateur des communautés n'est, quant à lui, soumis à aucune mesure semblable et sera simplement obligatoire à l'égard des parties et opposable aux tiers en application du droit commun des contrats (art. 1103, 1199 et 1200 C. civ.).

Partant, il existe des similitudes évidentes entre le règlement de copropriété et l'acte fondateur des communautés tenant notamment à la nature complexe de l'acte, au nombre de parties et à la définition préalable des droits et obligations de chacun. Et bien qu'il s'agisse d'une opération distincte qui n'a pas vocation à être utilisée dans le cadre des communautés, il est nécessaire de constater l'existence de figures originales dont l'esprit, bien que différents à certains égards, se rapproche de ce que l'on trouve en matière de partage eu égard à la volonté de définir un cadre préalable aux relations futures des parties et ayant vocation à en assurer la pérennité.

312. Rapprochement impossible avec les réseaux de distribution – D'autres formes d'organisation contractuelles permettent à des contractants de se regrouper pour organiser leurs relations futures. Tel est notamment le cas en droit de la distribution. La distribution permet aux différents producteurs ou importateurs de proposer des biens et services aux consommateurs. Pour ce faire, ils mettent régulièrement en place des réseaux, c'est-à-dire des « système[s] d'organisation de la distribution couvrant un territoire déterminé (plus ou moins vaste) par un circuit court de coopération contractuelle », qui se traduit souvent par « la domination d'une entreprise sur une autre »¹³⁸². Plus précisément, un auteur a présenté le réseau comme « le produit des contrats conclus entre le promoteur du réseau et les adhérents au réseau, poursuivant le même objectif et créant par là un effet de synergie »¹³⁸³. Il s'agit alors d'un ensemble contractuel réunissant les différents contrats passés entre le prometteur du réseau et les adhérents¹³⁸⁴. Là encore, si les contractants se regroupent pour prévoir, à l'avance, les modalités de leurs relations, la situation diffère de ce que l'on trouve en matière de partage. En ce domaine, il ne s'agit pas d'établir l'organisation et le fonctionnement de relations commerciales entre le prometteur et les différents distributeurs, afin de proposer des biens et

¹³⁸¹ GRIMALDI C., *Droit des biens*, coll. Manuel, LGDJ – Lextenso édition, 2^{ème} éd., 2019, p. 536, n°595.

¹³⁸² LE TOURNEAU Ph. et ZOIA M., *V° « Synthèse – Réseaux de distribution »*, *J.-Cl. Contrat – Distribution*, 2018, n°2.

¹³⁸³ FERRIER D., « La considération juridique du réseau », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 95 et s., spéc. p. 96, n°4 ; AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, p. 8, n°3.

¹³⁸⁴ GRIGNON Ph., *V° « Distribution »*, *Rép. com.*, Dalloz, 2016 (actualisation : févr. 2019), n°33 ; AUJENDRE G., « Les réseaux de distribution », *RJ com.* 1997, p. 136.

services aux consommateurs. L'acte fondateur des communautés, s'il organise effectivement à l'avance le cadre dans lequel devront se développer les relations, n'a pas vocation à régir des rapports commerciaux¹³⁸⁵, ce à quoi il convient d'ajouter l'absence d'une quelconque domination d'un membre sur un autre. Les communautés instaurent, par nature, une égalité entre chacun de leurs adhérents qui tous sont placés sur un pied d'égalité et pourront échanger, entre eux, des biens, services et savoir-faire sans que l'un puisse imposer une quelconque situation de supériorité à son cocontractant. Par conséquent, si l'économie de partage fonctionne malgré tout sur l'idée de « réseau », puisque le maillage de relations contractuelles auquel elle donne lieu ne peut que renvoyer à cette figure, il ne peut s'agir de réseaux juridiques tels que l'entend le droit de la distribution, mais de simples réseaux de relations au sens courant du terme.

313. La distinction entre l'acte fondateur, la société et l'association – Bien que les membres des communautés puissent décider, par la suite, d'organiser leur groupement sous une forme sociale ou associative, il est nécessaire de distinguer l'acte fondateur des communautés du potentiel contrat de société ou d'association qui pourra être conclu ultérieurement ou concomitamment entre les membres. En effet, la mise en place des communautés peut se faire en dehors des cadres que représentent les différents types de sociétés ou l'association. Il est loisible aux membres de s'accorder simplement sur les différentes règles de fonctionnement, notamment par la rédaction d'une charte, sans formalité particulière. Initialement, l'économie de partage se développe plutôt de manière informelle et les regroupements d'individus n'ont pas besoin de s'organiser de la sorte pour être valablement constitués. Si la création d'une forme sociale ou associative dotée, de préférence, de la personnalité morale est fortement conseillée¹³⁸⁶, rien n'interdit aux individus désireux de former une communauté de partage, de s'en tenir à une figure contractuelle distincte et, plus précisément, à celle du contrat-cadre. Or, si au stade de la formation des communautés, les membres fondateurs ont la volonté de coopérer pour assurer la bonne réalisation de leur projet, l'on ne saurait toutefois confondre cet *animus cooperandi* avec un quelconque *affectio societatis*¹³⁸⁷. La volonté de coopérer à un projet commun ne se confond pas avec celle de participer aux bénéfices et de contribuer aux pertes,

¹³⁸⁵ V. *infra*, n°497 et s.

¹³⁸⁶ V. *infra*, n°354 et s.

¹³⁸⁷ Sur la distinction de l'*animus cooperandi* et de l'*affectio societatis*, V. LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, p. 344 et 345, n°433.

et il serait réducteur d'affirmer que dans toutes les communautés de partage, l'existence d'une telle volonté permet de présumer celle de l'*affectio societatis*.

314. La qualification de contrat-cadre de l'acte fondateur des communautés – Rappelons à titre liminaire que le terme contrat vient du latin *contractus*¹³⁸⁸, dérivé de *contrahere* : « rassembler, réunir, conclure »¹³⁸⁹. Pour déceler la présence d'un tel acte, il faut pouvoir mettre en lumière une rencontre de volontés entre des parties ayant chacune un intérêt à la formation d'un contrat (qu'ils soient convergents ou divergents), et que celui-ci produise effectivement des effets de droit¹³⁹⁰ permettant de matérialiser l'existence de débiteurs et de créanciers. Partant, l'acte par lequel les membres fondateurs s'accordent pour créer, entre eux, une communauté, et déterminer les éléments essentiels de son fonctionnement, ne peut qu'être subsumé sous la catégorie juridique étudiée. Les individus se regroupent, afin de déterminer les droits et obligations de chacun à l'égard des autres membres pris individuellement ou de la collectivité. Un échange des consentements donne donc naissance à un acte conférant aux parties la qualité de créancier et de débiteur de certaines obligations. Toutefois, la nature spécifique des opérations passées au sein des communautés influence nécessairement la nature du contrat fondateur.

Plus précisément, en matière de partage, il semble impossible de définir, à l'avance, l'ensemble des relations contractuelles à venir et nécessaires au bon fonctionnement des communautés. Bien que celles-ci ne puissent prospérer que par un jeu d'échanges réciproques, ces derniers ne peuvent être prédéfinis au stade du contrat originel puisqu'ils sont intrinsèquement dépendants des besoins immédiats des membres, ainsi que des relations précédentes. Le contrat originel se contente donc de lier les parties quant à la réalisation de l'objet du contrat : la poursuite de l'intérêt commun. Les membres s'engagent alors à développer les liens au sein de la communauté par des échanges de biens, services ou savoir-faire, dans le respect des valeurs inscrites dans l'acte fondateur qui, dès lors, semble devoir être qualifié de contrat-cadre¹³⁹¹. Les contrats de partage étudiés précédemment, et reliant

¹³⁸⁸ Le terme *contractus* signifie littéralement « contrat, convention, traité ». V. GOELZER H., « *Contractus* », *Dictionnaire latin*, Garnier, 1928, p. 174.

¹³⁸⁹ GHESTIN J., « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

¹³⁹⁰ V. *supra*, n°199 à 202. Sur la nécessité que l'accord des volontés produise des effets de droit, V. GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2000, p. 81 et s., spéc. n°8 et s ; ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 426 et s.

¹³⁹¹ CREDA, *Le contrat-cadre*. 1, *Exploration comparative*, *op. cit.*, p. 67 et 68, n°91 : les auteurs distinguent ainsi le contrat-cadre du contrat à exécution successive en rappelant « qu'il ne suffit pas, à lui seul, à réaliser l'objet de l'opération et que, pour ce faire, il suppose la conclusion de véritables contrats ». Il existe un « élément de complexité [qui empêche] que l'on puisse ou que l'on veuille régler toutes les modalités d'exécution de l'opération

successivement *Primus* à *Secundus* puis *Secundus* à *Tertius*, en sont, alors, les contrats d'application. Or, à la différence d'une société ou d'une association, le contrat ne se contente pas de définir les règles de fonctionnement régissant les relations des associés ou sociétaires avec la collectivité (participation aux assemblées générales, distribution des bénéfices lorsque la structure a vocation à en dégager, *etc.*). Ce sont véritablement les exigences auxquelles devront satisfaire les relations interindividuelles entre les membres qui sont ici envisagées. Certes, les associés et sociétaires ne sont pas empêchés de contracter entre eux. Toutefois, un tel contrat n'est pas conclu pour leur permettre de nouer par la suite des relations interindividuelles, contrairement au contrat-cadre fondateur des communautés qui a pour vocation d'organiser ces relations.

En outre, il existe, pour les membres des communautés, une réelle nécessité de contracter : il s'agit là de la condition *sine qua non* du bon fondement et de la pérennité de la communauté, qui n'a de sens qu'en permettant de donner vie aux relations interindividuelles conclues en leur sein. L'on pourrait alors considérer ce contrat-cadre originel comme un contrat synallagmatique imposant à chacune des parties, des obligations réciproques et interdépendantes¹³⁹². Chaque membre s'engage à faire vivre la communauté tout en respectant les cadres imposés et les valeurs qui la sous-tendent, et c'est au regard de l'engagement collectif que tous acceptent d'être liés dans les mêmes conditions.

315. Quid de l'effet relatif des conventions ? – Se pose toutefois la question de l'impact que peut avoir, sur le contrat originel, l'entrée de nouveaux membres au sein de la communauté. Puisque ces derniers n'ont pas participé à sa rédaction et n'ont alors pas directement exprimé leur consentement aux conditions posées pour la réalisation des contrats d'application, doit-on considérer qu'ils sont liés par ce contrat originel ? En réalité, cette situation n'est pas spécifique au partage, et se rencontre dans les relations d'affaires classiques. Or, en ce cas, l'on explique que le contrat-cadre implique la conclusion de contrats d'application « le plus souvent entre les

au moment où les parties s'engagent sur un objet donné ».

¹³⁹² Selon les auteurs du premier traité de droit de la distribution, « une large fraction de la doctrine considère-t-elle le contrat-cadre comme un accord synallagmatique imposant à chacune des parties des obligations spécifiques qui se servent mutuellement de cause » : MOUSSERON J. M., BURST J. J., CHOLLET N., LAVABRE Ch., LELOUP J. M. et SEUBE A., *op. cit.*, p. 167 et 168, n°203 ; Dans le même sens, V. SEUBE A., *Le contrat de fourniture*, Th. Montpellier, 1970, p. 217, n°255 ; DALLANT E., « Rapport sur Com. 29 janv. 1968 », *D.* 1968, p. 341. V. également Paris, 11 juil. 1966, *RJ com.* 1967, p. 479, spéc. p. 85, note BELLENGER A.-J. Dans cet arrêt, la Cour d'appel estime que le « contrat se présente sous la forme d'une convention synallagmatique » et « comporte des obligations réciproques ».

mêmes parties, mais pas toujours »¹³⁹³. Tel est notamment le cas d'un contrat-cadre conclu entre deux sociétés mères et de contrats d'application liant leurs filiales respectives. Le principe de l'effet relatif (art. 1199 C. civ.) voudrait que ces dernières ne soient pas tenues par les termes du contrat-cadre qui n'engagent, en principe, que les sociétés mères. Elles peuvent toutefois être liées si les contrats d'application mentionnent expressément leur adhésion aux stipulations du contrat-cadre.

La question se pose également en matière de partage dans la mesure où la communauté a vocation à s'accroître et à intégrer de nouveaux membres au fur et à mesure de son développement. Par définition, les individus rejoignant le groupe après sa formation, et donc postérieurement à la conclusion du contrat-cadre, n'y sont pas parties. Toutefois, il serait impraticable d'exiger une renégociation du contrat originel dès l'entrée d'un nouveau membre. Il est alors nécessaire qu'à son arrivée, chaque membre exprime clairement sa volonté d'adhérer au contrat-cadre originel afin d'être lié par ses stipulations et permettre, ainsi, l'adjonction de contractants à ceux présents initialement. Dans ces conditions, l'acte originel pourra définir le cadre global applicable à l'ensemble des contrats à venir, que les parties contractantes aient été présentes à l'origine ou qu'elles aient rejoint le groupe après sa conclusion.

316. Un contrat d'adhésion – Il n'y a alors plus qu'un pas à franchir dans la réflexion pour reconnaître, dans ce contrat-cadre, un contrat d'adhésion. Ces contrats, dont la paternité de la dénomination doit être attribuée à Saleilles¹³⁹⁴, ont été décrits comme ceux « dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même »¹³⁹⁵. Prenant la suite de ces travaux, la doctrine continua, tout au long du XX^{ème} siècle, à dessiner les contours de la notion de contrat d'adhésion¹³⁹⁶. Le Code civil ayant conçu le contrat sur le modèle du contrat de gré à gré, accord librement négocié entre deux parties placées sur un pied d'égalité, aucun régime spécifique

¹³⁹³ LAVABRE Ch., « Éléments de la problématique du contrat cadre », *RJDA* 2002, p. 603 et s., spéc. n°2 ; CREDA, *Le contrat-cadre. 1, Exploration comparative, op. cit.*, p. 79, n°111.

¹³⁹⁴ CHÉNÉDÉ F., « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1re partie) », *RDC* 2012, p. 241.

¹³⁹⁵ SALEILLES R., *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F. Pichon, Successeur, 1901, p. 229 et 230, art. 133, n°89.

¹³⁹⁶ DEREUX G., « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, p. 503 ; BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, préf. B. Goldman, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973 ; TESTU F.-X., « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, doct. 3673.

n'était attaché à la catégorie précitée¹³⁹⁷. Et bien que certains aient pu décrire le contrat d'adhésion comme « une catégorie improductive, oisive sur le terrain des règles juridiques »¹³⁹⁸, deux règles furent dégagées par la doctrine et la jurisprudence : les clauses abusives doivent être réputées non écrites¹³⁹⁹, lorsque les clauses ambiguës doivent, quant à elles, s'interpréter en faveur de l'adhérent¹⁴⁰⁰. Celles-ci figurent désormais aux articles 1171 et 1190 du Code civil, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats ayant explicitement consacré la figure du contrat d'adhésion¹⁴⁰¹, sans aller jusqu'à en faire la nouvelle *summa divisio* du droit commun comme le recommandaient pourtant certains auteurs¹⁴⁰².

Nous l'avons dit, le contrat-cadre fondant la communauté est édicté lors de la réunion des membres fondateurs et n'a pas vocation à être renégocié toutes les fois qu'un nouvel adhérent rejoindra le groupe déjà constitué¹⁴⁰³. De par leur entrée dans la communauté, les membres acceptent les termes de l'engagement, les obligations imposées à chaque contractant, et adhèrent aux objectifs et valeurs inscrits dans l'acte fondateur. Toutefois, puisque celui-ci doit être qualifié de contrat d'adhésion, toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties devra être exclue et pourra être réputée non écrite sur le fondement des clauses abusives. Et si l'idéologie sous-tendant les modes de consommation participatif au sens large pourrait laisser penser qu'une telle précaution est vaine, l'actualité récente souligne l'existence de clauses abusives là où l'on aurait spontanément tendance à penser que les différents rapports contractuels sont relativement équilibrés. C'est ainsi que le 30 septembre 2020, la Commission des clauses abusives publia une liste de 117 clauses abusives présentes au sein des contrats permettant le partage de vélo, trottinettes, scooters et voitures en libre-service¹⁴⁰⁴. Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'un domaine

¹³⁹⁷ LATINA M., *V°* « Contrat : généralités », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : fév. 2020), n°208 ; BRENNER C. et LEQUETTE S., *V°* « Acte juridique », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, n°245 ; BERLIOZ G. *th. préc.*, n°2 et s., p.7 et s.

¹³⁹⁸ GHESTIN J., LOISEAU G. et SERINET Y. M., *La formation du contrat*, tome 1, *le contrat, le consentement*, coll. *Traité de droit civil*, Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 503, n°696.

¹³⁹⁹ V. not. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n°89-20.999, *Bull. civ. I*, n°153, p. 101, *JCP G* 1991. II. 21763, note PAISANT G. ; *D.* 1991, p. 449, note GHESTIN J. ; *D.* 1991, p. 320, obs. AUBERT J.-L. ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. MESTRE J. ; *adde* CHÉNEDÉ F., « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2e partie) », *RDC* 2012, p. 1017 et s., spéc. n°18.

¹⁴⁰⁰ V. not. Civ. 1^{ère}, 4 juin 1985, n°83-17.230, *Bull. civ. I*, n°175, p. 159 ; Paris, 28 mars 1989, *D.* 1989, *inf. rap.* 122 ; Paris, 27 nov. 1991, *D.* 1992, *inf. rap.* 69 ; TESTU F.-X., *art. préc.*, n°15.

¹⁴⁰¹ REVET T., « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », *D.* 2016, p. 1771.

¹⁴⁰² REVET T., « L'incohérent cantonnement par l'Assemblée nationale du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018, p. 124, spéc. n°3 ; *contra.*, TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. *Précis*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 132 et s., n°111.

¹⁴⁰³ Cela n'exclut pas que les membres se réunissent pour rediscuter les termes du contrat-cadre et le faire évoluer en fonction des besoins de la communauté. Toutefois, il s'agira d'une démarche volontaire et concertée qui n'a dès lors pas vocation à se produire chaque fois qu'un nouveau membre adhère au groupe.

¹⁴⁰⁴ V. le communiqué de la Commission des clauses abusives du 30 septembre 2020 renvoyant à la

relevant de l'économie de partage, l'actualité des modes de consommation collaboratifs souligne l'absence d'incompatibilité de principe entre les nouveaux modes de consommation et la présence de déséquilibres significatifs.

Pourtant, le contrat d'adhésion a une allure particulière en matière de partage puisqu'il est réalisé par les membres des communautés pour s'appliquer à leurs rapports interindividuels. Contrairement à ce que l'on retrouve classiquement, il n'y a pas une partie en position de supériorité qui imposerait sa loi aux adhérents : l'intérêt des rédacteurs du contrat-cadre se confond avec celui des différents membres qui auront vocation à rejoindre la communauté. Dans la mesure où les membres poursuivent tous un objectif commun au-delà de leurs seules aspirations individuelles, il n'existe pas véritablement de confrontation entre les intérêts d'une partie faible et d'une autre qui serait en mesure d'abuser de sa position de supériorité.

Ce contrat-cadre d'adhésion d'un genre nouveau est donc indiscutablement marqué par une connotation particulière que l'on retrouve également en droit de la distribution. En effet, il met en place, au-delà d'une simple permutation de valeurs et de la poursuite d'un intérêt commun, une véritable coopération entre les parties.

B. Un contrat-cadre de coopération

317. Une division des contrats en trois catégories – Pendant longtemps, la doctrine a opéré une distinction entre les contrats organisant un transfert de valeurs et ceux ayant pour objet de mettre en place une véritable mise en commun entre les parties (1). Mais la capacité d'une distinction bipartite à saisir la réalité de la pratique contractuelle contemporaine doit désormais être questionnée. Puisque la définition du contrat « dépend [...], en grande partie, de la vision que l'on adopte de cet acte éminemment social et des relations interindividuelles »¹⁴⁰⁵, il semble nécessaire, aujourd'hui, d'admettre l'existence d'une troisième classe de contrats organisant une véritable coopération des parties afin d'aboutir à un projet commun¹⁴⁰⁶. Or, le contrat-cadre originel donnant naissance à une communauté de partage illustre parfaitement cette nouvelle

Recommandation n°20-01 relative aux contrats de location de moyens de transports individuels en libre-service adoptée le 2 juillet 2020 et publié au Bulletin officiel de la Consommation, de la Concurrence et de la Répression des fraudes le 28 septembre 2020.

¹⁴⁰⁵ ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 425.

¹⁴⁰⁶ « Les contrats d'intérêt commun évoquent incontestablement les figures qui se glissent dans l'interstice de l'échange et de l'organisation ». Pour en tenir compte, le Professeur Suzanne Lequette « propos[e] un modèle contractuel qui rende compte [de cette] réalité économique nouvelle : la coopération » : LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012., p. 12, n°7.

catégorie de « contrats-coopération », selon une formule dont la maternité doit être attribuée au Professeur Suzanne Lequette¹⁴⁰⁷ (2).

1. La distinction classique opposant les échanges aux distributions

318. La conception du contrat héritée du Code civil : le contrat-échange – Saisir la notion de contrat n'est pas chose aisée : il n'y aurait pas « d'essence contractuelle »¹⁴⁰⁸, de « contrats par nature »¹⁴⁰⁹ ou de « notion "pure" de contrat »¹⁴¹⁰. Toutefois, malgré les incertitudes inhérentes à une notion dépendant inévitablement du contexte économique et social, les rédacteurs du Code civil ont appréhendé le contrat comme un « échange économique égalitaire de l'instant »¹⁴¹¹. Cette conception classique de la notion était alors sous-tendue par trois présupposés : l'égalité et la rationalité des contractants, ainsi que la recherche, par chacun, de son propre intérêt¹⁴¹². L'échange économique permettant à tout individu de satisfaire son intérêt personnel semble être ainsi le trait caractéristique du contrat pris dans son acception traditionnelle. Une telle conception exclut donc, de la sphère contractuelle, les opérations de mise en commun¹⁴¹³ et permet, dès lors, de considérer que la figure classique du contrat est celle du « contrat-échange ». Autrement dit, les rédacteurs du Code ont conçu le contrat comme l'instrument d'une permutation instantanée et isolée à l'image de la vente¹⁴¹⁴, et si la « fonction d'échange économique » ne suffit certes pas à le résumer, elle demeure malgré tout prépondérante¹⁴¹⁵. Le contrat synallagmatique à titre onéreux est ainsi le paradigme sur lequel repose le Code puisque, dans cette conception, le contrat est avant tout l'instrument d'un

¹⁴⁰⁷ LEQUETTE S., *th. préc.*

¹⁴⁰⁸ TRUCHET D., « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in *Le droit contemporain des contrats* (dir. L. Cadet), Economica, 1987, p. 185 et s., spéc. p. 186.

¹⁴⁰⁹ SINKONDO M.-H., « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD civ.* 1993, p. 239 et s.

¹⁴¹⁰ Edelman B., « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, chron. 2315 cité par ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 425.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 427.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 428.

¹⁴¹³ HAMELIN J. F., *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, p. 1, n°2.

¹⁴¹⁴ ANCEL M. E., « La vente dans le Code civil : raisons et déraison d'un modèle contractuel », in *Code civil et modèles*, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2005, p. 285 et s. ; LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. n°15, p. 223 ; FABRE-MAGNAN M., « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 302, n°1. Selon l'auteur, « l'unique modèle sur lequel a raisonné le Code civil pour élaborer son droit commun des contrats est le contrat instantané d'échange, qui se réalise en un trait de temps, principalement le contrat de vente » ; ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. Paris, 1965, p. 568 et s., n°185.

¹⁴¹⁵ ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 435.

échange économique¹⁴¹⁶. Il « repose sur un antagonisme de principe : chacun [...] a ce que l'autre veut, et l'âme du contrat tient toute dans une substitution pacificatrice, assouvissant leurs désirs »¹⁴¹⁷. Les parties ont donc des intérêts distincts et opposés¹⁴¹⁸. Selon Demogue, il s'agit là de la caractéristique principale de l'acte bilatéral qui n'est autre qu'une « transaction entre deux intérêts opposés »¹⁴¹⁹, lorsque le contrat serait caractérisé, selon M. Roujou de Boubée, par un accord de volontés réalisant « un compromis entre des intérêts antagonistes ou tout au moins différents »¹⁴²⁰. On le voit, le contrat a été pensé comme l'instrument permettant de concilier les intérêts des parties qui, loin de rechercher un bénéfice pour autrui, contractent avant tout pour « maximiser [leur] profit et minimiser [leur] perte au détriment de l'autre »¹⁴²¹.

Notons toutefois que malgré l'appellation « contrat-échange », cet archétype de la figure contractuelle est moins caractérisé par un véritable échange au sens économique que par le transfert de valeurs opéré par l'opération¹⁴²². En effet, cette première espèce de contrat ne réalise pas uniquement des permutations : si tel était le cas, il nous faudrait écarter de cette sphère l'ensemble des contrats unilatéraux puisque, par nature, ces derniers ne peuvent donner lieu à aucun échange¹⁴²³. En effet, et contrairement à une opinion doctrinale majoritaire contraire¹⁴²⁴, les contrats dont il est ici question, également appelés « commutations », ne doivent pas se limiter aux seuls contrats synallagmatiques. Rappelons que le terme « *commutatio* » a été utilisé par Saint Thomas pour traduire le *synallagma* aristotélicien. Or, celui-ci englobe tout à la fois « deux allers sans retours », autrement dit les contrats synallagmatiques¹⁴²⁵, qu'un « aller-retour » c'est-à-dire les contrats de restitution comme le

¹⁴¹⁶ GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *art. préc.*, p. 81 et s.

¹⁴¹⁷ LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. n°14, p. 222.

¹⁴¹⁸ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghazi, Economica, 2008, p. 28, n°19 et p. 58 et s., n°51 et s. ; LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 4, n°3.

¹⁴¹⁹ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, I, Sources des obligations, t. 1*, 1923, p. 37, n°16 bis.

¹⁴²⁰ ROUJOU DE BOUBÉE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961, p. 13.

¹⁴²¹ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 28, n°19. Dans le même sens, V. ROUHETTE G., V° « Contrat », in *Encyclopædia Universalis*, 1993, p. 469 et s., et s. n°2, p. 471 ; GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé (recherches sur les sources de l'obligation)*, Th. Paris II, 2005, p. 320, n°481-1 : « le cocontractant partie à un contrat-échange agit dans son intérêt, et s'il paraît "prendre en compte les intérêts de l'autre", c'est afin de mieux servir le sien ».

¹⁴²² CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 29 et s., n°22 et s.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 32 et s., n°27 et s. et p. 113 et s., n°122.

¹⁴²⁴ LUCAS-PUGET A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, p. 206, n°389 et p. 216 et s., n°406 et s. L'auteur propose notamment de créer une catégorie nouvelle aux côtés des contrats-échange et des contrats-distribution : « la fourniture d'une ou plusieurs prestations » ; MIGNOT M., « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004/4, p. 2153 et s., spéc. p. 2189, n°58.

¹⁴²⁵ SÉRIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777 et s., spéc. n°2, p. 779 et 780.

commodat ou le dépôt qui sont, à n'en pas douter, des contrats unilatéraux¹⁴²⁶. Dans l'ensemble de ces contrats, un bien ira d'un patrimoine à l'autre puis fera retour au patrimoine initial (aller-retour), ou sera remplacé par un autre bien de sorte qu'au terme de l'opération, chacun aura un bien différent de celui qu'il détenait à l'origine (deux allers sans retours)¹⁴²⁷. Et puisqu'Aristote semble considérer le cautionnement, le *commodat* et le dépôt comme appartenant à la classe des commutations volontaires, tout comme la vente et l'échange¹⁴²⁸, il est possible d'en déduire que cette catégorie de contrats n'impose pas nécessairement l'existence d'un « va-et-vient entre les parties »¹⁴²⁹. Il n'y a, par définition, aucun transfert bilatéral au sein des contrats susvisés, seul un transfert unilatéral de service pouvant être caractérisé. Une telle observation conduit à refuser que les commutations, et donc, de fait, les contrats-échange, soient réduits aux seuls transferts bilatéraux et ainsi, aux échanges *lato sensu*. Mais à ces contrats, il convient également d'ajouter les libéralités qui, en réalisant un transfert unilatéral de valeur, s'intègrent au domaine des commutations¹⁴³⁰. Il n'existe, en effet, aucune raison logique de refuser aux donations et autres libéralités, l'accès au domaine des contrats-échange : si l'on admet les commutations unilatérales de services, il faut accepter d'inscrire l'ensemble des contrats réalisant un transfert de valeurs au sens large, qu'il s'agisse de biens ou de services, dans le cadre de ces derniers¹⁴³¹. Sous une telle perspective aristotélicienne, les contrats-échange doivent donc s'entendre de l'ensemble des contrats réalisant un transfert de valeur, que celui-ci soit synallagmatique ou unilatéral. Néanmoins, une telle classe de contrats demeure insuffisante, à elle seule, pour décrire de manière exhaustive la réalité contractuelle dans son ensemble.

319. L'existence d'une catégorie de contrats organisant une mise en commun – Les contrats ne réalisent pas nécessairement un transfert de valeur et peuvent également assurer une mise en commun à l'instar du contrat de société. Bien que certains auteurs aient continué à lui préférer la qualification de contrat synallagmatique¹⁴³², nombreux sont les auteurs à l'avoir opposé à la

¹⁴²⁶ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 33, n°27.

¹⁴²⁷ SÉRIAUX A., *Contrats civils*, coll. Droits fondamentaux, PUF, 2001, p. 16, n°3.

¹⁴²⁸ SAINT-THOMAS D'AQUIN, *Commentaire de l'Ethique à Nicomaque*, trad. Y. Pelletier, Livre V, Leçon 4, §929.

¹⁴²⁹ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 38, n°30.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 37, n°29 ; *contra*, SÉRIAUX A., « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801 et s., spéc. n°2. L'auteur affirme ainsi explicitement que « le don est un acte de distribution » ; SÉRIAUX A., *Contrats civils, op. cit.*, p. 21, n°2 ; LUCAS-PUGET A.-S., *th. préc.*, p. 206, n°389 ; MIGNOT M., *art. préc.*, p. 2153 et s., spéc. p. 2188 et 2189, n°58.

¹⁴³¹ DESROSIERS J. B., *Soyons justes*. t. II, *Justice commutative : restitution*. *Contrats*, Ed. de l'Institut Pie-XI, 1945, p. 155 et 156 ; CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 39, n°32.

¹⁴³² Pour Pothier notamment, le contrat de société est un contrat synallagmatique car « chacune des parties, par ce contrat, s'oblige réciproquement envers les autres » : POTHIER R. J., *Traité du contrat de société, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Debure l'ainé et J. Rouzeau-Montaut, 1764, p. 6, n°6 ; *contra*, LIBCHABER R., « La société, contrat spécial », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel*

vente afin de démontrer l'existence d'une classification bipartite. En effet, puisque les associés ont pour projet, non pas d'échanger, mais de mettre en commun les valeurs apportées par chacun afin d'en créer de nouvelles¹⁴³³, il semble plus opportun de classer ce type de contrats, non pas parmi les commutations, mais au sein d'une catégorie regroupant les opérations de distribution. En ce sens, Grotius distingue les contrats selon qu'ils « laissent les intérêts des parties séparés, ou les réunissent »¹⁴³⁴. Les premiers, qu'il nomme également les « actes d'intérêt à part » s'illustrent notamment au travers de la vente ou de l'échange, et s'opposent ainsi au contrat de société puisque ce dernier fait partie des actes mettant en commun, dans l'intérêt partagé des contractants, leurs actions et/ou leurs biens¹⁴³⁵. L'on découvre une idée similaire chez Dumoulin qui distingue les contrats consistant en « commutation, ou récompense mutuelle », et ceux qui « consistent en communication »¹⁴³⁶, c'est-à-dire en une mise en commun¹⁴³⁷. L'usage du terme « communication » n'est pas spécifique à Dumoulin et se retrouve également chez Domat pour qui les engagements se forment « soit par des communications gratuites, [soit] par des commerces »¹⁴³⁸.

La distinction opposant les contrats comme la vente aux contrats organisant une mise en commun fut ultérieurement reprise par les commentateurs du Code civil. Colin et Capitant distinguèrent, ainsi, les « contrats intéressés » où chaque contractant poursuit uniquement la satisfaction de son propre intérêt, des contrats créant une « communauté d'intérêts », dans lesquels les efforts de chacun sont unis afin d'aboutir à un « but commun »¹⁴³⁹.

320. L'apparition conceptuelle des contrats-organisation – L'on doit toutefois la consécration d'une véritable notion désignant les contrats opérant une mise en commun, à MM. les Professeurs Didier et Sériaux. Le second propose de distinguer les échanges (*synallagma*), des « alliances » qui représenteraient des « prestations réciproques totales » au sein desquelles « les alliés se donnent mutuellement l'un à l'autre [et] s'engagent réciproquement à s'unir pour le meilleur et pour le pire »¹⁴⁴⁰ ; ou les opérations de commutation (« échanges *lato sensu* »)

Jeantin, Dalloz, 1999, p. 281 et s., spéc. p. 283 à 286, n°3 et 4.

¹⁴³³ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 58, n°70.

¹⁴³⁴ GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, t. I, trad. J. Barbeyrac, Pierre de Coup, 1724, p. 418, § III, n°1.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, p. 420, § IV.

¹⁴³⁶ DUMOULIN Ch., « Sommaire du livre analytique des contrats, usures et rentes constituées, interests et monnoyes », in *Caroli Molinaei, Francia et Germaniae celeberrimi jurisconsulti*, t. II, sumptibus Caroli Osmont, 1581, n°2, p. 333.

¹⁴³⁷ Le terme « communication » vient du latin *communicatio* qui dérive, lui-même, de *communicare* c'est-à-dire « mettre en commun » : CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 41, n°5.

¹⁴³⁸ DOMAT J., *Traité des lois*, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, chap. II, p. 8.

¹⁴³⁹ COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie Dalloz, 1915, p. 679, n°756.

¹⁴⁴⁰ SÉRIAUX A., *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 110, n°125.

des « opération de (re)distribution » dont le but est « d'organiser par avance, entre personnes membres d'un même groupe, et, en général, lors même de la constitution de ce groupement, la manière dont se répartiront les biens nouvellement acquis grâce à l'effort de tous et de chacun »¹⁴⁴¹. Le Professeur Paul Didier quant à lui, oppose aux contrats-échange, les « contrats-organisation »¹⁴⁴². Il explique ainsi, selon une formule désormais bien connue, que « les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A. Les contrats-organisation instituent une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe. Le premier type de contrats établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger. Le deuxième type de contrats, au contraire, crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents, même si cela n'exclut pas des situations de divergence »¹⁴⁴³. Les contrats-échange relèveraient alors de la justice corrective (ou commutative) lorsque les contrats-organisation, en permettant une opération de distribution, dépendraient de la justice distributive¹⁴⁴⁴.

321. L'admission générale d'une distinction bipartite – S'il est un point désormais acquis, c'est bien la nécessité de distinguer les contrats permettant un échange de valeurs, de ceux organisant une mise en commun de biens ou de services afin de satisfaire un intérêt collectif¹⁴⁴⁵. La figure du contrat-organisation décrite par le Professeur Didier est alors couramment retenue par la doctrine pour évoquer cette classe de contrats à laquelle appartient le contrat de société¹⁴⁴⁶. La terminologie utilisée suscite généralement l'adhésion puisque le terme

¹⁴⁴¹ SÉRIAUX A., *Contrats civils, op. cit.*, p. 15, n°3.

¹⁴⁴² DIDIER P., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.* 1995, p. 74 ; DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz - PUF - Juris-classeur, 1999, p. 635.

¹⁴⁴³ DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », *art. préc.*, p. 635 et s., spéc. p. 636.

¹⁴⁴⁴ SÉRIAUX A., « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801 et s., spéc. n°2 ; DIDIER P., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.* 1995, p. 74 et s., spéc. p. 75 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, I - Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 5ème éd., 2019, p. 12 à 14, n°21 à 23 ; HAMELIN J. F., *op. cit.*, p. 3, n°6.

¹⁴⁴⁵ V. toutefois la critique du Professeur Jean-Baptiste Seube qui considère la distinction comme artificielle et archaïque et énonce qu'il « est plus juste de dire que tous les contrats sont des contrats organisation, même si les formes de l'organisation sont variables, allant de la simple obligation jusqu'à l'institution d'une structure commune » : SEUBE J. B., « La relativité de la distinction des "contrats organisation" et des "contrats échange" », *Journal des sociétés, mensuel du juriste et de l'entreprise* avril 2008, p. 38 et s., spéc. p. 39 et 40.

¹⁴⁴⁶ ROCHFELD J., *op. cit.*, p. 449, n°14 : « il se trouve des contrats qui servent davantage la construction d'une

« organisation » fait écho à « l'idée d'une tâche à réaliser » et d'une « division de l'activité envisagée »¹⁴⁴⁷ : le contrat-organisation porterait donc bien son nom puisqu'il intervient, contrairement au contrat-échange, lorsqu'il s'agit d'établir les conditions d'exercice d'une activité commune. Néanmoins, certains auteurs ont proposé d'autres terminologies¹⁴⁴⁸. Les « contrats d'échange *lato sensu* » furent ainsi opposés aux « contrats associatifs »¹⁴⁴⁹ ; les « contrats-duel » aux « contrats-unisson »¹⁴⁵⁰, ou les « contrats de type échangiste » aux « contrats de type synergique »¹⁴⁵¹. Peu importent les vocables retenus, l'échange et la recherche de l'intérêt personnel de chaque contractant sont sans cesse opposés à la mise en commun, à une collaboration des parties en vue d'atteindre un intérêt collectif. Constitue ainsi un échange au sens large, le contrat au sein duquel se mêlent « deux intérêts adverses [...] qui conservent cependant leur individualité ; chaque partie poursuit un but opposé à celui de l'autre, mais qui réside en ce qu'elle veut bénéficier précisément de la prestation que l'autre entend lui procurer. L'échange contractuel n'est donc ni pure opposition ni harmonie totale, mais conciliation et transaction : les deux parties, si elles ont en vue un seul et même résultat pratique (l'échange, considéré dans la totalité de ses éléments), expriment la diversité de leurs intérêts particuliers et il est conforme à l'esprit de l'opération que chacun veuille obtenir le plus en cédant le moins »¹⁴⁵². Au contraire, le contrat organisant une mise en commun, comme le contrat de société ou le contrat d'association *stricto sensu*, réunit des individus poursuivant « non plus des fins personnelles, mais un but identique : la réalisation d'une même œuvre. Le contrat ne vise pas dans ce cas à apaiser un conflit d'intérêts divergents en opérant, par lui-même, leur composition ; dès avant la conclusion du contrat, les oppositions ont été réduites et un intérêt commun unique [...] est apparu, qui est seul recherché. Les parties n'étant point antagonistes, leurs prestations ne sont pas dirigées de l'une vers l'autre [...]. Le contrat est à base de coopération, non de dettes réciproques ». Il y a, alors, une répartition des avantages obtenus grâce à la collaboration des parties¹⁴⁵³.

structure collective et sociale durable, aux services de la poursuite d'un intérêt commun ou d'intérêts différents coalisés » ; DIDIER P., *Droit des affaires I*, Les cours de droit, 1985, p. 17 et s.

¹⁴⁴⁷ DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », *art. préc.*, p. 635 et s., spéc. p. 637 ; DIDIER P., *Droit des affaires I, op. cit.*, p. 19 et s.

¹⁴⁴⁸ Pour un état des lieux des différentes positions doctrinales, V. LATINA M., *art. préc.*, n°225 et s.

¹⁴⁴⁹ ANCEL M. E., *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, p. 121 et s., n°173 et s. s'agissant du « contrat d'échange *lato sensu* » et p. 140 et s., n°193 et s. s'agissant du « contrat associatif » ; ROUHETTE G., « Contrat », *art. préc.*, p. 469 et s., spéc. p. 471 et 472.

¹⁴⁵⁰ MICHALAUSKAS M., *L'association*, Th. Paris I, 2003, p. 214 et s., n°151 et s.

¹⁴⁵¹ BERGMANS B., « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé, Contribution à une théorie générale des contrats », *RRJ* 1990, p. 413 et s., spéc. p. 441 et s., n°113 et s.

¹⁴⁵² ROUHETTE G., *V° « Contrat »*, *art. préc.*, p. 469 et s., spéc. p. 471.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, spéc. p. 472.

322. Contrat-partage et contrat-alliance – Cependant, deux autres appellations retiennent l’attention. Tout d’abord, le Professeur Chénéde proposa de remplacer le nom de « contrat-organisation » par celui de « contrat-partage ». Cette substitution sémantique serait justifiée par la nécessité d’insister, non pas sur le moyen permettant aux parties de réaliser l’opération économique envisagée, mais sur la finalité de celle-ci, à savoir un partage de valeurs (autrement dit, l’exécution d’une distribution)¹⁴⁵⁴. Cela permettrait, au demeurant, d’éviter des erreurs de qualification conduisant à inclure, dans cette catégorie, des contrats mettant effectivement en place une organisation sans toutefois réaliser une véritable distribution¹⁴⁵⁵ (contrats-cadre¹⁴⁵⁶, transaction¹⁴⁵⁷, *etc.*). Le vocable « partage » serait ainsi plus opportun pour deux raisons : il permettrait de décrire l’opération par laquelle des individus prennent part à une communauté unique ainsi que la répartition qui s’opère entre eux¹⁴⁵⁸.

Le Professeur Hamelin, prenant acte des critiques émises à l’encontre de l’appellation « contrat-organisation », à savoir l’imprécision inhérente au concept d’organisation, la possibilité pour les parties à un contrat-échange de mettre également en place une « véritable organisation »¹⁴⁵⁹, la potentialité qu’aucun organe ne soit institué notamment s’agissant des sociétés en participation, *etc.*¹⁴⁶⁰, rejette à son tour l’appellation de contrat-organisation. Toutefois, il reproche au terme « partage » utilisé par le Professeur Chénéde, de renvoyer certes à l’idée de communauté, mais pour faire écho à sa disparition¹⁴⁶¹ : il explique ainsi que « le partage ne peut tout au plus que succéder à une distribution ou répartition »¹⁴⁶². Ce n’est donc pas directement à la mise en commun que renvoie l’appellation « partage », alors même que l’alliance entre les cocontractants est la clef de voûte des distributions¹⁴⁶³. De plus, le partage, au contraire de la distribution, permet de transformer les droits détenus par les parties de la communauté, en « droits privatifs existant indépendamment de celle-ci »¹⁴⁶⁴. À l’inverse, la distribution n’a aucun impact sur la nature des droits détenus par l’une des parties mais permet

¹⁴⁵⁴ CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 115, n°123.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, nbp 1.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 118 et 119, n°129.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 125 et s., n°135 et s. ; *contra*, ANCEL M. E., *th. préc.*, p. 140 et 141, n°193 ; LUCAS-PUGET A.-S., *th. préc.*, p. 237 et 238 n°433.

¹⁴⁵⁸ CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 47, n°39.

¹⁴⁵⁹ SEUBE J. B., « La relativité de la distinction des “contrats organisation” et des “contrats échange” », *art. préc.*, p. 38 et s., spéc. p. 39.

¹⁴⁶⁰ HAMELIN J. F., *op. cit.*, p. 6 et 7, n°9.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 7, n°10 ; LATINA M., *art. préc.*, n°226.

¹⁴⁶² HAMELIN J. F., *op. cit.*, p. 7, n°10.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 8, n°11.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 7, n°10.

de justifier l'attribution d'un droit nouveau ou la mise en place d'une charge à l'égard d'un membre de la communauté. Comme l'explique ainsi le Professeur Sériaux, « les distributions ont, à l'évidence, un caractère *constitutif* de l'ordre juridique en ce sens que chacun des copartagés y reçoit un bien *nouveau* qui, avant l'opération de distribution, n'était pas encore à proprement parler " le sien " »¹⁴⁶⁵. Pour l'ensemble de ces raisons, le Professeur Hamelin préfère évoquer la notion de « contrat-alliance »¹⁴⁶⁶. Ledit contrat doit organiser une mise en commun de biens ou de services. Il a donc un objet commun aux différentes parties : la réalisation d'une activité¹⁴⁶⁷ qui doit, de plus, être exercée dans l'intérêt de l'ensemble des cocontractants¹⁴⁶⁸.

Cependant, et bien que la majorité des auteurs s'accorde sur l'existence d'une classification en deux branches, il semble que cette dernière apparaisse encore insuffisante pour saisir avec justesse, la réalité contractuelle contemporaine.

2. L'appréhension du contrat-cadre original à l'aune d'une figure intermédiaire : la coopération

323. Une multiplication bienvenue des modèles contractuels – Les modèles contractuels que connaissent pratique et doctrine au début du siècle ne sont plus exactement les mêmes aujourd'hui : les opérations économiques réalisées par le contrat ne peuvent se limiter aux transferts de valeurs ou aux hypothèses de mise en commun au sein desquels des parties dont les intérêts convergent, se partagent le résultat d'une opération économique commune. La figure du contrat a subi d'importantes transformations au cours des dernières décennies et l'on ne saurait plus nier, aujourd'hui, qu'il existe une figure intermédiaire à l'échange et à l'organisation (1). Cette nouvelle espèce de contrat, appelée « contrat-coopération », a ainsi le mérite d'offrir un réceptacle plus adapté aux opérations économiques irréductibles aux deux

¹⁴⁶⁵ SÉRIAUX A., *Le droit naturel*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2^{ème} éd., 1999, p. 26.

¹⁴⁶⁶ Notons toutefois que l'auteur admet la pertinence de deux autres appellations à savoir, celles de « contrat de type synergique » et de « contrat-concentration ». Cependant, pour des questions de forme, il leur préfère celle de « contrat-alliance » : HAMELIN J. F., *op. cit.*, p. 8, n°11 ; LATINA M., *art. préc.*, n°226.

¹⁴⁶⁷ HAMELIN J. F., *op. cit.*, p. 77 et s., n°99 et s. L'objet commun ne doit pas être confondu avec l'objet du contrat ni avec l'objet de l'obligation.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 104 et s., n°148 et s. Dans les contrats-alliance, l'intérêt commun renvoie « au fait que l'activité exercée par les alliés l'est dans l'intérêt de chacun d'entre eux » (n°151, p. 105). Certes, chaque allié a un intérêt distinct de celui des autres mais, à la différence du contrat-échange, ces intérêts sont convergents et non antagonistes « puisqu'ils sont tous définis par rapport au même avantage, l'exercice de l'activité commune ». Ainsi, « dans le contrat-alliance, la notion d'intérêt commun traduit la vocation de l'activité commune à satisfaire l'intérêt que chaque allié a exprimé en consentant au contrat-alliance » (n°156, p. 109).

figures classiques, et est alors d'un grand secours pour rendre compte, avec pertinence, de la nature du contrat-cadre originel (2).

a. *La nécessaire reconnaissance d'une figure intermédiaire : le contrat-coopération*

324. Crise du contrat¹⁴⁶⁹ ou « diversification des modèles contractuels »¹⁴⁷⁰ ? – L'on ne saurait plus, aujourd'hui, décrire le contrat comme relevant d'un modèle unique fondé sur l'antagonisme des parties. Ce constat n'est toutefois pas nouveau. Déjà, en 1974, le Professeur Oppetit soulignait le fait que « les nouvelles figures que la pratique contractuelle internationale propose à la réflexion des juristes infirment sensiblement le schéma contractuel classique du droit civil, qui repose sur l'idée que le contrat traduit la conciliation des intérêts opposés de deux personnes »¹⁴⁷¹. Le droit commun des contrats est ainsi amené à se développer pour tenir compte d'une pratique en constante évolution. L'on voit dès lors apparaître de nouveaux modèles contractuels fondés « sur la réduction de l'antagonisme entre les parties et la nécessité d'une coopération asservie à la poursuite d'un projet commun »¹⁴⁷². C'est ainsi que les notions d'intérêt commun, de coopération, et de collaboration, ont pris une ampleur d'une grande importance. Toutefois, plutôt que de servir une réflexion centrée sur la diversification des modèles contractuels afin d'aboutir à la reconnaissance d'une catégorie juridique de contrats fondée spécifiquement sur une collaboration entre les parties, ces différentes notions ont été utilisées comme fer de lance du solidarisme contractuel, qui souhaite se positionner comme une voie « à mi-chemin entre une conception dirigiste et une vision purement libérale du contrat »¹⁴⁷³. Les chefs de file de la doctrine solidariste ont alors mis en exergue l'existence d'un devoir de loyauté¹⁴⁷⁴ et de coopération entre les parties, qui se manifeste principalement

¹⁴⁶⁹ L'expression « crise du contrat » fait écho à l'article du Doyen Battifol paru en 1968. V. BATTIFOL H., « La "crise du contrat" et sa portée », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 13.

¹⁴⁷⁰ LATINA M., *art. préc.*, n°227.

¹⁴⁷¹ OPPETIT B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794 et s., spéc. p. 798.

¹⁴⁷² LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. n°21.

¹⁴⁷³ JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et patr.* 1998, p. 46 et s., spéc. p. 56 ; JAMIN Ch., « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz - PUF - Juris-classeur, 1999, p. 125 et s. spéc. p. 136 : « le solidarisme cherche une voie intermédiaire entre le socialisme et le libéralisme » ; V. également JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Le contrat au début du XXI^e siècle : Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s., spéc. p. 445. L'on retrouve la même idée générale chez le Professeur Mazeaud. V. MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz - PUF - Juris-classeur, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 608, n°6. Pour une critique, V. LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 258 et 259, n°13.

¹⁴⁷⁴ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*

au sein des relations contractuelles s'étalant dans le temps et où l'une des parties est en situation de dépendance vis-à-vis de l'autre¹⁴⁷⁵. Selon le Professeur Mazeaud, la coopération serait d'ailleurs « l'incarnation conceptuelle » du solidarisme contractuel : il s'agit, pour chaque contractant, de prendre en considération et de respecter « l'intérêt légitime de son partenaire »¹⁴⁷⁶, voire parfois, de le privilégier au sien¹⁴⁷⁷. Les parties ne devraient plus uniquement veiller à la défense de leurs propres intérêts mais également à ceux de leur cocontractant. Il s'agit ainsi de dépasser la conception individualiste du contrat pour le concevoir comme une « union d'intérêts équilibrés, un instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance »¹⁴⁷⁸. Il deviendrait, dès lors, le « creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires, ce qui se traduit par un double devoir de coopération et d'abnégation »¹⁴⁷⁹. En somme, la fraternité contractuelle, la solidarité, et l'altruisme¹⁴⁸⁰, seraient les mots d'ordre d'une vision renouvelée du contrat faisant la part belle à la notion de collaboration¹⁴⁸¹. Le

¹⁴⁷⁵ MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 et s., spéc. n°32. V. not. l'exigence de loyauté dans le contrat de coopération commerciale : PICOD Y., « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 805. De manière générale sur l'obligation de coopération : PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1998, doctr. 3318.

¹⁴⁷⁶ MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *art. préc.*, p. 295 et s., spéc. n°32 ; MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*, p. 603 et s., spéc. p. 618, n°15 : « l'esprit de solidarité contractuelle oblige chaque contractant à faire preuve d'un esprit de coopération tel que son cocontractant puisse, d'une part, profiter de la prestation exécutée à son profit, d'autre part, exécuter sans difficulté ses propres obligations ».

¹⁴⁷⁷ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*, p. 603 et s., spéc. p. 619, n°16.

¹⁴⁷⁸ MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 et s., spéc. n°3 ; dans le même sens, V. THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s., spéc. n°32.

¹⁴⁷⁹ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*, p. 603 et s., spéc. n°8, p. 609.

¹⁴⁸⁰ THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *art. préc.*, p. 357 et s., spéc. n°31 ; MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*, p. 603 ; rappelons que le Professeur Sériaux parlait d'aimer son cocontractant « comme un frère » : SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations (1998)*, coll. Droit fondamental, PUF, 2^{ème} éd., 1998, p. 229, n°55 ; notons toutefois que cette conception « morale » du solidarisme n'est pas partagée par tous, certains préférant sa version « sociale » en considérant ainsi qu'il « ne s'agit donc nullement d'affirmer une quelconque fraternité de nature sentimentale entre les parties » : JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; CHAZAL J. P., « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 99 et s., spéc. p. 121 et 121 ; de manière générale sur les différentes conceptions du solidarisme et les critiques qui peuvent leur être adressées, V. LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 ; c'est au Professeur Stoffel-Munck que l'on doit la distinction entre ces deux formes de solidarismes. V. STOFFEL-MUNCK Ph., « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », *D.* 2002, p. 1974 et s., spéc. n°16 ; GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé (recherches sur les sources de l'obligation)*, Th. Paris II, 2005, p. 314 et s., n°477.

¹⁴⁸¹ C'est ainsi que se substitueraient, au conflit d'intérêts entre les parties, « deux aspirations convergentes à collaborer » : THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s., spéc. n°6 ; l'émergence d'un « esprit de collaboration » avait déjà été soulignée par le Professeur

contrat devrait donc être perçu, non comme une opposition d'intérêts, mais comme un « instrument de solidarité »¹⁴⁸². Pour la doctrine solidariste, l'intérêt commun¹⁴⁸³ se retrouverait, quand à lui, dans l'ensemble des contrats puisque, dans tout échange marchand, il existerait une « communauté d'intérêts » justifiant la naissance d'un devoir de solidarité entre cocontractants¹⁴⁸⁴.

Cependant, cette « nouvelle crise du contrat »¹⁴⁸⁵ est loin de convaincre la majorité de la doctrine¹⁴⁸⁶, notamment en ce qu'elle tente d'appliquer, à l'ensemble des contrats, un modèle pensé pour le contrat de société. Il fut, en effet, reproché à Demogue, précurseur des idées solidaristes, de vouloir traiter les contrats-échange sur le modèle des contrats-organisation¹⁴⁸⁷ alors qu'ils représentent deux modèles économiques distincts : le marché et la firme¹⁴⁸⁸. La vente et le contrat de société n'ont que peu de choses en commun, leurs logiques sont différentes : les contrats-échange à l'image de la vente, du louage ou du prêt sont des contrats « fermé[s] » qui se forment « par un verrouillage mutuel d'une offre et d'une acceptation et se referme[nt] sur les parties et les autres personnes intéressées à l'échange » alors que les contrats-organisation, dont la société est la parfaite illustration, sont des contrats « ouvert[s] » qui se forment « par un processus d'agrégation qui peut être longtemps continué et qui n'est jamais irréversible »¹⁴⁸⁹. En conséquence, le modèle pensé pour les sociétés est totalement inadapté pour rendre compte, de façon pertinente, des contrats-échange. Dans ces derniers, les parties ont nécessairement des intérêts opposés : chacune gagne ce que l'autre perd¹⁴⁹⁰. Il est

Mestre. V. MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Renée Savatier*, PUF, 1985, p. 41 et s., spéc. p. 51.

¹⁴⁸² JAMIN Ch., « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7 et s., spéc. p. 13.

¹⁴⁸³ De manière générale sur la notion d'intérêt commun et les difficultés de définition, V. HASSLER T., « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 582.

¹⁴⁸⁴ MIGNOT M., « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004/4, p. 2153 et s., spéc. n°29. L'auteur s'oppose toutefois fortement à l'assimilation entre la communauté d'intérêts et la solidarité et estime, contrairement à la doctrine solidariste, que le contrat « ne donne naissance à aucune solidarité » entre les contractants.

¹⁴⁸⁵ JAMIN Ch., « Quelle nouvelle crise du contrat ? », *art. préc.* ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 52 et 53, n°48, b.

¹⁴⁸⁶ V. entre autres GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé (recherches sur les sources de l'obligation)*, *th. préc.*, p. 321 et s., n°482.

¹⁴⁸⁷ LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », *art. préc.*, p. 247 et s., spéc. p. 259 et 260, n°14 ; LEQUETTE Y., « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 879 et s., spéc. n°16 ; *contra*, JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 441 et s., spéc. p. 451 : selon le Professeur Jamin, Demogue ne renverrait pas au contrat de société mais à la « société dans son entier » ; V. également JAMIN Ch., « Quelle nouvelle crise du contrat ? », *art. préc.*, p. 7 et s., spéc. p. 12.

¹⁴⁸⁸ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p. 53, n°49.

¹⁴⁸⁹ DIDIER P., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.* 1995, p. 74 et s., spéc. p. 75.

¹⁴⁹⁰ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p. 54 et 55, n°49 et 50 : « Produit d'un rapport de force, les contrats-échange offrent un terreau qui n'est guère favorable à

dès lors inutile de vouloir transposer, à l'ensemble des contrats, ce qui a cours au sein d'une catégorie contractuelle particulière¹⁴⁹¹ et, si l'on ne peut nier l'existence d'une véritable volonté de coopération entre les parties, ce n'est pas au travers de la doctrine solidariste qu'il convient de traduire cet état de fait.

La coopération et l'intérêt commun doivent trouver une place en matière contractuelle, non pas parce que ces notions sont la preuve d'une crise du contrat et d'un bouleversement profond de la notion en tant que telle, mais parce qu'elles illustrent l'avènement d'un nouveau type de relations contractuelles qui, loin de se substituer aux contrats existants, viennent s'y ajouter. En ce sens, le Professeur Libchaber relève l'existence d'une catégorie nouvelle marquée par l'étalement de la relation dans le temps entre des parties non antagonistes qui poursuivent des intérêts convergents. L'on se retrouve donc face à une figure contractuelle originale dont l'étude a semble-t-il été délaissée¹⁴⁹². Toutefois, l'on aurait tort de prendre cette diversification des modèles contractuels pour le signe d'une mutation profonde du droit commun des contrats¹⁴⁹³. Il nous semble préférable de conserver le postulat de principe qui voit, dans l'inclinaison des Hommes à contracter, le moyen de satisfaire en premier lieu des intérêts personnels¹⁴⁹⁴, tout en offrant une place à des modèles contractuels où l'antagonisme entre les parties tend à disparaître en tout ou partie. Si crise il y a, celle-ci provient donc notamment de la réticence qu'éprouve la théorie générale du contrat à intégrer, en son sein, des modèles contractuels inédits¹⁴⁹⁵. C'est ainsi que le Professeur Suzanne Lequette, dans sa thèse de doctorat, préfère voir dans ce que certains appellent le « nouvel ordre contractuel »¹⁴⁹⁶, le signe

l'épanouissement de la solidarité, de la fraternité et de l'amitié dont certains voudraient faire les ressorts de la vie contractuelle ».

¹⁴⁹¹ Les tenants du solidarisme contractuel se proposent de « penser le contrat autrement » en se basant sur « les idées de loyauté, de solidarité et de fraternité » qui sont l'expression de la doctrine solidariste : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*, p. 603 et s., spéc. p. 632, n°30.

¹⁴⁹² V. toutefois l'analyse de Madame Amiel-Cosme sur la place de la collaboration parmi les nouveaux modèles contractuels : AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, p. 49 et s., n°42 et s ; Rappr. LEQUETTE S., « Les réseaux de contrats. Contribution à la théorie des groupes de contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1043 et s., spéc. n°7 et s., p. 1049 et s.

¹⁴⁹³ LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. n°23.

¹⁴⁹⁴ En ce sens, V. TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p. 54, n°49 : « Plutôt que de tableur sur une hypothétique solidarité humaine, il convient donc de conserver comme pierre angulaire du droit des contrats le fait que les hommes portent, très naturellement, dans leur grande majorité, plus d'attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui ».

¹⁴⁹⁵ Le Professeur Cabrillac soulignait, dès 1978, les difficultés rencontrées par la théorie générale du contrat face à « l'innovation commerciale » et aux diverses conventions sui generis créées par la pratique des affaires. V. CABRILLAC M., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.

¹⁴⁹⁶ MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *art. préc.*

d'un régime spécifique pensé pour les contrats d'intérêt commun et se développant en parallèle du modèle traditionnel¹⁴⁹⁷.

325. L'insuffisance de la distinction des contrats-échange et contrats-organisation face à la diversification des modèles contractuels – Il semble, dès lors, qu'une classification bipartite opposant l'échange à l'organisation, les commutations aux distributions, soit insuffisante pour prendre en compte les opérations fondées sur la coopération. Certes, l'existence de la catégorie des contrats-organisation, quel que soit le nom qu'on lui appose, permet de saisir les hypothèses de mise en commun où les parties, dont les intérêts convergent, cherchent à se partager les résultats d'une opération économique commune. Néanmoins, et bien que le terme « coopération » soit évoqué lors des développements relatifs aux contrats-organisation¹⁴⁹⁸, certaines opérations paraissent malgré tout exclues de la distinction évoquée. Il existe, en effet, toute une série de pratiques contractuelles qui semblent emprunter certaines de leurs caractéristiques tant aux contrats-échange qu'aux contrats-organisation¹⁴⁹⁹. Au regard de la nature hybride de ces opérations¹⁵⁰⁰, un rattachement à l'un des deux termes de la classification ne pourrait qu'être artificiel et fondé sur un choix arbitraire. La figure du contrat-organisation est donc insuffisante, à elle seule, pour appréhender, dans son ensemble, la diversification des modèles contractuels¹⁵⁰¹.

326. Les contrats d'intérêt commun : une figure irréductible à l'opposition des contrats-échange et des contrats-organisation – Si certains auteurs considèrent que les contrats d'intérêt commun doivent être classés parmi les contrats-échange¹⁵⁰², voire parfois avec le

¹⁴⁹⁷ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012, p. 5, n°3.

¹⁴⁹⁸ Le Professeur Didier explique, en ce sens, que les contrats-organisation « crée[nt] entre les parties les conditions d'un jeu de coopération » : DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », *art. préc.*, p. 635 et s., spéc. p. 636.

¹⁴⁹⁹ LEQUETTE S., « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *Revue de droit d'Assas*, février 2013, p. 66 et s., spéc. p. 67, n°3.

¹⁵⁰⁰ MIGNOT M., *art. préc.*, p. 2153 et s., spéc. p. 2174, n°32 : « entre les deux formes organisationnelles [...] que sont l'entreprise et le marché », « se glisse une panoplie d'accords hybrides ».

¹⁵⁰¹ En ce sens, le Professeur Libchaber estime que ce modèle « tire trop vers l'institution pour servir d'incarnation au renouvellement contemporain du droit des contrats ». L'auteur affirmait déjà en 2005, que « cette catégorie nouvelle ne comblera pas le besoin de renouvellement ». V. LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. p. 229, n°21.

¹⁵⁰² CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 134 et s., n°146 et s., spéc. p. 145, n°158 : « en dépit de leur incontestable particularité, les contrats dits d'intérêt commun appartiennent à la catégorie plus générale des contrats-échange » ; HAMELIN J. F., *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, p. 133 et s., n°186 et s.

contrat de société¹⁵⁰³, il semble toutefois nécessaire de les en distinguer¹⁵⁰⁴. Rappelons, à titre liminaire, ce qu'il convient de ranger sous cette étiquette. Lesdits contrats « reposent sur l'engrenage d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale [...]. L'obligation de chaque partie est alors conçue comme une étape sur la voie de la réalisation d'un projet commun »¹⁵⁰⁵. Il s'agit donc, pour l'une des parties, de fournir à son cocontractant, les moyens de réaliser une prestation dont l'exécution aura un intérêt pour chacune d'elle. Sans prétendre à l'exhaustivité, tel est notamment le cas des contrats d'édition où « l'auteur d'une œuvre de l'esprit [cède, à un] éditeur, le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre [...] à charge pour [ce dernier] d'en assurer la publication et la diffusion » (art. L. 132-1 CPI). Ainsi, l'auteur cède les droits sur son œuvre à l'éditeur afin que ce dernier la diffuse et puisse ainsi le rémunérer. Les deux parties ont donc un intérêt commun et tireront chacune profit du succès rencontré par la diffusion de l'œuvre. Mais l'on peut également citer certaines conventions du droit de la distribution comme les contrats de concession, de franchise ou de commission¹⁵⁰⁶. L'exemple le plus connu demeure cependant celui du mandat d'intérêt commun forgé par la jurisprudence¹⁵⁰⁷, où mandant et mandataire ont tous deux un intérêt à la réalisation de l'opération prévue par le mandat¹⁵⁰⁸. Le contrat permet la « réalisation d'un objet commun »¹⁵⁰⁹. Autrement dit, le mandataire ne trouve pas simplement un intérêt dans le salaire versé¹⁵¹⁰ (dans l'hypothèse où le mandat serait conclu à titre onéreux), mais également dans l'accomplissement de la mission confiée par le mandant : développement d'une clientèle commune¹⁵¹¹, etc. Les contrats seront donc d'intérêt commun en présence d'une

¹⁵⁰³ CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2^{ème} année : 1972-1973*, Les cours de droit, p. 314.

¹⁵⁰⁴ En ce sens, V. LEQUETTE S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148 ; LEQUETTE S., « Eclipse et renaissance d'une institution : de la commande au contrat d'intérêt commun », *RDC* 2018, p. 297 ; LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 90 et s., n°116 et s ; DESCORPS DECLÈRE F., *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération (contribution à l'étude du contrat évolutif)*, Th. Paris I, 2000.

¹⁵⁰⁵ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p. 472, n°418.

¹⁵⁰⁶ BRUNET A., « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz - Litec, 1983, p. 85 et s., spéc. p. 91 et s., n°13 et s. De manière générale sur les contrats d'intérêt commun en droit de la distribution, V. GRIGNON Ph., « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 127 ; *contra.*, LICARI F. X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. C. Witz, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002, p. 79 et 80. Pour l'auteur, le contrat de concession ne peut être considéré comme un contrat d'intérêt commun tel qu'il est entendu par ces auteurs. Pour une autre illustration du rejet de la qualification de contrat d'intérêt commun en matière de réseaux de distribution, V. AMIEL-COSME L., *th. préc.*, p. 95 et s., n°102 et s.

¹⁵⁰⁷ Cass. Civ. 13 mai 1885, *DP* 1885. I. 350 ; *S.* 1887. I. 220.

¹⁵⁰⁸ GRIGNON Ph., *art. préc.*, p. 127 et s., spéc. p. 131, n°8.

¹⁵⁰⁹ GHESTIN J., « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN-Joly éd., Litec, 1991, p. 105 et s., spéc. p. 111, n°7.

¹⁵¹⁰ Req., 1er mai 1907, *D.* 1907. I. 435 ; Cass. Civ., 4 mars 1914, *D.* 1916. I. 68 ; *Ibid.*, spéc. p. 111, n°7 ; BRUNET A., « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », *art. préc.*, p. 85 et s., spéc. p. 88, n°9 ; HASSLER T., « L'intérêt commun », *art. préc.*, p. 581 et s., spéc. p. 584.

¹⁵¹¹ BRUNET A., *art. préc.*, p. 85 et s., spéc. p. 88 et s., n°9 et s ; HASSLER T., *art. préc.*, p. 581 et s., spéc. p. 584.

convergence entre les intérêts des parties. Chacune d'elle poursuit son propre intérêt qui ne se confond pas, mais coïncide avec celui de l'autre : « l'intérêt commun c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes »¹⁵¹².

Ces contrats se situent à la frontière de l'échange et de l'organisation. Ils nécessitent, pour l'accomplissement du but commun, la réalisation d'une ou plusieurs permutations de valeurs : en cela, ils se rapprochent des contrats-échange. Toutefois, ils permettent également aux parties de mettre leurs forces en commun¹⁵¹³, ce qui les apparentent, en partie, aux contrats-organisation. Néanmoins, à la différence du modèle sociétaire, les parties au contrat d'intérêt commun ne renoncent aucunement à leur autonomie ni ne se fondent au sein d'une entité unique afin de courir, ensemble, les risques de l'entreprise¹⁵¹⁴. Ni totalement échange, ni entièrement organisation, ces différents contrats seraient le reflet d'une nouvelle réalité économique, d'une figure « hybride »¹⁵¹⁵ empruntant à la fois aux permutations et aux distributions. Or, les auteurs s'étant prononcés en faveur d'un rattachement à la catégorie des contrats-échange ne se sont pas affranchis du cadre de la distinction bipartite. Certes, entre l'échange et l'organisation, la première catégorie paraît plus appropriée puisque les contrats d'intérêt commun impliquent le recours à des permutations de valeurs. Cependant, un tel rattachement semble faire fi des particularités inhérentes aux contrats étudiés qui, contrairement aux contrats-échange classiques, mettent en lumière l'existence d'intérêts non pas antagonistes, mais convergents. L'on est alors en droit de s'interroger sur l'opportunité de rattacher lesdits contrats à une catégorie dont l'un des traits caractéristiques est de mettre en présence des parties aux intérêts opposés. En l'absence d'antagonisme entre les contractants, il paraît plus judicieux de placer les opérations étudiées au sein d'une classe de contrats pensée spécifiquement pour répondre à leurs particularités, plutôt que de continuer à les subsumer sous une catégorie mal ajustée.

327. L'émergence de la catégorie intermédiaire des contrats-coopération – Entre le marché et la firme, les économistes n'ont pas manqué de souligner l'existence d'un modèle intermédiaire¹⁵¹⁶. Chaque entreprise développe des compétences spécifiques qui peuvent être

¹⁵¹² HASSLER T., *art. préc.*, p. 581 et s., spéc. p. 585. Pour une critique de cette définition, V. LICARI F. X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. C. Witz, *th. préc.*, p. 80 et s.

¹⁵¹³ LEQUETTE S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *art. préc.*

¹⁵¹⁴ LEQUETTE S., « Eclipse et renaissance d'une institution : de la commande au contrat d'intérêt commun », *art. préc.* ; LEQUETTE S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *art. préc.* ; Dans le même sens, V. ANCEL M. E., *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, *Economica*, 2002, p. 124, n°175.

¹⁵¹⁵ LEQUETTE S., « Eclipse et renaissance d'une institution : de la commande au contrat d'intérêt commun », *art. préc.*

¹⁵¹⁶ V. COMBE E., « Pourquoi les firmes s'allient-elles ? Un état de l'art », *Rev. écon. pol.* 1998, p. 433 ;

utiles à d'autres. Ainsi, afin d'éviter des dépenses importantes, et pour s'adapter de manière réactive aux transformations du marché et aux nouvelles technologies, les entreprises vont mettre en commun leurs compétences et ressources complémentaires¹⁵¹⁷. Se développe alors une forme hybride de relation reposant sur une mise en commun des ressources et compétences propres à chacun et qui peut dès lors se rattacher, non à un modèle fondé sur l'échange ou l'organisation en tant que tel, mais à une forme de coopération¹⁵¹⁸. Cette réalité économique intermédiaire ne peut donc être traduite, sur le plan juridique, grâce aux deux modèles classiques connus et pratiqués jusqu'alors que sont le marché et la firme.

De manière identique aux économistes, certains juristes ont mis en évidence la présence de trois types de relations, tentant ainsi de traduire le modèle irréductible à l'échange et à l'organisation. Selon M. Licari, il serait possible de mettre en évidence un premier groupe de contrats dans lesquels les contractants ont des intérêts contraires, un autre au sein desquels les intérêts sont communs et, enfin, un troisième où l'une des parties met, entre les mains de l'autre, la défense de ses intérêts¹⁵¹⁹. Cette dernière catégorie ferait ainsi référence à ce que Demogue appelait, en son temps, les « contrats d'aide ou de commandement »¹⁵²⁰, au sein desquels l'éminent juriste plaçait notamment le mandat, le contrat d'entreprise ou le louage de service. Il s'agit, ici, de situations dans lesquelles l'une des parties est chargée, par l'autre, d'accomplir une mission de sorte qu'elle demeure placée, pendant la durée du contrat, sous l'autorité de cette dernière¹⁵²¹. Il y a donc, dans ces contrats, une « subordination d'intérêts », l'une des parties étant soumise aux instructions de l'autre¹⁵²². L'on retrouve une distinction similaire

TEUBNER G., « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion* 1993, p. 50 ; NORMAND J., « Pourquoi et comment les entreprises se rapprochent-elles ? Formes et modalités de coopération entre entreprises », in *La coopération entre entreprises, expériences et problèmes*, coll. Sciences sociales et administration des affaires, Vaillant-Carmanne, 1967, p. 25.

¹⁵¹⁷ MIGNOT M., *art. préc.*, p. 2153 et s., spéc. p. 2174 et 2175, n°33 : « Dans la mesure où aucune entreprise n'est autosuffisante et susceptible d'intégrer toute la spécificité nécessaire à la fabrication d'un produit, toute entreprise a besoin d'autres entreprises qui la lui apportent » ; GARETTE B., « Actifs spécifiques et coopération : une analyse des stratégies d'alliance », *Revue d'économie industrielle* 1989/4, p. 15.

¹⁵¹⁸ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, *th. préc.*, p. 11, n°7 ; LEQUETTE S., « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *art. préc.*

¹⁵¹⁹ LICARI F. X., « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au cessionnaire et au franchisé », *RLDA* 2007, p. 93 ; LICARI F. X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. C. Witz, *th. préc.*, p. 75 et s.

¹⁵²⁰ DEMOGUE R., « Des modifications aux contrats par la volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245 et s., spéc. p. 264 et s. DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Editeurs, 1923, p. 911, n°917 ter. On retrouve la terminologie de « contrat de commandement » dans la thèse de doctorat de M. Licari. V. LICARI F. X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. C. Witz, *th. préc.*, p. 74 et s.

¹⁵²¹ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, *op. cit.*, p. 911, n°917 ter.

¹⁵²² LICARI F. X., « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la

fondée sur les intérêts en cause dans les écrits du Doyen Cornu. Celui-ci identifiait ainsi trois catégories¹⁵²³ : les contrats exprimant un « antagonisme d'intérêts » qui représenteraient le « schéma de base » où les deux parties entrent en relation afin de satisfaire, avant tout, leur intérêt personnel ; les « contrats d'intérêts exclusifs » (mandat, dépôt, *etc.*), et les « contrats d'union » reposant sur un « communion d'intérêts » (société, associé, *etc.*)¹⁵²⁴.

Cependant, cette réalité intermédiaire décrite par Demogue et M. Licari ne semble pas à même de traduire avec justesse, l'ensemble des hypothèses évoquées précédemment, à cheval entre commutations et distributions. Pour tenir compte de la réalité contractuelle représentée par les contrats d'intérêt commun, le Professeur Suzanne Lequette réfléchit alors une nouvelle catégorie contractuelle des « contrats-coopération »¹⁵²⁵, pour lesquels l'ébauche d'une catégorie générale fut entreprise dès 2002 par le Professeur Marie-Elodie Ancel¹⁵²⁶. Dès lors, entre les contrats-échange et les contrats-organisation, une place devrait être réservée aux contrats-coopération dans lesquels « l'obligation instrumentale semble opérer un transfert de valeurs

reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au cessionnaire et au franchisé », *art. préc.*

¹⁵²³ LEQUETTE Y., « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats », in *Hommage à Gérard Cornu : droit et sagesse*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2009, p. 35 et s. spéc. p. 38 et 39, n°4.

¹⁵²⁴ CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2e année : 1972-1973, op. cit.*, p. 313 et s., spéc. p. 314.

¹⁵²⁵ La catégorie des contrats-coopération pourrait également permettre de saisir les accords de coopération inter-entreprises comme les contrats de consortium ou de joint venture : LEQUETTE S., « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *art. préc.*, p. 66 et s., spéc. p. 71, n°10 ; LEQUETTE Y., « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *art. préc.*, p. 879 et s., spéc. p. 896, n°19. Notons que le Professeur Libchaber avait déjà appelé à tourner le regard vers la notion d'intérêt commun pour tenir compte du renouveau de la pratique contractuelle. Ladite notion permettrait ainsi d'élaborer une théorie spécifique à la situation contractuelle « fondée sur la réduction de l'antagonisme entre les parties et la nécessité d'une coopération asservie à la poursuite d'un projet commun ». V. LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. p. 229 et s., n°21. Antérieurement, le souhait de développer la catégorie des contrats d'intérêt commun se retrouve principalement chez deux auteurs. V. CABRILLAC M., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s., spéc. p. 246, n°17. Le Professeur Cabrillac évoquait ainsi l'idée de « dégager une notion de contrat de collaboration » ; CORNU G., obs. sous TC Paris, 14 avr. 1972, *RTD civ.* 1973, p. 145, spéc. p. 147. V. également les développements de Madame Amiel-Cosme sur « l'accord-cadre de collaboration » : AMIEL-COSME L., *th. préc.*, p. 34 et s., n°21 et s. ; *contra*, DESCORPS DECLÈRE F., *th. préc.*, p. 6 et s., n°8. Pour l'auteur, les contrats d'intérêt commun ne pourraient être qualifiés de contrat de coopération car il importe, pour aboutir à une telle qualification, que « l'objet de l'obligation principale de chaque partie comme l'objet de leur prestation so[ient] identiques : il s'agit de coopérer à la réalisation - objet de l'obligation - de l'objectif commun - objet de la prestation ». Or, dans les contrats d'intérêt commun, l'objet de l'obligation des parties diffère. Par exemple, le mandataire a l'obligation d'accomplir un acte juridique au nom et pour le compte du mandant, lorsque ce dernier doit rémunérer le mandataire pour l'exécution de sa prestation. À l'inverse, « un véritable accord de coopération serait caractérisé à titre principal par une unicité de cause et d'objet pour chacune des deux parties : coopérer dans le démarchage d'une clientèle commune - l'objet -, pour partager au même titre les bénéfices réalisés avec celle-ci - la cause ».

¹⁵²⁶ ANCEL M. E., *th. préc.*, p. 123 et s., n°175 et s.

dans l'intérêt exclusif du créancier », lorsque « l'obligation finale réalise l'exploitation de l'entreprise dans l'intérêt commun des parties »¹⁵²⁷.

b. *L'application de la qualification de contrat-coopération au contrat-cadre originel*

328. Le contrat originel : un contrat-cadre de coopération ? – Les membres fondateurs de la communauté négocient les termes d'un contrat-cadre afin de définir, à l'avance, les lignes directrices devant régir les contrats d'application. Ces derniers sont, à n'en pas douter, des contrats-échange puisqu'ils réalisent tous un transfert de valeurs : *Primus* obtient de *Secundus* la réalisation d'une prestation de service ou la fourniture d'un bien, lorsque *Secundus* demande à *Tertius*, grâce à la créance obtenue suite à sa relation avec *Primus*, la réalisation d'une nouvelle prestation, qu'il soit question de la fourniture d'un bien, service ou savoir-faire. Qu'il s'agisse de contrats unilatéraux ne modifie en rien leur nature puisque, nous l'avons dit, les commutations ne peuvent être réduites au domaine des contrats synallagmatiques et doivent ainsi être caractérisées toutes les fois qu'un transfert unilatéral ou multilatéral de valeurs est décelé¹⁵²⁸. Cependant, les relations de partage ne peuvent être étudiées au travers d'un prisme unique se limitant aux différents échanges conclus successivement entre les membres des communautés. Ceux-ci ont certes vocation à satisfaire l'intérêt personnel des individus composant le groupe (lorsque *Primus* demande à *Secundus* de lui prêter sa tondeuse à gazon, c'est avant tout parce qu'il a, à ce moment précis, besoin d'un tel engin). Toutefois, le choix de demander la réalisation de ce type de prestations, non dans le système marchand traditionnel, mais au sein d'une communauté de partage, n'est pas insignifiant : chaque membre s'engage, lors de son entrée dans le groupe, à faire vivre la communauté afin de participer à la réalisation des objectifs fixés dans l'acte fondateur. Les différents contrats-échange passés successivement entre les membres du groupe sont donc indiscutablement liés au contrat originel puisqu'ils ne pourraient exister en son absence, et qu'ils ont pour dessein de satisfaire l'intérêt collectif au-delà de l'intérêt personnel des contractants pris individuellement.

Partant, l'on ne peut que remarquer les similitudes existantes entre la figure décrite précédemment et l'opération d'ensemble réalisée dans le cadre des communautés : la réalisation d'une multitude de transferts de valeurs contentant, *a priori*, les intérêts individuels des contractants en présence permet d'atteindre le but fixé par le contrat originel, à savoir la satisfaction de l'intérêt commun des parties. L'acte fondateur pourrait ainsi être considéré

¹⁵²⁷ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 143, n°201.

¹⁵²⁸ Sur ce point, V. *supra*, n°318.

comme un contrat-cadre de coopération, défini par le Professeur Suzanne Lequette comme celui qui « précise la nature du projet commun, les contributions à fournir ainsi que les objectifs qui doivent être atteints »¹⁵²⁹.

329. L'inadaptation de la qualification de contrat-échange ou de contrat-organisation –

En effet, le contrat originel ne peut être considéré comme un contrat-échange puisqu'il ne réalise, en lui-même, aucun transfert de valeurs. Mais il ne peut pas plus être rattaché au domaine des contrats-organisation bien qu'il permette également de réunir des individus dans la perspective de satisfaire un but commun. En effet, contrairement à ces derniers, le contrat originel ne prévoit pas la manière dont se répartiront les fruits d'une activité commune puisque, par définition, une telle activité n'existe pas. Plus précisément, il faut remarquer que la réalisation de l'intérêt collectif ne passe pas, en matière de partage, par l'organisation d'une activité conjointe, mais par l'agrégation des différents contrats-échange successifs.

À la différence d'un contrat de société, où chaque associé agit directement dans l'intérêt de la personne morale sans en retirer un bénéfice personnel autre que la répartition des bénéfices, les contractants du partage parviennent à la réalisation de l'intérêt collectif grâce à la conclusion d'accords destinés, en premier lieu, à la satisfaction de leurs besoins individuels. La démarche est donc bien différente puisque les associés décident d'affecter un certain nombre de ressources à une « entreprise commune » (art. 1832 C. civ.) : l'objet social. Ce dernier peut se définir comme « la ou les activités que les associés se proposent de faire exercer par la société » et « se distingue du but social, qui consiste à partager les résultats que procurent cette ou ces activités »¹⁵³⁰. Il sera donc nécessaire, pour les associés, de passer un certain nombre de contrats pour acheter le matériel essentiel à l'activité de la société, louer des locaux adaptés, *etc.* Cependant, contrairement aux membres de la communauté, ce n'est pas la conclusion des différents contrats-échange utiles à la société qui intéressent directement les associés, mais le résultat qu'ils permettent d'atteindre : la réalisation de bénéfices et leur distribution subséquente. Or, on l'aura compris, les communautés de partage n'ont pas d'objet social à proprement parler et il n'est pas question, pour le contrat originel, d'organiser, par avance, la répartition de biens acquis au nom du groupe grâce à un effort commun. Les membres ne

¹⁵²⁹ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 169, n°240 : « Outre la définition des grands axes du projet de coopération, le contrat-cadre prévoit la conclusion de différents contrats qui, conclus en application de cet accord, naissent comme les maillons juridiques de l'opération générale de coopération ».

¹⁵³⁰ LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020, p. 189, n°246.

réalisent aucun apport au bénéfice de la communauté, contrairement aux associés qui ont l'obligation de mettre un bien à la disposition de la société ou de lui faire profiter d'une activité¹⁵³¹. L'adoption de la loi PACTE¹⁵³² et les nouvelles dispositions consacrant les notions « d'intérêt social » et de « raison d'être » de la société, n'apportent vraisemblablement aucune modification substantielle en la matière. Si désormais la loi précise que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociétaux et environnementaux de son activité », la première partie de la disposition s'abstient de toute définition de la notion. Or, les tribunaux utilisent de longue date l'intérêt social pour contrôler la validité de certains actes en sanctionnant ceux qui iraient à son encontre¹⁵³³. Dès lors, l'article 61 de la loi PACTE ne fait qu'inscrire dans les textes une notion exploitée depuis de nombreuses années, le législateur n'ayant pas saisi l'occasion de préciser son contenu ou son domaine d'application¹⁵³⁴. La faculté de faire figurer la « raison d'être » de la société dans les statuts, notion également dépourvue de définition expresse, renverrait quant à elle à ce qui est « indispensable [à la société] pour remplir l'objet social »¹⁵³⁵. Là encore, la portée des précisions insérées par le législateur est donc véritablement incertaine¹⁵³⁶. Mais dans un cas comme dans l'autre, l'adoption de la loi PACTE ne semble pas devoir modifier les précédentes affirmations quant à la recherche, par les associés, de l'intérêt de la personne morale afin d'en retirer, subséquemment, un intérêt personnel résidant dans la distribution des bénéfices.

Pour toutes ces raisons, il est impossible de considérer l'acte fondateur des communautés de partage comme un contrat-organisation puisque l'on est incapable de démontrer l'existence d'une véritable activité commune et, de fait, d'un partage de ses résultats.

¹⁵³¹ Les associés peuvent effectuer trois types d'apports : un apport en numéraire, en nature ou en industrie. Ce dernier type d'apport renvoie à « l'activité, [la] prestation de service [ou le] travail personnel réalisé pour la société bénéficiaire de l'apport » : *Ibid.*, p. 163 et s., n°200 et s., spéc. p. 178, n°229.

¹⁵³² Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n°0119 du 23 mai 2019.

¹⁵³³ V. not. en matière d'abus du droit de vote, Com. 18 avr. 1961, *Bull. civ.* III, n° 175, *JCP* 1961. II. 12164, note BASTIAN D. ; sur le juste motif de révocation, V. Com. 7 juin 1983, n°81-11.437, *Bull. civ.* III, n°168, *Rev. sociétés* 1983, p. 796, note Le CANNU P. ; sur la responsabilité du dirigeant social, Com. 7 oct. 1997, *Vrignon et autre c/ SARL Hall Décor et autre*, n°94-18.553, *Bull. Joly* 1997, p. 1074, § 385, note DAIGRE J.-J.

¹⁵³⁴ TADROS A., « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p. 1765 et s., spéc. n°7 ; SCHMIDT D., « La loi Pacte et l'intérêt social », *D.* 2019, p. 633.

¹⁵³⁵ Le rapport Notat-Sénard définit la raison d'être comme, « l'expression de ce qui est indispensable pour remplir l'objet social » : NOTAT N. et SENARD J.-D., *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances du Travail, 9 mars 2018, p. 4.

¹⁵³⁶ LIENHARD A., « Loi PACTE : consécration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux », *Dalloz actualité* 16 avril 2019 ; TADROS A., « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *op. cit.*, p. 1765 et s., spéc. n°21 et s.

330. L'intérêt collectif dans le contrat-cadre originel – Les contrats-coopération organisant, « non la permutation de deux valeurs, ni l'affectation de valeurs à une entreprise commune, mais plutôt la mise en relation des actifs communs complémentaires des parties dans le cadre d'un projet commun »¹⁵³⁷, l'on serait ainsi tenté de voir, dans le contrat originel, un contrat de type coopérationniste. Les intérêts des différents membres ne sont pas identiques (*Primus* est intéressé par la prestation proposée par *Secundus*, lorsque celui-ci éprouve un besoin satisfait par ce que *Tertius* est en mesure d'offrir), mais convergent malgré tout vers la réalisation d'un même but : la prospérité de la communauté et la réalisation des objectifs fixés (consommation durable, entraide, création de lien social, *etc*). Chaque contractant a, en effet, intérêt à ce que les relations soient pérennes et à ce qu'un maximum d'opérations soit réalisé afin que le jeu des créances circulaires permette à chacun de satisfaire ses besoins. Les différents membres des communautés, en proposant des biens, services ou savoir-faire, mettent, à la disposition de tous, leurs compétences personnelles : la rencontre de ces aptitudes complémentaires permet le succès de l'économie de partage. Le contrat originel semble, dès lors, pouvoir être qualifié de contrat-cadre de coopération en ce qu'il permet de jeter les bases des relations futures tissées entre les membres, de définir les objectifs du groupement et impose à tout un chacun de faire vivre la communauté tout en respectant les valeurs qui la sous-tendent. L'intérêt collectif pourra alors être atteint grâce à la coopération de tous les membres du groupe qui joueront, à tour de rôle, le jeu des échanges réciproques : le contrat-cadre de coopération et la succession des différents contrats d'application formeront ainsi un « complexe contractuel » matérialisant une « forme originale d'interdépendance contractuelle »¹⁵³⁸. Chacun peut alors recevoir, de sa communauté, l'aide recherchée et la satisfaction de ses besoins personnels tout en contribuant au développement d'une économie plus humaine, recentrée sur le lien social, l'entraide et la solidarité, tournée vers le respect de l'environnement, la valorisation des savoirs, *etc*.

331. L'absence d'engrenage d'une prestation finale et instrumentale – Cependant, les contrats-coopération mis en évidence par le Professeur Suzanne Lequette ont, pour particularité, de reposer sur « l'engrenage d'une obligation instrumentale et d'une obligation finale »¹⁵³⁹.

¹⁵³⁷ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, Paris, 2012, p. 133, n°186 ; LEQUETTE S., « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *Revue de droit d'Assas*, février 2013, p. 66 et s., spéc. p. 70, n°8 ; LATINA M., *V°* « Contrat : généralités », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : fév. 2020), n°226.

¹⁵³⁸ LEQUETTE S., « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 1043 et s., spéc. n°4, p. 1047.

¹⁵³⁹ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 142, n°201. Le Professeur Ancel énonce également cette idée d'engrenage à propos des contrats d'intérêt commun en évoquant « une première roue (la prestation réelle, "instrumentale" [...] qui est

C'est l'exemple typique du contrat d'édition où l'auteur transfère les droits sur son œuvre à l'éditeur (prestation instrumentale), afin que ce dernier l'exploite et puisse ainsi le rémunérer grâce aux bénéfices tirés de cette exploitation (prestation finale)¹⁵⁴⁰. L'exécution de la prestation instrumentale permet donc à l'auteur de donner à l'éditeur, les moyens d'exploiter l'œuvre et est ainsi indispensable à la réalisation du projet commun aux deux parties. Or, *a priori*, un tel « rapport d'adéquation moyen-fin »¹⁵⁴¹ caractérisé par l'engrenage d'une prestation instrumentale et finale ne se retrouve pas en matière de partage. Certes, la prestation de *Secundus* lui permet d'obtenir des grains et de demander, par la suite, une prestation à *Tertius*, créant ainsi une succession d'opérations permettant la réalisation de l'intérêt collectif des membres. Toutefois, il ne s'agit pas de réaliser une opération en deux temps, les prestations de *Secundus* et de *Tertius* n'ayant pas matériellement besoin l'une de l'autre pour exister. Lorsque *Secundus* coupe les cheveux de sa voisine, il ne fournit pas à *Tertius* les moyens nécessaires pour que celui-ci réalise des travaux de plomberie. Il est donc impossible de considérer ici que *Secundus* accomplit une prestation instrumentale afin que *Tertius* exécute une prestation finale indispensable à la réalisation de leur projet commun.

Est-ce à dire, alors, qu'en l'absence de prestations instrumentales et finales concourant à la réalisation d'un projet commun, la qualification de contrat-coopération doit être exclue s'agissant du contrat-cadre originel donnant vie aux communautés de partage ? En réalité, ce qui paraît s'imposer comme un obstacle de taille à la qualification d'un contrat-cadre de coopération, pourrait être solutionné grâce au recours à la notion d'intérêt au contrat.

332. La mise en lumière de l'importance de la notion d'intérêt au contrat – La distinction des différents modèles contractuels se faisait traditionnellement grâce à la notion de cause de l'obligation. Il était ainsi enseigné que dans le contrat-échange, « chaque obligation est ordonnée à l'intérêt exclusif du créancier qui est en droit d'en exiger l'exécution »¹⁵⁴². Ainsi, la cause de l'obligation réside dans le droit, pour chaque contractant, d'exiger de l'autre, une contreprestation. À l'inverse, dans les distributions, ce n'est plus la poursuite de l'intérêt exclusif du créancier qui est recherchée, mais la satisfaction de l'intérêt commun des parties.

fournie par une des parties) » et qui « entraî[n]e une seconde roue (la prestation réelle, “finale”, fournie par le cocontractant) » : ANCEL M. E., *th. préc.*

¹⁵⁴⁰ « L'auteur cède ses droits en exclusivité à l'éditeur et il est intéressé aux résultats de l'exploitation. C'est pourquoi il est essentiel, afin de respecter l'économie du contrat, que l'éditeur exploite correctement l'oeuvre » : CARON C., *Droit d'auteurs et droits voisins*, coll. Manuel, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2017, p. 438, n°457 ; LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 133, n°187.

¹⁵⁴¹ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 144, n°202.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 142, n°201.

Enfin, au sein des contrats-coopération, l'obligation des parties doit s'entendre comme le moyen d'accomplir un projet commun dont la réalisation profite à chaque partie¹⁵⁴³. Or, ce que la notion de cause permettait d'exprimer avant l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, doit désormais être appréhendé à l'aune de l'existence d'une contrepartie. Cependant, une telle exigence ne permet pas de rendre compte de la diversité des situations que la cause de l'obligation permettait d'appréhender, et semble avoir été pensée uniquement au regard des contrats-échange, c'est-à-dire des contrats réalisant une permutation¹⁵⁴⁴. À titre d'illustration, chaque associé au contrat de société s'engage à réaliser un apport, non pour recevoir également un apport de la part d'un autre associé, mais afin d'obtenir une part du capital social et donc un droit dans la répartition des bénéfices¹⁵⁴⁵. Dans ce type de contrats, les parties « ne s'engagent pas réciproquement les un[e]s *envers* les autres, [elles] s'engagent mutuellement les un[e]s *avec* les autres »¹⁵⁴⁶. L'exigence d'une contrepartie ne permet donc d'expliquer que très partiellement la raison d'être des contrats-organisation, et ne pourra être utile qu'à la condition d'être interprétée non pas simplement comme la contreprestation attendue, mais comme « l'ambition partagée par l'ensemble des contractants »¹⁵⁴⁷.

Au demeurant, la cause du contrat-coopération ne consiste pas dans le droit de demander une contreprestation mais une « co-prestation » puisque, dans ce cas, c'est pour aboutir à la réalisation d'un projet commun bénéficiant à chaque partie, que les obligations sont ordonnées¹⁵⁴⁸. C'est pourquoi, afin de distinguer les différents modèles contractuels, il serait judicieux de remplacer la cause de l'obligation, non comme le fait l'ordonnance de 2016 par l'exigence d'une contrepartie, mais par la notion d'intérêt au contrat. L'idée n'est pas nouvelle. Le Doyen Carbonnier, suivi en cela par une partie de la doctrine¹⁵⁴⁹, eut notamment l'occasion d'affirmer qu'une telle notion aurait pu être une traduction plus fidèle de la *causa*¹⁵⁵⁰, quand la

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 144, n°202.

¹⁵⁴⁴ LEQUETTE S., « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *art. préc.* ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 472, n°418.

¹⁵⁴⁵ LIBCHABER R., « La société, contrat spécial », *art. préc.*, p. 281 et s., spéc. p. 285 et 286, n°4 : « si les deux parties au contrat sont chacune obligée d'exécuter certaines obligations, elles ne le sont pas l'une à l'égard de l'autre, elles ne sont pas créancières l'une de l'autre. Les parties sont engagées ensemble, comme si c'était à l'égard de leur objectif commun ». La cause de leur obligation « ne tient jamais dans l'existence d'une obligation corrélative, mais dans celle de l'entreprise commune » ; LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 83, n°105.

¹⁵⁴⁶ CHÉNÉDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 281, n°299.

¹⁵⁴⁷ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p. 474, n°418.

¹⁵⁴⁸ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 143, n°202.

¹⁵⁴⁹ V. not. ROUHETTE G., « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371 et s., spéc. n°87 et 88 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 348 et s., n°375 et s.

¹⁵⁵⁰ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000,

Chancellerie elle-même avait, un temps, imaginé un tel remplacement¹⁵⁵¹. Comme l'enseigne ainsi le Professeur Hamelin, « l'intérêt d'un contractant correspond à l'avantage que ce dernier attend de la conclusion du contrat »¹⁵⁵². Ainsi, le contrat en cause serait un contrat-échange lorsque les parties ont intérêt à conclure le contrat pour obtenir une contreprestation. Il serait, en revanche, un contrat-organisation lorsque l'engagement peut s'expliquer par la volonté d'exploiter une activité conjointe dans l'intérêt commun des parties. Et il conviendrait de conclure à la qualification de contrat-coopération lorsque l'intérêt des parties réside dans « le droit d'exiger une co-prestation », c'est-à-dire dans l'exécution d'une obligation dont la réalisation ne satisfait pas directement l'intérêt de l'autre partie, mais permet d'atteindre l'objectif final et est donc nécessaire pour réaliser le projet dans l'intérêt de chacun¹⁵⁵³.

Une telle approche de l'intérêt au contrat-coopération n'est toutefois satisfaisante qu'au regard des hypothèses sur lesquelles raisonnent classiquement les auteurs. Elle demeure en revanche insuffisante pour rendre compte fidèlement de la diversification des pratiques contractuelles et, notamment, des relations de partage. En effet, le contrat-cadre originel a tout de la figure du contrat-coopération, exception faite de l'engrenage d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale. Celui-ci ne prévoit pas l'existence d'une opération en deux temps dont la finalité serait la réalisation d'une prestation qui ne peut être accomplie sans que l'une des parties n'en fournisse, à l'autre, les moyens nécessaires. Cependant, il n'est pas certain qu'il faille ériger ce point en élément essentiel des contrats-coopération. Ce qui distingue cette catégorie des autres classes de contrats, c'est avant tout la mise en relation d'actifs complémentaires aux fins de réalisation d'un projet commun. Or, il n'y a véritablement un intérêt commun que si chaque partie trouve un intérêt personnel dans la réalisation de sa propre prestation¹⁵⁵⁴. Un contrat-coopération devrait ainsi pouvoir être caractérisé, même en l'absence d'un engrenage de prestations instrumentales et finales, lorsque les parties, grâce à un enchevêtrement de prestations, participent à la réalisation d'un projet dans leur intérêt commun. Et bien que celles-ci poursuivent, comme en matière de contrat-organisation, la réalisation d'un intérêt collectif, les hypothèses visées ici demeurent distinctes des opérations organisant une

p. 137, n°64.

¹⁵⁵¹ CHANCELLERIE, *Projet de réforme du droit des contrats*, 2008. Le projet de 2008 contenait un paragraphe expressément intitulé « l'intérêt au contrat » : V. les articles 85 et suivants ; HAMELIN J. F., *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2012, p. 106, n°151.

¹⁵⁵² HAMELIN J. F., *op. cit.*, p. 105, n°151.

¹⁵⁵³ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 143, n°202.

¹⁵⁵⁴ HASSLER T., « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 582 et s., spéc. p. 584 et 585. Dans le même sens, V. DESCORPS DECLÈRE F., *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération (contribution à l'étude du contrat évolutif)*, Th. Paris I, 2000, p. 1, n°1 et p. 323 et s., n°489 et s.

distribution puisqu'il n'existe pas, alors, de véritable activité commune. De plus, ces opérations reposent sur un enchevêtrement de contrats-échange conclus, non pas entre associés et tiers à l'organisation, mais directement entre les membres du groupe. Ce n'est alors que par la superposition de l'ensemble de ces relations que les parties parviendront à satisfaire l'intérêt de la communauté. Les figures contractuelles étudiées ont ainsi un caractère hybride similaire aux contrats-coopération puisque, ici aussi, « les engagements des parties paraissent dirigés tout à la fois vers l'intérêt individuel du cocontractant qui obtient le droit d'en exiger l'exécution et vers la réussite d'un projet commun »¹⁵⁵⁵ : *Primus* satisfait son intérêt personnel en demandant à *Secundus* d'exécuter une prestation quelconque. Ce faisant, il participe à la réussite du projet commun, à savoir la pérennisation de l'économie mise en place par la communauté, celle-ci ne pouvant exister que par la multiplication des échanges entre les membres. *Secundus* trouve donc un intérêt personnel à l'exécution de la prestation dont il est débiteur à l'égard de *Primus* puisqu'il s'agit, au-delà de l'obtention d'un droit à contrepartie, de participer à la réussite du projet commun porté par le contrat-cadre originel. Dès lors, malgré l'impossibilité de déceler une prestation instrumentale permettant la réalisation d'une prestation finale exécutée dans l'intérêt de chacune des parties, l'on pourrait caractériser l'existence d'un contrat-coopération au sein des opérations définissant un projet commun dont la réalisation dépendra des relations entre les différentes parties qui satisferont, tant l'intérêt personnel des contractants à court terme, que celui de la collectivité sur le long terme. Le contrat-cadre originel donnant naissance à la communauté de partage pourrait, de ce fait, être considéré comme un contrat-cadre de coopération. Puisque celui-ci permet de préparer, à l'avance, le cadre dans lequel les parties mettront leurs compétences personnelles et leurs biens à disposition des différents membres, il organise, de fait, une véritable mise en relation d'actifs complémentaires afin d'aboutir à la réalisation du projet commun : en participant à la vie de la communauté, chacun peut alors bénéficier des avantages créés.

333. Conclusion : le contrat originel, un contrat-cadre de coopération – L'acte fondateur des communautés prend donc la figure d'un contrat-cadre grâce auquel les membres définissent les règles générales à respecter tout au long de la vie de la communauté. Ils déterminent les objectifs du groupe et mettent en place une structure permettant aux différentes relations interindividuelles de se développer. Ce contrat-cadre devra être accepté par les individus lors de leur entrée dans la communauté puisque celui-ci n'a pas vocation à être

¹⁵⁵⁵ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 105, n°144.

perpétuellement renégocié (bien qu'une renégociation collective puisse avoir lieu si le besoin s'en fait sentir). Il prend alors la figure d'un contrat d'adhésion. Mais contrairement aux hypothèses classiques dans lesquelles une partie en situation de supériorité impose sa loi à une partie faible, le contrat-cadre originel est rédigé par les membres, pour les membres. Il est ainsi doté d'une connotation toute particulière puisque les parties, dont les intérêts convergent vers la réalisation d'un même but – la prospérité de la communauté – coopèrent afin de permettre la concrétisation des objectifs fixés. Et malgré l'absence d'engrenage d'une prestation instrumentale et finale, la catégorie des contrats-coopération utilisée pour saisir les principaux contrats d'intérêt commun, paraît devoir être mobilisée. Mais il ne s'agit pas de la seule particularité de l'organisation contractuelle des communautés, la gestion des conflits prenant également une teinte singulière.

§ 2 : La résolution originale des conflits internes

334. Une gestion des conflits singulière – Les communautés de partage accordent une place de choix aux relations interindividuelles et aux liens qui s'établissent entre leurs membres. Ainsi, lorsque des problèmes surviennent entre certains d'entre eux, une attention toute particulière est portée au règlement de ces difficultés. Plusieurs types d'incidents sont susceptibles de se présenter. Tout d'abord, une situation conflictuelle peut apparaître lors de la réalisation d'une prestation. Tel est notamment le cas si le membre qui s'était engagé à exécuter tel service, à fournir un bien ou à faire bénéficier d'un savoir-faire, ne remplit pas son engagement et s'abstient de toute réalisation. Lorsque la prestation au sens large est effectivement exécutée, toute difficulté n'est pas nécessairement évitée puisqu'il peut arriver que le bien fourni ne corresponde pas à ce qui avait été promis, que la prestation soit mal réalisée, *etc.* À l'inverse, un bien mis à la disposition d'un membre peut être endommagé voire subtilisé. De telles situations sont ainsi susceptibles de créer des conflits entre les différents membres des communautés et, puisque le bon fonctionnement de celles-ci est conditionné par l'existence de relations pérennes et apaisées, il est nécessaire de trouver des solutions pour parer à ces difficultés. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'un membre profite à outrance des avantages proposés par la communauté sans s'acquitter, en retour, de la part à laquelle il s'était engagé.

Au sein de l'économie de partage, les défaillances sont ainsi sensiblement identiques à celles que l'on rencontre dans les contrats classiques que sont le contrat d'entreprise, la prestation de service, le prêt, le dépôt, *etc.* En revanche, leur traitement par les communautés fait l'objet de certaines spécificités qui paraissent s'écarter du droit commun des contrats. En

effet, les articles 1217 et suivants du Code civil prévoient plusieurs sanctions lorsque les contractants ne respectent pas leurs obligations (A). Mais celles-ci paraissent assez mal adaptées aux singularités du partage eu égard aux particularités de cette économie et aux types de conflits pouvant surgir au sein des communautés, comme en témoigne la manière dont les communautés traitent les situations conflictuelles (B).

A. L'insuffisance des sanctions traditionnelles

335. La place des sanctions du droit positif des contrats dans les relations de partage – Le contrat-cadre édicte par ses stipulations les différentes obligations que les membres s'engagent à respecter tout au long de la vie de la communauté et donc, également, dans les relations interindividuelles nouées successivement entre chaque individu. Et puisqu'il ne s'agit pas d'un simple engagement d'honneur dénué de valeur juridique, des mesures doivent permettre d'en assurer le respect. Il est d'usage d'affirmer qu'une obligation juridique n'a de sens qu'à condition d'être accompagnée d'une sanction efficace venant remédier aux hypothèses dans lesquelles le débiteur ne s'exécute pas dans les termes convenus : une obligation sans sanction serait, en effet, « presque rien ; un fantôme du droit »¹⁵⁵⁶ ou, comme l'exprimait Jhering « un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas »¹⁵⁵⁷. Or, bien qu'il existe des moyens de solutionner les différends autrement que par la voie contentieuse, le manquement du débiteur à ses obligations donne classiquement lieu à ce qu'il est désormais coutume d'appeler « les sanctions de l'inexécution »¹⁵⁵⁸. Certes, l'appréhension de la sanction n'est pas chose aisée si bien qu'elle est parfois qualifiée « d'inconnue du droit »¹⁵⁵⁹. L'on parvient néanmoins à s'accorder sur un point en expliquant que celle-ci a « pour fonction d'assurer la réalisation de

¹⁵⁵⁶ DISSAUX N. et JAMIN Ch., *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, Dalloz, 2019, p. 42.

¹⁵⁵⁷ IHERING R., *L'évolution du droit*, trad. O. Meulenaere, A. Maresq, Aîné, 1901, p. 216.

¹⁵⁵⁸ Sur le plan sémantique, il faut toutefois souligner que le vocable « sanction » est parfois critiqué. En effet, en ce que ces mesures ont essentiellement pour objet de faire respecter les engagements pris initialement et, ainsi, de rétablir l'équilibre de départ entre les parties, il n'y aurait pas « à proprement parler sanction, car ce n'est pas sanctionner quelqu'un que de lui imposer le respect de ce qu'il a librement accepté ». En ce que le débiteur ne souffre d'aucune « aggravation de [sa] situation juridique », puisque « la nouvelle obligation mise à [sa] charge [...] ne fait que se substituer à celle qu'il n'a pas exécuté », il faudrait refuser l'usage du terme précité. En ce sens, V. DROSS W., « Les sanctions en matière contractuelle en droit privé », *in La sanction*, préf. B. Mallet-Bricout, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2007, p. 129 et s., spéc. p.131 et s. ; pour la clarté des développements, nous nous en tiendrons toutefois à l'acceptation couramment retenue et évoquerons donc les « sanctions de l'inexécution ». Au demeurant, si l'on s'en tient à la définition de la sanction donnée par le Professeur Jestaz, celle-ci renvoyant alors à « la conséquence juridique impliquée par la règle », l'utilisation du vocable s'agissant de l'inexécution paraît justifiée. V. JESTAZ Ph., « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 197, spéc. p. 200.

¹⁵⁵⁹ JESTAZ Ph., « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 197.

la règle juridique »¹⁵⁶⁰. Partant, la sanction pourrait ainsi être définie comme « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique »¹⁵⁶¹, le droit commun des contrats prévoyant spécifiquement un certain nombre de dispositions. Or, le fonctionnement original des communautés impose de s'interroger sur l'applicabilité et l'effectivité des mesures prévues, par le droit positif des contrats, pour solutionner les différends entre contractants.

336. Les modifications bienvenues de l'ordonnance de 2016 quant aux sanctions de l'inexécution – Sur le plan des sanctions, l'ordonnance portant réforme du droit des obligations a opéré des modifications bienvenues en modernisant sensiblement le régime hérité de 1804 dont l'approche « parcellaire et éclatée »¹⁵⁶² devait être améliorée. Trois adjectifs pouvaient ainsi qualifier le droit antérieur sur le plan des sanctions contractuelles : « incomplet », « dépassé », « éclaté »¹⁵⁶³. Incomplet, tout d'abord, puisque la jurisprudence a dû remédier au caractère lacunaire des dispositions du Code. Le législateur de 1804 n'avait, par exemple, envisagé l'exception d'inexécution qu'en matière de vente (art. 1612 C. civ.), d'échange (art. 1704 C. civ.) ou de dépôt (art. 1948 C. civ.), obligeant la Cour de cassation à généraliser la solution en l'absence d'une quelconque disposition de principe applicable à tous contrats¹⁵⁶⁴. « Dépassé », ensuite, en ce que la Cour de cassation autorisait les parties à mettre fin au contrat à leurs risques et périls face à un comportement suffisamment grave du cocontractant¹⁵⁶⁵, malgré l'exigence expresse de l'article 1184 alinéa 3 ancien selon lequel une telle résolution devait faire l'objet d'une demande en justice¹⁵⁶⁶. « Éclaté », enfin, puisque le Code ne contenait que des dispositions éparses, les différentes sanctions ne faisant l'objet d'aucune présentation d'ensemble cohérente et ordonnée¹⁵⁶⁷. Ceci donna au Professeur Denis Mazeaud l'occasion d'affirmer que le « droit des sanctions [...] brille par sa diversité, son hétérogénéité, son

¹⁵⁶⁰ BARRIÈRE L.-A., « Propos introductifs », in *La sanction*, préf. B. Mallet-Bricout, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2007, p. 7 et s., spéc. p. 13.

¹⁵⁶¹ CHAINAIS C. et FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, La sanction, entre technique et politique* (dir. Chainais C. et Fenouillet D.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. XI et s., spéc. p. XXII, n°13.

¹⁵⁶² DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 534.

¹⁵⁶³ DISSAUX N. et JAMIN Ch., *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître, op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁶⁴ CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 142, n°128.51.

¹⁵⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n°96-21.485, *D.* 1999, p. 197, note JAMIN Ch. ; *D.* 1999, p. 115, note DELEBECQUE Ph. ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. MESTRE J.

¹⁵⁶⁶ DISSAUX N. et JAMIN Ch., *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître, op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁶⁷ TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

émiettement, son éparpillement et sa complexité »¹⁵⁶⁸.

Le législateur n'est toutefois pas resté sourd aux souhaits émis tant par les auteurs que par les praticiens. Désormais, les articles 1217 et suivants contiennent – au-delà des modifications de forme particulièrement attendues¹⁵⁶⁹ et tenant notamment au regroupement des diverses sanctions¹⁵⁷⁰ – certaines transformations de fond¹⁵⁷¹.

337. Les cinq sanctions de l'inexécution des articles 1217 et suivants du Code civil –

L'inexécution, dans une acception large, renvoie à la situation dans laquelle le débiteur n'a pas exécuté son obligation, ou s'est acquitté de sa dette de manière imparfaite. En d'autres termes, dans le droit issu de l'ordonnance de 2016, il semble nécessaire de concevoir l'inexécution comme renvoyant largement aux hypothèses d'exécutions non conformes des stipulations contractuelles¹⁵⁷². Cinq sanctions sont alors prévues par les textes¹⁵⁷³ : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée, la réduction du prix, la résolution et l'indemnisation. L'ordonnance confirme ainsi le mouvement de privatisation des sanctions, notamment en consacrant le principe de la résolution unilatérale, puisque le recours au juge n'apparaît pas nécessairement impératif, dans certains cas tout du moins. Des réserves peuvent malgré tout être émises à l'encontre d'une telle évolution¹⁵⁷⁴ qui traduit une modification profonde dans la manière de concevoir le contrat et qui témoigne, s'il en faut, la volonté de sauvegarder le lien

¹⁵⁶⁸ MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », in *Les sanctions en droit contemporain, Vol. 1, La sanction, entre technique et politique* (dir. Chainais C. et Fenouillet D.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. 235 et s., spéc. p. 237, n°4.

¹⁵⁶⁹ Sur la nécessité d'une approche plus cohérente des sanctions afin d'éviter notamment leur dispersion, V. CHAINAIS C. et FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *art. préc.*, p. XI et s., spéc. p. LXV et s., n°72 et s.

¹⁵⁷⁰ Cette modification a été qualifiée d'"amélioration [...] saisissante" : LAITHIER Y.-M., « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39. L'opinion de l'auteur était en revanche bien plus critique à l'égard du projet d'ordonnance. V. LAITHIER Y.-M., « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *JCP G* 2015, suppl. au n°21, 25 mai 2015, p. 47 et s., spéc. n°7, p. 50.

¹⁵⁷¹ CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 559, n°612 ; LAITHIER Y.-M., « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *art. préc.*

¹⁵⁷² CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 560, n°613.

¹⁵⁷³ Notons toutefois que le terme « remède », un temps envisagé, a finalement été remplacé par celui de « sanction ». V. MEKKI M., « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, p. 37 et s., spéc. n°1 et 2 ; MEKKI M., « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC* 2016, p. 400 ; LAITHIER Y.-M., « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *art. préc.*, suppl. au n°21, 25 mai 2015, p. 47 et s., spéc. n°7, p. 50 ; CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 140, n°128.06.

¹⁵⁷⁴ V. notamment l'opinion exprimée par le Professeur Denis Mazeaud : MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *art. préc.*, p. 235 et s., spéc. p. 244, n°10 : « la privatisation des sanctions traduit finalement une mutation profonde de la manière dont le contrat est appréhendé, moins comme un lien personnel noué par le principe moral du respect de la parole donnée, dont la force peut être infléchie par des considérations empreintes d'humanisme et d'équité, que comme un bien comme les autres, une valeur économique soumise à la loi du marché sur lequel il évolue, loi imprégnée de libéralisme et d'utilitarisme ».

contractuel en favorisant des remèdes préférant la préservation du contrat à son anéantissement¹⁵⁷⁵.

Toutefois, et bien que l'ordonnance ait, en la matière, fait preuve d'une dose appréciable d'innovation, il n'est pas certain que les sanctions prévues par le Code soient, aujourd'hui, suffisantes pour saisir, dans son entier, la réalité de la pratique contractuelle. En effet, une étude approfondie laisse apparaître certaines carences et l'impossibilité, pour les dispositions du Code, d'apporter une réponse adaptée à l'ensemble des difficultés pouvant exister au sein de certaines relations contractuelles modernes.

338. L'exception d'inexécution – En application de l'article 1217 du Code civil, « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre prestation ». Grâce à cette disposition, l'*exceptio non adimpleti contractus* fait donc enfin son entrée dans le Code civil. Et si la possibilité, pour le créancier, de refuser d'exécuter son obligation lorsque l'inexécution du débiteur est avérée, est consacrée (art. 1219 C. civ.), l'ordonnance innove en étendant cette sanction à l'hypothèse d'inexécution à venir lorsque celle-ci est manifeste (art. 1120 C. civ.)¹⁵⁷⁶. Il s'agit alors d'un « moyen de pression temporaire »¹⁵⁷⁷ puisqu'il est question de pousser le débiteur à s'exécuter. *A priori*, par nature, une telle sanction n'est applicable qu'en présence d'un contrat synallagmatique puisqu'il est nécessaire, pour refuser d'exécuter son engagement, que la partie envers laquelle l'exception d'inexécution est invoquée se soit elle-même abstenue de remplir ses obligations. Ainsi, la sanction des articles 1219 et 1220 ne devrait pas avoir matière à s'appliquer à l'égard des contrats unilatéraux. Néanmoins, sous l'empire du droit antérieur, la Cour de cassation a admis le jeu de l'exception d'inexécution en matière d'ensembles contractuels, en affirmant que « l'inexécution d'une convention peut être justifiée, si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, *même découlant d'une convention distincte*, dès lors que l'exécution de *cette dernière est liée à celle de la première* »¹⁵⁷⁸. Dès lors, si la Chambre commerciale ne semble pas imposer la présence d'une

¹⁵⁷⁵ Tel est notamment le cas de l'admission de la révision pour imprévision, du développement du réputé non-écrit notamment pour les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, *etc.* Pour une opinion en ce sens antérieur à l'ordonnance de 2016, V. MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *art. préc.* p. 235, spéc. p. 245, n°11.

¹⁵⁷⁶ GUÉRIN A. et GENTY N., « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ contrat* 2017, p. 17. En faveur d'une exception pour risque d'inexécution antérieurement à l'ordonnance de réforme, V. PINNA A., « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003, p. 31.

¹⁵⁷⁷ CHANTEPIE G., « La rupture des contrats d'affaire (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016, p. 130 ; DELEBECQUE Ph., « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.* 2016.

¹⁵⁷⁸ Com. 12 juil. 2005, n°03-12.507, *RTD civ.* 2006, p. 307, obs. MESTRE J. et FAGES B.

véritable interdépendance entre les obligations pour lesquelles elle accepte de faire jouer l'exception d'inexécution¹⁵⁷⁹, un lien entre ces dernières pourrait être suffisant pour réclamer le bénéfice d'une telle sanction. Or, une telle interprétation extensive du domaine de l'exception d'inexécution devrait être maintenue sous l'égide des dispositions nouvelles, eu égard à la « lettre compréhensive du nouvel article 1219 »¹⁵⁸⁰.

Il est ainsi permis de s'interroger sur la possibilité d'appliquer cette sanction en matière de contrats de partage lorsqu'un différend survient entre les différentes parties. Les contrats en cause n'ont pu, jusqu'ici, être qualifiés de contrats synallagmatiques, excluant *a priori*, la possibilité de faire jouer l'exception d'inexécution. Néanmoins, l'économie de partage donne naissance à un entrelacs de contrats successifs, ce qui pourrait permettre, de prime abord, d'apporter une réponse positive quant à l'application de l'exception d'inexécution aux contrats de partage. En effet, les différentes obligations conclues successivement entre les contractants ne sont pas entièrement étrangères les unes aux autres, puisqu'un lien véritable, bien qu'original, existe effectivement entre elles. Pareille conclusion ne résiste toutefois pas à une réflexion plus poussée. L'inopportunité de faire jouer l'exception d'inexécution ne tient pas, en réalité, à un argument technique. La raison est pragmatique : une telle sanction n'a, de fait, aucune utilité en matière de partage et n'est d'aucun secours pour mettre fin aux conflits. Lorsque *Tertius* refusera d'exécuter la prestation promise à l'égard de *Secundus*, il serait vain de vouloir invoquer une quelconque exception d'inexécution : par définition, *Secundus* s'est déjà exécuté à l'égard de *Primus* pour obtenir le droit de demander le paiement d'une contreprestation à *Tertius*. Faire jouer une telle sanction ne modifierait donc en rien la situation, *Secundus* n'étant aucunement débiteur de *Tertius*. La nature des relations de partage semble ainsi hermétique à l'exception d'inexécution en ce que, chacun devant s'exécuter à l'égard d'une personne autre que son créancier, et puisque les différents rapports d'obligations se déroulent non concomitamment mais successivement, cette sanction est impuissante à rétablir des relations apaisées entre les membres. De plus, lorsque le comportement d'un membre est contraire aux valeurs et principes de la communauté, celui-ci abusant des avantages proposés sans donner en retour, quittant le groupe sans avoir ramené son compte à l'équilibre, *etc.*, la mise en œuvre d'une telle sanction est tout aussi incapable d'assainir les relations. Il s'agit, en

¹⁵⁷⁹ CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 142, n°128.52 ; *contra*, MESTRE J. et FAGES B., « L'exception d'inexécution au sein d'un ensemble contractuel », *RTD civ.* 2006, p. 307. Pour les auteurs, il existe, entre les obligations en question, une « réelle interdépendance ».

¹⁵⁸⁰ CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 142, n°128.52.

effet, de comportements nuisibles à la communauté tout entière nécessitant, afin qu'il y soit mis un terme, davantage que la réaction d'un membre isolé.

Telle qu'elle fut conçue par les rédacteurs de 2016, l'exception d'inexécution n'est donc d'aucun secours lorsqu'il s'agit d'apaiser les situations conflictuelles survenant entre les membres au sein d'une relation contractuelle en particulier ou, de manière générale, avec l'ensemble de la communauté. Dans ces hypothèses, nous l'avons dit, l'économie de partage recourt à des sanctions originales et notamment, à la suspension voire à l'exclusion de celui qui ne respecterait pas les règles fixées par la collectivité. Néanmoins, suspendre un membre revient, en quelque sorte, à refuser toute exécution à son bénéficiaire afin de sanctionner l'inexécution ou la mauvaise exécution de ses obligations envers le groupe et ce, jusqu'à ce qu'il ait effectivement satisfait ses engagements. La sanction est alors temporaire, comme l'est celle prévue à l'article 1217 puisqu'il s'agit, en premier lieu, de suspendre l'exécution de sa propre obligation afin de pousser le cocontractant à l'exécution. L'exclusion, quant à elle, vise à mettre fin, de manière définitive, au droit de bénéficier des avantages de la communauté suite à l'inexécution grave et répétée d'un membre. Or, si ni la suspension ni l'exclusion ne peuvent être assimilées aux sanctions prévues par le droit des contrats, et ce, malgré la physionomie nouvelle que leur a conférée l'ordonnance, un parallèle peut toutefois être effectué. L'esprit des mesures palliatives mises en place par les communautés a des points communs évidents avec celui justifiant l'existence d'une sanction telle que l'exception d'inexécution : il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de suspendre, à titre définitif ou temporaire, les bénéfices attendus de la relation contractuelle par celle des parties dont la défaillance est avérée. Dès lors, et bien que les articles 1219 et 1220 soient incapables, en l'état, de venir en aide aux contractants du partage, il est permis d'espérer que cette nouvelle réalité contractuelle soit, un jour, prise en compte par le législateur, celui-ci pouvant alors s'appuyer sur des mécanismes déjà connus et pratiqués.

339. L'exécution forcée – L'ordonnance de 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018 sont venus modifier les articles 1142 et 1184 anciens du Code civil. Les interrogations quant au domaine de l'exécution forcée et son application aux obligations de faire ou de ne pas faire n'ont plus lieu d'être sous l'empire du droit nouveau¹⁵⁸¹, la distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire ayant été abandonnée¹⁵⁸². Désormais, en application de

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 144, n°128.91.

¹⁵⁸² Les hypothèses pour lesquelles l'exécution forcée était auparavant exclue en matière d'obligation de faire semblent malgré tout pouvoir encore échapper à l'exécution forcée grâce à la limite de « l'impossibilité » prévue

l'article 1221 nouveau, « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». La première limite posée par le texte est classique : lorsque la réalisation de la prestation est impossible, l'exécution forcée ne pourra être demandée. En revanche, la référence au coût manifestement excessif est une véritable innovation de la réforme que les auteurs n'ont pas manqué de critiquer¹⁵⁸³. En outre, le nouvel article 1222 permet notamment au créancier, après mise en demeure dans un délai et avec un coût raisonnable, de faire exécuter lui-même l'obligation. L'exécution forcée, directe ou indirecte, est ainsi une sanction classique du droit des contrats bien qu'elle ait connu, à tort ou à raison, quelques modifications depuis 2016.

Et si cette sanction a, à n'en pas douter, une utilité toute particulière lorsque viennent à se poser les difficultés usuelles auxquelles se retrouvent généralement confrontés les contractants (refus d'exécuter une prestation d'ores et déjà rémunérée par l'autre partie, *etc.*), la possibilité d'utiliser l'exécution forcée en matière de partage interroge.

Certes, lorsque *Secundus* refusera d'exécuter, à l'égard de *Primus*, la prestation à laquelle il s'était engagée, l'exécution forcée paraît, *a priori*, une sanction appropriée. *Primus* pourrait alors, après une mise en demeure, obliger *Secundus* à respecter son engagement en demandant, au juge, de prononcer la condamnation du débiteur à exécuter son engagement. Néanmoins, le principe même de l'exécution forcée semble entrer en contradiction avec le fonctionnement de l'économie de partage. Nous l'avons dit, les communautés privilégient des modes de résolution amiables et tentent, en priorité, de solder le conflit par la discussion et la réalisation de compromis entre les parties. Ainsi, et bien que rien n'interdise de faire appel aux juges, puisque les communautés rappellent qu'en cas d'échec des modes amiables, les membres

par le texte. Il s'agira alors d'une impossibilité morale, l'exécution en nature portant atteinte à une liberté essentielle : MEKKI M., « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 37 et s., spéc. n°10 ; *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2016, p. 31.

¹⁵⁸³ GENICON T., « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014 ; CHAUVIRÉ Ph., « Les dispositions relatives aux effets du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2016, p. 43 et s., spéc. p. 56 et 57 ; MEKKI M., « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, p. 37 et s., spéc. n°10 ; V. toutefois l'avis plus nuancé du Professeur Denis Mazeaud qui expliquait, lorsque cette disposition n'en était encore qu'au stade de projet, que le recul de l'exécution forcée caractérisé par la réserve du coût manifestement disproportionné, devait être relativisé. Selon l'auteur, il demeure possible « dans une perspective très française, [de] l'envisager comme une application de la très classique réserve d'abus, qui sanctionne l'exercice d'un droit subjectif quand celui-ci apparaît mis en oeuvre, sinon dans l'intention de nuire au débiteur, du moins sans l'esquisse d'un intérêt sérieux et légitime pour le créancier » : MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *art. préc.* p. 235 et s., spéc. p. 255, n°19.

pourront (ou devront) saisir la juridiction compétente¹⁵⁸⁴. L'état d'esprit général qui sous-tend ces pratiques conduit plutôt les membres des communautés à éviter un tel recours, comme en témoigne l'absence quasi-totale de décisions judiciaires en la matière. Dès lors, et bien que rien ne semble techniquement empêcher les parties aux contrats de partage de demander l'exécution forcée, une telle sanction ne sera, en pratique, que très exceptionnellement appliquée puisqu'elle cadre bien mal avec le principe des communautés. En outre, l'alternative offerte par l'article 1222 n'a pas non plus de réel intérêt : en matière de partage, les membres contractent pour obtenir effectivement la réalisation d'une certaine prestation. Toutefois, le lien qui se crée entre les deux parties a une importance particulière. Il ne s'agit pas simplement d'obtenir un bien ou un service, mais de tisser une relation entre les membres. La personne du cocontractant est donc toute aussi primordiale que le choix de la prestation. Ainsi, l'intérêt pour une partie, de faire exécuter elle-même la prestation à laquelle s'était engagé son cocontractant, n'offre pas de réponse particulièrement satisfaisante en matière d'inexécution. Au demeurant, les sanctions des articles 1221 et 1222 sont impuissantes face aux autres types de difficultés rencontrées dans les communautés : ces dispositions ne permettront aucunement de forcer un membre à réaliser une prestation et ce, même si celui qui refuse de réduire le solde négatif de son compte, a fait paraître des annonces sur le catalogue. En effet, les membres ne sont jamais obligés de réaliser une prestation et conservent le droit de refuser toute transaction¹⁵⁸⁵.

340. La réduction du prix – Témoignant une fois encore de la volonté de sauvegarder le lien contractuel lorsque celui-ci n'est pas irrémédiablement compromis, l'article 1223 dispose, pour sa part, qu'en « cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur, sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix ». Si le choix du

¹⁵⁸⁴ On trouve notamment une telle mention dans le paragraphe « Litige entre utilisateurs » des conditions générales d'utilisation de l'application Tempo.

¹⁵⁸⁵ La formule est systématique dans les systèmes d'échanges locaux. Le règlement intérieur du SEL de la Baie stipule, par exemple, que « tout membre échange librement, selon son désir et sa disponibilité [...]. Un membre n'est jamais obligé d'accepter une proposition d'échange » : V. <http://seldelabaie.fr/fonctionnement-et-reglement-interieur/>. Le règlement intérieur du SEL Cérizéen contient une disposition similaire puisqu'il est rappelé qu'« un adhérent n'est jamais obligé d'accepter une transaction » : V. http://cerizeen.csc79.org/IMG/pdf/reglement_sel.pdf. L'article 13 du règlement intérieur du SEL de Dinan affirme, pour sa part, que « chacun peut refuser toute proposition dont les conditions ne lui conviennent pas » : V. <http://sel.dinan.free.fr/index.php/reglement-interieur>. Les conditions générales d'utilisation de l'application Tempo contiennent une stipulation identique puisqu'au sein du paragraphe « Utilisation », il est rappelé que « l'utilisateur est libre de répondre ou non à une demande ou une offre de service ». En matière d'échange de logements, la logique est la même puisque, malgré la publication d'annonces, l'hôte doit malgré tout pré-approuver les demandes. V. <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000609938-Comment-finaliser-un-%C3%A9change-non-r%C3%A9ciproque->.

vocabulaire « prix » est critiquable en ce qu'il généralise à l'ensemble des contrats, une terminologie qui s'applique certes au contrat de vente, mais non au contrat de bail, de mandat ou encore d'entreprise, les termes « loyers », « honoraires » ou « commissions » étant alors utilisés¹⁵⁸⁶, il ne fait en revanche guère de doute que seules sont ici visées, les obligations pécuniaires¹⁵⁸⁷. L'exclusion d'une telle sanction est alors inévitable en matière de partage puisque les communautés proscrivent tout versement d'un prix en paiement des différentes prestations¹⁵⁸⁸.

341. La résolution – La résolution, qui peut se définir comme « un acte juridique d'anéantissement du contrat consécutif à son inexécution »¹⁵⁸⁹, a vocation à intervenir selon trois modes différents. En application du nouvel article 1224, les contractants peuvent ainsi résoudre la convention par la mise en œuvre d'une clause résolutoire, par une notification du créancier au débiteur dans l'hypothèse d'une inexécution suffisamment grave, ou par une décision de justice. Ladite résolution interviendra également de plein droit lorsque l'un des contractants sera définitivement empêché d'exécuter son obligation en raison d'un cas de force majeure (art. 1218 C. civ.)¹⁵⁹⁰. Cette sanction, en ce qu'elle met fin au contrat, n'est pas compatible avec l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature ou la réduction du prix, et ne pourra, ainsi, que succéder à ces dernières lorsque leur mise en œuvre n'aura pas permis le maintien de la relation contractuelle¹⁵⁹¹.

En matière de partage, la résolution par décision du juge ne semble pas, pour les raisons précédemment évoquées, avoir un large champ d'application. Le recours au juge étant, par définition, exceptionnel entre les contractants du partage, il est peu probable que celui-ci ait

¹⁵⁸⁶ GAUTIER P. Y., « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016, p. 947.

¹⁵⁸⁷ SAVAUX E., « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, p. 786 et s., spéc. n°5. Sur nature monétaire du prix, V. *supra*, n°51 et s.

¹⁵⁸⁸ En revanche, il n'est pas exclu que les membres aient à verser une cotisation ou un abonnement. Mais il s'agit alors de frais de fonctionnement et non du paiement d'un prix intervenant en contrepartie de ce que les membres font les uns pour les autres.

¹⁵⁸⁹ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 567. Le projet de réforme supprimait le terme « résiliation » pour désigner la disparition du contrat pour inexécution sous le seul vocable de « résolution » : GENICON T., « “Résolution” et “résiliation” dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, p. 960. Cette évolution sémantique, qui pouvait être approuvée en ce qu'elle permettait de mettre fin à la dualité de vocable désignant un seul et même phénomène, a été quelque peu modifiée par l'ordonnance de 2016 puisque l'article 1229 alinéa 3 nouveau conserve une hypothèse de résiliation : CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 598, n°646.

¹⁵⁹⁰ BROS S., « La force majeure », *Dr. et patr.* 2016, n°259.

¹⁵⁹¹ LAITHIER Y.-M., « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *art. préc.*; DELEBECQUE Ph., « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution », *art. préc.*

l'occasion de prononcer la résolution des contrats. En effet, en cas d'inexécution, les parties (bien que rien ne leur interdise de saisir la juridiction compétente), auront tendance à privilégier d'autres moyens d'action. À ce titre, l'hypothèse d'une clause résolutoire ou d'une notification de la résolution au débiteur devraient être favorisées. Toutefois, l'étude des différents contrats de partage semble mettre en lumière l'absence de véritable clause résolutoire prévue, en amont, par les parties. Dès lors, en cas de conflits, si l'un des contractants n'exécute pas son engagement, le créancier pourra notifier, au débiteur, la résolution de leur convention.

Cependant, de tels comportements ne doivent pas prospérer au sein des communautés et l'on ne saurait tolérer la présence de membres se rendant régulièrement coupables de telles inexécutions. Or, la résolution des contrats de partage ne permet d'apporter qu'une réponse ponctuelle en mettant fin au contrat inexécuté. En revanche, elle est incapable d'empêcher, de manière durable, la prolifération de ce type de comportements, seules la suspension ou l'exclusion de la communauté ayant le pouvoir de sanctionner réellement les membres peu respectueux des engagements pris lors de leur entrée dans le groupe. Néanmoins, l'exclusion d'un membre pourrait être interprétée comme un mode particulier de résolution, illustrant ainsi le phénomène de privatisation des sanctions contractuelles relevé par les auteurs¹⁵⁹². Il s'agirait, plus précisément, de mettre un terme à l'adhésion du membre en question au contrat-cadre originel. Dans un tel cas de figure, l'exclusion pourrait être interprétée comme la mise en œuvre d'une clause résolutoire prévue par le contrat-cadre originel, ce dernier prévoyant effectivement qu'en certains cas, le comportement d'un membre doit justifier son exclusion de la communauté.

Par conséquent, et bien qu'il existe des similitudes évidentes entre l'exclusion de la communauté et la résolution d'un contrat, la sanction de l'article 1224 du Code civil ne permettrait pas, telle qu'elle est actuellement envisagée, de fournir des sanctions entièrement adaptées aux types de contrats particuliers de l'économie de partage.

342. L'indemnisation – Enfin, en application des articles 1231 et suivants du Code civil, l'inexécution du débiteur peut donner lieu au versement de dommages et intérêts. En effet, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur, lorsque son inexécution aura causé un dommage au créancier de la prestation, permettra à ce dernier d'obtenir une réparation par équivalent. Les communautés prennent d'ailleurs le soin de préciser l'importance, pour chacun

¹⁵⁹² MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *art. préc.*, p. 235 et s., spéc. p. 242 et s., n°9.

de leurs membres, de disposer d'une assurance de responsabilité civile¹⁵⁹³. Ainsi, la mise en jeu de la responsabilité des membres pourra toujours être demandée à condition de pouvoir démontrer, conformément au droit commun, l'existence d'un dommage, d'une faute contractuelle et d'un lien de causalité. En effet, et bien que les communautés évoluent dans un cadre particulier, leur fonctionnement n'est pas imperméable au système juridique classique : les différentes sanctions envisagées par le Code ont ainsi vocation à jouer lorsque les conditions d'application sont réunies. Cependant, le pouvoir d'appréciation du montant des dommages et intérêts revient aux juges du fond¹⁵⁹⁴, le créancier de l'obligation inexécutée ne disposant aucunement du pouvoir de contraindre son débiteur à lui verser une réparation. Or, l'intervention du juge rend, une fois encore, ce mode de sanction de l'inexécution peu praticable en matière de partage.

343. L'inadaptation des sanctions classiques face aux situations conflictuelles nées au sein des communautés – Au terme de l'étude, les cinq sanctions de l'inexécution prévues aux articles 1217 et suivants du Code civil semblent relativement inadaptées pour faire face aux conflits ayant lieu au sein des communautés. Certes, l'exécution forcée, la résolution et l'indemnisation peuvent avoir, théoriquement, un rôle à jouer. Néanmoins, la nécessité d'un recours au juge rendra bien souvent ces sanctions ineffectives. En effet, les communautés privilégient les modes de résolution amiables et ont recours à une forte dose d'autorégulation. Et si la suspension d'un membre a des points communs avec l'exception d'inexécution, lorsque son exclusion se rapproche de la résolution, ces sanctions diffèrent malgré tout de celles prévues par le droit des contrats tel qu'il résulte de l'ordonnance de 2016. Les sanctions classiques n'ont ainsi que peu d'intérêt en matière de partage, les communautés prévoyant elles-mêmes des modes de résolution plus adaptés à leurs différentes spécificités. En outre, les conflits eux-mêmes peuvent être singuliers. Contrairement aux modes de consommation classiques, les contractants n'ont pas véritablement d'intérêt à refuser l'exécution d'une prestation à laquelle ils se sont engagés. Classiquement, le paiement d'un prix peut effectivement inciter l'une des parties à s'abstenir de toute réalisation après avoir reçu le versement. Son inexécution lui permet alors de s'enrichir en obtenant un avantage pécuniaire immédiat et ce, sans contrepartie. À

¹⁵⁹³ A titre d'illustration, les conditions générales d'utilisation de Tempo rappellent, au sein du paragraphe « Assurance » qu'« avant de valider son inscription sur Tempo, chaque utilisateur devra vérifier que son assurance couvre sa responsabilité pour l'ensemble des dommages qu'il pourrait causer lors de la réalisation d'un service (aussi bien pour un service reçu que pour un service rendu) ».

¹⁵⁹⁴ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 931, n°865.

l'inverse, en matière de partage, puisque les prestations sont simplement comptabilisées par le versement de grains, celle des parties qui ne s'exécutera pas ne s'enrichira pas. La communauté annulera le montant de grains reçus, le membre coupable de l'inexécution ne pouvant alors demander la réalisation d'aucune contreprestation.

L'étude des sanctions prévue par la Code traduit donc, là encore, une certaine incapacité du droit des contrats, bien que récemment réformé, à procurer des outils adaptés aux contractants du partage. Les communautés ont alors développé une manière toute particulière pour gérer les situations conflictuelles et qui n'est pas sans rappeler un mouvement plus profond du droit témoignant, de manière générale, d'un essor et d'une diversification des différentes sanctions¹⁵⁹⁵ et de leur privatisation¹⁵⁹⁶.

B. La gestion originale des conflits par les communautés

344. La déjudiciarisation des litiges : l'ambition affichée des communautés – Avec les différentes avancées législatives contemporaines, « le contrat acquiert [...] une fonction primordiale, celle de désamorcer le procès – de préférence avant même qu'il ne survienne »¹⁵⁹⁷. L'économie de partage en est une parfaite illustration puisque grâce aux dispositions du contrat-cadre, les communautés prévoient un arsenal de mesures visant à éviter les conflits (1). Cependant, lorsque celles-ci sont insuffisantes pour assainir la situation, la contractualisation du règlement des litiges instaurée par les communautés, conduit à la mise en œuvre de solutions se dispensant, dans la mesure du possible, de tout recours au juge (2).

1. La prévention des conflits en amont : un objectif essentiel au sein des communautés

345. Des solutions pensées en adéquation avec les valeurs des communautés – Pour pallier les différents manquements des membres à leurs obligations, les communautés de partage ont mis en place un certain nombre de solutions ayant vocation à apaiser les conflits et à préserver, au maximum, l'existence de bonnes relations entre leurs membres afin de ne pas mettre à mal la réalisation des objectifs fixés et, de fait, l'intérêt de la collectivité.

¹⁵⁹⁵ Sur ce mouvement, V. CHAINAIS C. et FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique* (dir. Chainais C. et Fenouillet D.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. XI et s., spéc. p. XXXII et s., n°25 et s.

¹⁵⁹⁶ CHAINAIS C. et FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *art. préc.*, p. XI et S., spéc. p. XLVII et s., n°50 et s.

¹⁵⁹⁷ MALLET-BRICOUT B., « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXIe siècle" : un nouveau souffle », in *Chron. Législation française*, *RTD civ.* 2017, p. 221.

346. L’instauration de limite au crédit et au débit des comptes – Afin de prévenir les difficultés, il est possible d’agir en amont en mettant en place certains mécanismes destinés à prévenir les abus. Le dispositif le plus original est certainement celui instauré par un grand nombre de communautés afin d’imposer une limite au débit et au crédit des comptes. Pour que lesdites communautés puissent fonctionner, il est nécessaire que les comptes des différents membres soient déséquilibrés, certains devant être débiteurs, d’autres créditeurs¹⁵⁹⁸. Dans le cas contraire, personne ne serait en mesure d’aller réclamer une prestation lorsque, dans le même temps, aucun individu n’aurait de dette à payer afin de ramener son compte à l’équilibre. Toutefois, afin d’éviter les abus, les communautés fixent un seuil au-delà duquel les individus ne peuvent plus s’endetter, afin d’obliger les contractants du partage à rendre ce qu’ils ont eux-mêmes reçu de la collectivité. Une telle mesure est fréquemment mise en place dans les SEL¹⁵⁹⁹, mais se retrouve également dans les autres techniques de partage fondées sur un fonctionnement similaire. Un tel mécanisme existe notamment en matière d’échange de logements. Les membres de la plateforme « Love Home Swap », sur laquelle les « échanges » de maison fonctionnent notamment grâce au système des Points Swap peuvent, lorsque les points acquis en mettant leur propre logement à disposition sont insuffisants, avoir recours à un système d’avance de points¹⁶⁰⁰. Par nature, un mécanisme d’avance instaure nécessairement une limite au débit, puisque la communauté n’autorisera les avances que dans une mesure raisonnable, afin de ne pas encourager les comportements abusifs. Allant parfois plus loin, certaines communautés refusent que leurs membres aient un solde négatif. C’est le cas de « Tempo – Lève la main » qui rappelle, dans ses conditions d’utilisation, que « le compteur ne pourra excéder 20h et ne pourra être négatif »¹⁶⁰¹. La limite au crédit s’explique, quant à elle, par la volonté déjà évoquée de ne pas capitaliser à outrance, les communautés ayant besoin, pour fonctionner, que leurs membres dépensent ce qu’ils ont gagné¹⁶⁰². Pour inciter à dépenser les grains ou les heures accumulés, les communautés peuvent également mettre en place un

¹⁵⁹⁸ V. BAYON D., *Les S.E.L., pour un vrai débat. Monnaies, lien social, travail, citoyenneté*, coll. Economie, Yves Michel, 1999, p. 66. L’analyse n’est pas réservée aux seuls systèmes d’échanges locaux et vaut pour toutes les techniques fonctionnant sur le principe des échanges circulaires non réciproques et comptabilisés via une unité de mesure spécifique.

¹⁵⁹⁹ V. not. SERVET J. M., *Une économie sans argent : les systèmes d’échange local*, Seuil, 1999, p. 199 ; TERRIS F., « SEL, mode d’emploi », p. 5 ; BAYON D., *op. cit.*, p. 67. Pour un exemple concret, V. not. le règlement intérieur du SEL Cérizéen qui impose de maintenir les soldes individuels entre - 1500 et + 1500 griottes : http://cerizeen.csc79.org/IMG/pdf/reglement_sel.pdf.

¹⁶⁰⁰ Sur ce point, V. le système d’avance de points de la plateforme « Love Home Swap » : <https://www.lovehomeswap.fr/faqs/borrowing-points>.

¹⁶⁰¹ V. le paragraphe « compteur temps » dans les conditions générales d’utilisation de l’application « Tempo ».

¹⁶⁰² Sur la capitalisation des grains, V. *supra*, n° 138.

système de prélèvement sur les comptes utilisateurs des membres qui n'auraient demandé la réalisation d'aucune contreprestation durant un certain laps de temps. A titre d'illustration, « Tempo » prévoit le prélèvement de 30 minutes sur les comptes utilisateurs qui n'auraient pas consommé de services depuis deux mois dans le but de « favoriser la circulation des heures »¹⁶⁰³. La mise en place de ces mécanismes a donc vocation à prévenir les comportements abusifs qui nuiraient au bon déroulement des échanges économiques, avant que ceux-ci ne dégénèrent vers une situation trop conflictuelle ne pouvant être solutionnée autrement que par la sortie de la communauté.

347. Les systèmes de notation – D'autres mécanismes préventifs peuvent également être évoqués, comme la mise en place généralisée de systèmes de notation. En permettant de développer la confiance dans les relations établies entre les différents membres¹⁶⁰⁴, ces systèmes créent des cercles vertueux : les relations nouées au sein des communautés sont largement tributaires des commentaires laissés sur les profils des différents membres, ainsi que des notes obtenues par ces derniers lors des échanges passés. Dès lors, l'obtention de commentaires négatifs, ou de notes peu élevées, freinera considérablement le développement des relations du membre en question avec le reste de la communauté. Or, par voie de conséquence, si celui-ci ne peut effectuer une quelconque prestation au bénéfice d'autrui, il sera également dans l'impossibilité de profiter des services de la communauté, faute de disposer d'un compte suffisamment créditeur. Ainsi, pour s'assurer de pouvoir participer à la vie de la collectivité, les différents membres doivent veiller à obtenir des notes assez élevées pour susciter la confiance et ainsi déclencher les échanges. Un tel système de notation permet donc de responsabiliser les membres en les incitant à réaliser correctement les différentes prestations proposées.

Toutefois, les mesures préventives imaginées en vue de prévenir les situations conflictuelles ne peuvent empêcher la naissance de certains différends justifiant, ainsi, la mise en place de mesures palliatives.

2. La contractualisation du règlement des litiges : la promotion d'une justice alternative

348. Un mouvement de déjudiciarisation en constant développement – Cela fait un peu plus de quarante ans que le droit français s'intéresse aux modes alternatifs de règlement des

¹⁶⁰³ V. le paragraphe « compteur temps » dans les conditions générales d'utilisation de l'application « Tempo ».

¹⁶⁰⁴ TERRASSE P., *Rapport au Premier Ministre sur l'économie collaborative*, coll. Hôtel de Matignon, 2016, p. 33.

litiges¹⁶⁰⁵ permettant de se dispenser du recours au juge¹⁶⁰⁶. Le premier texte consacré à la question est un décret du 20 mars 1978 prévoyant l'institution de conciliateurs de justice¹⁶⁰⁷. Une loi du 8 février 1995¹⁶⁰⁸ est venue, quant à elle, organiser la médiation judiciaire, lorsque depuis un décret du 20 janvier 2012, le Code de procédure civile s'est doté d'un livre spécifique s'agissant de la résolution amiable des différends (art. 1528 à 1567 CPC)¹⁶⁰⁹. D'autres textes ont suivi et deux domaines ont été particulièrement concernés par le développement des MARD : le droit de la famille et le droit de la consommation. Afin de rétablir le contact et d'assainir le conflit entre des parties qui ne sont, bien souvent, « pas accessibles à la parole du juge »¹⁶¹⁰, plusieurs dispositions permettent le recours à un mode amiable en matière familiale¹⁶¹¹. Et si malgré les interventions législatives, le recours effectif aux MARD pour les conflits éclatant au sein de la sphère familiale, a pu être jugé « timide » par les observateurs¹⁶¹², le droit de la consommation semble quant à lui pleinement prendre la mesure des nouvelles opportunités offertes en matière de déjudiciarisation. L'ordonnance du 20 août 2015 est venue transposer, en droit interne, la directive 2013/11 du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et doter ainsi le Code de la consommation d'un livre expressément dédié à la médiation¹⁶¹³.

¹⁶⁰⁵ Ces derniers sont généralement désignés par leur acronyme « MARL ». Mais l'on peut également faire référence aux « MARD » (modes alternatifs de règlement des différends ou aux « MARC » (modes alternatifs de règlement des conflits).

¹⁶⁰⁶ Il existe toutefois des procédures de conciliation antérieures puisque la loi des 16 et 24 août 1790 avait déjà institué un préliminaire obligatoire de conciliation devant les juridictions de droit commun du premier degré. Sur l'existence de ces procédures de conciliation confiées initialement aux juges, V. DOUCHY-OUODOT M. et JOLY-HURARD J., *V°* « Médiation et conciliation », *Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2013 (actualisation : juil. 2020), n°4 à 9.

¹⁶⁰⁷ Décr. n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, *JORF* n°0070 du 23 mars 1978.

¹⁶⁰⁸ Loi n°95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF* n°0034 du 9 févr. 1995.

¹⁶⁰⁹ L'on cite alors régulièrement l'article 1530 du Code de procédure civile qui définit la médiation et la conciliation conventionnelle comme « tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

¹⁶¹⁰ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. fam.* 2012, étude 12, spéc. n°14.

¹⁶¹¹ Deux lois sont à signaler lorsque l'on évoque la question des MARC en matière familiale : la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* n°122 du 27 mai 2004 ; et la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* n°0289 du 14 déc. 2011. Quant aux différentes dispositions, V. not. l'article 373-2-10 C. civ. qui donne au juge, en matière d'autorité parentale, le pouvoir d'enjoindre « sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure » ; en matière de divorce, l'article 255 C. civ. donne au juge la possibilité de « proposer aux époux une mesure de médiation », voire d'« enjoindre aux époux [sauf en certaines circonstances] de rencontrer un médiateur familial ».

¹⁶¹² BOSSARD N., « La médiation familiale : regards croisés », *Gaz. Pal.* 2013, n°358.

¹⁶¹³ MALLET-BRICOUT B., « Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges », *in* Chron. Législation française, *RTD civ.* 2015, p. 952 ; les dispositions de

L'on constate alors un véritable mouvement de fond en droit français. Traduction d'« un profond changement de mentalités »¹⁶¹⁴ pour certains, d'une « tendance régressive du droit contemporain » qui redécouvre « ce que le droit avait déjà découvert il y a longtemps [...], renouant ainsi, paradoxalement, avec la conception du procès des XVIII^e et XIX^e siècles »¹⁶¹⁵, pour d'autres, cette évolution vient, en tout état de cause, renforcer un mouvement amorcé depuis plusieurs années¹⁶¹⁶. Celui-ci semble atteindre son paroxysme avec la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite « loi J21 »¹⁶¹⁷ dont le Titre II est entièrement consacré aux moyens de favoriser les modes alternatifs de règlement des différends¹⁶¹⁸. Les modes de résolution amiable ont le vent en poupe : la complexification croissante des situations juridiques, la démultiplication des situations conflictuelles¹⁶¹⁹, la nécessité de répondre à la « crise de la justice » en désengorgeant les juridictions¹⁶²⁰ sont autant de facteurs favorables au développement des MARD. Le recours à des « mesures pacificatrices » avec pour objectif d'assainir les relations, de rétablir le dialogue entre les parties et ne pas fermer définitivement la porte à une future collaboration¹⁶²¹ est donc un enjeu majeur en ce début de siècle. Il ne s'agit pas d'un simple « effet de mode » ou d'un « feu de paille », mais d'une « tendance lourde de résolution des litiges »¹⁶²², qui a vocation à gagner toujours plus d'envergure à l'heure où le recours au juge n'apparaît plus comme une panacée.

l'ordonnance de 2015 et de son décret d'application n°2015-1382 du 30 octobre 2015 ont été abrogées par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016. Désormais, les dispositions sur la médiation se trouvent aux articles L.611-1 et s. du Code de la consommation. V. STRICKLER Y., « Modes alternatifs de résolution des litiges – Médiation », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 1700-90, 2020, spéc. n°27.

¹⁶¹⁴ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. fam.* 2012, étude 12, spéc. n°4.

¹⁶¹⁵ CLAY T., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle » », *JCP G* 2016, doct. 1295, spéc. n°4 ; l'expression « tendance régressive du droit » est empruntée au Professeur Bruno Oppetit. V. OPPETIT B., « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317.

¹⁶¹⁶ En ce sens, V. MALLEY-BRICOUT B., « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi “Justice du XXI^e siècle” : un nouveau souffle », in *Chron. Législation française*, *RTD civ.* 2017, p. 221.

¹⁶¹⁷ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016.

¹⁶¹⁸ La Loi J21 adopte une conception large des MARD et visent alors la médiation, la conciliation, la procédure participative, la transaction et l'arbitrage : CLAY T., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle » », *JCP G* 2016, doct. 1295.

¹⁶¹⁹ DARMON M., « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *JCP G* 1996, doct. 3976, spéc. n°7.

¹⁶²⁰ CADIET L. et CLAY T., *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3^{ème} éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2019, p. 4.

¹⁶²¹ STRICKLER Y., *V°* « Modes alternatifs de résolution des litiges – Médiation », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 1700-90, 2020, spéc. n°3.

¹⁶²² BAZIN É., « De la médiation de la consommation », *AJ Contrat* 2017, p. 361 et s., spéc. n°2.

349. Une tendance illustrant une évolution fondamentale des rapports sociaux – Le contrat est placé au cœur de toutes les attentions. Certes, le juge n'est pas entièrement délaissé. Il gagne, avec l'ordonnance de 2016, des pouvoirs qui lui étaient jusque-là refusés¹⁶²³. Cependant, sa quasi-toute-puissance dans le dénouement des situations conflictuelles est remise en question puisque la tendance actuelle est à la contractualisation de la justice¹⁶²⁴. Comme le soulignent les Professeurs Cadiet et Clay, l'on assiste désormais à une « évolution des modes de régulation sociale [...]. Qu'on le regrette ou non, l'État n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus qui a cessé d'être le centre de l'univers juridique qu'elle était depuis la codification napoléonienne. Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du procès, en particulier »¹⁶²⁵. L'économie de partage en est le témoin privilégié en créant un espace d'autorégulation où les individus n'auront que très exceptionnellement affaire aux juges. Par le contrat-cadre, les communautés tentent de prévenir l'apparition des différends et prévoient, à l'avance, les modalités de résolution des conflits lorsque ceux-ci n'auront pu être évités.

350. La préférence des communautés pour des modes de résolution amiable des différends – Ainsi, lorsqu'un conflit survient entre plusieurs membres suite aux manquements de l'un d'eux, les communautés tentent, en priorité, d'apporter une solution amiable permettant de préserver les relations. Le but premier est d'apaiser le conflit, et de permettre aux parties de trouver un compromis afin que celles-ci puissent continuer de prendre part à la vie de la communauté. Le dialogue est ainsi privilégié, les membres étant incités à discuter avant tout autre chose conformément aux idées de coopération et d'entraide qui portent les communautés. La plateforme « HomeExchange » invite ses membres à engager un dialogue avant de les contacter en cas de dommages causés par l'invité¹⁶²⁶, de vol¹⁶²⁷, ou si le bien ne correspond pas

¹⁶²³ Sur la nouvelle marge de manoeuvre accordée au juge, V. BARBIER H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247. Le juge peut, désormais, contrôler les conditions financières du contrat, fixer son prix, le réviser pour imprévision, etc.

¹⁶²⁴ MALLET-BRICOUT B., « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXI^e siècle" : un nouveau souffle », *art. préc.*, p. 221.

¹⁶²⁵ CADIET L. et CLAY T., *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, coll. Connaissance du droit Dalloz, 3^{ème} éd., 2019, p. 4.

¹⁶²⁶ En cas de dommage, les consignes de « HomeExchange » sont les suivantes : « contactez votre invité pour en discuter avec lui, et comprendre ce qu'il s'est passé. Il est très fréquent que nos membres trouvent des solutions à l'amiable, sans passer par notre équipe ! ». Ce n'est que dans un deuxième temps qu'il est possible de contacter la plateforme.

V. <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000635157-Que-faire-en-cas-de-dommages->.

¹⁶²⁷ La démarche est la même en cas de vol : « contactez votre invité pour en discuter avec lui, et vous assurer qu'il ne s'agit pas d'un malentendu ». Dans un deuxième temps, « contactez-nous si besoin par mail en nous décrivant ce qui vous semble avoir été volé ». Il est également possible de demander le prélèvement de la caution de l'invité.

aux termes de l'accord¹⁶²⁸. Lorsque celle-ci est effectivement contactée à la suite d'un différend, elle n'agit bien souvent qu'en tant que simple tiers de confiance en fournissant un cadre à la négociation¹⁶²⁹. Mais dans tous les cas, la voie contentieuse ne doit aucunement être privilégiée et n'aura vocation à intervenir que face à l'impossibilité, pour les parties, de trouver une issue amiable au litige¹⁶³⁰. C'est notamment ce que rappelle l'application « Tempo » dont les conditions générales d'utilisation précisent qu'« en cas d'échec d'une résolution amiable de leur conflit, les utilisateurs devront saisir la juridiction compétente »¹⁶³¹. L'on retrouve un fonctionnement similaire au sein des systèmes d'échanges locaux, les règlements intérieurs pouvant notamment prévoir l'intervention d'un médiateur en cas de litiges¹⁶³² ou préférer un arbitrage de la collectivité¹⁶³³.

Les communautés de partage peuvent ainsi, grâce à une clause de médiation, demander aux parties d'accepter l'intervention d'un médiateur en cas de litige préalablement à toute intervention judiciaire. Dans un tel cas de figure, il y a lieu de se reporter au droit commun de la médiation conventionnelle et de veiller alors au respect des conditions posées par l'article 1553 du Code civil (le médiateur ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, il doit

Toutefois, dans ce cas, « la caution de [l']invité ne sera pas immédiatement prélevée de son compte bancaire, mais HomeExchange [...] contactera [...] les deux [membres] afin d'en discuter avec [eux] ». V. <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000635177-Que-faire-en-cas-de-vol->.

¹⁶²⁸ Dans un premier temps, la plateforme invite à contacter l'hôte : « expliquez-lui le problème que vous rencontrez, afin qu'il puisse essayer de le résoudre. C'est sûrement le moyen le plus rapide d'obtenir ce dont vous avez besoin et de poursuivre votre échange comme prévu ! ». Si celui-ci est injoignable ou ne réagit pas, il est ensuite possible de contacter la plateforme. V.

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000626378-Que-faire-si-quelque-chose-manque-ou-ne-correspond-pas-%C3%A0-mes-attentes-lors-de-mon-arriv%C3%A9e->.

¹⁶²⁹ V. <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000626478-Comment-cela-se-passe-t-il-en-cas-de-dommages-ou-d%C3%A9saccord->.

¹⁶³⁰ En ce sens, il convient de noter que pour les litiges potentiels opposant un membre à la plateforme HomeExchange, les parties s'engagent lors de l'adhésion aux conditions générales d'utilisation, à chercher, « avant toute action contentieuse, un accord amiable ». En cas d'échec, le membre de la communauté a la possibilité de saisir le Médiateur de la consommation ou le Médiateur du tourisme et du voyage. En outre, le membre peut également saisir la plateforme de règlement des litiges en ligne. On le voit, la priorité est expressément accordée aux solutions amiables et ce n'est qu'en l'absence de solution, ou lorsque l'éventuelle médiation aura échoué, que les tribunaux devront être saisis. V. <https://www.homeexchange.fr/p/conditions-generale-d-utilisation>.

¹⁶³¹ V. le paragraphe « Litige entre utilisateurs » dans les conditions générales d'utilisation de l'application « Tempo ».

¹⁶³² V. not. le règlement intérieur du Sel Nantais qui prévoit un tel mécanisme : <https://selnantais.org/fr/infos-utiles/notre-reglement-interieur/>. V. également l'article 27 du règlement intérieur du SEL du Pays de Dinan qui prévoit que « les désaccords éventuels entre adhérents seront résolus par le dialogue et, si nécessaire, par la médiation » : <http://sel.dinan.free.fr/index.php/reglement-interieur>.

¹⁶³³ V. not. le règlement intérieur de l'association B.E.L.L.E qui prévoit, en son article 19, que « les conflits éventuels entre adhérents seront résolus par le dialogue et, si nécessaire, par la médiation. Il pourra être fait appel si cela est nécessaire, à l'arbitrage du Collectif » : V. « SEL, mode d'emploi », p. 12. V. également le règlement intérieur du SEL Cérizéen selon lequel « en cas de litige, la médiation est assurée par les membres du collectif d'animation » : http://cerizeen.csc79.org/IMG/pdf/reglement_sel.pdf.

posséder la qualification requise eu égard à la nature du différend, *etc.*)¹⁶³⁴. Mais les communautés s'écartent parfois des cadres généraux posés par la législation sur les MARC en prévoyant des mécanismes plus originaux faisant appel à l'arbitrage d'un « collectif » interne. Cette possibilité se comprend au regard de l'importance du groupe en matière de partage qui a dès lors vocation à intervenir à tous les niveaux, de la naissance des relations à l'assainissement des conflits issus de celles-ci. Ces singularités témoignent ici de l'impact des spécificités de l'économie de partage, non plus sur la qualification des différentes relations, mais sur le régime juridique auquel il convient de les soumettre. *Mutatis mutandis*, elles pointent du doigt l'incomplétude de la réglementation qui n'a, semble-t-il, pas encore pris la pleine mesure de l'évolution de la pratique contractuelle.

Toutefois, si ces mesures sont nécessaires, elles ne sont malheureusement pas toujours suffisantes pour éviter ou résoudre l'ensemble des différends.

351. Le recours à la suspension ou l'exclusion de la communauté – Lorsque, malgré les mesures préventives, un conflit éclate et que les mécanismes palliatifs ne suffisent pas à assainir la situation, les communautés se réservent généralement le droit de suspendre le compte utilisateur pendant une certaine durée, voire d'exclure le membre en question. En effet, si la situation dégénère jusqu'à un point de non-retour, il est préférable d'écarter le membre avec lequel le dialogue est devenu impossible ou qui, par son comportement, ne respecte pas les règles et les valeurs de la communauté tels qu'ils ont été définis au sein du contrat-cadre. Dans un tel cas de figure, des conflits trop fréquents suscités par ceux qui ne sont plus en phase avec la communauté, ou par les abus de ces derniers, pourraient ébranler la pérennité des relations et entraver, ainsi, la recherche de l'intérêt collectif. Dès lors, et malgré le caractère généralement définitif d'un tel mécanisme, l'intérêt de la communauté dans son ensemble impose d'écarter, temporairement ou non, les membres dont le comportement viendrait entraver le bon fonctionnement du groupe. Ce système de suspension ou d'exclusion, que l'on retrouve dans les conditions générales d'utilisation des plateformes ou applications¹⁶³⁵, ou dans les règlements

¹⁶³⁴ DOUCHY-OUODOT M. et JOLY-HURARD J., *V° « Médiation et conciliation », Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2013, (actualisation : juil. 2020), n°109 et s.

¹⁶³⁵ V. not. le paragraphe « Litige entre utilisateurs » des CGU de l'application « Tempo » : « Tempo se réserve le droit de suspendre temporairement ou définitivement le compte de l'utilisateur après enquête » ; La plateforme « HomeExchange » prévoit un dispositif similaire dans ses conditions générales d'utilisation puisqu'il y est précisé qu'en cas de « non-respect de la part des Membres de tout ou partie des CGU, ou en cas de comportement contraire à la réglementation, aux règles de bonne conduite, aux valeurs et à l'éthique que le Site s'efforce de véhiculer, HOMEEXCHANGE INC se réserve le droit de : limiter l'accès des Membres à ses Services ; retirer certains

intérieurs des groupements généralement organisés autour d'une forme associative¹⁶³⁶, témoignent du caractère original des modes de résolution des différends qui paraissent, *in fine*, assez éloignés tant de la conception classique de la résolution amiable des litiges telle qu'elle est entendue par les différentes dispositions précitées, que des sanctions traditionnellement utilisées en matière contractuelle.

L'économie de partage se fait alors l'écho d'un phénomène actuel qui tend à concilier la réalité pratique des sanctions avec un impératif d'efficacité, les différents remèdes mis en œuvre devant être tournés vers « un objectif unique, celui de l'efficience »¹⁶³⁷.

352. La résolution des conflits au sein des communautés, témoin d'un mode de fonctionnement s'écartant du droit commun – Le fonctionnement original des communautés, notamment s'agissant de l'échange économique de prestations non réciproques et l'exclusion de la monnaie, limite donc sensiblement les conflits « classiques », et expliquent une large part des singularités des communautés quant à la résolution des difficultés. Toutefois, l'on ne peut que remarquer la part d'inadaptation du droit commun des contrats qui ne cadre plus entièrement avec la réalité de la pratique contractuelle. L'organisation des communautés dans leurs rapports internes fait donc la part belle à des techniques nouvelles, qu'il s'agisse du type de contrat utilisé pour donner vie à la collectivité, ou des sanctions pratiquées pour résoudre les difficultés, agrandissant, une fois encore, le fossé commençant à se creuser entre la pratique contractuelle contemporaine et le droit des contrats. Or, à ce fonctionnement original, qu'il s'agisse du mode de création des communautés ou de leur manière d'appréhender les conflits, les membres fondateurs ajoutent généralement la figure d'une association ou d'une

contenus hébergés sur le Site ; fermer le Compte Utilisateur ». V. <https://www.homeexchange.fr/p/conditions-generale-d-utilisation>.

¹⁶³⁶ Le mécanisme est également systématique dans les systèmes d'échange locaux. V. not. les statuts du SEL Nantais dont l'article 6 dispose que la qualité de membre se perd notamment en cas de non-respect du règlement intérieur : <https://selnantais.org/fr/infos-utiles/nos-statuts/> ; V. également le règlement intérieur du SEL du Béranger qui prévoit, en son article 4, que la radiation d'un membre peut intervenir pour un « motif grave (non-respect des Statuts, du Règlement Intérieur ou de la législation en vigueur) » : <https://selduborange.wordpress.com/le-sel-du-berange-au-quotidien/reglement-interieur/> ; L'article 28 du règlement intérieur du SEL du Pays de Dinan prévoit également que « le Conseil a le droit de demander des explications à un adhérent dont le comportement lui semble contraire aux statuts, au règlement Intérieur, à sa charte, à l'esprit de l'association ou aux lois en vigueur, et de prononcer une exclusion » : <http://sel.dinan.free.fr/index.php/reglement-interieur>.

¹⁶³⁷ CHAINAIS C. et FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, La sanction, entre technique et politique* (dir. Chainais C. et Fenouillet D.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. XI et s., spéc. p. XLIX et s., n°52 et s.

société pour structurer leur organisation, la communauté des membres ne devant toutefois pas être confondue avec le groupement en question.

Section 2 : L'articulation avec le droit des groupements

353. Un recours opportun mais non obligatoire aux techniques de personnification – Concomitamment ou postérieurement à la conclusion du contrat-cadre originel, les membres fondateurs ont la possibilité de recourir, pour organiser leur groupement, à une forme sociale ou associative. Si la possibilité leur est offerte d'opter pour une forme dépourvue de personnalité morale (§ 2), ils seront généralement plus avisés de faire appel à une association déclarée ou à une société immatriculée (§ 1).

§ 1 : L'opportunité des groupements personnifiés

354. Société *versus* association – Les membres fondateurs optant pour une organisation dotée de la personnalité morale peuvent se tourner, sans surprise, vers le cadre de l'association à but non lucratif (A). Un second choix, plus surprenant, leur est toutefois ouvert puisqu'une société peut également être appelée à structurer une communauté de partage (B).

A. L'association à but non lucratif

355. L'organisation d'un groupement de personnes grâce au contrat d'association – Sur le territoire français, l'on dénombrait en 2017, 1,5 million d'associations¹⁶³⁸ avec un budget cumulé s'élevant à 113,2 milliards d'euros¹⁶³⁹ : celles-ci sont donc, à n'en pas douter, de « véritables opérateurs économiques »¹⁶⁴⁰. Leur attractivité n'est plus à démontrer, et si elles ont une place de choix dans les secteurs économiques classiques, les acteurs de l'économie de partage ne se privent pas de faire appel à ce type de structures. L'association est alors définie, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, comme « la 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 »¹⁶⁴¹. Sans revenir plus avant sur

¹⁶³⁸ INJEP, *Les chiffres clés de la vie associative 2019*, Ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse, 2019, p. 4.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁶⁴⁰ DURAND H., *La gouvernance des associations*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2015, p. 1, n°1.

¹⁶⁴¹ Pour une critique de la définition de l'association contenue dans la Loi du 1er juillet 1901, V. MICHALAUSKAS M., *L'association*, Th. Paris I, 2003, p. 153 et s., n°110 et s.

le débat ayant opposé la doctrine quant à la nature institutionnelle de la société et de l'association¹⁶⁴², il convient de rappeler que cette dernière a une nature contractuelle découlant expressément des termes employés par la loi du 1^{er} juillet 1901¹⁶⁴³. Ainsi, l'article 1^{er} *in fine* affirme l'application, au contrat d'association, des principes généraux du droit des contrats et obligations. L'association se forme donc par la rencontre des volontés d'au moins deux personnes dont le consentement doit être exprimé de manière libre et éclairée, l'objet de l'association doit être licite, *etc.* Il s'agira, plus précisément, d'un contrat-organisation¹⁶⁴⁴ puisque, de manière identique au contrat de société, il « crée entre les parties les conditions d'un jeu de collaboration où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement », les intérêts de celles-ci étant « structurellement convergents »¹⁶⁴⁵.

356. Un contrat à caractère institutionnel : la personnification de l'association – Si l'association a une nature contractuelle, elle ne saurait être réduite à celle-ci. Il est nécessaire de compléter cette approche en se rappelant que l'association, loin d'être un simple contrat, est également une institution¹⁶⁴⁶. Deux éléments sont invoqués pour justifier la nature « plurielle » de l'association : le rôle de la loi s'agissant de la détermination de son régime juridique et l'attribution de la personnalité morale au groupement¹⁶⁴⁷, lorsque les conditions sont réunies. Cette dernière s'est imposée comme étant de l'essence même des associations. Son absence condamne généralement les associations sans personnalité à l'indifférence générale¹⁶⁴⁸. La personnification de l'association est alors conditionnée à sa déclaration en préfecture¹⁶⁴⁹, puis

¹⁶⁴² Le débat s'est davantage porté sur la société. Toutefois, les notions de société et d'association relèvent « du point de vue technique de la même catégorie et soulèvent donc les mêmes interrogations » : HIEZ D., *V°* « Association », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016, (actualisation : déc. 2019), n°23 et s. Pour une synthèse, V. MAY J. Cl., « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou Institution : en enjeu de société*, Paris, LGDJ, 2004, p. 122 ; DEBOISSY F., « Le contrat de société », in *Le contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. IV., Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 119 ; COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, coll. Manuel, LGDJ, 33^{ème} éd., 2020, p. 3 et 4, n°10. Pour une analyse spécifiquement consacrée à l'association, V. MICHALAUSKAS M., *th. préc.*, p. 185 et s., n°131 et s. L'auteur conclut toutefois à l'inadaptation du fondement contractuel et institutionnel et invite, in fine, à dépasser le débat classique contrat - institution pour fonder l'association sur la personnalité morale.

¹⁶⁴³ DUTHEIL P. H., *Droit des associations et des fondations*, coll. Juris Corpus, Juris éditions, Dalloz, 2016, p. 25, n°2.03 et s.

¹⁶⁴⁴ En ce sens, V. HIEZ D., *art. préc.*, n°9 et s. ; DUTHEIL P. H., *Droit des associations et des fondations, op. cit.*, p. 25, n°2.07 ; DURAND H., *th. préc.*, p. 108, n°145, note 421.

¹⁶⁴⁵ DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz - PUF - Juris-classeur, 1999, p. 635 et s., spéc. p. 636.

¹⁶⁴⁶ MESCHARIAKOFF A. S., FRANGI M. et KDHIR M., *Droit des associations*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996, p. 12, n°2.

¹⁶⁴⁷ DUTHEIL P. H., *Droit des associations et des fondations, op. cit.*, p. 26, n°2.09.

¹⁶⁴⁸ V. not. HIEZ D., *art. préc.*, n°202 : « la personnalité morale de l'association est comme son attribut indissociable, la première sans la seconde ne valant pas la peine d'un regard ».

¹⁶⁴⁹ DUTHEIL P. H., *Droit des associations et des fondations, op. cit.*, p. 94, n°5.13.

à la publication de celle-ci au Journal officiel (Décr. 16 août 1901, art. 1 et 2). Une fois acquise, la personnalité morale permet à l'association de disposer d'une capacité juridique limitée à la réalisation de son but. L'association peut donc agir en justice, contracter, recevoir des dons manuels ou des subventions et, depuis la loi relative à l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014 (« Loi ESS »), des donations sous certaines conditions¹⁶⁵⁰.

357. Un contrat non lucratif organisant la mise en commun de connaissances et d'activités afin de parvenir à un but autre que le partage de bénéfices – L'association a été pensée sur un modèle, certes proche de la société, mais néanmoins bien distinct. S'il les deux groupements d'individus sont dotés de la personnalité morale, la première se distingue de la seconde par son but non lucratif. Il s'agit de mettre en commun, de manière permanente, des connaissances et des activités pour parvenir à un but autre que le partage des bénéfices (art. 1, loi du 1^{er} juillet 1901)¹⁶⁵¹. Le législateur de 1901 a, par cette disposition, entendu opérer une distinction franche entre ces deux structures, comme le confirment les travaux parlementaires¹⁶⁵². La société et l'association sont donc, par principe, opposées. La société poursuit une activité lucrative permettant à ses membres de profiter d'une économie ou de partager les bénéfices (art. 1832 C. civ.)¹⁶⁵³. À l'inverse, la loi interdit expressément aux associations une quelconque distribution de bénéfices (art. 1, loi du 1^{er} juill. 1901)¹⁶⁵⁴, la jurisprudence requalifiant le groupement en société créée de fait lorsque cette disposition n'est pas respectée¹⁶⁵⁵. Il ne faudrait toutefois pas déduire trop rapidement du constat précédent, l'impossibilité, pour

¹⁶⁵⁰ DAMAREY S., *Droit des associations*, coll. Droit expert, 2017, Gualino, p. 22.

¹⁶⁵¹ HIEZ D., *art. préc.*, n°131 ; GUYON Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 483 et s., spéc. p. 491 et 492, n°13. L'auteur explique que l'article 1er de la loi de 1901 a donné une définition de l'association, par une interprétation « *a contrario* de l'article 1832 » comme le démontre la formule « dans un but autre que de partager des bénéfices ».

¹⁶⁵² « L'article 1er a pour but de marquer la différence qui existe entre les associations et les sociétés ou communautés de biens avec lesquelles on les a trop souvent confondues » : MERLET J. F., *L'avènement de la loi de 1901 sur le droit d'association : genèse et évolution de la loi au fil des journaux officiels*, coll. Journal officiel de la République française, les Editions des journaux officiels, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 244.

¹⁶⁵³ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, coll. Manuel, LGDJ, 33^{ème} éd., 2020, p. 30 et 31, n°93 ; LARONDE-CLÉRAC C., *V° « Associations. - Généralités », J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 174-10, 2020, n°34 et 40.

¹⁶⁵⁴ Ch. réunies, 11 mars 1914, Caisse rurale Cne Manigod c/ Enregistrement, *DP* 1914. I. 257, note SARRUT ; *S.* 1918. I. 103 ; *Rev. soc.* 1945, p. 44. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappela la signification du terme « bénéfices », qui « s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un matériel qui ajouterait à la fortune des associés ». Elle rappela alors que « la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement, comme condition de son existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement ».

¹⁶⁵⁵ CE, 4 juill. 1949, *JCP G* 1949, II, 5005 ; CA Paris, 26 mai 1967, *D.* 1968, somm. 17 ; *Gaz. Pal.* 1967. 2. 246, note BLANCHER R. ; CA Reims, 19 févr. 1980, *JCP G* 1981, II, 19496, note Y. GUYON ; CA Rennes, 30 mai 1978, *RTD com.* 1979, p. 490, obs. ALFANDARI E.

l'association, de réaliser une activité économique¹⁶⁵⁶. Une telle activité est autorisée¹⁶⁵⁷ et pourra faire l'objet d'un assujettissement au titre des impôts commerciaux, afin d'éviter toute distorsion de concurrence¹⁶⁵⁸, puisque les associations se placent de plus en plus régulièrement dans une position concurrente des sociétés. Si elles ne peuvent donc distribuer aucun bénéfice, il ne leur est toutefois pas interdit d'en réaliser¹⁶⁵⁹. Dès lors, les sociétaires sont parfois amenés à effectuer une activité économique afin de parvenir au but commun¹⁶⁶⁰, l'association étant structurée autour d'un intérêt collectif allant au-delà de l'intérêt individuel de ses membres¹⁶⁶¹.

358. Le recours de l'économie de partage à la forme associative – Les communautés de partage peuvent avoir ainsi recours à la forme associative pour structurer leur groupement. En effet, rien n'interdit aux membres fondateurs de personnifier la communauté de partage en lui donnant les traits d'une association loi 1901. Pour ce faire, les contractants peuvent mettre en commun leurs connaissances et leur activité à titre permanent afin de parvenir à un résultat profitable à chacun. Il s'agit, alors, de permettre et de faciliter le développement d'une activité économique assurant à chacun l'optimisation du pouvoir d'achat¹⁶⁶² : les membres des communautés se réunissent, et mettent à la disposition de tous, par le biais d'un catalogue des offres et des demandes, leurs savoir-faire, les biens dont ils entendent se séparer ou pour lesquels ils acceptent de partager l'usage, *etc.* Cette mise en commun permet à l'ensemble des membres de profiter de biens, services ou savoir-faire en dehors de l'économie classique. En évitant le recours aux circuits de consommation habituels, ils échappent ainsi à une dépense en euros. Comme l'explique Madame Bradburn à propos des systèmes d'échanges locaux,

¹⁶⁵⁶ SIMON O., « La commercialité de l'association du 1er juillet 1901 », *D.* 1977, chron. 153. Sur les avantages et inconvénients de structurer une activité lucrative sous forme associative, V. MOUSSERON P., « Le choix de la forme associative », *BJS* 2001, p. 1179 et s., spéc. n°3 et s.

¹⁶⁵⁷ MALAURIE M., « Plaidoyer en faveur des associations », *D.* 1992, p. 274. L'auteur parle alors de « para-commercialité ».

¹⁶⁵⁸ Soc., 27 juin 1990, n° 86-43.472, *Bull. civ.* V, n°321, p.191 ; CE, 8 juill. 2015, n°371466, *LPA* 2015, p. 4, note F. PERROTIN ; SIMON O., « La commercialité de l'association du 1^{er} juillet 1901 », *D.* 1977, chron. 153, spéc. n°2.

¹⁶⁵⁹ HIEZ D., « Le contrat d'association et le contrat de coopération », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz - LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 269 et s., spéc. p. 273 ; LARONDE-CLÉRAC C., *art. préc.*, n°35.

¹⁶⁶⁰ On parle alors d'"affectio associationis" : CA Poitiers, 24 sept. 2002, *JurisData* n° 2002-190318 ; LARONDE-CLÉRAC C., *art. préc.*, n°30 ; DUTHEIL P. H., *Droit des associations et des fondations, op. cit.*, p. 107, n°5.98. L'on retrouve également cette idée sous l'expression d'"affectio consociationis" : ALFARANDI E. (dir.), *Association : régime général, associations particulières, associations reconnues d'utilité publique*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2000, Paris, n°7.

¹⁶⁶¹ LARONDE-CLÉRAC C., *art. préc.*, n°30.

¹⁶⁶² Madame Bradburn identifie l'intérêt commun des sélistes dans ce qu'elle considère être une « optimisation du pouvoir d'achat » : BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 274 et s., n°391 et s. Ce constat semble pouvoir être étendu, de manière générale, aux techniques de partage, conformément à l'idéologie qui sous-tend cette économie.

« participer à l'activité intersélistes ne leur permet certainement pas d'ajouter un gain pécuniaire [...] à leur fortune, mais cela leur permet incontestablement d'optimiser leur pouvoir d'achat en diminuant les coûts qu'ils auraient normalement dû supporter sur le marché dominant »¹⁶⁶³. L'idée est la même lorsqu'il s'agit de bénéficier des services proposés par une communauté de *couchsurfing* : les contractants se rendront chez l'habitant en lieu et place d'un professionnel de l'hôtellerie et économiseront donc la somme que leur aurait coûté le prix d'une nuit. De la même manière, une communauté proposant des mises à disposition temporaires d'hébergement valorisées par une unité de compte permet à ses membres de bénéficier d'un logement, pour les vacances notamment, en évitant de dépenser de l'argent auprès d'un professionnel du tourisme. Le rôle de la structure associative est alors de faciliter ces échanges économiques en mettant à la disposition de tous, les moyens de développer ses activités (catalogue, unité de compte en grains permettant de valoriser les différents échanges, *etc.*)¹⁶⁶⁴. Le recours à la forme associative permet également aux membres des communautés de disposer de locaux institutionnels mis à leur disposition notamment par les collectivités territoriales¹⁶⁶⁵.

De plus, les communautés n'ont pas vocation à distribuer le moindre bénéfice puisque, par définition, l'absence de recours à l'argent ne devrait pas rendre possible la constitution d'un gain pécuniaire lié à la conclusion des contrats successifs. Seules des cotisations pourront être versées par les membres, mais il ne fait guère de doute que de tels versements ne donnent, en tant que tels, aucun caractère lucratif à l'activité exercée. on ne saurait pas non plus caractériser l'existence d'un gain matériel propre à la communauté qui aurait, par la suite, vocation à être distribué. En effet, les membres ne se départissent pas de la propriété des biens qu'ils mettent à la disposition de tous et, lorsqu'un acte translatif est effectivement passé, ce n'est pas au bénéfice de la communauté, mais d'un membre en particulier. Les biens, services et savoir-faire ne sont pas non plus mis à disposition de la communauté en tant qu'entité. L'ensemble des échanges économiques permis par la mise en commun se réalise directement entre les

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 274, n°392.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 278, n°399. Une fois encore, la remarque ne vaut pas qu'en matière de SEL et peut être étendue à toutes les communautés fonctionnant sur ce modèle.

¹⁶⁶⁵ Art. L. 2144-3 Code général des collectivités territoriales : « *Des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande. Le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du fonctionnement des services et du maintien de l'ordre public. Le conseil municipal fixe, en tant que de besoin, la contribution due à raison de cette utilisation* ». Le Conseil d'État a récemment rappelé que « *sont regardés comme des locaux communaux, au sens et pour l'application de ces dispositions, les locaux affectés aux services publics communaux* » (CE, 7 mars 2019, Commune de Valbonne, n°417629).

membres : la communauté n'effectue, elle-même, aucun des échanges qui auront vocation à se réaliser et qui relèvent de la compétence exclusive de ses membres.

B. La société

359. La réunion d'associés affectant des biens ou leur industrie à une entreprise commune afin de partager les résultats de l'activité – À l'instar de l'association, la société a une nature plurielle, à la fois contractuelle et institutionnelle¹⁶⁶⁶ et, à l'exception des sociétés unipersonnelles, la création d'un tel groupement nécessite la réunion de deux ou plusieurs personnes (art. 1832 C. civ.). Celle-ci est donc soumise aux règles du droit commun des contrats, tant s'agissant du consentement des parties que de leur capacité, mais également quant à la licéité et l'existence de l'objet¹⁶⁶⁷. La constitution d'une société nécessite, en outre, la réalisation d'apports par les associés qui doivent, conformément à la lettre du Code civil, « affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie » (art. 1832 C. civ.). En effet, chaque associé a l'obligation d'effectuer un apport, en numéraire, en nature ou en industrie, afin d'obtenir des parts sociales ou des actions de la société¹⁶⁶⁸. Les apports en numéraire et en nature, lorsqu'ils sont faits en pleine propriété et ne se limitent pas à un apport en jouissance, viennent alors composer le capital social¹⁶⁶⁹. La société, à condition d'être immatriculée au registre du commerce et des sociétés et de respecter certaines dispositions impératives (dépôt au greffe de certains documents, publicité au BODACC, avis dans un journal d'annonces légales, *etc.*¹⁶⁷⁰), dispose donc de la personnalité morale¹⁶⁷¹ et a, à ce titre, un patrimoine propre

¹⁶⁶⁶ Sur ce point, V. *supra* les développements consacrés à l'association, n°355. La société a donc une nature contractuelle puisqu'elle est le résultat d'un accord de volontés, mais également institutionnelle « car ce contrat crée un groupement organisé autour d'un intérêt collectif » : CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 95, n°100 ; MAY J. Cl., « La société : contrat ou institution ? », *art. préc.*

¹⁶⁶⁷ Sur les dispositions générales applicables au contrat de société, V. GIBIRILA D., *V° « Art. 1832 à 1844-17 »*, *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10 : Société - Dispositions générales - Constitution de la société : contrat de société, 2017 (actualisation : août 2020), n° 75 et s. ; GERMAIN M., *V° « Synthèse - Contrat de société : éléments constitutifs »*, *J.-Cl. Sociétés Traité*, 2019.

¹⁶⁶⁸ BESNARD-GOUDET R., *V° « Théorie des apports - Notion d'apport en société »*, *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 10-10, avril 2015 (actualisation : juin 2017) ; GERMAIN M., *V° « Synthèse - Contrat de société : éléments constitutifs »*, *art. préc.*, n°33 et s.

¹⁶⁶⁹ LE CANNU P. et DONDERO B., *op. cit.*, p. 173 et s., n°213 et s. Comme l'expliquent les Professeurs Le Cannu et Dondero, « à l'égard des tiers, le capital représente ce que les associés ont apporté en propre à la société, avec, pour contrepartie, des parts ou des actions (ce qui distingue les apports et les appels de fonds) : p. 170, n°209 ; BESNARD-GOUDET R., *V° « Théorie des apports - Notion d'apport en société »*, *art. préc.*, n°72.

¹⁶⁷⁰ Sur l'acquisition de la personnalité morale, V. COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, coll. Manuel, LGDJ, 33^{ème} éd., 2020, p. 115 et s., n°307 et s. ; LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020, p. 265 et s., n°364 et s.

¹⁶⁷¹ Sur l'interprétation des exigences de publicité, V. WICKER G., « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 691 et s., spéc.

distinct de celui des associés. Au-delà de l'obligation d'effectuer un apport, les associés doivent également avoir la « volonté de collaborer, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun »¹⁶⁷² : il convient donc de démontrer l'existence d'un *affectio societatis*. Or, c'est dans la perspective d'une entreprise commune, autrement appelée « objet social », que les associés se réunissent et effectuent des apports. L'objet social peut alors être défini comme « l'ensemble des activités déterminées par les statuts qu'une société peut exercer »¹⁶⁷³. Il s'agit d'un « contenant, limitant les virtualités d'action de la société »¹⁶⁷⁴ qui ne doit pas être confondu avec d'autres notions, et principalement avec le but social qui consiste à partager les résultats de l'activité¹⁶⁷⁵. Plus précisément, le but de la société est défini par l'article 1832 du Code civil par référence au partage des bénéfices ou à la réalisation d'une économie¹⁶⁷⁶.

360. Une distinction troublée entre société et association – L'on définissait classiquement l'association par opposition à la société, cette dernière poursuivant un but lucratif à la différence de la première. Comme l'expliquait ainsi le Professeur Kayser, « toute collectivité est soit une société, soit une association. Elle est l'une ou l'autre selon la fin qu'elle poursuit : a-t-elle en vue le partage des bénéfices ? Elle constitue une société. N'a-t-elle pas ce but en vue ? Elle constitue une association »¹⁶⁷⁷. Toutefois, l'on a vu apparaître, en pratique, des associations à but lucratif, comme nous l'avons souligné précédemment¹⁶⁷⁸, ainsi que des sociétés qui n'ont pas vocation à partager des bénéfices¹⁶⁷⁹. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 1832 admet la possibilité, pour une société, de faire profiter ses associés d'une économie réalisée, à défaut de distribuer des bénéfices ce qui, de fait, lui permet d'empiéter sur le domaine de

p. 702 et s., n°20 et s.

¹⁶⁷² La Cour de cassation définit régulièrement l'*affectio societatis* par l'usage de cette formule. V. not. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 1978, n°77-13.884 ; Com. 3 juin 1986, *Rev. soc.* 1986, p. 585, note GUYON Y. ; Civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, n°08-13.200, *Bull. civ.* I, n°11, *BJS* 2010, p. 448, note VALLANSAN J. ; *RTD com.* 2010, p. 740, obs. CHAMPAUD C. et DANET D.

¹⁶⁷³ CHAPUT Y., *V°* « Objet social », *Rép. soc.*, Dalloz, 2005 (actualisation : janv. 2020), n°1.

¹⁶⁷⁴ CHAPUT Y., *art. préc.*, n°1.

¹⁶⁷⁵ LE CANNU P. et DONDERO B., *op. cit.*, p. 189, n°246.

¹⁶⁷⁶ Initialement, la définition de l'article 1832 se contentait de faire référence au partage des bénéfices. C'est la loi du 4 janvier 1978 qui a adjoint, à cette première hypothèse, celle de la réalisation d'une économie. Sur ce point, V. GUYON Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », *art. préc.*, p. 483 et s., spéc. p. 486 et s., n°5 et s.

¹⁶⁷⁷ KAYSER P., *Société ou association ? L'article 1832 du Code civil et la loi du 1er juillet 1901*, préf. F. Gény, Librairie du Recueil Sirey, 1928, p. 3.

¹⁶⁷⁸ L'association peut, en effet, réaliser des bénéfices du moment qu'elle s'abstient de les distribuer à ses membres. V. *supra*, n°357. La simple existence de bénéfices n'est donc pas suffisante à elle-seule pour caractériser une société. Partant, « pour qu'il y ait société [...] il faut encore qu[e le bénéfice] soit susceptible d'être partagé » : GUYON Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 483 et s., spéc. p. 491, n°13.

¹⁶⁷⁹ GUYON Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », *art. préc.*, p. 483 et s., spéc. n°3.

l'association¹⁶⁸⁰ : la distinction entre ces deux organisations va alors en s'estompant¹⁶⁸¹. Yves Guyon prend, pour illustrer son propos, l'exemple de personnes désirant pratiquer un sport dans une association loi 1901. Celles-ci, en se tournant vers ce type d'organisation et non vers un club sportif classique, réaliseront effectivement une économie puisque l'adhésion permet de pratiquer l'activité à moindre coût par rapport aux clubs sportifs constitués sous la forme de société commerciale¹⁶⁸². La question est alors de savoir ce qui différencie la société de l'association lorsque l'objet du groupement est de permettre la réalisation d'une économie. Comme l'explique alors justement le Professeur Guyon, « ne deviendront des sociétés que les personnes morales ayant pour objet principal la réalisation d'une économie. Au contraire conserveront leur nature originaire, les groupements pour qui la réalisation d'une économie n'a qu'un caractère accessoire par rapport à une activité [...] non lucrative (dans le cas des associations). Ainsi, si une association sportive ne devient pas une société, c'est parce que ses membres entendent avant tout pratiquer les sports et que ce n'est qu'ensuite qu'ils donnent la préférence à un organisme qui leur permet de le faire à moindre frais »¹⁶⁸³.

361. Le possible recours des communautés de partage à la société commerciale organisant une entreprise d'économie sociale et solidaire – Une fois ces précisions effectuées, et puisque les sociétés n'ont pas nécessairement à faire profiter leurs associés de bénéfices, il faut admettre que ce type de personnes morales puisse trouver sa place en matière de partage. En effet, les communautés de partage permettent à leurs membres de réaliser des économies en évitant de recourir aux modes de consommation classiques. Rien ne s'oppose donc à ce que les membres des communautés s'organisent en recourant, non à une structure associative, mais à une forme sociale les faisant profiter d'une économie réalisée à défaut d'un quelconque partage des bénéfices. Notons, à ce titre, que les sociétés commerciales peuvent organiser une entreprise relevant de l'économie sociale et solidaire – comme c'est le cas de la société ayant développé l'application Tempo – Lève la main – lorsqu'elles remplissent les conditions posées par l'article 1^{er}, II, 2^o de la Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014, dites « Loi ESS ». Il s'agit, plus précisément, de respecter les conditions fixées par l'article 1^{er}, I de la loi précitée, à savoir : un but autre que

¹⁶⁸⁰ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 355, n°532.

¹⁶⁸¹ GUYON Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », *art. préc.* Pour une analyse de la distinction entre société et association antérieurement à la loi de 1978, V. KAYSER P., *Société ou association ? L'article 1832 du Code civil et la loi du 1er juillet 1901*, préf. F. Gény, *op. cit.*

¹⁶⁸² GUYON Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », *art. préc.*, p. 483 et s., spéc. p. 496, n°21.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, spéc. p. 497, n°23.

le seul partage des bénéfices, une gouvernance démocratique, l'affectation majoritaire des bénéfices au maintien et au développement de l'activité de l'entreprise et l'interdiction de distribuer les réserves impartageables. Elle doit, de surcroît, rechercher une « utilité sociale » au sens de l'article 2, et appliquer un certain nombre de principes de gestion. En vertu de cette disposition, la société sera considérée comme poursuivant un but d'utilité sociale à condition d'avoir pour objet d'apporter un soutien à des personnes en situation de fragilité (1°), ou de contribuer à la lutte contre « les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation et à la citoyenneté [...], à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale (2°), ou enfin, en « concour[ant] au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale, sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2° ». Or, les communautés de partage ayant notamment vocation à recréer du lien social, à lutter contre l'exclusion d'une partie de la population, ou à mettre en place des modes de consommation plus durables, peuvent parfaitement être structurées sous la forme d'une société organisant une entreprise d'économie sociale et solidaire comme le sont, par exemple, les systèmes d'échange locaux¹⁶⁸⁴.

362. Un recours plus étonnant aux formes sociales ayant vocation à distribuer des bénéfices – Plus surprenant, l'on rencontre également en la matière, des sociétés ayant effectivement pour objet de distribuer, à leurs membres, les bénéfices réalisés. *A priori*, une telle possibilité interroge puisque, par définition, en l'absence de recours à l'intermédiaire monétaire et dans la mesure où les communautés ne réalisent pas, en tant que telle, une activité économique (à la différence de leurs membres), aucun bénéfice ne semble pouvoir exister. En réalité, si la société a trouvé une autre fissure par laquelle s'insinuer, c'est parce qu'il est possible de distinguer l'ensemble des membres de la communauté de l'organisation permettant la personnification de l'entité. Bien qu'il s'agisse vraisemblablement d'une exception qui ne préfigure pas, à ce stade, le passage d'une économie de partage non lucrative et locale vers un modèle de plus grande ampleur ayant vocation à générer d'importants bénéfices par le recours à des abonnements et services payants¹⁶⁸⁵, l'on peut toutefois citer un exemple de société

¹⁶⁸⁴ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 366 et s., n°548 et s.

¹⁶⁸⁵ À titre d'illustration, la plateforme HomeExchange propose notamment aux membres un abonnement payant de 130 euros par an pour bénéficier des services de la communauté. Le montant versé ne revient toutefois pas directement à la communauté des membres mais à la SAS Tukazza.

commerciale ayant recours aux techniques du partage. C'est le cas relativement isolé de HomeExchange qui fonctionne sur le modèle de la société par actions simplifiée et qui, en 2019, réalisait un chiffre d'affaires de plus de 5 millions d'euros¹⁶⁸⁶. Le recours à la SAS s'explique ici, en partie, par la possibilité, pour une personne seule, de constituer une telle forme sociale. Le législateur autorise en effet l'existence de sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU) depuis la loi du 12 juillet 1999¹⁶⁸⁷, lorsque la société par actions (SA) doit être constituée d'au moins sept associés lorsqu'elle est cotée sur un marché financier et de deux dans le cas contraire (art. L. 225-1 C. com.)¹⁶⁸⁸. Or, si Tukazza compte désormais 63 actionnaires¹⁶⁸⁹, elle fut originellement créée, en 2011, par un associé unique comme l'indiquent ses statuts. Ceci explique alors certainement que l'application Tempo – Lève la main soit gérée par la Société PMTT, société par actions simplifiée à associé unique¹⁶⁹⁰. En outre, et bien que son capital social s'élève depuis mai 2019 à 175 449 euros, la société fut constituée initialement avec un capital social de trente mille euros, montant inférieur au minimum de 37 000 euros imposé pour les sociétés anonymes (art. L. 224-2 C. com.)¹⁶⁹¹. Le choix d'une telle forme sociale se justifie également très certainement par la souplesse qui caractérise la SAS et la distingue du fonctionnement rigide des SA dont le statut est marqué par un nombre important de dispositions impératives, ainsi que par ses faibles coûts de fonctionnement¹⁶⁹². La suppression du capital minimum pour la SAS la rapproche ainsi de la SARL en gommant ce qui était, jusque-là, un avantage de la seconde sur la première¹⁶⁹³. La SAS a désormais des possibilités financières similaires à celles des SA¹⁶⁹⁴ tout en échappant à une grande partie de

¹⁶⁸⁶ La dénomination sociale de la SAS gérant le site HomExchange est « TUKAZZA ».

V. <https://www.societe.com/societe/tukazza-532000783.html>.

¹⁶⁸⁷ V. art. 3, loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, JORF 13 juil. 1999, p. 10396 ; BARANGER G., « Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la société par actions simplifiées (SAS) unipersonnelle », *Bull. Joly* 1999, p. 831. Pour une opinion antérieure à l'adoption de la loi de 1999, V. CONAC P. H., « Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) », *Bull. Joly* 1999, p. 607.

¹⁶⁸⁸ LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020, p. 487, n°671.

¹⁶⁸⁹ V. la liste des actionnaires : <https://www.verif.com/actionnaires-filiales/TUKAZZA-532000783/>.

¹⁶⁹⁰ <https://www.societe.com/societe/pmtt-832627202.html>.

¹⁶⁹¹ Avant 2008, la SAS devait également avoir un capital social minimal de 37 000 €. La loi NRE (loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques) étendit le bénéfice des dispositions de l'article L. 225-3 du Code de commerce aux SAS imposant la libération immédiate de la moitié seulement des actions en numéraire lors de la souscription. Depuis la loi LME (loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie), toute exigence d'un capital minimum pour la SAS a été supprimée.

¹⁶⁹² LE CANNU P., « La SAS dans la concurrence des formes de sociétés », *Bull. Joly* 2008, p. 236 ; CONAC P. H., « Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) », *Bull. Joly* 1999, p. 607.

¹⁶⁹³ MONSÉRIÉ-BON M. H., « La loi de modernisation de l'économie : que rest-il du charme des SARL ? », *RJ com.* 2008, p. 359.

¹⁶⁹⁴ LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020, p. 689,

leurs contraintes et à celles de la SARL qui, à l'inverse, n'a pas été pensée comme « une machine à rassembler des capitaux »¹⁶⁹⁵ et ne peut donc émettre aucune action. Rien d'étonnant alors à ce que des sociétés comme Tukazza recourent à cette forme sociale, afin de s'organiser juridiquement et de pouvoir distribuer des bénéfices à leurs associés.

363. L'absence d'identité entre les membres des communautés et les associés des sociétés commerciales organisant une activité de partage – En la matière, ce ne sont pas les membres des différentes plateformes de partage de logements désormais réunies par HomeExchange qui forment la société. Celle-ci compte plus de 400 000 appartements ou maisons disséminés dans 187 pays, et il est évident que les propriétaires de ces logements ne sont pas, de par leur adhésion à la communauté HomeExchange, associés de la SAS Tukazza¹⁶⁹⁶. L'inscription sur le site homeexchange.fr, ouverte à quiconque désirerait prendre part au partage de logements ne confère pas, *mutatis mutandis*, la qualité d'associé. Il n'existe pas d'apport à proprement parler, même en jouissance puisque la communauté n'a aucun droit quant à l'usage des logements. Seul le propriétaire peut décider de la fréquence de mise à disposition de son bien et demeure libre de refuser une demande ou de retirer son logement lorsque bon lui semblera. Il semble donc impossible de considérer la mise en ligne d'une offre via le site de la communauté, comme un apport en propriété ou en jouissance. Les membres ne font, *a fortiori*, aucun apport en numéraire.

On peut en revanche s'interroger sur la possibilité de voir, dans les différentes propositions des membres, un apport en industrie. Une réponse positive ne semble toutefois pas aller de soi puisque, là encore, les individus ne mettent pas directement leur industrie à disposition de l'entité personnifiée. La société structurant notamment une entreprise de l'économie sociale et solidaire, n'a aucunement le pouvoir de réclamer à l'un des membres d'une communauté de partage, la mise à disposition de ses compétences d'informaticien au service de la structure sociale afin de développer le site internet, comme elle ne peut exiger d'un membre ayant des compétences juridiques, de rédiger ses statuts. C'est envers la communauté des membres, et non la structure personnifiée, que chacun s'engage à partager ses biens, services et savoir-faire, d'autant que l'adhésion au groupe n'emporte pas l'obligation de

n°965.

¹⁶⁹⁵ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, coll. Manuel, LGDJ, 33^{ème} éd., 2020, p. 614, n°1587.

¹⁶⁹⁶ Celle-ci réunit, nous l'avons dit, 63 actionnaires. V. <https://www.verif.com/actionnaires-filiales/TUKAZZA-532000783/>.

répondre par l'affirmative à toutes les demandes formulées. Les membres restent libres de refuser d'exécuter telle ou telle prestation et ce, alors même qu'ils auraient posté une offre portant effectivement sur la prestation demandée. L'on ne peut, dès lors, considérer qu'il existe, au sens du droit des sociétés, une mise à disposition de l'industrie au profit de la forme sociale choisie¹⁶⁹⁷.

En outre, aucune part sociale ou action n'est transférée aux membres en contrepartie des propositions de mises à disposition, ce qui referme définitivement la possibilité de considérer ces derniers, comme faisant partie intégrante des associés de la SAS. Il convient donc de faire une distinction nette entre la communauté, entendue comme la réunion des individus se prêtant au jeu du partage dans un même système, et la société commerciale qui peut être créée pour organiser cette structure. Les membres des communautés (les utilisateurs) sont alors, le plus souvent, de simples tiers à la société qui régit pourtant la communauté au sein de laquelle ils évoluent. En revanche, les membres fondateurs auront fréquemment une double qualité en étant également associés de la société. Tel est notamment le cas pour HomeExchange, M. Emmanuel Arnaud ayant fondé la communauté et créé, dans le même temps, la SAS Tukka afin de gérer son activité. Seront alors associés, tout ceux ayant souscrit à une augmentation de capital en acquérant des actions. Et si rien n'interdit à un associé de profiter également des services de la communauté, encore faut-il préciser que seule l'adhésion à cette dernière permettra d'être considéré comme un membre à part entière, car le statut d'associé de la SAS ne confère aucunement, à lui seul, une telle qualité.

Quoi qu'il en soit, si les communautés de partage ont, à leur disposition, plusieurs solutions d'organisation disposant de la personnalité morale, le choix leur est laissé de personnifier, ou non, l'entité.

§ 2 : L'inadéquation des groupements non personnifiés

364. L'association de fait – S'il est vrai que les associations sont le plus souvent déclarées, et disposent donc d'une personnalité morale, il peut toutefois arriver que les formalités de déclaration ne soient pas effectuées. À ce titre, l'article 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901 dispose que « les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation *ni déclaration préalable* ». Les membres sont en effet libres de recourir, ou non, à la personnification de leur organisation, la déclaration en préfecture ou sous-préfecture demeurant

¹⁶⁹⁷ *contra*, BRADBURN S., *th. préc.*, p. 283, n°405.

facultative¹⁶⁹⁸. Lorsque celle-ci n'est pas effectuée, l'association est dénuée de personnalité juridique et est alors qualifiée d'association « non déclarée », « simple » ou « de fait ». Pour exister valablement, une telle association n'a donc besoin d'aucune formalité¹⁶⁹⁹ et existera alors simplement « en tant que contrat »¹⁷⁰⁰. Mais l'association n'est pas le seul modèle de groupement pouvant exister tout en étant dépourvu de personnalité juridique, la société connaissant également une forme similaire d'organisation.

365. La société en participation et la société créée de fait¹⁷⁰¹ – En application de l'article 1871 du Code civil, les associés peuvent convenir de ne pas immatriculer la société, celle-ci étant alors qualifiée de société en participation. Comme le soulignent les Professeurs Cozian, Viandier et Deboissy, elle est alors, « à la société immatriculée ce que le concubinage est au mariage »¹⁷⁰². Cette forme sociale régie par les articles 1871 à 1872-2 n'a donc pas de personnalité morale, celle-ci ne pouvant exister en l'absence d'immatriculation. En revanche, puisqu'elle est, malgré ses particularités, une véritable société¹⁷⁰³, elle reste soumise aux conditions de validité applicables à tous contrats (art. 1108 C. civ.), et doit réunir l'ensemble des éléments caractéristiques du contrat de société (apports, *affectio societatis*, recherche et partage des bénéfices ou profit d'une économie)¹⁷⁰⁴. La société en participation pouvant être prouvée par tous moyens (art. 1871 alinéa 1 *in fine* C. civ.), il n'est pas nécessaire de rédiger un écrit¹⁷⁰⁵. Elle ne saurait, de plus, être unipersonnelle et doit alors réunir au minimum deux associés¹⁷⁰⁶. Pour le reste, les associés sont libres d'aménager, comme bon leur semble, les statuts de la société, d'en déterminer l'objet et les règles de fonctionnement, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives du droit des sociétés (art. 1871 al. 2 C. civ.).

Il peut également arriver qu'une société soit créée sans que les associés aient eu nécessairement conscience de se comporter comme tels¹⁷⁰⁷. Il s'agirait, selon certains, du

¹⁶⁹⁸ MESCHARIAKOFF A. S., FRANGI M. et KDHIR M., *Droit des associations*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996, p. 55, n°24.

¹⁶⁹⁹ LARONDE-CLÉRAC C., *V° « Associations. - Généralités », J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 174-10, 2020, n°18 et 43.

¹⁷⁰⁰ RODRIGUEZ K., *V° « Association », Rép. soc.*, Dalloz, 2018 (actualisation : juil. 2020), n°86.

¹⁷⁰¹ VALLANSAN J. et DESMORIEUX E., *Société en participation et société créée de fait : aspects juridiques et fiscaux*, préf. M. Cozian, coll. Pratique des affaires, GLN-Joly éd., 1996.

¹⁷⁰² COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., coll. Manuel, *Droit des sociétés*, LGDJ, 33^{ème} éd., 2020, p. 720, n°1862.

¹⁷⁰³ GIBIRILA D., *V° « Art. 1871 à 1873 », J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique : Société en participation, 2018 (actualisation : août 2020), n°4.

¹⁷⁰⁴ LE CANNU P. et DONDERO B., *op. cit.*, p. 982, n°1455.

¹⁷⁰⁵ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *op. cit.*, p. 724, n°1874.

¹⁷⁰⁶ LE CANNU P. et DONDERO B., *op. cit.*, p. 981, n°1454 ; GIBIRILA D., *V° « Art. 1871 à 1873 », art. préc.*, n°30.

¹⁷⁰⁷ BOUTRY C., « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *JCP E* 2001, p. 310.

« degré zéro de la conscience sociétaire »¹⁷⁰⁸. L'on parle alors de société créée de fait (et non de société de fait)¹⁷⁰⁹, ce qui renvoie à la situation où deux personnes au minimum se sont comportées, en pratique, comme de véritables associés, sans avoir pour autant exprimé la volonté de constituer une société¹⁷¹⁰. Pour certains, si l'expression « créée de fait », « laisse penser que l'existence de la société peut être inférée du seul comportement des associés, ce qui impliquerait qu'il puisse exister des sociétés sans volonté »¹⁷¹¹, un consentement doit nécessairement exister, qu'il soit tacite ou implicite. Pour d'autres, l'on ne peut déceler aucune « rencontre de volontés souhaitant unanimement la constitution d'une société »¹⁷¹² puisque, sinon, l'on se retrouverait face à une société en participation. Quoi qu'il en soit, la société créée de fait est soumise, depuis la loi du 4 janvier 1978, au régime de la société en participation en application de l'article 1873 du Code civil¹⁷¹³. Elle doit alors, comme toutes sociétés, réunir les trois éléments du contrat précédemment cités¹⁷¹⁴ et, de manière identique à la société en participation, l'absence d'immatriculation la prive de toute personnalité morale¹⁷¹⁵.

¹⁷⁰⁸ CHAMPAUD D. et DANET D., obs. sous CA Paris, 12 nov. 1991, *RTD com.* 1992, p. 812.

¹⁷⁰⁹ La « société de fait » renvoie à l'hypothèse d'une société immatriculée mais qui, par la suite, aurait été annulée. Sur l'ambiguïté de ces expressions et la distinction entre société de fait et créée de fait, V. DONDERO B., *V° « Société créée de fait », Rép. soc.*, Dalloz, 2009 (actualisation : mai 2019), n°1 ; LUCAS F. X., « La société dite créée de fait », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737 et s., spéc. p. 739 ; VALLANSAN J. et DESMORIEUX E., *Société en participation et société créée de fait : aspects juridiques et fiscaux*, préf. M. Cozian, *op. cit.*, p. 73 et 74, n°184. L'appellation « société de fait » a fait l'objet d'un grand nombre de critiques et nombreux sont les auteurs à avoir plaidé en faveur de sa suppression. V. not. HÉMARD J., *Théorie et pratique des nullités de société et des sociétés de fait*, Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1926, p. 17 et 18, n°11.

¹⁷¹⁰ RIPERT G. et ROBLLOT R., *Traité de droit des affaires*, Tome 2, *Les sociétés commerciales* (dir. Germain M. et Magnier V.), 22^{ème} éd., LGDJ, 2017, p. 36, n°1538.

¹⁷¹¹ KESSLER G., « Société créée de fait : les leçons du droit comparé », *D.* 2005, p. 86. Dans le même sens, V. LUCAS F. X., « La société dite créée de fait », *art. préc.*, p. 737 et s., spéc. p. 740. Pour l'auteur, « l'expression "société créée de fait" ne doit pas faire oublier qu'il s'agit d'un contrat et que le juge ne peut s'affranchir de la nécessité d'établir l'existence d'une convention liant les parties pour identifier entre elles une société ».

¹⁷¹² DONDERO B., *V° « Société créée de fait », Rép. soc.*, Dalloz, 2009 (actualisation : mai 2019), n°18 ; VACRATE S., *La société créée de fait. Essai d'une théorisation*, préf. H. Lécuyer, coll. Bibliothèque de droit privé - LGDJ, 2003, p. 75 et s., n°184 et s. V. toutefois LUCAS F. X., « La société dite créée de fait », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737 et s., spéc. p. 741 : bien que pour l'auteur, la société créée de fait soit un contrat, il considère également qu'elle « n'est rien d'autre qu'un contrat de société en participation. La société que l'on dit "créée de fait" n'est qu'un trompe-l'oeil et c'est une regrettable erreur d'appréciation qui a conduit le législateur à momifier dans le Code civil cette défunte société rendue caduque par la réforme du régime des sociétés en participation ».

¹⁷¹³ Pour certains, il conviendrait désormais de ne plus distinguer les sociétés créées de fait, des sociétés en participation. En ce sens, V. LUCAS F. X., « La société dite créée de fait », *art. préc.*, p. 737 et s., spéc. p. 740 : « si le code distingue encore les sociétés en participation des sociétés créées de fait, c'est par l'effet d'une regrettable myopie du législateur qui a perdu de vue qu'en sortant les premières de la clandestinité, il privait les secondes de toute raison d'exister ». Dans le même sens, KESSLER G., « Société créée de fait : les leçons du droit comparé », *art. préc.* : « les sociétés dites créées de fait sont en fait des sociétés en participation tacite » ; BOUTRY C., « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *art. préc.* : « la distinction [...] n'a pas grand intérêt pratique ».

¹⁷¹⁴ DONDERO B., *art. préc.*, n°35 et s ; *contra*, VACRATE S., *La société créée de fait. Essai d'une théorisation*, préf. H. Lécuyer, *th. préc.*, p. 247 et s., n°567 et s.

¹⁷¹⁵ DONDERO B., *Les groupements dépourvus de la personnalité juridique en droit privé*, PUAM, 2006, p. 41.

366. Les difficultés liées à l'absence de personnalité morale ou l'opportunité de personnifier la communauté – Puisqu'il s'agit, pour les membres des communautés, d'organiser leur mode de fonctionnement, rien ne s'oppose, en théorie, à ce qu'une association de fait, une société en participation ou une société créée de fait soit constituée. A titre liminaire, notons toutefois que la société créée de fait ne résultant pas d'un processus volontaire, l'on retrouvera une telle forme d'organisation au sein de petits groupes d'individus se rendant des services réciproques sans avoir réellement conscience d'avoir mis en place une véritable organisation. En revanche, lorsque la communauté prend de l'ampleur, il est peu probable qu'aucun membre ne prenne conscience de la nécessité d'organiser clairement le mode de fonctionnement. Dans ce cas, un choix sera offert entre une forme sociale ou associative personnifiée et une organisation dépourvue de personnalité. Il convient donc de s'interroger sur la pertinence, pour les communautés, de recourir à l'un de ses deux modes de fonctionnement par préférence à l'autre.

La société en participation ou l'association de fait, puisque n'étant pas immatriculée pour l'une, déclarée pour l'autre, n'ont pas de personnalité morale¹⁷¹⁶. Elles n'ont, dès lors, aucune capacité juridique¹⁷¹⁷. Elles ne peuvent donc pas jouir des droits attachés à la personnalité morale, contrairement aux groupements personnifiés qui sont, sans conteste, des sujets de droit¹⁷¹⁸. Notons tout d'abord que la personnification d'une entité permet, selon les termes de Demogue, d'offrir une plus grande sécurité juridique et psychologique au groupement¹⁷¹⁹. L'existence d'une personne morale est, en effet, un facteur de sécurité et de stabilité donnant, à l'entité, un « ancrage plus solide dans le système juridique »¹⁷²⁰. Elle

¹⁷¹⁶ BOUTRY C., « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *art. préc.*

¹⁷¹⁷ Pour les associations non déclarées, V. MESCHARIAKOFF A. S., FRANGI M. et KDHIR M., *Droit des associations, op. cit.*, p. 58, n°25 ; LARONDE-CLÉRAC C., *V° « Associations. - Généralités », J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 174-10, 2020, n°43. Au demeurant, cela résulte explicitement de l'article 2 in fine de la loi du 1er juillet 1901 en application duquel, les associations « ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5 ».

¹⁷¹⁸ DEMOGUE R., *La notion de sujet de droit : caractères et conséquences (extrait de la Revue trimestrielle de droit civil, n°3, 1909)*, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1909, p. 3. En application de la conception traditionnelle de la réalité de la personne morale, celle-ci « dans son individualité[...], apparaît comme un sujet de droit de même nature qu'une personne physique ; dans les rapports juridiques, elle est titulaire de droits et d'obligations identiques à ceux des personnes physiques; elle se présente enfin comme un être nouveau, entièrement distinct des personnes qui l'ont constituée » : WICKER G., « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 691 et s., spéc. p. 692, n°4. Cette conception n'est toutefois pas exempte de critiques (V. n°4 et s.).

¹⁷¹⁹ DEMOGUE R., *La notion de sujet de droit : caractères et conséquences (extrait de la Revue trimestrielle de droit civil, n°3, 1909)*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷²⁰ BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 340, n°508.

permet, ainsi, de donner une résonance particulière à l'action que le groupement se propose de mener. Comme l'explique le Professeur Paillusseau, « la raison essentielle - unique - de l'existence de la personnalité morale est de permettre l'expression juridique d'un groupement de personnes »¹⁷²¹, « c'est de donner une autonomie juridique à ce qu'entreprend ce groupement de personnes, à l'opération qu'il effectue, à l'activité qu'il exerce ou à l'action qu'il poursuit »¹⁷²². Il s'agit, ainsi, de protéger non pas une volonté mais un intérêt¹⁷²³, et plus précisément ici, l'intérêt collectif que l'association ou la société espère réaliser. Dès lors, un groupement de personnes dénué de toute personnalité morale ne peut bénéficier des attributs habituellement attachés à cette dernière, comme la possibilité de réalisation des actes juridiques et notamment de conclure des contrats, d'ester en justice pour défendre les intérêts collectifs du groupement, etc¹⁷²⁴. L'association non déclarée ou la société en participation, de par leur absence de déclaration ou d'immatriculation, ne seront pas opposables aux tiers¹⁷²⁵ puisque « la publicité peut seule imprimer [...] le caractère d'un corps moral »¹⁷²⁶. Rappelons qu'il convient de distinguer, comme le font désormais explicitement les articles 1199 et 1200 du Code civil, l'effet relatif du contrat et l'opposabilité¹⁷²⁷ : le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties et non à l'égard des tiers qui ne peuvent alors, ni demander son exécution, ni se voir contraints de l'exécuter (art. 1199 C. civ.). Néanmoins, cela ne saurait autoriser les tiers à ne pas tenir compte du contrat, ceux-ci devant respecter la situation juridique découlant de la convention (art. 1200 C. civ.)¹⁷²⁸. Dès lors, la société en participation et l'association de fait, contrairement aux « sociétés-organismes » qui sont effectivement opposables aux tiers, demeurent à l'état de simples contrats. Elles seront donc soumises à l'effet relatif des conventions, mais ne pourront

¹⁷²¹ PAILLUSSEAU J., « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705 et s., spéc. n°2.

¹⁷²² *Ibid.*, spéc. n°13.

¹⁷²³ DEMOGUE R., *La notion de sujet de droit : caractères et conséquences (extrait de la Revue trimestrielle de droit civil, n°3, 1909)*, *op. cit.*, p. 5 et s.

¹⁷²⁴ "En bref, [...] avoir et exercer certains droits comme les personnes physiques » : PAILLUSSEAU J., « Le droit moderne de la personnalité morale », *op. cit.*, p. 705 et s., spéc. n°2.

¹⁷²⁵ Le Professeur Duclos définissait l'opposabilité comme « la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe » : DUCLOS J., *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, p. 22, n°2.1.

¹⁷²⁶ Civ. 30 avril 1900, S. 1902. I. 9 ; Instr. 23 juin 1992, *Défrénois* 1993, p. 177 et s., n°6 « La publication de l'autorisation au Journal officiel détermine donc l'opposabilité des actes de la fondation aux tiers et aux services fiscaux ».

¹⁷²⁷ MARCHESSEAU I., « L'opposabilité du contrat aux tiers - La distinction entre effet obligatoire et opposabilité du contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p. 67 et s.

¹⁷²⁸ Sur la distinction faite par l'ordonnance de 2016 entre l'effet relatif et l'opposabilité, V. CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 493 et s., n°544 et s. DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 483 et s.

être opposées aux tiers¹⁷²⁹. Autrement dit, les associés et sociétaires de ces deux organisations sans personnalité auront des droits et des obligations dans leurs rapports interpersonnels, mais les tiers ne pourront devenir débiteurs ou créanciers d'une telle organisation, ceux-ci n'ayant, par définition, aucun moyen d'avoir connaissance de son existence¹⁷³⁰. Ces entités n'auront ainsi vocation qu'à régir les rapports internes à leurs membres, lorsqu'à l'inverse, les personnes morales, en tant que « technique[s] d'opposabilité »¹⁷³¹, sont destinées à réaliser également leurs effets dans l'ordre externe puisqu'elles sont des sujets de droit à part entière¹⁷³². Ce caractère occulte a, malgré tous, des aspects séduisants : il peut, en effet, s'agir d'un élément avantageux pour les groupements désireux de souplesse, de simplicité et de discrétion. Il s'agit là d'une des principales raisons évoquées à l'appui de la constitution d'une société en participation¹⁷³³ ou d'une association non déclarée¹⁷³⁴. Il n'est toutefois pas certain qu'il s'agisse d'un élément de nature à contrebalancer entièrement les inconvénients liés à l'absence de personnalité morale¹⁷³⁵. La société en participation n'aura pas de patrimoine propre¹⁷³⁶, aucun droit exclusif quant à une quelconque dénomination sociale et n'aura ni siège social, ni nationalité propre¹⁷³⁷. Elle ne pourra intenter aucune action en justice¹⁷³⁸, n'aura pas de compte en banque¹⁷³⁹, etc. L'association non déclarée devra, de manière identique, agir par le truchement d'une personne physique (membre ou tiers) pour effectuer tous les actes de la vie juridique puisqu'elle est également incapable d'ester en justice, de contracter, d'être débitrice ou créancière de droits et obligations et n'a pas de patrimoine personnel¹⁷⁴⁰.

¹⁷²⁹ WEILL A., *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, p. 383 et s., n°220 et 221.

¹⁷³⁰ DUCLOS J., *th. préc.*, p. 273, n°240.

¹⁷³¹ *Ibid.*, n°241.

¹⁷³² WICKER G. et PAGNUCCO J. C., *V° « Personne morale », Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : mai 2018), n°20. Il n'en a toutefois pas toujours été ainsi et il fut une époque où la personnalité morale n'avait vocation qu'à régir les rapports avec les tiers. V. WICKER G., « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *art. préc.*, p. 691 et s., spéc. p. 964 et s., n°7 et s.

¹⁷³³ BOUTRY C., « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *art. préc.* ; MERLE Ph. et FAUCHON A. (collab.), *Droit commercial : sociétés commerciales*, coll. Précis, Dalloz, 23^{ème} éd., 2019, p. 829, n°710 ; LE CANNU P. et DONDERO B., *op. cit.*, p. 981, n°1454 et p. 983, n°1457.

¹⁷³⁴ RODRIGUEZ K., *art. préc.*, n°86 ; MESCHARIAKOFF A. S., FRANGI M. et KDHIR M., *Droit des associations*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996, p. 59, n°25.

¹⁷³⁵ Sur la question des inconvénients liés à l'absence de personnalité morale, V. DONDERO B., *th. préc.*, p. 73 et s., n°4 et s.

¹⁷³⁶ MERLE Ph. et FAUCHON A. (collab.), *op. cit.*, p. 826, n°708 ; GIBIRILA D., *V° « Art. 1871 à 1873 », art. préc.*, n°7. Les apports effectués par les associés ne seront donc pas translatifs de propriété (art. 1872 C. civ.).

¹⁷³⁷ LE CANNU P. et DONDERO B., *op. cit.*, p. 983, n°1459.

¹⁷³⁸ Civ. 2^{ème}, 26 mars 1997, n°94-15.528, *Bull. civ.* II, n°96, p. 154 : « la société en participation n'est pas une personne morale et [...] l'irrégularité d'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte », *Quot. Jur.* 15 mai 1997, p. 7.

¹⁷³⁹ CA Versailles, 28 oct. 1999, Ricour c/ BNP, RJDA 1/2000, n°42.

¹⁷⁴⁰ MESCHARIAKOFF A. S., FRANGI M. et KDHIR M., *Droit des associations, op. cit.*, p. 58 et 59, n°25.

Pour l'ensemble de ces raisons, il ne semble pas pertinent, pour les membres des communautés, d'opter pour une forme d'organisation non personnifiée. La communauté a vocation à se réunir, et donc notamment à avoir des locaux, afin de pouvoir tenir des assemblées au sein desquelles seront discutées les différentes règles de fonctionnement, les questions pouvant être amenées à se poser au gré des différents échanges, ou pour tenter de solutionner les litiges qui pourraient naître entre les membres. Il est donc nécessaire qu'elle puisse contracter, notamment pour signer un bail, mais également pour conclure l'ensemble des contrats nécessaires à la mise en place et au développement de l'activité de ses membres.

367. Conclusion : la primauté accordée à l'association personnifiée – Si certaines communautés se tournent vers la mise en place d'une société, la plupart optent pour le statut de l'association loi 1901¹⁷⁴¹. Le recours à l'association semble en effet préférable : la lourdeur de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés pourrait compliquer à l'excès l'activité des personnes se regroupant à titre non professionnel, la réalisation des différents échanges entre les membres n'ayant pas vocation à remplacer leur activité principale. Les formalités étant plus lourdes et plus coûteuses pour créer une société, l'association pour laquelle un simple dépôt en préfecture suffit, paraît remporter les faveurs des auteurs en matière de partage¹⁷⁴². En outre, les relations entre certains associés (directeur général, administrateur, actionnaire disposant d'une fraction de droit de vote supérieure à 10 %, *etc.*) et la société doivent respecter un certain nombre de règles plus contraignantes que celles qui régissent les rapports entre sociétaires¹⁷⁴³. En effet, pour prévenir les conflits d'intérêts, certaines conventions sont dites « réglementées » lorsqu'elles sont soumises à une procédure de contrôle et d'autorisation¹⁷⁴⁴, ou purement et simplement « interdites »¹⁷⁴⁵. Les relations entre associés

¹⁷⁴¹ Les systèmes d'échange locaux, notamment, sont en grande majorité organisés en associations loi 1901. Le site Selidaire.org met d'ailleurs, à la disposition de ceux voulant créer leur propre SEL, un modèle de statuts fondés explicitement sur ce régime. V.

<https://selidaire.org/sites/selidaire.org/files/Statuts%20de%20SEL%27idaire%20adopt%C3%A9s%20apr%C3%A8s%20AGE.pdf>.

¹⁷⁴² MOUSSERON P., « Le choix de la forme associative », *BJS* 2001, p. 1179 et s., spéc. n°3 ; V. not. s'agissant des SEL : BRADBURN S., *th. préc.*, p. 369, n°551.

¹⁷⁴³ SOUSI G., « Les conventions conclues entre une association et ses administrateurs », *JCP N* 1991, doct. 101248. En la matière, c'est la liberté contractuelle qui prévaut bien qu'à titre exceptionnel, le législateur puisse intervenir pour aménager ou supprimer le droit de conclure certaines conventions.

¹⁷⁴⁴ L'on retrouve de telles conventions réglementées en matière de SA (art. L. 225-38 et L. 225-86 C. Com.), SARL (art. L. 223-18 C. com.), SAS (art. L. 227-10 C. com.) et SCA (art. L. 226-10 C. com.). Tel sera notamment le cas de la conclusion d'un contrat de travail entre le dirigeant et la société : Soc. 12 juin 2012, n°11-10.135, *Dr. sociétés* 2012, comm. 161, note ROUSSILLE M.

¹⁷⁴⁵ À titre d'illustration, l'on citera notamment l'interdiction faite, en matière de SAS, à l'administrateur personne physique d'obtenir de la société un emprunt, un découvert, un cautionnement ou un aval pour ses dettes personnelles (art. L0 225-43 C. com.).

sont également fortement encadrées, certaines prescriptions du législateur ne pouvant être modifiées par les statuts. Tel est notamment le cas de l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil qui interdit les clauses léonines. Ainsi, bien que les associés puissent prévoir une répartition inégale quant à la participation au résultat, ils ne sauraient insérer de stipulation « attribuant à un associé la totalité d'un profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes » (art. 1844-1 al. 2 C. civ.). Le recours à l'association permet une plus grande souplesse quant à la composition de ses membres, celle-ci n'étant pas soumise, comme certaines sociétés, à des procédures d'agrément pour l'entrée de nouveaux associés¹⁷⁴⁶. Le choix de se tourner vers une société plutôt que vers la figure de l'association doit donc tenir compte de la part importante de dispositions impératives et, choisir alors la forme sociale correspondant le mieux aux besoins de l'activité. Or, eu égard aux particularités du partage, si les intervenants décident de personnaliser le groupement via la forme d'une société, il semble préférable d'opter pour la SAS, cette forme sociale étant celle qui leur laissera la plus grande liberté statutaire.

Toutefois, le caractère désintéressé de l'activité des communautés, qui ne retirent pas de bénéfices comptables suite aux échanges réalisés en leur sein, incite bien souvent à recourir à la figure de l'association, bien que la société civile puisse également accueillir des activités non lucratives¹⁷⁴⁷. La forme de la société civile se révèle toutefois inadaptée aux quelques sociétés pratiquant un mode d'économie de partage et souhaitant s'organiser *via* une forme sociale leur permettant une distribution des bénéfices. En effet, les sociétés civiles ne peuvent exploiter, à titre principal, une activité commerciale. Elles permettent, en revanche, d'exercer en commun une profession civile, agricole, libérale ou intellectuelle en apportant une clientèle ou les moyens d'exercer l'activité¹⁷⁴⁸, ce qui ne permet pas de prendre en compte l'activité de sociétés comme Tukazza.

Notons enfin qu'à la différence des sociétés, les associations n'ont pas à constituer un capital social¹⁷⁴⁹. Or, un tel capital serait de toute façon inutile pour les membres des

¹⁷⁴⁶ La cession de parts sociales à un tiers doit, pour les SARL (art. L. 223-14 C.com.) et pour les sociétés civiles (art. 1861, al. 1er C. civ.) faire l'objet d'un agrément des associés. Dans les autres formes sociales, la liberté statutaire autorise les associés à insérer, dans les statuts, de telles clauses d'agrément comme en matière de SAS (art. L. 227-14 C.com.). Une telle restriction à la libre négociabilité des valeurs mobilières existe également dans les SA (art. L. 228-23 à L. 228-26 C. com), à condition toutefois de ne pas porter atteinte au droit constitutionnel de tout actionnaire de céder ses actions (Com. 22 oct. 1969, Bull. civ. IV, n°307, Rev. soc. 1970, p. 288). Sur la cession d'actions dans les SA, V. MERLE Ph. et FAUCHON A. (collab.), *op. cit.*, p. 410 et s., n°370 et s.

¹⁷⁴⁷ MOUSSERON P., « Le choix de la forme associative », *art. préc.* : l'association est la « figure mythique du désintéressement ».

¹⁷⁴⁸ LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020, p. 961 et s., n°1428 et s.

¹⁷⁴⁹ LARONDE-CLÉRAC C., *art. préc.*, n°30.

communautés de partage puisqu'il s'agit « d'organiser un courant d'affaires purement interne qui ne donne lieu à aucun droit de créance sur le patrimoine au demeurant inexistant »¹⁷⁵⁰ de la communauté. Certes, il n'est pas exclu que l'économie de partage évolue vers un modèle plus lucratif à l'image de ce qui existe déjà avec la plateforme HomeExchange, et que cet exemple passe du statut d'exception à celui de règle de principe. Toutefois, le modèle ne sera pas lucratif pour les membres des communautés eux-mêmes mais pour les associés des sociétés mises en place pour gérer les communautés. Si bénéfiques il y a, ce ne sera donc pas directement aux contractants du partage que cela bénéficiera. Un tel mouvement pourrait d'ailleurs laisser présager d'un détournement des logiques de départ et d'une instrumentalisation de ces pratiques par des entrepreneurs à la recherche d'un profit pécuniaire immédiat, sans considération aucune pour les membres des communautés.

Partant, la figure de l'association semble plus adaptée pour organiser et personnifier les techniques de partage, notamment parce que l'économie dont il est ici question, bien que pouvant à titre exceptionnel générer d'importants bénéfices, se limite généralement à des initiatives locales et non lucratives.

¹⁷⁵⁰ BRADBURN S., *th. préc.*, p. 370, n°551.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

368. L'originalité de l'acte fondateur des communautés : un contrat-cadre de coopération – Avant même de pouvoir procéder à des échanges (au sens économique) de biens, services ou savoir-faire, les membres fondateurs sont amenés à donner vie à la communauté. C'est grâce à un contrat originel que les différentes volontés vont pouvoir se rencontrer afin de donner un fondement juridique au groupement, tout en définissant les éléments essentiels de son fonctionnement. Les parties vont ainsi déterminer les objectifs de la communauté et les éléments devant être respectés par l'ensemble des parties (méthode de valorisation des différentes prestations, *etc.*) et auxquels adhéreront les nouveaux membres au fur à et mesure de l'accroissement de la communauté. Tous acceptent d'être liées par ce contrat originel dont l'objet est la poursuite de l'intérêt commun. Partant, cet acte fondateur semble prendre, sans difficulté, les traits d'un contrat-cadre lorsque les différents contrats successifs conclus entre *Primus* et *Secundus* puis *Secundus* et *Tertius*, sont indiscutablement des contrats d'application.

Plus précisément, l'acte fondateur est un contrat-cadre de coopération et non d'échange ou d'organisation. Il représente, en effet, une figure intermédiaire. Il ne peut être vu comme un contrat-échange puisqu'il ne réalise, en lui-même, aucune permutation de valeur ; ni comme un contrat-organisation car s'il permet effectivement de réunir des parties dont certains intérêts convergent, il n'existe pas de véritable activité commune. Le contrat-cadre originel serait donc un contrat-coopération puisqu'il permet de définir les objectifs de la communauté et les valeurs à respecter lors des différents contrats successifs. Chaque partie a un intérêt individuel distinct (*Primus* est intéressé par ce que *Secundus* est en mesure d'offrir lorsque *Secundus* éprouve un besoin que *Tertius* peut contenter) qui ne peut être satisfait sans que l'intérêt collectif le soit également : c'est la succession des contrats d'application qui assurera la pérennité de la communauté et la réalisation des objectifs fixés. L'existence des communautés de partage permet, ainsi, de souligner la vitalité de cette classe intermédiaire de contrats qui ne peut se limiter aux hypothèses classiques reposant sur l'engrenage d'une prestation instrumentale et finale, mais doit être étendue aux contrats définissant un projet commun dont la réalisation dépendra des différentes prestations effectuées par les parties afin de satisfaire, à court terme, leur intérêt personnel, et sur le long terme, celui de la collectivité.

369. La singularité de la gestion des conflits par les communautés – L'organisation interne des communautés n'a pas pour seule particularité de reposer sur un type original de contrat-cadre. En effet, pour faire respecter les stipulations du contrat-cadre et sanctionner les

comportements contraires à ces dispositions, le civiliste pensera, en premier lieu, aux différentes sanctions de l'inexécution. Mais en matière de partage, celles-ci diffèrent sensiblement de celles prévues par le Code civil (exception d'inexécution, exécution forcée, résolution, réduction du prix, indemnisation), les communautés privilégiant, avant toute chose, des mesures préventives comme la limitation des débits ou l'évaluation des membres, et des modalités de règlement amiable des différends. Lorsque ces deux types de mesures ne permettent pas de prévenir l'apparition de situations conflictuelles ni d'assainir les relations, c'est la suspension voire l'exclusion des membres qui aura vocation à être prononcée. Ces solutions, qui relèvent de l'autorégulation, mettent en évidence, une fois de plus, le décalage croissant entre le droit des contrats et la réalité de la pratique contractuelle contemporaine.

370. L'articulation de l'organisation contractuelle avec le droit des groupements : un recours opportun aux formes sociales ou associatives dotées de la personnalité morale –

La communauté est une notion duale et il convient de distinguer la phase de création de la communauté en tant que telle par la conclusion du contrat-cadre originel, de celle consistant à la doter, pour plus d'efficacité, d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de ses membres (bien qu'il ne soit pas interdit de recourir à un groupement dépourvu de personnalité morale).

La forme associative recueille bien souvent les faveurs des communautés en ce qu'elle organise la mise en commun des biens, connaissances et savoir-faire des membres afin de parvenir à un résultat profitable à chacun : l'optimisation du pouvoir d'achat. La communauté permet, en effet, d'éviter à ses membres une dépense en euros qui aurait été nécessaire dans le système de consommation traditionnel pour obtenir le bien ou le service convoité. La structure associative a ainsi l'avantage de faciliter les échanges économiques entre les membres en mettant à leur disposition des locaux, un catalogue répertoriant toutes les offres et demandes, une unité de compte, *etc.*, tout en ne souffrant pas des excès de lourdeur que pourrait représenter une immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Toutefois, les sociétés n'ayant plus nécessairement à partager des bénéfices, et pouvant se contenter, désormais, de faire profiter d'une économie, les membres fondateurs peuvent également décider de structurer leur communauté sous de tels traits. En matière d'économie sociale et solidaire, la loi ESS de 2014 a notamment permis aux sociétés commerciales d'organiser, sous certaines conditions, une entreprise relevant de ce domaine comme l'illustrent les systèmes d'échange locaux. Cependant, dans la mesure où la communauté des membres n'est pas assimilable à la communauté en tant qu'entité personnifiée, il est également possible de découvrir, en la matière,

des sociétés ayant vocation à distribuer d'importants bénéfices, comme l'observateur est amené à le constater s'agissant des plateformes permettant les échanges circulaires de logements tout en se dispensant de tout intermédiaire monétaire.

À l'évidence, et peu importe la forme choisie, les membres du partage auront tout intérêt lorsqu'ils décideront d'ajouter au contrat-cadre une forme sociale spécifique, à recourir à une organisation dotée de la personnalité. S'il ne s'agit aucunement d'une obligation, les attributs liés à la personnalité juridique pourront se révéler fort utiles au bon déroulement des opérations réalisées par les membres.

371. Le basculement du prisme : la mise en exergue de la relation contractuelle – On le voit, si le contrat a une place importante en matière de partage, qu'il s'agisse de donner naissance à la communauté ou de l'organiser, la théorie générale bute sur un certain nombre d'obstacles. Or, au sein de l'économie de partage, l'important n'est pas le contrat en tant que tel, ni les différentes permutations auxquelles il donne naissance, mais la relation contractuelle globale qu'il permet de constituer. C'est alors sur ces relations qu'il convient de s'interroger : étudier le fonctionnement de l'économie de partage grâce aux outils du droit commun des contrats, illustre plus que jamais la nécessité d'élargir le prisme et de basculer d'un mode de raisonnement faisant du contrat la pierre angulaire de tout raisonnement, à une appréciation de la réalité contractuelle focalisée sur la relation.

CHAPITRE 2. DES RELATIONS CONTRACTUELLES COMPLEXES

372. Du contrat à la relation contractuelle : l'étude du fonctionnement des communautés ou la mise en lumière d'un véritable changement de paradigme – Les contrats successifs, qui ne sont, en réalité, rien d'autre que les contrats d'application du contrat-cadre originel, ont d'ores et déjà été étudiés, dans la première partie de ces développements, au travers du prisme des classifications contractuelles du Code civil. Ces contrats seraient, *a priori*, des contrats unilatéraux conclus à titre onéreux, avec toutes les difficultés théoriques inhérentes à un tel rattachement. Mais la question n'est pas épuisée pour autant et il convient, lorsque l'on appréhende les relations de partage dans le contexte global au sein duquel elles évoluent, de compléter l'analyse : si la théorie générale du contrat trouve matière à s'appliquer, il reste à se demander si un ou plusieurs régimes spécifiques pourraient avoir vocation à régir les contrats successifs intervenant tout au long de la vie du groupement (**section 1**). Cependant, l'observateur averti, qui ne peut que constater l'inadaptation des catégories de contrats nommés aux contrats étudiés, est conduit à orienter le raisonnement sur le trait saillant du partage : l'importance donnée à la relation. Autrement dit, puisque l'analyse bute irrémédiablement sur le caractère innommé des différents contrats d'application, il est possible, pour tenter de saisir avec plus de justesse l'essence de l'économie de partage, de focaliser l'attention sur ce qui s'avère être une caractéristique intrinsèque de ce phénomène en expansion. Une telle étude révèle que le soin accordé à la relation entre les membres des communautés est finalement le signe d'un véritable changement de paradigme (**section 2**).

Section 1 : L'innomé au cœur du domaine participatif

373. Les contrats de partage : des contrats innomés – Le refus d'admettre que le versement de grains puisse être perçu comme le paiement de la prestation empêche un grand nombre de qualifications juridiques de s'appliquer aux contrats de partage. Un tel constat ne peut qu'embarrasser celui qui se souvient des insuffisances patentes de la théorie générale des obligations quant à la qualification desdites opérations, étudiées dans la première partie des développements. C'est pourquoi il convient d'étudier plus avant les différents contrats nommés, afin de s'assurer de l'existence, ou de l'absence, de catégories contractuelles aptes à recevoir les contrats de partage successifs, c'est-à-dire la succession des contrats d'application.

Il semble toutefois nécessaire, à titre liminaire, d'exclure la qualification de libéralité

entre vifs et, plus précisément, de don manuel. Ce contrat nécessite, pour être caractérisé, la tradition matérielle d'un meuble¹⁷⁵¹ et la vérification de l'*animus donandi* du donateur¹⁷⁵². Or, les contrats de partage devant vraisemblablement être exclus du domaine des contrats à titre gratuit, leur appliquer une qualification nécessitant l'existence d'une libéralité n'aurait guère de sens. Excluons également d'emblée la qualification de contrats de crédit puisque, nous l'avons dit, les systèmes de partage font fi de tout recours à la monnaie étatique, lorsque ces contrats sont intimement liés au « commerce d'argent »¹⁷⁵³. C'est donc plus spécifiquement vers les contrats transférant la propriété de biens ou portant sur leur usage (§ 1), ainsi que les contrats relatifs aux services (§ 2), qu'il conviendra de chercher une réponse aux interrogations relatives à la qualification des contrats de partage.

§ 1 : L'écueil des contrats translatifs de propriété ou portant sur l'usage d'un bien

374. Première approche de la qualification des contrats de partage – Afin de prendre la mesure des insuffisances du droit positif des contrats pour saisir certaines réalités contractuelles en expansion, et notamment les contrats de partage, et élargir alors le prisme à la relation contractuelle, il convient de réfléchir à l'adaptation des catégories de contrats nommés pour appréhender les spécificités des différents contrats d'application. Dès lors, pour déterminer si les contrats de partage peuvent s'insérer dans l'une des catégories de contrats nommés connues du Code civil, il convient de s'intéresser, dans un premier temps, aux contrats translatifs à titre onéreux (A), puis dans un second temps, aux contrats permettant de transférer tout ou partie de l'usage d'un bien (B).

C. L'inadaptation des contrats translatifs de propriété à titre onéreux

375. Une étude focalisée sur les contrats de vente et d'échange – Puisque les contrats de partage permettent aux parties de se transférer la propriété de biens quelconques (quoi qu'il n'existe pas, à notre connaissance, d'exemples portant sur le transfert de biens immeubles), il convient d'étudier tour à tour les deux contrats translatifs à titre onéreux que sont, la vente (1) et l'échange (2).

¹⁷⁵¹ COLOMER A. et CASSON Ph., *V° « Don manuel », Rép. civ.*, Dalloz, 2012 (actualisation : avril 2016), n°1 et 2 et plus spéc., n°35 et s.

¹⁷⁵² *Ibid.*, n°19 et s.

¹⁷⁵³ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 549, n°816.

1. L'absence de paiement d'un prix : un obstacle dirimant à la qualification de contrat de vente

376. Les éléments caractéristiques du contrat de vente : transfert de propriété et paiement d'un prix – Selon la formule du Doyen Carbonnier, « la vente est le plus usuel des contrats » en ce qu'elle permet « d'atteindre l'essentiel d'un comportement plusieurs fois millénaire de l'humanité, donner de l'argent et acquérir une chose, recevoir de l'argent et abdiquer une chose »¹⁷⁵⁴. Transparaissent, dès lors, les deux éléments essentiels du contrat de vente, à savoir, le transfert de propriété et le paiement d'un prix. En ce sens, l'article 1582 du Code civil, dont la lettre est restée inchangée depuis 1804, définit le contrat de vente comme « la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». Ces éléments font partie intégrante de la physionomie de la vente et permettent ainsi de la distinguer d'autres contrats. L'exigence relative au transfert de propriété conduit à rejeter une telle qualification pour l'ensemble des contrats portant sur l'usage d'un bien. L'on sera alors face à un contrat de bail ou de prêt. Mais elle distingue également la vente des contrats portant sur l'exécution d'une prestation de service comme le contrat d'entreprise, le mandat ou encore le dépôt¹⁷⁵⁵. Avant 2016, la doctrine enseignait couramment, dans le sillage des écrits de Grotius¹⁷⁵⁶, qu'en présence d'un tel transfert de propriété, la vente devait être classée dans la catégorie des contrats *do ut des*¹⁷⁵⁷, car elle révélerait l'existence d'une obligation de donner¹⁷⁵⁸. Mais après avoir essuyé les critiques virulentes d'une frange de la doctrine¹⁷⁵⁹, cette obligation fut abandonnée par l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, au même titre que les obligations de

¹⁷⁵⁴ CARBONNIER J., « Sociologie de la vente », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 6^{ème} éd., 1988, p. 278 et s., spéc. p. 279.

¹⁷⁵⁵ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 35, n°18.

¹⁷⁵⁶ GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, t. I, op. cit., Livre II, chap. XII, III, 1, p. 418. Ce dernier reprend les catégories romaines pour les réduire au nombre de trois (*facio ut facias, facio ut des, do ut des*).

¹⁷⁵⁷ DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, coll. Corpus histoire du droit, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 190 et 191.

¹⁷⁵⁸ L'obligation de donner devait être considérée comme une obligation de « dare », c'est-à-dire, dans un sens communément admis, de transférer la propriété. Il ne s'agissait donc pas d'une obligation de « donare », ce dernier terme renvoyant à l'idée de donation, d'acte à titre gratuit : SIMLER Ph., *V° « Contrats et obligations. Classification des obligations. Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire »*, *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2011, n°7 ; PICOD Y., *V° « Obligations »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : janv. 2019), n°59.

¹⁷⁵⁹ FABRE-MAGNAN M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 ; COURDIER-CUISINIER A. S., « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD civ.* 2005, p. 521 ; TALLON D., « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992 chron. 67 ; LUCAS-PUGET A. S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, p. 314 et s., n°548 et s. ; *contra*, HUET J., « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425 ; ZENATI F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2014, p. 51 et s., n°10.

faire et de ne pas faire, dont les nouvelles dispositions du Code civil ne font plus mention¹⁷⁶⁰. Conformément à ce que de nombreux auteurs appelaient de leurs vœux, c'est donc désormais sur le terrain de l'effet du contrat, et non par référence aux obligations du vendeur, qu'il convient de se placer pour tracer les traits caractéristiques du contrat étudié. Le débat est clos : le transfert d'un droit, qu'il s'agisse comme en l'espèce du droit de propriété ou d'un droit différent, n'est pas l'objet d'une obligation, mais un « effet légal des contrats translatifs »¹⁷⁶¹. Devra donc être exclu de la catégorie juridique des contrats de vente, l'ensemble des opérations n'entraînant aucun transfert de propriété.

S'ajoute, à cette première exigence, l'absolue nécessité qu'un prix soit versé pour que le contrat puisse être placé dans la catégorie étudiée. Cette condition ne souffre plus aucune discussion¹⁷⁶². Rappelons, à ce titre, que pour pallier les difficultés inhérentes à l'échange, à savoir la nécessité de rencontrer deux contractants réciproquement intéressés par ce que l'autre est en mesure de proposer, les sociétés mirent en place une « tierce marchandise, qui ne se détériore pas par l'usage, et qui est acceptée par tous les échangistes, contre tous les biens et les services, "la monnaie" »¹⁷⁶³. Celle-ci « n'a été qu'un perfectionnement ajouté au troc, quand on se fut avisé, devant l'incommodité du procédé originaire, d'élire une tierce marchandise qui fût apte à s'échanger contre tous autres »¹⁷⁶⁴. L'exigence relative au versement d'une somme d'argent¹⁷⁶⁵ permet donc de distinguer la vente, notamment du contrat d'échange lorsqu'une

¹⁷⁶⁰ CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 484 et 485, n°533.

¹⁷⁶¹ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 475 ; PICOD Y., *V° « Obligations », art. préc.*, n°58 ; CHAUVIRÉ Ph., « Les dispositions relatives aux effets du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2016, p. 43 et s., spéc. p. 45 et p. 48 à 50.

¹⁷⁶² Notons toutefois que certains auteurs, bien que très minoritaires, ont continué jusqu'au 18^{ème} siècle, de réfuter une telle analyse. En 1777, le Chancelier D'AGUESSEAU affirma que « si les jurisconsultes ont distingué la vente et l'échange comme deux espèces différentes de contrat, c'est parce que, n'ayant pas assez médité sur la véritable nature de la monnaie, il leur a plu de donner à l'or et à l'argent le nom de prix, et de conserver l'ancien nom de marchandises aux choses que l'on acquiert par le moyen de l'or et de l'argent ; au lieu que, s'ils avaient été aussi instruits du commerce qu'ils l'étaient de la jurisprudence, ils auraient reconnu que dans la vente, comme dans ce qu'ils appellent permutation, il y a toujours deux marchandises échangées réellement l'une contre l'autre, [...] et que toute la différence qu'il y a entre l'or et l'argent, et les autres marchandises, est que l'usage de ces métaux étant beaucoup plus commode, plus sûr et plus facile, il arrive de là qu'on les échange aussi plus souvent que les autres » : D'AGUESSEAU H.-F., *Œuvres choisies de D'Aguesseau, Chancelier de France*, t. V, Chez Lefèvre, Librairie, 1819, p. 388.

¹⁷⁶³ GOMAA N., *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 37, n°22 ; rappr. LIBCHABER R., *Recherche sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, PUF, coll. Fondements de la politique, 1992, p. 4, n°5 ; MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, Garnier frère, Libraires-éditeurs, 1869, Livre XXII, chapitre II, p. 351 et 352.

¹⁷⁶⁴ CARBONNIER J., « Sociologie de la vente », *art. préc.*, p. 278 et s., spéc. p. 282 ; rappr. FAURE, « Communication officielle au tribunal », *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome XIV, Livre III, titre septième, De l'Echange*, Tome XIV, Livre III, Titre septième, De l'Echange., 1826, p. 214: La vente n'est ainsi qu'un « échange perfectionné ».

¹⁷⁶⁵ Sur la nature monétaire du prix, V. *supra*, n°51 et s..

rémunération est versée en lieu et place du transfert d'un bien à titre de contrepartie, ou des contrats à titre gratuit lorsqu'il n'existe aucune contrepartie¹⁷⁶⁶.

C'est ainsi que, pour pouvoir juridiquement déceler l'existence d'une vente, il importe de découvrir la présence de ces deux critères cumulatifs, à savoir un transfert de propriété et le paiement d'un prix. Le contrat de l'article 1582 ne correspond donc pas à l'ensemble des hypothèses que l'on tend actuellement à placer sous sa coupe et qui correspondent, en réalité, à un abus de langage¹⁷⁶⁷ : la vente de service n'existe pas plus que la vente de voyage, de billets de loterie, voire de vignettes automobiles¹⁷⁶⁸.

377. L'exclusion de la qualification de contrat de vente en matière de partage – Ainsi définie, la vente prend les traits d'un contrat bien particulier qui ne peut donc être caractérisé toutes les fois qu'une somme d'argent est versée en contrepartie d'un bien ou d'un service. Néanmoins, et bien que ce contrat ne réunisse pas, en son sein, l'ensemble des opérations faisant appel à la monnaie, le paiement d'un prix demeure indispensable à sa caractérisation. Or, si l'économie de partage utilise des mécanismes comme les « monnaies » locales complémentaires ou met en place un système de grains en tant qu'unité de valeur¹⁷⁶⁹, elle se différencie du modèle économique classique par la distance établie avec la monnaie. Dans ces opérations, il est nécessaire de pouvoir quantifier ce à quoi donnent droit les prestations effectuées par chaque membre. En revanche, l'unité choisie par la communauté n'aura, en tant que telle, aucun pouvoir libérateur, afin que seul soit conservé le rôle premier conféré à la monnaie : favoriser et fluidifier les échanges sans que l'accumulation de grains, ou de toute autre unité, devienne une fin plus qu'un moyen. Rien ne paraît donc plus antinomique aux techniques de partage que le versement d'une somme d'argent. En conséquence, et en l'absence de prix, il est impossible de caractériser, dans les différents contrats successifs conclus entre les membres des communautés, la présence de contrats de vente. Notons également que la condition du transfert de propriété caractéristique de la vente fait souvent défaut dans les contrats de partage, la mutualisation de la jouissance des biens étant généralement préférée à

¹⁷⁶⁶ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^{ème} éd., coll. Précis Domat - droit privé, LGDJ, 2019, p. 35, n°18.

¹⁷⁶⁷ LE TOURNEAU Ph., « Quelques remarques terminologiques autour de la vente », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 469 et s., spéc. n°24 et s., p. 479 et s. ; ANCEL M. E., « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in *Code civil et modèles*, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2005, p. 285 et s., spéc. p. 298 et s., n°18 et s.

¹⁷⁶⁸ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., LGDJ, 2019, p. 33, n°16.

¹⁷⁶⁹ V. *supra*, n°75 et s.

leur dation pure et simple.

Si cette première conclusion n'a rien de très surprenant, la question de savoir si les contrats étudiés peuvent revêtir, non pas la qualification de vente, mais celle de contrat d'échange, s'avère bien plus délicate.

2. Le contrat d'échange : une qualification intuitive trompeuse

378. L'importance des questionnements relatifs au contrat d'échange – Si la qualification de contrat de vente peut vraisemblablement être écartée eu égard, en grande partie, à l'absence de prix, il en va différemment s'agissant du contrat d'échange. En effet, instinctivement l'on pourrait avoir tendance à rapprocher les contrats de partage du contrat de l'article 1702¹⁷⁷⁰ : en s'éloignant des modes de consommation « classiques » et en faisant appel à des idéaux bien différents de ceux de la société de consommation, les contractants du partage semblent retourner à l'état antérieur du troc. Pour apprécier la validité de ce présupposé, il sera donc nécessaire d'accorder, au contrat d'échange, quelques développements substantiels, afin de comprendre ce que cache cette réalité trop souvent oubliée des juristes.

379. L'existence d'une contrepartie, une condition *sine qua non* à la qualification juridique d'échange – L'utilisation courante du vocable « échange », pour désigner une multitude d'opérations en tout genre, pourrait laisser penser qu'un tel procédé relèverait plutôt du service d'ami, l'accent étant mis davantage sur des objectifs de solidarité et d'entraide que sur la recherche du profit. Dès lors, il y a derrière cette technique, une certaine idée de partage entre les individus. Ainsi, pour le profane, la vente et l'échange ne produisent pas le même ressenti, l'esprit de lucre semblant moins prégnant dans le second, bien qu'une contrepartie soit toujours nécessaire à la validité de l'opération. Partant, l'on recourt *a priori* à l'échange lorsque le profit n'est pas le but principal de l'opération, laissant ainsi penser que ledit contrat n'est pas nécessairement synallagmatique et conclu à titre onéreux, puisque la recherche d'une contrepartie n'est pas la caractéristique la plus évidente de l'opération. Mais la réalité est tout autre puisque le contrat de l'article 1702 du Code civil est un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux. Dans la mesure où il s'agit de l'opération par laquelle « les parties se *donnent respectivement une chose pour une autre* », le but immédiat et direct poussant les individus à

¹⁷⁷⁰ V. par exemple un article de Mme Painchaux qui qualifie d'échange les contrats nés par l'intermédiaire de www.trocmaison.com (désormais homeexchange.fr): PAINCHAUX M., « Les hébergements touristiques collaboratifs », *Juris tourisme* 2016, n°192, p. 23.

contracter réside dans la volonté d'obtenir, pour soi, la contre-prestation offerte par le cocontractant. Mais l'échange est également un contrat conclu à titre onéreux, puisque les parties s'engagent pour bénéficier de la contrepartie¹⁷⁷¹. En effet, les contractants ne sont animés d'aucune intention libérale, ceux-ci s'engageant à transférer quelque chose au regard de ce qu'ils pourront eux-mêmes recevoir en échange. Dès lors, puisque l'existence d'une contrepartie semble déterminer l'engagement des parties, tout laisse à penser que l'échange ne peut être classé parmi les contrats conclus à titre gratuit, mais doit, au même titre que la vente, se voir attribuer une place de choix au sein des contrats synallagmatiques conclus à titre onéreux¹⁷⁷². Une telle caractéristique permet alors de le distinguer d'autres opérations, dans lesquelles l'intention libérale des contractants ou l'unilatéralité de l'opération prennent le pas sur la recherche d'une contrepartie partagée par les deux parties.

380. L'impossible stipulation d'un prix à titre principal – De plus, le contrat d'échange se distingue d'autres contrats sur un point des plus significatifs : l'absence d'une obligation principale de paiement d'une somme d'argent. En effet, si les contractants peuvent réciproquement se donner une chose pour une autre, il leur est impossible de soumettre l'un d'eux à une obligation pécuniaire caractéristique d'un prix. Toutefois, la lecture des articles 1702 et suivants peut, de prime abord, laisser un sentiment de perplexité, aucun article n'interdisant explicitement le versement d'une somme d'argent. À cet égard, la définition de l'article 1702 semble parfaitement convenir tant à « la vente qu'à l'échange, faute de préciser que l'une des choses échangées ne peut être une somme d'argent »¹⁷⁷³. Dès lors, l'exclusion de la monnaie du domaine de l'échange, et plus précisément de son objet, interroge et ce, d'autant plus que ladite exclusion est présentée, par l'ensemble des ouvrages, comme un élément d'identification primordial du contrat d'échange. L'exégèse des articles du Code relatifs à l'échange permet toutefois d'affirmer l'impossibilité d'introduire un prix au sein dudit contrat. Si aucun article ne fait expressément mention d'une telle condition, une lecture attentive des

¹⁷⁷¹ MAZEAUD H. et L. et MAZEAUD J., *Leçon de droit civil, t. III, vol. 2, Principaux contrats : vente et échange*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1979, p. 342, n°1030.

¹⁷⁷² Certains auteurs affirmeront malgré tout que l'onérosité n'est pas une condition de qualification du contrat d'échange, puisqu'aucun article du Code n'exclut expressément la possibilité, pour ledit contrat, d'être conclu à titre gratuit. En ce sens, V. GUIGUET-SCHIELÉ Q., « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539 et s., spéc. n°6. Dès lors, exiger que l'échange soit conclu à titre onéreux reviendrait à ajouter une condition de qualification. Cependant, si l'onérosité n'est pas explicitement affirmée comme une caractéristique de l'échange, est-ce à dire que le Code admet la possibilité d'un contrat conclu à titre gratuit ? Il nous est permis d'en douter. Tout d'abord, l'article 1107 alinéa 1 du Code définit le contrat conclu à titre onéreux comme celui dans lequel « chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ». Or, l'article 1702 ne dit rien d'autre lorsqu'il énonce que chacune des parties se donne respectivement une chose pour une autre.

¹⁷⁷³ MAZEAUD H. et L. et MAZEAUD J., *op. cit.*, p. 341, n°1028.

articles 1704, 1705 et 1706 permet de comprendre une telle exclusion, ceux-ci n'ayant de sens qu'en raison de l'absence de prix¹⁷⁷⁴. En effet, même si l'article 1707 du Code opère un renvoi de principe aux règles de la vente, le régime de ces deux contrats diffère. Or, ces divergences s'expliquent justement par l'exclusion, en matière d'échange, des obligations de sommes d'argent utilisées comme moyen de paiement. Le travail d'adaptation réalisé par les articles 1704 et suivants afin de transposer à l'échange, les règles de la vente faisant référence au prix, est bien le signe que ce contrat permet de se dispenser d'un quelconque intermédiaire monétaire¹⁷⁷⁵. Le prix est donc la clef de voûte de la distinction opposant la vente à l'échange, comme le confirme la lecture des travaux préparatoires du Code civil, le tribun Faure expliquant que « le contrat d'échange diffère seulement du contrat de vente en ce que, dans le dernier, l'une des parties donne à l'autre une somme d'argent pour avoir l'objet qu'elle désire, tandis que dans le premier chacune des deux parties donne et reçoit une chose particulière, *autre que de l'argent* »¹⁷⁷⁶.

381. Un contrat portant non sur des choses mais sur des droits – Bien que la lecture de l'article 1702 du Code civil semble indiquer, sans ambiguïté, que le contrat d'échange porte sur des choses, il semble nécessaire d'admettre la possibilité d'échanger des droits. La jurisprudence a très tôt abondé en ce sens et c'est ainsi que la Cour d'appel de Nîmes a concédé la qualification d'échange au contrat par lequel deux parties se remettaient, dans certaines proportions, la nue-propiété d'un bien immobilier, en contrepartie de l'usufruit du même bien¹⁷⁷⁷. Cette solution a récemment été confirmée par la Cour de cassation, celle-ci approuvant la Cour d'appel d'avoir refusé de voir une vente dans l'échange de la moitié de la nue-propiété

¹⁷⁷⁴ BARDET-BLANVILLAIN A., *L'échange*, Th Paris II, 2002, p. 21 et 22, n°30.

¹⁷⁷⁵ En matière de vente, l'article 1653 permet tout d'abord à l'acheteur troublé par une action hypothécaire ou en revendication, ou craignant de l'être, de suspendre le paiement du prix jusqu'à la cessation du trouble. De fait, une telle disposition est inapplicable à l'échange, puisque le contractant victime d'un trouble ne peut refuser de verser un prix qu'il ne doit pas payer, ce dernier pouvant seulement s'abstenir d'exécuter sa propre prestation. Ainsi, l'article 1704 offre la possibilité au copermutant de refuser la livraison de la « chose » promise en échange de celle qu'il a lui-même reçue, lorsqu'il prouve que son contractant n'en était pas propriétaire. Une solution identique prévaut en matière de garantie d'éviction, puisque l'article 1630, prévoyant la restitution du prix à l'acquéreur évincé, ne peut s'appliquer au copermutant. L'article 1705 adapte donc cette disposition, en prévoyant la possibilité, pour le copermutant évincé, de conclure à des dommages et intérêts ou de répéter sa chose. Une fois encore, l'application littérale des dispositions prévues pour le contrat de vente est impossible, faute de prix. Enfin, l'article 1706 exclut toute action en rescision pour lésion, puisque les codificateurs envisageaient la lésion comme intrinsèquement liée au versement d'un prix. Dès lors, si une telle action fut évincée du régime de l'échange, n'est-ce pas encore la preuve de l'impossibilité, pour ce contrat, de donner naissance au paiement d'une somme d'argent ? Il nous est permis de le penser.

¹⁷⁷⁶ FAURE, « Communication officielle au tribunalat », *art. préc.*, p. 214.

¹⁷⁷⁷ Nîmes, 9 décembre 1879, *D.* 1881. I. 415.

d'un appartement contre la moitié de l'usufruit du même appartement¹⁷⁷⁸. Or, si les parties se donnent effectivement une chose pour une autre lorsqu'elles se transfèrent le droit de propriété attaché à ce bien, il en va tout autrement lorsque ces dernières ne se donnent réciproquement qu'un droit réel démembré. Dans l'hypothèse d'un échange de la nue-propiété d'un immeuble contre l'usufruit de celui-ci, il paraît impossible d'affirmer que les parties se donnent respectivement une chose pour une autre, précisément puisqu'il n'y a qu'une seule chose. De manière identique, lorsque les parties s'échangent des droits réels démembrés sur des choses distinctes, l'on ne pourra démontrer aucun véritable « transfert de chose », leur patrimoine se trouvant simplement modifié par la présence d'un droit nouveau conférant, à son titulaire, certaines utilités d'un bien. Ainsi, puisque l'on ne peut réellement parler de transfert de choses que dans la mesure où la propriété de ces dernières est transférée, car ce n'est qu'à cette condition que la chose, prise en tant que telle, passera d'un patrimoine à l'autre, il semble préférable de considérer, de manière générale, que le contrat d'échange porte sur des droits¹⁷⁷⁹.

Les auteurs¹⁷⁸⁰, comme la jurisprudence, semblent admettre sans difficulté que l'échange puisse porter sur des droits réels. En revanche, si cette première admission ne pose que peu de difficultés, il en va différemment s'agissant de la question des droits personnels. Admettre que le contrat ne porte pas sur des choses revient-il nécessairement à inclure l'ensemble des droits dans le domaine de l'échange ? Autrement dit, puisque le contrat de l'article 1702 permet de s'échanger des droits, est-il possible d'imaginer que celui-ci puisse avoir pour objet, en sus des droits réels, des droits personnels ? La réponse à cette interrogation est délicate. En effet, l'échange a, originellement, un fort lien avec les choses, et plus précisément, avec celles du monde matériel : « l'échange a pour domaine naturel et traditionnel les choses corporelles – les biens en nature »¹⁷⁸¹. Aussi loin que l'imagination puisse remonter, le contrat d'échange a permis aux peuples de commercer sans l'intermédiaire de la monnaie, en se donnant réciproquement les choses dont chacun avait besoin pour se nourrir ou s'habiller par

¹⁷⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, pourvoi n°12-20.541.

¹⁷⁷⁹ En ce sens, V. SOUSI-ROUBI B., « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978, p. 257 et s., spéc. n°4 et 22. L'auteur estime également que l'échange porte non sur des choses, mais sur des droits, puisque « lorsque dans le langage courant on parle de transfert d'une chose, cela signifie que l'on se transfère le droit que l'on a sur cette chose » ; MAZEAUD H. et L. et MAZEAUD J., *op. cit.*, p. 341 et 342, n°1028 et n°1031 : « l'échange est le contrat par lequel deux personnes se transfèrent respectivement un droit ».

¹⁷⁸⁰ SOUSI-ROUBI B., *art. préc.*, p. 257 et s., spéc. n°4 et 22 ; PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, tome X, *contrats civils, 1ère partie*, Librairie générale de jurisprudence, 1^{ère} éd., 1932, p. 458, n°393 ; MAZEAUD H. et L. et MAZEAUD J., *op. cit.*, p. 342, n°1031 ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et SAIGNAT L., *Traité théorique et pratique de droit civil, tome 17, De la vente et de l'échange*, 1908, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, p. 972 et 973, n°973.

¹⁷⁸¹ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 496, n°548.

exemple. L'extension du domaine de l'échange aux choses incorporelles, si elle se comprend au vu de l'évolution des sociétés, est donc un premier pas vers une vision renouvelée du contrat. Le passage des choses aux droits réels franchit une étape supplémentaire dans l'adaptation du contrat aux réalités contemporaines. La physionomie d'origine du contrat est alors considérablement bouleversée, mais une telle transformation est concevable en ce que le droit réel n'est pas déconnecté des choses. Il a pour caractéristique « de mettre son titulaire en contact direct de la chose qui en est l'objet, sans intermédiaire »¹⁷⁸². Il peut ainsi se définir, « pour son titulaire, comme un pouvoir immédiat sur une chose (ce que suggère la formule latine "*jus in re*") »¹⁷⁸³. À l'inverse, l'on ne retrouve pas, au sein des droits personnels, un tel lien aux objets matériels, puisqu'il s'agit d'un droit en vertu duquel un créancier peut réclamer, d'un débiteur, l'exécution d'une prestation¹⁷⁸⁴. Ainsi, comme l'explique le Doyen Cornu, « par sa structure, le droit personnel se distingue [...] du droit réel. Le rapport entre un sujet de droit et une chose fait place à un rapport entre deux personnes, créancier et débiteur, relativement à ce qui est dû »¹⁷⁸⁵. Par conséquent, intégrer les droits personnels au domaine de l'échange bouleverserait profondément le contrat, qui ne pourrait alors plus se targuer d'avoir comme élément caractéristique un fort rapport à la chose, que ce soit directement ou par le truchement d'un droit réel, celui-ci n'ayant alors aucun monopole sur l'objet de l'échange.

Néanmoins, exceptée l'opinion du Professeur Bénabent, selon lequel « il n'y a échange que si, des deux côtés, c'est un droit réel qui est transféré »¹⁷⁸⁶, la doctrine ne semble pas véritablement réservée à l'égard d'une vision large de l'objet du contrat d'échange, qui inclurait tant les droits réels que personnels. Bien que cette position ne soit que rarement justifiée, les auteurs se contentant bien souvent d'affirmer que tout ce qui peut être vendu peut faire l'objet d'un échange¹⁷⁸⁷, elle semble rallier la quasi-totalité de la doctrine qui affirme explicitement la possibilité, pour le contrat d'échange, de porter sur des droits de créance¹⁷⁸⁸. Au demeurant, et

¹⁷⁸² CORNU G., *Droit civil - Les biens*, 13^{ème} éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2007, p. 50, n°19. Dans le même sens, V. TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil - Les biens*, coll. Précis, Dalloz, 10^{ème} éd., 2018, p. 61, n°47.

¹⁷⁸³ CORNU G., *Droit civil - Les biens*, *op. cit.*, p. 50, n°19. Dans le même sens, V. TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil - Les biens*, *op. cit.*, p. 61, n°47.

¹⁷⁸⁴ GRIMALDI C., *Droit des biens*, coll. Manuel, LGDJ - Lextenso édition, 2^{ème} éd., 2019, p. 611, n°708.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*

¹⁷⁸⁶ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 233, n°298.

¹⁷⁸⁷ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 516, n°588.

¹⁷⁸⁸ V. par ex. PLANIOL M. et RIPERT G., *op. cit.*, 1932, p. 458, n°393 ; MAZEAUD H. et L. et MAZEAUD J., *op. cit.*, p. 342, n°1031 ; GUILLOUARD L., *Traité de la vente et de l'échange*, Livre III, Titres VI et VII du Code civil, tome 2., A. Durant et Pedone-Lauriel, 1890, p. 464, n°915 ; MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, p. 285, n°280 ; SOUSI-ROUBI B., *art. préc.*, p. 257 et s., spéc. n°22 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 517, n°588.

bien qu'elle ne se soit pas prononcée explicitement sur la question, la jurisprudence ne semble pas opposée à une telle solution¹⁷⁸⁹, l'échange de créances existant d'ailleurs en pratique au travers de la figure des offres publiques d'échange (OPE)¹⁷⁹⁰. Dès lors, il faut admettre que le contrat d'échange puisse porter sur des droits personnels, « rien n'empêch[ant le créancier] de considérer son droit comme une vulgaire chose et d'en faire le commerce »¹⁷⁹¹. Une solution contraire ne se justifierait que par la réticence idéologique à étendre de manière trop conséquente, l'échange au domaine de l'incorporel. Elle serait également dogmatique si les droits réels étaient quant à eux considérés comme objets du contrat, la distinction opérée entre ces deux catégories ne pouvant se targuer de bénéficier d'une imparable justification.

382. La nécessité de caractériser un double transfert de droits – Toutefois, admettre l'échange de créances revient-il à concéder, de manière détournée, la possibilité d'un échange de prestation de services ? La question est légitime, puisqu'une telle prestation donne naissance à un droit personnel qui pourrait, selon cette conclusion, faire l'objet d'un échange. Dès lors, pourquoi ne pas ramener la prestation de services aux droits personnels sous-jacents, et élargir ainsi le domaine du contrat ? C'est en réalité l'effet du contrat d'échange qui impose de rejeter la possibilité de prévoir un échange de prestations de services. En effet, l'échange est traditionnellement présenté comme un contrat translatif de propriété¹⁷⁹². Toutefois, nous avons

¹⁷⁸⁹ Req. 26 février 1883, D. 1883. I. 453 ; S. 1886. I. 66 : cet arrêt conclut à la qualification de contrat de vente en refusant, contrairement à la Cour d'appel, la qualification mixte de vente et d'échange, s'agissant d'un contrat prévoyant un prix payable pour une partie en francs, et pour l'autre en actions d'une société. Toutefois, en rejetant finalement le pourvoi, l'arrêt permet aux auteurs de conclure, sans doute par extrapolation, que la remise de valeurs mobilières, et donc de créances contre un immeuble, constituerait un échange : MAZEAUD H. et L. et MAZEAUD J., *Leçon de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, *op. cit.*, p. 342, n°1031 ; PLANIOL M. et RIPERT G., *op. cit.*, p. 459, n°393 ; TC 12 juin 1961, D. 1962. I. 128, note J. LAMARQUE : une veuve reçut de l'État deux immeubles, en contrepartie de sa créance de dommages de guerre. Dès lors, bien qu'elle ne se prononce pas explicitement sur la question, la jurisprudence ne semble pas totalement fermée à l'idée d'un échange de droits personnels.

¹⁷⁹⁰ Le monde des affaires a mis en place cette opération par laquelle une personne (physique ou morale), souhaitant acquérir les titres d'une société pour un montant déterminé, et généralement supérieur au cours de la bourse, fait connaître publiquement sa volonté aux actionnaires de la société, et leur propose en contrepartie des actions ou des obligations de sa propre société : BARDET-BLANVILLAIN A., *L'échange*, Th Paris II, 2002, p. 25 et s., n°35 et s., spéc. p.29 et s., n°42 et s. ; VIANDIER A., *OPA OPE et autres offres publiques*, Francis Lefebvre, 5^{ème} éd., 2014, p. 203 et s., n°1010 et s. : « l'offre publique d'échange est à l'offre publique d'achat ce que l'échange est à la vente ; aussi bien le particularisme de l'offre publique d'échange tient seulement au mode de rémunération des actionnaires de la société cible : des titres et non plus du numéraire » (n°1010, p. 203). Lorsque l'offre se concrétise, l'opération donne effectivement lieu à un « échange » de titres, une société A recevant par exemple des actions ou des obligations d'une société B, et inversement. Les deux parties sont réciproquement intéressées par la contrepartie proposée, et aucun prix en numéraire n'est fixé, chacune recevant des actions ou des obligations et non une somme d'argent. Or, à la différence du contrat d'échange « classique », une telle opération offre la possibilité de s'échanger, de part et d'autre, des droits personnels.

¹⁷⁹¹ ZENATI F. et REVET T., *Les biens*, 3^e édition entièrement remise à jour et augmentée, coll. Droit fondamental, PUF, 2008, p. 93, n°47.

¹⁷⁹² POUGHON J. M., *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J. Baud, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris,

démonstré la possibilité, pour ce contrat, de porter sur des droits autres que celui de l'article 544 du Code civil. Partant, il semble préférable d'imposer plus largement un mouvement réciproque entre deux patrimoines, qu'il s'agisse du transfert d'un droit de propriété, d'un autre droit réel, ou d'un droit personnel. L'élément fondamental de l'échange ne résiderait donc pas dans la nature du droit transféré, mais dans le transfert lui-même¹⁷⁹³. Le contrat étudié ne donne pas naissance à une opération « immobile », mais à un mouvement. Or, toute idée de mutation implique l'existence d'un point de départ et d'un point d'arrivée : l'objet du contrat part d'un point A pour arriver à un point B. Ainsi, puisque dans ce contrat, les parties « se donnent réciproquement » un bien pour un autre, il faut ajouter à cette idée de mouvement, celle de réciprocité. Sur ce point, la définition classique du terme « échange » est explicite : échanger, c'est « céder moyennant contre-partie », « donner et recevoir des choses équivalentes qui passent de l'un à l'autre », « adresser et recevoir en retour »¹⁷⁹⁴. Toutes ces définitions traduisent la même idée : celle d'un mouvement réciproque, symétrique. Il ne peut y avoir d'échange unilatéral, à sens unique, sous peine de trahir l'esprit même des concepts. En conséquence, « la notion d'échange est liée à l'idée de mutation et de transfert réciproque »¹⁷⁹⁵. Pour qu'existe un contrat d'échange, deux droits doivent ainsi être transférés du patrimoine d'un coéchangiste à celui de l'autre, et inversement.

Or, si l'étude sémantique permet d'affirmer avec certitude que le transfert réciproque est une notion clef de la définition du contrat d'échange, en aucun cas elle ne le réduit au seul transfert de propriété. Certes, l'obligation de donner, autour de laquelle est articulée la

1987, p. 19 et 20, n°38 ; POTHIER R.-J. par DUPIN M., *Oeuvres de Pothier*, t. 3, *Traité du contrat de vente. Traité des retraits. Traité du contrat de constitution de rente*, Paris, Chez l'éditeur et Chez chanson, 1821, p. 370, n°622 ; FAURE, « Communication officielle au tribunal », *art. préc.*, p. 214 et 215 ; RAYNARD J. et SEUBE J.-B., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Manuel, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2019, n°252, p. 248 ; SÉRIAUX A., *Contrats civils*, coll. Droits fondamentaux, PUF, 2001, p. 93, n°27. Notons que, dans les ouvrages de droit des contrats spéciaux, l'échange est placé dans une partie consacrée aux contrats translatifs de propriété.

¹⁷⁹³ En latin, deux vocables permettent d'exprimer l'idée d'échange : « *permutare* » et « *commutare* ». Or, tous deux sont composés du même verbe : « *mutare* », qui renvoie indiscutablement à l'idée de mutation, de déplacement, de mouvement, « et traduit ainsi tout transfert » : V. POUGHON J. M., *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J. Baud, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1987, p. 25, n°50. Comme l'explique MM. Ernout et Meillet, dans leur dictionnaire étymologique de la langue latine, le verbe « *muto* » signifie « changer, échanger et « changer de lieu, déplacer » [...]. L'idée de changement est inséparable de celle de mouvement » : ERNOU T. A. et MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, C. Klincksieck, 1994, V° « *Muto* », p. 426. Mais aux termes savants employés dans les universités, le langage vulgaire va préférer le mot « échange » (Poughon, *th. préc.*, n°50, p. 25) issu du latin populaire « *excambium* » : DUBOIS J., MITTERAND H. et DAUZAT A., *Grand dictionnaire étymologique et historique du français*, coll. Les grands dictionnaires Larousse, Larousse, 2011, V° « *Changer* » : « [...] du bas latin *cambiare* [...] échanger 1155 du latin pop. *Excambiare* » ; REY-DEBOVE J. et REY A., *Le Petit Robert de la langue française*, 2014, V° « *Echanger* », p. 593 : « (XIIe ; lat. pop. °*excambiarer*, du bas. Lat. *cambiare*) ».

¹⁷⁹⁴ REY-DEBOVE J. et REY A., « V° *Echanger* », *Le petit robert de la langue française*, 2014, p. 593.

¹⁷⁹⁵ POUGHON J. M., *th. préc.*, p. 26, n°51.

définition de l'article 1702 du Code civil, était classiquement définie comme l'obligation de transférer la propriété, bien que certains auteurs y aient décelé le signe d'une obligation de transférer un droit réel, qu'il s'agisse ou non du droit de propriété¹⁷⁹⁶. Cependant, l'article 1196 nouveau du Code civil prévoit dorénavant que « dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat ». Le Code ne limite donc plus l'effet translatif des contrats au seul transfert de propriété, et admet son existence dans « les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit ». Dès lors, le « transfert », notion cardinale du contrat d'échange, est plus large que la seule aliénation de la propriété¹⁷⁹⁷, et peut tout aussi bien concerner d'autres droits, réels ou personnels, en l'absence de précision supplémentaire sur la nature des droits en cause¹⁷⁹⁸. Partant, puisque « l'existence d'un échange [...] suppose une relation *inter-patrimoines* »¹⁷⁹⁹, emportant un transfert réciproque de droits, il convient d'exclure de cette catégorie juridique, tous les échanges au sens courant du terme, qui donnent lieu à une obligation de faire ou de mettre à disposition.

383. Le rejet des « échanges » de services ou de mises à disposition – Bien peu de choses sont écrites sur le contrat d'échange, mais il est un point que l'on retrouve de manière quasi-systématique dans les écrits s'intéressant à ce contrat : l'impossibilité, pour l'échange, de porter sur des services et, la précision étant toutefois rarement apportée, sur la jouissance des biens objets du contrat. Cette remarque découle généralement du parallèle que les auteurs se plaisent à faire avec la vente, en affirmant que tout ce qui peut être vendu peut faire l'objet d'un échange. Ainsi, les services ne pouvant faire l'objet d'une vente¹⁸⁰⁰, ils ne pourraient pas non plus donner lieu à un échange¹⁸⁰¹. Cependant, une telle analyse est fondée, non sur les effets du contrat, mais

¹⁷⁹⁶ SIMLER Ph., *V°* « Contrats et obligations. Classification des obligations. Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire » », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2011, n°7 ; PICOD Y., *V°* « Obligations », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : janv. 2019), spéc. n°11 ; MARTY G. et RAYNAUD P., *Les obligations*, t. 2, *le régime*, Sirey, 2^{ème} éd., 1989, p. 6, n°6 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil, les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 1156, n°1111.

¹⁷⁹⁷ En ce sens, V. CAILLÉ C., *V°* « Echange », *Rép. civ.*, Dalloz, 2015 (actualisation : déc. 2019), n°11 ; GUILLOUARD L., *Traité de la vente et de l'échange, op. cit.*, p. 463, n°914.

¹⁷⁹⁸ En ce sens, le Vocabulaire juridique définit largement l'obligation de donner comme « celle qui a pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit » : CORNU G (dir.), *V°* « Obligation de donner », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 695.

¹⁷⁹⁹ SOUSI-ROUBI B., « Le contrat d'échange », *art. préc.*, p. 257 et s., spéc. n°24. Selon cet auteur, « c'est cette idée de relation entre deux patrimoines qui semble expliquer la différence entre l'échange et la subrogation réelle », « la subrogation réelle a lieu indépendamment de l'opération qui fait apparaître le bien subrogé dans le patrimoine considéré », « mais l'échange, s'il suppose un changement comme la subrogation, suppose en plus un rapport de patrimoine à patrimoine ».

¹⁸⁰⁰ SAVATIER R., « La vente de services », *D.* 1971, chron. 223.

¹⁸⁰¹ En ce sens, V. PLANIOL M. et RIPERT G., *op. cit.*, p. 458, n°393 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P.,

sur son objet. Or, nous avons admis que cet objet puisse être un droit personnel, autrement dit un droit de créance : celui-ci conférant au créancier le droit d'exiger l'exécution d'une prestation du débiteur de l'obligation, l'on revient inévitablement à la notion de prestation de services. Dès lors, ne serait-il pas contradictoire d'admettre que l'échange puisse porter sur des droits personnels et, dans le même temps, de refuser que les prestations de services puissent faire l'objet d'un tel contrat ? Si l'on s'en tient à la question de l'objet de l'échange, le raisonnement paraît effectivement souffrir de quelques incohérences.

Mais il en va différemment si l'on recentre l'analyse sur la question de l'effet du contrat. Nous l'avons dit, l'ordonnance portant réforme du droit des obligations a supprimé, de l'article 1196 du Code, la distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire¹⁸⁰². Toutefois, si la modification est d'importance s'agissant de l'obligation de donner, puisque le transfert de propriété (ou d'un autre droit réel) est désormais reconnu comme un effet du contrat et non plus comme une obligation, la suppression de la mention des obligations de faire et de ne pas faire semble beaucoup plus inopportune¹⁸⁰³. Elles conservent, en effet, une certaine utilité, notamment pour définir les cas dans lesquels il sera impossible d'imposer une exécution en nature de l'obligation¹⁸⁰⁴. Rien n'interdit, alors, à la doctrine comme à la jurisprudence, de continuer à recourir à la distinction pour expliquer telle ou telle solution¹⁸⁰⁵. Elle subsiste, en outre, au sein de certaines dispositions du Code¹⁸⁰⁶. C'est le cas de l'article 1702 qui, ne faisant pas partie du régime général des obligations, n'a pas été modifié par l'ordonnance. Et en faisant explicitement référence à l'obligation de donner des coéchangeants, cette disposition exclut nécessairement du domaine de l'échange, les obligations autre que celle de transférer un droit de propriété et ce, alors même que le Code ne fait plus mention des obligations de faire et de ne pas faire.

op. cit., p. 516 et 517, n°588.

¹⁸⁰² Pour une appréciation critique de l'ordonnance sur ce point, V. CHAUVIRÉ Ph., « Les dispositions relatives aux effets du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2016, p. 43 et s., spéc. p. 48 et s.

¹⁸⁰³ V. not. CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 485 et 486, n°533.

¹⁸⁰⁴ Rappelons qu'avant l'ordonnance, l'article 1142 ancien du Code civil excluait la possibilité d'une exécution forcée en nature pour les obligations de faire et de ne pas faire. Le principe est désormais inversé puisque le nouvel article 1221 affirme le principe de l'exécution en nature, à moins que l'exécution soit impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Or, les obligations qui étaient classiquement considérées comme des obligations de faire et de ne pas faire, vont continuer à produire des hypothèses d'impossibilité d'exécution forcée : PICOD Y., *V° « Obligations »*, art. *préc.*, n°64 et s., spéc. n°66.

¹⁸⁰⁵ TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 389 et 390, n°347.

¹⁸⁰⁶ C'est notamment le cas de l'article 1222 qui envisage la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation (« sous entendue de ne pas faire ») : PICOD Y., *V° « Obligations »*, art. *préc.*, n°66.

Il nous semble effectivement préférable de distinguer, à la suite des jurisconsultes romains, les obligations de *dare*, de *facere* et de *praestare*¹⁸⁰⁷, ce dernier terme ne pouvant être traduit, comme le fit Pothier¹⁸⁰⁸, par la formule « ne pas faire »¹⁸⁰⁹ et devant, de manière plus orthodoxe, renvoyer à une mise à disposition. Ainsi, le *praestare*, à la différence du *dare*, suppose une « obligation de livrer non translativ »¹⁸¹⁰. De plus, contrairement à l'obligation de *facere*, le débiteur n'est pas tenu de réaliser une prestation au sens propre du terme, mais seulement de laisser la jouissance d'un bien au créancier, ce dernier devant le lui restituer à l'échéance, en nature ou en valeur¹⁸¹¹. Cette classification séduit désormais un certain nombre d'auteurs¹⁸¹², et il nous faut bien reconnaître son utilité et l'intérêt qu'il peut y avoir à l'adopter. En effet, en souscrivant à cette distinction, l'on peut déduire de la formulation de l'article 1702, malgré la suppression de l'obligation de donner, que le contrat d'échange n'admet pas d'opération donnant naissance à une obligation, pour le débiteur, d'exécuter une prestation, ou de mettre un bien à disposition du créancier. Seules pourrait donner lieu à un tel contrat, les obligations supposant un transfert définitif de droits, puisque l'échange nécessite « l'abandon »¹⁸¹³ d'un droit pour un autre.

Si l'on envisage sans trop de difficultés le transfert de droit de créances d'un patrimoine à l'autre, l'on ne peut déceler un tel mouvement lorsque deux personnes se promettent mutuellement de se rendre des services réciproques. Si les droits personnels peuvent faire

¹⁸⁰⁷ PIGNARRE G., « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTD civ.* 2001, p. 41 et s., spéc. n°4.

¹⁸⁰⁸ Paul distinguait les obligations « *ad dandum, vel faciendum, vel praestandum* » : MAY G., *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 3^{ème} éd., 1894, p. 202 et 203, n°114. Pothier, en reprenant expressément la formule de Paul, affirme alors que l'obligation est « un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Si les termes « *dare* » et « *facere* » sont effectivement traduits par « donner » et « faire », « *praestare* » est en revanche traduit par « ne pas faire » : POTHIER R. J. par SIFFREIN M., *Traité des obligations*, t. 1, Siffrein, 1821, p. 78, n°1.

¹⁸⁰⁹ HUET J., « Des distinctions entre les obligations », *RDC* 2006, p. 89, spéc. n°1.

¹⁸¹⁰ ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil. Obligations - Régime*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2013, p. 42, n°10.

¹⁸¹¹ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 154, n°171.

¹⁸¹² PIGNARRE G., « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTD civ.* 2001, p. 41 ; HUET J., « Des distinctions entre les obligations », *RDC* 2006, p. 89 et s. ; HUET J., « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425 ; ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil. Obligations - Régime*, *op. cit.*, p. 37 et s., n°8 et s. CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 147 et s., n°161 et s., spéc. n°169 à 177, p. 153 et s. ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 388, n°346 ; pour un résumé des différentes opinions doctrinales sur la question, V. FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, 1 - Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 241 et s., n°300. Notons également que l'avant-projet Catala prévoyait d'ajouter, aux obligations de donner, de faire et de ne pas faire, une obligation de « donner à usage » (art. 1146).

¹⁸¹³ GUILLOUARD L., *Traité de la vente et de l'échange*, *op. cit.*, p. 464, n°917.

l'objet d'un échange, c'est parce que chaque partie va pouvoir, grâce à ce contrat, obtenir un droit différent de celui dont elle souhaite se séparer, ce droit nouveau entrant dans le patrimoine des coéchangistes à la place du précédent. Les prestations de services, quant à elles, ne peuvent faire l'objet que d'un « échange » au sens économique du terme : le fait qu'une partie répare le toit de son voisin, lorsque ce dernier effectue, en contrepartie, quelques travaux de plomberie, ne peut donner lieu à un échange juridique *strico sensu*. Dans ce cas de figure, les parties se rendent mutuellement service, mais l'on ne constate aucun mouvement d'un patrimoine à un autre. Certes, l'engagement pris par chaque contractant de réaliser, au profit de l'autre partie, une prestation, donne naissance à un droit de créance, mais ce droit naît en suite de la conclusion du contrat, et n'est ainsi pas l'objet de ce dernier. L'échange porte alors sur la prestation et non sur le droit personnel sous-jacent. Le service, à la différence du droit, « est éphémère », « il consiste pour le créancier à bénéficier, le temps de son exécution, d'une action émanant d'autrui, incorporée physiquement ou intellectuellement au corps d[u] maître de l'ouvrage ou à une chose lui appartenant ou appartenant à un tiers. Il n'existe plus, en tant que tel, après son accomplissement, et souvent il ne reste plus rien par la suite »¹⁸¹⁴, mis à part le résultat de la prestation, mais jamais la prestation en tant que telle.

Par conséquent, la condition relative au mouvement réciproque de droits entre deux patrimoines est défailante lorsque les parties s'engagent à mettre à disposition, à faire et, à plus forte raison, à ne pas faire, quand bien même ladite obligation donnerait par la suite naissance à un droit de créance. Cette condition permet ainsi d'écarter les contrats portant sur des services¹⁸¹⁵, indépendamment de l'admission de l'échange de droits personnels : « le contrat d'échange tel que nous l'entendons en droit privé ne laisse pas de place à un échange d'obligations de *facere* ou de *non facere* »¹⁸¹⁶. La Cour de cassation abonde d'ailleurs en ce sens et qualifie de contrat innommé, le contrat par lequel l'une des parties a une obligation de faire¹⁸¹⁷.

¹⁸¹⁴ MIGNOT M., *V°* « Vente. – Nature et forme. – Définition. Caractère. Formes », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 2015, n°47.

¹⁸¹⁵ AUBRY et RAU par FALCIMAIGNE C., *Droit civil français, t. V*, 5^{ème} éd., 1907, p. 255, § 360, n°p 1 bis ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et SAIGNAT L., *Traité théorique et pratique de droit civil, tome 17, De la vente et de l'échange*, 1908, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, p. 972 et 973, n°973 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 496, n°548 ; MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 2020, 12^{ème} éd., p. 285, n°280 : n°280 : puisque l'échange est « un contrat translatif et réciproque » il se distingue des « contrats dans lesquels une chose est "échangée " contre un service ».

¹⁸¹⁶ SOUSI-ROUBI B., « Le contrat d'échange », *art. préc.*, p. 257 et s., spéc. n°5.

¹⁸¹⁷ Civ. 1^{ère}, 12 octobre 1967, Bull. civ. I, n°292 ; D. 1968, somm. 29 : la Cour de cassation rejette la qualification de vente, et se prononce en faveur de celle de contrat innommé. Dans cette espèce, l'une des parties avait cédé la nue-propriété de son appartement en contrepartie de l'exécution, par l'autre, des réparations actuelles et futures dudit appartement : si l'un des contractants avait effectivement une obligation de donner, l'autre n'avait qu'une

384. L'exclusion de l'entraide agricole et des « échanges » d'hébergement –

L'impossibilité, pour le contrat d'échange, de donner naissance à des obligations de faire, permet d'apporter un second argument à l'exclusion de l'entraide agricole de cette catégorie. En effet, les contrats passés entre agriculteurs dans le cadre de l'entraide, échappent à la qualification juridique d'échange en raison de leur gratuité¹⁸¹⁸, mais également en ce qu'il s'agit principalement, pour les parties, de se rendre des services réciproques¹⁸¹⁹ et non de se transférer des droits réels ou personnels. Les agriculteurs peuvent également mettre du matériel à disposition les uns des autres et, dans ce cas, l'on sera alors en présence d'une obligation de *praestare*. Par définition, la mise à disposition n'a pas vocation à perdurer dans le temps, elle est évanescente et ne peut ainsi permettre de caractériser un contrat d'échange.

Une telle conclusion conduit également à exclure du domaine de l'échange, le partage d'hébergement. Il paraît en effet bien difficile de raccrocher les contrats passés par les vacanciers à une réglementation spécifique, et notamment à celle prévue pour le contrat d'échange. Ces opérations donnent naissance à une obligation de *praestare*, chaque partie s'obligeant à mettre un bien à la disposition de son cocontractant, puisque le contrat prévoit un « échange » de la jouissance des logements respectifs, pour une durée déterminée par la convention. La solution est identique lorsque le partage n'est pas réciproque et passe par un système de grains : là encore, l'une des parties ayant une obligation de mise à disposition, le contrat échappe à la qualification d'échange. Par conséquent, et malgré leur dénomination, ces opérations n'ont rien d'un échange au sens de l'article 1702, tout comme l'ensemble des conventions dont l'effet est d'obliger les parties à faire ou à mettre à disposition, l'effet du contrat d'échange se limitant exclusivement à opérer un transfert de droits entre patrimoines.

385. L'exclusion des contrats intersélistes – Certes, les SEL sont parfois présentés, dans les manuels et traités de droit des contrats spéciaux, comme l'une des manifestations du regain

obligation de faire (en l'espèce, celle d'effectuer les réparations). Les juges, en préférant la qualification de contrat innomé, refusent explicitement le rattachement d'une telle convention à la catégorie des contrats de vente, et implicitement à celle des contrats d'échange : BARDET-BLANVILLAIN A., *V° « Echange », J.-Cl. Contrats – Distribution*, 2016, fasc. 3310, 2006, n°13. Dans le même ordre d'idée, V. CA Bordeaux, 14 décembre 1998, « SADA c/ Bonduelle » : « ne saurait être interprétée comme qualifiant un contrat d'échange la clause invoquée par une société pour obtenir d'une autre société réparation [...] suivant laquelle il a été convenu entre elles que la première cède gracieusement à la seconde, un stock de déchets alimentaires à charge pour la seconde de le retirer et d'en faire libre usage, au motif inopérant que l'avantage économique que tirerait cette dernière de l'opération constituerait la contre-partie de l'échange ».

¹⁸¹⁸ Article L.325-1 alinéa 3 du Code rural et de la pêche maritime.

¹⁸¹⁹ CASSON Ph., *V° « Entraide en agriculture », J.-Cl. Rural, fasc. unique*, 2018, n°9 et s.

d'intérêt pour les techniques d'échange et, plus particulièrement, pour le contrat d'échange de l'article 1702 du Code civil¹⁸²⁰. À ce titre, les contrats passés entre les différents membres devraient répondre à la qualification de contrats synallagmatiques, puisque l'échange fait partie de cette catégorie juridique¹⁸²¹. Toutefois, cette affirmation ne résiste pas à l'analyse. Il s'agirait, en premier lieu, de contrat unilatéraux¹⁸²² alors que le contrat d'échange est, nous l'avons dit, un contrat synallagmatique. Ensuite, il s'agit en grande partie de se rendre des services, de mettre des biens à disposition ou de faire profiter la communauté d'un savoir-faire. Ainsi, en donnant naissance à des obligations de *facere* et de *praestare*, les contrats intersélistes ne peuvent prétendre intégrer la qualification juridique de l'article 1702, quand bien même un bien serait transféré à un membre du SEL, l'absence de contrepartie réciproque empêchant le contrat de basculer dans la catégorie juridique d'échange.

386. L'impossibilité de recourir à la qualification juridique d'échange pour les contrats successifs de partage – Les contrats de partage passés par les membres au sein de leurs relations interindividuelles, qu'il s'agisse des contrats susmentionnés ou d'autres exemples, ne pourront être juridiquement qualifiés de contrats d'échange, pas plus qu'ils ne pouvaient espérer rejoindre la catégorie juridique de la vente, en ce qu'ils fonctionnent sur le principe des communautés. Pour lors, nous serions donc face à des contrats innomés, irréductibles à l'une des figures connues du droit positif.

B. Le caractère inapproprié des contrats portant sur l'usage d'un bien

387. Une étude centrée sur les contrats de bail, de prêt à usage et de prêt de consommation – Les contrats de partage ne permettent pas uniquement de transférer, d'un individu à l'autre, la propriété d'un bien meuble (bocaux de confiture, livres d'occasion, *etc.*), mais rendent également possible la mise à disposition de biens au profit de l'ensemble de la communauté. Dès lors, il est nécessaire de s'interroger sur l'adéquation, à ces opérations, des contrats de bail (1) et de prêt (2).

¹⁸²⁰ RAYNARD J. et SEUBE J. B., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Manuel, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019, p. 247 et 248, n°251.

¹⁸²¹ C'est ce qui ressort clairement de l'article 1702 qui définit l'échange comme « le contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». Sur l'admission du caractère synallagmatique de l'échange, V. not. : COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 518 et 519, n°589 ; ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats - Vente (droits communs français et européen) - Echange*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2016, p. 273 et s., n°109.

¹⁸²² Sur cette qualification, V. *supra*, n°203 et s.

1. L'inadéquation du bail face aux contrats unilatéraux de partage

388. Un contrat conférant un droit de jouissance temporaire sur un bien – L'article 1709 du Code civil définit le bail comme le « contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ». Si le Code civil parle du « louage des choses », on lui préfère aujourd'hui la terminologie de « bail » lorsque le contrat concerne un bien immobilier, et de « location » lorsque l'on est face à un bien mobilier¹⁸²³. Sans entrer dans le détail des règles applicables à la diversité des baux spéciaux que l'on peut rencontrer en pratique (bail d'habitation, bail commercial, baux réels, *etc.*)¹⁸²⁴, il nous faut avant tout cerner les traits caractéristiques du contrat de bail tel qu'il est défini par le Code civil.

Par ce contrat, le bailleur s'oblige, à l'égard du preneur, à mettre un bien à sa disposition pendant un temps déterminé. Le preneur a donc un droit personnel de jouissance qui lui confère le droit d'user du bien et d'en percevoir les fruits à titre exclusif pendant toute la durée du contrat¹⁸²⁵. Sans revenir sur le débat ayant opposé la doctrine quant à la nature du droit du preneur¹⁸²⁶, il convient de rappeler que le bail ne confère qu'un droit personnel à l'encontre du bailleur¹⁸²⁷. À la différence de la vente ou de l'usufruit¹⁸²⁸, ce contrat ne confère aucun droit réel au preneur et n'a donc pas d'effet translatif¹⁸²⁹. Le bailleur a simplement l'obligation de mettre le bien loué à la disposition du preneur et de lui permettre une jouissance paisible, en le

¹⁸²³ LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Manuel, LGDJ – Lextenso édition, 2^{ème} éd., 2012, p. 255, n°403.

¹⁸²⁴ Sur la diversité des baux, V. AUBERT DE VINCELLES C. et NOBLOT C., *V° « Bail », Rép. civ.*, Dalloz, 2018 (actualisation : juin 2020), n°34 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 360 et s., n°426 et s.

¹⁸²⁵ En l'absence d'une « libre disposition à usage exclusif », le contrat ne peut recevoir la qualification de bail : Civ. 3^{ème}, 11 janv. 2006, Bull. civ. III, n°10, Défrénois 2006, p. 721, note SAVAUX E. ; SEUBE J. B., « De la reconnaissance judiciaire de l'existence d'un bail », *RDC* 2006, p. 758 ; AUBERT DE VINCELLES C. et NOBLOT C., *art. préc.*, n°26 ; VIAL-PEDROLETTI B., *V° « Art. 1708 à 1762 », J.-Cl. Civil Code*, fasc. 85 : Bail d'habitation - Généralités - Définition du contrat de bail, 2016 (actualisation : nov. 2017), n°13.

¹⁸²⁶ V. not. TROPLONG R. T., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage, t. 1*, Charles Hingray, Libraire-éditeur, 1852, p. 62 et s. ; DERRUPÉ J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Th. Toulouse, 1952 ; GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale française, Paris, 1960.

¹⁸²⁷ Req. 6 mars 1861, synd. Vollot, DP 1861. I. 417 ; S. 1861. I. 713 ; CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, coll. Grands arrêts, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 677 et s., n°271.

¹⁸²⁸ LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 258, n°409.

¹⁸²⁹ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 325 et s., n°344 et s. L'on note malgré tout quelques exceptions à ce principe, notamment pour les baux emphytéotiques, à construction ou le bail réel solidaire (n°385 et s., n. 634 et s.) ; Sur les « faux baux », V. BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op.cit.*, p. 236 et s., n°305 et s. ; HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LÉCUYER H., (dir. GHESTIN J.), *Les principaux contrats spéciaux*, coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ – Lextenso édition, 3^{ème} éd., 2012, p. 619 et s., n°21117 et s. ; AUBERT DE VINCELLES C. et NOBLOT C., *art. préc.*, n°37 et s.

protégeant notamment contre les risques d’immixtions des tiers¹⁸³⁰. De plus, bien que ne pouvant être exécuté en un trait de temps et revêtant, par nature, un caractère successif, le bail ne peut conférer qu’un droit de jouissance temporaire¹⁸³¹. Quant au bien objet de cette jouissance, il peut s’agir indifféremment d’un meuble ou d’un immeuble (art. 1713 C. civ.). Si le bailleur a l’obligation de conférer la jouissance du bien au preneur, ce dernier doit, quant à lui, le restituer à l’expiration du terme. Cette restitution doit s’effectuer en nature, ce qui exclut la possibilité de conclure un tel contrat pour l’ensemble des choses consommables¹⁸³².

389. La nécessaire stipulation d’un loyer – Comme la vente et l’échange, le bail est un contrat synallagmatique à titre onéreux (art. 1709 C. civ.). Il ne peut donc juridiquement exister en l’absence de stipulation d’un loyer, celui-ci étant la contrepartie du droit de jouissance accordé au preneur. L’on regrettera toutefois la formulation de l’article 1709 puisque le loyer ne sera pas obligatoirement payé par le versement d’une somme d’argent¹⁸³³ alors que le prix a, dans tous les contrats, nécessairement une nature monétaire¹⁸³⁴. En effet, si le loyer est le plus souvent acquitté par un paiement en argent, les parties peuvent toutefois prévoir, en contrepartie du droit de jouissance, que le preneur fournisse des services au bailleur¹⁸³⁵, ou qu’il lui transfère un bien¹⁸³⁶.

¹⁸³⁰ VIAL-PEDROLETTI B., *art. préc.*, n°8.

¹⁸³¹ La jurisprudence prohibe les baux perpétuels et considère, de manière générale, que la durée du bail ne peut excéder 99 ans. V. not. Civ. 22 nov. 1932, *DH* 1933, p. 51 ; CA Paris, 19 juin 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 636, note AMZALAC V.

¹⁸³² BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op.cit.*, p. 253 et 254, n°327.

¹⁸³³ AUBRY et RAU par FALCIMAIGNE C., *Droit civil français*, t. V, *op. cit.*, p. 269 et 270, § 363, n°2.

¹⁸³⁴ *contra*, MALLET-BRICOUT B., « Définition et notions voisines du “loyer” », in *Le loyer. Actes du colloque du 14 mars 2019* (dir. V. Pezzella), coll. Thèses & Actes, Édilaix, Faculté de droit, Université Jean Moulin, Lyon III, 2019, p. 5 et s., spéc. p. 7 ; AUBERT DE VINCELLES C. et NOBLOT C., *art. préc.*, n°45 ; et plus généralement, V. *supra*, les développements précédents sur la nature monétaire du prix et les différentes opinions doctrinales, n°51 et s., spéc. n°54 et 55.

¹⁸³⁵ L’exécution de travaux pourra, ainsi, être considérée comme la contrepartie de la jouissance, à condition d’être suffisamment importante pour équivaloir au paiement d’un loyer : Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2013, n°12-15.478, *Loyers et copr.* 2013, comm. 167, note VIAL-PEDROLETTI B. Dans le même sens, V. Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2013, n°12-15.478 : l’arrêt retient que l’occupation n’a pas été consentie gratuitement mais « en contrepartie de travaux importants ». En l’espèce, le loyer avait été « payé en nature par l’exécution de travaux ayant permis de transformer une ruine en logement habitable » ; A souverainement retenu l’existence d’une contrepartie suffisante, la Cour d’appel ayant relevé l’existence de « tâches matérielles consistant dans l’entretien des terrains objet du bail » : Civ. 3^{ème}, 3 mai 2012, n°11-10.509, *AJDI* 2012, p. 439.

¹⁸³⁶ C’est notamment le cas du métayage où le preneur rémunère le bailleur grâce au partage d’une certaine proportion des produits du fonds loué : BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op.cit.*, p. 257, n°331 ; AUBERT DE VINCELLES C. et NOBLOT C., *art. préc.*, n°45.

390. L'impossible qualification de bail des contrats de partage – En matière de partage, lorsque « l'échange » n'est pas réciproque, ces pratiques passent par le système des grains¹⁸³⁷. Elles diffèrent ainsi des prestations offertes par les plateformes de location telle qu'Airbnb¹⁸³⁸, car il ne s'agit pas de contrats de bail au sens des articles 1708 et suivants du Code civil. Si l'une des parties s'engage effectivement à faire jouir son contractant d'une certaine chose (son logement en l'espèce) pendant un certain temps, la condition du versement d'un loyer par le locataire fait défaut. Tout d'abord, il n'existe aucun prix puisque, nous l'avons dit, ces pratiques se passent du recours à l'intermédiaire monétaire. Toutefois, puisque le loyer ne constitue pas nécessairement un paiement en monnaie, l'absence de versement d'une somme d'argent n'est pas un obstacle dirimant à la qualification de bail. Se pose alors la question de savoir si le versement de grains peut être considéré comme un loyer. Pour répondre à cette question, il faut se rappeler que ce versement ne constitue pas la contrepartie de la jouissance du bien, il permet simplement de quantifier la contreprestation à laquelle *Secundus* pourra prétendre pour avoir mis un bien à la disposition de *Primus*.

Au demeurant, puisque les contrats de partage ne parviennent pas à s'insérer dans la catégorie des contrats synallagmatiques, la contrepartie étant *a priori* généralement versée par un tiers au contrat initial qui agit en son nom personnel et non en représentation d'une quelconque partie, il semble impossible de les considérer comme relevant de la qualification de l'article 1709. Le bail, en tant que contrat synallagmatique à titre onéreux, ne peut être caractérisé en l'absence de loyer et donc, *ipso facto*, lorsqu'il est impossible de vérifier l'existence d'une contrepartie versée par la personne profitant de l'usage du bien, ou par un tiers en son nom et pour son compte. La qualification de l'article 1709 paraît donc, au même titre que la vente et l'échange, incapable de saisir la réalité des contrats de partage.

2. L'impossible recours aux contrats de prêt à usage et de consommation

391. L'existence de deux catégories de prêt – Le bail n'est pas le seul contrat offrant la possibilité d'user d'un bien à charge de le restituer, comme en témoigne l'article 1874 du Code civil. En application de cette disposition, il existe deux types de prêt : « celui des choses dont on peut user sans les détruire » (le prêt à usage ou *commodat*), et « celui des choses qui se

¹⁸³⁷ Il est particulièrement rare de trouver des « échanges » réciproques en matière de partage. Nous nous focaliserons donc sur les « échanges » non réciproques, la quasi-totalité des opérations passant effectivement par un système de grains.

¹⁸³⁸ Il s'agit, dans ce cas, de la mise à disposition d'un hébergement en contrepartie du versement d'une somme d'argent. Les contrats passés via le site Airbnb sont donc, sans difficulté, des contrats de bail.

consomment par l'usage qu'on en fait » (le prêt de consommation ou *mutuum*)¹⁸³⁹. Ces deux contrats, parce qu'ils ne portent pas sur le même type de biens, emportent des conséquences radicalement différentes¹⁸⁴⁰ : dans le prêt à usage, seule la jouissance du bien est transférée au prêteur qui ne peut, dès lors, qu'être considéré comme un détenteur précaire¹⁸⁴¹. L'objet du contrat est nécessairement un bien non consommable qu'il soit meuble ou immeuble¹⁸⁴², corporel ou incorporel¹⁸⁴³. À l'inverse, par l'effet du prêt de consommation, l'emprunteur devient propriétaire de l'objet du prêt (art. 1893 C. civ.) et ne doit alors restituer qu'un bien de même espèce et d'une qualité identique¹⁸⁴⁴.

392. Unilatéralité et gratuité du prêt à usage – L'article 1875 définit le prêt à usage comme le « contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». Sans s'appesantir plus avant sur la non-consommabilité du bien objet du prêt à usage, il faut noter deux traits caractéristiques du contrat en question. Il s'agit, tout d'abord, d'un contrat unilatéral qui n'engendre, ainsi, d'obligation qu'à la charge de l'une des parties¹⁸⁴⁵. Si la doctrine contemporaine considère quasi unanimement que l'obligation naissant du prêt à usage est l'obligation de restitution pesant sur l'emprunteur¹⁸⁴⁶, certains auteurs estimaient autrefois que le prêt à usage était un contrat

¹⁸³⁹ GRUA F. et CAYROL N., *V° « Art. 1874 », J.-Cl. Civil Code*, Fasc. unique : PRÊT. – Distinction entre le prêt à usage et le prêt de consommation, 2015 (actualisation : mars 2020).

¹⁸⁴⁰ BROS S., « Le dualisme du prêt en question », *in Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 101.

¹⁸⁴¹ CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2e année : 1972-1973*, Les cours de droit, p. 465.

¹⁸⁴² PIGNARRE G., *V° « Prêt », Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : sept. 2020), n°17 ; BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op.cit.*, p. 319, n°411.

¹⁸⁴³ Une réponse ministérielle semblait avoir exclu les biens incorporels du domaine du prêt à usage (Rép. min. Justice 30022, JOAN CR, 25 janv. 1988, p. 372 : le garde des Sceaux refuse, en l'espèce, d'admettre « la licéité d'une convention de prêt à usage portant sur un fonds de commerce ») : *JCP* 1988. IV. 120 ; La jurisprudence semble toutefois adopter une position différente, en admettant notamment le prêt d'une enseigne de marque : CA Aix-en-Provence, 16 mai 1973, *D.* 1974, p. 676, note Bories ; V. également à propos du droit de présentation d'une clientèle civile : Civ. 1ère, 7 oct. 1997, n°95-18.082, BEIGNIER B., « De la nature aléatoire du contrat de présentation de clientèle », *D.* 1998, p. 78 ; MONSÉRIÉ-BON M. H., « Utilisation des contrats de location et de commodat par les professions libérales », *Dr. et patr.* 1999, p. 28 et s. ; La doctrine semble désormais admettre que le prêt à usage puisse porter sur un bien incorporel. V. not. ALLEAUME Ch., *Le prêt des oeuvres de l'esprit*, Th. Caean, 1997 ; LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p. 354, n°631 ; PIGNARRE G., *V° « Prêt », art. préc.*, n°17 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 569 et 570, n°634 ; BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op.cit.*, p. 319, n°411.

¹⁸⁴⁴ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, p. 523, n°594 ; GUILLOUARD L. V., *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, A. Durand & Pédone Lauriel, 1892, p. 2, n°2.

¹⁸⁴⁵ *contra*, BROS S., « Le dualisme du prêt en question », *art. préc.*, p. 101 et s., spéc. p. 105 et s. Pour l'auteur, le prêt est un contrat synallagmatique puisque l'obligation de rendre le bien objet du contrat est le corrolaire nécessaire de l'obligation de mise à disposition. Or, puisque ces deux obligations « se servent mutuellement de cause », le contrat a un caractère synallagmatique.

¹⁸⁴⁶ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 573 et s., n°637 et s. ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 531, n°602 ; CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2e année : 1972-1973*, Les cours de droit, p. 465 ; PIGNARRE G.,

synallagmatique imparfait produisant des obligations de part et d'autre, bien que seule l'obligation pesant sur l'emprunteur puisse être considérée comme l'obligation principale¹⁸⁴⁷. Il nous semble toutefois préférable de considérer que l'obligation naissant du contrat n'est pas celle pesant sur l'emprunteur, mais plutôt l'obligation de mise à disposition à laquelle souscrit le prêteur¹⁸⁴⁸, le caractère réel du prêt ne faisant pas obstacle à la découverte d'une telle obligation : rappelons qu'à notre sens, il est faux de dire que l'emprunteur s'engage à restituer le bien *pour* que le prêteur le lui restitue au terme du contrat¹⁸⁴⁹. La remise est, tout au plus, ce que l'on appelait la « cause efficiente » avant l'ordonnance de 2016, lorsque seule la « cause finale », c'est-à-dire « ce en vue de quoi les parties se sont engagées » devait être prise en compte¹⁸⁵⁰. Sans revenir plus longuement sur ce point, rappelons tout de même que lorsque le contrat de prêt est consenti à titre gratuit, seul le prêteur est tenu d'une obligation, celle-ci consistant dans la mise à disposition du bien pendant toute la durée de l'engagement¹⁸⁵¹.

Il faut ensuite souligner le caractère « essentiellement gratuit » du prêt à usage (art. 1876 C. civ.) conçu comme « une opération amicale gratuite, gracieuse, courtoise, bienveillante, désintéressée [...] », en somme, « un service d'ami »¹⁸⁵². Il ne saurait donc y avoir de prêt à usage en présence d'un loyer ou de toute autre contrepartie¹⁸⁵³, son caractère gratuit permettant ainsi de le distinguer du bail¹⁸⁵⁴.

V° « Prêt », *art. préc.*, n°10 ; *contra*, MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, p. 373 et s., n°375 et s.

¹⁸⁴⁷ POTHIER R. J. par DUPIN M., *Oeuvres de Pothier contenant les Traités du droit français*, t. 4, Béchet Ainé, 1824, p. 4 et 5, n°7 ; PONT P., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*. 8, *Commentaire-traité des petits contrats*, t. 1, prêt – dépôt et séquestre – contrats aléatoires – mandat, 1877, p. 13, n°28 ; LAROMBIÈRE L., *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand, 1857, p. 24 et 25, art. 1102, n°2 ; BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 326, n°427 ; HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LÉCUYER H. (dir. GHESTIN J.), *Les principaux contrats spéciaux*, coll. *Traité de droit civil*, LGDJ – Lextenso édition, 3^{ème} éd., 2012, p. 873, n°22134 ; LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux*, coll. *Manuel*, LGDJ – Lextenso édition, 2^{ème} éd., 2012, p. 355 et s., n°635. Pour un résumé de la controverse entre la qualification de contrat unilatéral ou de contrat synallagmatique imparfait, V. GRUA F. et CAYROL N., *art. préc.*, n°50 et s.

¹⁸⁴⁸ Sur ce point et la théorie selon laquelle l'obligation de restitution n'est pas une obligation personnelle mais le respect du droit de propriété du prêteur, V. *supra*, n°222.

¹⁸⁴⁹ En ce sens, V. CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 175, n°193.

¹⁸⁵⁰ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey Université, Droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 267, n°259 : « lorsque l'on dit que l'emprunteur doit restituer la chose parce qu'elle lui a été antérieurement remise par le prêteur, on évoque la cause efficiente et pas la cause finale, seule prise en compte par le Code civil ».

¹⁸⁵¹ En ce sens, V. ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1999, p. 111, n°113 ; CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 155 et s., n°172 et s. et p.174 et s., n°193 ; de manière générale, V. *supra*, n°221 et 222.

¹⁸⁵² CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2^e année : 1972-1973*, *op. cit.*, p. 464.

¹⁸⁵³ Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2004, *Bull. civ. III*, n°6, *RDC* 2004, p. 708, obs. SEUBE J.-B. ; Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2003, *Bull. civ. III*, n°178, *RDC* 2004, p. 362, obs. SEUBE J.-B.

¹⁸⁵⁴ Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2003, n°02-12.977, *Bull. civ. III*, n°178, p. 157, *Loyers et copr.* 2004, comm. 4, note VIAL-

393. Le prêt de consommation : un contrat translatif à titre gratuit ou onéreux – L'article 1892 définit le prêt de consommation comme le « 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 par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». Ainsi, puisque le contrat porte sur des biens consommables, contrairement au prêt à usage, l'emprunteur devient alors propriétaire de l'objet du prêt¹⁸⁵⁵. Il doit ainsi restituer, non pas le bien prêté qui, par définition, a été consommé, mais un bien de même nature et de même valeur, ce qui implique ainsi que le prêt de consommation porte sur des biens fongibles¹⁸⁵⁶. De plus, s'il peut être conclu à titre gratuit, l'article 1905 du Code civil autorise les parties à prévoir une rémunération du prêteur via la stipulation d'intérêts, qu'il s'agisse du prêt d'argent, de « denrées ou autres choses mobilières »¹⁸⁵⁷.

394. Contrats de partage et prêt : une compatibilité de façade – En matière de partage, certains contrats de prêt ne pourront jamais trouver matière à s'appliquer. C'est le cas du prêt de consommation qui porterait sur une somme d'argent : l'économie de partage s'inscrit en marge des modèles de consommation classiques et exclut tout recours à la monnaie étatique. Or, si les différents échanges (au sens économique) se dispensent de l'intermédiaire monétaire et ont recours à d'autres méthodes de valorisation des prestations, il semble également impossible de retrouver des prestations portant directement sur une somme d'argent. Seuls les systèmes circulaires à l'image des SEL pourraient potentiellement permettre qu'un individu propose, à d'autres, une mise à disposition de ses capacités financières. Cependant, une analyse des catalogues recensant les offres et les demandes permet de conclure à l'impossibilité de rencontrer de telles prestations. L'argent paraît donc exclu, qu'il s'agisse de l'envisager selon son rôle d'intermédiaire aux échanges, ou comme objet même d'une prestation¹⁸⁵⁸.

PEDROLETTI B. ; *RDC* 2004, p. 362, obs. SEUBE J.-B. ; Civ. 3^{ème}, 24 avr. 2013, n°12-12.677, *Bull. civ.* III, n°54, *LPA* 2014, p. 7, note LE BOURG J.

¹⁸⁵⁵ V. *supra*, n°391.

¹⁸⁵⁶ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 579, n°648 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 541, n°615.

¹⁸⁵⁷ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 340, n°459.

¹⁸⁵⁸ À ce titre, notons que les hypothèses de *crowdfunding*, c'est-à-dire de financement participatif (littéralement « financement par la foule ») ne relèvent pas, à proprement parler, de l'économie de partage. Il s'agit d'une initiative de l'économie sociale et solidaire (ESS) qui ne fonctionne aucunement sur le système circulaire propre à l'économie de partage (sur le fonctionnement du *crowdfunding* et son rattachement à l'ESS, V. <http://www.esspace.fr/crowdfunding.html> ; <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/crowdfunding-financement-participatif>). Si ces deux domaines ne s'excluent pas nécessairement l'un l'autre, il est toutefois impossible de réduire l'économie de partage à une simple émanation de l'ESS et de traiter, ainsi, l'ensemble des

En revanche, la qualification de prêt à usage semble adaptée à un grand nombre de pratiques. Qu'est-ce donc finalement, si ce n'est un prêt au sens de l'article 1875, que le contrat par lequel *Secundus* met son appartement à la disposition de *Primus* pour une certaine durée ou grâce auquel l'une des parties pourra profiter de la tondeuse à gazon d'un autre membre ? En ce sens, les conditions générales d'utilisation de HomeExchange affirment expressément que les « échanges » réalisés dans le cadre de la communauté sont des « convention[s] de prêt à usage de résidence passée[s] à titre gratuit »¹⁸⁵⁹. La figure du prêt de consommation, quant à elle, pourrait théoriquement se retrouver dans l'hypothèse du prêt à titre gratuit d'un bien consommable autre que de l'argent. Néanmoins, la plupart des prestations proposées dans le cadre de ces pratiques consistent généralement dans le prêt d'un bien non consommable (outils, moyens de transport comme une voiture, une trottinette, objets du quotidien, *etc.*). Cependant, si la qualification de prêt à usage semble pouvoir s'appliquer aux contrats de partage toutes les fois qu'un bien sera mis à la disposition d'un membre pendant une certaine durée à charge d'être restitué au terme du contrat, c'est à la condition de passer sous silence le caractère onéreux des contrats étudiés. Certes, aucun prix n'est directement payé par la partie bénéficiaire du bien objet du contrat, celle-ci ne fournissant, au demeurant, aucune contrepartie en nature. Pour autant, le contrat ne peut être considéré comme réellement conclu à titre gratuit en raison de l'absence de véritable désintéressement et de la naissance d'une créance au profit de celui qui agit, à première vue, sans contrepartie. Or, au regard de la qualification onéreuse des contrats de partage, il paraît artificiel et vide de sens de tenter de retenir une qualification pensée pour des contrats gratuits par nature. Ces contrats paraissent donc, une fois de plus, exclus de la catégorie contractuelle précitée.

Notons enfin, que de nombreuses hypothèses ne s'apparentent aucunement aux cas de figure couverts par le contrat de prêt. En effet, cette qualification est, quoi qu'il en soit, incapable de saisir les contrats emportant un transfert de propriété¹⁸⁶⁰ ou impliquant l'exécution d'une prestation de service. Dès lors, il importe de s'interroger sur l'applicabilité, aux contrats de partage, des contrats de service.

initiatives de ce secteur comme révélant la mise en place d'une technique de partage. Sur ce point, V. *supra*, n°17.

¹⁸⁵⁹ Sur ce point, V. <https://www.homeexchange.fr/p/conditions-generale-d-utilisation>.

¹⁸⁶⁰ *Secundus* peut, sans difficulté, « donner » des pots de confiture à *Primus* (cette prestation sera évaluée à un certain montant de grains). Or, dans un tel cas de figure, *Primus* consommera la confiture sans qu'il soit prévu au contrat que *Secundus* récupère les pots en question ou des pots de même nature et en même quantité.

§ 2 : Les obstacles aux contrats relatifs aux services¹⁸⁶¹

395. L'exclusion liminaire de la qualification de contrat de dépôt – Le dépôt, qui représente une catégorie particulière de contrats relatifs aux services, doit faire l'objet d'une exclusion préliminaire. Notons que certaines opérations réalisées dans le cadre des communautés pourraient, *a priori*, s'apparenter à des contrats de dépôt¹⁸⁶². Il peut arriver, en effet, que *Secundus* garde, dans un local prévu à cet effet et dont il dispose contrairement à *Primus*, le vélo de ce dernier pour un temps déterminé. Or, l'article 1915 du Code définit le dépôt comme l'« acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature », ce contrat étant « essentiellement gratuit » aux termes de l'article 1917. Rien n'interdit cependant aux parties de prévoir une rémunération (art. 1928 C. civ.) mais, en ce cas, et contrairement à ce que l'on pourra retrouver en matière de partage, la rémunération sera versée au dépositaire par le déposant lui-même. Lorsque *Primus* demande à *Secundus* de conserver son vélo, c'est en contrepartie d'une créance précédemment acquise dans un rapport juridique distinct. Ainsi, de manière identique à *Primus*, *Secundus* se tournera vers *Tertius* pour obtenir une prestation d'un montant équivalent au nombre de grains rapportés par la prestation effectuée au profit du premier. L'on est donc bien incapable de vérifier le versement d'une rémunération par le déposant.

396. La nécessité de s'interroger sur l'adéquation des qualifications de contrat d'entreprise et de mandat pour saisir les contrats d'application – C'est donc vers d'autres contrats relatifs aux services qu'il faut tenter de trouver une qualification adaptée aux contrats

¹⁸⁶¹ L'on oppose traditionnellement les contrats relatifs aux biens (vente, échange, prêt, *etc.*), aux contrats relatifs aux services comme le contrat d'entreprise ou encore le mandat. Si l'on trouve, en certaines occasions, la qualification de « contrat de service » (V. not. MERCHERS Y., « Les contrats de prestation de services, flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 431), il convient de ne pas se méprendre car une telle qualification n'a fait l'objet d'aucune consécration législative et ne peut donc être considérée comme une catégorie juridique à part entière. En revanche, l'ordonnance de 2016 fait désormais expressément référence aux « contrats de prestation de service » (art. 1165 C. civ.) conduisant ainsi certains auteurs à considérer qu'il s'agit là d'une nouvelle catégorie juridique de contrats réunissant alors le contrat d'entreprise, le contrat de mandat et le contrat de dépôt. En ce sens, V. LARDEUX G., « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659 ; cette conception, qui semble confirmée par l'avant-projet de 2019 de l'association Capitant pour une réforme du droit des contrats spéciaux, suscite toutefois de vives critiques. V. not. HUET J., « Offre de réforme du droit des contrats spéciaux - Réflexions critiques sur le recours à la notion de « prestation de service » au détriment de celle de « travail indépendant » », *RDC* 2020, p. 186.

¹⁸⁶² Il ne s'agit toutefois pas, en l'espèce, des hypothèses de « co-stockage » proposées par des sites comme homebox.fr ou costockage.fr et grâce auxquelles un particulier pourra stocker ses biens chez un autre particulier ayant un espace de stockage disponible qu'il propose au public (cave, grenier, garage, *etc.*). Dans ce cas, le site agit comme un tiers de confiance pour sécuriser les paiements. Le dépôt est rémunéré par un prix en argent, et ce directement dans la relation unissant le déposant au dépositaire.

successifs de partage, afin d'avancer quant au questionnement relatif à l'adaptation du droit positif à cette nouvelle réalité contractuelle. En effet, « s'il est dans les affections naturelles de l'homme et dans l'ordre commun de ses habitudes qu'il pourvoie lui-même à ses propres affaires, les maladies, l'absence, les obstacles de tout genre qui prennent leur source et dans la nature et dans l'état social l'obligent souvent à confier à autrui ce que tant de causes viennent l'empêcher de faire en personne »¹⁸⁶³. Le Code civil prévoit alors deux qualifications contractuelles qu'il convient d'interroger : le contrat d'entreprise (A) et le mandat (B).

A. L'incompatibilité entre le contrat d'entreprise et les spécificités des contrats de partage

397. L'exclusion préalable d'une autre catégorie de louage d'ouvrage : le contrat de travail – À titre liminaire, et puisque le contrat de travail est un type particulier de louage d'ouvrage et d'industrie¹⁸⁶⁴, il importe de se demander si les contrats passés entre les adhérents des communautés peuvent être regroupés au sein de cette catégorie contractuelle¹⁸⁶⁵. Dans le contexte actuel de pénurie d'emplois¹⁸⁶⁶, aggravé par la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19 qui met à mal un grand nombre de secteurs économiques¹⁸⁶⁷, l'on assiste à un véritable regain d'intérêt pour l'ensemble des pratiques permettant de consommer en dehors du système traditionnel. Il n'est alors pas exclu que des individus se tournent vers l'économie de partage en espérant pouvoir « travailler » dans ce cadre et obtenir, ainsi, les moyens de subvenir à leurs besoins essentiels.

La question de la potentielle qualification en contrat de travail des activités exercée dans ce cadre, a notamment été soulevée dans l'affaire du SEL ariégeois, lorsque deux membres du SEL ont aidé un troisième à réparer son toit. Le Tribunal de Grande Instance de Foix, dans un jugement en date du 6 janvier 1998¹⁸⁶⁸, entra en condamnation pour travail clandestin au sens des articles L.324-9 et L.324-10 du Code du travail, et utilisation de travailleurs clandestins, après avoir retenu la qualification de contrat de louage de services. Toutefois, il ne prononça qu'une peine d'amende et un emprisonnement avec sursis, prenant ainsi acte du fait que les

¹⁸⁶³ V. la présentation au corps législatif et l'exposé des motifs fait par M. Berlier lors des travaux préparatoires au Code civil : FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 14., 1827, p. 584.

¹⁸⁶⁴ BOUBLI B., *V° « Contrat d'entreprise »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : sept. 2020), n°3.

¹⁸⁶⁵ La question s'est spécifiquement posée pour les contrats conclus entre les membres des systèmes d'échange locaux. Sur ce point, V. RAYMOND G., « Questions de droit posées par les systèmes économiques locaux (SEL ou LETS) », *Cont. Conc. Cons.* 1996, p. 1.

¹⁸⁶⁶ Au troisième trimestre 2020, 3 673 400 personnes sont sans emploi et 2 110 400 exercent une activité réduite selon les chiffres fournis par Pôle Emploi. V. <https://statistiques.pole-emploi.org/stmt/publication>.

¹⁸⁶⁷ Sur les conséquences économiques de la crise sanitaire, V. <https://www.insee.fr/fr/information/4479280>.

¹⁸⁶⁸ TGI Foix, 6 janvier 1998, Min. publ. c/ Robert Evans et John McCulloch : *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 65, note RAYMOND G..

SEL « sont un moyen de sortir de l'isolement et de la précarité, [de] rétablir les liens sociaux, [de] se valoriser et sortir de l'assistanat »¹⁸⁶⁹. Cependant, la Cour d'appel de Toulouse réforma le jugement de première instance dans un arrêt du 17 septembre 1998¹⁸⁷⁰, en estimant que le faible montant de la rémunération et le caractère occasionnel de l'opération n'imposaient, ni une immatriculation au répertoire des métiers, ni une déclaration aux organismes de sécurité sociale et à l'administration fiscale. De plus, la Cour rejeta la qualification de contrat de travail, faute d'un quelconque lien de subordination, et lui préféra celle de contrat d'entreprise¹⁸⁷¹. Le lien de subordination étant caractérisé, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, par « l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »¹⁸⁷², l'exclusion de la qualification de contrat de travail semble des plus orthodoxes puisqu'un tel lien de subordination est en totale contradiction avec l'esprit même des pratiques de partage.

En outre, l'absence d'une quelconque rémunération en monnaie et l'obligation de demeurer dans le cadre de la communauté pour obtenir des contreparties aux services rendus, mettent à mal la possibilité de qualifier comme telles ces relations. Bien que les communautés proposent une grande variété de services, elles ne permettent pas de subvenir à l'ensemble des besoins quotidiens, que l'on pense à la santé, aux professions réglementées qui ne peuvent être exercées dans ce cadre ou, sans prétendre à l'exhaustivité, à la part d'incertitude importante qui entoure les prestations proposées (si *Primus* a besoin de farine mais que personne n'en propose, il sera dans l'obligation de recourir au système classique de consommation malgré sa volonté de s'en écarter). L'économie de partage n'a ni la vocation ni les moyens de remplacer le système actuel et doit simplement être vue comme un complément, utilisé à plus ou moins grande échelle en fonction des individus, permettant de consommer autrement lorsque les conditions le permettent.

C'est donc vers la qualification de contrat d'entreprise qu'il convient, plus spécifiquement, de se tourner lorsque l'on s'interroge sur la possible adaptation aux contrats d'application, d'une catégorie particulière de louage d'ouvrage.

¹⁸⁶⁹ Extrait du commentaire de Me Sylvie Roquain, avocat de la défense, reproduit dans « SEL, mode d'emploi », p.24.

¹⁸⁷⁰ CA Toulouse, 17 septembre 1998, M. Evans et autres c/ CAPEB et autres : *Cont. Conc. Cons.* 1999, comm. 82, note RAYMOND G..

¹⁸⁷¹ BARDET-BLANVILLAIN A., *L'échange*, Th. Paris II, 2002, n°174.

¹⁸⁷² Soc. 13 novembre 1996, pourvoi n°94-13.187, *Bull. civ.*, V, n°386.

398. Le contrat d'entreprise : une espèce particulière de louage d'ouvrage – Selon l'article 1708 du Code civil, l'on retrouve, à côté du louage des choses, celui des ouvrages. Ce dernier bénéficie d'une définition particulièrement large puisque, en application de l'article 1710, il s'agit du « contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles ». Plus précisément, les rédacteurs du Code Napoléon envisageaient trois types de louages d'ouvrage¹⁸⁷³, l'article 1779 pouvant se comprendre comme faisant référence au « louage des gens du travail », « des voituriers (transporteurs) » et des « entrepreneurs d'ouvrages et techniciens »¹⁸⁷⁴. Toutefois, la trilogie énoncée par le Code a été critiquée pour son caractère inexact et insuffisant¹⁸⁷⁵. Lui fut notamment reprochée, l'impossibilité de considérer le contrat de travail comme un louage d'ouvrage¹⁸⁷⁶. L'on pointa également du doigt le rattachement du contrat de transport à cette espèce de convention, car s'il peut effectivement être subsumé sous la catégorie de contrat d'entreprise, il demeure malgré tout, un « contrat particulier »¹⁸⁷⁷. L'on s'accorde donc, désormais, à considérer que la notion de louage d'ouvrage renvoie, en pratique, au contrat d'entreprise¹⁸⁷⁸. Celui-ci est alors défini par la Cour de cassation comme, « la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage [contre rémunération] », ce contrat étant « relatif à de simples actes matériels [et], ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation »¹⁸⁷⁹.

399. L'exécution d'actes matériels ou intellectuels – Le contrat d'entreprise est donc la convention par laquelle l'une des parties, appelée entrepreneur, s'engage à faire quelque chose pour l'autre, à savoir le maître de l'ouvrage, sans toutefois le représenter et en agissant de manière indépendante, le tout moyennant une rémunération. L'entrepreneur doit accomplir un

¹⁸⁷³ FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1826, p. 232 et s.

¹⁸⁷⁴ CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2^e année : 1972-1973*, *op. cit.*, p. 373.

¹⁸⁷⁵ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 649 et 650, n°695 : « inexacte, car le louage de service (expression qui s'est substituée, avec la loi de simplification du droit, à celle du louage des gens de travail) n'est pas une variété de louage d'ouvrage : on ne peut louer son corps comme on loue une chose », « insuffisante, car elle ne dévoile pas l'extrême richesse du louage d'ouvrage ».

¹⁸⁷⁶ BOUBLI B., *art. préc.*, n°3.

¹⁸⁷⁷ BÉNABENT A., *V° « Contrat d'entreprise », J.-Cl. Contrats – Distribution*, fasc. 425, 1992 (actualisation : avril 2016), n°2.

¹⁸⁷⁸ GIBIRILA D., *V° « Art. 1787 », J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10 : Louage d'ouvrage et d'industrie - Contrat d'entreprise, 2019 (actualisation : août 2020), n°1. Il semble que la terminologie générale de « contrat d'entreprise » doive être attribuée à Planiol. V. PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil, tome II, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, LGDJ, 1923, p. 632 et s., n°1897 et s.

¹⁸⁷⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1968, Bull. civ. I, n° 69, CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, *op. cit.*, p. 698 et s., n°275 ; *RTD civ.* 1968, p. 558, obs. CORNU G. ; *D.* 1968, p. 393 ; *JCP* 1968. II. 15490.

acte positif (réaliser un travail intellectuel, une prestation matérielle ou autres) : il a une obligation de faire¹⁸⁸⁰. Dès lors, le contrat d'entreprise est fondamentalement différent des contrats translatifs que sont la vente ou l'échange puisqu'il ne donne lieu à aucun transfert d'un patrimoine à un autre. L'entrepreneur est simplement obligé de réaliser un travail, qu'il s'agisse de la fabrication, réparation ou transformation d'un bien, d'une prestation intellectuelle ou matérielle¹⁸⁸¹, *etc.* C'est l'accomplissement d'actes matériels ou intellectuels, et non juridiques¹⁸⁸², qui différencie le contrat d'entreprise d'autres contrats de service comme le mandat¹⁸⁸³. En outre, l'entrepreneur accomplit sa mission de manière indépendante, ce qui le distingue du contrat de travail, et sans représenter le maître de l'ouvrage, ce qui le différencie là encore du contrat de mandat¹⁸⁸⁴.

400. Un contrat synallagmatique à titre onéreux – Le contrat d'entreprise est un contrat synallagmatique comportant des obligations à la charge de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage¹⁸⁸⁵. Plus précisément, l'entrepreneur s'engage à exécuter une prestation matérielle ou intellectuelle en contrepartie d'une rémunération versée par le maître de l'ouvrage. Chacune des parties est donc bien tout à la fois créancière et débitrice d'obligations. De plus, et malgré les interrogations de certains auteurs sur ce point¹⁸⁸⁶, il s'agit d'un contrat conclu à titre onéreux puisqu'il comporte, de manière obligatoire, une rémunération¹⁸⁸⁷, celle-ci étant l'objet de l'obligation du maître de l'ouvrage. Dès lors, à défaut de pouvoir caractériser une telle

¹⁸⁸⁰ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op.cit.*, p. 353 et s., n°484 et s. Il n'est pas impossible de découvrir des obligations de ne pas faire. Celles-ci sont toutefois admissibles uniquement à titre accessoire et ne peuvent caractériser l'obligation principale du contrat d'entreprise : GIBIRILA D., *V° « Art. 1787 », art. préc.*, n°6.

¹⁸⁸¹ BOUBLI B., *art. préc.*, n°6 et s ; TRISSON-COLLARD P., « Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat », *LPA* 2001, p. 4 et s., spéc. n°8 et s.

¹⁸⁸² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 450, n°500 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 656 et s., n°700 et s.

¹⁸⁸³ MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Cours Dalloz, 2020, p. 545, n°523.

¹⁸⁸⁴ LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 417, n°740.

¹⁸⁸⁵ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 353, n°482 ; CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2e année : 1972-1973*, Les cours de droit, p. 376 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 685, n°721.

¹⁸⁸⁶ Quelques auteurs se sont tout de même interrogés sur le point de savoir si le contrat d'entreprise ne pourrait pas être conclu à titre gratuit. Une telle réflexion prend notamment appui sur une jurisprudence de la Cour de cassation retenant la responsabilité de l'architecte qui a manqué à ses obligations de direction et de surveillance « par lui contractées, fût-ce à titre gracieux » : Civ. 3^{ème}, 20 juin 1972, Bull. civ. 1972, III, n°405. V. not. HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LÉCUYER H., (dir. GHESTIN J.), *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 1206 et s., n°32113 ; LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 418, n°743.

¹⁸⁸⁷ GIBIRILA D., *V° « Art. 1787 », art. préc.*, n°43 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 481, n°534 ; MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, p. 575, n°551 ; COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 695 et s., n°732.

rémunération au profit de l'entrepreneur, le contrat ne pourra être qualifié de contrat d'entreprise et devra alors rejoindre la catégorie des contrats de service gratuit, d'entraide ou d'assistance bénévole¹⁸⁸⁸. Comme l'exprimait le Doyen Cornu, « la rémunération est de la nature de l'entreprise » et, « en pratique, elle n'a même pas besoin d'être stipulée pour être due »¹⁸⁸⁹.

401. L'inadaptation du contrat d'entreprise au regard des spécificités des contrats de partage – A première vue, il pourrait être tentant de saisir les contrats de partage portant sur l'exécution d'un service, dans la catégorie juridique de contrat d'entreprise. En effet, lorsque *Secundus* répare le toit de *Primus*, il réalise un travail matériel au bénéfice de son cocontractant. En la matière, la Cour de cassation estime être en présence d'un contrat d'entreprise lorsque le contrat porte sur la réalisation d'un « travail spécifique » destiné à répondre aux « besoins particuliers » du donneur d'ordre¹⁸⁹⁰. *A priori*, la situation entre *Primus* et *Secundus* pourrait ainsi être prise en compte par les articles 1779 et suivants du Code civil. Toutefois, une telle conclusion doit être rejetée et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, si l'on est effectivement en mesure de démontrer la réalisation d'un travail matériel, voire intellectuel (il se peut que *Secundus* propose, non pas la réparation d'un toit, mais une heure de soutien scolaire), la personne bénéficiant de la prestation ne fournit aucune contreprestation. Il est donc impossible de démontrer l'existence d'une rémunération versée par le donneur d'ordre, à celle des parties qui s'est exécutée. Or, le paiement d'un prix est une obligation incombant au maître de l'ouvrage¹⁸⁹¹ et il n'existe pas, à notre connaissance, d'exemples dans lesquels la rémunération viendrait d'un tiers au contrat d'entreprise. Notons toutefois que dans l'affaire du SEL ariégeois, la Cour de cassation a retenu la qualification de contrat d'entreprise en considérant que la valeur de la prestation effectuée était « fixée à 4 000 grains »¹⁸⁹². Ainsi, l'accomplissement d'une prestation donnant lieu au versement d'un certain montant de grains aurait, pour les magistrats, le caractère d'un contrat conclu à titre onéreux. Il nous faut toutefois exprimer notre désaccord avec la solution à laquelle la Cour d'appel aboutit. En effet, nous l'avons dit, les grains ne peuvent être considérés, en tant que tels, comme une rémunération :

¹⁸⁸⁸ BOUBLI B., *art. préc.*, n°46 ; GIBIRILA D., *V° « Art. 1787 », art. préc.*, n°43.

¹⁸⁸⁹ CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2^e année : 1972-1973, op. cit.*, p. 386.

¹⁸⁹⁰ Com. 4 juill. 1989, n°88-14.371, *Bull. civ. IV*, n°210, p. 141, *RTD civ.* 1990, p. 105, obs. Ph. RÉMY ; *D.* 1990, p. 246, note VIRASSAMY G.

¹⁸⁹¹ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 368, n°509.

¹⁸⁹² Toulouse, 17 septembre 1998, *préc.*

ils ne constituent pas une monnaie nouvelle et ne permettent que de quantifier la valeur de la contrepartie à laquelle aura le droit celui qui s'est exécuté au profit d'un autre membre de la communauté¹⁸⁹³. Il est donc impossible de vérifier, comme l'a fait la Cour d'appel, l'existence d'une rémunération versée « en contrepartie du travail effectué ». De fait, la qualification de contrat d'entreprise retenue dans l'espèce commentée, nous paraît fort regrettable¹⁸⁹⁴.

Ensuite, et bien que les contrats de partage portant sur une prestation de service ne puissent véritablement être considérés comme conclus à titre gratuit, ils doivent, en revanche, être qualifiés d'unilatéraux. En effet, dans l'exemple précité, *Secundus* ne recevra aucune contrepartie de *Primus* mais demandera, à *Tertius*, l'exécution d'une nouvelle prestation. Dans ces conditions, il paraît inopportun de conférer aux contrats de partage portant sur des services, la qualification de contrat d'entreprise, celle-ci étant réservée aux contrats synallagmatiques. Là encore, la qualification des contrats de partage successifs bute sur les spécificités des pratiques étudiées.

B. L'impraticable recours au mandat en l'absence d'actes juridiques accomplis au nom et pour le compte d'un tiers

402. Un contrat de représentation – L'article 1984 alinéa 1^{er} du Code civil définit le mandat comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Cette définition, critiquée pour son caractère « ambigu » et « incomplet »¹⁸⁹⁵, permet tout de même de donner le ton quant à l'essence du mandat : il s'agit, sans nul doute, de « l'archétype du contrat de représentation »¹⁸⁹⁶. Rappelons qu'en application de l'article 1199, le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peut donc créer d'obligations à l'égard des tiers. Or, *a priori*, lorsque le mandataire conclut avec une personne déterminée, le contrat devrait produire ses effets entre ces deux parties : le mandataire et le tiers

¹⁸⁹³ Sur la qualification juridique du versement de grains, V. *supra*, n°73 et s.

¹⁸⁹⁴ Dans le même sens, V. RAYMOND G., note sous CA Toulouse, 17 sept. 1998, *Cont. Conc. Cons.* 1999, comm. 82. L'auteur s'interroge sur « le caractère lucratif et sur l'existence d'une rémunération dans ce type d'économie, qui sont retenus par la Cour d'appel ». « En effet, admettre que les grains de sel puissent servir de rémunération, c'est admettre la création d'une nouvelle monnaie de référence, ce qui est contraire à l'ordre public monétaire ». Pour lui, il aurait été plus juste, du point de vue de la technique juridique, de considérer que les grains ne constituaient pas une véritable rémunération, la contrepartie du service rendu se situant, plutôt « dans des relations sociales qui échappent aux catégories juridiques habituelles du bénévolat ou du but lucratif ».

¹⁸⁹⁵ LE TOURNEAU Ph., *V°* « Mandat », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : déc. 2019), n°2.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, n°2 ; Dans le même sens, V. LEDUC F., « Deux contrats en quête d'identité, les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ – Lextenso édition, 2008, p. 595 et s., spéc. n°4 p. 603.

au contrat de mandat. En réalité, grâce au jeu de la représentation, c'est bien le mandant qui sera engagé à l'acte : « corporellement accompli par le mandataire », l'acte « produi[ra] pourtant] ses effets exclusivement et directement dans le patrimoine du mandant »¹⁸⁹⁷. Cela s'explique aisément si l'on se souvient de ce qu'est la représentation. Bien qu'il n'existe aucune définition légale de la notion¹⁸⁹⁸, il est possible de se tourner vers la doctrine afin d'en cerner les contours. Le *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant* définit la représentation comme l'« action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre – incapable ou empêchée (le représenté) – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté »¹⁸⁹⁹. Dans le même sens, le Professeur Rouast expliquait qu'il s'agissait de « l'opération juridique consistant à remplacer une personne par une autre dans un acte intéressant la première, de telle manière que les effets de l'acte s'appliquent à celle-ci, comme si elle y avait été effectivement partie »¹⁹⁰⁰. Il s'agit ici de la conception stricte de la représentation, au côté de laquelle l'on retrouve une conception plus souple, ayant vraisemblablement reçu la préférence du législateur de 2016¹⁹⁰¹, et impliquant seulement une action pour le compte d'autrui, sans que le représentant doive nécessairement agir au nom du représenté¹⁹⁰². Quoi qu'il en soit, puisque le mandataire agit *au nom et pour le compte* du mandant, la représentation est un élément essentiel du contrat étudié¹⁹⁰³ : « la personne du

¹⁸⁹⁷ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 305, n°371.

¹⁸⁹⁸ MATHEY N., *V°* « Représentation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : mai 2018), n°1.

¹⁸⁹⁹ CORNU G. (dir.), *V°* « Représentation », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 896.

¹⁹⁰⁰ ROUAST A., *Cours de droit civil approfondi : La représentation dans les actes juridiques*, Les cours de droit, 1947, p. 45.

¹⁹⁰¹ L'article 1154 nouveau du Code civil admet que le représentant puisse agir « au nom et pour le compte du représenté », ce qui correspond à la conception stricte de la représentation (dite aussi « parfaite »), ou « pour le compte d'autrui mais [...] en son propre nom ». Ce faisant, l'ordonnance portant réforme du droit des obligations consacre la représentation imparfaite et retient donc une conception plus large de la représentation. V. MATHEY N., *V°* « Représentation », *art. préc.*, n°3 ; MEKKI M. et JACOB F., *V°* « Art. 1984 à 1990 », *J.-Cl. Civil Code*, fasc. 10 : Mandat – Définition et caractère distinctif, 2016, n°9. De manière générale sur la clarification du régime de la représentation et les nouveautés apportées par l'ordonnance de 2016, V. DIDIER Ph., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G* 2016, p. 580.

¹⁹⁰² Sur ces deux conceptions de la représentation, V. IZORCHE M. L., « À propos du « mandat sans représentation » », *D.* 1999, p. 369 et s., spéc. n°9 et s. ; MATHEY N., *V°* « Représentation », *art. préc.* ; MEKKI M. et JACOB F., *art. préc.*, n°9.

¹⁹⁰³ IZORCHE M. L., *art. préc.*, p. 369 et s., spéc. n°13 et s. ; LE TOURNEAU Ph., *V°* « Mandat », *art. préc.*, n°64 et s. Le Professeur Le Tourneau considère explicitement qu'il s'agit là, plus que d'un élément essentiel, de « l'essence » véritable du contrat de mandat ; notons toutefois qu'il n'est pas rare, de manière assez surprenante, de voir les auteurs préciser que la représentation est un élément certes essentiel, mais qui ne relève pas de « l'essence » du contrat. V. not. BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op.cit.*, p. 445 et 446, n°647. Pour l'auteur, il n'est pas exact de dire que la représentation est de « l'essence du mandat » car il existe des mandats sans représentation ; Dans le même sens, CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2^e année : 1972-1973*, Les cours de droit, p. 329 et s. : « si ce pouvoir de représentation est de la nature du mandat, il n'est pas de son essence » car il existe des formes de mandats « imparfaits » qui ne comportent aucun pouvoir de

mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice »¹⁹⁰⁴. Seul le mandant a donc vocation à être engagé par l'acte passé avec le tiers, le mandataire agissant « pour le mandant », c'est-à-dire à sa place et dans l'intérêt de celui-ci¹⁹⁰⁵. La jurisprudence semble confirmer ce trait caractéristique en affirmant explicitement que « le caractère essentiel du contrat de mandat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant »¹⁹⁰⁶, la solution étant régulièrement confirmée par la Cour de cassation¹⁹⁰⁷.

403. Un contrat portant sur des actes juridiques¹⁹⁰⁸ accomplis en l'absence de subordination – Le mandat est un contrat de service en ce qu'il impose au mandataire une obligation de faire¹⁹⁰⁹ et, plus précisément, l'accomplissement d'actes juridiques pour le mandant¹⁹¹⁰ comme la conclusion d'un contrat ou la réception d'un paiement¹⁹¹¹. À l'inverse, si la personne chargée des affaires d'autrui accomplit des actes matériels¹⁹¹², il sera nécessaire d'exclure le contrat de la catégorie juridique du mandat et de conclure à la qualification de

représentation ; Les Professeurs Malaurie et Aynès parlent, quant à eux, de « quasi-mandats » lorsqu'il n'existe pas de pouvoir de représentation. V. MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 305 et s., n°370 et s.

¹⁹⁰⁴ V. le rapport du tribun Tarrible : FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1826, p. 596. Le mandat a été conçu, par les rédacteurs du Code civil, comme un véritable contrat de représentation comme en témoigne le rapport en question. Il fut en effet expliqué, par le tribun Tarrible, que "relativement au tiers, le mandataire ne traite pas de ses propres intérêts ; il ne contracte aucune obligation personnelle ; il fait l'affaire de son commettant d'après les intentions tracées dans le mandat ; il n'est que le simple organe de ce même commettant, qui demeure seul obligé envers le tiers par la transaction passée en son nom lorsqu'elle est conforme au vœu qu'il a exprimé " (p. 595).

¹⁹⁰⁵ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, p. 570, n°633.

¹⁹⁰⁶ Civ. 14 avr. 1886, DP 1886. 1. 220.

¹⁹⁰⁷ Com. 8 juill. 2008, n°07-12.759, *Bull. civ.* IV, n°148 : la Cour de cassation rejette la qualification de mandat d'intérêt commun après avoir expliqué que « M. X... n'accomplissait aucun acte juridique au nom et pour le compte de la banque et n'avait aucun pouvoir pour la représenter », *RTD com.*, p. 828, obs. LEGEAS D. ; dans le même sens, V. Com. 9 déc. 2014, n°13-22.476, *Cont. Conc. Cons.* 2015, comm. 31, note MATHEY N.

¹⁹⁰⁸ AUBRY et RAU par BARTIN E., *Cours de droit civil français*, t. VI, 5^{ème} éd., Paris, 1920, p. 153 et s., § 410. Sur l'évolution de la définition du mandat, V. HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LÉCUYER H., (dir. GHESTIN J.), *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., p. 998 et s., n°31110 et s.

¹⁹⁰⁹ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., p. 444, n°644 ; TRISSON-COLLARD P., « Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat », *LPA* 2001, p. 4 et s., spéc. n°2.

¹⁹¹⁰ Civ. 1^{ère}, 27 mai 1959, D. 1959. 524, SAVATIER R. ; Com. 3 mars 2015, n°13-15.569, *Cont. Conc. Cons.* 2015, comme. 135, note LEVENEUR L.

¹⁹¹¹ « Accomplir un acte juridique pour autrui, c'est l'engager en contractant en son nom ou tout au moins pour son compte » : TRISSON-COLLARD P., *art. préc.*, p. 4 et s., spéc. n°9.

¹⁹¹² « Accomplir un acte matériel pour autrui, c'est simplement exécuter une prestation matérielle ou intellectuelle pour cette personne, sans contracter ni en son nom, ni pour son compte » : *Ibid.*, spéc. n°9.

contrat d'entreprise¹⁹¹³, voire de contrat de travail¹⁹¹⁴. Ceci étant, le mandataire ne se retrouve pas confronté à une interdiction absolue vis-à-vis de la conclusion d'actes matériels, à condition que ces derniers demeurent accessoires aux actes juridiques¹⁹¹⁵. La Cour de cassation a notamment admis la qualification de mandat s'agissant du lien existant entre un père ayant confié ses enfants à sa sœur et son époux pendant plusieurs années. La solution s'explique, selon les magistrats, par le fait que le couple « était chargé de divers actes juridiques en vue de l'entretien et de l'éducation » des enfants, les actes matériels accomplis pour ce faire étant alors considérés comme de simples accessoires¹⁹¹⁶.

De plus, à la différence d'autres contrats, comme le contrat de travail, le mandataire agit de manière autonome : cette indépendance est, dès lors, un trait caractéristique du contrat en cause permettant de le distinguer d'autres opérations¹⁹¹⁷. Le mandataire accomplit donc sa mission sans être placé sous la subordination du mandant et, s'il reçoit effectivement des instructions, « c'est quant à l'acte à accomplir, mais il demeure libre du choix des moyens pour y parvenir »¹⁹¹⁸. En pratique, cette autonomie demeure toutefois assez réduite dans un certain nombre d'hypothèses, notamment lorsque le mandataire se voit confier une procuration précise. L'essentiel, en réalité, est de pouvoir démontrer l'absence de subordination au sens du droit du travail afin de distinguer le mandat du contrat de travail¹⁹¹⁹.

¹⁹¹³ LEDUC F., *art. préc.*, p. 595 ; TRISSON-COLLARD P., *art. préc.*, p. 4 et s., spéc. n°8 et s. Selon l'auteur, « le véritable critère de distinction des contrats de mandat et d'entreprise tient à cette distinction des actes juridiques et matériels » (n°12) ; V. toutefois l'analyse des Professeurs Mekki et Rémy soulignant les difficultés liées à la distinction des contrats de mandat et d'entreprise fondée sur la notion d'acte juridique : MEKKI M. et RÉMY B., « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », *Le mandat en question*, (dir. B. Rémy), Bruylant, 2013, p. 13. Deux solutions sont proposées par les auteurs : la substitution du critère de l'acte juridique au profit d'un autre (l'intermédiaire [serait alors mandataire celui que le mandant a placé au rang d'intermédiaire] et la volonté des parties), voire la disparition pure et simple de la distinction entre mandat et contrat d'entreprise ; rapp. LABARTHE F., « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », *in Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, 2011, p. 39 et s., spéc. p. 42 et s., n°11 et s. : l'auteur fait de la représentation le critère de distinction entre mandat et contrat d'entreprise.

¹⁹¹⁴ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 313, n°380.

¹⁹¹⁵ LE TOURNEAU Ph., *V° « Mandat », art. préc.*, n°73 et s., spéc. n°75 ; TRISSON-COLLARD P., *art. préc.*, p. 4 et s., spéc. n°25 et s. L'auteur note toutefois que le critère de l'accessoire est insuffisant, notamment dans l'hypothèse où les actes juridiques seraient supposés accessoires aux actes matériels. Dans un tel cas de figure, il serait impossible de « relégu[er le mandat] au rang d'accessoire d'un autre contrat » (n°30).

¹⁹¹⁶ Civ. 1ère, 9 mars 1970, Bull. civ. I, n°83. Sur cet arrêt, V. LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 507 et 508, n°897. Pour une appréciation critique de la solution retenue, V. TRISSON-COLLARD P., *art. préc.*, p. 4 et s., spéc. n°27.

¹⁹¹⁷ MEKKI M. et JACOB F., *art. préc.*, n°84 ; CORNU G., *Cours de droit civil : licence 2^e année : 1972-1973, op. cit.*, p. 324 et 325.

¹⁹¹⁸ BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. précis Domat - droit privé, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, p. 446, n°648.

¹⁹¹⁹ V. not. Civ. 2^{ème}, 31 janv. 1963, Bull. civ. II, n°110 à 113 (les courtiers qui ne reçoivent aucun ordre, ne sont pas soumis à l'obligation d'établir un compte-rendu d'activité et peuvent, à leur convenance, prospecter la clientèle, n'ont pas la qualité de salariés et sont de simples mandants) ; pour un exemple concernant l'agent d'assurance, V. Soc. 29 nov. 1989, n°87-40.142 : « ayant relevé que le contrat n'imposait à l'intéressé ni horaire,

404. Un contrat unilatéral à titre gratuit ou synallagmatique à titre onéreux – Le droit romain considérait le contrat de mandat comme un service d’ami et n’admettait ainsi, en principe, aucun salaire au bénéfice du mandataire¹⁹²⁰. Suivant en cela les enseignements des jurisconsultes, les rédacteurs du Code ont insisté, lors des travaux préparatoires, sur la gratuité de principe du mandat, « office de l’amitié »¹⁹²¹. Toutefois, reconnaissant que la stipulation d’un salaire ne pouvait être considérée comme contraire aux bonnes mœurs, une telle possibilité fut reconnue aux parties. Le Code Napoléon rappela ainsi, à l’article 1986, le caractère essentiellement gratuit du contrat, tout en prévoyant la possibilité de déroger à ce point par convention contraire. Par la suite, le mandat connut une véritable professionnalisation, et bien que certains auteurs continuent de rejeter la possibilité pour un tel contrat d’être conclu à titre onéreux¹⁹²², celui-ci est désormais présumé salarié lorsqu’il est exercé par un professionnel¹⁹²³. Si la gratuité demeure le principe, comme l’a récemment rappelé la Cour de cassation¹⁹²⁴, l’on ne saurait occulter la véritable professionnalisation qu’a connue ce contrat¹⁹²⁵ qui, désormais, est fréquemment conclu à titre onéreux. Considéré comme synallagmatique lorsqu’il est salarié, le mandat est en revanche qualifié d’unilatéral lorsqu’aucune rémunération n’est prévue par les parties¹⁹²⁶.

405. L’impossible qualification de mandat en matière de contrat de partage – Une fois de plus, il semble impossible de faire coïncider la qualification de mandat avec les contrats passés

ni lieu de travail, la Cour d’appel a constaté que les directives adressées par la société à M. A. intéressaient essentiellement la production, c’est-à-dire le seul secteur d’activité duquel les parties retiraient l’une et l’autre leur profit ; que les objectifs étaient établis en commun et parfois par l’agent lui-même ; que celui-ci choisissait à son gré ses propres méthodes de travail et avait la charge d’auto-financer son agence ; qu’elle a pu en déduire que les parties n’étaient pas liées par un contrat de travail ».

¹⁹²⁰ MAY G., *Éléments de droit romain à l’usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 3^{ème} éd., 1894, p. 287 et 288, n°155 ; LÉVY J. P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 733 et 734, n°473 ; LEDUC F., *art. préc.*, p. 595 et s., spéc. n°2, p. 597 et s.

¹⁹²¹ FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1826, p. 573 et s., spéc. p. 584.

¹⁹²² LEDUC F., *art. préc.*, p. 595 et s., spéc. p. 604 et s. : le mandat appartient, dans le droit romain comme dans le Code civil, à l’ordre du don lorsque le contrat d’entreprise relève de l’ordre marchand. Les dispositions de l’article 1986 ne doivent ainsi pas être comprises comme permettant le versement d’une véritable rémunération. En effet, lorsqu’une rétribution sera stipulée, il s’agira moins de gratifier le mandataire que de lui attribuer une indemnité (n°4, p. 604). L’auteur reconnaît toutefois que cette position de principe découlant directement de l’esprit du Code, a subi de véritables bouleversements, si bien qu’aujourd’hui, le mandat peut effectivement être conclu à titre onéreux (p. 614 et s., n°12 et s.).

¹⁹²³ Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, n°96-10.718, *Bull. civ. I*, n°211, p. 145, *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 127, note LEVENEUR L.

¹⁹²⁴ Civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n°11-10.943, *Bull. civ. I*, n°100, *Cont. Conc. Cons.* 2012, comm. 120, note LEVENEUR L.

¹⁹²⁵ COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE P., *op. cit.*, p. 583, n°645 ; MEKKI M. et JACOB F., *art. préc.*, n°7.

¹⁹²⁶ MEKKI M. et JACOB F., *art. préc.*, n°66.

successivement entre les membres des communautés de partage. Cela s'explique par l'impuissance de l'observateur à mettre en évidence l'accomplissement d'actes juridiques par un membre au profit d'un autre. Lorsque les contractants du partage effectuent, les uns pour les autres, des actes quelconques, il ne peut s'agir que d'actes matériels : passer la tondeuse sur le gazon d'un voisin, effectuer des travaux de plomberie ou autres réparations, couper les cheveux d'un autre membre par exemple, ne peuvent aucunement être qualifiés d'actes juridiques. Il s'agit ainsi, pour les différents contractants, d'exécuter un acte matériel ou une prestation intellectuelle au profit d'autrui et non d'engager celui-ci en contractant en son nom. Ajoutons à ce premier élément, l'incompatibilité entre la qualification unilatérale et onéreuse des contrats de partage, et les caractéristiques juridiques du mandat. Il sera en effet impossible de déceler, dans les opérations qui sont l'objet de la présente étude, l'existence de véritables contrats unilatéraux à titre gratuit, comme le seraient les contrats de mandat sans rémunération ; ou synallagmatiques à titre onéreux comme doivent être qualifiés les mandats prévoyant une rémunération au profit du mandataire. À mi-chemin entre ces différentes qualifications, les contrats de partage paraissent étrangers au domaine du mandat. Dès lors, si ce contrat est « un jeune vieillard qui a l'avenir devant lui et dont on n'a pas fini de mesurer la vitalité »¹⁹²⁷, il n'a toutefois pas encore envahi les opérations réalisées dans le cadre de l'économie de partage.

406. Conclusion – L'incompatibilité entre les opérations de partage et les contrats nommés – Les présents développements mettent ainsi en lumière l'impossibilité de faire coïncider les contrats de partage conclus de manière circulaire entre les différents membres des communautés, avec les qualifications juridiques connues en droit positif. Le droit des contrats ne connaît pas de forme contractuelle où seule l'une des parties s'engagerait au bénéfice de l'autre dans un rapport unilatéral donnant pourtant directement naissance au droit de recevoir une contrepartie versée par une personne tierce au rapport initial. De fait, dans la mesure où les contrats successifs de partage ne peuvent rejoindre aucune catégorie juridique du Code civil, ils demeurent uniquement régis par la théorie générale des obligations. Toutefois, celle-ci paraît bien insuffisante pour saisir les particularités des contrats étudiés : enfermé dans un schéma binaire dont on ne saurait se défaire, le régime général prévu aux articles 1100 et suivants du Code civil ne répond que très imparfaitement aux questions soulevées par les spécificités des opérations analysées¹⁹²⁸. Or, cette impossibilité de classer les contrats de partage, et ce alors

¹⁹²⁷ PÉTEL Ph., *Le contrat de mandat*, coll. Connaissances du droit, Dalloz, 1994, p. 123.

¹⁹²⁸ Sur cette question, V. de manière générale les développements de la première partie : *supra*, n°34 et s.

même qu'ils sont désormais étudiés au sein de leur contexte global, semble pouvoir trouver une explication si l'on admet qu'ils n'ont de sens, qu'une fois insérés dans la relation contractuelle générale à laquelle ils participent. C'est donc pour tenter d'éclairer cet aspect essentiel des contrats de partage qu'il convient d'élargir le prisme : constatant la primauté accordée à la *relation*, il devient nécessaire de passer du contrat à la relation contractuelle.

Section 2 : la promotion de la « relation contractuelle »

407. Une tentative d'appréhension des contrats de partage eu égard à l'attention particulière portée à la relation – Pour tenter de saisir le fonctionnement des communautés de partage, il est nécessaire d'étudier les différents contrats successifs, c'est-à-dire les contrats d'application prenant la suite du contrat-cadre originel qui se nouent entre les membres, en les replaçant dans le contexte global au sein duquel ils évoluent. Mais les particularités inhérentes au partage s'opposent à un quelconque rattachement à une catégorie de contrats connue du droit positif, laissant ces contrats dans le domaine de l'innomé. Toutefois, il existe un trait saillant commun à l'ensemble de ces pratiques : l'importance accordée à la relation contractuelle (§ 1). L'observateur est alors invité à s'arrêter quelques instants sur cette caractéristique, afin de saisir avec plus de justesse la manière dont fonctionnent, dans leurs rapports internes, les communautés de partage. Et si l'on ne peut en déduire l'existence d'une nouvelle catégorie de contrats nommés, l'étude focalisée sur la relation contractuelle impose, en revanche, de conclure à la nécessité de focaliser l'attention, non plus sur les contrats d'application en tant que tels, mais sur la relation contractuelle (§ 2).

§ 1 : La relation contractuelle au cœur des préoccupations doctrinales

408. L'intérêt croissant de la doctrine pour la relation contractuelle – L'économie de partage illustre une réalité dont elle n'a pourtant pas le monopole et dont l'empreinte se retrouve également en d'autres domaines : l'importance grandissante accordée à la relation contractuelle paraît désormais justifier un élargissement du prisme. C'est ainsi que, eu égard à la multiplication d'une forme particulière de contrats mettant l'accent sur la durée et sur la nécessité de garantir une certaine pérennité, une partie de la doctrine s'est efforcée de trouver la meilleure manière d'appréhender ces relations. Pour ce faire, la théorie des contrats relationnels a été forgée aux États-Unis, afin de donner une traduction juridique aux contrats au sein desquels la relation entre les parties a un caractère primordial (A). Or, devant les potentialités qu'une telle théorie peut offrir pour saisir, notamment, les contrats de partage, il

est nécessaire, après l'avoir exposée, de s'interroger sur la manière dont elle a pu être réceptionnée (B).

A. L'exposé de la théorie des contrats dits relationnels

409. La mise en lumière des contrats relationnels par Ian R. MacNeil – Au début des années 1970, Ian R. MacNeil, Professeur à la *Northwest University School of Law*, distingua les « contrats relationnels » (*relational contracts*) des « contrats discrets » (*discrete contracts*), afin de rendre compte du décalage grandissant entre la pratique contractuelle et la théorie générale des contrats¹⁹²⁹. Constatant, suivant une approche sociologique, que « l'être humain est essentiellement contradictoire en ce qu'il est à la fois individualiste et communaliste »¹⁹³⁰, l'auteur proposa un système permettant de rendre compte de l'inclinaison prédominante de chaque contrat. Il s'agissait toutefois moins de créer une nouvelle catégorie, que de saisir une espèce de contrats existant depuis les sociétés primitives¹⁹³¹. Se plaçant ainsi à rebours de la théorie classique qui ne prend en compte que la relation présente entre les contractants, sans tenir compte des rapports qui auraient pu exister par le passé et qui pourront avoir lieu dans le futur, Ian R. MacNeil s'appuya sur les résultats d'études empiriques soulignant l'importance, pour les parties, des relations qui les lient¹⁹³². Il convient donc désormais, de focaliser également l'attention sur la relation contractuelle qui s'établit entre les parties, afin de ne plus voir uniquement le contrat comme une permutation instantanée de biens ou de services.

410. L'opposition des contrats relationnels aux contrats discrets (ou transactionnels) – Ainsi, après avoir démontré que le temps contractuel, le « futur du contrat », perçu classiquement comme étant linéaire, « peut aspirer à acquérir une qualité évolutive et solidaire »¹⁹³³, Ian R. MacNeil proposa de distinguer les *relational contracts*, des *discrete*

¹⁹²⁹ LAITHIER Y.-M., « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003 ; Ian R. MacNeil se serait alors inspiré des travaux du Professeur Stewart Macaulay publié en 1963 : HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, coll. Paradigme, Bruylant, 5^{ème} éd., 2020, p. 92, n°77.

¹⁹³⁰ BORESTEL-LILL J., *Essai sur une théorie relationnelle du contrat*, Th. Paris I, 2008, p. 173, n°261.

¹⁹³¹ MACNEIL I. R., *The new social contract, An inquiry into modern contractual relations*, Yale University Press, p. 10: « The first kind of relational contract includes all the intertwined exchange behavior of a primitive community » ; Rappr. MACNEIL I. R., « Relational contract : what we do and do not know », *Wisconsin Law Review* 1985, p. 483 et s., spéc. p. 492 : « in contrast, since 1933 the increasing intervention of the sovereign into almost all aspects of the socio-economy has affected two changes in the forgoing picture. First, the expansion of the sovereign's role has largely eliminated predominantly discrete exchanges. It would be more accurate to say that, since all exchanges, even most discrete, are embedded in relations, the intervention reduced the discreteness of all exchanges by introducing the relationnal element of regulation ».

¹⁹³² BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005, p. 25 et 26, n°14.

¹⁹³³ MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *La relativité du contrat*, coll. Travaux

contracts. Les seconds sont des contrats au sein desquels les parties n'ont que très peu de relations¹⁹³⁴, le but unique étant de réaliser un « échange ponctuel et isolé » : « c'est le *contrat de l'instant* »¹⁹³⁵. Les parties ne se rencontrent que pour échanger leur consentement et ne nouent aucune véritable relation ayant vocation à durer dans le temps. Et puisque seul compte l'échange économique permis par l'accord des parties, il est nécessaire d'aboutir à un contrat aussi complet que possible. À l'inverse, les contrats relationnels ne s'exécutent pas en un trait de temps. Ces derniers s'inscrivent dans la durée, la relation entre les parties ayant vocation à être entretenue pendant une période de temps conséquente¹⁹³⁶. Or, « le passage d'une longue durée lie des contractants d'une façon autre qu'une rencontre furtive autour d'un échange de biens ou de prestations, et peut donner naissance à une véritable relation »¹⁹³⁷. C'est ainsi que, dans les contrats relationnels, s'ajoute à la dimension temporelle une « dimension qualitative relationnelle tout aussi primordiale »¹⁹³⁸. Les contractants sont alors amenés « à se connaître, à s'impliquer, à collaborer »¹⁹³⁹. Un tel changement de paradigme entraîne deux conséquences majeures quant au régime des contrats relationnels.

411. Le déclin de la « présentation »¹⁹⁴⁰ – La théorie classique voit, dans le contrat, un instrument de prévision, un outil d'anticipation. En un mot, « le contrat c'est l'avenir anticipé, c'est du futur irrévocablement engagé »¹⁹⁴¹. C'est ainsi que, traditionnellement, le temps contractuel est « à la fois instantanéiste et immuable »¹⁹⁴². Cela signifie que le contrat a vocation à se former quasi instantanément, mais surtout que les stipulations y sont arrêtées de manière définitive et auront vocation à s'imposer aux contractants pendant toute la durée d'exécution de la convention. Une telle conception du contrat allait classiquement de pair avec la place centrale accordée à l'autonomie de la volonté : « enchaînant le temps, la volonté des parties devait aussi faire loi à leur égard »¹⁹⁴³. Dans une telle acception, le contrat se situe

de l'association Henri Capitant. Journées nationales, Tome 4, LGDJ, 2000, p. 169.

¹⁹³⁴ BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 29, n°17.

¹⁹³⁵ LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

¹⁹³⁶ MACNEIL I. R., *The new social contract, An inquiry into modern contractual relations*, Yale University Press p. 20 et s.

¹⁹³⁷ ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 et s., spéc. n°28.

¹⁹³⁸ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, coll. Recherches juridiques, Economica, 2012, p. 7, n°4.

¹⁹³⁹ LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

¹⁹⁴⁰ ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°30 et s. ; MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 175 et s.

¹⁹⁴¹ OST F., « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *La relativité du contrat*, coll. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationale, Tome 4, LGDJ, 2000, p. 137.

¹⁹⁴² *Ibid.*

¹⁹⁴³ *Ibid.*, p. 137 et s., spéc. p. 152.

nécessairement hors du temps¹⁹⁴⁴. Toutefois, cette conception traditionnelle a subi d'importantes transformations. La conclusion du contrat est bien souvent progressive, la phase des négociations jouant un rôle prépondérant dans l'établissement des relations contractuelles. Mais c'est principalement l'immutabilité des stipulations contractuelles qui s'efface progressivement. Comme l'exprimait ainsi justement le Professeur Ost, « l'évolution contemporaine a fait retrouver au contrat le fil du temps en lui restituant la durée de la vie concrète, et ce tant en amont qu'en aval de sa conclusion. *L'immutabilité de la lettre fait ainsi place à la progressivité de l'esprit : le contrat est un lien vivant qui s'écrit tout au long de ses différentes étapes d'élaboration* »¹⁹⁴⁵. On le voit, le temps contractuel n'est pas toujours « linéaire et répétitif »¹⁹⁴⁶ et il convient de distinguer les contrats pour lesquels l'*instrumentum* est capable de planifier avec précisions les différents éléments de la relation, des conventions qui ne peuvent, par définition, anticiper la totalité des obligations ou les conditions d'exécution. Or, dans les contrats relationnels, la « présentation », c'est-à-dire l'opération consistant à « rendre le futur présent »¹⁹⁴⁷, doit laisser la place à une certaine dose d'incomplétude et de flexibilité¹⁹⁴⁸. La relation entre les parties ayant vocation à se prolonger, il n'est pas nécessaire que l'ensemble des stipulations soit déterminé avec précision au jour de la conclusion du contrat. Certes, rien n'interdit aux parties de prévoir, le plus exhaustivement possible, les différents éléments de la relation à venir. Cependant, les caractéristiques intrinsèques à ce type de conventions, à savoir l'inscription de la relation dans un temps relativement long et la prépondérance de cette dernière sur l'opération économique réalisée, rendent quasiment impossible l'opération de prévision. La présentation apparaît alors comme un « objectif inapproprié chaque fois que le besoin de prévisibilité est moins fort que celui d'ajuster le contrat aux circonstances extérieures, que la solidarité entre contractants est plus importante que le maintien des droits initialement acquis, que le souci de maintenir la relation l'emporte sur la nécessité d'y mettre fin. Bref, chaque fois que la temporalité linéaire, corollaire du contrat

¹⁹⁴⁴ « Le contrat, dans la conception classique, faisait se succéder instantanéité de sa conclusion et immutabilité de son exécution ; l'intangibilité de la lettre accompagnait la spontanéité quasi magique de son écriture. En fait, un tel contrat se situait "hors temps" » : *Ibid.*, spéc. p. 152.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, spéc. p. 152.

¹⁹⁴⁶ JAMIN Ch., « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, p. 2342 ; JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et patr.* 1998, p. 46 et s., spéc. p. 52.

¹⁹⁴⁷ ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°30 ; MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 173 : « les règles traditionnelles auraient pour finalité la "présentation" : elles tendent à rendre présents (actuels) tous les éléments de l'avenir contractuel afin qu'ils soient maîtrisés dès la conclusion du contrat ».

¹⁹⁴⁸ BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 et s., spéc. p. 346.

"discret", menace d'asphyxier la relation sous-jacente¹⁹⁴⁹. Partant, et contrairement aux contrats discrets¹⁹⁵⁰, le contenu des contrats relationnels n'est pas définitivement fixé au jour de leur conclusion et évoluera au gré des circonstances, tantôt en accueillant de nouvelles stipulations, tantôt en nécessitant davantage de précisions¹⁹⁵¹. Les habitudes des parties développées au cours de la relation peuvent ainsi prendre le pas sur les stipulations propres du contrat¹⁹⁵² : ce qui prime, c'est la flexibilité et l'adaptabilité de la convention pour assurer la pérennité de la relation¹⁹⁵³. C'est pourquoi, dans la théorie des contrats relationnels de Ian R. MacNeil, « l'accord initial de volontés n'est qu'un relais avec l'avenir contractuel. L'incomplétude n'est pas un vice car la convention revêt nécessairement une texture ouverte, le "vécu" de cette relation dans le temps étant de nature à conférer un caractère évolutif à sa teneur »¹⁹⁵⁴. Plusieurs conséquences découlent de cette diminution de la « présentation » : le régime du contrat relationnel devra nécessairement être caractérisé par davantage de souplesse¹⁹⁵⁵ ; le contrat devra être interprété en fonction de la volonté des parties, mais également des habitudes de ces dernières et des différents comportements adoptés pendant la relation contractuelle ; la liberté de la preuve prendra le pas sur la suprématie accordée à l'écrit ; les palliatifs pensés pour résoudre les difficultés survenues en cours d'exécution devront être

¹⁹⁴⁹ MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 175.

¹⁹⁵⁰ Le Professeur Muir Watt rappelle que la théorie classique se voit reprocher son « inapt[itude] à intégrer la dimension relationnelle du rapport » en ce qu'elle néglige « les besoins spécifiques, notamment de flexibilité et d'adaptabilité » ; *Ibid.*, spéc. p. 170. Traditionnellement, les contrats sont « capables d'enfermer, dans leurs stipulations, tout l'avenir de la relation contractuelle : le futur est exactement planifié par l'accord présent » : ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°30.

¹⁹⁵¹ LAITHIER Y.-M., *art. préc.* ; CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghazi, Economica, 2008, p. 130, n°142 ; rappr. GATSI J., *Le contrat-cadre*, préf. M. Béhar-Touchais, LGDJ, 1996, p. 3, n°2. L'auteur oppose la « souplesse d'adaptation nécessaire au temps » dans le contrat-cadre, à la rigidité caractéristique des contrats à exécution successive au sein desquels, « les obligations [sont] souscrites une fois pour toutes » ; MÉNARD C., « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute des juristes », in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 661 et s., spéc. p. 671 : « le contrat de longue durée est [...] un mode organisationnel choisi précisément pour organiser des transactions entachées d'incertitude ».

¹⁹⁵² LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. 231, n°22 ; OST F., « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *La relativité du contrat*, coll. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationale, Tome 4, LGDJ, 2000, p. 137 et s., spéc. p. 163.

¹⁹⁵³ BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 et s., spéc. p. 347 ; on passe ainsi du « contrat intangible » au « contrat évolutif », d'un « temps statique où l'exécution du contrat est d'ores et déjà figée », à un « temps dynamique » où les liens entre les parties font davantage preuve de souplesse pour évoluer au fil des circonstances : ROCHFELD J., *art. préc.*, spéc. n°31 ; rappr. OST F., « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *art. préc.*, p. 137 et s., spéc. p. 153 : « l'inachèvement dont témoigne l'imparfait du contrat appelle une élaboration progressive de ses prévisions, et le cas échéant un ajustement de ses termes ».

¹⁹⁵⁴ MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 174.

¹⁹⁵⁵ Sur la nécessaire adaptabilité des contrats relationnels, V. BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 327 et s., n°461 et s.

axés en priorité sur la poursuite de la relation ; la place du juge devra être repensée, afin d'en faire un véritable acteur pouvant assurer la renégociation de la convention, *etc.*¹⁹⁵⁶.

412. L'intensification de la considération des intérêts de chaque partie – Comme tout contrat se déroulant sur une certaine durée, le contrat relationnel présente nécessairement un risque pour les parties. L'exécution des différentes obligations sur une durée significative peut représenter un danger pour les contractants qui, à la suite d'un changement de circonstances (économiques notamment), pourraient se retrouver enfermés dans une relation contractuelle désavantageuse¹⁹⁵⁷. Et puisque la relation est placée au cœur de toutes les préoccupations, il importe de mettre en œuvre l'ensemble des moyens nécessaires pour assurer sa continuité. Or, laisser perdurer une situation fondamentalement déséquilibrée au détriment de l'une des parties ne peut qu'avoir, à terme, un impact négatif sur la pérennité de la relation¹⁹⁵⁸. C'est pourquoi, l'inscription des parties dans une relation contractuelle durable oblige chacun des contractants, à respecter, avec davantage de vigueur, des obligations de coopération et de loyauté « tendues vers la poursuite d'un intérêt commun »¹⁹⁵⁹. Dans ces contrats incomplets où la confiance entre contractants fait partie intégrante de la relation¹⁹⁶⁰, la bonne foi et la loyauté sont appelées à jouer un rôle prépondérant afin de limiter l'ascendant du maître du contrat sur la partie en situation d'infériorité¹⁹⁶¹. Le régime juridique des contrats relationnels doit donc permettre d'assurer un véritable équilibre contractuel¹⁹⁶².

B. La réception des contrats relationnels par la doctrine française

413. L'introduction délicate des contrats relationnels en droit français – La théorie des contrats relationnels, bien qu'ayant reçu assez peu d'échos en droit français, retient pourtant l'attention d'une partie de la doctrine (1). Cependant, et malgré les attraits que peu présenter

¹⁹⁵⁶ MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 176 ; ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°31 et 32.

¹⁹⁵⁷ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, *op. cit.*, p. 81, n°91.

¹⁹⁵⁸ En ce sens, V. not. BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 235, n°316.

¹⁹⁵⁹ ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°34.

¹⁹⁶⁰ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis, Droit, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 214, n°182 : « les parties ont donc confiance dans leurs relations et n'hésitent pas à faire des contrats incomplets qu'elles rempliront au fur et à mesure ».

¹⁹⁶¹ JAMIN Ch., « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *art. préc.* ; LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

¹⁹⁶² BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 235 et s., n°316 et s., p. 253 et s., n°339 et s ; Rapp. OST F., « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *art. préc.*, p. 137 et s., spéc. p. 153 et 154.

cette catégorie de contrats pour traduire une nouvelle réalité contractuelle, sa transposition se révèle particulièrement délicate, voire impraticable (2).

1. Les tentatives d'importation en droit français

414. La proposition de Monsieur Bouthinon-Dumas – C'est en 1983, avec un article du Professeur Rouhette¹⁹⁶³, que la doctrine française posa pour la première fois le regard sur la théorie des contrats relationnels développée, une dizaine d'années plus tôt aux États-Unis, par Ian R. MacNeil. Il faudra toutefois attendre encore deux décennies après ce premier compte-rendu de la théorie américaine afin que les auteurs, tentant de résoudre la « crise du contrat », s'intéressent de nouveau à cette catégorie contractuelle. Si plusieurs auteurs ont ainsi écrit sur la notion de contrat relationnel¹⁹⁶⁴, deux propositions doivent être soulignées. Tout d'abord, Monsieur Bouthinon-Dumas plaida, en 2001, pour une admission de la révision pour imprévision au profit des contrats pouvant être qualifiés de relationnels. Il est alors proposé d'élaborer une notion de contrat relationnel propre au droit français, en s'appuyant sur les travaux d'une partie de la doctrine¹⁹⁶⁵. C'est, en premier lieu, aux écrits du Doyen Carbonnier qu'il est fait appel. Dans un passage consacré à la distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats successifs, ce dernier donne une définition du contrat successif proche de celle des contrats relationnels. Le contrat successif (à proprement parler)¹⁹⁶⁶ serait ainsi un « contrat-organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales (la coopération

¹⁹⁶³ ROUHETTE G., « Compte-rendu de Ian R. MacNeil, *The New Social Contract: An inquiry into modern contractual relations* », *JDI* 1983, p. 960.

¹⁹⁶⁴ V. not. OST F., « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *art. préc.*, p. 137 et s., spéc. p. 162 et s. MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.* ; FONTAINE M., « Bonne foi, contrats de longue durée, contrats relationnels », *Principles of proper conduct for supranational, state and private actors in the European Union: towards a IUS Commune: essays in honour of Walter Van Gerven*, Antwerpen - Groningen - Oxford - Intersentia, 2001, p. 541 ; LAITHIER Y.-M., « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003. ; ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°23 et s. ; LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. p. 231, n°22 ; JAMIN Ch., « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *art. préc.* V. également quelques références éparées à la théorie de Ian R. MacNeil : TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *art. préc.*, p. 223 et s., spéc. n°38 ; JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *art. préc.*, p. 46 et s., spéc. p. 52.

¹⁹⁶⁵ BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *art. préc.*, p. 339 et s., spéc. p. 353 et s.

¹⁹⁶⁶ Le Doyen Carbonnier établit une seconde distinction à l'intérieur de la catégorie des contrats successifs, en différenciant les contrats successifs proprement dits qui « créent entre les parties un véritable rapport permanent d'obligation », et les « contrats à exécution échelonnée » qui font simplement se succéder dans le temps des prestations qui pourraient rationnellement constituer autant de contrats distincts, mais qui sont considérés comme formant un tout en raison de l'unité de l'acte originaire" : CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 271, n°138. Dans le même sens, V. CROS M. L., « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1989, p. 49. Cette distinction ne fait toutefois pas l'unanimité parmi les auteurs s'intéressant à la question des contrats successifs. V. not. AZÉMA J., *La durée des contrats successifs*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 2 et 3, n°3.

se traduisant notamment par un devoir permanent de transparence) [...]. Aussi un tel contrat mérite-t-il de n'être pas dissous à la légère (plutôt le réadapter et le remettre en marche) »¹⁹⁶⁷. Ces contrats s'opposent alors aux contrats à exécution instantanée « qui ne laissent aucune trace à la surface du temps, parce qu'ils se concluent et s'exécutent en un instant, sans même qu'on aperçoive derrière eux la traînée de quelque obligation de garantie »¹⁹⁶⁸. Cette dernière définition ferait ainsi grandement écho à la notion de contrat « discret »¹⁹⁶⁹. C'est ensuite avec les travaux du Doyen Hauriou qu'un parallèle peut être effectué. Faisant suite à l'admission de la théorie de l'imprévision par le célèbre arrêt « Gaz de Bordeaux » du Conseil d'État¹⁹⁷⁰, le Professeur Hauriou oppose les « contrats purs » aux « contrats compliqués d'institution » qui contiennent une « fondation » ou une « association masquée »¹⁹⁷¹. Dans ces derniers, il existerait un véritable « esprit de communion » faisant naître « le sentiment du risque commun et de la justice distributive »¹⁹⁷², et justifiant un recours à la théorie de l'imprévision afin d'opérer une répartition distributive des conséquences liées au risque non prévu par les parties¹⁹⁷³. Ces contrats-institution se caractérisant par leur « durée et [...] l'idéal qui [les] inspire », il serait alors nécessaire de remarquer la ressemblance entre ceux-ci et la notion de contrat relationnel¹⁹⁷⁴. Partant de ces différentes constatations, Monsieur Bouthinon-Dumas propose de considérer la notion en question comme une « catégorie juridique pertinente pour le droit civil » en dégagant plusieurs éléments de définition (prise en compte de la dimension temporelle, obligation de « faire-ensemble » donnant naissance à une obligation de coopération)¹⁹⁷⁵. *In fine*, le contrat relationnel pourrait être défini comme celui « instituant un cadre incomplet et donc ouvert sur l'avenir, visant à organiser au profit des parties une activité durable » et se présentant « juridiquement [...] comme un contrat contenant une clause prédominante fixant l'objectif que les parties ont voulu s'obliger à faire ensemble »¹⁹⁷⁶. Or,

¹⁹⁶⁷ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 274, n°141.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 270 et 271, n°138.

¹⁹⁶⁹ BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 et s., spéc. p. 354.

¹⁹⁷⁰ CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. 125, concl. Chardenet ; DELVOLVÉ P., LONG M., WEIL P., BRAIBANT G. et GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, coll. Grands arrêts, Dalloz, 22^{ème} éd., 2019, p. 175 et s.

¹⁹⁷¹ HAURIOU M., « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 131.

¹⁹⁷² *Ibid.*, p. 132.

¹⁹⁷³ *Ibid.*, p. 129 et s., spéc. p. 136.

¹⁹⁷⁴ BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *art. préc.*, p. 339 et s., spéc. p. 355.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, spéc. p. 358 et s.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, spéc. p. 360.

dans ce type de conventions, les parties étant appelées à collaborer de façon durable, une révision pour imprévision devrait être possible afin de préserver la pérennité de la relation¹⁹⁷⁷.

415. La thèse de doctorat de Madame Boismain – Mais l'une des études les plus importantes sur la question des contrats relationnels et leur possible introduction en droit français reste, à ce jour, la thèse de doctorat de Madame Boismain¹⁹⁷⁸. Celle-ci entame une réflexion sur la manière dont la notion de contrat relationnel pourrait aider à résoudre la crise du contrat en France. Une fois l'intérêt de la notion démontré¹⁹⁷⁹, l'auteur propose d'opposer le contrat relationnel au contrat impersonnel en suivant, pour ce faire, l'application d'un critère unique¹⁹⁸⁰. Un contrat devrait alors être qualifié de relationnel lorsqu'il « sera difficile pour au moins un contractant de trouver un partenaire équivalent »¹⁹⁸¹, soit parce que l'offre est faible, les coûts de transactions élevés, soit parce que l'une des parties a réalisé des investissements importants qui ne seraient pas encore amortis¹⁹⁸². Par conséquent, si les parties à un contrat à exécution instantanée ne peuvent contracter aisément avec une autre personne, ou lorsqu'elles ne peuvent changer facilement de cocontractant dans un contrat à exécution successive, le contrat devrait, pour Madame Boismain, être qualifié de relationnel¹⁹⁸³. Un tel contrat serait alors soumis à un régime focalisé sur la préservation de la relation grâce à un contrôle accru de l'équilibre contractuel (notamment par le biais d'un recours plus important à la lésion comme mécanisme correcteur)¹⁹⁸⁴, à un encadrement plus strict de la rupture des relations contractuelles, une modulation des dommages et intérêts au bénéfice des débiteurs de bonne foi¹⁹⁸⁵, ainsi qu'à une plus grande faculté d'adaptabilité de la convention¹⁹⁸⁶.

Néanmoins, l'importation de la notion de contrat relationnel en droit français suscite quelques réserves sur lesquelles il est nécessaire de s'arrêter.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*, spéc. p. 360 et s.

¹⁹⁷⁸ BORESTEL-LILL J., *Essai sur une théorie relationnelle du contrat*, Th. Paris I, 2008.

¹⁹⁷⁹ BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 35 et s., n°22 et s.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 165 et s., n°209 et s.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 29, n°18 et p. 165 et s., n°209 et s.

¹⁹⁸² *Ibid.*, p. 168 et s., n°213 et s.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, p. 178 et s., n°228 et s.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 211 et s., n°281 et s.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 267 et s., n°359 et s.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 327 et s., n°461 et s.

2. Une transposition impraticable

416. Des difficultés de définition rendant la distinction peu praticable – Une transposition de la notion de contrat relationnel en droit français pourrait permettre de saisir, grâce à un concept spécifique, la réalité contractuelle que met au jour l'économie de partage en faisant de la relation globale le véritable point d'orgue.

Un tel travail se révèle toutefois particulièrement délicat. En effet, malgré le grand nombre d'écrits qu'il consacra à la question des contrats relationnels, Ian R. MacNeil ne s'est pourtant jamais embarrassé de donner une définition propre de la notion¹⁹⁸⁷. Ce sont, en revanche, douze critères qui ont été utilisés afin de placer le contrat sur un axe allant des contrats discrets aux contrats relationnels¹⁹⁸⁸. Doivent ainsi être étudiés, la nature de la relation (*Overall relation type*), la possibilité de quantifier l'échange en argent (*Mesurability and actual measurement of exchange and other factors*), les raisons justifiant que les parties respectent le contrat conclu (*Basic sources of socioeconomic support*), la durée du contrat (*Duration*), la manière dont commence et finit le contrat (*Commencement and Termination*), le moment auquel le contrat est planifié (*Planning*), la coopération attendue des parties après la conclusion du contrat ou son commencement (*Future cooperation required in post-commencement planning and performance*), la répartition des bénéfices et des charges (*Incidence of benefits and burdens*), la source des obligations contractées (*Obligations undertaken*), la transférabilité du contrat (*Transferability*), le nombre de contractants (*Number of participants*) et la vision qu'ont les contractants de leur contrat ou de leur relation (*Participant views of the transaction or relation*)¹⁹⁸⁹.

Remarquons, tout d'abord, que la volonté des parties ne constitue aucunement un critère de qualification s'agissant de la théorie des contrats relationnels alors qu'elle est, en principe, placée au cœur de la démarche de qualification¹⁹⁹⁰. En outre, l'observateur ne pourra que constater le manque certain de précision des critères dégagés par Ian R. MacNeil, ces derniers induisant alors nécessairement une part de subjectivité tant leur analyse fait appel à des éléments difficilement appréciables par référence à des données objectives. A titre d'illustration, l'on peut s'interroger sur la manière de découvrir les raisons expliquant pourquoi les parties

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 29, n°18.

¹⁹⁸⁸ MACNEIL I. R., « The many futures of contracts », *Southern Californi Law Review* 1974, p. 691 et s., spéc. p. 738 à 740 (tableau récapitulatif) et p. 744 et s. pour une explication de chacun des douze critères.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, spéc. p. 744 à 805 ; BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005, p. 142 et s., n°182 et s.

¹⁹⁹⁰ BORESTEL-LILL J., *th. préc.*, p. 185, n°288.

exécutent leurs obligations ou d'apprécier leur vision du contrat ou de la relation. En outre, la pertinence de certains critères, comme la possibilité d'évaluer l'échange en argent, interroge, car l'on voit mal en quoi la réponse à cette question permet d'influencer la nature relationnelle ou discrète de la convention. Pour ces raisons, les auteurs s'accordent à dire que les critères évoqués par Ian R. MacNeil sont « trop flous ou trop complexes pour être mis en œuvre concrètement »¹⁹⁹¹. L'absence de critère de distinction efficace est ainsi mise en avant de façon quasi unanime par la doctrine française¹⁹⁹², soulignant, de fait, le caractère impraticable de la notion de contrat relationnel. Au demeurant, les propositions des partisans d'une importation de la notion en droit français n'apparaissent guère plus convaincantes : la difficulté plus ou moins prononcée à trouver un partenaire équivalent¹⁹⁹³ est sujette aux mêmes reproches d'imprécision et de subjectivité que les critères de distinction de Ian R. MacNeil. Mais à cette critique s'en ajoute une nouvelle puisque Madame Boismain, en faisant de la difficulté à trouver un partenaire équivalent, le seul critère de qualification des contrats relationnels, laisse de côté d'autres types de contrats, et notamment les contrats de partage, au sein desquels la relation est mise suffisamment en avant pour que la question de l'opportunité d'une catégorie et d'un régime juridique spécifique puisse se poser¹⁹⁹⁴. Cette classe de contrats manque donc cruellement d'homogénéité¹⁹⁹⁵ et se présente comme une « catégorie "fourre-tout" »¹⁹⁹⁶, ce qui conduit certains auteurs à estimer qu'en l'état, le contrat relationnel est une notion « plus sociologique ou économique que juridique »¹⁹⁹⁷ : en l'absence de critère juridique précis de définition, cette catégorie permettrait simplement de souligner l'existence d'un phénomène économique et social consistant, pour les individus, à mettre au premier plan la relation qui les lie.

¹⁹⁹¹ LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

¹⁹⁹² ROUHETTE G., « Compte-rendu de Ian R. MacNeil, *The New Social Contract: An inquiry into modern contractual relations* », *art. préc.*, p. 960 et s., spéc. p. 963 ; LAITHIER Y.-M., *art. préc.* ; LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 240 et s., n°326 ; BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 152 et 153, n°197 et 198 ; ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 et s., spéc. n°27 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 730, n°655 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, *op. cit.*, p. 81, n°91.

¹⁹⁹³ BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 165 et s., n°209 et s.

¹⁹⁹⁴ BORESTEL-LILL J., *th. préc.*, p. 215, n°330.

¹⁹⁹⁵ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 241, n°326.

¹⁹⁹⁶ CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *Economica*, 2008, p. 133, n°145.

¹⁹⁹⁷ ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°27.

417. La réalité de la distinction en question – Mais au-delà de la difficulté à traduire concrètement la distinction entre les contrats relationnels et discrets, certains s’interrogent sur la réalité même de l’opposition entre ces deux catégories. Il faut en effet remarquer qu’il n’existe aucun contrat qui serait véritablement étranger à toute relation et au sein duquel il serait impossible de déceler, *a minima*, la présence d’un certain lien de confiance entre les cocontractants¹⁹⁹⁸. La catégorie des contrats discrets n’aurait ainsi « pas de réalité concrète » rendant, de fait, la distinction avec les contrats relationnels purement évanescence : « dans le monde réel, tous les contrats sont des contrats relationnels »¹⁹⁹⁹. Ian R. MacNeil lui-même ne s’oppose pas à ce constat et reconnaît finalement les contrats discrets comme une simple hypothèse de travail permettant de faciliter la compréhension de la catégorie opposée²⁰⁰⁰. Pour résoudre ces difficultés, les auteurs s’intéressant à ces travaux ont alors proposé de nouvelles définitions basées principalement sur la durée de la relation.

418. La survalorisation du critère temporel – Puisqu’aucune définition précise n’est associée à la notion de contrat relationnel, et que l’utilisation de douze critères d’identification en complique excessivement l’appréhension, certains ont proposé d’opter pour le seul critère de la durée. Le contrat relationnel serait alors un contrat, ou une succession de contrats à long terme, à la différence du contrat discret qui se conclurait et s’exécuterait en un trait de temps²⁰⁰¹. Pour beaucoup, le contrat relationnel serait ainsi synonyme de contrat de longue durée²⁰⁰². Toutefois, il ne paraît que peu pertinent de fonder une distinction sur ce seul critère et de confondre ainsi les contrats relationnels avec tout contrat se formant et s’exécutant sur une certaine période de temps. Au-delà de l’interrogation sur la manière d’apprécier une telle durée²⁰⁰³, il faut

¹⁹⁹⁸ En ce sens, V. MUIR WATT H., « Du contrat “relationnel”. Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 172 ; ETIENNEY A., *La durée de la prestation : essai sur le temps dans l’obligation*, préf. T. Revet, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2008, p. 92 et s., spéc. n°139, p. 95.

¹⁹⁹⁹ LAITHIER Y.-M., *art. préc.* ; rappr. ROUHETTE G., « Compte-rendu de Ian R. MacNeil, *The New Social Contract : An inquiry into modern contractual relations* », *art. préc.*, p. 960 et s., spéc. p. 963 ; BORESTEL-LILL J., *th. préc.*, p. 179, n°275 : « la notion de contrat transactionnel n’existerait jamais à son état pur. Elle ne serait donc qu’un artifice, un outil, pour l’analyse contractuelle » ; EISENBERG M. A., « Why There is No Law of Relational Contracts », *Northwestern Law Review* 2000, p. 805 et s., spéc. p. 817 : « *relational contracts and contracts are virtually one and the same* ».

²⁰⁰⁰ MACNEIL I. R., « *The new social contract, An inquiry into modern contractual relations* », *Yale University Press.*, p. 11 ; BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 143, n°182.

²⁰⁰¹ V. SPEIDEL R. E., « The Characteristics and Challenges of Relational Contracts », *Northwestern University Law Review* 2000, vol. 94, p. 823 et s., spéc., p. 828 cité par LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

²⁰⁰² V. not. BELL J., « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », *Le contrat aujourd’hui : comparaisons franco-anglaises*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1987, p. 233.

²⁰⁰³ Il s’agit de savoir si la durée doit s’apprécier de manière absolue, et dans ce cas en fonction de quels critères de référence, ou s’il convient plutôt de l’apprécier *in concreto* en fonction de l’opération réalisée par le contrat en cause. V. LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

remarquer avec le Professeur Laithier, qu'il n'existe aucune « corrélation automatique entre la durée du contrat et l'intensité de la relation »²⁰⁰⁴.

Prenons, à titre d'illustration, le contrat de travail considéré par Ian R. MacNeil comme un exemple typique de contrat relationnel²⁰⁰⁵. Bien qu'un tel contrat soit généralement conclu pour une certaine durée, rien n'interdit qu'il soit établi pour une durée plus courte, voire brève. Or, ce contrat donnera malgré tout naissance à une relation où la confiance entre contractants sera décisive et la coopération nécessaire, ce qui exclut de traiter différemment les contrats de travail de longue et de courte durée. Si les premiers doivent être considérés comme des contrats relationnels, la brève échéance des seconds ne saurait suffire à les faire basculer dans la catégorie opposée. Les contrats de travail de courte durée devraient donc également rejoindre la catégorie des contrats relationnels²⁰⁰⁶. Tel est également le cas des contrats de partage puisqu'il s'agit, à titre individuel, de permutations qui s'exécutent en un trait de temps, alors même que la considération de la relation est fondamentale au sein des communautés. En tenant compte de ce critère, seul le contrat-cadre pourrait être considéré comme un contrat relationnel, sans que la relation globale instituée par la succession des contrats d'application ne puisse être appréhendée.

À l'inverse, des contrats de longue durée peuvent être impersonnels et n'impliquer ainsi aucune relation approfondie entre les cocontractants, comme en témoigne le cas des contrats d'abonnement qui sont, par nature, des contrats à exécution échelonnée²⁰⁰⁷. Ces contrats sont bien plus impersonnels que relationnels, notamment parce que l'abonné n'exécute pas son obligation de paiement du prix afin de voir la relation se continuer après la période d'abonnement, mais pour recevoir les biens objets du contrat ; ou parce qu'il n'existe pas véritablement d'obligation de coopération entre les parties postérieurement à la conclusion du contrat²⁰⁰⁸. On le voit, la durée de la relation ne peut être considérée comme un critère de distinction satisfaisant pour répartir les contrats dans la classification opposant les contrats discrets et relationnels²⁰⁰⁹. Comme l'exprime alors le Professeur Suzanne Lequette, « la durée

²⁰⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁰⁵ MACNEIL I. R., « The many futures of contracts », *Southern Californi Law Review* 1974, p. 691 et s., spéc. p. 725 : « *In our society, the most primary contractual relation is marriage, with employment relations likely to be next* ».

²⁰⁰⁶ BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 159 et s., n°204 et s.

²⁰⁰⁷ GROSS B., « Observation sur les contrats d'abonnement », *JCP G* 1987. I. 3282, spéc. n°6 à 8.

²⁰⁰⁸ BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 156 et s., n°202.

²⁰⁰⁹ GOETZ C. J. et SCOTT R. E., « Principles of relational contracts », *Virginia Law Review* 1981, vol. 67, p. 1089 et s., spéc. p. 1091. En revanche, la durée peut impliquer un régime spécifique puisqu'elle impacte nécessairement la conclusion et l'exécution du contrat en ayant une influence sur la prévision des risques, le caractère aléatoire des différentes prestations ou la défense des intérêts de chaque contractant : EISENBERG M. A., « Why There is No

est certes un bon révélateur des insuffisances de l'analyse traditionnelle du contrat, mais elle ne saurait, à elle seule, fournir le critère permettant d'identifier une nouvelle matrice »²⁰¹⁰. Ce n'est là rien de plus que réitérer le constat déjà effectué par le Professeur Libchaber il y a plus d'une décennie et qui remarquait, à raison, qu'« il ne suffit pas de brandir la durée, comme si elle était la clef d'un monde contractuel nouveau. La durée révèle le changement de paradigme beaucoup plus sûrement qu'elle ne l'incarne : elle constate l'épuisement de la conception classique, face aux besoins de perpétuation du contrat dans le temps. Pour le reste, elle ne fournit qu'un incertain critère »²⁰¹¹. Partant, assimiler les contrats relationnels aux seuls contrats de longue durée relève d'une vision trop réductrice de la théorie de Ian R. MacNeil, ainsi que de la réalité des contrats mettant effectivement l'accent sur la valorisation de la relation et la « qualité du lien entre les parties ». Pour ces contrats, la durée est certes utile en ce qu'elle demeure un indice plaidant en faveur de l'existence d'un lien véritable entre les parties, mais elle ne saurait être vue, à elle seule, comme une panacée²⁰¹².

419. La prise en considération de l'incomplétude du contrat – Si certains auteurs estiment nécessaire d'ajouter à la durée, des éléments comme la considération de l'*intuitu personae*, de l'« investissement affectif ou financier » ou de l'intérêt commun des parties au contrat²⁰¹³, d'autres proposent une définition en fonction d'un critère supplémentaire déjà évoqué en filigrane lors de l'exposé de la notion de contrat relationnel. Il s'agit alors de prendre en compte, en sus de la durée de la relation, le caractère plus ou moins complet de la convention²⁰¹⁴. Nous l'avons dit, les contrats relationnels sont considérés comme devant laisser la place à une certaine dose d'incomplétude afin qu'il soit permis aux parties d'adapter la convention tout au long de la relation et ce, afin d'en garantir la pérennité²⁰¹⁵. L'on pourrait alors aboutir à une définition en creux en vertu de laquelle le contrat relationnel serait, « en définitive, celui qui se déroule sur une longue période et " ne peut répondre aux canons de précision et d'autosuffisance sur

Law of Relational Contracts », *art. préc.* Mais en ce cas, « c'est la durée elle-même qui est décisive. Le détour par la qualification de contrat relationnel est superflu » : LAITHIER Y.-M., *art. préc.*, p. 805 et s., spéc. p. 815 ; BOISMAIN C., *th. préc.*, p. 155 et s., n°199 et s.

²⁰¹⁰ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 7, n°4.

²⁰¹¹ LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. n°25.

²⁰¹² En ce sens, V. MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, coll. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales, t. 4, LGDJ, 2000, p. 169 et s., spéc. p. 174 ; ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°27.

²⁰¹³ MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 174.

²⁰¹⁴ ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°28 ; GERMAIN M., « Le juge et l'économie », *RJ com.* 2002, p. 17 et s., spéc. p. 22 : l'auteur évoque une troisième forme hybride de contrat entre le contrat instantané et la relation d'entreprise dont la caractéristique est d'être « incomplet » et « à négocier en permanence ».

²⁰¹⁵ V. *supra*, n°409 et s.

lesquels repose le paradigme classique" »²⁰¹⁶.

D'autres auteurs préfèrent, quant à eux, fonder leur approche de la notion par référence à un critère unique et excluant toute référence à la durée. Pour MM. Goetz et Scott, un contrat sera relationnel lorsque les parties seront incapables de définir à l'avance les termes précis de leurs différentes obligations, soit parce qu'il est impossible d'identifier des événements futurs, soit parce que malgré leur identification, il est impossible de prévoir les mécanismes d'adaptation adéquats permettant de tenir compte de ces éléments futurs²⁰¹⁷. Il s'agit alors, pour ces auteurs, d'assimiler les contrats relationnels aux contrats incomplets. L'on reprochera malgré tout à une telle définition de ne pas offrir de véritables critères de distinction, la question du seuil de précision en deçà duquel le contrat est relationnel étant nécessairement soumise à interprétation²⁰¹⁸. Là encore, le critère s'avère décevant notamment car il ne saurait, à lui seul, délimiter une catégorie permettant d'embrasser l'ensemble des hypothèses où la relation entre les parties revêt un caractère primordial. En matière de partage, par exemple, seul le contrat-cadre présenterait un caractère d'incomplétude suffisant pour répondre à la définition proposée. La pertinence d'une telle approche ne convainc donc guère plus et la possibilité d'importer le contrat relationnel en droit français interroge eu égard à l'absence de critère objectif de définition.

420. La prise en compte de la relation en dehors de la théorie des contrats relationnels –

Les différentes critiques émises à l'encontre de la catégorie des contrats relationnels paraissent interdire de transposer, en l'état, une telle notion en droit français. Une importation de cette dernière en l'absence de définition précise et de critères de distinction objectifs n'aurait que peu de sens et serait dépourvue de réel intérêt pratique. Si le droit français n'est pas en mesure de réceptionner la notion sans en donner une véritable définition et en cerner les contours avec précision, il lui sera également impossible de lui appliquer un régime juridique spécifique, réduisant ainsi à néant la pertinence de toute transposition. Partant, l'introduction d'une nouvelle catégorie de contrat relationnel ne paraît « ni concrètement réalisable ni

²⁰¹⁶ ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°28 ; La seconde partie de la définition était déjà énoncée de la sorte par Madame le Professeur Muir-Watt : MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », *art. préc.*, p. 169 et s., spéc. p. 175. Déjà en ce sens, GOETZ C. J. et SCOTT R. E., « Principles of relational contracts », *art. préc.*

²⁰¹⁷ GOETZ C. J. et SCOTT R. E., « Principles of relational contracts », *art. préc.*, p. 1089 et s., spéc. p. 1091 : « A contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations. Such definitive obligations may be impractical because of inability to characterize complex adaptations adequately even when the contingencies themselves can be identified in advance ».

²⁰¹⁸ LAITHIER Y.-M., « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.

opportune »²⁰¹⁹.

Il n'est toutefois pas question de remettre en cause la réalité pratique que la notion de contrat relationnel permet de souligner et que semble illustrer l'économie de partage. En effet, ces études mettent au jour l'existence de formes particulières de contrats au sein desquels la confiance et le soin apportés à la relation sont les maîtres-mots²⁰²⁰. Or, cette évolution accordant une place de choix à la relation contractuelle a déjà été étudiée sous d'autres prismes que celui du contrat relationnel²⁰²¹. L'on pensera, en premier lieu, à la distinction évoquée par le Professeur Michel Cabrillac et opposant les « contrats d'occasion », qui « correspondent à des opérations « épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise », aux « contrats de situation » qui sont, « par leur objet [...], déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique »²⁰²². Le Professeur Suzanne Lequette, dans sa thèse de doctorat consacrée aux contrats-coopération, met également en lumière cette réalité selon laquelle certains contrats accentuent plus que d'autres la relation liant les parties, en proposant ainsi d'ajouter à la distinction binaire des permutations et distributions, une catégorie de contrats intermédiaires²⁰²³. À ce titre, peuvent également être évoqués les différents travaux consacrés aux « contrats-alliance »²⁰²⁴, ou encore la proposition du Professeur Frison-Roche consistant à formuler la distinction échange-organisation sous la forme d'une opposition entre le « contrat-objet qui peut circuler sur le marché » et le « contrat-situation qui vise à organiser une relation autrement que par la mobilité extrême du marché »²⁰²⁵. L'on citera enfin la distinction établie dans la même étude et visant à distinguer les « contrats aristocratiques » au sein desquels, « les volontés de deux personnes particulières [...], par leur puissance, construisent pour eux seuls une relation juridique sur-mesure, relation imprégnée par leur personnalité », des « contrats de marché » qui, à l'inverse, sont standardisés, anonymes et mobiles²⁰²⁶.

²⁰¹⁹ BORESTEL-LILL J., *th. préc.*, p. 205 et s., n°314 et s., spéc. p.215 et 216, n°331.

²⁰²⁰ Sur le passage progressif du contrat à la relation, V. ROCHFELD J., *art. préc.*, p. 47 et s., spéc. n°24 et s.

²⁰²¹ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. I, Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis, Droit, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 215, n°182.

²⁰²² CABRILLAC M., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s., spéc. p. 238 et s. ; MAINGUY D., « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165.

²⁰²³ LEQUETTE S., *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012.

²⁰²⁴ HAMELIN J. F., *Le contrat-alliance*, Economica, 2012 ; SÉRIAUX A., *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 110 et 111, n°125.

²⁰²⁵ FRISON-ROCHE M. A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43 et s., spéc. n°19.

²⁰²⁶ *Ibid.*, spéc. n°35 et s.

En réalité, la catégorie des contrats relationnels sur laquelle il est opportun de s'interroger lorsque l'on s'intéresse au maillage de relations contractuelles formé dans le cadre des communautés de partage, a donc le mérite, si ce n'est de permettre la naissance d'une véritable catégorie juridique soumise à un régime spécifique, de mettre en lumière le changement perceptible de paradigmes lié à la place croissante accordée à la relation, illustré par une partie de la réalité contractuelle contemporaine²⁰²⁷. Cette réflexion, qui ne peut que confirmer la nécessité d'élargir le prisme et de tenir compte de la relation contractuelle globale, ne peut rester sans conséquence sur la conception du contrat en tant qu'objet juridique²⁰²⁸.

§ 2 : L'ascension de la relation contractuelle ou la nécessité d'élargir le prisme

421. La mise en exergue de la relation contractuelle – Si l'on ne peut transposer efficacement la catégorie des contrats relationnels en droit français, nous l'avons dit, cette théorie permet de mettre en lumière l'importance accordée à la relation contractuelle dans son ensemble et ainsi, « de rendre compte de la réalité des relations contractuelles contemporaines »²⁰²⁹. Partant, il ne saurait être question, après avoir étudié cette théorie et sa réception par la doctrine française, de nier les mutations qui ont cours au sein de la théorie générale des contrats : « l'idée de valoriser la relation contractuelle ne doit [donc] pas être écartée »²⁰³⁰. Or, les contrats de partage possèdent des similarités avec les contrats que certains qualifient de relationnels. Et quoique cette qualification semble exclue, les contrats objets de la présente étude imposent de prendre en compte, au-delà de l'opération économique réalisée, le but final visé, à savoir le développement et la pérennisation des relations contractuelles (A). Ainsi, bien que la théorie des contrats relationnels paraisse inopérante et dénuée de portée pratique à défaut de pouvoir déclencher l'application d'un régime juridique spécifique, la mise en lumière de l'importance de la relation, dont l'économie de partage est un témoin privilégié, ne peut rester sans conséquence sur le droit des contrats. Le mouvement d'élargissement des relations

²⁰²⁷ V. not. l'analyse du Professeur Houtcieff selon lequel « il est cependant permis de penser que [la théorie du contrat relationnel] est riche de virtualités » et permet, comme le relevait déjà le Professeur Rochfeld, « d'appréhender la complexification de la pratique contractuelle » : HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, coll. Paradigme, Bruylant, 5^{ème} éd., 2020. L'auteur renvoi ici à l'article précité du Professeur Rochfeld : V. ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 et s., spéc. n°38.

²⁰²⁸ L'appréhension globale des différents contrats fait également écho à la notion d'ensembles contractuels. Sur ce point, V. *infra* n°438 et s.

²⁰²⁹ ROUHETTE G., « Compte-rendu de Ian R. MacNeil, *The New Social Contract: An inquiry into modern contractual relations* », *art. préc.*, p. 960 et s., p. 963. Dans le même sens, V. CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, p. 133 et 134, n°145.

²⁰³⁰ LEQUETTE S., *th. préc.*, p. 242, n°327.

contractuelles dont l'observateur est ici témoin souligne alors, une fois encore, la tendance du droit positif pourtant récemment réformé, à ignorer une partie de la réalité contractuelle actuelle **(B)**.

A. Les contrats successifs : des permutations au service de la relation

422. L'appréhension des contrats successifs de partage à l'aune de la théorie des contrats relationnels – Intuitivement, l'on aurait pu vouloir classer les contrats de partage au sein de la catégorie des contrats relationnels afin que les différentes particularités évoquées jusqu'alors, et liées à l'importance accordée à la dimension humaine des échanges et au lien entre les membres des communautés, puissent être prises en compte. À ce titre, il est d'ailleurs possible d'observer une similitude entre les opérations réalisées dans le cadre des communautés et certaines définitions données par Ian R. MacNeil à propos de la théorie des contrats relationnels. Avant même de définir cette notion, l'auteur donne une définition du contrat intrinsèquement liée à sa définition de l'échange. Selon lui, l'on serait en présence d'un contrat lorsqu'il est possible de découvrir des relations entre des personnes qui ont échangé, échangent ou espèrent échanger dans le futur²⁰³¹. Or, l'échange est quant à lui défini de manière particulièrement vaste²⁰³² : celui-ci n'a pas nécessairement à être direct, la contrepartie pouvant être fournie par un tiers. Dans un tel cas de figure, le premier bénéficiaire ne s'engage pas à l'égard de celui qui lui a fourni un bien ou un service, mais au profit d'un autre bénéficiaire, et ainsi de suite jusqu'à ce que tous aient effectivement donné et reçu²⁰³³. Cette définition de l'échange semble donc étrangement similaire à celle des contrats successifs de partage.

Cependant, l'on aurait tort d'en tirer des conclusions trop rapides. Tout d'abord, les définitions données par Ian R. MacNeil sont trop larges pour être réellement efficaces, qu'il s'agisse de l'échange, dont on ne sait si la définition évoquée concerne l'échange au sens économique, social ou, plus spécialement, le contrat d'échange ; ou qu'il soit question de la définition du contrat. Et puisqu'en application de ces différentes définitions, les notions de

²⁰³¹ MACNEIL I. R., « Relational contract theory : challenges and queries », *Northwestern University Law Review* 2000, vol. 94, p. 877 et s. : « *Contract means relations among people who have exchanged, are exchanging, or expect to be exchanging in the future* ».

²⁰³² BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005, p. 97, n°125.

²⁰³³ MACNEIL I. R., « *The many futures of contracts* », art. préc., p. 691 et s., spéc. p. 697 : « *Direct bilateral exchange is, however, by no means essential. Exchange can equally well support specialization when it occurs in cycles in which no benefactor ever receives return benefits from the one upon whom he confers benefits ; the first beneficiary may confer benefits on a different beneficiary, who in turn confers benefits on another, and so on until the original benefactor receives a "return" from someone in the cycle, but not a return directly traceable to the original beneficiary* ».

contrat et d'échange sont indissolublement liées, la difficulté à saisir l'une d'elle rejaillit nécessairement sur l'appréhension de l'autre. S'agissant plus spécifiquement de la définition du contrat, cette dernière ne souffre pas uniquement de l'imprécision liée au domaine d'action de l'échange. Elle est également beaucoup trop large pour être juridiquement pertinente²⁰³⁴. Ensuite, et au-delà de ces premières difficultés, l'on serait bien en peine d'appliquer les différents critères dégagés par la théorie des contrats relationnels afin de savoir si les contrats de partage pourraient effectivement rejoindre pareille catégorie. À titre d'illustration, la nature de la relation pourrait faire pencher la balance du côté relationnel, en raison de l'importance du lien humain dans chaque relation de partage. Il en irait de même pour la possibilité de quantifier l'échange en argent puisque, par définition, toute évaluation de ce type est exclue dans les communautés de partage ; ou pour les raisons justifiant que les parties respectent leurs obligations, celles-ci étant motivées par la permutation isolée à laquelle donne lieu le contrat, mais également par la poursuite de l'intérêt collectif. À l'inverse, la durée de la relation se situerait plutôt sur le versant discret (impersonnel), les contrats successifs étant des opérations ponctuelles qui ne se poursuivent pas sur une longue période de temps. Le contrat prendra fin lorsque la partie qui s'est engagée aura exécuté son obligation. Dès lors, l'appréciation des contrats de partage à la lumière des critères dégagés par la théorie du contrat relationnel, ne permet pas de classer ces opérations avec une véritable précision. La difficulté est la même avec les critères de remplacement proposés par la doctrine, les opérations de partage semblant devoir rejoindre la catégorie des contrats discrets en application du critère de durée, ou d'incomplétude de la convention, lorsque la possibilité de trouver un contractant équivalent plaide en faveur d'un rattachement à la catégorie des contrats relationnels.

Toutefois, l'étude du fonctionnement des communautés met en lumière, de manière analogue à ce qui fut constaté lors de l'étude des contrats relationnels, l'importance accordée au lien contractuel entre les différentes parties. S'il est possible de s'interroger sur la pertinence du concept de contrat relationnel s'agissant des contrats de partage c'est que, comme eux, ils focalisent l'attention sur la relation qui se développent entre les parties au-delà de la seule permutation ponctuelle et isolée de biens ou de services, et sur la manière de pérenniser cette relation. Dès lors, ce qui compte avant tout, ce n'est pas tant l'échange économique de biens et services, que les conséquences de celui-ci sur la relation entre les parties. Le rejet de la notion

²⁰³⁴ BOISMALIN C., *th. préc.*, p. 98, n°127 : « aucun régime n'a jamais considéré tous les échanges comme des contrats », qu'il s'agisse de pays de *Common Law* ou de *Civil Law*.

de contrat relationnel ne modifie en rien ce constat, ni la nécessité d'étudier comment la relation contractuelle est mise en avant dans les opérations susmentionnées.

423. Le lien social, témoin de l'importance accordée à la relation en matière de partage –

S'il est désormais un point acquis s'agissant des communautés de partage, c'est à n'en pas douter l'importance accordée à la relation contractuelle tissée entre les différents membres. L'origine de ces différentes techniques doit certainement être recherchée auprès des systèmes d'échange locaux, ces derniers ayant imaginé et développé des communautés fonctionnant sur le modèle des échanges non réciproques et circulaires, comptabilisés par une unité de compte excluant un recours à la monnaie étatique. Or, dans ces systèmes, la volonté de préserver des relations humaines de qualité a une importance non négligeable et détermine bien souvent l'entrée de nouveaux membres en leur sein. Pour les individus ayant recours à ces pratiques, « un échange de biens et services qui n'irait pas au-delà n'a pas de valeur en soi »²⁰³⁵. La volonté de créer une relation, de redonner une dimension humaine aux échanges de biens et services, est ainsi primordiale et entre en ligne de compte dans la décision de recourir aux modèles d'échanges offrant une alternative aux formes classiques de consommation. Les valeurs de solidarité et d'entraide sont dès lors placées au cœur des objectifs des communautés : le recours à ces systèmes a donc également vocation à permettre à des personnes dans une situation de précarité (économique ou sociale), de bénéficier de biens et services qu'elles ne pourraient que difficilement se procurer via les canaux de consommation traditionnels²⁰³⁶. Les systèmes d'échange locaux faisant de la relation entre les différents membres la pierre angulaire du système, il n'est pas étonnant d'y découvrir des événements réguliers permettant à chacun de faire connaissance avec les autres individus composant le groupe. À ce titre, les membres des SEL (mais cela s'applique également aux membres de communautés fonctionnant sur un principe similaire) sont régulièrement conviés à des fêtes, pique-niques, repas ou goûters, ou encore à des marchés²⁰³⁷. Les systèmes d'échanges locaux s'appliquent ainsi à développer des espaces égalitaires favorisant le développement du lien social, afin de redonner une dimension plus humaine aux échanges. Dans cette optique, le lien entre les membres et, *mutatis mutandis*, les relations tissées entre ces derniers, sont placées au cœur des préoccupations.

²⁰³⁵ SERVET J. M., *Une économie sans argent : les systèmes d'échange local*, Seuil, 1999, p. 199 ; TERRIS F., « SEL, mode d'emploi », p. 271.

²⁰³⁶ BAYON D., *Les S.E.L., pour un vrai débat. Monnaies, lien social, travail, citoyenneté*, coll. Economie, Yves Michel, 1999, p. 57 et s.

²⁰³⁷ *Ibid.*, p. 72.

Mais l'importance accordée au lien social intervient également dans les relations interindividuelles ayant cours au sein des communautés. Il s'agit alors d'un mobile déterminant dans la décision d'entrer en relation avec tel membre de la communauté en particulier. Comme le rapporte Michel Servet dans son ouvrage consacré aux SEL, les membres peuvent décider de contracter avec un individu par préférence à un autre, lorsque celui-ci n'est pas uniquement intéressé par la contrepartie à laquelle lui donne droit cet échange : « si je sens que c'est quelqu'un qui est intéressé uniquement par des grains de SEL, moi ça ne m'intéresse pas, je cherche des gens qui sont intéressés par la dimension humaine de l'échange » (Y., membre du SEL de la Garrigue)²⁰³⁸.

On le voit, la dimension relationnelle a conquis une place de choix au sein des systèmes d'échange locaux. Mais le constat ne peut se limiter à cette seule catégorie de techniques de partage, et doit être étendu à l'ensemble des communautés fonctionnant selon des principes similaires d'échanges (réciproques ou non) circulaires, et se dispensant de tout intermédiaire monétaire.

424. La pérennité de la relation : un but atteint grâce aux permutations successives – Pour aboutir à la réalisation des différents objectifs fixés par les communautés, au sein desquelles l'on retrouve donc indiscutablement la volonté de (re)création et de pérennisation du lien social, celles-ci doivent donner effectivement naissance à des contrats successifs. Plus précisément, c'est parce que l'ensemble des membres du groupe joue le jeu des échanges successifs, qu'il est possible pour tout un chacun d'obtenir le bien ou service convoité par l'intermédiaire d'un autre membre de la communauté. Les différentes permutations qui se nouent successivement et de manière circulaire entre les différents adhérents sont donc une condition *sine qua non* de la vie et du bon fonctionnement de la communauté. Il est dès lors indispensable que des contrats successifs soient conclus, sans quoi il est impossible de remplir les objectifs fixés dans l'acte originel : sans permutation, aucun mouvement de grains ne peut être effectué. Sans mouvement de grains permettant à *Primus* de bénéficier d'un solde créditeur, celui-ci ne peut demander l'exécution d'une quelconque prestation. Autrement dit, si *Primus* ne propose et ne réalise aucune prestation à destination des membres de sa communauté, il lui sera quasiment impossible de prendre part au jeu des échanges circulaires. Pour remédier à cette difficulté, les communautés peuvent faire « crédit » d'un certain montant de grains, afin qu'un membre (dont le compte est généralement à zéro) puisse accéder à un bien ou un service dont il pourrait avoir

²⁰³⁸ SERVET J. M., *op. cit.*, p. 272.

besoin, notamment lors de son entrée dans la communauté. Toutefois, cela crée indéniablement une dette, le compte dudit membre étant alors débiteur d'un montant x de grains. Or, puisque les communautés fixent, en principe, une limite au crédit, le membre en question sera obligé de fournir un bien, de réaliser une prestation ou de faire bénéficier autrui d'un savoir-faire, afin que son compte puisse être ramené à l'équilibre, et qu'il puisse continuer à bénéficier des avantages offerts par sa communauté.

C'est par conséquent la succession des permutations réalisées entre les membres qui permet de faire vivre la relation contractuelle unissant l'ensemble des adhérents à la communauté. Dès lors, si les contrats successifs d'application sont importants, ce n'est pas tant pour le bien, le service ou le savoir-faire auquel ils donnent droit, que pour le but plus général qu'ils permettent d'atteindre : la pérennité de la relation contractuelle unissant globalement l'ensemble des membres de la communauté. Sans ces différentes permutations ponctuelles, le fonctionnement des communautés n'est plus assuré et la pérennité des relations est alors fortement mise en danger. Si cette situation est bien différente de celles évoquées dans les études ayant vocation à valoriser les relations contractuelles, elle demeure indéniablement le signe d'un basculement « du contrat à la relation »²⁰³⁹. Or, un tel changement de paradigme lié notamment au rôle joué par les communautés et à l'importance du maillage de relations contractuelles ainsi formé, a des incidences directes sur le droit des contrats.

B. Un changement de prisme au profit de la relation contractuelle

425. L'intérêt de la notion de contrat relationnel au regard de la théorie des contrats – La notion de contrat relationnel, bien que ne pouvant prescrire l'application d'un régime juridique spécifique en l'absence de critère précis de définition, n'est pas pour autant dépourvue de tout intérêt. En permettant d'attirer l'attention sur la réalité contemporaine de la pratique contractuelle qui accorde davantage d'importance à la relation entre les parties, comme en témoigne parfaitement le maillage des relations de partage, elle permettrait, pour certains, un « éclairage de la notion de contrat »²⁰⁴⁰. Plus précisément, l'étude du fonctionnement des communautés à l'aune de la théorie du contrat relationnel, souligne la nécessité de valoriser les relations contractuelles. Et si quelques avancées peuvent être signalées au sein des nouvelles dispositions du Code civil, comme la référence à la « confiance » entre cocontractants pour justifier l'existence d'une obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ.), celles-

²⁰³⁹ ROCHFELD J., *art. préc.*

²⁰⁴⁰ LAITHIER Y.-M., « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.

ci ne sauraient suffire à rendre compte du mouvement d'ensemble qui se profile. C'est donc pour tenter d'adapter le droit des contrats à ces nouvelles réalités qu'il nous semble nécessaire de procéder à certains ajustements.

1. Le caractère normatif de la relation : vers la reconnaissance du contenu non obligationnel du contrat

426. La mise en exergue du caractère normatif de la relation – Sur le plan juridique, la relation peut être définie par référence aux « rapports de droit ou (et) de fait entre deux ou plusieurs personnes », autrement dit aux « liens (juridiques ou non) qui les unissent »²⁰⁴¹. Ces rapports prennent des formes variées et permettent de prendre en compte les comportements, pratiques ou habitudes des parties. Or, l'effet normatif de la relation ne saurait être remis en question puisqu'il ne fait pas de doute que le comportement des parties peut, en tant que tel, impliquer des effets de droit. C'est notamment le cas de la règle du nouvel article 1120 du Code civil en application de laquelle « le silence ne vaut acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement des usages, *des relations d'affaires* ou des circonstances particulières ». Ainsi, alors même qu'en principe, l'on ne peut considérer une partie comme engagée lorsque celle-ci n'a dit mot²⁰⁴², l'existence d'une relation d'affaires antérieure peut permettre de renverser la règle : lorsque ladite relation a donné naissance à un certain nombre de contrats de même nature, le silence se transforme alors en un « signe » équivalant à une acceptation²⁰⁴³. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de considérer qu'une offre avait été acceptée malgré l'absence de réponse du bénéficiaire, parce qu'elle était « conforme aux relations habituelles des parties »²⁰⁴⁴.

Le Code de commerce, quant à lui, a consacré la « relation commerciale établie »²⁰⁴⁵ dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques (Loi NRE) du 15 mai 2011, l'ancien

²⁰⁴¹ CORNU G. (dir.), *V° « Relation(s) », Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 880.

²⁰⁴² Civ. 25 mai 1870, DP 1870. I. 257 ; S. 1870. I. 341 : en droit, « le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée » ; CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, coll. Grands arrêts, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 24 et s., n°146.

²⁰⁴³ GODÉ P., *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977, p. 241, n°229.

²⁰⁴⁴ Com., 15 mars 2011, n°10-16.422, RDC 2011, p. 795, obs. GENICON T.

²⁰⁴⁵ ROCHFELD J., « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671 : la relation commerciale établie se définirait, selon les tribunaux, comme « une relation qui s'est étalée sur une période de temps non négligeable, soit d'une relation qui, même de courte durée au moment de la rupture, avait vocation à perdurer, sans que des éléments perturbateurs pouvant conduire à une rupture aient déjà pu être constatés ».

article L.442-6 (art. L. 442-1, II nouv.) sanctionnant la rupture brutale d'une telle relation²⁰⁴⁶.

L'on retrouve également des références à la relation contractuelle des parties à l'article 1111 du Code civil définissant le contrat cadre comme l'« accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques de leurs *relations contractuelles futures* » ou, de manière plus significative, à l'article 1163 alinéa 3. En application de cette dernière disposition, la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite notamment par référence « aux *relations antérieures* des parties, sans qu'un nouvel accord [...] soit nécessaire ».

Cette incidence normative de la relation n'est d'ailleurs pas spécifique au droit français²⁰⁴⁷. L'on en veut pour preuve les articles 1.9 des principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, et 1 : 105 (1) des Principes du droit européen des contrats en application desquels, « les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles ».

427. Une étape supplémentaire vers la reconnaissance du contenu non obligationnel du contrat – Reconnaître le caractère normatif de la relation contractuelle pose toutefois question au regard des effets attribués au contrat. En effet, l'article 1101 du Code civil définit la notion presque exclusivement par référence à son rôle dans la production, la modification ou l'extinction des obligations. Toutefois, « relation » et « obligation » ne sont pas synonymes. La première est une notion plus vaste que la seconde qui renvoie, quant à elle, uniquement au « lien de droit (*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes [...] sont tenues d'une prestation [...] envers une ou plusieurs autres » en vertu d'un contrat, d'un quasi contrat, d'un délit ou de la loi²⁰⁴⁸. Dès lors, affirmer que la relation a un caractère normatif, et peut ainsi obliger les parties, paraît aller à l'encontre de la notion même de contrat qui, semble-t-il, n'a d'autre effet que de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

En réalité, il convient de rappeler que le contrat a pour effet, de « crée[r] une nouvelle norme juridique » qui ne peut se résumer aux rapports d'obligation entre les parties, le contrat pouvant tout aussi bien avoir un contenu non obligationnel²⁰⁴⁹. Avant l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, le contrat permettait simplement de produire des obligations,

²⁰⁴⁶ L'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 a simplifié l'ancien article L.442-6 et déplacé le dispositif de sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie à l'article L. 442-1, II : P. FLEURY, « L'article L. 442-6 du Code de commerce réformé en profondeur ! », *RLDC* 2019, n°171.

²⁰⁴⁷ LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

²⁰⁴⁸ CORNU G. (dir.), *V° « Obligation »*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 695.

²⁰⁴⁹ ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 et s., spéc. n°5.

leur modification, transmission ou extinction relevant du domaine de la convention, de manière identique aux autres effets de droit. Néanmoins, cette définition restrictive était déjà critiquée et les auteurs considéraient, dans leur très grande majorité, que la distinction entre le contrat et la convention était d'ordre purement formelle et dénuée d'intérêt pratique. Les deux notions étaient dès lors utilisées indistinctement et l'on put écrire que « la théorie générale du contrat est finalement celle de la convention »²⁰⁵⁰. Or, il fut remarqué, à raison, que la convention ne se bornait pas à créer, modifier ou éteindre des obligations, autrement dit des droits personnels, rien ne l'empêchant de porter également sur des droits réels²⁰⁵¹ (la vente, par exemple, entraîne tout à la fois l'obligation de livrer le bien, et le transfert de la propriété à l'acquéreur). Ainsi, la convention et, *mutatis mutandis*, le contrat, peut de manière générale « créer, modifier, transférer ou éteindre *tous les droits patrimoniaux, y compris les droits intellectuels* »²⁰⁵².

Cette remarque est d'autant plus vraie désormais que le nouvel article 1101 issu de l'ordonnance de 2016 aligne la définition du contrat sur celle de la convention. Dorénavant, le Code ne limite plus l'effet de celui-ci à la production d'obligations, et étend son domaine à la modification, la transmission et l'extinction de ces dernières. Certes, il est possible de considérer que la distinction entre le contrat et la convention n'a pas disparu au regard du contenu de l'article 1100-1 : en application de cette disposition, « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». Dans ce cas, le contrat serait limité à un contenu obligationnel lorsque la convention aurait pour fonction de produire d'autres effets de droit. Il nous semble toutefois préférable de voir, dans la nouvelle définition du contrat, une absorption de la convention et, de fait, une disparition de la distinction critiquée de longue date²⁰⁵³. Et puisque le contrat doit avoir, aujourd'hui comme hier, les mêmes effets que ceux reconnus à la convention, il convient de ne pas limiter ses effets aux opérations portant sur des obligations, sous peine de priver de nature contractuelle, des actes comme la constitution d'une

²⁰⁵⁰ GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, p. 3, n°4.

²⁰⁵¹ V. not. GUERLIN G., « Contrat et convention (Projet, art. 1101, 1194 et 1329) », in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et proposition*, Dalloz, 2015, p. 1.

²⁰⁵² GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, p. 4, n°6 ; LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. p. 220 : « le contrat est l'acte créateur d'effets juridiques obligatoires, et il n'est que cela ».

²⁰⁵³ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 57 ; *contra*, GUERLIN G., « Le contrat est une convention, mais toutes les conventions ne sont pas des contrats... », *LEDC* mars 2016, p. 2 ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 77, n°75. Les Professeurs Chantepie et Latina considèrent que la nouvelle définition du contrat ne permet pas de conclure à une fusion avec la catégorie des conventions, mais regrettent en revanche que l'ordonnance de 2016, à la différence de ce qui fut proposé par l'avant-projet d'ordonnance en 2015, n'ait pas opéré une telle fusion.

personne morale ou d'un droit réel. Dès lors, le constat selon lequel, « en tant que convention, [le contrat] peut [...] déployer de multiples effets non obligationnels »²⁰⁵⁴, semble devoir continuer à s'appliquer. Par conséquent, il apparaît plus opportun de conclure à l'impossibilité de définir le contrat uniquement par référence à son contenu obligationnel en refusant d'admettre qu'il puisse également entraîner des effets non obligationnels²⁰⁵⁵, comme en témoigne l'incidence normative de la relation.

Il fut pourtant affirmé que les effets normatifs de la relation subissaient, en réalité, un « phénomène d'absorption [...] par l'obligation contractuelle », en ce que ladite relation créerait soit une obligation nouvelle, soit viendrait modifier l'exécution d'une obligation existante. Suivant cette analyse, « la distinction entre relation et obligation, intellectuellement concevable », ne serait toutefois « pas tenable juridiquement parce que la relation ne produit pas d'effets juridiques qui ne soient pas ceux de l'obligation »²⁰⁵⁶. Une réponse aussi tranchée ne paraît pourtant pas nécessairement opportune. À titre d'illustration, lorsque la relation est prise en compte pour admettre la formation du contrat, il n'y a pas, à proprement parler, création d'une obligation de contracter. La convention est, en effet, formée en l'absence de réponse lorsque les parties ont déjà conclu, à maintes reprises, un contrat similaire. La conclusion du contrat ne résulte donc pas d'une obligation des parties en tant que telle, mais de l'effet obligatoire créé par la relation, étant ici rappelé que tout ce qui a une nature obligatoire au sein d'un contrat ne résulte pas nécessairement d'une obligation²⁰⁵⁷. Le glissement opéré vers la relation, dont les contrats de partage sont le témoin privilégié, impose donc, nous semble-t-il, de faire évoluer la vision contemporaine du contrat pour y intégrer les effets non obligationnels.

²⁰⁵⁴ GUERLIN G., « Le contrat est une convention, mais toutes les conventions ne sont pas des contrats... », *LECD* mars 2016 ; GUERLIN G., « Contrat et convention (Projet, art. 1101, 1194 et 1329) », in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, Dalloz, 2015.

²⁰⁵⁵ Le Professeur Ancel a magistralement démontré l'existence des effets non obligationnels du contrat en soulignant la méprise consistant à réduire le contrat à la seule création d'obligations. En effet, celui-ci peut également éteindre ou transférer un droit, ou « créer un droit ou une situation juridique nouvelle » : V. ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, p. 771 et s., spéc. n°13 et s. Dans le même sens, V. également LEQUETTE S., « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541 et s., spéc. n°17.

²⁰⁵⁶ LAITHIER Y.-M., *art. préc.*

²⁰⁵⁷ ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, p. 771 et s., spéc. n°9 : « les "obligations" auxquelles, dans la conception la plus répandue, les règles de droit assujettissent les personnes ne s'inscrivent pas nécessairement dans le schéma technique du rapport d'obligation, c'est-à-dire d'un rapport entre deux personnes en vertu duquel l'une (le créancier) peut exiger quelque chose de l'autre (le débiteur) ». Il convient donc de distinguer « l'obligatoire » de « l'obligation », « l'obligatorité » de « l'obligationnel ».

2. La prévalence de la phase d'exécution

428. L'insuffisance d'une notion bâtie sur le modèle du contrat de vente – Le pas supplémentaire établi vers la reconnaissance du contenu non obligationnel du contrat n'est pas le seul élément pouvant être observé grâce au mouvement général consistant à valoriser la relation. La théorie générale et le droit commun des contrats semblent « avoir évolué dans une direction similaire à ce que met en avant la théorie du contrat relationnel »²⁰⁵⁸ et le maillage des relations de partage. La vision du contrat s'est ainsi progressivement transformée et la notion est désormais bien différente de la représentation que s'en faisait, en 1804, les rédacteurs du Code.

Aux origines de la codification napoléonienne, la vente fut élevée au rang de modèle de référence et concentra une grande partie de l'attention du législateur, comme en témoignent les quelques deux-cents pages qui lui sont consacrées au sein des travaux préparatoires²⁰⁵⁹. Il s'agissait principalement de permettre une fluidité et une efficacité des échanges économiques en faisant « circuler » les biens : « en 1804, la vente est clairement perçue comme l'impulsion juridique qui doit permettre à la France de sortir avec vigueur de l'inertie de l'Ancien Régime et des troubles de la Révolution »²⁰⁶⁰. Cette prédominance du contrat de vente se retrouve encore au sein du Code civil qui lui consacre toujours plus d'une centaine d'articles. Cependant, l'élaboration d'un droit commun applicable à une variété de contrats distincts sur le modèle unique d'un contrat par nature instantané, interpelle. Une telle construction est en effet critiquable en raison des insuffisances inhérentes à un modèle général confinant presque à la « caricature »²⁰⁶¹. En effet, bien que la vente reste sans doute « le plus usuel des contrats »²⁰⁶², il est impossible d'occulter le mouvement qui tiraille actuellement la matière. *Sous* l'impulsion de la pratique, les contrats se diversifient et, à côté d'une certaine résurgence des « formes contractuelles archaïques »²⁰⁶³ comme le don ou l'échange, l'on constate une concurrence accrue de contrats dont la nature et le régime sont parfois mieux adaptés au développement des sociétés de consommation modernes. Le contrat d'entreprise en est un exemple flagrant et a

²⁰⁵⁸ BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 et s., spéc. p. 356 et s.

²⁰⁵⁹ FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1826.

²⁰⁶⁰ ANCEL M. E., « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in *Code civil et modèles*, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2005, p. 285 et s., spéc. p. 288, n°6.

²⁰⁶¹ LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. p. 223, n°16.

²⁰⁶² CARBONNIER J., « Sociologie de la vente », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^{ème} éd., LGDJ, 1988, spéc. p. 281.

²⁰⁶³ *Ibid.* et s., spéc. p. 282 et s.

souvent été présenté comme un substitut adapté pour encadrer l'activité économique. Ce contrat, fréquemment qualifié de « bonne à tout faire » des contrats spéciaux²⁰⁶⁴, recueille ainsi les faveurs d'une partie de la doctrine qui appelle de ses vœux la construction d'un nouveau modèle de référence fondé sur ce contrat²⁰⁶⁵.

Nombreux sont donc les auteurs à critiquer l'hégémonie de la vente dans la construction du droit des contrats²⁰⁶⁶. L'étude des pratiques valorisant la relation contractuelle au premier rang desquelles se situe l'économie de partage, ne fait que confirmer la nécessité de penser la notion de contrat de façon plus éclectique, le contrat ne pouvant être uniquement conçu comme un « instrument de transaction », en ce qu'il doit également pouvoir être un « instrument d'organisation »²⁰⁶⁷.

429. De l'échange des consentements à la phase d'exécution – Nous l'avons dit, en se construisant principalement autour de la vente, le contrat de 1804 a été pensé sur le modèle du « coup de foudre »²⁰⁶⁸. La vente étant, par nature, le contrat « le moins à même de s'établir dans la durée, puisqu'il incarne [...] l'immédiatement et la simplicité de l'échange »²⁰⁶⁹, l'on a ainsi réduit la notion de contrat au modèle de la convention instantanée qui s'exécute en un trait de temps. L'attention est alors focalisée sur la phase de formation²⁰⁷⁰, conçue le plus souvent comme une « union spontanée et instantanée de deux volontés »²⁰⁷¹. Traditionnellement, le contrat est vu comme une source d'obligations²⁰⁷², et uniquement comme cela²⁰⁷³. Mais cette

²⁰⁶⁴ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P. Y., *Droit des contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 443, n°459.

²⁰⁶⁵ DE JUGLART M., « La vente : un contrat en voie d'extinction au profit du contrat d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly éd., Litec, 1991, p. 63.

²⁰⁶⁶ ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. Paris, 1965, p. 568 et s., n°185 : « l'on ne raisonne, d'une façon générale, en des termes qui ne pourraient guère s'appliquer [...] qu'au contrat synallagmatique ». « Ce qui n'était qu'une description, viciée par une confusion, d'un phénomène réel, devient pure erreur lorsque les qualités de sujet actif et passif des rapports obligatoires ne sont pas confondues sur la même tête » ; JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et patr.* 1998, p. 46 et s., spéc. p. 52 ; FABRE-MAGNAN M., « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 et s. ; LEQUETTE S., « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541 et s., spéc. n°15 et 16 ; LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. p. 223 et 224, n°15 et 16. Pour une vision plus modérée et soulignant également les raisons expliquant que la vente puisse être considérée comme un modèle, V. ANCEL M. E., « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », *art. préc.*

²⁰⁶⁷ JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *art. préc.*, p. 46 et s., spéc. p. 52.

²⁰⁶⁸ MOUSSERON J. M., « La durée dans la formation des contrats », *art. préc.* V. *supra*, n°347 et s.

²⁰⁶⁹ LIBCHABER R., *art. préc.*, p. 211 et s., spéc. p. 223, n°15.

²⁰⁷⁰ JAMIN Ch., « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA* 1998, p. 25.

²⁰⁷¹ MOUSSERON J. M., « La durée dans la formation des contrats », *art. préc.*

²⁰⁷² AYNÈS L., « Le devoir de renégocier », *RJ com. nov.* 1999, p. 11 et s., spéc. p. 12, n°5.

²⁰⁷³ BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *art. préc.*, p. 339 et s., spéc. p. 356.

représentation du contrat, si tant est qu'elle ait, un jour, été à même de fournir une image fidèle de la notion, est actuellement remise en question eu égard aux transformations qui agitent la matière. Nous l'avons souligné, la relation contractuelle et, avec elle, l'importance accordée à la durée du contrat, acquiert une nouvelle dimension. Les contrats qui s'exécutent sur une certaine période de temps sont toujours plus nombreux, comme en témoigne notamment l'invention des contrats-cadre et des contrats d'application, ce qui conduit doctrine et pratique à déplacer le regard vers la phase d'exécution²⁰⁷⁴. Le contrat qui était auparavant conçu comme « un bloc cristallisé de droits et d'obligations constitué une fois pour toutes [et étant] indifférent à ses propres déséquilibres internes », passe du statut de « création statique », à celui de « lien » souple ayant vocation à évoluer au cours de la relation²⁰⁷⁵. Cette prise en compte de la relation implique de reconnaître l'impact que peut avoir le temps et impose, dès lors, de ne pas s'arrêter à la formation du contrat. Pour que celui-ci puisse perdurer et que la relation contractuelle survive aux affres du temps, la phase d'exécution (interprétation des termes du contrat, modalités d'exécution, possibilité de révision par le juge ou adaptation grâce aux clauses prévues en amont par les parties, expiration du terme ou prolongement de la convention, *etc.*) doit être au cœur de toutes les préoccupations. Puisque les contrats de partage n'ont de sens qu'une fois insérés dans la relation globale qui se noue au sein des communautés, c'est sur cette relation qu'il convient de focaliser l'attention en mobilisant l'ensemble des outils permettant de la pérenniser. Certes, l'ordonnance de 2016 permet une certaine avancée en la matière, en admettant notamment le principe de la révision pour imprévision (art. 1195 C. civ.). Toutefois, il ne s'agit semble-t-il que de correctifs ponctuels. Il est ainsi possible de regretter que l'esprit des textes n'ait pas fait l'objet d'une profonde modernisation, le législateur ayant vraisemblablement manqué l'occasion de rajeunir le droit des obligations afin d'harmoniser ses dispositions avec les impératifs majeurs de la pratique contractuelle.

430. La nécessité de prendre en compte la dimension plurielle de la notion de contrat : l'occasion manquée de l'ordonnance de 2016 – Le temps ne peut donc être considéré uniquement de manière linéaire, puisque la vision d'un contrat intangible et immédiat est incapable de s'appliquer de manière générale à l'ensemble des conventions. Pour ne pas

²⁰⁷⁴ LAITHIER Y.-M., *art. préc.* ; BEALE H., « L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 117 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis, Droit, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 214, n°182.

²⁰⁷⁵ THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s., spéc. n°5 et s.

« s'aligner sur une perception anachronique du temps et unitaire de la notion de contrat »²⁰⁷⁶, il est important de reconnaître que ladite notion a une nature plurielle. Il n'y a donc pas « un » mais « des » contrats²⁰⁷⁷, puisqu'il existe une pluralité des modèles cognitifs. Mais si l'on pouvait comprendre qu'en 1804, le législateur ait axé la notion sur la phase de formation et son effet principal, à savoir la création d'obligations, le maintien d'une présentation quasiment identique en 2016 est discutable. Fermant les yeux sur la profonde mutation qui bouleverse depuis plusieurs décennies le droit des obligations, l'ordonnance portant réforme du droit des obligations n'a fait qu'intégrer, au domaine du contrat, ce qui relevait auparavant de celui de la convention (qu'il s'agisse d'insérer tous les effets de droit comme nous préférons le penser, ou simplement d'ajouter la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations)²⁰⁷⁸.

Comme l'exprimait déjà le Professeur Rouhette, il convient de distinguer le « contracter », c'est-à-dire la procédure d'élaboration de la norme, du « contracté » qui renvoie à la norme produite à la suite de la formation de l'acte²⁰⁷⁹. Or, le changement de paradigme mis au jour précédemment impose de se focaliser non pas sur la procédure d'élaboration du contrat à laquelle renvoie l'accord des volontés, mais à « ce qu'il est une fois formé »²⁰⁸⁰. Ce qui conduit la notion à avoir une pluralité de visages, c'est la diversité des opérations économiques qu'elle permet d'encadrer : il ne s'agit plus simplement de permettre une permutation de biens et services puisqu'il peut désormais être question d'organiser une distribution, voire une coopération entre les parties, ce qui implique, de fait, une certaine perpétuation de la relation dans le temps.

Il importe donc de concevoir le contrat avec assez de souplesse pour que la relation entre les parties puisse effectivement être pérenne. En effet, les parties doivent avant tout chercher à organiser la relation de sorte qu'elle puisse survivre aux affres du temps en prévoyant notamment des outils permettant d'appréhender les évolutions futures qui pourraient impacter la convention²⁰⁸¹ : aujourd'hui plus que jamais, le contrat est un véritable « organisme

²⁰⁷⁶ JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *art. préc.*, p. 46 et s., spéc. p. 52.

²⁰⁷⁷ Il y a dès lors une « théorie des contrats » et pas simplement une « théorie du contrat » : ERBES-SEGUEIN S., *Le contrat. Usages et abus d'une notion*, coll. Sociologie économique, Desclée de Brouwer, 1999, cité par MEKKI M., « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC* 2006, p. 297.

²⁰⁷⁸ Sur la nouvelle définition de l'article 1101 du Code civil, V. supra, n°199.

²⁰⁷⁹ ROUHETTE G., *th. préc.*, p. 345, n°91. Déjà en ce sens, KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 33 et s., spéc. p. 35 et 36 ; DESHAYES O., « Tiers et contrat en France », *Les tiers*, coll. Travaux de l'Association H. Capitant, t. LXV, Bruylant, 2016, p. 101, n°1.

²⁰⁸⁰ LEQUETTE S., « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541 et s., spéc. n°22.

²⁰⁸¹ Rappr. BORESTEL-LILL J., *Essai sur une théorie relationnelle du contrat*, Th. Paris I, 2008, p. 239 et 240, n°369.

vivant »²⁰⁸². Il ne peut donc se départir du contexte dans lequel il s'inscrit. « Le contexte social déterminé [...] ne permet pas d'isoler les conventions des parties de toute intervention extérieure »²⁰⁸³ : le juge, ou une autre personne tierce à l'image d'un arbitre, doit donc pouvoir intervenir lorsque les parties ne parviennent pas seules à sortir de l'impasse, pour solutionner les différends, adapter les conventions à l'évolution de la situation et permettre ainsi la pérennité de la relation.

Partant, après avoir replacé les opérations ponctuelles réalisées au sein des communautés dans le contexte global auquel elles appartiennent, tout en admettant la nécessité de se concentrer sur le maillage de relations ainsi formé²⁰⁸⁴, il faut reconnaître que le contrat ne peut se réduire à l'accord ponctuel des volontés déterminant une fois pour toutes les différentes obligations imposées aux parties. Ce qui importe, c'est la relation qu'il permet d'établir. De fait, « la destinée du contrat ne se lit pas dans les seules clauses sur lesquelles l'accord s'est fait ; elle se dessinera progressivement sous l'influence du comportement des parties, de l'évolution des circonstances ou du cadre légal, des interventions du juge ou de l'arbitre »²⁰⁸⁵. Et concevoir le contrat comme un lien, à l'instar de ce que paraît recommander l'économie de partage, implique de prendre en compte des éléments « ajuridiques » comme la confiance et l'attente légitime²⁰⁸⁶ : c'est parce que les différents individus se témoignent une confiance réciproque et, *a fortiori*, seront soucieux de respecter les attentes de leur cocontractant, qu'il est possible d'établir une relation contractuelle pérenne, comme l'illustrent parfaitement les relations tissées au sein des communautés.

²⁰⁸² AYNÈS L., « Le devoir de renégocier », *RJ com. nov.* 1999, p. 11 et s., spéc. n°6 p. 12.

²⁰⁸³ FONTAINE M., « Bonne foi, contrats de longue durée, contrats relationnels », *Principles of proper conduct for supranational, state and private actors in the European Union : towards a IUS Commune : essays in honour of Walter Van Gerven*, Antwerpen - Groningen - Oxford - Intersentia, 2001, p. 541 et s., spéc. n°15, p. 549.

²⁰⁸⁴ Ce maillage donne lieu à la naissance de véritables ensembles contractuels qu'il conviendra d'étudier dans la suite des développements. V. *infra*, n°455 et s.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, spéc. n°20, p. 550.

²⁰⁸⁶ BORESTEL-LILL J., *th. préc.*, p. 245 et s., n°374 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

431. Les contrats successifs de partage : des contrats innomés – Les communautés fonctionnent grâce à la conclusion d'une multitude de contrats d'application liant les différents membres les uns après les autres. Or, contrairement au contrat-cadre originel, la nature de ces contrats est difficilement saisissable. Si certaines catégories de contrats nommés peuvent être exclues d'emblée, comme celles des libéralités ou des contrats de crédit, la question de l'adaptation des autres qualifications doit être posée. S'agissant des contrats translatifs, la vente doit rapidement être écartée eu égard à l'absence de paiement d'un prix en matière de partage. En revanche, la possible parenté des contrats successifs de partage avec le contrat d'échange doit être analysée. Les pratiques étudiées font notamment écho au troc, en ce que les contractants ne paraissent pas animés des mêmes intentions que lorsqu'ils recourent, par exemple, au contrat de vente : le profit monétaire n'étant pas le but principal de l'opération, l'on aurait tôt fait de voir, dans les contrats de partage, un retour aux formes contractuelles archaïques. Il faut toutefois se garder d'une telle conclusion, le contrat d'échange de l'article 1702 du Code civil étant un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux et permettant à chaque contractant de se transférer un droit pour un autre tout en se dispensant de l'intermédiaire monétaire. Les contrats de partage donnant principalement lieu à des obligations de *facere* et de *praestare*, l'absence d'un transfert réciproque entre deux patrimoines s'oppose à une telle qualification. Et lorsqu'un bien passe effectivement d'un patrimoine à un autre, le rattachement des contrats objets de la présente étude au domaine de l'échange se heurte à leur caractère *a priori* unilatéral. Le résultat n'est pas différent du côté des contrats portant sur la mise à disposition ou l'usage d'un bien. Il ne saurait être question de caractériser l'existence d'un bail en l'absence de paiement d'un loyer, lorsque le caractère onéreux des contrats de partage exclut la qualification de prêt à usage. L'observation de la réalité pratique du partage souligne en outre l'absence quasi totale d'opération portant sur un bien consommable, éloignant les contrats passés dans ce cadre de la qualification de prêt de consommation. En l'absence de rémunération fournie par le donneur d'ordre, et en raison du caractère unilatéral des pratiques étudiées, la qualification de contrat d'entreprise doit également être écartée. L'impossibilité de considérer que les prestations effectuées en matière de partage relèvent de la catégorie des actes juridiques et non matériels et seraient effectuées au nom et pour le compte d'une autre personne, empêche, pour sa part, de considérer les contrats en cause comme des contrats de mandat. Le Code civil ne permet donc pas, en l'état, d'offrir plus aux contrats de partage que la seule théorie générale des obligations. Le droit positif ne dispose d'aucune catégorie juridique

adaptée aux relations interindividuelles qui se nouent entre les membres des communautés et qui tirent leurs particularités du maillage général dont elles participent. Mais le fonctionnement innovant et original des communautés, bien que difficilement saisissable *via* les outils classiques du droit des contrats, s'explique en réalité par la prévalence de la relation contractuelle globale sur les relations interindividuelles.

432. Un changement de prisme : l'appréhension du fonctionnement des communautés eu égard à l'importance accordée à la relation – Si aucune catégorie de contrats nommés ne permet de saisir les contrats d'application dont il est ici question, l'on peut toutefois espérer, *via* la mise en exergue d'un trait saillant du partage, éclairer avec plus de précisions le fonctionnement des communautés. En effet, en la matière, la relation contractuelle prend une dimension toute particulière et est placée au centre de toutes les attentions. L'ensemble des permutations successives réalisées entre les membres est ainsi au service de la relation et si elles permettent à chacun d'obtenir un bien, un service ou un savoir-faire, leur rôle principal est de pérenniser le fonctionnement des communautés. Sans l'enchaînement de ces différents contrats successifs, les communautés ne sont d'aucune utilité, qu'il s'agisse de répondre aux besoins immédiats de leurs membres, ou d'aboutir aux objectifs fixés, à savoir notamment, le développement du lien social, la solidarité, l'entraide, et plus généralement, la promotion de modes de consommation respectueux de ces enjeux. Le prisme se déplace alors pour passer du contrat à la relation contractuelle. C'est donc pour tenter de mettre en lumière ce trait caractéristique du partage que l'on est conduit à étudier la théorie des contrats relationnels développée par la doctrine américaine.

433. La nécessité d'appréhender plus largement la notion même de contrat – Néanmoins, l'absence de critère précis de définition s'oppose à la potentielle traduction de la théorie des contrats relationnels en droit français et, de fait, à son utilisation pour saisir les contrats successifs de partage. En revanche, malgré l'impossibilité de découvrir une nouvelle catégorie de contrats, les différentes réflexions menées à cette occasion attirent encore davantage l'attention sur cette partie de la réalité de la pratique contractuelle contemporaine et ne peuvent rester sans conséquence sur le contrat en tant qu'objet juridique. La relation ayant un véritable caractère normatif, l'on est conduit à faire un pas de plus vers la reconnaissance du contenu non obligationnel du contrat. De plus, la construction de la matière sur le modèle de la vente, contrat instantané par nature, questionne eu égard à l'importance croissante accordée aux liens unissant les parties et donc, *ipso facto*, à la durée de la convention. La nécessité de garantir la pérennité

des relations impose alors de tenir compte du mouvement qui tiraille le contrat. Il importe aujourd'hui plus que jamais, de focaliser l'attention non sur la phase de formation, mais sur celle d'exécution et de reconnaître la nature plurielle de la notion. Et pour tenir compte de cette diversification des formes contractuelles dont témoignent les contrats de partage, il semble opportun de reconnaître l'importance de la « fonction liante » du contrat²⁰⁸⁷ et de l'envisager ainsi comme le lien contractuel établi entre les parties et ayant vocation à s'inscrire dans une certaine durée. Une telle perception permettrait alors de traduire l'évolution soulignée tout au long des développements et que le fonctionnement des communautés met en avant : les contrats successifs de partage, rétifs aux catégories classiques, sont le témoin privilégié de la nécessité de faire profondément évoluer la théorie générale du droit des contrats.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 245, n°373 et 374.

CONCLUSION DU TITRE 1

434. Le rôle du contrat dans la constitution et le fonctionnement des communautés de partage – La communauté ne peut se constituer en dehors de la sphère contractuelle. C'est grâce à un contrat-cadre de coopération que les membres fondateurs lui donnent naissance, et *via* un contrat de société ou d'association qu'il leur est permis de structurer l'entité et de lui donner, si besoin, une personnalité juridique. Le fonctionnement des communautés ne se départit pas plus de la présence du contrat que leur constitution, les membres étant appelés à conclure une multitude de contrats successifs d'application pour faire vivre la communauté, accomplir ses objectifs et réaliser l'intérêt collectif.

435. Du contrat à la relation contractuelle : un changement de paradigme mis en lumière par l'économie de partage – Le contrat dont il est ici question ne manque toutefois pas d'attirer l'attention. En matière de partage, qu'il s'agisse du contrat-cadre originel ou des contrats successifs d'application, un soin tout particulier est apporté à la relation. S'agissant, tout d'abord, de l'acte fondateur, l'étude de ses différentes caractéristiques impose de le rattacher au domaine des contrats coopération et non à celui de l'échange ou de l'organisation. Il ne réalise, en lui-même, aucune permutation de valeur ni n'organise de véritable activité commune. En revanche, il offre la possibilité de réunir des parties aux intérêts convergents en fixant un but et des objectifs communs aux différents membres. Chacun est alors appelé à participer individuellement à la réalisation du projet commun : la pérennité de la communauté et la réalisation des objectifs fixés (revalorisation du lien social, lutte contre l'exclusion, développement de modes de consommation plus durables, *etc.*). On le voit, il ne s'agit plus simplement d'organiser des permutations isolées ou de définir le cadre d'une activité commune, mais de mettre en place un modèle contractuel au sein duquel la coopération entre les parties et, de fait, l'importance accordée à la relation contractuelle, sont placées au centre de toutes les attentions.

Ce mouvement se retrouve également dans le fonctionnement des communautés. Puisqu'il est impossible d'aboutir à une étude véritablement satisfaisante eu égard, uniquement, aux catégories des contrats nommés actuellement identifiées, l'on est tenté de saisir l'essence des contrats successifs grâce à l'identification de cette caractéristique principale du partage : l'importance accordée au lien unissant les membres des communautés. Les contrats successifs ayant pour fonction, au-delà de la seule satisfaction individuelle et immédiate des membres, de faire vivre et de pérenniser le groupe, il est nécessaire de remarquer le changement de prisme

qui a cours en droit des contrats et qui prend de l'ampleur sous l'influence de ces nouveaux modes de consommation. L'attention passant du contrat à la relation contractuelle, l'on ne peut que constater l'existence d'un mouvement profond : le droit des contrats évolue au rythme d'une pratique contractuelle en changement constant et l'attention que l'on portait autrefois au contrat doit désormais être davantage focalisée sur la relation contractuelle en elle-même. Le droit des contrats n'est plus simplement le droit d'un « processus de l'instant », il n'a pas simplement vocation à régir une rencontre immédiate et instantanée des volontés mais, plus largement, à accompagner les parties tout au long de la relation contractuelle. Si ce constat n'est pas nouveau, puisque la pratique et la doctrine ont, depuis longtemps déjà, pris la mesure de ce changement et de l'impossibilité de raisonner sur le modèle unique du contrat de vente et, plus généralement, des contrats instantanés, l'économie de partage apporte une pierre supplémentaire à la réflexion. Il convient alors de tirer des enseignements de cette évolution qui met en exergue le caractère normatif de la relation. Il paraît ainsi nécessaire d'identifier les conséquences de ce mouvement sur le droit des contrats en reconnaissant notamment le contenu non obligationnel du contrat ou en focalisant encore davantage l'attention, non sur l'échange des consentements, mais sur la phase d'exécution et les moyens de pérenniser la relation.

Or, ces relations élargies qui se traduisent par la mise en place de véritables ensembles contractuels, ont également des incidences sur la qualification des différents intervenants.

TITRE 2 : L'INCIDENCE DES COMMUNAUTÉS SUR LA QUALIFICATION DES INTERVENANTS

436. L'élargissement des relations contractuelles : un phénomène se développant au-delà de la sphère du contrat – L'étude des communautés de partage aboutit à mettre en lumière l'existence d'un mouvement bouleversant en profondeur le droit des contrats, et dont la progression semble aujourd'hui arrivée à son paroxysme. Certes, la pratique contractuelle n'a pas attendu l'avènement de l'économie de partage pour évoluer et s'adapter aux réalités contemporaines. Toutefois, ces nouveaux modes de consommation paraissent exacerber les différentes mutations qui ont lieu au sein du droit des contrats et révéler, aujourd'hui plus que jamais, la nécessité d'accorder, au-delà du contrat en tant que tel, une importance toute particulière à la relation contractuelle.

Néanmoins, l'élargissement nécessaire des relations contractuelles mis en lumière par les pratiques de partage ne peut se cantonner aux questions touchant au contrat ou, plus généralement, à la relation contractuelle nouée entre les parties. Dépassant le strict cadre de l'acte juridique que constitue le contrat, l'élargissement dont il est ici question touche les différents intervenants²⁰⁸⁸. Deux phénomènes majeurs peuvent ainsi être signalés. C'est tout d'abord la distinction opposant les parties et les tiers qui doit être questionnée. S'il n'est pas question de remettre en cause son principe, les communautés de partage et leur fonctionnement interrogent en revanche la pertinence des critères utilisés pour opérer le tri entre les individus relevant de l'une ou l'autre des catégories (**chapitre 1**). Mais il ne faut s'arrêter à ce premier constat puisque, au-delà des interrogations concernant l'existence de catégories déjà connues, l'économie de partage est un terrain propice à l'apparition de nouveaux types d'intervenants (**chapitre 2**).

²⁰⁸⁸ Le choix du terme « intervenant » ne doit rien au hasard. Il est en effet préféré à celui de « partie » puisque les pratiques de partage amènent également à s'interroger sur ce qui compose la notion même de partie. Ainsi, pour englober l'ensemble des individus qui prennent part, d'une manière ou d'une autre, aux contrats de partage, et parce que la qualification de partie ou de tiers reste encore à déterminer, le choix du terme « intervenant » paraît plus approprié.

CHAPITRE 1. LA DISTINCTION RELATIVE PARTIE/TIERS

437. L'incidence de l'imbrication des relations contractuelles sur la distinction des parties et des tiers – Comme l'exprimait déjà le Doyen Savatier en son temps, « à mesure que s'étendent les dimensions des forces naturelles maîtrisées, non seulement les contrats se transforment mais il cesse d'être possible de les envisager isolément. Chacun de ces contrats transformés doit, aujourd'hui, être mis en liaison intime, en connexion économique, avec d'autres contrats »²⁰⁸⁹. Il s'agit là d'une réalité pratique que la doctrine n'a pas manqué d'étudier, la délicate appréhension des ensembles contractuels ayant mobilisé les plumes les plus brillantes. L'observateur contemporain semble alors légitimement attiré par les explications proposées avant lui pour comprendre comment la succession des contrats de partage influe sur la qualité des intervenants et amenuise la frontière entre les parties et les tiers (**section 1**). Néanmoins, la communauté devant être considérée comme un cocontractant d'un type particulier, c'est une réflexion plus profonde sur les caractéristiques mêmes de la notion de partie qui permettra d'appréhender la qualité des intervenants du partage (**section 2**).

Section 1 : L'incidence de la succession des contrats sur la qualité des intervenants

438. L'insuffisance des propositions doctrinales en matière d'ensembles contractuels face aux contrats de partage – La doctrine, raisonnant dans le cadre général des ensembles contractuels, a proposé un certain nombre de pistes de réflexion susceptibles d'aboutir à un élargissement ou à un assouplissement de la notion de partie (§ 1). Celles-ci paraissent toutefois insuffisantes, en l'état, pour expliquer la qualité originale des intervenants du partage, chacun venant payer une créance née d'un rapport contractuel qui leur est *a priori* étranger (§ 2).

§ 1 : L'émergence de réflexions sur l'élargissement de la notion de partie

439. L'existence d'opérations *a priori* contradictoires avec le principe de l'effet relatif ou la nécessité de repenser la distinction des parties et des tiers – Prenant acte de la complexification croissante de la pratique contractuelle, la doctrine a entamé une réflexion d'ampleur quant à l'existence, la nature et les incidences des opérations nécessitant la conclusion de plusieurs conventions distinctes. Cette attention portée à ce que l'on pourrait

²⁰⁸⁹ SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Panorama des mutations*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, p. 53, n°46 et 47.

appeler, au sens large, les ensembles contractuels (A) a conduit certains auteurs à plaider pour un assouplissement de la notion de partie après avoir constaté que, malgré le principe de l'effet relatif, les contrats ne pouvaient pas nécessairement être considérés comme indépendants les uns des autres²⁰⁹⁰. Ainsi, comme l'exprime justement le Professeur Michel Cabrillac, « le principe de l'effet relatif doit être adapté au phénomène des contrats imbriqués »²⁰⁹¹ (B).

A. Un préalable nécessaire : l'approche des ensembles contractuels

440. Les liens unissant des contrats distincts : une étude nécessaire au regard de la multiplication des modèles contractuels – Si le droit romain connaissait un nombre limité de pratiques contractuelles, celles-ci n'ont cessé de se développer et la complexité a succédé à la « pauvreté » du droit romain primitif²⁰⁹². Ce mouvement, qui s'est amplifié au cours des dernières décennies, a trouvé un terrain d'élection privilégié avec la pratique des affaires. L'on retrouve, ainsi, un grand nombre de montages contractuels pensés pour répondre aux besoins économiques croissants des contractants et contribuant, de fait, à la sophistication grandissante des opérations juridiques²⁰⁹³. Les opérations de crédit-bail, de location-vente et de location avec option d'achat en constituent un exemple topique : il s'agit de permettre au consommateur ou au professionnel d'utiliser un bien dont le fournisseur reste propriétaire jusqu'au paiement complet des loyers²⁰⁹⁴. Or, ces phénomènes d'« imbrications contractuelles »²⁰⁹⁵ ou de « contrats enchevêtrés »²⁰⁹⁶ permettent d'aboutir à une opération d'ensemble. Aux yeux des parties, ce qui importe n'est pas la réalisation des prestations isolées, mais le résultat

²⁰⁹⁰ La Cour de cassation a eu l'occasion de poser, à plusieurs reprises, la règle selon laquelle, par principe, les différents contrats sont indépendants. V. not. Civ. 8 avr. 1924, DP 1924. I. 118 ; Civ. 13 nov. 1929, DP 1929. I. 131 ; Ce principe découle directement de l'effet relatif des contrats : WALTZ-TERACOL B., *V°* « Indivisibilité », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018 (actualisation : sept. 2020), n°9.

²⁰⁹¹ CABRILLAC M., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s., spéc. n°28.

²⁰⁹² BOULANGER J., « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD civ.* 1950, p. 1 et s., spéc. n°3.

²⁰⁹³ La doctrine exprima notamment cette idée en parlant de « “monstres hybrides” imaginés par la pratique » derrière lesquels « se dissimulent d'impressionnantes opérations industrielles et marchandes qui nécessitent une sophistication juridique toujours plus grande » : MARMAYOU J. M., *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction*, préf. J. Mestre, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2002, p. 11 et 12, n°1 ; BERLIOZ-HOUIN B. et BERLIOZ G., « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz - Sirey, 1985, p. 3 et s. : les auteurs parlent également de « sophistication de plus en plus grande d'opérations industrielles » ; MALBOSC-CANTEGRIL F., *Essai sur l'acte juridique conjonctif*, Th. Toulouse, 1991, p. 3, n°3.

²⁰⁹⁴ Sur la distinction de ces dernières opérations et leur rapprochement des opérations de crédit-bail, V. CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, p. 396 et s., n°349.

²⁰⁹⁵ MARMAYOU J. M., *th. préc.*, p. 17, n°5.

²⁰⁹⁶ CABRILLAC M., *art. préc.*, p. 235 et s., spéc. n°19, p. 248.

économique global auquel leur imbrication permet d'aboutir²⁰⁹⁷. Il serait donc illusoire de continuer à considérer le contrat comme représentant nécessairement une entité isolée²⁰⁹⁸. Au demeurant, parce qu'ils s'insèrent dans les relations économiques et sociales, les contrats sont tous en lien, plus ou moins étroit, les uns avec les autres²⁰⁹⁹. Une question se pose alors. Il convient de se demander où placer le curseur pour considérer que le lien unissant plusieurs contrats est suffisamment puissant pour contraindre le droit à prendre en compte l'opération dans son ensemble, et non chaque partie indépendamment des autres. Cette réflexion n'est toutefois pas nouvelle et les grands noms de la doctrine du XX^{ème} siècle eurent l'occasion de souligner l'existence de cette imbrication des relations contractuelles. Demogue signalait déjà, en 1923, que les actes juridiques ne sont que rarement indépendants et qu'ils doivent généralement être mis en relation les uns avec les autres²¹⁰⁰, lorsque Josserand semblait considérer comme surannée la vision de la doctrine traditionnelle pour laquelle « chaque contrat constitu[e] une unité indépendante »²¹⁰¹. Le Doyen Savatier formulait un constat similaire²¹⁰². Pour autant, la doctrine ne proposa pas immédiatement une étude d'ampleur sur la question et il fallut attendre 1975 pour voir apparaître les premières réflexions majeures sur la question des ensembles contractuels.

441. Le point de départ : la théorie des groupes de contrats – C'est aux Professeurs Teyssié²¹⁰³ et Néret²¹⁰⁴ que l'on doit les premières théories relatives aux groupes de contrats. Dans sa thèse de doctorat, le premier propose d'opérer une distinction entre les chaînes qui représentent une pluralité de contrats conclus successivement et unis par une identité d'objet (chacun étant organisé autour de la même prestation essentielle)²¹⁰⁵, et les ensembles de contrats

²⁰⁹⁷ PELLÉ S., *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007, p. 28 et s., n°27 et s.

²⁰⁹⁸ « La théorie classique a traité le contrat comme un continent superbement isolé alors qu'il peut n'être que l'île d'un archipel animé d'une vie collective » : CABRILLAC M., *art. préc.*, p. 235 et s., spéc. n°19, p. 248.

²⁰⁹⁹ PELLÉ S., *th. préc.*, p. 5 et s., n°6 et s.

²¹⁰⁰ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Éditeurs, 1923, p. 912, n°918.

²¹⁰¹ JOSSERAND L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1 et s., spéc. n°7 et s., p. 8 et s.

²¹⁰² SAVATIER R., *op. cit.*, p. 53, n°47 : « Chacun de ces contrats transformés doit, aujourd'hui, être mis en liaison intime, en connexion économique, avec d'autres contrats. L'ensemble forme l'équipement du pays. Et, dans cet équipement, tous les contrats s'imbriquent et se commandent ».

²¹⁰³ TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975. Pour un exposé de la théorie du Professeur Teyssié, V. BACACHE-GIBEILI M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, p. 34 et s., n°32 et s.

²¹⁰⁴ NÉRET J., *Le sous-contrat*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

²¹⁰⁵ TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 39, n°60.

opérant la réunion de plusieurs conventions afin de parvenir à la réalisation d'un objectif commun²¹⁰⁶. Le second fit, pour sa part, la lumière sur une espèce particulière de chaînes de contrats que le Professeur Teyslié appelle les chaînes par diffraction²¹⁰⁷. Il s'agit, plus précisément, de la technique permettant à un débiteur de faire appel à une nouvelle personne afin que cette dernière exécute, à sa place, les obligations dont elle est débitrice à l'endroit de son créancier : le « sous-contrat » porte ainsi, au moins partiellement, sur le même objet que le contrat principal puisque le débiteur substitué s'oblige à exécuter la même prestation que celle à laquelle s'est engagé le débiteur principal²¹⁰⁸. Il y a alors un rapport de hiérarchie entre le contrat principal et le sous-contrat puisque le second ne peut exister sans le premier : l'existence et la nature du sous-contrat sont conditionnées par le contrat originaire²¹⁰⁹. À la suite de ces travaux, de nombreuses réflexions doctrinales ont vu le jour, principalement afin d'étudier les conséquences de l'existence des groupes de contrats sur l'effet relatif des conventions²¹¹⁰.

442. La réception des ensembles contractuels par la jurisprudence – Emboîtant le pas à la doctrine, la Cour de cassation a rapidement pris la mesure des liens existants entre les contrats. La notion d'ensemble contractuel a ainsi été consacrée par la Haute juridiction dans nombre de décisions et si pour certains, il s'agit désormais d'une notion autonome qui n'a nul besoin d'être expliquée par référence à d'autres notions²¹¹¹, une opinion majoritaire estime nécessaire de lui procurer un fondement²¹¹². Au-delà du critère subjectif consistant dans la connaissance, par les contractants, d'un lien unissant leur contrat²¹¹³, c'est autour du critère objectif que les auteurs cherchent alors à identifier l'élément matériel permettant de constater ledit lien au gré des hésitations prétorienne. Afin de rendre compte de situations au sein desquelles des relations contractuelles sont véritablement imbriquées, notamment pour trancher la question de la disparition d'un contrat subséquent à l'anéantissement de celui avec lequel il est intimement lié, la Haute juridiction fit appel à la notion d'interdépendance contractuelle. Dès

²¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 95 et s., n°175 et s.

²¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 69 et s., n°122 et s.

²¹⁰⁸ NÉRET J., *th. préc.*, p. 103 et s., n°128 et s. ; Pour plus d'explications, V. BACACHE-GIBELI M., *th. préc.*, p. 40 et s., n°42 et s.

²¹⁰⁹ NÉRET J., *th. préc.*, p. 67 et s., n°76 et s.

²¹¹⁰ V. principalement BACACHE-GIBELI M., *th. préc.*

²¹¹¹ NAJJAR I., « La consécration de l'"ensemble contractuel" », *D.* 2004, p. 657. Pour l'auteur, la notion d'ensemble contractuel se suffit à elle-même et il est inutile de l'affubler d'un quelconque qualificatif ; NAJJAR I., « La notion d'"ensemble contractuel" », in *Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq*, LexisNexis, Litec, Éditions du juris-Classeur, 2004, p. 509.

²¹¹² AUBERT DE VINCELLES C., « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, p. 983 et s., spéc. n°3 : le « choix d'un qualificatif » est « nécessaire pour caractériser l'ensemble ».

²¹¹³ *Ibid.*, spéc. n°8 et s.

1980, elle eut l'occasion d'affirmer que des contrats constituant les « deux termes d'un accord d'ensemble » étaient, de ce fait, « interdépendants », de sorte que la résiliation de l'un entraînait celle de l'autre²¹¹⁴. C'est toutefois une notion différente qui semble recueillir les faveurs de la jurisprudence puisque c'est principalement au travers de l'indivisibilité que la Cour de cassation traite des questions touchant aux ensembles de contrats²¹¹⁵.

443. L'indivisibilité : un fondement critiqué – Originellement envisagée par le Code civil pour traiter de l'obligation à prestation indivisible faisant intervenir une pluralité de titulaires (art. 1217 à 1225 anc. et 1320 nouv. C. civ.)²¹¹⁶, la notion d'indivisibilité a ainsi été étendue par la jurisprudence aux hypothèses mettant en scène une pluralité de prestations ou de contrats²¹¹⁷. Il s'agirait alors d'un fondement juridique autonome autorisant les parties à créer un lien de dépendance entre les différents contrats participant à la réalisation d'une même opération d'ensemble²¹¹⁸. Confirmant cette analyse, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 12 mai 1998, fit directement appel à l'article 1217 ancien du Code civil pour conclure à l'existence d'une « indivisibilité conventionnelle »²¹¹⁹. Mais si l'utilisation de

²¹¹⁴ Com. 18 nov. 1980, n° 79-10.725, *Bull. civ.* IV, n° 380. La référence à l'« interdépendance » des contrats ou des prestations se retrouve dans un certain nombre de décisions. V. not. Com. 8 janv. 1991, n° 89-15.439, *Bull. civ.* IV, n° 20, *RTD civ.* 1991, p. 528, obs. MESTRE J. ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, n°94-18.657, *Bull. civ.* I, n°332, *D.* 1996, p. 327, obs. LIBCHABER R. ; *JCP E* 1997. II. 617, n°21, obs. RAYNARD J. ; Pour des exemples récents, V. not. Com. 15 janv. 2020, n°18-10.512 *D.* 2020, p. 148 ; *AJ contrat* 2020, p. 153, obs. CHANTEPIE G. ; *RTD com.* 2020, p. 318, obs. CHAGNY M.

²¹¹⁵ Com. 4 avr. 1995, 93-14585 et 93-15671, *D.* 1995, p. 231, obs. AYNÈS L. ; *D.* 1996, p. 141, note PIQUET S ; Com. 16 janv. 1996, n° 94-12.679, *RJDA* 1996, n°870 ; Com. 28 mai 1996, n°94-11.766, *Bull. civ.* IV, n°146, *RJDA* 1996, n°1289 ; Com. 15 juin 1999, n°97-12.093 et n°97-12.122, *JCP G* 2000. I. 215, n°7. La Cour de cassation applique fréquemment la qualification « d'ensemble contractuel indivisible ». V. not. Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, n°02-10.229, *D.* 2004, p. 657, obs. NAJJAR I. ; Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, n°04-15.456, *Bull. civ.* I, n°306, *D.* 2007, p. 277, note GHESTIN J. ; *D.* 2006, pan. 2638, obs. AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B. ; *RDC* 2007, p. 256, obs. MAZEAUD D. ; Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *Bull. civ.* I, n°190 ; Com. 5 juin 2007, n°04-20.380, *Bull. civ.* IV, n°156, *D.* 2007, p. 1723, obs. DELPECH X.

²¹¹⁶ WALTZ-TERACOL B., *art. préc.*, n°5.

²¹¹⁷ BRIAND Ph., *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, Th. Nantes, 1999, p. 94, n°234 : « cette règle peut alors être désignée "indivisibilité du contrat" » ; MOURY J., « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994, p. 255 et s., spéc. n°3 ; AUBERT DE VINCELLES C., *art. préc.*, p. 983 et s., spéc. n°1 et 2. Rappr. GOUBEAUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 211 et s., n°141 et 142.

²¹¹⁸ AMRANI-MEKKI S., « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Défrénois* 2002, p. 355 et s., spéc. n°23 et s. L'on s'accorde en principe pour admettre qu'il existe une indivisibilité dite objective (ou naturelle) et une indivisibilité subjective résultant de la volonté des parties. Or, pour certains, l'indivisibilité objective ne peut se concevoir quand il s'agit de lier non pas des obligations mais des contrats, puisque « les contrats formant un ensemble restent juridiquement autonomes » (n°25) ; dans le même sens, V. SEUBE J. B., *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1999, p. 428 et s., n°398 et s ; *contra*, BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, Th. Paris II, 2001, p. 16, n°19, note 85.

²¹¹⁹ Com. 12 mai 1998, n°95-15.651 : la Cour de cassation approuva la Cour d'appel d'avoir « retenu que le contrat de bail et le contrat de fourniture exclusive d'électricité passés entre la société CPH et la société Papeterie Philippe Bergès s'interprètent comme aménageant une *indivisibilité conventionnelle au sens de l'article 1217 du code civil*,

la notion d'indivisibilité en matière d'ensemble contractuel peut compter sur un certain nombre de défenseurs²¹²⁰, elle demeure largement critiquée²¹²¹. Depuis un célèbre article du Professeur Boulanger, doctrine et pratique furent alertées quant aux risques liés à une utilisation excessive de la notion²¹²². Plusieurs reproches lui sont ainsi adressés. En premier lieu, l'extension, aux groupes de contrats, d'une notion pensée initialement pour les obligations résultant acte unique, heurte une partie de la doctrine, l'indivisibilité ne servant qu'à expliquer, au stade de l'exécution, le lien unissant des obligations, et non à justifier d'une quelconque relation lors de leur conclusion²¹²³. En second lieu, certains auteurs font remarquer que la notion d'indivisibilité est principalement utilisée pour caractériser la mise en œuvre du principe d'autonomie de la volonté puisqu'il s'agit, via la conception subjective de la notion, d'autoriser les parties à créer, par une manifestation de volonté, un lien de dépendance entre les contrats d'un même ensemble. En ce sens, le Professeur Simler s'interroge sur l'opportunité de continuer à user de la notion d'indivisibilité. Selon lui, il « y a lieu de se demander s'il ne vaudrait pas mieux renoncer, de façon générale, à faire usage du terme d'indivisibilité pour caractériser cette mise en œuvre du principe d'autonomie, puisque aussi bien ce n'est que de cela qu'il s'agit »²¹²⁴. Mais c'est principalement le caractère obscur de la notion d'indivisibilité qui est critiqué²¹²⁵, nombre

cette indivisibilité découlant de l'objet économique de ces conventions qui faisait dépendre l'amortissement des investissements réalisés par la société CPH de la fourniture d'électricité fournie à la société Papeterie Philippe Bergès », *Défrénois* 1998, p. 1043, obs. Ph. DELEBECQUE ; J. MESTRE, « Nouvelles conquêtes de l'indivisibilité conventionnelle », *RTD civ.* 1999, p. 107. Plus récemment, V. Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n°09-72.792, *Bull. civ. I*, n°62 ; Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2014, n°14-13.658, *Bull. civ. I*, n°135.

²¹²⁰ V. principalement SEUBE J. B., *th. préc.* ; AMRANI-MEKKI S., *art. préc.* ; MESTRE J., *art. préc.* Pour une opinion plus mesurée, V. PIQUET S., « L'indivisibilité des contrats », *D.* 1996, p. 141.

²¹²¹ V. not. CALAIS-AULOY M. T., « Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le "prêt lié" », *JCP G* 1984. I. 3144, spéc. n°7 et 8 ; NAJJAR I., « La notion d'"ensemble contractuel" », *art. préc.*, p. 509 et s., spéc. p. 515 et s.

²¹²² BOULANGER J., *art. préc.* L'auteur conclut sa démonstration en affirmant que le concept d'indivisibilité, qui n'a « pas de signification juridique propre », « devient d'un usage condamnable à partir du moment où il n'est plus qu'un mot qui permette de faire l'économie d'un raisonnement pour parvenir à la solution jugée désirable » (p. 17). Rapp. GOUBEAUX G., *th. préc.*, p. 211, n°141. L'auteur est toutefois plus nuancé et se contente de relever les incertitudes attachées à la notion d'indivisibilité.

²¹²³ BROS S., *th. préc.*, p. 17 et s., n°20 et 21 ; SIMLER Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, p. 356, n°292 ; NAJJAR I., « La consécration de l'"ensemble contractuel" », *art. préc.* ; *contra*, AMRANI-MEKKI S., *art. préc.*, p. 355 et s., spéc. n°30. Le Professeur Amrani-Mekki refuse de considérer que cette objection fait obstacle à l'extension de l'indivisibilité en soulignant la jurisprudence relative à la cause : le Code civil n'évoquant que la cause des obligations (antérieurement à l'ordonnance de 2016), c'est la Cour de cassation qui a pourtant découvert la notion de cause du contrat. Or, ce qui fut admis en matière de cause pourrait tout aussi bien être autorisé s'agissant de l'indivisibilité.

²¹²⁴ SIMLER Ph., *th. préc.*, p. 379, n°310 ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 286, n°487 ; GHESTIN J., *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, p. 1033, n°894 : « plutôt que de parler d'indivisibilité, il serait alors plus clair et plus exact de constater cette importance aux yeux des parties » ; Pour une réponse à cette objection, V. SEUBE J. B., *th. préc.*, p. 437 et s., n°408 et s.

²¹²⁵ CARBONNIER J., *RTD civ.* 1950, p. 67 et s., spéc. p. 69 : « les notions de divisibilité et d'indivisibilité sont

d'auteurs plaissant en faveur de son abandon ou, à tout le moins, invitant à ne l'utiliser qu'avec parcimonie²¹²⁶. Selon la observation du Professeur Moury, « la seule unanimité qui se puisse faire autour du concept d'indivisibilité a trait à son caractère obscur et fuyant »²¹²⁷.

444. L'émergence d'une nouvelle notion : l'interdépendance contractuelle – Prenant acte des différentes critiques émises à l'encontre de l'indivisibilité, certains auteurs préfèrent expliquer le lien de dépendance pouvant exister entre les contrats d'un même ensemble grâce à la notion d'interdépendance contractuelle. Ce terme, qui renvoie à un état de « dépendance réciproque »²¹²⁸, est utilisé pour désigner la situation de « plusieurs contrats participant à une opération économique d'ensemble, qui ne peuvent que coexister ou disparaître simultanément »²¹²⁹. Il s'agit donc de faire référence à un lien de « dépendance mutuelle » entre des contrats réalisant une opération unique²¹³⁰. En la matière, la thèse de doctorat du Professeur Bros constitue le point de départ de la réflexion sur l'interdépendance contractuelle : identifier le domaine et la nature de cette notion permet ainsi de déterminer dans quelle mesure le sort d'un contrat sera affecté par celui d'un autre avec lequel il entretient des liens plus ou moins étroits. Par extension, pareil questionnement autorise le lecteur à s'interroger sur la nature des relations entre les parties à des contrats, certes différents, mais appartenant à un même ensemble. Pour savoir s'il convient d'appliquer une qualification unitaire à l'opération et, partant, un régime juridique unique, il est alors nécessaire de différencier les groupes de contrats conçus comme des ensembles indissociables, des contrats synallagmatiques uniques.

Par définition, il faut donc, pour caractériser une situation d'interdépendance contractuelle, vérifier l'existence d'au moins deux contrats distincts²¹³¹, ce comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation s'agissant de l'indivisibilité²¹³². Pour ce faire, la

suffisamment obscures pour être malléables » ; CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 217, n°211 : « l'indivisibilité se présente aisément à l'esprit, mais c'est user du mot par impression plutôt que techniquement » ; PIQUET S., *art. préc.*, p. 141 et s., spéc. n°1 ; SIMLER Ph., *th. préc.*, p. 355 et s., n°291 et s. GHESTIN J., *op. cit.*, p. 1033, n°894 ; JAMIN Ch., note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, *JCP G* 1994. II. 22325 ; WALTZ-TERACOL B., *art. préc.*, n°1. Les partisans de la notion d'indivisibilité reconnaissent malgré tout les difficultés de définition. V. not. SEUBE J. B., *th. préc.*, p. 9 et 10, n°1 et 2.

²¹²⁶ SIMLER Ph., *th. préc.*, p. 369 n°301 : « il nous semble préférable pourtant de renoncer à cet usage du concept d'indivisibilité, qui possède tellement de significations diverses qu'il vaut mieux n'y recourir que le moins possible » ; p. 379 n°310 : « la notion d'indivisibilité est devenue tellement confuse qu'il est préférable de l'employer le moins possible ».

²¹²⁷ MOURY J., *art. préc.*, p. 255 et s., spéc. n°1.

²¹²⁸ REY-DEBOVE J. et REY A., « Interdépendance », *Le Petit Robert de la langue française*, 2014, p. 1019.

²¹²⁹ BROS S., « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.* 2019, p. 29 et s.

²¹³⁰ BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, Th. Paris II, 2001, p. 10, n°13.

²¹³¹ *Ibid.*, p. 20 et s., n°25 et s., spéc. p. 31 et s., n°38 et s.

²¹³² Civ. 3^{ème}, 19 sept. 2012, n°10-12.024 : « l'indivisibilité des conventions résulte de la volonté des parties de

volonté des parties au moment de la formation des contrats doit être recherchée²¹³³. Elle constitue, en effet, un indice véritable de l'existence d'un lien de dépendance entre des contrats qui ont, ou non, été conçus pour être « conjonctuellement interdépendants »²¹³⁴. Une interdépendance pourra ainsi être effectivement caractérisée lorsqu'il sera possible de démontrer que les parties ont entendu faire de l'un des contrats une modalité ou, plus précisément, une condition de l'autre²¹³⁵. Cette condition, dont on sait qu'elle comprend plusieurs acceptions, devrait ici être entendue comme celle portant sur un élément essentiel. Comme l'explique le Professeur Bros, pour que le lien d'interdépendance perdure, les contractants doivent stipuler que chaque contrat est un élément essentiel de l'autre²¹³⁶, autrement dit, une condition de sa formation²¹³⁷, conformément à « l'attente légitime » des parties²¹³⁸. Or, si la possibilité pour un contrat d'être érigé en condition-élément essentiel d'un autre avait pu être évoquée par les auteurs s'intéressant à la notion d'indivisibilité, elle semble toutefois avoir été conçue jusque-là, non comme un fondement, mais comme le moyen, pour les parties, de parvenir à l'indivisibilité de leurs conventions²¹³⁹. En ce sens, le Professeur Moury affirmait que « l'indivisibilité des différents éléments d'un ensemble paraît pouvoir s'induire de ce que *chacun d'eux a été envisagé par les parties comme une condition de l'existence des autres*, en d'autres termes de ce que toutes les composantes de l'ensemble ont été regardées par les contractants comme autant de conditions non seulement de sa validité, mais également de son exécution »²¹⁴⁰. Le Professeur Bros s'engage toutefois plus avant dans la réflexion. Il faut alors entrapercevoir, derrière l'idée qu'un contrat puisse être la condition-élément essentiel d'un autre, la figure de la cause et, plus précisément, de son acception subjective²¹⁴¹. Il s'agit, en effet, d'affirmer que les parties font entrer le premier contrat dans le

considérer chaque contrat comme la condition de l'existence de l'autre ».

²¹³³ BROS S., « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.* 2009, p. 960.

²¹³⁴ BROS S., « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.* 2019, p. 29 et s. ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. I, Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis, Droit, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 561, n°710. Sur l'importance de rechercher la volonté des parties en matière d'indivisibilité, V. SEUBE J. B., *th. préc.*, p. 59 et s., n°32.1 ; MALBOSC-CANTEGRIL F., *Essai sur l'acte juridique conjonctif*, Th. Toulouse, 1991, p. 393 et 394, n°613 à 615.

²¹³⁵ BROS S., *L'interdépendance contractuelle, th. préc.*, p. 197 et s., n°322 et s. Pour une appréciation critique quant à l'opportunité de fonder les liens d'interdépendance ou d'indivisibilité sur la notion de condition, V. SEUBE J. B., *th. préc.*, p. 238 et s., n°204 et s. AMRANI-MEKKI S., *art. préc.*, p. 355 et s., spéc. n°7 et s. WALTZ-TERACOL B., *art. préc.*, n°104.

²¹³⁶ BROS S., *L'interdépendance contractuelle, th. préc.*, p. 249 et s., n°399 et s.

²¹³⁷ PELLÉ S., *th. préc.*, p. 141, n°168.

²¹³⁸ CALAIS-AULOY M. T., *art. préc.*, spéc. n°17 et s.

²¹³⁹ En ce sens, V. PELLÉ S., *th. préc.*, p. 141, n°168, note 473.

²¹⁴⁰ MOURY J., *art. préc.*, p. 255 et s., spéc. n°16.

²¹⁴¹ Déjà en ce sens quant au rôle de la cause, V. TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 35, n°66 et p. 95 et 96, n°176 : « si les conventions ont, chacune, une *causa proxima* différente qui les caractérise, leur confère originalité au sein du

champ contractuel du second et inversement, puisqu'en la matière, les contrats sont placés sur un pied d'égalité sans lien de subordination hiérarchique²¹⁴². En d'autres termes, « en considérant la coexistence des contrats comme essentielle à la réalisation de [l'opération voulue], les parties transforment ce motif déterminant en cause. Chacune des conventions est donc passée dans la perspective de ce résultat ultime [(l'opération économique globale que les parties souhaitent réaliser)], lequel ne pourrait plus être atteint en l'absence de l'une d'entre elles »²¹⁴³. Chaque contrat de l'ensemble devient donc un motif décisif de l'engagement des parties, la cause impulsive et déterminante étant alors considérée comme le fondement même du mécanisme d'interdépendance contractuelle²¹⁴⁴.

Poursuivant ces réflexions, le Professeur Pellé proposa de caractériser l'interdépendance contractuelle en présence d'une « opération globale repos[ant] sur l'imbrication de plusieurs contrats, de telle sorte que le sort de cette opération dépend de celui de chaque contrat et que, réciproquement, le sort de chaque contrat dépend de celui de l'opération »²¹⁴⁵. Deux critères sont alors proposés : s'il est dans un premier temps nécessaire de vérifier, d'un point de vue matériel, l'imbrication des prestations, c'est grâce au recours à la cause que l'interdépendance contractuelle sera *in fine* confirmée²¹⁴⁶. L'auteur se distingue toutefois de ses prédécesseurs par le regard porté sur la notion de cause, envisagée comme « instrument de liaison entre deux contrats ». Selon lui, la cause subjective, telle qu'elle est conçue par la théorie classique, ne peut aucunement être utilisée pour justifier que le sort des contrats imbriqués soit lié. Suivant la conception traditionnelle, la cause subjective permet simplement de contrôler la licéité et la moralité de l'engagement au regard de l'ordre public et des bonnes mœurs, seule l'absence de cause objective permettant de justifier l'annulation du contrat. Au demeurant, l'approche

groupe, elles sont unies par une *causa remota* identique. Mieux qu'un simple ciment, celle-ci constitue la cause du complexe contractuel, globalement envisagé » ; MOURY J., *art. préc.*, p. 255 et s., spéc. n°15.

²¹⁴² BROS S., *L'interdépendance contractuelle, th. préc.*, p. 10 et 11, n°14.

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 267, n°432.

²¹⁴⁴ BROS S., *L'interdépendance contractuelle, th. préc.*, p. 267 et s., n°432 et s. ; Sur le choix de faire de la cause, le fondement de l'interdépendance, V. également BROS S., « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.* 2009, p. 960 ; LARROUMET Ch., *Droit civil, tome 3, Les obligations, le contrat*, coll. Droit civil, Economica, 4^{ème} éd., 1998, p. 455, n°487. Pour le Professeur Larroumet, la cause impulsive et déterminante pouvait effectivement servir à « justifier un lien juridique entre deux contrats qui sont économiquement liés » ; L'idée que, dans une situation d'interdépendance, le contrat soit l'élément essentiel de l'autre contrat, et inversement, semble avoir été confirmé par l'ordonnance de 2016. Puisque l'alinéa 1er de l'article 1186 conditionne la caducité d'un contrat à la disparition de « l'un de ses éléments essentiels », et que cette sanction s'appliquera lorsque, dans un ensemble contractuel, l'un des contrats sera amené à disparaître, il semble que ce soit bien le contrat, en tant que tel, qui soit l'élément essentiel de l'interdépendance. En ce sens, BROS S., « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.* 2019, p. 29 et s. ; WALTZ-TERACOL B., *V° « Indivisibilité »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2018 (actualisation : sept. 2020), n°176.

²¹⁴⁵ PELLÉ S., *th. préc.*, p. 254 et 255, n°285.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 254 et s., n°285.

classique « enferme » la notion de cause dans le contrat et « l'empêche de communiquer avec l'extérieur »²¹⁴⁷ : elle ne peut être recherchée en dehors du contrat qui doit, ici, être apprécié de manière isolée, alors même qu'en matière d'ensemble contractuel, il est important de se départir d'une telle conception. Selon l'auteur, pareille utilisation de la notion entre donc en contradiction avec la théorie classique de la cause²¹⁴⁸. Dès lors, pour expliquer l'interdépendance des contrats, c'est à une vision renouvelée de cette dernière qu'il conviendrait de faire appel, celle-ci étant appréciée eu égard à l'économie générale de l'opération²¹⁴⁹. Chaque contrat doit ainsi être conçu comme la cause de l'opération globale puisque cette dernière impose la présence de chacun d'eux : l'absence d'un seul contrat de l'ensemble empêche les parties d'atteindre le but recherché. Réciproquement, « l'opération globale [serait] la cause de chaque contrat » car ceux-ci n'ont d'autre raison d'être que de permettre sa réalisation²¹⁵⁰. L'interdépendance contractuelle est ainsi caractérisée par le maillage des différents contrats qui sont tous orientés vers la réalisation de l'opération globale.

445. La consécration des ensembles contractuels par l'ordonnance de 2016 – L'ordonnance portant réforme du droit des obligations semble toutefois avoir clôturé une grande partie du débat en consacrant, à l'article 1186 alinéa 2 et 3 nouveau du Code civil, les ensembles contractuels²¹⁵¹. Toutefois, un certain nombre de questions aient été laissées en suspens ou insuffisamment précisées, comme le sort des clauses de divisibilité ou l'interprétation des contrats interdépendants²¹⁵². Quoi qu'il en soit, l'ordonnance ne prend pas partie quant au choix d'une formulation précise, contrairement au premier projet de la Chancellerie de juillet 2008²¹⁵³, si bien que les auteurs continuent de parler indistinctement d'indivisibilité,

²¹⁴⁷ REIGNÉ Ph., *La notion de cause efficiente du contrat*, Th. Paris II, 1993, p. 279, n°250.

²¹⁴⁸ PELLÉ S., *th. préc.*, p. 143 et s., n°170 ; WALTZ-TERACOL B., *art. préc.*, n°97 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil, les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 397 et 398, n°348 ; CALAIS-AULOY M. T., *art. préc.*, spéc. n°14.

²¹⁴⁹ Rappr. REIGNÉ Ph., *th. préc.*, p. 269 et s., n°244 et s. L'auteur propose d'adopter une approche « purement subjective de la cause des articles 1131 et s. du Code civil ». Elle devrait ainsi être déterminée par référence au « but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elle et pris en compte par les autres » (n°246, p. 271 et s.). Une telle conception permettrait ainsi d'adapter la théorie de la cause aux groupes de contrats (n°250, p. 276 et s.).

²¹⁵⁰ PELLÉ S., *th. préc.*, p. 226 et s., n°256 et s., spéc. p. 258, n°287.

²¹⁵¹ En l'absence de référence expresse à la notion, les auteurs semblent tout de même voir dans les dispositions sur la caducité une consécration des ensembles contractuels. V. not. FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 582 et 583, n°745.

²¹⁵² CROCQ P., « La codification incomplète de l'interdépendance des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 951.

²¹⁵³ Pour l'article 13 du projet, étaient « interdépendants les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation de l'opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent ». V. CHANCELLERIE, *Projet de réforme du droit des contrats*, 2008, p. 11, art. 13.

d'interdépendance ou d'ensemble contractuel²¹⁵⁴. Néanmoins, un fondement juridique est enfin affirmé pour justifier le sort commun des contrats liés. Notons que la notion d'ensemble contractuel paraît la plus opportune pour décrire les hypothèses visées à l'article 1186 alinéa 2 et 3. Elle est plus large que celles d'indivisibilité et d'interdépendance et moins orientée que celle de groupe de contrat. En effet, les deux premières renvoient à des fondements juridiques différents et aucune ne suscite l'unanimité. La théorie des groupes de contrats se distinguerait, quant à elle, des notions précédentes en renvoyant aux hypothèses spécifiques mettant en place un « lien de dépendance unilatérale »²¹⁵⁵ entre les contrats d'un ensemble, comme c'est le cas du contrat-cadre et de ses contrats d'application. Au demeurant, celle-ci renvoie à deux hypothèses clairement identifiées, les « chaînes » formées de contrats unis par un objet identique et les « ensembles » réunissant plusieurs contrats afin de réaliser une opération économique globale²¹⁵⁶, ce qui ne saurait suffire à rendre compte de toutes les hypothèses instaurant des liens de dépendance entre les contrats d'un même ensemble. Dès lors, et malgré l'absence de positionnement de l'ordonnance de 2016, il nous semble nécessaire de voir dans les nouvelles dispositions, une consécration non de l'interdépendance, de l'indivisibilité ou des groupes de contrats, mais de la notion d'ensemble contractuel²¹⁵⁷. Celle-ci paraît en effet plus neutre et assez large pour englober les différentes situations où le sort des contrats est lié. Or, en la matière, le nouvel article 1186 abandonne les différentes solutions dégagées jusqu'alors pour justifier le sort des contrats liés : *exit* la cause, l'erreur ou la condition, le codificateur fait ainsi de la notion d'ensemble contractuel « une technique autonome de prise en compte des motifs »²¹⁵⁸.

Désormais, la disparition de l'un des éléments d'un tel ensemble destiné à la réalisation d'une opération unique entraîne la disparition subséquente des autres sur le fondement de la caducité²¹⁵⁹. Une telle sanction est applicable lorsque les contrats visés répondent aux critères

²¹⁵⁴ CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 439 et s., n°494 et s. DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 399 et s.

²¹⁵⁵ BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, *op. cit.*, p. 12, n°15.

²¹⁵⁶ TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 39 et s., n°60 et s. et p. 95 et s., n°175 et s. ; BACACHE-GIBEILI M., *th. préc.*, p. 3, n°4.

²¹⁵⁷ Déjà dans un sens favorable à la reconnaissance de la notion d'ensemble par préférence à celles de groupe de contrats ou d'indivisibilité, V. NAJJAR I., « La notion d'"ensemble contractuel" », *art. préc.*

²¹⁵⁸ LATINA M., « L'interdépendance contractuelle depuis la réforme du droit des contrats », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1007 et s., spéc. n°5, p. 1010.

²¹⁵⁹ Bien que plusieurs sanctions furent utilisées par la Cour de cassation (antérieurement à l'ordonnance), au gré de ses différentes jurisprudences, elle semble avoir eu une certaine appétence pour la caducité. V. not. Com. 12 juil. 2017, n°15-27.703 et 15-23.552, *AJ contrat* 2017, p. 429, obs. BROS S. ; *RTD com.* 2017, p. 671, obs. LEGEAIS D. Pour une analyse de cette sanction et sa pertinence actuelle au regard du nouvel article 1186, V. BARBIER H., « Le point sur l'interdépendance contractuelle, son empire, ses fonctions », *RTD civ.* 2017, p. 846. Pour un regard critique sur la sanction de la caducité, V. PELLÉ S., *th. préc.*, p. 401 et s., n°439 et s.

fixés bien que, sur ce point, une certaine part d'obscurité puisse subsister²¹⁶⁰. La caractérisation d'un tel ensemble résulte en droit positif de deux critères : l'un étant objectif (une opération d'ensemble réalisée par l'exécution de plusieurs contrats)²¹⁶¹, lorsque l'autre demeure subjectif (la connaissance de l'opération d'ensemble)²¹⁶². Or, ces ensembles contractuels posent de véritables questionnements théoriques dont les répercussions pratiques sont considérables, notamment s'agissant de la nature des liens unissant leurs différents intervenants.

B. Un plaidoyer en faveur d'une conception large de la notion de partie dans les ensembles contractuels

446. La distinction partie/tiers à l'épreuve des ensembles contractuels – Si la distinction opposant les parties aux tiers est, en apparence, simple à appréhender et non sujette à de multiples définitions (1), les ensembles contractuels ont apporté de nouvelles pistes de réflexion quant à ce qu'il convenait réellement de placer dans la catégorie des parties (2).

1. Première approche de la notion de partie

447. Un préalable nécessaire – S'il nous a été donné l'occasion d'évoquer en filigrane, lors des développements précédents, l'idée qu'il convenait d'établir une distinction entre le concept de « partie » et celui de « personne » ou d'« individus »²¹⁶³, il importe désormais d'éclairer avec plus de précisions ces différents points. Plus précisément, puisque les communautés de partage pourraient brouiller les lignes de démarcation entre les catégories d'intervenants, il est

²¹⁶⁰ En ce sens, V. DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 400 et s.

²¹⁶¹ Ce critère étant objectif, puisqu'il résulte de l'économie générale de l'opération, les parties ne sauraient nier, par l'insertion d'une clause, le lien entre leurs contrats : BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 280 et 281, n°333. En ce sens, la Cour de cassation a eu l'occasion de déclarer que les clauses de divisibilité ne devaient pas entrer en « contradiction avec la finalité de [l']opération » : Com. 24 avr. 2007, n°06-12.443, *RDC* 2008, p. 276, note MAZEAUD D. ; Com. 15 févr. 2000, n°97-19.793, *Bull. civ. IV*, n°29, *Défrénois* 2000, p. 1118, note MAZEAUD D. ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. MESTRE J. et FAGES B. Plus récemment, V. Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et n°11-22.927, *Gaz. Pal.* 2013, n°136c6, note HOUTCIEFF D.

²¹⁶² Il importe de ne pas confondre le critère tenant à la connaissance de l'opération d'ensemble (art. 1186 al. 3 nouv. C. civ.), avec les deux cas évoqués à l'alinéa 2. En effet, le deuxième alinéa envisage deux hypothèses dans lesquelles la caducité pourra intervenir, et donc deux situations où il sera possible de découvrir la présence d'un ensemble contractuel. Il s'agit, dans les deux cas, de contrats prévus pour réaliser une opération économique globale. Néanmoins, dans la première hypothèse, ces contrats seront objectivement liés puisque la disparition de l'un empêche matériellement la réalisation de l'opération d'ensemble lorsque, dans la seconde, les parties ont fait de l'exécution des différentes conventions une condition déterminante de leur consentement et ce, bien que la réalisation de l'opération d'ensemble demeure matériellement possible suite à la disparition de l'une d'elles. En revanche, dans un cas comme dans l'autre, l'on ne sera en présence d'un ensemble contractuel qu'à la condition que s'ajoute, à l'opération d'ensemble, la connaissance de son existence par les parties.

²¹⁶³ V. *supra*, n°188 et s.

nécessaire, pour connaître la nature des acteurs du partage, de définir le plus précisément possible ce qu'il convient de ranger sous l'étiquette de « partie ».

448. Le détour par les notions d'effet relatif et d'opposabilité du contrat aux tiers – Or, bien souvent, la notion de partie n'est pas traitée en tant que telle et n'est évoquée qu'en opposition à celle de tiers afin de déterminer le champ d'application d'un acte juridique. C'est ainsi que la « partie » est mentionnée, dans les manuels et traités de droit des obligations, au sein des développements relatifs à la force obligatoire et ses corollaires : l'effet relatif et l'opposabilité du contrat aux tiers²¹⁶⁴. Il est alors expliqué que le contrat ne produit ses effets qu'à l'égard des parties²¹⁶⁵. C'est donc classiquement au travers de la notion d'effet relatif des conventions que l'on appréhende ce concept, la doctrine s'étant ainsi efforcée de systématiser l'analyse de l'article 1165 ancien du Code civil²¹⁶⁶. En application de cette approche traditionnelle, l'effet obligatoire du contrat s'impose aux seules parties ainsi qu'aux personnes qui leur sont assimilées. Aucun autre individu ne peut ainsi devenir créancier ou débiteur d'obligations par l'effet du contrat conclu entre les parties. Autrement dit, l'effet relatif s'oppose à ce que des tiers puissent devenir « sujets actifs et passifs des effets obligatoires »²¹⁶⁷ du contrat. Pour la doctrine volontariste, il ne s'agit là, en réalité, que du corollaire nécessaire au principe de l'autonomie de la volonté²¹⁶⁸ : si les parties ont une telle qualité et sont ainsi liées par le contrat c'est « parce qu'elles l'ont voulu »²¹⁶⁹. En revanche, ceux qui n'ont exprimé aucun consentement, « ne peuvent subir des effets de droit qu'ils n'auraient pas voulus »²¹⁷⁰. En revanche, le contrat demeure, en tant que fait juridique, opposable aux tiers qui sont tenus de prendre en compte la situation née du contrat puisque « l'opposabilité est compatible avec

²¹⁶⁴ Les rares ouvrages ayant prévu une entrée « partie » dans leur index alphabétique, renvoient aux développements sur les effets du contrat à l'égard des tiers. V. not. MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 444 et s., n°491 et s. ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil : les obligations. 2, Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 502 et s., n°1449 et s. ; BÉNABENT A., *op. cit.*, p. 219 et s., n°251 et s. ; BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 558 et s., n°1675 et s.

²¹⁶⁵ MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 258 et s., n°245 et s.

²¹⁶⁶ WEILL A., *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938 ; CALASTRENG S., *La relativité des conventions*, préf. G. Marty, Th. Toulouse, 1939.

²¹⁶⁷ FONTAINE M. et GHESTIN J. (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p. 12, n°7.

²¹⁶⁸ MORIN G., « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 7 et s., spéc. p. 8 et 9 ; CALASTRENG S., *th. préc.*, p. 33 et s.

²¹⁶⁹ CALASTRENG S., *th. préc.*, p. 40 et s.

²¹⁷⁰ FONTAINE M. et GHESTIN J. (dir.), *op. cit.*, p. 6, n°2 ; GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. Dijon, 1912, p. 71, note 2.

l'effet relatif »²¹⁷¹. La Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer, à plusieurs reprises, l'absence de contradiction entre ces deux principes, les tiers pouvant, au demeurant, invoquer le contrat à leur profit²¹⁷². La notion d'effet relatif a toutefois été critiquée, tant dans son fondement²¹⁷³ que dans son principe même²¹⁷⁴. Néanmoins, si le recours à la théorie de l'autonomie de la volonté a été en partie délaissé, la doctrine continue d'expliquer la distinction entre les parties et les tiers en faisant appel aux notions d'effet relatif et d'opposabilité.

449. La définition classique des notions de tiers et de partie – Bien que la notion de tiers ait fait l'objet d'un certain nombre d'études²¹⁷⁵, elle est longtemps restée une notion « fuyante et multiforme »²¹⁷⁶, les auteurs ne manquant pas de souligner le fort degré d'imprécision entourant sa détermination²¹⁷⁷. Elle est définie, par le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, comme renvoyant aux « personne[s] n'ayant été ni partie[s] ni représentée[s] à un contrat » et qui ne sont « pas touchée[s] par son effet obligatoire et peu[vent] tout au plus se le voir opposer »²¹⁷⁸. Ainsi, seront tiers à un acte juridique, les personnes n'ayant exprimé aucune volonté d'être liées dans les termes du contrat et n'étant donc, de fait, pas engagées à l'égard d'autrui²¹⁷⁹. Les tiers s'opposent alors aux parties contractantes qui, à l'inverse, ont conclu la convention²¹⁸⁰. Demeure toutefois une difficulté, puisqu'en réalité tous les tiers ne peuvent être placés sur un pied d'égalité. Il convient, en effet, de distinguer les tiers dits absolus (ou *penitus extranei*), des ayants cause universels et à titre universel qui recueillent tout ou partie du patrimoine de leur auteur, des ayants cause à titre particulier auxquels ne sera transmis qu'un

²¹⁷¹ DUCLOS J., *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, p. 35 et s.12.1 et s.; *contra*, SAVATIER R., « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525 et s.

²¹⁷² V. not. Com. 22 oct. 1991, *Bull. civ.* IV, n°302, *Défrénois* 1992, p. 321, obs. AUBERT J.-L.; *D.* 1993, p. 181, note GHESTIN J.

²¹⁷³ V. par ex. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 439 et 440, n°422. Pour ces auteurs, le principe de l'effet relatif « n'a pas la portée absolue, ultra-individualiste, qu'on lui a parfois prêtée abusivement ».

²¹⁷⁴ SAVATIER R., « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *art. préc.*

²¹⁷⁵ V. not. DEBRAND F., *Étude de la règle « Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest » : Droit romain ; De la notion de tiers : Droit français*, Th. Dijon, 1890; AUSSEL J. M., *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Th. Montpellier, 1953; DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000.

²¹⁷⁶ MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 272, n°261. Sur les diverses acceptations de la notion de tiers, V. DEBRAND F., *th. préc.*, p. 185 et s., n°150 et s.

²¹⁷⁷ V. not. WEILL A., *op. cit.*, p. 90 et s., n°52 et s.; AUSSEL J. M., *th. préc.*, p. 15, n°2.

²¹⁷⁸ CORNU G. (dir.), *V° « Tiers »*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 921.

²¹⁷⁹ DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *th. préc.*, p. 15 et s.

²¹⁸⁰ FONTAINE M. et GHESTIN J. (dir.), *op. cit.*, p. 19, n°12.

bien ou un droit déterminé et, enfin, des créanciers chirographaires²¹⁸¹.

La notion de partie est donc souvent définie en creux par rapport à celle de tiers, bien que les auteurs s'efforcent tout de même généralement de lui donner une définition. La conception traditionnelle de la partie consiste alors à inclure, dans cette notion, toutes les « personnes qui ont conclu le contrat, soit directement, soit par leur représentant conventionnel ou légal »²¹⁸².

2. Les ensembles contractuels : un terreau fertile pour l'élargissement de la notion de partie

450. L'utilité classique des théories relatives aux ensembles contractuels – Les questions relatives à l'élaboration d'une théorie des ensembles contractuels ont commencé à se poser lorsqu'il fallut déterminer le sort d'un contrat suite à la disparition d'un autre avec lequel il était intimement lié. En d'autres termes, c'est la problématique des anéantissements en cascade qui accapare la majeure partie des réflexions théoriques et représente un grand nombre des contentieux soumis aux juridictions. L'on ne saurait toutefois s'en tenir à ce seul aspect. Par définition, le fait que des contrats soient unis par un lien indéfectible conformément à la volonté des parties, interroge sur les conséquences d'un tel attachement au-delà de la problématique des anéantissements successifs. Si le sort des contrats est lié, l'existence même de cette corrélation influe-t-elle sur les relations entre les différents protagonistes des opérations d'ensemble ? La question est d'importance. Elle détermine, notamment, la nature de la responsabilité qui pourra être engagée en cas de litige survenu entre des individus prenant part au même ensemble contractuel mais n'étant pas parties au même contrat : s'ils demeurent tiers, la responsabilité de l'un d'eux pourra uniquement être engagée sur le fondement délictuel (art. 1240 nouv. et s. C. civ.) en application du principe de l'effet relatif des conventions (art. 1199 nouv. C. civ.). Si, en revanche, l'existence des liens entre les contrats commande un élargissement de la notion de partie, la responsabilité bascule sur le fondement contractuel, alors même qu'aucune convention ne les relie directement. Les différentes réflexions présentées jusqu'alors et tentant de saisir cette figure contractuelle en constant développement sont donc le creuset d'interrogations fondamentales quant à l'élargissement de la notion de partie au contrat.

²¹⁸¹ Sur la différence de traitement de ces différents tiers, V. DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *th. préc.*, p. 43 et s. ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 448 et s., n°432 et s. ; FONTAINE M. et GHESTIN J. (dir.), *op. cit.*, p. 19 et s., n°13 et s. ; MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 273 et s., n°263 et s.

²¹⁸² FONTAINE M. et GHESTIN J. (dir.), *op. cit.*, p. 18, n°11.

451. Les prémices de la réflexion – Les auteurs réfléchissant aux implications profondes des ensembles contractuels et des répercussions que peuvent avoir, sur la qualité des intervenants, les liens indéfectibles unissant les contrats, ont trouvé, chez Demogue, l’amorce nécessaire à un tel raisonnement. L’éminent juriste proposait, en effet, de considérer que le tiers qui aiderait sciemment à méconnaître les dispositions d’un contrat, devienne « adhérent à ce contrat ». Il serait alors, comme le débiteur, assujéti à une responsabilité de nature contractuelle²¹⁸³. Cette vision paraît toutefois excessivement large. On ne saurait voir, dans la violation en connaissance de cause d’une disposition contractuelle par un tiers, un élément suffisant à modifier sa qualité et à le faire basculer dans la catégorie des parties. Il n’existe aucun contrat entre le tiers coupable d’une violation des dispositions contractuelles et la victime de cette transgression. Partant, accorder à la responsabilité du tiers une nature contractuelle relèverait entièrement du domaine de la fiction. Comme l’exprimait ainsi le Professeur Weill, « ce serait un contractant bien singulier que ce tiers qui s’insurge précisément contre la loi contractuelle »²¹⁸⁴. Mais le principal reproche adressé à Demogue tient dans ce qu’il considère être la source de l’obligation du tiers : les stipulations du contrat avec lequel il entretient un lien certain²¹⁸⁵, lorsqu’il conviendrait, en réalité, de trouver cette source dans la loi elle-même²¹⁸⁶. Le Professeur Starck estimait, en ce sens, que « si les parties créent le lien contractuel, c’est la loi qui en impose le respect à tous. La violation d’un contrat par un tiers constitue donc une infraction à l’obligation légale qui impose *erga omnes* le respect du contrat »²¹⁸⁷. Or, puisque le tiers méconnaissant une disposition contractuelle voit sa responsabilité engagée sur le fondement de l’article 1240 du

²¹⁸³ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, II. *Effets des obligations*, t. 7, Librairie Arthur Rousseau, 1933, p. 599 et 600, n°1176. Pour Demogue, « le contrat crée des obligations pour le contractant et pour le tiers » ; BERTRAND F., *L’opposabilité du contrat aux tiers*, Th. Paris II, 1979, p. 402 et s., n°247 et s. Madame Bertrand soutient également que la responsabilité de certains tiers, qu’elle appelle les « tiers intéressés », devrait être de nature contractuelle. Tel est notamment le cas, selon elle, dans les ensembles de contrats. En effet, « pour toute opération qui implique la conclusion de plusieurs contrats, il serait souhaitable de prévoir un système uniforme de responsabilité : par exemple, dans le domaine du crédit-bail, en ce qui concerne les rapports du fournisseur, du vendeur et de son client [...]. Dans ces situations de plus en plus fréquentes où le contrat n’est plus seulement un acte juridique liant deux partenaires, mais s’insère plus souvent dans un ensemble complexe dont le but final est la réalisation d’une opération unique, les règles de la responsabilité délictuelle ne trouvent plus leur place et devraient être remplacées par celles de la responsabilité contractuelle, en raison des liens de fait qui unissent les différentes parties et qui justifient un régime de protection identique » (p. 406 et 407, n°247) ; *contra*, AUBRY et RAU par BARTIN E., *Cours de droit civil français*, t. VI, 5ème éd., 1920, p. 339, § 444 ; MAZEAUD M., « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929, p. 608 et s., n°49.

²¹⁸⁴ WEILL A., *op. cit.*, p. 428, n°246.

²¹⁸⁵ DURRY G., *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du co-contractant*, Th. Paris, 1957, p. 499 et s., n°345 : « l’erreur de Demogue consiste [...] à avoir cru que la source de l’obligation du tiers était dans les clauses du contrat primitif ».

²¹⁸⁶ TEYSSIE B., *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 288, n°580.

²¹⁸⁷ STARCK B., « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d’autrui », *JCP* 1954. I. 1180, spéc. n°37 ; Également en ce sens, DURRY G., *th. préc.*, p. 500, n°45.

Code civil, il faut effectivement reconnaître qu'il paraît plus orthodoxe d'asseoir sa responsabilité sur la loi plutôt que sur les dispositions contractuelles²¹⁸⁸. Le tiers n'ayant exprimé aucune volonté pour être lié par les stipulations en question, l'on ne peut admettre que la simple méconnaissance de dispositions qu'il savait exister suffise pour l'y lier et engager sa responsabilité sur un tel fondement. Bien que critiquables à certains égards, les réflexions de Demogue se sont poursuivies à une époque où les bouleversements de la théorie générale des contrats ont fait apparaître une multiplication des rapports tripartites et une remise en cause extrêmement forte du dogme de l'autonomie de la volonté. La seconde moitié du XX^{ème} siècle marqua ainsi un tournant dans les réflexions relatives au rapprochement des catégories de parties et de tiers, et le point de départ d'un questionnement plus profond sur la nature véritable des liens unissant l'individu au contrat lorsqu'il s'agit de conclure à l'application, ou non, de la qualité de partie. Aujourd'hui plus que jamais, au regard de la complexification croissante des relations contractuelles et de l'augmentation corrélative des opérations multipartites, l'éclaircissement de ce qu'il convient de subsumer sous la catégorie de partie s'avère déterminant.

Ainsi, à l'occasion d'une étude relative aux liens existants entre l'acquéreur d'un véhicule automobile et le constructeur, un auteur estima que cette relation d'ensemble dans laquelle un contrat de vente entre un acquéreur et un vendeur fait suite à un contrat liant le vendeur au constructeur automobile, donne naissance à une « relation contractuelle » excluant que les relations acquéreur/constructeur soient soumises aux règles de la responsabilité délictuelle²¹⁸⁹. Or, *a priori*, ces deux individus ne sont pas unis par un quelconque contrat et ne devraient donc être soumis, dans leurs interactions, qu'aux seuls articles 1240 et suivants du Code civil ou à ceux relatifs à des cas spéciaux de responsabilité délictuelle. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle la relation entre l'acquéreur et le constructeur est de nature contractuelle est lourde de conséquences. Elle induit la nécessité de revoir la qualité de ces intervenants qui, n'étant pas mis en liaison par des rapports contractuels de premier ordre, sont

²¹⁸⁸ Un autre moyen fut toutefois proposé pour asseoir la nature délictuelle de la responsabilité du tiers. Pour ce faire, Monsieur Huguenev avança l'idée que la responsabilité du tiers complice de la violation d'une disposition contractuelle puisse être fondée sur une « criminalité d'emprunt » similaire à celle du droit pénal. Or, puisque les responsabilités du complice et de l'auteur principal doivent être de même nature, et que celle du tiers est nécessairement délictuelle, la responsabilité de l'auteur principal change de nature. Le contractant, comme le tiers, seront dès lors tenus d'une responsabilité délictuelle. Il s'agit là, en somme, de la solution inverse de celle défendue par Demogue : V. HUGUENEV P., *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Th. Dijon, 1910, p. 199 et s. ; Cette proposition fut toutefois fortement critiquée et ne semble jamais avoir été adoptée. V. not. WEILL A., *op. cit.*, p. 126 et 127, n° 245 ; DURRY G., *th. préc.*, p. 500 et 501, n°346.

²¹⁸⁹ LÉVY G., « Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion », *RTD civ.* 1970, p. 1 et s., spéc. p. 33.

toutefois unis dans un même ensemble de contrats et ne pourraient, dès lors, être qualifiés de simples tiers.

Afin de justifier l'existence d'un lien de nature contractuelle entre le fabricant d'un produit et le consommateur qui l'acquiert par le biais d'un détaillant, le Professeur Overstake fit, quant à lui, appel à la théorie de la représentation. Il estima alors que, grâce au mécanisme de la publicité et donc de la sollicitation collective, « tout se passe comme si le consommateur en contractant avec le détaillant traitait avec le fabricant ». En effet, eu égard à la résonance de l'offre du fabricant sur un large terrain géographique, ce dernier est généralement contraint de passer par l'intermédiaire des détaillants pour toucher les consommateurs puisqu'il « ne peut matériellement pas faire lui-même office de cocontractant »²¹⁹⁰. Certes, la fiction de la représentation est regrettable²¹⁹¹, d'autant que le législateur est vraisemblablement allé à contrecourant de la jurisprudence française²¹⁹² en transposant le régime de responsabilité délictuelle des produits défectueux. Toutefois, une telle prise de position quant à la nature des liens entre les parties d'un ensemble contractuel mérite l'attention.

Le contrat de transport fut également le théâtre de ces tentatives d'élargissement et plusieurs auteurs affirmèrent que ce contrat, notamment lorsqu'il porte sur des marchandises, ne pouvait se réduire au contrat conclu entre l'expéditeur et le transporteur. Il s'agirait, en réalité, d'un contrat tripartite associant le destinataire à l'opération²¹⁹³, comme le confirme désormais l'art. L. 132-8 du Code de commerce²¹⁹⁴. La doctrine s'efforça alors de mettre en lumière le fait atypique selon lequel le destinataire, sans même avoir effectivement participé à

²¹⁹⁰ OVERSTAKE J. F., « La responsabilité du fabricant de produits dangereux », *RTD civ.* 1972, p. 518, n°84.

²¹⁹¹ En ce sens, V. TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 289 et 290, n°581.

²¹⁹² V. not. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1973, n°71-13.449, *Bull. civ.* I, n°40, *RTD com.* 1974, p. 146, obs. HÉMARD J. Dans une affaire mettant en cause la responsabilité d'un fabricant de produits dangereux suite aux dommages causés aux acquéreurs par le produit litigieux, la Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir retenu un fondement contractuel à l'action en responsabilité : « en énonçant que "ce qui est en cause est l'obligation pour tout fabricant ou tout vendeur d'un produit dangereux de renseigner les acheteurs éventuels", les juges d'appel ont nécessairement fondé leur décision sur la responsabilité contractuelle. Que le moyen doit donc être écarté ».

²¹⁹³ En ce sens, le doyen Rodière affirmait explicitement que le contrat de transport est « un contrat à trois personnes » faisant intervenir l'expéditeur, le transporteur et le destinataire : RODIÈRE R., *Droit des transports terrestres et aériens*, Sirey, 2^{ème} éd., 1977, p. 425, n°365. Dans le même sens mais avec un ton plus mesuré, ESCARRA J., ESCARRA E., RAULT J. et HÉMARD J., *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. 2, *Le mandat commercial, les transports*, Sirey, 1955, p. 240, n°882 : « bien que deux personnes seulement aient participé à la conclusion du contrat de transport, dès l'instant que l'expéditeur n'est pas en même temps le destinataire, trois personnes interviendront dans son exécution ».

²¹⁹⁴ La loi n°98-69 du 6 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier est venue modifier la précédente définition du Code de commerce qui ne tranchait pas fermement la question. L'article 101 ancien expliquait, en effet, que « la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier ». Désormais, l'article L. 132-8 nouveau du Code de commerce dispose que « la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier » : BON-GARCIN I., BERNADET M. et DELEBECQUE Ph., *Droit des transports*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, p. 394, n°437.

la conclusion du contrat, se retrouve « dans la situation d'une partie contractante »²¹⁹⁵. Sans s'appesantir plus avant sur les exemples précis ayant permis à la doctrine de commencer à envisager plus largement la notion de partie, il convient néanmoins de faire la lumière sur deux théories ayant proposé une conception véritablement novatrice de la notion et, *de facto*, de la qualité des intervenants à un ensemble contractuel.

452. Le véritable point de départ : la reconnaissance des actions directes dans les groupes de contrats – Après avoir mis en évidence l'existence des chaînes et des ensembles composant les groupes de contrats, le Professeur Teyssié s'interroge sur la possible existence de « rapports contractuels secondaires », qui lieraient les parties d'un même groupe alors même qu'aucun contrat ne les unit directement²¹⁹⁶. Or, démontrant la présence d'actions directes au sein des groupes de contrats, c'est-à-dire des actions ouvrant la possibilité, pour le créancier, d'agir contre le débiteur de son propre débiteur par exception au principe de l'effet relatif des conventions²¹⁹⁷, l'auteur rappelle que seule la loi ou des rapports contractuels sont en mesure de justifier l'existence de telles actions. La présence d'actions directes en garantie et en paiement au sein des groupes de contrats²¹⁹⁸ ne saurait, selon le Professeur Teyssié, être interprétée autrement que comme l'existence véritable d'un lien de nature contractuelle entre les individus d'un groupe de contrats qui ne seraient pas liés, dans leurs rapports interpersonnels, par une même convention. L'auteur ne pourrait être plus explicite : selon lui, l'admission de ces actions directes « témoign[e] de la création de rapports contractuels entre des personnes traditionnellement considérées comme des "tiers" dans leurs relations réciproques »²¹⁹⁹. Aucun autre fondement ne permettant de les expliquer, seule la nature

²¹⁹⁵ LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Th. Bordeaux, 1968, p. 485, n°202.

²¹⁹⁶ TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 237 et s., n°474 et s. Rapp. BERTRAND F., *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Th. Paris II, 1979, p. 407, n°247. L'auteur évoque la notion de « tiers intéressé » qui devraient être soumis aux règles de la responsabilité contractuelle en raison des « liens de fait » les unissant aux parties.

²¹⁹⁷ MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd., 1989, p. 140, n°156. De manière générale sur la notion d'action directe, V. JAMIN Ch., *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1991.

²¹⁹⁸ S'agissant des actions directes en garantie, V. TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 239 et s., n°477 et s. et, s'agissant des actions directes en paiement, p. 259 et s., n°521 et s. S'agissant toutefois des critiques théoriques pouvant être adressées à la construction jurisprudentielle, V. PUIG P., « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 913. Plus récemment, V. PUIG P., « Pour un renouveau de l'action directe dans les groupes de contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1073.

²¹⁹⁹ TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 279, n°559. Dans le même sens, V. p. 274, n°551 : « seule la présence de rapports contractuels entre toutes les parties à un groupe justifie l'audace d'une jurisprudence qui n'hésite pas à offrir aux actions directes en paiement qu'elle avait décelées dans le Code civil, des domaines entièrement nouveaux dans les groupes ou - mieux encore - hors des groupes visés par le législateur ».

contractuelle de la relation serait en mesure de justifier la présence de ces actions²²⁰⁰. La jurisprudence, elle-même, a pu affirmer que « le mandataire substitué est *uni au mandant par un lien contractuel* »²²⁰¹. Poursuivant son raisonnement sur le terrain de la responsabilité, le Professeur Teyssié milita alors afin que toutes les conséquences soient tirées de ce constat, et que la responsabilité applicable aux litiges survenus entre les membres d'un groupe de contrats ait une nature contractuelle²²⁰². Toutefois, après avoir admis la responsabilité contractuelle dans un ensemble de contrat²²⁰³, la Cour de cassation a préféré *in fine* prendre fait et cause pour la thèse délictuelle, confirmant ainsi la volonté de traiter les membres situés aux extrémités des ensembles contractuels comme des tiers²²⁰⁴. Les travaux du Professeur Teyssié continuent néanmoins d'inspirer la doctrine lorsque cette dernière réfléchit à un infléchissement de la stricte séparation entre les parties et les tiers²²⁰⁵.

En ce sens, et malgré la prise de position de la Cour de cassation²²⁰⁶, les Professeurs Larroumet et Bros défendent l'idée d'une extension de la responsabilité contractuelle aux tiers lorsqu'ils ont un lien avec le contrat dont l'inexécution cause un préjudice. Prenant l'exemple du contrat de sous-traitance, les auteurs soulignent l'existence d'un « lien économique évident »

²²⁰⁰ L'auteur rejette notamment la théorie de l'accessoire et le mécanisme de la stipulation pour autrui afin de justifier le fondement des actions directes. V. *Ibid.*, p. 277 et 278, n°558 ; Pour une critique de la thèse du Professeur Teyssié, V. JAMIN Ch., *th. préc.*, p. 250 et s., n°278 et s.

²²⁰¹ Com. 31 janv. 1956, *Bull. civ.* III, p. 38, n°47 ; rappr. Civ. 1^{ère}, 27 déc. 1960, *Bull. civ.* I, n°573, *D.* 1961, p. 491, note BIGOT J. ; *RTD civ.* 1961, p. 700, obs. CORNU G.

²²⁰² TEYSSIÉ B., *th. préc.*, p. 282 et s., n°563 et s. Rappr. DE JUGLART M., « La vente : un contrat en voie d'extinction au profit du contrat d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly éd., Litec, 1991, p. 63 et s., spéc. n°8 et 9, p. 69 et 70.

²²⁰³ Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988 n°85-12.609, *Bull. civ.* I, n°202, p. 141, *D.* 1989, p.5, note LARROUMET Ch. ; *JCP E* 1988, p. 15294, note DELEBECQUE Ph. ; *Défrénois* 1989, p. 356, obs. AUBERT J.-L. ; *RTD civ.* 1989, p. 74, obs. MESTRE J. Dans cet arrêt, la Haute juridiction estime que « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial. En effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrat entre eux ».

²²⁰⁴ Ass. plén., 12 juil. 1991, n°90.13602, Besse ; *Défrénois* 1991, p. 1301, note AUBERT J.-L. ; *D.* 1991, p. 549, note GHESTIN J. ; JAMIN Ch., « Une restauration de l'effet relatif du contrat », *D.* 1991, chron. 257 ; *RTD civ.* 1991, p. 750, note JOURDAIN L. ; *JCP G* 1991. II. 21743, note VINEY G. L'action en garantie a, néanmoins, conservé une nature contractuelle : Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1991, n°87.15229 : « le maître de l'ouvrage dispose contre le fabricant d'une action contractuelle directe, laquelle est fondée sur le contrat de vente conclu entre ce fabricant et le vendeur intermédiaire », *RDI* 1992, p. 76, obs. MALINVAUD Ph. et BOUBLI N. ; Civ. 1^{ère}, 23 juin 1992, n°91-11.091, *Bull. civ. I*, n°195, p. 131, *Cont. Conc. Cons.* 1992, comm. 200, note LEVENEUR L. ; pour une analyse de la théorie des groupes de contrat justifiant une extension de la notion de partie nonobstant le refus de la Cour de cassation dans l'arrêt Besse, V. CHARBONNEAU C. et PANSIER J.-F., « Du renouveau de la notion de partie », *Défrénois* 2000, p. 284.

²²⁰⁵ V. entre autres CHARBONNEAU C. et PANSIER F. J., *art. préc.*

²²⁰⁶ Les auteurs estiment que « le refus d'admettre la nature contractuelle de la responsabilité entre parties extrêmes dans un ensemble contractuel au nom du principe de l'effet relatif des contrats pour retenir la responsabilité extracontractuelle entre ces parties extrêmes est d'une grande hypocrisie le plus souvent » : LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 889, n°790 bis.

entre celui-ci et le contrat principal de louage d'ouvrage justifiant alors que la responsabilité du sous-traitant soit de nature contractuelle également à l'encontre du maître de l'ouvrage. Plus précisément, « le lien économique entre les deux contrats devrait, du point de vue de la responsabilité, se doubler d'un lien d'ordre juridique entre les deux parties à chaque contrat qui n'ont pas contracté entre elles »²²⁰⁷, et ce pour deux raisons. Il s'agirait d'assurer un traitement identique aux victimes qu'il s'agisse de l'entrepreneur principal ou du maître de l'ouvrage, et de veiller au respect des prévisions des parties. L'extension de la responsabilité contractuelle s'explique alors par l'idée que le maître de l'ouvrage « n'éprouve de préjudice que parce qu'il est créancier contractuel de l'entrepreneur principal, lui-même créancier contractuel du sous-traitant et que le préjudice résulte de l'inexécution de son obligation par le sous-traitant »²²⁰⁸. Une solution identique devrait également prévaloir notamment pour le bailleur principal à l'égard du sous-locataire. Ce faisant, les Professeurs Larroumet et Bros admettent la possibilité de « procéder à une nouvelle lecture de l'ancien article 1165 du Code civil, remplacé par l'article 1199 en 2016, à la lumière de la notion d'ensemble contractuel ». Plus précisément, « on envisagerait extensivement la notion de partie à un contrat en y incluant des personnes qui n'auraient pas donné leur consentement à la conclusion d'un contrat déterminé, dès lors qu'elles ont donné leur consentement à la conclusion d'un autre contrat du même ensemble »²²⁰⁹.

453. Le plaidoyer engagé de Madame Bacache-Gibeili en faveur d'une conception plus souple de la partie – Étudiant la question de la relativité des conventions et des groupes de contrats, le Professeur Bacache-Gibeili aboutit également à une proposition audacieuse en suggérant tout bonnement un « élargissement de la notion de partie »²²¹⁰. Après avoir refusé de fonder la force obligatoire du contrat sur la volonté des parties, considérant que celui-ci tire sa force de la loi²²¹¹, l'auteur estime nécessaire de considérer que les parties sont, au-delà des seules personnes ayant participé à sa conclusion, « tous ceux qui sont concernés par le contrat comme instrument de respect des prévisions et de réalisation de la justice commutative, c'est-à-dire non seulement les contractants mais les participants au même groupe de contrats »²²¹². Ce serait dans un double but que le législateur accorderait force obligatoire au contrat : pour

²²⁰⁷ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 883, n°789 ter.

²²⁰⁸ *Ibid.*

²²⁰⁹ LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 885, n°790.

²²¹⁰ BACACHE-GIBEILI M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, p. 262 et s., n°300 et s.

²²¹¹ *Ibid.*, p. 240 et s., n°273 et s.

²²¹² *Ibid.*, p. 262, n°300.

assurer une sécurité suffisante à l'acte de prévision et d'emprise sur l'avenir que représente le contrat, et pour garantir la réalisation de la justice commutative. Or, si ceux qui ont créé l'acte ont effectivement manifesté la nécessité de voir garantir les prévisions contractuelles, ce n'est en principe pas le cas de ceux que l'on qualifie habituellement de tiers. N'ayant exprimé aucune volonté, ils ne devraient pouvoir être tenus par les stipulations d'un acte qui leur est totalement étranger. Cependant, dans l'idée du Professeur Bacache-Gibeili, le contrat peut être un instrument de prévision pour les parties, mais également un moyen de renforcer le respect des prévisions d'autres acteurs et d'en garantir la sécurité lorsqu'il est rendu obligatoire également à leur égard. Si ces derniers ont, dans un autre contrat, manifesté à leur tour leur besoin de sécurité en extériorisant des prévisions identiques à celle du premier, et donc lorsque « les deux contrats concernés sont liés par une identité d'objet de l'une de leurs obligations », la force obligatoire devrait s'étendre, au-delà de la première sphère des contractants, pour s'appliquer aux membres des groupes de contrats²²¹³. Autrement dit, fonder la force obligatoire du contrat sur la loi, et non plus sur l'ancien dogme de l'autonomie de la volonté, permet de proposer une subdivision au sein même de la notion de partie. Celle-ci engloberait alors, les contractants et les participants d'un même groupe de contrats, autrement appelés par l'auteur, les « simples parties contractantes »²²¹⁴, ce que la jurisprudence pourrait, selon l'auteur, avoir implicitement inauguré²²¹⁵. Le rôle de la volonté n'est pas entièrement oublié, mais celle-ci est quelque peu reléguée à un rang d'importance moindre puisque, pour identifier les parties, est suffisante la volonté de contribuer à la création d'un contrat lié à un autre par une identité d'obligations. Autrement dit, « à défaut d'une volonté formant le contrat lui-même, on se contenterait d'une volonté contribuant à la formation d'un autre contrat du groupe »²²¹⁶.

Jusqu'alors, il semble que les auteurs ayant plaidé pour un assouplissement de la notion de partie, aient fondé leur critère de distinction sur la nature du contrat. Le Professeur Larroumet estimait, par exemple, que « le destinataire est obligatoirement assimilé, *de par l'essence et la*

²²¹³ *Ibid.*, p. 257 et 258, n°295.

²²¹⁴ Pour une critique de cette distinction, V. WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 61 et s., n°70.

²²¹⁵ Com. 3 juin. 1964, *Bull. civ.* IV, n°291, BACACHE-GIBEILI M., *th. préc.*, p. 268, n°302. Pour l'auteur, cet arrêt de 1964 « semble avoir inauguré implicitement la distinction proposée entre parties subjectives et parties objectives, autrement dit entre les contractants et les simples parties contractantes ». Dans le même sens, V. JAMIN Ch, *th. préc.*, n°126, p. 98 et s. Pour le Professeur Jamin, il est possible de soutenir que l'arrêt de 1964 « inaugurerait implicitement une distinction entre parties *subjectives* (dont la qualité est fondée sur la notion de volonté) et parties objectives (dont la qualité est justifiée par la nature de l'opération projetée) au contrat ».

²²¹⁶ BACACHE-GIBEILI M., *th. préc.*, p. 262, n°300.

nature même du contrat [de transport], à la situation d'une partie au contrat »²²¹⁷. Plus précisément, et en raisonnant sur l'hypothèse dudit contrat de transport, c'est parce que la nature même du contrat implique que ce dernier s'ouvre à une personne autre que celle du cocontractant, que le destinataire (en principe tiers au contrat de transport) a vocation à être pris en considération²²¹⁸. Toutefois, entre les mains des auteurs, ce critère a abouti à des résultats contradictoires et paraît donc trop malléable pour fonder la distinction entre les notions de parties et de tiers²²¹⁹. La qualification de partie ne devrait pas dépendre d'un tel élément mais reposer, au contraire, sur le critère de l'identité d'obligations des contrats d'un même groupe²²²⁰. Dès lors, puisque les membres du groupe ont manifesté la volonté de former des contrats distincts mais malgré tout, unis par une identité d'obligations, il conviendrait de les considérer comme des parties au sens de « simples parties contractantes ». Reprenant les grilles d'analyse de Kelsen²²²¹, le Professeur Bacache-Gibeili distingue donc, au sein de la catégorie « partie », les parties contractantes qui sont « parties à la norme et à la procédure », et les membres du groupes qui sont simplement « partie à la norme ». Les « destinataires objectifs de la norme » constitueraient, avec les « auteurs subjectifs de la procédure », la catégorie élargie des parties²²²² qui ne pourrait donc se résumer aux seules personnes ayant directement participé à la formation de l'acte²²²³.

²²¹⁷ LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Th. Bordeaux, 1968, p. 485, n°202.

²²¹⁸ LARROUMET Ch., *th. préc.*, 1968, p. 329, n°142 et p. 407 et s., n°180.

²²¹⁹ Se fondant sur la nature du contrat, le Professeur Larroumet approuve la loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes qui rejette l'action en responsabilité contractuelle du destinataire contre l'acconier lié, par un contrat, avec le transporteur pour les dommages survenus pendant le chargement et le déchargement des marchandises (art. 52) : LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Th. Bordeaux, 1968, cité par le Professeur Bacache, V. BACACHE-GIBEILI M., *th. préc.*, p. 266 et 267, n°302. À l'inverse, et se fondant pourtant également sur la nature du contrat, le Doyen Rodière estime que la responsabilité entre le destinataire et l'acconier devrait être de nature contractuelle : V. RODIÈRE R., obs. sous Com. 3 juin 1964, Bull. civ. IV, n°29, DMF 1964, p. 588 ; rappr. DE JUGLART M. et DU PONTAVICE E., note sous Com. 3 juin 1964, *JCP* 1965. II. 14163 ; notons toutefois que le Professeur Larroumet semble avoir, par la suite, assoupli sa position en affirmant qu'il convenait « d'assimiler le créancier du créancier à une partie à un contrat à la conclusion duquel il n'a pourtant pas participé » : LARROUMET Ch., « L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels », *JCP G* 1988. I. 3357, spéc. n°6. V. également, pour l'admission d'une action en responsabilité contractuelle de l'utilisateur d'une chose à l'encontre de son fabricant, LARROUMET CH., note sous Civ. 1ère, 21 juin 1988, *D.* 1989, p. 5, préc.

²²²⁰ BACACHE-GIBEILI M., *th. préc.*, p. 265 et s., n°302, spéc. p.267 et 268.

²²²¹ KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 33.

²²²² BACACHE-GIBEILI M., *th. préc.*, p. 268, n°303.

²²²³ Déjà en ce sens, le Professeur Rouhette appelait « à distinguer la partie, de l'auteur d'un acte » : ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. Paris, 1965, p. 634, n°223 ; rappr. DESHAYES O., « Tiers et contrat en France », in *Les tiers*, coll. Travaux de l'Association H. Capitant, t. LXV, Bruylant, 2016, p. 101 et 102, n°2 et s. Le Professeur Deshayes distingue les « tiers à la procédure contractuelle » dont la volonté n'a, à aucun moment, participé à la formation du contrat, des « tiers aux effets du contrats », ce deuxième terme renvoyant aux « personnes qui ne se trouvent pas directement assujetties par le contrat » autrement dit, celles « qui ne sont pas parties à la "norme" contractuelle ».

De nombreux auteurs expriment pourtant leur désaccord quant à la possibilité d'admettre l'existence d'une relation de nature contractuelle entre les parties d'un même ensemble²²²⁴ et donc, *mutatis mutandis*, avec un élargissement consécutif de la notion de partie. Les réflexions menées dans le cadre des ensembles contractuels soulèvent ainsi la question de l'impact de la succession de contrats sur la qualité des intervenants. Posant une question similaire dans des ensembles contractuels d'un nouveau genre, l'étude des contrats de partage impose de réfléchir à l'existence d'un lien contractuel entre les différents intervenants des communautés.

§ 2 : Une tentative infructueuse d'éclairer la qualité des intervenants du partage

454. L'insuffisance des propositions doctrinales quant à l'élargissement de la notion de partie – Si la notion d'ensemble contractuel a été explorée par la doctrine bien avant l'apparition et le développement de l'économie de partage, la réalité contractuelle nouvelle à laquelle cette économie donne naissance brouille irrémédiablement la frontière entre les parties et les tiers (A). Toutefois, les différentes propositions suggérées par les auteurs pour assouplir la notion de partie sont, par nature, insusceptibles d'éclairer la qualité des intervenants auxquels la pratique est désormais confrontée (B).

A. Une nouvelle réalité contractuelle ou la nécessité d'assouplir la distinction classique partie/tiers

455. Une réalité contractuelle nouvelle modifiant la conception des liens contractuels – Les contrats de partage mettent en lumière un phénomène de transformation croissante du droit des contrats : s'il ne peut plus être comparé à ce qu'il était en 1804, il s'éloigne également progressivement de la figure qu'on lui connaissait dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Les différents bouleversements industriels et économiques qui ont eu lieu au cours des dernières décennies du siècle passé ont amené à repenser le contrat pour en faire un outil plus efficace dans les relations commerciales internes et internationales. Il fut alors entendu qu'une place plus souple devait être aménagée aux mécanismes de correction et d'adaptation des conventions afin que celles-ci puissent s'intégrer, avec plus d'efficacité, dans la durée. Dans le même temps, le contrat cessa d'être vu comme un pur instrument de l'instant et les mécanismes de réflexions

²²²⁴ BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, Th. Paris II, 2001, p. 158, n°251 et 252 ; WINTGEN R., *th. préc.*, p. 99 et s., n°68 et s., spéc. p. 63, n°71.

et de formation progressive des conventions furent améliorés. Cependant, le XXI^{ème} siècle apporta des bouleversements différents, et si la consommation de masse est loin d'avoir disparu, un mouvement inverse commence à se développer en réaction à ces phénomènes de surconsommation. Les individus ont entrepris de se regrouper au sein de communautés où les relations ne sont plus pensées comme des liens fermés unissant deux à deux chacun des membres, mais comme des espaces où l'intérêt collectif du groupe ne peut être atteint qu'avec le concours de chacun, grâce à la mise en place d'un maillage de relations contractuelles circulaires. Ce fonctionnement circulaire appliqué aux contrats de partage, ajouté aux liens qui unissent chaque contrat avec les précédents, laisse entrevoir un ensemble composé de plusieurs individus qui, certes ne sont pas des parties au sens classique du Code, mais que l'on ne peut, en conscience, traiter comme de simples tiers. Cette nouvelle réalité contractuelle, en ce qu'elle fait désormais partie intégrante des modes de consommation, doit donc être appréciée pour ce qu'elle permet de souligner. En ce sens, et bien que jusque-là, les différents exemples pris par certains auteurs pour démontrer le caractère excessivement restrictif de la notion de partie n'ont pas suffi à convaincre de la nécessité de faire véritablement évoluer la notion, les contrats de partage apportent, pour leur part, une pierre supplémentaire à l'édifice. Témoinnant de l'amenuisement progressif de la digue séparant tiers et parties, ces contrats mettent en évidence l'impossibilité actuelle d'apprécier les intervenants de certaines opérations économiques de manière isolée des opérations voisines dont la formation et l'exécution ne resteront pas sans conséquence les unes sur les autres.

Mais, au-delà du lien particulier qui unit les contrats de l'ensemble, c'est plus généralement la communauté des membres qui intervient au sein de chaque opération pourtant conclue, *a priori*, entre deux membres isolés. Puisque les contrats de partage font naître une créance pouvant être recouvrée à l'encontre de n'importe quel membre, lorsque celui-ci est effectivement en mesure d'offrir ses services à la communauté, il serait sans doute artificiel d'occulter les liens unissant ladite communauté des membres dans son ensemble avec les différentes opérations réalisées successivement. En réalité, l'immixtion de la communauté semble même aller au-delà de ce seul constat, cette dernière ayant notamment un pouvoir de sanction lorsqu'un membre contrevient à ses obligations dans le cadre des différentes relations nouées en son sein. Lorsque les membres se réunissent sous la forme d'une association loi 1901, le règlement intérieur édicté prévoit notamment la possibilité pour « le Collectif », de « demander des explications à un adhérent dont le comportement lui semble contraire aux statuts, au règlement intérieur, à sa charte, à l'esprit de l'association ou aux lois en vigueur, et

de prononcer une exclusion temporaire »²²²⁵.

Lorsqu'une société commerciale est créée, comme c'est le cas pour la communauté HomeExchange, celle-ci se réserve également le droit de limiter l'accès des membres à ses services, de contrôler les contenus postés ou encore de fermer les comptes utilisateurs²²²⁶. Ce dernier cas de figure est toutefois des plus original, car si les membres d'une communauté adhèrent à l'association qui la structure, comme le démontre l'exemple des SEL et autres associations fonctionnant sur un principe identique, les membres de HomeExchange ne deviennent pas, de par leur adhésion à la communauté, des associés de la société Tukazza. Ainsi, de par l'acceptation des conditions générales d'utilisation, les individus se soumettent au contrôle de la plateforme avec laquelle ils n'ont de relations contractuelles que par le contrat d'adhésion accepté lors de leur inscription. En revanche, la plateforme gérée par la SAS demeure tiers à l'ensemble des relations contractuelles conclues successivement entre ses membres, mais dispose pourtant du droit d'intervenir dans leurs rapports. On le voit, en matière de partage, la frontière entre les parties et les tiers paraît irrémédiablement troublée.

456. Un mouvement visible également en matière d'économie collaborative – Bien que l'objet de la présente étude ne puisse être confondu avec les pratiques contractuelles réalisées dans le cadre de l'économie collaborative, puisqu'il existe une différence véritable entre celles-ci et l'économie de partage²²²⁷, certaines ressemblances autorisent toutefois à s'y référer. L'état d'esprit des participants n'a que peu en commun avec celui qui sous-tend l'économie de partage, lorsque le caractère marchand des opérations achève de distinguer ces modèles économiques. Néanmoins, ces deux systèmes sont nés en réaction à la même société de consommation, afin de maximiser l'usage des ressources et développer de nouveaux canaux de transactions économiques, notamment grâce à la diffusion massive des innovations technologiques et la prise de pouvoir des utilisateurs sur ces nouveaux moyens. Or, un détour par l'économie collaborative permet de confirmer l'existence d'une réalité contractuelle nouvelle au sein de laquelle la qualité des différents intervenants pose véritablement question

²²²⁵ V. not. le règlement intérieur de l'association B.E.L.L.E (« Bourse d'échanges locaux libres et équitables ») : TERRIS F., « SEL, mode d'emploi » (art. 20).

²²²⁶ Sur ce point, V. les conditions générales d'utilisation de HomeExchange.fr qui précisent explicitement qu'« en cas de non-respect de la part des membres de tout ou partie des CGU, ou en cas de comportement contraire à la réglementation, aux règles de bonne conduite, aux valeurs et à l'éthique que le site s'efforce de véhiculer, HOMEEXCHANGE INC se réserve le droit de : limiter l'accès des membres à ses services ; retirer certains contenus hébergés sur le site ; fermer le compte utilisateur » : <https://www.homeexchange.fr/p/conditions-generale-d-utilisation>.

²²²⁷ Sur la différence entre économie de partage et économie collaborative, V. *supra*, n°13 et s.

au regard des clefs de lecture traditionnelles.

Les pratiques d'économie collaborative, à l'instar d'Uber ou Airbnb, passent, en quasi-totalité, par des plateformes d'intermédiation²²²⁸. Celles-ci s'intègrent alors dans des relations tripartites (prestataire, client, plateforme) mais prennent généralement la peine, dans leurs conditions générales d'utilisation, de préciser qu'elles demeurent extérieures aux relations contractuelles nouées entre client et prestataire²²²⁹. C'est notamment ce que soutenait la plateforme GoGo RunRun dans un litige l'opposant au syndicat national des transports légers. Cette dernière estimait ainsi que son activité se limitait à la gestion de la plateforme permettant la mise en relation entre un coursier et un expéditeur. De ce fait, elle ne pouvait être considérée comme partie au lien contractuel noué, via l'application, entre le coursier et l'expéditeur. Rejetant ces prétentions, le Tribunal de grande instance de Paris affirma sans détour que « l'assertion de GoGo RunRun, selon laquelle elle serait totalement étrangère au lien contractuel, apparaît peu sérieuse, dès lors que la relation entre coursier et expéditeur ne peut se lier que par son intermédiaire, et que sa bonne fin – paiement, règlement des litiges – est, de même, subordonnée à son intervention »²²³⁰.

En réalité, les plateformes interviennent dans l'opération d'ensemble permettant la réalisation de la prestation²²³¹, elles s'immiscent véritablement dans les relations contractuelles nouées entre les parties situées chacune aux extrémités de la chaîne de contrats ainsi formée²²³². Certes, la plateforme intervient dans un rapport contractuel différent de celui formé *in fine* par les parties puisqu'elle endosse généralement le rôle de courtier ou de mandant²²³³. Toutefois, si

²²²⁸ En matière d'économie de partage, l'on peut toutefois citer la plateforme d'intermédiation HomeExchange qui joue un rôle similaire. L'hypothèse est toutefois relativement isolée et non représentative de la majorité des pratiques de partage.

²²²⁹ V. not. les conditions d'utilisation d'Uber qui affirment explicitement que « les Services constituent une plateforme technologique qui permet aux utilisateurs de l'Application et/ou du Site Internet d'organiser et de commander des Services de Tiers [...]. Vous reconnaissez qu'Uber ne fournit pas les Services de Tiers, notamment les services de transport ou logistiques et n'a pas la qualité de transporteur, et que l'ensemble desdits Services de Tiers sont fournis par des Prestataires Tiers qui ne sont pas employés par Uber » (art. 2, Les services, CGU Uber). Un constat identique peut être formulé s'agissant des plateformes telles qu'Airbnb ou encore Amazon : ZINTY S., « Droit commun des plateformes numériques. – Cadre de la relation entre la plateforme et les usagers », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, 2019, fasc. 1205, n°14 ; MATHEY N., « L'ubérisation et le droit des contrats : l'immixtion des plateformes dans la relation contractuelle », in *Le droit civil à l'ère numérique, Actes du colloque Paris II*, LexisNexis, 2017, p. 9 et s., spéc. n°5.

²²³⁰ TGI Paris, ord. réf., 12 mai 2016, Synd. National des Transports Légers c/ GoGo RunRun, *Comm. Com. électr.* 2016, comm. 61, note LOISEAU G.

²²³¹ LOISEAU G., « Plateforme de mise en relation en ligne - Le mystère contractuel des relations triangulaires impliquant une plateforme de mise en relation en ligne », *Comm. Com. électr.* 2016, comm. 61, note sous TGI Paris, ord. réf., 12 mai 2016.

²²³² MATHEY N., *art. préc.*, p. 9 et s., spéc. n°6 et n°14 et s. sur les ensembles contractuels formés dans le cadre de l'économie collaborative.

²²³³ BARBIER H., « Le statut juridique de la plateforme en ligne : intermédiaire contractuel et non simple support technique », *RTD civ.* 2019, p. 848, obs. sous Com. 19 juin 2019, n°1-12.292.

pour certains, en tant que simple « intermédiaire technique », elle ne peut être considérée que comme un tiers à la relation entre ses utilisateurs, en ce qu'elle ne serait rien de plus qu'un outil de mise en relation²²³⁴, son intervention dans la relation contractuelle, notamment eu égard à son pouvoir de contrôle²²³⁵, brouille les frontières entre parties et tiers. C'est la plateforme qui rédige les contrats conclus entre ses différents utilisateurs. C'est elle encore qui joue un rôle déterminant en matière de résolution des litiges survenus entre ses membres²²³⁶ ou qui détient un pouvoir de sanction lorsque, dans le cadre de leur relation, les utilisateurs manqueraient à leurs obligations²²³⁷.

On le voit, les nouveaux modes de consommation soulignent la délicate question de la qualité des intervenants dans des opérations formées sur de nouveaux modèles d'ensembles contractuels. Certains de ces intervenants, s'ils ne sont pas directement parties à tous les contrats de l'ensemble, ne peuvent néanmoins être considérés comme des tiers au sens classique du terme puisqu'ils interviennent, de la mise en relation à l'exécution, en passant par la conclusion des contrats, dans les relations contractuelles conclues entre utilisateurs. L'intervention n'est certes pas identique en matière d'économie collaborative et d'économie de partage, mais elle est le reflet d'un même phénomène : celui de l'hybridation des catégories de contractants.

457. L'existence d'une sous-catégorie de « tiers liés » ou de « cocontractants particuliers » – Aux termes de ces quelques développements, il semble que la distinction traditionnelle des parties et des tiers soit vraisemblablement trop catégorique pour s'adapter au nouveau monde contractuel né de la multiplication des opérations économiques complexes dont la réalisation passe par la mise en place d'ensembles contractuels de plus en plus diversifiés, qu'il s'agisse des ensembles formés dans les systèmes de consommation traditionnels ou des nouveaux schémas qui émergent notamment en matière de partage. Les propositions développées jusqu'alors par la doctrine en matière d'ensembles contractuels prennent ainsi une résonance particulière. En ce sens, l'idée d'assouplir la notion de partie pour la subdiviser en

²²³⁴ BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un service », *Cont. Conc. Cons.* 2015, Étude 3, spéc. n°15.

²²³⁵ ZINTY S., *art. préc.*, n°16 à 20.

²²³⁶ A titre d'illustration, l'art. 11.3 des conditions de service pour les utilisateurs européens de la plateforme Airbnb stipule qu'« à la demande raisonnable d'Airbnb, le Membre participera avec l'Hôte à une médiation ou à une procédure similaire gratuite de résolution des litiges, *dirigée par Airbnb ou un tiers choisi par cette dernière* ou son assureur, en cas de pertes pour lesquelles un Membre réclame un paiement à Airbnb ». Un centre de résolution a d'ailleurs été directement mis en place par Airbnb.

²²³⁷ V. not. Uber qui se réserve le droit de suspendre les comptes utilisateurs lorsque la note accordée par les autres utilisateurs est trop faible : « les chauffeurs, passagers, coursiers ou commerçants qui n'atteignent pas la note moyenne minimale de leur ville risquent de *perdre l'accès aux applications Uber* ». Sur ce point, V. <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-community-guidelines&country=france&lang=fr>.

deux sous-catégories (les cocontractants au sens propre et les autres intervenants à l'ensemble contractuels qui n'ont certes pas de lien direct, mais participent à la réalisation de la même opération), retient l'attention.

Néanmoins, d'un point de vue formel, il semble difficile de souscrire entièrement à la proposition du Professeur Bacache-Gibeili. Notons, en effet, que la terminologie de « simples parties contractantes » a, sur ce plan, un double inconvénient. Elle semble à la fois trop peu révélatrice du contenu de la catégorie d'intervenants visés, et incapable de faire ressortir une véritable distinction avec les « parties contractantes » qui forment, avec elle, la catégorie plus générale des parties.

D'un point de vue matériel, un reproche peut également lui être adressé. Cette sous-catégorie de parties ne serait pas, contrairement aux parties contractantes, exclusive de la qualité de tiers. Les simples parties contractantes conserveraient donc la qualité de tiers vis-à-vis des autres intervenants de l'ensemble pour toutes les obligations contractuelles qui ne sont pas strictement identiques aux différents contrats. Cette qualification ne serait donc que partielle et relative²²³⁸. Or, *a priori*, il peut sembler étonnant de rattacher, à la catégorie générale des parties, une certaine classe d'intervenants qui restera, dans bien des cas, à la simple place de tiers. Partant, la proposition du Professeur Ghestin de conserver la qualification de partie uniquement lorsque la volonté des intervenants a participé à la création du lien obligatoire²²³⁹ et de lui opposer une catégorie de « tiers liés »²²⁴⁰, pourrait paraître plus convaincante. Il s'agirait alors de donner une place aux intervenants qui, sans être véritablement parties au contrat, sont malgré tout liés par ses effets obligatoires²²⁴¹. Néanmoins, l'existence d'un lien entre les différents intervenants qui peut être, à certains égards, de nature contractuelle, interroge quant à l'opportunité de faire demeurer dans une sous-catégorie de tiers des intervenants qui, de toute évidence, ne sont pas uniquement concernés par le contrat du point de vue de son opposabilité. La possibilité d'exercer des actions directes ou d'intervenir dans un contrat auquel les individus ne sont pas parties semble aller à l'encontre de la nature même des tiers qui, en principe, ne peuvent en aucune façon intervenir dans la relation : dans un tel cas de figure, le contrat n'est plus seulement un fait juridique opposable aux individus qui doivent

²²³⁸ BACACHE-GIBEILI M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, p. 263, n°301.

²²³⁹ GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992, doct. 3628, spéc. n°4.

²²⁴⁰ *Ibid.*, doct. 3628, spéc. n°20 et s.

²²⁴¹ Une telle question fut notamment posée par le Professeur Guelfucci-Thibierge : V. GUELFUCCI-THIBIERGE C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p. 275 et s., spéc. n°31 ; V. également MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 272 et 273, n°262.

alors tenir compte de la situation qui en découle. Au contraire, en s’immisçant parfois directement dans la relation contractuelle, ils dépassent outrageusement le champ d’action réservé aux tiers. Et si le contrat ne produit d’effets qu’à l’égard des parties, la logique semble imposer que l’on reconnaisse cette qualité à chaque intervenant de l’ensemble sur la tête duquel la relation contractuelle produit des effets de droit. Partant, si l’assouplissement de la distinction partie/tiers paraît nécessaire au vu de l’évolution de la pratique contractuelle, il semblerait préférable d’opter pour un infléchissement, non de la notion de tiers, mais de celle de partie en y ajoutant les intervenants ayant le pouvoir de s’immiscer dans la relation contractuelle, ou en la personne de qui, le contrat produira certains effets. Il s’agirait ainsi de reconnaître une catégorie de « cocontractants particuliers ». Se pose alors naturellement la question de l’adaptation aux techniques de partage d’un tel assouplissement de la notion de partie au sein des ensembles contractuels, eu égard aux particularités des contrats étudiés.

B. L’inadaptation des modèles de réflexion à la succession des contrats de partage

458. Une tentative de transposition des propositions doctrinales aux contrats de partage –

Comme pour d’autres classifications bipartites strictes, la pratique contractuelle contemporaine vient brouiller les frontières entre les parties et les tiers. L’immixtion de certains intervenants au sein de relations contractuelles auxquelles ils sont par principe étrangers, impose de réfléchir à la manière de prendre en compte cette nouvelle réalité. Or, dans la mesure où la succession des contrats de partage se présente, *a priori*, comme un ensemble contractuel au sens large, il semble nécessaire de vérifier l’adaptation d’une telle qualification aux contrats en cause. Un tel questionnement est essentiel afin de déterminer si les réflexions doctrinales menées dans le cadre des ensembles contractuels peuvent être étendues aux pratiques étudiées.

459. L’inadaptation de l’interdépendance contractuelle à la succession de contrats de

partage – L’on bute toutefois rapidement sur un premier écueil puisque la technique de l’interdépendance contractuelle, utilisée par certains comme l’un des fondements possibles des ensembles contractuels, est inadaptée à la réalité pratique des techniques de partage. Au premier abord, une conclusion inverse aurait pu sembler appropriée. En effet, il existe une corrélation dans l’existence des contrats interdépendants puisque leur formation, ainsi que leur exécution, sont subordonnées à la formation et à l’exécution des autres²²⁴². Dès lors, dans la mesure où les

²²⁴² BROS S., *L’interdépendance contractuelle*, *op. cit.*, p. 23, n°29.

contrats de partage dépendent les uns des autres, puisque le contrat conclu entre *Secundus* et *Tertius* n'a de raison d'être qu'en présence d'un engagement précédent réalisé par *Secundus* au profit de *Primus*, une appréciation rapide de l'ensemble ainsi formé pourrait laisser croire à l'existence effective d'une interdépendance. Une telle conclusion doit toutefois être rapidement rejetée puisque, contrairement aux contrats de partage, les contrats interdépendants ne se « présente[nt] pas sous la forme d'une succession de contrats » et doivent avoir été pensés, dans l'esprit des parties, pour exister ensemble²²⁴³. Tel n'est pourtant pas exactement le cas en matière de partage. Les membres des communautés connaissent l'importance des liens, de quelque nature qu'ils soient, entre les différents contrats passés dans ce cadre, et la nécessité d'établir un maillage de relations contractuelles fait partie intégrante de l'état d'esprit des communautés. Pour autant, la nature même des relations de partage empêche de concevoir, *ab initio*, une conclusion concomitante de tous les contrats de l'ensemble. Par définition, c'est l'étalement des relations dans le temps qui permet la dynamique circulaire dans laquelle s'épanouissent les contrats de partage. Rappelons également qu'en la matière, il existe nécessairement une part d'incertitude : seul le principe de la contreprestation est acquis à celui qui s'est exécuté au profit d'autrui. En revanche, la nature et l'identité du débiteur de cette dernière resteront indéterminées jusqu'à ce que le paiement de la créance soit effectivement réclamé.

Trois observations doivent alors être formulées. En matière de partage, il n'existe tout d'abord aucune dépendance réciproque qui justifierait, en cas de disparition de l'un des contrats, l'anéantissement des autres contrats liés, compromettant ainsi la réalisation de l'opération. Seule la disparition d'un contrat antérieur pourrait justifier l'anéantissement des contrats postérieurs lorsque, à l'inverse, ce contrat antérieur n'a que faire de la disparition de ceux qui lui sont postérieurs. Si le contrat conclu entre *Secundus* et *Tertius* est anéanti en raison notamment d'une cause de nullité, de caducité, ou de résolution pour inexécution, cela n'aura aucun impact sur la relation unissant *Primus* à *Secundus*, l'existence de celle-ci n'étant pas subordonnée à la conclusion d'un contrat futur. En revanche, lorsque cette première convention est amenée à disparaître, la créance de *Secundus* se trouve privée de tout fondement. La dépendance entre les contrats de partage n'est donc pas mutuelle, contrairement à l'interdépendance contractuelle²²⁴⁴, mais unilatérale.

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ Sur l'existence d'un lien de dépendance mutuelle, V. BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, *op. cit.*, p. 9 et s., n°13 et s. PELLÉ S., *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007, p. 256, n°285.

Ensuite, les contrats de partage ne sont pas construits autour d'une même prestation principale, et s'il existe effectivement un but commun, chaque contrat participe malgré tout à la réalisation d'opérations économiques distinctes dont l'addition seule permet de se rapprocher de l'objectif de la communauté. Mais puisqu'il s'agit, non d'aboutir *in fine* à la réalisation d'une opération économique unique, mais bien plus de tendre vers un idéal commun, de se rapprocher au plus près d'un mode de fonctionnement permettant à tout un chacun de prendre part à la vie de la communauté, d'obtenir des biens et services, de favoriser le développement durable, de renforcer la solidarité, *etc.* Cet objectif commun est donc bien différent de celui consistant, dans les contrats interdépendants, à viser la réalisation d'une opération économique déterminée : la volonté de satisfaire l'intérêt collectif n'a donc rien de comparable avec l'identité d'objet caractéristique de l'interdépendance contractuelle.

Enfin, la succession des contrats de partage fait intervenir, par nature, une pluralité d'intervenants. L'intérêt de ces pratiques réside, justement, dans la possibilité de tirer le meilleur parti de ce que chacun est en mesure d'offrir au groupe. Dès lors, par définition, la succession des contrats de partage aura lieu entre des personnes différentes et, à l'inverse d'une opération à trois personnes où seule l'une d'elle serait partie aux deux contrats, l'on ne peut morceler les techniques de partage. Il ne s'agit pas de considérer qu'une première opération unit *Primus*, *Secundus* et *Tertius* puis *Tertius*, *Quartus* et *Quintus*. Un tel découpage serait arbitraire puisque l'opération entre *Tertius* et *Quartus* dépend nécessairement des opérations qui lui ont succédé. Contrairement aux contrats interdépendants au sein desquels l'on décele une identité de personnes, qu'il s'agisse de deux contrats conclus entre les mêmes personnes²²⁴⁵, ou d'une opération à trois personnes (ou plus) visant la réalisation d'une opération économique globale²²⁴⁶, un tel critère est introuvable en matière de partage. La technique de l'interdépendance contractuelle ne permet donc pas de saisir cette succession de contrats.

460. L'inadéquation de la théorie des groupes de contrats à la succession des contrats de partage – La théorie des chaînes de contrats n'apporte pas non plus de réponse satisfaisante quant à la manière de prendre en compte la succession des contrats de partage. Si dans un cas comme, dans l'autre plusieurs contrats sont conclus successivement, les derniers ne sont pas, à la différence des contrats faisant partie d'une chaîne, unis par une identité d'objet. Rappelons, en effet, que dans ce type d'ensembles contractuels, les différents contrats sont organisés autour

²²⁴⁵ BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, *op. cit.*, p. 23 et s., n°29 et s.

²²⁴⁶ *Ibid.*, p. 111 et s., n°171 et s.

d'une même prestation essentielle²²⁴⁷ contrairement aux contrats de partage. En revanche, la possibilité de voir dans cette succession de contrats, un ensemble au sens strict, c'est-à-dire la réunion de plusieurs conventions ayant vocation à aboutir à la réalisation d'un objectif commun²²⁴⁸ peut être soulevée. Il existerait, selon le Professeur Teyssié, deux types d'ensembles : les ensembles de contrats interdépendants et les ensembles à dépendance unilatérale. Au sein des premiers, la réalisation d'une opération déterminée ne peut s'effectuer que par la conclusion de plusieurs contrats d'égale importance et unis dans la poursuite d'un but commun. Or, si *a priori* la succession de contrats de partage a effectivement vocation à aboutir à la réalisation d'un objectif commun, et dans la mesure où aucun des contrats n'a une importance supérieure à celle des autres, ici encore le but poursuivi n'a rien de commun avec celui des ensembles contractuels au sens strict. À ce premier obstacle, s'ajoute la difficulté de considérer les contrats de partage comme véritablement interdépendants alors même qu'ils participent tous, à leur niveau, à la réalisation d'un objectif partagé : s'ils sont tous d'égale importance, les contrats conclus ne dépendent que de ceux qui les ont précédés. Et si l'absence d'interdépendance aurait pu laisser penser que la seconde classe d'ensembles contractuels que sont les ensembles à dépendance unilatérale, aurait pu trouver matière à s'appliquer, l'impossibilité d'identifier un contrat de l'ensemble qui serait seul essentiel à la réalisation de l'objectif²²⁴⁹, ferme la porte à cette seconde potentialité.

461. Des ensembles contractuels *sui generis* – La succession des contrats de partage n'a donc rien des ensembles de contrats tels qu'identifiés par la doctrine. Il ne s'agit ni de contrats interdépendants, ni de chaînes de contrats, ni d'ensembles au sens strict²²⁵⁰. Le nouvel article 1186 du Code civil, dont il convient de faire un « usage parcimonieux et très maîtrisé »²²⁵¹, ne paraît pas apporter une réponse plus satisfaisante puisque, là encore, l'opération d'ensemble paraît sensiblement différente en matière de partage de ce qui a cours dans les ensembles

²²⁴⁷ TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 39, n°60.

²²⁴⁸ *Ibid.*, p. 95 et s., n°175 et s.

²²⁴⁹ L'on rencontre des ensembles contractuels à dépendance unilatérale lorsque la réalisation d'une opération ne nécessite pas la conclusion de contrats d'égale importance, l'un d'entre eux seulement étant nécessaire à l'opération. V. *Ibid.*, p. 119 et s., n°223 et s.

²²⁵⁰ Pour une conclusion similaire sur les contrats passés dans le cadre des systèmes d'échange locaux, V. BRADBURN S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. Deboissy, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, p. 304 et s., n°438 et s.

²²⁵¹ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 400.

contractuels pratiqués jusqu'alors. La succession de contrats de partage paraît ainsi devoir demeurer dans une catégorie d'ensembles *sui generis*.

462. L'inadéquation partielle des propositions doctrinales sur l'élargissement de la notion de partie aux contrats de partage – Il paraît alors délicat d'étendre, à la succession des contrats étudiés, les réflexions sur l'élargissement de la notion de partie menées précédemment par la doctrine. Les questions posées par les techniques de partage sont éloignées de celles ayant poussé les auteurs à réfléchir à un infléchissement de la distinction entre les parties et les tiers. En la matière, l'on peine à voir les raisons qui pourraient justifier que *Tertius* dispose d'une action directe contre *Primus* : si les contrats ont nécessairement un lien entre eux, les différentes opérations, s'agissant de leur exécution, se suffisent à elles-mêmes. Puisque le contrat entre *Secundus* et *Tertius* ne sera conclu que postérieurement à l'exécution du contrat antérieur l'unissant à *Primus*, *Tertius* n'aura, par définition, aucun argument pour agir directement contre celui-ci. De manière identique, l'on perçoit mal ce qui pourrait pousser *Tertius* à agir en responsabilité contre *Primus* puisque, une fois encore, la réalisation passée d'une prestation au bénéfice de celui-ci permet simplement de donner naissance à la créance recouverte sur la tête de *Tertius*. Rien ne permet, d'ailleurs, de comprendre le pouvoir d'immixtion de la communauté des membres dans leur ensemble lorsque l'on étudie la possibilité d'un élargissement de la notion de partie et de tiers eu égard à la présence d'action directe dans les ensembles contractuels.

La distinction suggérée par le Professeur Bacache entre « partie contractante » et « simple partie contractante » n'apporte pas, non plus, une réponse particulièrement satisfaisante. En l'état, une telle proposition est insuffisante pour expliquer le caractère original des liens entre les membres des communautés de partage et, de manière plus générale, pour éclairer la qualité des intervenants au sein des nouveaux modes de consommation. La critique principale qu'il convient de souligner quant à l'adaptation d'une telle proposition aux pratiques étudiées tient dans l'impossibilité de considérer, de manière générale, que les parties aux extrémités des ensembles, et qui ne sont ni vraiment parties ni totalement tiers, sont uniquement « parties à la norme » et non à la procédure. En effet, la communauté des membres intervient dans la production même de la norme : la communauté entité rédige généralement des modèles de contrats types.

Néanmoins, l'esprit des différentes propositions doctrinales doit être conservé. Bien qu'aucune proposition formulée jusqu'alors ne puisse véritablement expliquer le mouvement perturbant, dans cette nouvelle réalité contractuelle, la démarcation entre les parties et les tiers,

la tentative visant à comprendre l'incidence de ces pratiques sur les soubassements de notre droit des contrats doit être poursuivie. En réalité, et bien qu'il s'agisse là d'une manière peu usitée de définir la notion de partie, il devient vraisemblablement nécessaire d'élargir le cercle contractuel.

Section 2 : La communauté, un contractant particulier

463. Le recours à la théorie de l'acte juridique conjonctif pour expliciter la qualité des intervenants du partage – L'approche classique de la distinction des parties et des tiers semble en décalage croissant avec la réalité de la pratique contractuelle et la complexification des rapports interindividuels qu'elle entraîne. Si les propositions d'élargissement énoncées jusqu'alors paraissent encore insuffisantes, la théorie de l'acte conjonctif apporte un éclairage nouveau (§ 1) permettant de découvrir la nature véritable des différents intervenants du partage (§ 2).

§ 1 : l'existence d'une partie plurale : la théorie de l'acte juridique conjonctif

464. La notion d'acte juridique conjonctif – La théorie de l'acte juridique conjonctif permet d'apporter un sens nouveau à la notion de partie. Reprenant les idées déjà développées par certains auteurs et consistant à définir la partie par le recours au critère de l'intérêt unique (A), l'acte juridique conjonctif est celui au sein duquel au moins l'une de ces parties est « plurale »²²⁵² (B).

A. La définition de la notion de partie par référence au critère de l'intérêt unique

465. Les prémices de la réflexion – Au-delà des propositions précédemment évoquées, une discussion plus générale s'est élevée en doctrine quant à un possible élargissement de la notion de partie²²⁵³, l'enjeu résidant dans la possibilité de considérer cette catégorie comme étant évolutive et non fixée définitivement lors de la conclusion du contrat²²⁵⁴. Le Professeur Ghestin proposa, dans un premier temps, d'inclure, dans la notion de partie, aux côtés des parties contractantes qui ont effectivement donné leur consentement à la formation du contrat, les

²²⁵² L'adjectif « plural » permet de désigner ce « qui contient plusieurs unités, plusieurs éléments ». V° « Plural,ale,aux » : REY-DEBOVE J. et REY A., *Le Petit Robert de la langue française*, Paris, 2014, p. 1463.

²²⁵³ Pour un résumé de la discussion doctrinale, V. DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000, p. 18 et s.

²²⁵⁴ GUELFUCCI-THIBIERGE C., *art. préc.*, spéc. n°3.

« parties liées », c'est-à-dire, celles qui sont, en l'absence de tout consentement, liées activement ou passivement par l'effet obligatoire du contrat. À cette conception élargie de la partie, s'opposerait celle des tiers, envisagés comme les personnes pour lesquelles le contrat est simplement opposable²²⁵⁵. Il s'agit alors principalement d'expliquer, en « rejet[tant] le dogme de l'autonomie de la volonté », que certaines personnes, bien que n'ayant pas participé à la conclusion de la convention, soient soumises à certains des effets obligatoires du contrat. Cette conception extensive est néanmoins abandonnée par l'auteur qui lui préfère un double critère de qualification prenant en considération, la soumission à tout ou partie de l'effet obligatoire, et une manifestation de volonté quant à la création de celui-ci. Ainsi, lorsqu'une personne est effectivement liée par les effets obligatoires du contrat, mais que cette « volonté n'a participé en aucune façon, ni à aucun moment, à la création du lien obligatoire dont [elle] bénéficie ou qu'[elle] subit par le simple effet du droit positif »²²⁵⁶, c'est vers la qualification de tiers qu'il faudrait impérativement se tourner. Seront donc des parties, toutes les personnes « liées par le contrat » et qui « doivent l'être en vertu d'une manifestation de volonté effective »²²⁵⁷. Cette proposition fut toutefois critiquée.

Le Professeur Aubert lui reprocha de présenter deux catégories (parties et tiers) « extraordinairement hétérogènes »²²⁵⁸ et de consacrer « des distorsions difficilement compréhensibles »²²⁵⁹. La critique principale tient toutefois à la remise en cause de l'utilité de la distinction proposée par le Professeur Ghestin, celle-ci ne pouvant servir, selon le Professeur Aubert, « à définir le champ de l'effet obligatoire du contrat, puisque les personnes liées par lui, et notamment par *l'ensemble* des droits et obligations qu'il engendre, sont expressément

²²⁵⁵ GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *op. cit.*, doct. 3628, spéc. n°3.

²²⁵⁶ *Ibid.*, doct. 3628, spéc. n°4.

²²⁵⁷ GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992, doct. 3628, spéc. n°5 ; Le critère volontariste retenu par le Professeur Ghestin fit l'objet de critiques, celui-ci n'étant finalement que peu éloigné du critère traditionnel de distinction (n°46). Mais c'est surtout le caractère parfois artificiel de cette volonté qui fut relevé, une telle volonté étant notamment contestable chez les ayants cause (n°43) : AUBERT J.-L., « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993, p. 263 ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., *art. préc.*, p. 275 et s., spéc. n°18 ; prenant acte des critiques adressées à l'encontre de sa proposition, le Professeur Ghestin adopta, par la suite, une conception de la distinction parties/tiers qui s'efforcera de « concilier le rôle de la volonté [...] avec la double nécessité de tenir compte, d'une part, de ce que l'étendue des effets obligatoires du contrat n'est pas, et ne peut être, limitée aux personnes qui ont initialement formé le contrat par l'échange de leurs consentements [...] et, d'autre part, de ce que la qualification de partie doit être appréciée tout au long de la vie du contrat, de sa formation à son exécution ou son anéantissement » (n°32) : GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777.

²²⁵⁸ AUBERT J.-L., *art. préc.*, spéc. n°26.

²²⁵⁹ *Ibid.* et s., spéc. n°29. Une telle proposition amène effectivement à qualifier de tiers, le cessionnaire d'un contrat qui se substitue au cédant dans ses rapports contractuels, lorsque l'héritier qui se substitue au défunt dans les droits et obligations nés du contrat est, quant à lui, qualifié de partie. L'on est donc amené à emprunter deux qualifications distinctes alors même que le cessionnaire, comme l'héritier, sont tous deux soumis à l'effet obligatoire du contrat postérieurement à sa conclusion.

réparties entre les deux qualifications de *parties* et de *tiers* »²²⁶⁰. À l'inverse, la distinction classique aurait le mérite d'opérer une répartition entre, d'un côté, les personnes soumises à l'effet obligatoire du contrat et, de l'autre, celles pour lesquelles seule l'opposabilité est applicable²²⁶¹. D'autres reproches furent adressés à la proposition du Professeur Ghestin, notamment s'agissant de l'affirmation selon laquelle il conviendrait de se placer, pour apprécier la qualité des intervenants, non au moment de la formation du contrat, mais à celui de son exécution²²⁶². Pour l'ensemble de ces raisons, le Professeur Aubert invite à s'en tenir à la conception traditionnelle et à rejeter ainsi les différentes propositions précédemment effectuées.

Le Professeur Guelfucci-Thibierge, tout en adhérant de manière générale aux critiques formulées par le Professeur Aubert²²⁶³, estime toutefois nécessaire de « conserv[er] le principe » d'un élargissement de la notion de partie, tout en « repens[ant] le critère et la mise en œuvre »²²⁶⁴. Il propose de considérer les parties comme « les personnes soumises à l'effet obligatoire du contrat par l'effet de leur volonté ou par l'effet de la loi »²²⁶⁵, ce que certains auteurs reconnaissent sans difficulté, notamment en soulignant le rôle de la loi dans la cession de contrat qui permet à un tiers d'acquérir la qualité de partie²²⁶⁶. À la volonté, s'ajouterait ainsi un deuxième critère permettant de pallier les insuffisances du premier parfois incapable d'expliquer le rattachement d'un individu à la catégorie des parties. Au-delà des individus ayant conclu le contrat par eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un représentant, seront également qualifiées comme telles, les personnes légalement représentées, comme le mineur ou le majeur incapable, la qualité de partie découlant « de l'effet cumulé de la loi et de la volonté du représentant »²²⁶⁷. Ladite qualité est alors évolutive et ne peut être fixée, de manière définitive,

²²⁶⁰ *Ibid.*, et s., spéc. n°30.

²²⁶¹ WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 56, n°65 : le Professeur Wintgen, dans sa thèse de doctorat, soutient, avec le Professeur Aubert, que « les autres personnes qui sont qualifiées de partie d'après la définition de M. Ghestin sont soumises à la force obligatoire du contrat pour diverses autres raisons qu'il est important d'identifier [...]. L'acquisition de la qualité de partie par une personne qui n'a pas consenti à la convention doit être justifiée par une règle particulière, elle ne se déduit pas du seul principe de la force obligatoire du contrat ».

²²⁶² AUBERT J.-L., *art. préc.*, spéc. n°47 et s. Une telle proposition n'était toutefois pas nouvelle, les Professeurs Marty et Raynaud ayant déjà eu l'occasion d'affirmer que « le cercle des parties n'est pas définitivement fixé au moment de la formation du contrat » MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 273, n°262.

²²⁶³ GUELFUCCI-THIBIERGE C., *art. préc.*, p. 275 et s., spéc. n°15.

²²⁶⁴ *Ibid.*, spéc. n°20.

²²⁶⁵ *Ibid.*, spéc. n°25.

²²⁶⁶ V. not. MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Les obligations*, coll. Droit civil, Défrénois-Lextenso éditions, 11^{ème} éd., 2020, p. 471 et s., n°505 et s.

²²⁶⁷ GUELFUCCI-THIBIERGE C., *art. préc.*, p. 275 et s., spéc. n°28. Dans le même sens, V. MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 870, n°748 : les « obligés originaires » sont les personnes liées « par le contrat qu'[elles] ont conclu, ou par la

au moment de la conclusion du contrat²²⁶⁸. Entreraient donc dans cette catégorie, les ayants cause universels et à titre universels, ceux-ci étant substitués au défunt par l'effet de la loi successorale, ainsi que l'ensemble des individus qui se seront substitués à l'une des parties « par l'effet d'une cession légale du contrat initial »²²⁶⁹.

Il semble toutefois qu'une grande partie de la doctrine préfère s'en tenir à une conception plus traditionnelle de la notion de partie²²⁷⁰. Il s'agit alors d'une vision davantage restreinte que ce qui fut proposé par les Professeurs Ghestin et Guelfucci-Thibierge. Les parties sont alors définies comme « celles qui ont donné leur consentement à la formation du rapport contractuel. Parce que le contrat est une œuvre de volonté, il ne peut lier que ceux qui ont accepté de l'être »²²⁷¹. L'effet créateur de droit est ainsi limité, selon cette définition, aux seules personnes ayant formulé un consentement en ce sens, par elles-mêmes ou par le biais d'un représentant²²⁷². La volonté continue donc d'être placée au centre des attentions, bien que celle-ci ne soit pas toute puissante et que le juge conserve un pouvoir de requalification²²⁷³. Le Doyen Carbonnier expliquait ainsi qu'« est partie qui a voulu l'être. Ce qui définit les parties (contractantes), c'est qu'elles ont émis les déclarations de volonté dont l'accord a fait le contrat »²²⁷⁴. À cette conception de la partie, l'on oppose classiquement les tiers, au sein

loi ».

²²⁶⁸ En ce sens, V. DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *th. préc.*, p. 18 et s.

²²⁶⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE C., *art. préc.*, p. 275 et s., spéc. n°31. À l'inverse, seront considérés comme tiers, les penitus extranei, les créanciers chirographaires et les ayants cause à titre particulier (n°34 et s.). Le Professeur Ghestin adopta, par la suite, une distinction similaire. V. GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *op. cit.*, p. 777 et s., spéc. n°27 et s. CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 233, n°116.

²²⁷⁰ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, 1 - Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 4^{ème} éd., 2016, p. 645, n°585. Ce développement n'a pas été repris dans la nouvelle édition de l'ouvrage.

²²⁷¹ LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 547, n°568.

²²⁷² BÉNABENT A., *Droit des obligations*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 18^{ème} éd., 2019, p. 220, n°252 : les parties contractantes sont « les contractants eux-mêmes, qu'ils aient conclu le contrat personnellement ou par l'intermédiaire d'un représentant, dont on rappelle qu'il ne s'engage pas lui-même mais n'est que la " plume « qui engage son représenté ». V. également BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 558, n°1675 : les parties sont les « personnes qui ont conclu le contrat, qui ont donné leur consentement au contrat, soit par elles-mêmes, soit par l'intermédiaire d'un représentant » ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil : les obligations. 2, Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 492, n°1198. Pour les auteurs, détient la qualité de partie, "celui qui est le sujet actif ou passif de l'acte juridique, qui est auteur d'une des déclarations de volontés qui, se rencontrant avec celle du partenaire, forment le contrat. Sont donc exclus de la notion, tous ceux qui gravitent autour de l'opération sans pour autant l'avoir voulue ».

²²⁷³ Civ. 2^{ème}, 8 janv. 2015, n°13-27.377, *Bull. civ. II*, n°5 ; *RTD civ.* 2015, p. 376, obs. BARBIER H.. En l'espèce, la Cour de cassation estima que les juges du fond avaient pu considérer, en « interprétant souverainement le titre fondant les poursuites [...], que l'engagement de caution de M. X, même intégré dans le protocole, ne lui conférerait pas la qualité de partie à la transaction ».

²²⁷⁴ CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 233, n°116.

desquels l'on distingue les « vrais » tiers des « faux » qui sont liés par le contrat malgré l'absence de déclaration de volonté en ce sens²²⁷⁵.

466. L'assimilation classique entre « personne » et « partie » – L'acception classique de la notion de partie est intimement liée à celle de « personne ». La partie est ainsi généralement définie comme la personne ayant conclu le contrat²²⁷⁶, ou l'auteur d'une déclaration de volonté²²⁷⁷, lorsque les auteurs ne renvoient pas directement aux contractants²²⁷⁸. C'est ainsi que le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant explique que le terme partie « désigne toute personne liée par l'accord, qu'elle soit présente ou représentée »²²⁷⁹. Toutefois, il n'est pas certain qu'une telle assimilation soit la bienvenue, car il existe sans aucun doute des parties composées de plusieurs personnes²²⁸⁰, comme le relevaient déjà les théoriciens de l'acte complexe²²⁸¹. En ce sens, l'article 1106 alinéa 2 nouveau du Code civil dispose qu'un contrat

²²⁷⁵ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, I - Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis - Droit privé, PUF, 4^{ème} éd., 2016, p. 645, n°585. Là encore, le développement n'a pas été repris dans la 5^{ème} édition de l'ouvrage ; sur ces catégories intermédiaires, V. MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *op. cit.*, p. 869, n°745. Les obligés originaires s'opposent à « toutes les personnes complètement étrangères à l'obligation » ainsi qu'à une catégorie intermédiaire de « personnes ayant des liens avec les obligés : les ayants cause universel ou à titre universel [...], les ayants cause particuliers [et] les créanciers chirographaires ». À l'inverse, c'est parfois la catégorie de partie qui fait l'objet d'un dédoublement, certains auteurs traitant les « faux tiers » comme une catégorie d'individus assimilables aux parties. V. not. WINTGEN R., *th. préc.*, p. 63, n°71 : « les parties sont les personnes qui ont contracté. D'autres personnes peuvent être assimilées aux parties, dès lors qu'elles se trouvent, par l'effet d'une règle autre que le principe de la force obligatoire du contrat soumises aux obligations nées de ce dernier et que leur situation est parfaitement identique à celle des parties », ce qui n'est toutefois « pas le cas des membres d'un groupe de contrats ».

²²⁷⁶ V. not. DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *th. préc.*, p. 16 et s. ; MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 81 et s., n°82 et s. ; ZENATI F. et REVET T., *Cours de droit civil. Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2014, p. 288 et 289, n°159 ; BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 558, n°1675 ; BÉNABENT A., *op. cit.*, p. 220, n°252. L'auteur distingue, parmi les contractants, les parties « personnes physiques » et « personnes morales » ; LARROUMET Ch. et BROS S., *op. cit.*, p. 804 et s., n°740 et s. ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK L., *Droit des obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, p. 431, n°456 ; SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 4^{ème} éd., 2020, p. 167, n°72 ; FONTAINE M. et GHESTIN J. (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, p. 18 et s., n°10 et s., spéc. p. 19, n°12 ; AUSSEL J. M., *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Th. Montpellier, 1953, p. 29 et s., n°12 et s.

²²⁷⁷ V. not. WEILL A., *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, p. 94, n°54 : l'auteur définit les parties contractantes comme « les personnes qui ont créé la convention par l'accord de leurs volontés » ; CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 233 et s., n°116 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *op. cit.*, p. 492, n°1198 ; DEBRAND F., *Étude de la règle « Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest » : Droit romain ; De la notion de tiers : Droit français*, Th. Dijon, 1890, p. 200, n°166 « par parties contractantes, nous entendons les auteurs même de la convention, c'est-à-dire les personnes qui l'ont créée par l'accord de leurs volontés, et pour lesquelles le droit ou l'obligation qui en résulte n'a d'autre principe que la force obligatoire du consentement ».

²²⁷⁸ BÉNABENT A., *op. cit.*, p. 220, n°252.

²²⁷⁹ CORNU G. (dir.), *V° « Partie »*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 737.

²²⁸⁰ CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit français*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1990, p. 29, n°52 et s.

²²⁸¹ DE BÉZINS G., « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », in *Recueil de législation de Toulouse*,

est unilatéral « lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci ». Une telle rédaction ne laisse pas de place au doute quant à la possibilité, pour une partie, d'être composée de plusieurs personnes, puisque débiteur et créancier sont ici expressément envisagés comme étant composés d'un ou plusieurs individus. Et malgré le silence des textes qui se réfèrent uniquement aux « contractants » s'agissant des contrats synallagmatiques, il serait difficilement justifiable de refuser à ces derniers ce que le Code admet pour les contrats unilatéraux. En effet, rien ne s'oppose à ce qu'un acte unilatéral soit le fait de la volonté d'une partie plurale²²⁸². Dès lors, réduire la notion de partie à celle de personne pourrait conduire à rejeter du champ de l'étude lesdites parties plures ou, à tout le moins, aboutir à des approximations de langage regrettables lors des développements consacrés à cette notion. Il semble donc que la définition donnée en son temps par Monsieur Martin de la Moutte, et conduisant à définir la partie comme « l'individu qui exprime un intérêt juridique direct »²²⁸³, doive être rejetée afin de privilégier une acception plus en phase avec la réalité de la notion.

467. L'unicité d'intérêt comme critère de définition de la partie – La possibilité, pour une partie, d'être composée d'une multitude d'individus ne fait plus débat aujourd'hui. Toutefois, les différentes définitions données de la notion ne permettent de refléter que très imparfaitement cette potentialité. Se pose donc la question du critère permettant de définir, avec justesse, le concept de « partie ». Dans ses développements consacrés aux contrats multilatéraux, Demogue envisageait alors la partie plurale comme un ensemble de volontés « divergentes à l'origine [qui] s'accroissent pour faire bloc vers le dehors »²²⁸⁴. C'est donc parce que ces volontés s'opposent à d'autres, qu'elles forment, pour le tout, une seule et même partie : « l'élément fédérateur de ces volontés, de la partie, c'est leur opposition à d'autres volontés, à une autre partie »²²⁸⁵. Pour l'éminent juriste, la partie semble ainsi être individualisée lorsqu'il est

1905, p. 289 et s., spéc. p. 298. L'auteur explique ainsi que « les personnes qui agissent ensemble dans les [hypothèses d'actes complexes] ne constituent point des parties, mais bien une seule partie ».

²²⁸² En ce sens, l'avant-projet Catala faisait une place à l'acte unilatéral conjonctif, l'article 1101-1 al. 3 définissant l'acte unilatéral, de manière générale, comme « l'acte accompli par une seule ou plusieurs personnes unies dans la considération d'un même intérêt en vue de produire des effets de droit dans les cas admis par la loi ou par l'usage ».

²²⁸³ MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Rec. Sirey, 1951, p. 42, n°32. Cette définition est toutefois donnée au regard des exemples sur lesquels l'auteur appuie sa réflexion. Celle-ci a donc été formulée au vu des hypothèses classiques où une partie est composée par une personne unique.

²²⁸⁴ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 1, Rousseau et Cie Editeurs, 1923, p. 243, n°589.

²²⁸⁵ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 30, n°56.

possible de découvrir un autre bloc quant à lui composé d'une ou plusieurs volontés. L'on retrouve une approche similaire dans la thèse de doctorat du Professeur Aubert qui évoque, quant à lui, « la prise en considération exclusive de l'intérêt de l'une des parties *antagonistes* au contrat ». Celui-ci estime, en effet, que le caractère unilatéral d'une offre n'est pas incompatible avec le fait d'être exprimé par une pluralité d'individus. Dans l'hypothèse où *Primus* et *Secundus* décident de vendre un bien à un tiers sur lequel ils ont tous deux un droit de propriété, il importe de ne pas envisager l'offre dans les rapports entre les copropriétaires mais, au contraire, par rapport au tiers²²⁸⁶. Or, l'initiative prise à l'égard du tiers reste unilatérale puisque c'est en considération de « leurs intérêts communs » que les copropriétaires proposent la vente de leur bien. Dès lors, « peu importe que ce soit plusieurs personnes agissant conjointement, car c'est du point de vue du destinataire de l'offre que le caractère unilatéral apparaît : il n'a pas élaboré la proposition avec l'offrant, sa volonté n'a pas concouru à la confection de la pollicitation »²²⁸⁷. Toutefois, une telle approche est mal adaptée lorsque l'acte en cause est unilatéral puisqu'il sera, par définition, impossible d'identifier une deuxième partie s'opposant à la première et permettant de l'individualiser²²⁸⁸.

Pour remédier à cette difficulté, c'est donc vers le critère de l'unicité d'intérêt que les auteurs paraissent s'être tournés. M. Martin de la Moutte est le premier à avoir emprunté cette direction. Bien que s'interrogeant principalement sur les hypothèses classiques dans lesquelles les parties sont constituées par une seule et unique personne, l'auteur envisage malgré tout la possibilité, pour deux volontés, d'exprimer un intérêt unique et, partant, de donner naissance à un acte unilatéral²²⁸⁹. Les actes émanant notamment des assemblées ou des conseils de sociétés sont, à n'en pas douter, des actes unilatéraux et non des contrats car « les volontés qui interviennent à l'acte inclinent toutes dans le même sens pour exprimer en somme l'*intérêt unique* d'une entité juridique des individus qui la composent »²²⁹⁰. Plus tard, le Professeur Roujou de Boubée poursuit la réflexion en ce sens en expliquant qu'il y a, en matière

²²⁸⁶ AUBERT J.-L., *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, p. 24, n°17 : dans les rapports entre *Primus* et *Secundus*, un accord de volontés a certainement eu lieu s'agissant de la décision de vendre le bien. Toutefois, ce n'est pas sur ce terrain qu'il convient de se placer lorsqu'il s'agit d'analyser la nature unilatérale de l'acte juridique en question.

²²⁸⁷ *Ibid.*, p. 25, n°17.

²²⁸⁸ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 31 et 32, n°57 et s. L'auteur explique qu'une telle conception de la partie ne peut fonctionner que dans les contrats synallagmatiques. En revanche, « elle ne peut s'appliquer au contrat unilatéral ni à plus forte raison à l'acte juridique unilatéral dans lequel aucune partie opposée n'intervient pour cristalliser la réunion de plusieurs participants » (n°57).

²²⁸⁹ MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 51 et s.

²²⁹⁰ *Ibid.*, p. 52, n°44 ; On retrouve déjà une idée similaire chez Demogue, V. DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 1, Rousseau et Cie Editeurs, 1923, p. 40, n°16 ter.

contractuelle, un « dualisme de parties dont les intérêts sont contradictoires ou tout au moins différents ». La partie, qu'elle soit composée d'une personne ou d'un groupe d'individus, « représente [en tout état de cause] *un certain intérêt* »²²⁹¹. Au contraire, l'acte unilatéral ne donne lieu à aucune lutte d'intérêts contradictoires puisqu'il ne mobilise qu'une partie unique. Si toutefois une pluralité de personnes se réunissent pour passer l'acte, elles ne formeront qu'une seule partie, plurale donc, lorsque toutes les volontés auront « le même contenu », « en vue de la satisfaction d'*un même intérêt* »²²⁹². C'est donc vraisemblablement l'unicité de l'intérêt qui caractérise, ici aussi, la notion de partie²²⁹³. Cette conception fut portée à son paroxysme grâce à la thèse de doctorat du Professeur Rémy Cabrillac qui, prenant appui sur les écrits ayant précédé sa réflexion, énonce sous forme de principe que la conception « subjective » de la partie procédant d'une assimilation avec l'individu a laissé la place à une conception « objective ». La partie peut ainsi « rassembler plusieurs personnes réunies par un intérêt unique »²²⁹⁴ et doit être définie, de manière générale, comme « une personne ou un groupe de personnes réunies au sein d'un unique intérêt »²²⁹⁵.

468. La nécessité de distinguer « communauté d'intérêts » et « intérêt unique » – Une précision doit cependant être apportée puisque, pour appliquer une telle définition, encore faut-il pouvoir déterminer ce qu'est un intérêt unique. Il ne faut pas, en effet, se laisser abuser par le caractère identique des intérêts que pourraient avoir en commun un certain nombre de personnes. Que plusieurs individus aient un intérêt commun ne signifie pas qu'il existe un intérêt unique²²⁹⁶. À titre d'illustration, chaque associé a un intérêt personnel à créer une société.

²²⁹¹ ROUJOU DE BOUBÉE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, p. 172.

²²⁹² *Ibid.*, p. 173.

²²⁹³ Le Professeur Rouhette définissait la partie comme « une sphère d'intérêts atteinte par l'acte lui-même ». V. ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. Paris, 1965, p. 635, n°225.

²²⁹⁴ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 32, n°60. L'auteur appuie sa démonstration sur l'article 1325 ancien du Code civil (art. 1375 nouv. C. civ.). En application de cette disposition, l'acte sous seing privée venant constater un contrat synallagmatique, ne sera un moyen de preuve valable qu'à condition d'avoir été rédigé « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Dans le même sens, V. PASTRÉ-BOYER A. L., *L'acte juridique collectif en droit privé français : contribution à la classification des actes juridiques*, préf. R. Cabrillac, PUAM, 2006, p. 153 et s., n°209 et s.

²²⁹⁵ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 50, n°99. Rapp. CORNU G., *Droit civil - Introduction au droit*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, p. 73, n°126 ; DELOZIÈRE-LE-FUR A. V., *La compensation dite multilatérale*, préf. A. Ghozi, coll. Droit privé, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 202 et 203, n°269.

²²⁹⁶ *contra*, DEMOGUE R., *op. cit.*, p. 40, n°16 ter. Pour l'auteur, les actes unilatéraux sont simples lorsqu'ils résultent d'une manifestation de volonté d'une personne seule mais collectifs lorsqu'ils « émanent de plusieurs personnes ayant les mêmes intérêts » ; Il fut toutefois expliqué, à raison, que « l'existence d'une pluralité d'intérêts - mêmes identiques - au moment de la formation de l'acte s'oppose à la qualification d'acte unilatéral » puisqu'un tel acte nécessite l'existence d'une partie unique et donc, de fait, d'un intérêt unique. V. CHÉNEDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, p. 96, n°100.

Certes, cet intérêt est commun aux différentes personnes participant à cette création puisque, comme l'expliquaient déjà les Professeurs Colin et Capitant, dans le contrat de société, « les contractants sont inspirés par une même pensée : ils s'associent afin de réaliser un bénéfice qu'ils se partageront. Le contrat crée entre eux une communauté d'intérêts »²²⁹⁷. Or, qui dit communauté, dit pluralité : c'est parce que les associés ont chacun un intérêt propre, bien qu'identique à celui des autres, que leur agrégation forme une telle communauté. Cette identité d'intérêts ne permet donc pas de conclure à l'existence d'un intérêt unique²²⁹⁸ et s'oppose donc, *de facto*, à la caractérisation d'un acte unilatéral²²⁹⁹. « Identité » et « communauté » ne sont pas synonymes « d'unité »²³⁰⁰. Ainsi faut-il se garder de considérer que des individus dotés d'un intérêt commun forme une seule et même partie. Dès l'instant où il existe plusieurs intérêts, et quand bien même ces derniers seraient effectivement identiques, l'on sera incapable de conclure à l'existence d'une partie unique.

Puisque l'acte conjonctif tire notamment sa spécificité de la composition d'au moins une des parties, et maintenant que la notion de partie a été précisée, il devient plus aisé de saisir la réalité à laquelle renvoie l'acte conjonctif et les caractéristiques nécessaires à une telle qualification.

B. Un acte unique passé par au moins une partie plurale

469. Première approche de l'acte juridique conjonctif – La théorie de l'acte conjonctif fut en grande partie développée par le Professeur Rémy Cabrillac pour rendre compte des actes juridiques mettant en cause une pluralité de personnes. Certes, des études antérieures démontrent que l'intérêt des juristes pour les actes faisant intervenir une pluralité de contractants n'est pas entièrement nouveau²³⁰¹. L'acte conjonctif avait ainsi pu être défini par le Professeur Mestre comme le contrat dans lequel « une partie contractante (voire les deux) se

²²⁹⁷ COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie Dalloz, 7ème éd. entièrement refondue, 1932, p. 679, n°756.

²²⁹⁸ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 95 et 96, n°100.

²²⁹⁹ *contra*, CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 144 et 145, n°261 et s. : « la thèse contractuelle est à condamner car la création d'une personne morale est irréductible au schéma contractuel. Elle n'implique pas création de deux situations juridiques opposées. A aucun moment n'apparaît l'opposition d'intérêt entre créancier et débiteur qui caractérise le contrat » (n°261). L'auteur préfère donc conclure à la qualification d'acte unilatéral collectif en soulignant l'existence d'une « communauté d'intérêts caractéristique de l'acte conjonctif » (p. 145, n°263) ; PASTRÉ-BOYER A. L., *th. préc.*, p. 68, n°68 ; ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, p. 67.

²³⁰⁰ CHÉNEDÉ F., *Les mutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *op. cit.*, p. 95, n°100.

²³⁰¹ V. not. ROUAST A., *Essai sur la notion juridique de contrat collectif*, Rousseau, 1909 ; ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.* ; MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Cours de droit civil - Les obligations*, Cujas, 1985, p. 597, n°831 : les Professeurs Malaurie et Aynès parlent quant à eux de « cocontrat ».

trouve formée par la réunion de plusieurs participants (co-acquéreurs, co-bailleurs, co-mandants, co-assureurs, co-entrepreneurs) »²³⁰². Néanmoins, les travaux de Monsieur Rémy Cabrillac eurent le mérite de développer une théorie générale de l'acte conjonctif, sans limiter l'analyse au contrat ou à l'acte unilatéral, ni en faire un acte juridique distinct et s'ajoutant à ces deux premières catégories²³⁰³. C'est ainsi que l'appellation d'acte conjonctif a été retenue pour rendre compte des hypothèses de « co-participation »²³⁰⁴, l'adjectif conjonctif étant utilisé pour désigner « ce qui unit »²³⁰⁵ et dérivant du latin *conjunctivus* : « qui sert à lier »²³⁰⁶. Or, pour qu'un acte puisse prétendre à la qualification d'acte juridique conjonctif, celui-ci doit réunir un certain nombre de caractéristiques. Bien que d'autres définitions soient parfois proposées²³⁰⁷, il nous faut concevoir, avec le Professeur Rémy Cabrillac, l'acte juridique conjonctif comme « l'acte dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées, lors de sa 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 »²³⁰⁸.

470. Une partie plurale – Par définition, pour qu'un acte puisse être qualifié de la sorte, il doit nécessairement faire intervenir une pluralité de participants²³⁰⁹. La question peut alors être formulée en ces termes : « une des parties [à l'acte conclu,] est-elle ou non composée de plusieurs personnes ? »²³¹⁰. Il s'agit donc d'appliquer la définition précédemment donnée de la partie et pour laquelle il a été admis qu'elle puisse être constituée par un groupe de personnes lorsque chacun de ses membres disposera d'un intérêt unique. Il n'est toutefois pas nécessaire que toutes les parties soient plures pour que l'acte soit conjonctif, la présence d'une seule étant suffisante pour aboutir à une telle qualification. En d'autres termes, l'acte devra être qualifié de la sorte lorsque l'une des parties au moins sera composée d'une pluralité de

²³⁰² Civ. 1^{ère}, 5 juillet 1989, *Bull. civ.* I, n°275, p. 183, *RTD civ.* 1990, p. 65, n°2, obs. MESTRE J..

²³⁰³ Sur ce point, V. *infra*, n°473.

²³⁰⁴ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 15, n°33.

²³⁰⁵ REY-DEBOVE J. et REY A., « Conjonctif », *Le Petit Robert de la langue française*, 2014, p. 367.

²³⁰⁶ V° « Conjonctivus », GAFFIOT F., *Dictionnaire Illustré Latin-Français*, Hachette, 1934, p. 395.

²³⁰⁷ V. not. la conception très différente de Madame Malbosc-Cantegril : MALBOSC-CANTEGRIL F., *Essai sur l'acte juridique conjonctif*, Th. Toulouse, 1991, p. 372, n°579. L'auteur définit alors l'acte juridique conjonctif comme « un ensemble composé de deux ou plusieurs actes juridiques distincts, unis par un lien d'indivisibilité absolue ou de « conjonctivité », et visant à réaliser une opération globale unique déterminée par avance ».

²³⁰⁸ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 175, n°319. Pour des exemples d'auteurs ayant également opté pour la définition du Professeur Cabrillac pas préférence à celle proposée par Madame Malbosc-Cantegril, V. DELOZIÈRE-LE-FUR A. V., *th. préc.*, p. 202, n°268.

²³⁰⁹ Une telle conclusion ne s'impose qu'au regard de la définition de l'acte conjonctif précédemment retenue. À l'inverse, la conception de l'acte conjonctif à laquelle se rallie Madame Malbosc-Cantegril la conduit à admettre l'existence d'"actes juridiques conjonctifs unilatéraux" car passés par « une seule et même personne » : MALBOSC-CANTEGRIL F., *th. préc.*, p. 263 et s., n°432 et s.

²³¹⁰ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 99, n°180.

personnes, étant entendu que chacune d'elles devra avoir non pas un intérêt identique aux coparticipants, mais bien un même et unique intérêt.

471. Une partie plurale distincte de la personne morale – Néanmoins, si l'acte conjonctif impose l'existence d'une pluralité de participants réunis au sein d'une même partie, cette partie plurale n'a pas, en tant que telle, la personnalité morale. Il est ainsi impossible de considérer la partie plurale comme une société en l'absence des éléments constitutifs de cette dernière. Les membres de cette partie ne peuvent donc aucunement être vus comme des associés. En principe, il n'existe tout d'abord aucun *affectio societatis* entre ces derniers puisque, s'ils sont effectivement placés sur un pied d'égalité et qu'il est possible de déceler un devoir de collaboration entre eux²³¹¹, « la réunion de plusieurs personnes au sein d'une partie n'entraîne que des liens éphémères, enfermés dans les rapports étroits nés de l'exécution des obligations de l'acte conjonctif »²³¹². À l'inverse, les associés s'engagent à collaborer, sur un pied d'égalité, pendant toute la durée de vie de la société. Il sera également impossible de découvrir un but similaire à celui de l'article 1832 du Code civil puisque les membres de la partie plurale n'ont pas la volonté de partager des bénéfices²³¹³ ni, vraisemblablement, de profiter ensemble d'une économie. Mais le point essentiel réside sans doute dans l'impossibilité de vérifier l'existence de véritables apports. En effet, les membres de la partie plurale ne mettent ni industrie, ni bien en commun en transférant la propriété ou le droit de jouissance à la partie plurale en tant que telle²³¹⁴.

Il convient donc, dès à présent, de distinguer ces deux figures, la partie plurale étant irréductible aux techniques de personnification, comme l'avaient déjà souligné les Professeurs Roujou de Boubée²³¹⁵ et Rouast²³¹⁶. Ainsi que l'explique le Professeur Rémy Cabrillac, dans le cas contraire, « la partie personne morale s'interposerait entre ses membres et le co-contractant : l'écran de la personnalité juridique masquerait les relations directes qui les relie. Par exemple, le co-contractant ne pourrait demander l'exécution du contrat conjonctif qu'à la partie, pas à

²³¹¹ Il existe, par exemple, un devoir de collaboration au sein des pools bancaires sous forme d'un devoir de renseignement entre les banquiers qui courent, ensemble, le risque. De même, entre les coauteurs d'une oeuvre de l'esprit, « chacun est tenu de renseigner les autres sur l'évolution de sa contribution par rapport au schéma d'ensemble de l'oeuvre fixé initialement », *etc.* V. CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 231 et s., spéc. p. 233 et s., n°432 et s.

²³¹² *Ibid.*, p. 57, n°114.

²³¹³ *Ibid.*, p. 60 et s., n°122 et s.

²³¹⁴ *Ibid.*, p. 59, n°120 : « la définition de la partie exclut la présence d'apports ».

²³¹⁵ ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, p. 19.

²³¹⁶ ROUAST A., *op. cit.*, p. 36, n°20 bis.

chacun de ceux qui la composent »²³¹⁷. Il convient pourtant de distinguer plusieurs hypothèses. Si les membres de la partie plurale décident de personnifier leur entité antérieurement à la conclusion de l'acte, celui-ci ne pourra être considéré comme répondant aux critères de qualification de la conjonctivité. Il sera alors passé, non pas par une partie plurale, mais par la personne morale²³¹⁸. En revanche, si la personnification intervient postérieurement à la passation de l'acte conjonctif, celui-ci conservera cette qualification à moins que la personne morale ne se substitue aux individus l'ayant conclu. « En l'absence de toute substitution, le contrat reste conjonctif, sans que la création de la société influe sur son régime »²³¹⁹.

472. Un acte unique – Au-delà de l'exigence tenant à la présence d'au moins une partie plurale, la qualification d'acte juridique conjonctif ne pourra être accordée si les différentes parties participent à la réalisation d'une pluralité d'actes simples et non à celle d'un acte unique²³²⁰, cette conclusion ayant déjà été formulée à propos de ce que certains auteurs appellent le « contrat multilatéral »²³²¹. Un individu peut ainsi réaliser une vente pour une partie du bien et une donation pour le reste mais, en ce cas, il ne pourra s'agir d'un acte conjonctif²³²². La solution est identique pour l'ensemble des composés d'actes, qu'il s'agisse de plusieurs contrats ou actes unilatéraux, ou que le composé réunisse tout à la fois ces deux types d'actes juridiques. De manière identique, il convient de se garder de toute assimilation entre la succession d'actes et l'acte conjonctif²³²³. Dans l'ensemble de ces hypothèses, il sera en effet impossible d'aboutir à la qualification d'acte juridique conjonctif puisque, si l'on pourra effectivement vérifier l'existence de plusieurs personnes, celle-ci ne s'expliquera pas par la présence à l'acte d'une partie plurale. Cette pluralité d'individus est en effet inhérente à l'existence de différents actes

²³¹⁷ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 53, n°105.

²³¹⁸ En ce sens, le Professeur Rouast expliquait déjà, en 1909, que « l'être moral est l'auteur du contrat et comme sur la scène juridique l'être moral est une personne, un individu, l'acte qu'il passe est un contrat individuel au même titre que celui que passe un individu humain » : ROUAST A., *op. cit.*, p. 36, n°20 bis ; ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, p. 20.

²³¹⁹ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 55, n°109.

²³²⁰ *Ibid.*, p. 73 et s., n°141 et s. Déjà en ce sens, V. ROUAST A., *op. cit.*, p. 80 et s., n°36 et s. : « le contrat collectif bien que passé par des individus est un acte unitaire par sa nature » ; ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, p. 20 : le contrat passé par la collectivité « ne [d]oit pas [être] susceptible d'être divisé en autant de contrats individuels » qu'il y a d'adhérents ; *contra*, MALBOSC-CANTEGRIL F., *th. préc.*, p. 30 et s., n°39 et s. Suivant la conception de l'acte juridique conjonctif de Madame Malbosc-Cantegril, « l'acte conjonctif apparaît avant tout comme un ensemble d'opérations juridiques distinctes et ne peut donc, logiquement, exister sans une pluralité effective d'actes juridiques ».

²³²¹ V. not. NÉRET J., *Le sous-contrat*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, p. 49, n°56. D'après l'auteur, le sous-contrat objet de l'étude doit être distingué du contrat multilatéral. Or, dans ce dernier, il n'y a pas pluralité d'actes comme dans le sous-contrat mais, au contraire, unité de contrat.

²³²² CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 75, n°147.

²³²³ *Ibid.*, p. 77 et s., n°150 et s.

juridiques. Toutefois, si *Primus* et *Secundus* concluent une vente, puis que *Secundus* effectue une donation au profit de *Tertius*, il est impossible de déduire de l'existence de ces trois personnes, celle d'une partie plurale et donc d'un acte conjonctif. Par conséquent, l'opération faisant intervenir une partie plurale ne sera conjonctive qu'à condition d'être unitaire.

473. La conjonctivité comme qualité de l'acte juridique – Si la conjonctivité permet de caractériser les actes au sein desquels intervient au moins une partie plurale, il ne saurait être question d'y voir une catégorie *sui generis* venant s'intercaler entre le contrat et l'acte unilatéral. Il ne s'agit que d'une « qualité » de l'acte²³²⁴ pouvant s'appliquer tant au contrat qu'à l'acte unilatéral. Contrairement à ce qui fut défendu par un certain nombre d'auteurs, il faut donc refuser de voir, dans les actes collectifs, un troisième type d'acte juridique²³²⁵. Comme l'expliquait déjà le Professeur Hébraud, « la nature bilatérale d'un contrat n'est pas altérée par le fait que le rôle de l'une des parties est simultanément tenu par plusieurs personnes ayant des intérêts semblables et parallèles »²³²⁶. Le contrat et l'acte unilatéral se distinguent au plan de leur formation : le premier est conclu par au moins deux parties lorsque le second est le fruit d'une partie unique. En revanche, la conjonctivité (que certains auteurs appellent la « collectivité »²³²⁷) est « une simple modalité » de l'acte²³²⁸. Partant, il ne faut plus se situer du point de vue de la formation, mais des effets de l'acte. Or, les actes conjonctifs ont la particularité de produire leurs effets sur la tête de personnes n'ayant pas toujours consenti

²³²⁴ *Ibid.*, p. 137, n°238.

²³²⁵ PASTRÉ-BOYER A. *th. préc.*, p. 68, n°68 : pour l'auteur, il est acquis qu'un « contrat ou un acte unilatéral comportant une partie plurale n'en conserve pas moins sa nature contractuelle ou unilatérale ». V. également p. 203 et s., n°291 et s. ; CHÉNÉDÉ F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghazi, Economica, 2008, p. 96 et s., n°101 et s. En faveur de la reconnaissance d'une troisième catégorie, V. DE BÉZINS G., « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », in *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 302 et 303, n°4 et 5 : « les actes complexes ne sont pas des contrats » car « l'essence du contrat, acte juridique issu d'une pluralité de déclarations de volonté, est d'être bilatéral et de supposer une lutte d'intérêts ». Il ne peut non plus être qualifié d'acte unilatéral. En réalité, « il forme une figure juridique spéciale, placée entre l'acte unilatéral, dont il a l'unité, et le contrat, dont il a la pluralité d'auteurs » ; MARTY G. et RAYNAUD P., *op. cit.*, p. 378 et s., n°367 et s. : « le contrat et l'acte unilatéral ne sont pas les seuls actes juridiques ; il faut faire une place à leur côté aux actes collectifs » ; TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, coll. Précis, Dalloz, 10^{ème} éd., 2015, p. 178, n°221 ; CORNU G., *Droit civil - Introduction au droit*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, p. 73, n°126 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 48 et s., n°59 et s. Les auteurs semblent effectivement distinguer trois variétés d'actes en opposant à l'engagement unilatéral, deux variétés d'actes multilatéraux.

²³²⁶ HÉBRAUD P., « Acte », *Rép. civ.*, Dalloz, 1951, p. 65 et s., spéc. n°32.

²³²⁷ V. not. ROUAST A., *op. cit.* ; ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.* ; pour certains, il convient de ne pas confondre le contrat collectif et le contrat conjonctif. V. MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 85, n°89 ; il faut toutefois remarquer que « d'une manière synthétique, l'ensemble des actes qualifiés de collectifs par une doctrine majoritaire sont donc toujours conjonctifs, rassemblant une pluralité de personnes au sein d'une seule partie » : CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 149, n°274.

²³²⁸ CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 98, n°103.

directement à leur conclusion²³²⁹. L'adjectif « collectif » s'applique donc non pas à la formation de l'acte, mais à ses effets²³³⁰ puisqu'il « touch[e] des personnes qui n'ont pas directement participé à [sa] formation »²³³¹. C'est l'exemple typique de la décision majoritaire prise par une assemblée délibérante, celle-ci s'imposant à l'ensemble des membres du groupement²³³² et donc, par définition, à des personnes qui peuvent avoir émis un vote contraire. Par conséquent, le contrat, comme l'acte unilatéral, peut être simple ou conjonctif dès lors qu'il réunit les éléments caractéristiques nécessaires à cette qualification, à savoir un acte unique passé par au moins une partie plurale.

§ 2 : La communauté, une partie plurale

474. Une qualification éclairant le fonctionnement des communautés et la qualité des intervenants du partage – Suivant les clefs de lecture fournies par la théorie de l'acte conjonctif, il semble que les communautés de contractants revêtent, en réalité, la figure de parties plurales (A). Or, une telle qualification permet de comprendre avec plus de justesse le fonctionnement de l'économie de partage et la qualité originale de ses intervenants (B).

A. L'application de la théorie de l'acte conjonctif à la communauté

475. L'impossible qualification d'acte conjonctif s'agissant du maillage de relations contractuelles – Les communautés de partage donnant lieu à une pluralité de rapports contractuels distincts, il importe donc de se demander si la théorie de l'acte juridique conjonctif pourrait avoir vocation à s'appliquer. Des développements précédents, il convient pourtant de rappeler l'impossibilité de considérer une succession d'actes comme composant, pour le tout, un acte conjonctif. Dans un tel cas de figure, il n'existera ni partie plurale, ni acte unique. Il est en effet impossible de déduire de la simple présence de plusieurs actes se succédant et faisant donc intervenir une pluralité de participants, l'existence d'un acte conjonctif. En l'espèce, la

²³²⁹ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 519, n°504 ; DE BÉZINS G., *art. préc.*, p. 300, n°4 : l'acte complexe produit « un effet juridique en dehors des personnes qui ont participé à sa confection ».

²³³⁰ En ce sens, V. PASTRÉ-BOYER A. L., *th. préc.*, p. 202, n°290 ; CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 97 et 98, n°103 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 519, n°504.

²³³¹ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 97, n°103 ; PASTRÉ-BOYER A. L., *th. préc.*, p. 246, n°345. L'auteur définit l'acte collectif comme « l'acte juridique, de nature conventionnelle ou unilatérale, dont les effets de droit sont destinés à régir la situation juridique d'une collectivité abstraite d'individus étrangère à la création de l'acte » ; *contra*, V. ROUJOU DE BOUBÉE G., *th. préc.*, p. 29 à 31. Monsieur Roujou de Boubée distingue, quant à lui, « acte collectif » et « acte à effet collectif ».

²³³² FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 520, n°506.

présence de plusieurs personnes ne s'explique donc pas par l'existence d'une partie plurale, mais par le simple fait que la pluralité d'actes implique, par définition, une pluralité de parties. Il n'y a donc aucune partie plurale en tant que telle puisque, pour chaque acte, une ou plusieurs nouvelles parties interviendront, d'où la possibilité de confondre cette pluralité de personnes avec la pluralité de participants intervenant au sein d'une seule et même partie.

Toutefois, si l'acte conjonctif doit être distingué de la succession d'actes, rien ne s'oppose à ce que chacun des actes conclus successivement soit conjonctif dès lors qu'ils en remplissent individuellement les conditions. Ainsi, lorsque *Primus* et *Secundus* sont liés par un contrat, et que le deuxième conclut avec *Tertius* une nouvelle convention, ou s'engage unilatéralement à son endroit, il n'est pas question de voir, dans l'enchaînement des actes liant successivement *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, un acte conjonctif²³³³. En revanche, la question est tout autre si l'on envisage la possibilité que dans l'un de ces actes, *Primus*, *Secundus* ou *Tertius* ne soit pas composé d'un seul individu. Dans ce cas, ce n'est plus la succession d'actes qui est étudiée, mais chacun d'eux pris isolément de l'ensemble plus large dans lequel ils s'inscrivent.

476. L'insuffisance des précédentes explications pour éclairer le fonctionnement des communautés de partage – La qualification juridique de contrat, s'agissant des différents échanges économiques réalisés de manière circulaire entre les membres des communautés, ne fait plus guère de doute à ce stade des développements. Une première analyse aboutit à conclure que dans le contrat par lequel *Secundus* s'engage à réaliser une prestation à l'égard de *Primus*, *Primus* et *Secundus* représentent chacun l'une des deux parties au contrat. Selon ce point de vue, un premier contrat liera ces deux parties, puis *Secundus* entrera en relation avec *Tertius* qui, plus tard, contractera avec *Quartus*, etc. Toutefois, si le bien-fondé de cette analyse ne pose *a priori* que peu de questions, puisqu'il semble évident que les contrats successifs sont passés entre le membre s'engageant à effectuer une prestation en faveur d'un autre et celui-là même qui bénéficie de ladite prestation, une étude approfondie aboutit à s'interroger sur son caractère suffisant pour expliquer le fonctionnement véritable des communautés. S'il n'est pas question de faire disparaître les relations interindividuelles, il n'est en revanche pas exclu que d'autres relations contractuelles viennent s'y ajouter.

²³³³ Comme l'explique le Professeur Rémy Cabrillac, « en aucun cas deux des trois personnes ne se trouvent liées dans une partie à un seul acte conjonctif » : CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit français*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1990, p. 77, n°151.

Par conséquent, et pour éclairer ce propos, il est nécessaire de s'interroger quant à la possibilité pour les communautés de partage d'être qualifiées de parties plurales et ce, afin de savoir si ces dernières pourraient effectivement prendre part à la conclusion de certains contrats.

477. L'existence – en sus de l'intérêt personnel de chaque individu – d'un intérêt unique partagé par les membres de la communauté – Lors de son entrée dans la communauté, chaque membre s'engage à participer à la vie de cette dernière, afin de réaliser les objectifs fixés dans le contrat-cadre originel. La communauté n'a alors de sens que parce qu'elle permet à ses membres de répondre à des besoins personnels tout en satisfaisant des objectifs que les modes de consommation traditionnels sont généralement incapables d'atteindre. C'est de la rencontre des aptitudes complémentaires de chacune des personnes composant le groupe que dépend le succès de l'économie de partage et la satisfaction de l'intérêt collectif : la prospérité de la communauté et la réalisation de ses différents objectifs (consommation durable, solidarité, entraide, création de lien social, prise en compte des enjeux environnementaux, *etc.*). Il importe donc que tous jouent le jeu des échanges successifs et circulaires afin que cet intérêt collectif puisse être atteint. C'est pour la satisfaction de cet intérêt commun aux différents membres que deux obligations spécifiques existent en matière d'acte conjonctif. En effet, les membres de la partie sont tenus, envers les autres, d'une obligation de collaboration²³³⁴ et doivent, en outre, ne pas nuire à un autre membre de celle-ci²³³⁵. Il s'agit là d'obligations distinctes de celles liant les membres de la partie plurale au cocontractant²³³⁶. Ainsi, chaque individu est débiteur de ces deux obligations à l'égard des autres membres et doit donc mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour faciliter l'exécution des différentes prestations, notamment par l'accomplissement d'obligations de renseignement voire d'entraide²³³⁷, ou s'abstenant de tout comportement nuisible comme pourrait l'être le refus d'exécuter une prestation à laquelle il est tenu²³³⁸.

Chaque membre peut donc être considéré comme ayant un intérêt unique : celui de la communauté. Il ne s'agit pas simplement d'un intérêt commun aux membres qui trouveraient tous un avantage personnel distinct, bien que sans doute identique à celui des autres, dans le bon fonctionnement de la communauté. En réalité, pour bien comprendre le propos, il convient

²³³⁴ *Ibid.*, p. 231 et s., n°429 et s ; PASTRÉ-BOYER A. L., *th. préc.*, p. 166 et s., n°237 et s.

²³³⁵ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 242 et s., n°453 et s.

²³³⁶ *Ibid.*, p. 232, n°430.

²³³⁷ PASTRÉ-BOYER A. L., *th. préc.*, p. 166 et 167, n°237.

²³³⁸ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 246 et s., n°461 et s.

de distinguer deux éléments.

Chaque individu recherche effectivement un avantage personnel lors de la conclusion des différents échanges successifs. Il y a alors, dans la communauté, autant d'intérêts individuels que de membres. Toutefois, l'analyse ne peut se contenter de cette première strate puisqu'à ces différents intérêts personnels, s'ajoute un intérêt unique partagé par chacun des membres : l'intérêt de la communauté. « Tisser un lien solidaire, c'est reconnaître que son propre intérêt passe par l'élaboration, avec d'autres, d'un intérêt commun, d'une destinée collective »²³³⁹.

L'attribution d'une créance au profit de toute personne s'engageant à effectuer une prestation ou à transférer un bien au bénéfice d'un membre quelconque permet ainsi de satisfaire cet intérêt unique. Cela s'explique aisément puisque la possibilité d'obtenir une contreprestation est la condition *sine qua non* sans laquelle la circularité des échanges ne pourrait avoir lieu. Or, sans échange circulaire point de partage : la communauté, privée de son essence, ne peut fonctionner. L'obtention, par chacun, d'une créance au bénéfice d'un membre quelconque est donc un élément intrinsèquement lié à la recherche de cet intérêt unique : c'est pour y parvenir que la communauté concède un tel droit au bénéfice de celui qui s'est engagé au profit d'autrui. Lorsque *Secundus* s'engage envers *Primus*, ce n'est pas directement à l'encontre de ce dernier qu'il sera possible de réclamer une contreprestation, mais à l'égard de la totalité des membres de la communauté. Or, à moins de considérer que *Primus* dispose du pouvoir d'engager l'ensemble des membres par un mécanisme quelconque de représentation sans qu'il existe, entre ces derniers, de véritable lien, il faut envisager l'éventualité que *Secundus* contracte en réalité non pas seulement avec *Primus* mais également avec la communauté dans son ensemble. Deux rapports doivent alors être distingués : celui liant *Primus* et *Secundus* permettant à *Primus* de satisfaire un besoin personnel, et celui reliant *Secundus* et la communauté partie plurale qui permet de répondre à l'intérêt la collectivité.

478. La nécessaire distinction entre la communauté partie plurale et l'éventuelle personne morale – Une question se pose néanmoins s'agissant de l'apparente contradiction entre la conception de la communauté comme partie plurale, et l'incompatibilité entre ladite partie plurale et la personne morale²³⁴⁰. Il n'est pas impossible que les membres d'une telle partie décident de former une société disposant effectivement de la personnalité morale. Le Professeur

²³³⁹ BAYON D., *Les S.E.L., pour un vrai débat. Monnaies, lien social, travail, citoyenneté*, coll. Economie, Yves Michel, 1999, p. 15.

²³⁴⁰ Sur cette incompatibilité, V. *supra*, n°471.

Rémy Cabrillac distingue alors deux hypothèses : soit la création de la société est postérieure à la passation de l'acte conjonctif, et celui-ci conservera alors cette qualité à moins que la société ne se substitue aux contractants ; soit elle est antérieure à l'acte et, en ce cas, il conviendra de considérer que celui-ci a été conclu non pas par les membres en tant que partie plurale, mais par la société personne morale en tant que telle²³⁴¹. Nous pensons néanmoins que cette explication est insuffisante pour recouvrir la réalité dans son ensemble. Il est ici question de saisir avec plus de précisions la qualification de tout ou partie des contrats successifs qui sont donc, par définition, conclus après la potentielle personnification de la communauté. *A priori*, en suivant les hypothèses développées par le Professeur Remy Cabrillac, ceux-ci seraient alors passés directement par la personne morale.

Pour surmonter cette apparente difficulté, il convient de dissocier la possible organisation de la communauté en association ou société et la communauté des membres qui ne peut se réduire à la forme d'organisation choisie²³⁴². La personnification de l'entité permet notamment de pouvoir bénéficier de certains avantages comme la mise à disposition de locaux, la possibilité de demander une cotisation lorsque la communauté décide d'opter pour le régime des associations loi 1901, de distribuer des bénéfices aux associés dans le cadre d'une société commerciale (étant ici rappelé que les associés ne se confondent pas avec les membres de la communauté), *etc.*²³⁴³. Dès lors, il faut se garder de confondre cette organisation avec la communauté partie plurale.

À titre d'illustration, lorsque des membres de la communauté HomeExchange entrent en relation, il est impossible de considérer que le contrat est passé entre le membre et la société par actions simplifiée TUKAZZA²³⁴⁴. La qualité de membre n'est pas conditionnée par celle d'associé et le nombre d'individus regroupés au sein de la plateforme est sans commune mesure avec celui des membres de la société. La plateforme HomeExchange regroupe plus de 400 000 maisons dans 187 pays et pour proposer son logement, une simple inscription sur le site internet suffit. Il est ainsi impossible de considérer que l'ensemble de la communauté est associé au sein de la société, les individus pouvant prendre part aux différents échanges sans réaliser de véritables apports au bénéfice de la SAS. En effet, si un abonnement de 130 euros est nécessaire pour pouvoir bénéficier des services proposés par la communauté, celui-ci ne peut être

²³⁴¹ CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 55, n°109.

²³⁴² Sur cette distinction, V. *supra*, n°353 et s.

²³⁴³ Sur les avantages de recourir à une forme d'organisation personnifiée, et plus spécifiquement à celle de l'association loi 1901, V. *supra*, n°355 et s., spéc. n°367.

²³⁴⁴ HomeExchange n'est que le nom commercial de la société TUKAZZA. V. *supra*, n°362.

considéré comme représentant un quelconque apport en numéraire s'ajoutant au capital social. De plus, aucun droit de propriété n'est transféré au patrimoine de la société, les individus conservant la pleine et entière propriété sur leur logement. Un apport en jouissance pourrait être envisagé mais, là encore, il faut refuser une telle éventualité. Lorsque ce type d'apports porte sur un bien non consommable et non fongible, il implique que le bien soit « mis à la disposition de la société, sans transfert de propriété » et confère à l'apporteur, des droits sociaux d'une valeur équivalente au prix de la mise à disposition²³⁴⁵. Toutefois, la communauté ne dispose d'aucun droit de jouissance sur les appartements et maisons proposés sur la plateforme. Les membres sont libres de fixer les conditions dans lesquelles le logement est mis à disposition et conservent le droit de refuser toute demande portant sur leur logement. En outre, le capital social de la société TUKAZZA, d'un montant de 175 449 euros ne reflète aucunement la valeur de la mise à disposition des 400 000 logements, d'autant que les membres n'ont droit à aucune part sociale représentant le coût de la mise à disposition. En d'autres termes, l'existence d'une personne morale pour structurer le groupement ne s'oppose pas à ce que les différents contrats successifs soient conclus entre les membres et la communauté partie plurielle. Cette dernière ne peut se réduire, dans ses rapports internes, à la forme d'organisation structurant principalement les rapports avec les tiers et permettant de bénéficier des différents avantages liés à la personnalité morale²³⁴⁶.

479. Conclusion : la possibilité de caractériser une partie plurielle dans la communauté des membres – Deux types d'intérêts distincts peuvent être décelés au sein des communautés : l'intérêt individuel de chacun des membres et l'intérêt de la collectivité. Le second est un intérêt unique partagé par l'ensemble des individus qui se regroupent dans ce cadre et qui vise à atteindre les objectifs fixés dans le contrat-cadre originel (solidarité, récréation et pérennisation du lien social, lutte contre l'exclusion, développement durable, *etc.*). Ces deux types d'intérêts sont indissociables. La recherche par les membres de leur intérêt personnel crée un maillage de relations sans lequel il serait impossible de réaliser l'intérêt de la collectivité. Or, sans l'obtention d'une créance lors de la réalisation de chaque prestation au sein des différents rapports interindividuels, il deviendrait impossible de satisfaire les besoins personnels immédiats de chacun des membres. Par où l'on voit que l'on ne peut raisonner autrement qu'en reconnaissant l'existence de deux strates superposées.

²³⁴⁵ LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020, p. 180, n°228.

²³⁴⁶ Pour une confirmation de cette analyse, V. *infra*, n°481.

Il faut donc admettre dès à présent que la communauté des membres puisse représenter, pour la conclusion d'actes juridiques uniques, une partie plurale. Celle-ci est en effet composée d'une pluralité de membres réunis par un intérêt unique (le but collectif recherché par tous). Elle est entièrement dissociable de l'éventuelle personne morale qui pourrait avoir vocation à s'ajouter à l'organisation contractuelle de la collectivité. Contrairement aux hypothèses classiques de co-participation aux actes juridiques où les parties plures ont par définition vocation à être évanescents, la communauté partie plurale s'inscrit ici dans la durée, puisque c'est la pérennisation des relations dans le temps qui permettra de satisfaire les différents intérêts en jeu. Néanmoins, la communauté est, par définition, une entité en mouvement constant, chacun pouvant très librement entrer et sortir du groupe, de manière bien plus souple que ce que l'on retrouve notamment pour les sociétés. Rien n'interdit ainsi que la communauté partie plurale soit composée différemment en fonction des contrats, au gré de ses évolutions internes permanentes. Partant, et bien qu'elle ne ressemble à aucune autre partie plurale, il nous semble nécessaire de maintenir une telle qualification seule à même, selon nous, d'expliquer les particularités de l'économie de partage et d'éclairer la qualité de ses intervenants.

B. La superposition des rapports interindividuels et des rapports contractuels élargis

480. Les rapports venant payer les créances : des relations interindividuelles entre les membres – S'il est un fait que l'on peut considérer comme acquis à ce stade et longuement étudié dans la première partie de ce travail, c'est l'existence de relations interindividuelles entre les membres des communautés de partage. En effet, pour donner vie à la communauté, il est nécessaire que *Secundus* demande à *Tertius* la réalisation d'une prestation quelconque qu'il s'agisse de la fourniture d'un bien, de la réalisation d'un service ou de la mise à disposition d'un savoir-faire. Si *Secundus* est autorisé à demander une telle exécution, c'est qu'il dispose d'une créance d'un montant de grains équivalent à la prestation réclamée²³⁴⁷ et obtenue grâce à un rapport distinct. Ainsi, chaque créance détenue par les membres d'une communauté aura vocation à être payée dans un rapport unilatéral liant le créancier et celui qui s'exécutera à son profit, sans qu'il y ait d'engagement réciproque de la part du premier.

Les relations entre les différents intervenants ne peuvent donc que troubler, puisque

²³⁴⁷ Il se pourrait également que le montant de la prestation soit supérieur, à condition que la communauté dans laquelle ce rapport a lieu autorise l'existence de solde négatif. Dans un tel cas de figure, la différence entre le montant de grains au crédit de *Primus* et la valeur de la prestation de *Secundus* sera inscrite au débit du compte du premier. Mais, pour plus de simplicité, nous raisonnerons sur l'hypothèse d'une prestation équivalente au montant de grains détenus par le créancier.

Tertius paie une dette au profit de *Secundus* sans avoir été vraisemblablement partie au rapport contractuel précédent entre celui-ci et *Primus*, à la suite duquel le droit de réclamer une contreprestation est né. En réalité, pour comprendre la manière dont fonctionne l'économie de partage et prendre la mesure de son impact sur la qualité des intervenants, il devient nécessaire d'admettre que se superposent deux types de relations contractuelles : la relation interindividuelle permettant de payer les dettes et une relation contractuelle élargie donnant naissance au droit de créance.

481. Les rapports donnant naissance aux créances : des actes reliant un membre à la communauté partie plurale – Il nous paraît désormais nécessaire de reconnaître que la communauté des membres puisse constituer une partie plurale. En effet, les membres étant liés par un intérêt unique – celui de la collectivité – ils peuvent être considérés comme formant, dans certaines circonstances, une seule et même partie. Dans le maillage de relations contractuelles permettant de réaliser la circularité des échanges au sein de la communauté, il est alors possible de considérer que les différents membres ne s'engagent pas uniquement individuellement les uns envers les autres. Plus précisément, il convient d'apprécier les permutations effectuées tout au long de la vie de la communauté, comme liant *Primus* et *Secundus*, mais comme donnant également naissance à un lien contractuel entre *Secundus* et la communauté partie plurale. Autrement dit, lorsque *Secundus* s'engage à transférer un bien à *Primus*, ou à réaliser une prestation à son égard, *Secundus* est nécessairement lié par le contrat conclu avec *Primus*. Mais de manière originale, par son engagement auprès de *Primus*, *Secundus* obtient le droit de demander une contreprestation à n'importe quel membre du groupe, et non simplement à l'égard de *Primus*.

Ce dernier ne paraît toutefois pas investi d'un pouvoir de représentation lui permettant d'engager les autres membres. Comme l'explique le Professeur Philippe Didier, « agir par représentation, c'est faire un acte au nom et pour le compte d'autrui, en vertu d'un pouvoir »²³⁴⁸. Or, aucun contrat de mandat n'est conclu afin de conférer, à chaque membre, le pouvoir d'agir au nom et pour le compte de tous ou de la communauté de manière générale. Il n'est pas non

²³⁴⁸ DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, coll. Bibliothèque de droit privé - LGDJ, 2000, p. 4, n°6. Le Professeur Rouast définissait la représentation comme « l'opération juridique consistant à remplacer une personne par une autre dans un acte intéressant la première, de telle manière que les effets de l'acte s'appliquent à celle-ci, comme si elle y avait été effectivement partie » : ROUAST A., *Cours de droit civil approfondi : La représentation dans les actes juridiques*, Les cours de droit, 1947, p. 45. Les contrats de représentation s'insèrent dans la catégorie plus générale des contrats conclus pour le compte d'autrui : FLATTET G., *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 5, n°3.

plus possible de découvrir un autre contrat de représentation ou une quelconque représentation légale ou judiciaire²³⁴⁹ investissant tout ou partie des membres pour agir au nom et pour le compte de l'ensemble de la communauté. Partant, la naissance d'une créance à l'égard de n'importe quel membre du groupe continue de ne recevoir aucune justification, sauf à considérer les contrats de partage au travers du prisme de l'acte juridique conjonctif.

C'est donc à un enchevêtrement d'ensembles contractuels réunissant à chaque fois trois parties que l'économie de partage donne lieu : s'ajoute au rapport liant *Primus* à *Secundus* et dans lequel *Secundus* est débiteur de *Primus* pour la réalisation d'une prestation, le rapport de *Secundus* avec la communauté partie plurale au sein duquel naît la créance de ce dernier qui sera payée, par la suite, dans un nouveau rapport interindividuel avec *Tertius*. Lorsque *Secundus* s'engage à exécuter une prestation au bénéfice de *Primus*, il conclut en réalité deux contrats d'application : il s'engage à l'égard de *Primus* dans un rapport interindividuel unilatéral, lorsqu'un second contrat liant cette fois-ci *Secundus* à la communauté partie plurale matérialise la naissance de la créance née de son exécution. C'est alors la communauté, en tant que partie plurale, qui est débitrice de *Secundus*, lorsque ce dernier dispose d'un droit de créance qui sera payé par *Tertius* en sa qualité de membre de ladite partie. Ce n'est donc pas *Primus* lui-même qui engage potentiellement l'ensemble de la communauté en demandant à *Secundus* de payer la dette de celle-ci à son profit : il n'en a pas le pouvoir. En réalité, la dette née de l'exécution d'une prestation au bénéfice d'un membre (ou son pendant, à savoir la créance obtenue par celui qui s'est exécuté), trouve son origine dans l'existence d'un rapport contractuel entre le membre qui s'exécute afin de solder la dette de la communauté à l'égard de son créancier, et cette même communauté.

Il ne s'agit pas ici de dire que la communauté est engagée en tant qu'entité (personnifiée ou non), mais simplement de reconnaître l'existence d'une hypothèse originale de co-participation. La communauté des membres s'engage à payer l'ensemble des créances qui naîtront successivement dans les rapports interindividuels, chacun pouvant être appelé à s'exécuter. Avec la théorie de l'acte conjonctif, il est ainsi possible de comprendre pourquoi *Tertius*, qui est tiers au rapport liant *Primus* à *Secundus*, s'engagera à payer ce que *Secundus* réclame grâce au droit de créance obtenu en suite de son exécution au profit de *Primus*. En effet, si *Tertius* est tiers à ce premier rapport interindividuel, il est en revanche partie au rapport contractuel élargi qui se forme automatiquement entre *Secundus* et la partie plurale, et par lequel

²³⁴⁹ Sur les différents types de représentation, V. MATHEY N., « Représentation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, p. (actualisation : mai 2018), spéc. n°35 et s.

cette dernière s'engage à ce que *Secundus* reçoive effectivement une contrepartie à sa prestation. Et bien qu'il n'ait pas directement exprimé son consentement au contrat entre ce dernier et la communauté, puisqu'il serait impraticable d'exiger de l'ensemble des membres, lors de chaque prestation, qu'ils formulent expressément un consentement, *Tertius* est en mesure de solder la dette de par sa seule appartenance à la partie plurale. Comme tout acte conjonctif, le rapport contractuel élargi qui se forme implicitement lors de chaque rapport interindividuel, produira ses effets sur la tête de chacune des personnes membres de la partie plurale. L'on assiste donc à une succession et à un entrelacs de rapports contractuels successifs qui recevront chacun une qualification propre : pour chaque rapport interindividuel, un rapport contractuel conjonctif (le rapport élargi) fondera le droit, pour celui qui s'est exécuté, de demander une contreprestation dans un nouveau rapport interindividuel qui, à son tour, donnera naissance à un contrat conjonctif lui conférant également le pouvoir de réclamer un paiement à un autre membre de la communauté²³⁵⁰.

482. Une solution conforme à la réalité pratique du fonctionnement des communautés –

Lorsque deux individus entrent en relation dans une communauté de partage, le débiteur initial ne contracte pas uniquement avec celui qui bénéficiera de sa prestation, mais avec la communauté des membres dans son ensemble. *Secundus* conclut donc un contrat successif avec *Primus* (rapport interindividuel), mais également avec la partie plurale (rapport élargi), seule à même de justifier la naissance d'une dette pesant théoriquement sur la totalité de ses membres. Ainsi, et puisque la créance obtenue par *Secundus* pour la réalisation d'une prestation quelconque peut être payée par n'importe quel individu membre de la partie plurale, il est nécessaire d'admettre que la qualité de débiteur pèse sur la communauté tout entière.

Si cette solution n'a pu s'imposer qu'après avoir mis en lumière l'existence de partie plurale dans des actes réalisant leurs effets sur la tête de tous les membres de la partie, y compris ceux n'ayant pas directement exprimé un consentement à l'acte, elle semble pourtant largement admise par la pratique. En matière de systèmes d'échanges locaux notamment, les études

²³⁵⁰ Il s'agit là du cas de figure classique d'un individu qui utiliserait un montant de grains obtenus précédemment pour demander l'exécution d'une prestation. Mais il peut également arriver qu'un membre s'endette en faisant passer son compte dans le négatif (bien que l'hypothèse soit marginale puisqu'en principe, il est nécessaire d'avoir un certain montant de grains pour demander la réalisation d'une prestation). Dans ce cas, si *Primus* demande l'exécution d'une prestation à *Secundus* pour un montant de 100 grains alors que son compte est à 0, il sera créancier de *Secundus* pour la prestation, mais également débiteur de la communauté partie plurale pour ce même montant (la situation de *Secundus* ne change pas, il restera créancier de la communauté partie plurale pour un montant de 100 grains). *Primus* paiera alors sa dette dans un autre rapport interindividuel auprès d'un membre quelconque de cette partie plurale.

économiques et sociologiques expliquent que « la dette en effet n'est pas vis-à-vis d'une organisation qui pourrait être séparée des membres du groupe, mais vis-à-vis du *groupe dans son ensemble*. C'est le *groupe qui fait crédit, non la structure SEL* ; c'est ce qui assure la réciprocité du crédit »²³⁵¹. De manière identique, il a pu être écrit que « le crédit de 300 cailloux de Cécile *porte sur le groupe* (dont François, si elle désire faire réparer son transistor) ; François est donc en dette à l'égard du groupe et devra proposer ses services dans le catalogue d'offres et demandes »²³⁵². Dans ces hypothèses, puisque ce n'est pas la « structure SEL » qui fait crédit mais le groupe, il est impossible de considérer que les différents échanges entre les membres sont conclus directement par l'association loi 1901 qui structure le groupement, ou la personne morale choisie. La dette obtenue par la réalisation d'une prestation au bénéfice d'un membre pèse sur la communauté dans son ensemble : c'est la partie plurale qui s'engage auprès de celui qui s'oblige au profit d'autrui à ce que la créance née de cette relation soit payée. Sans l'assurance générée par l'engagement de la communauté, les systèmes de partage ne pourraient fonctionner et seraient condamnés à périr. Toutefois, une telle conclusion entraîne inévitablement un certain nombre d'interrogations.

483. Le cumul des qualités de créancier et de débiteur – Si les contrats successifs d'application donnant naissance aux créances sont, *in fine*, conclus entre celui qui s'engage au bénéfice d'autrui et la communauté partie plurale, un cumul des qualités de créancier et de débiteur va inéluctablement se produire. Lorsque *Secundus* accepte de réaliser une prestation pour le compte de *Primus*, il revêtira une double qualification. En effet, *Secundus* sera tout à la fois créancier à l'égard de la communauté, puisque la prestation réalisée au profit de *Primus* lui permet d'obtenir une créance à l'encontre de la partie plurale, et débiteur de la créance de par son appartenance à cette partie plurale. Toutefois, un tel cumul interroge puisqu'il paraît, *a priori*, inconcevable qu'une même personne soit débitrice et créancière d'un même droit de créance.

Pourtant, la contradiction n'est qu'apparente, une seule personne pouvant parfaitement exprimer des intérêts distincts et revêtir ainsi deux qualités différentes au sein d'un même acte. Il est possible de faire un parallèle avec la notion de contrat avec soi-même, celui-ci étant défini comme « l'acte juridique par lequel un individu, de par sa seule volonté, crée à la manière d'un

²³⁵¹ SERVET J. M., *Une économie sans argent : les systèmes d'échange local*, Seuil, 1999, p. 196.

²³⁵² BAYON D., *Les S.E.L., pour un vrai débat. Monnaies, lien social, travail, citoyenneté*, coll. Economie, Yves Michel, 1999, p. 66.

contrat, des droits et des obligations sur la tête de deux personnes différentes»²³⁵³. Antérieurement à l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, les textes étaient silencieux quant à la possibilité de conclure un tel acte. Les auteurs en déduisaient alors un principe général de validité des contrats avec soi-même²³⁵⁴. Depuis 2016, le nouvel article 1161 du Code civil a cependant inversé la perspective en posant un principe général de prohibition de ces contrats²³⁵⁵, « à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié » (art. 1161 al. 2 nouv. C. civ.). Mais puisque de tels contrats peuvent toujours être amenés à exister, il paraît opportun de s'attarder quelque peu sur cette notion. La doctrine présente classiquement le contrat comme un accord entre au moins deux volontés²³⁵⁶, ce qui paraît, de fait, exclure la possibilité qu'un tel acte soit passé par une seule et même personne²³⁵⁷, puisque l'on considère traditionnellement que le nombre de personnes est identique au nombre de volontés²³⁵⁸. Ce serait toutefois aboutir à une conclusion trop rapide et oublier qu'un contrat ne peut se définir uniquement grâce au nombre de participants. Si dans une grande majorité des cas, celui-ci sera effectivement conclu entre au moins deux individus, le véritable critère d'identification réside dans le nombre d'intérêts à l'acte. Plus précisément, conformément à ce qui fut précédemment expliqué, c'est le nombre de parties qui permet de reconnaître un contrat, étant entendu qu'une partie ne peut avoir qu'un seul intérêt. Une déclaration unique de volonté peut ainsi traduire deux intérêts différents. C'est notamment le cas lorsqu'une personne agit en

²³⁵³ MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Rec. Sirey, 1951, p. 48, n°41.

²³⁵⁴ DIDIER Ph., *th. préc.*, p. 175, n°230 ; GOUGET L., *Théorie générale du contrat avec soi-même : étude de droit comparé*, Th. Caen, 1903, p. 126 et s. ; PETIT B. et ROUXEL S., *V° « Art. 1101 et 1102 », J.-Cl. Civil Code*, fasc. unique : Contrat. - Définition du contrat et liberté contractuelle, 2016 (actualisation : août sept. 2020), n°16.

²³⁵⁵ DIDIER Ph., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G* 2016, p. 580 ; MIGNOT M., « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA* 2016, p. 7 ; PETIT B. et ROUXEL S., *art. préc.*, n°16. Depuis la loi de ratification du 20 avril 2018, ce principe de prohibition des contrats avec soi-même s'applique uniquement aux personnes physiques (art. 1161 al. 1 nouv. C. civ.).

²³⁵⁶ V. not. CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, p. 50, n°15 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, p. 47 et 48, n°58 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis, Droit, PUF, 5^{ème} éd., 2019, p. 9, n°12 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, 1, *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 69, n°79.

²³⁵⁷ En ce sens, V. not. VALLIMARESCO A., « Des actes juridiques avec soi-même », *RTD civ.* 1926, p. 973 et s., spéc. p. 979 et 980 : pour l'auteur, le contrat étant un accord de volontés et puisqu'il faut donc deux volontés pour qu'il y ait contrat, « l'acte juridique avec soi-même ne peut [...] être qu'un acte unilatéral » qui « produira les effets d'un contrat ».

²³⁵⁸ En ce sens, le Professeur Chénéde écrit, à propos de l'acceptation traditionnelle : "seul compte le nombre de volontés exprimées lors de la conclusion de l'acte bien qu'en réalité, le nombre de volontés « ou, ce qui revient au même, [le nombre de personnes] » soit un critère manquant de fiabilité. V. CHÉNÉDÉ F., *th. préc.*, p. 82, n°83. V. également le Doyen Carbonnier qui définit l'acte unilatéral comme celui émanant d'une seule volonté, lorsque le contrat en fait intervenir au moins deux, puis qui estime que ledit acte unilatéral est une « manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit » : CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 47, n°14.

son nom personnel, ainsi qu'au nom et pour le compte d'autrui en vertu d'un pouvoir de représentation²³⁵⁹. Mais il existe également des contrats avec soi-même conclus en dehors des mécanismes de représentation, tout particulièrement lorsqu'un individu est titulaire de pouvoirs différents sur plusieurs masses de biens²³⁶⁰. Or, l'analyse de la notion de contrat sous l'angle du nombre de parties (ou d'intérêts) en cause permet de donner une assise théorique solide à la nature contractuelle du contrat avec soi-même²³⁶¹. L'intérêt devant être entendu comme « la ou [les] situations juridiques engendrées par [l']acte »²³⁶², le contrat avec soi-même donne effectivement naissance à deux situations juridiques antagonistes. Comme l'explique alors le Professeur Rémy Cabrillac, « dès lors qu'un acte faisant naître deux situations est conclu, peu importe qu'une seule personne les occupe. Il y a bien contrat car deux intérêts s'opposent. De même que plusieurs personnes peuvent être réunies au sein d'une même partie, une seule personne peut former deux parties »²³⁶³. Si le contrat avec soi-même émane d'une seule personne, il demeure toutefois « l'œuvre de deux parties distinctes »²³⁶⁴. Par conséquent, l'existence d'une seule personne ne saurait suffire à faire basculer l'acte étudié dans la catégorie des actes unilatéraux²³⁶⁵ : il existe deux volontés distinctes, seule la source de ces volontés étant unique. Ainsi, et bien que certains auteurs aient pu refuser de voir, dans les actes susmentionnés, de véritables contrats²³⁶⁶, une analyse rigoureuse impose de conclure à la nature contractuelle des actes en cause²³⁶⁷.

²³⁵⁹ C'est l'exemple classique du mandataire qui souhaite acheter pour lui-même le bien qu'il a été chargé de vendre : MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 48 et s., n°41 et s. ; FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 195 et s., n°222.

²³⁶⁰ C'est notamment le cas de l'"achat par un héritier d'un bien d'une succession qu'il a acceptée sous bénéfice d'inventaire" : CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit français*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1990, p. 46, n°92.

²³⁶¹ V. not. MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 90 et 91, n°96.

²³⁶² CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 44, n°87.

²³⁶³ *Ibid.*, p. 47, n°94.

²³⁶⁴ CHÉNEDÉ F., *th. préc.*, p. 84, n°87. Dans le même sens, V. MARTIN DE LA MOUTTE J., *th. préc.*, p. 50, n°43. Pour l'auteur, le fait « qu'une seule volonté préside à la formation de l'acte » ne peut suffire à l'exclure du domaine contractuel. Ainsi, puisque l'acte unilatéral doit traduire un intérêt unique et que dans le contrat avec soi-même, il est possible de distinguer deux intérêts opposés, il convient de se prononcer en faveur de la nature contractuelle dudit acte .

²³⁶⁵ GOUGET L., *th. préc.*, p. 56 et s., spéc. p. 59 : selon l'auteur, « l'unité de volonté ne permet point de faire du contrat avec soi-même un acte unilatéral, de l'assimiler à la simple promesse ; il ne faut point s'en tenir à la superficie, à l'apparence, mais analyser par delà "le contenu même de la déclaration de volonté" ». L'auteur conclut alors en affirmant que le contrat avec soi-même « est un acte bilatéral » et qu'il est alors « erroné d'y voir [...] un acte unilatéral » ; *contra*, VALLIMARESCO A., *art. préc.*, p. 973 et s., spéc. p. 979 et 980.

²³⁶⁶ V. not. Demogue qui reprend les analyses de Rümelin et Barassi et voit alors dans le contrat avec soi-même, un acte unilatéral : DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 1, Rousseau et Cie Éditeurs, 1923. Pour sa part, le Professeur Flattet semble opter pour la catégorie des quasi-contrats : FLATTET G., *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 123, n°97 et p. 125 et 126, n°99.

²³⁶⁷ La nature contractuelle du contrat avec soi-même est largement admise par la doctrine. V. not. FLOUR J.,

Dès lors, puisqu'il est acquis qu'une même personne puisse intervenir à un acte en exprimant deux intérêts distincts et antagonistes, et représenter ainsi deux parties différentes, la possibilité qu'un contractant du partage soit tout à la fois créancier du groupe suite à l'exécution d'une prestation, et membre de la partie plurale débitrice de cette même créance, semble parfaitement concevable. Il exprimera alors deux intérêts distincts : le sien propre ainsi que celui de la communauté. Lors de chaque contrat successif, le membre qui contracte avec la communauté partie plurale interviendra donc en tant que représentant de son intérêt personnel (en s'exécutant au profit d'autrui afin d'obtenir, notamment, un droit de créance à l'encontre du groupe), mais également en tant que membre de la partie plurale.

484. Conclusion : le fonctionnement original des communautés et la vision renouvelée de la distinction partie/tiers – Dans une communauté de partage, celui qui s'oblige à l'égard d'un autre obtient le droit de réclamer, par la suite, une prestation à n'importe quel membre dont le compte est débiteur et proposant un bien ou un service l'intéressant. Lorsque l'exécution de la prestation lui permet de solder une dette déjà née à l'égard de la communauté, il n'en obtient pas moins, par son exécution, un crédit de grains. Simplement, le compte étant débiteur, le crédit ne permettra pas de demander une nouvelle prestation, mais seulement de ramener ce compte à l'équilibre. Dans un cas comme dans l'autre, le mécanisme est le même : l'exécution d'une prestation entraîne un double mouvement d'écritures, à savoir l'inscription d'un crédit au bénéfice de celui qui s'exécute, et d'un débit à l'encontre du bénéficiaire. Toutefois, le membre fournissant la première prestation, est intéressé par le droit de créance obtenu à l'encontre du groupe et non par le débit de grains effectué sur le compte du bénéficiaire. Dès lors, toutes les fois qu'une prestation sera effectuée par un membre de la communauté, il conviendra de distinguer ce rapport contractuel interindividuel permettant à la partie plurale de solder une dette par l'intermédiaire d'un membre quelconque, ce dernier s'engageant en contrepartie d'un droit de créance à l'encontre du groupe obtenu grâce au contrat conjonctif conclu avec la communauté. Celle-ci intervient alors pour attribuer, en contrepartie de l'exécution d'une prestation, un crédit de grains.

Chaque membre a donc successivement la qualité de créancier et de débiteur selon le rapport contractuel étudié : lorsque *Secundus* s'oblige à l'égard de *Primus*, il est alors débiteur

AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *op. cit.*, p. 446, n°430 ; MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, coll. Manuel, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, p. 116 et 117, n°121 ; TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Droit civil - Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 270, n°243 ; FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 195 et s., n°222 ; PETIT B. et ROUXEL S., *art. préc.*, n°15.

de la prestation promise (en tant que membre de la partie plurale) mais devient également créancier de la communauté pour une dette d'un montant de grains équivalent à la valeur de cette prestation. La difficulté liée à la naissance d'une créance pouvant être payée par n'importe quel membre de la communauté dans un contrat au sein duquel n'interviennent que deux membres isolés, semble donc balayée. En réalité, l'apparition de la créance a lieu dans un rapport contractuel distinct liant un membre à l'ensemble du groupe. Or, puisque la partie plurale n'a pas, en tant que telle, la personnalité morale, le paiement de la dette peut être réclamé à n'importe quel membre de cette dernière dans un futur rapport interindividuel, qu'il s'agisse ou non de la personne ayant directement bénéficié de la prestation à l'origine de la nouvelle créance pesant sur elle²³⁶⁸. La pluralité de personnes capables de payer la dette de la communauté permet au créancier d'être assuré d'obtenir *in fine* une contrepartie venant rétribuer le service fourni. En effet, tôt ou tard, un membre quelconque proposera un bien, un service ou un savoir-faire permettant de satisfaire ses besoins.

²³⁶⁸ En ce sens, le Professeur Rémy Cabrillac explique que « la partie personne morale s'interposerait entre ses membres et le co-contractant : l'écran de la personnalité juridique masquerait les relations directes qui les relient ». Ainsi, « le co-contractant ne pourrait demander l'exécution du contrat conjonctif qu'à la partie, pas à chacun de ceux qui la composent ». A contrario, cela signifie que l'exécution du contrat conjonctif peut être demandé à n'importe quel membre de la partie plurale. V. CABRILLAC R., *th. préc.*, p. 53, n°105.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

485. La succession de contrats de partage : des ensembles contractuels *sui generis* – Les communautés de partage, en mettant en place un maillage contractuel d'un type nouveau, ont une influence sur la nature même des intervenants. Plus précisément, c'est la distinction entre les parties et les tiers qui est ainsi mise à l'épreuve. Certes, doctrine et pratique n'ont pas attendu l'avènement de ces nouveaux modes de consommation pour découvrir l'existence des ensembles contractuels : les groupe de contrats, l'indivisibilité ou l'interdépendance contractuelle ont été étudiés, expliqués par la doctrine et utilisés par la jurisprudence jusqu'à ce que le Code civil lui-même consacre, sans leur en donner le nom, les ensembles de contrats. Ces analyses, en mettant en relation différents protagonistes qui ne seraient pas, au sens propre du terme, unis par un lien contractuel, ont été le siège de réflexions poussées quant à la distinction des parties et des tiers. Il fut ainsi proposé d'élargir la notion de partie afin de reconnaître un lien de nature contractuel en présence d'actions directes, ou de distinguer les « parties contractantes » des « simples parties contractantes », ces dernières étant uniquement parties à la norme et ne participant pas à l'élaboration du contrat.

Aucune de ces idées ne parvient toutefois à expliquer les spécificités des successions de contrats de partage. Tout d'abord, il ne peut s'agir ni d'indivisibilité ou d'interdépendance contractuelle, ni de groupe ou de chaînes de contrats : les différents contrats de partage ne participent pas à la réalisation d'une opération économique unique et ne sont donc pas tous construits autour d'une même prestation principale ; ils sont unis par des liens de dépendance unilatérale puisque, eu égard au fonctionnement circulaire des communautés, la naissance, l'exécution ou la disparition des contrats postérieurs n'a pas d'influence sur ceux qui les précèdent. Contrairement aux ensembles contractuels traditionnels, les intervenants évoluent, peuvent sortir de la communauté ou y entrer au cours de la vie d'échange empêchant, *de facto*, de découvrir une identité de partie. Au surplus, les explications fondées sur la présence d'actions directes au sein des groupes de contrats ne permettent pas d'éclairer la qualité des intervenants du partage, ces actions n'ayant pas vocation à être mises en œuvre en matière de partage. L'idée de distinguer les « parties contractantes » des « simples parties contractantes » permet, quant à elle, d'apporter un premier éclairage, mais se révèle insuffisante pour saisir toutes les subtilités de ces nouveaux modes de consommation. L'enchevêtrement des contrats de partage forment donc des ensembles contractuels *sui generis* soulignant l'effritement progressif de la digue séparant les parties et les tiers.

486. La communauté partie plurale : un cocontractant particulier – En revanche, la nécessité, soulignée par la succession des contrats de partage, d'élargir le champ contractuel, trouve un soutien de taille dans la théorie de l'acte juridique conjonctif. Une fois les contours de la notion de partie délimités en faisant du critère de l'intérêt unique la clef de définition, l'acte juridique conjonctif apparaît comme celui au sein duquel intervient au moins une partie plurale, c'est-à-dire une partie composée de plusieurs individus réunis autour de la recherche d'un unique intérêt. Or, lorsqu'il s'agit de ses rapports internes, la communauté des membres doit être envisagée comme constituant une partie plurale : chaque individu s'engage à participer à la réalisation de l'objectif commun établi dans le contrat-cadre originel.

Lorsque *Primus* demandera à ce qu'une prestation soit effectuée à son égard, s'ajoutera au rapport interindividuel au sein duquel *Secundus* s'exécutera afin de solder la dette (et ce en qualité de membre de la partie plurale), un rapport contractuel élargi entre *Secundus* et ladite communauté partie plurale. Ce dernier donnera alors naissance à une dette pesant sur la communauté des membres dans son ensemble et justifiant que *Secundus* puisse demander à *Tertius* de s'exécuter si celui-ci propose un bien, un service ou un savoir-faire dont il a besoin. Une telle analyse a le mérite d'expliquer que chacun des membres puisse être tenu de payer une créance née d'un rapport contractuel pour lequel il n'a exprimé directement aucun consentement et ne peut donc être considéré comme une partie au sens classique du terme. La succession des contrats de partage met donc en jeu une multitude de contrats passés entre les membres en tant que tels et la communauté partie plurale, puisque les dettes nées de la réalisation des différentes prestations pèsent sur la communauté dans son ensemble. En fonction du contrat en cause (rapport interindividuel ou rapport contractuel élargi), le membre aura alors une « double casquette » en poursuivant la réalisation de deux intérêts différents : le sien propre lorsqu'il agira en qualité de créancier de la communauté, et celui de la collectivité lorsqu'il interviendra en tant que membre de la partie plurale.

Le fonctionnement de l'économie de partage appelle ainsi plus que jamais à un élargissement des relations contractuelles, la distinction des parties et des tiers étant en l'état trop stricte pour refléter avec justesse la réalité de la pratique contractuelle contemporaine. Mais le constat ne peut se limiter à cette distinction, puisque l'étude de ce nouveau modèle économique met également en lumière l'apparition de nouvelles catégories de contractants.

CHAPITRE 2. L'ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE CATÉGORIE DE PARTIES AU CONTRAT : LE « PROSOMMATEUR »

487. L'hybridation croissante des catégories de contractants – Si le droit français est en grande partie fondé sur des distinctions binaires, la pertinence d'opposer une à une les différentes catégories doit parfois être interrogée. La solution peut, en certaines occasions, consister à établir une catégorie limitative et une catégorie résiduelle, comme c'est le cas s'agissant de la distinction du titre gratuit et onéreux notamment. Néanmoins, le développement constant des modes de consommation, le recours de plus en plus fréquent aux outils numériques et le changement d'état d'esprit des contractants imposent, dans des hypothèses particulières, d'admettre l'existence de situations irréductibles aux termes de la distinction. En ce sens, les communautés de partage brouillent les frontières et invitent à modifier l'acception de concepts pour lesquels la majeure partie des interrogations semblait épuisée. La qualification des différents intervenants n'échappe pas au constat et dépasse la seule question de la distinction entre les parties et les tiers. Ce sont, en effet, les catégories mêmes de contractants qui sont bouleversées, en ce que les individus ayant recours aux pratiques étudiées revêtent différentes qualités. Les lignes de partage sont ainsi ébranlées et plusieurs matières semblent témoigner de cet état de fait. En droit du travail notamment, bien que la question se pose avec plus de vigueur en matière d'économie collaborative²³⁶⁹, on peut être amené à se demander où se situe la ligne de démarcation entre le travail indépendant et le salariat. Certaines pratiques donnent naissance à un véritable contentieux sur la nature de la relation contractuelle liant les utilisateurs à la plateforme. C'est notamment le cas de Take Eat Easy et d'Uber, puisque s'est posée, en la matière, la question de savoir si les chauffeurs exerçant leur activité par le biais de ces plateformes devaient être considérés comme des travailleurs indépendants ou des salariés. La question a un véritable intérêt puisque, dans certains États européens, un régime intermédiaire a été mis en place : en Italie, l'on trouve un régime des contrats de « *collaborazione coordinata e continuativa* » et « *collaborazione a progetto* », lorsqu'au Royaume-Uni, les « *workers* » s'intercalent entre les « *employees* » et les « *independents* »²³⁷⁰. Or, bien que le droit français

²³⁶⁹ L'absence d'une rémunération monétaire rend la question moins pressante en matière d'économie de partage.

²³⁷⁰ Notice explicative relative à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316) – Chambre sociale (arrêt « Uber ») : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_44525.html. Pour une définition de la notion de « workers », V. GOMES B., *Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants, Étude comparée en droit allemand, espagnol, français, italien et anglais*, Rapport pour l'Organisation

ait fait le choix de ne pas instaurer une catégorie intermédiaire entre les travailleurs indépendants et les salariés²³⁷¹, ces exemples ont le mérite d'éclairer le mouvement d'hybridation croissant que connaissent les catégories de contractants.

488. L'apparition du « prosommateur » – L'étude de l'économie de partage met en lumière, au-delà du besoin d'affinement des classifications, la nécessité d'élargir les relations contractuelles. Et si la frontière entre les parties et les tiers doit être réinterrogée, l'influence de ces nouveaux modes de consommation sur la qualification des intervenants ne peut se limiter à cette unique question. En effet, rappelons que ces modes de consommation donnent naissance à des pratiques irréductibles aux termes binaires des différentes distinctions structurant le droit positif. Les catégories de contractants en sont un exemple illustrant et font l'objet de profondes évolutions : les techniques de partage, en permettant à tout un chacun de proposer des biens, services et savoir-faire de manière plus ou moins régulière, interrogent notamment la frontière qui sépare traditionnellement les consommateurs des professionnels.

Le droit de la consommation ne fait donc pas figure d'exception lorsqu'il s'agit de s'interroger sur le mouvement d'hybridation encouragé par l'économie de partage. Ceci justifie ainsi que l'on s'arrête dans ce chapitre sur ce droit spécial venu compléter le droit commun des contrats après que l'on eut pris conscience de son insuffisance face à certains rapports contractuels déséquilibrés²³⁷². En effet, depuis quelques années, certains individus semblent se

Internationale du Travail, 2017, p. 46 : « les *workers* sont donc des personnes qui fournissent personnellement un travail au service d'une autre, et qui n'exercent pas cette activité dans le cadre d'une entreprise identifiable sur le marché : ils s'intègrent à l'organisation d'autrui ». Sur la notion de *Worker*, V. not. DAVIDOV G., « Who is a worker », *Industrial Law Journal*, vol. 34, n° 1, mars 2005, p. 58.

²³⁷¹V. not. les arrêts récents de la Cour de cassation confirmant que les chauffeurs exerçant leur activité par le biais des plateformes Take Eat Easy ou Uber ne sont pas des travailleurs indépendants mais des salariés : Soc. 28 nov. 2018, n°17-20.079 (arrêt « Take Eat Easy »), *JCP S* 2019, p. 1026, étude ANCIAUX N. ; *RDT* 2019, p. 36, obs. PEYRONNET M. ; *Dr. soc.* 2020, p. 374, obs. ANTONMATTEI P.-H. ; Soc. 4 mars 2020, n°19-13.316 (arrêt « Uber »), *AJ contrat* 2020, p. 227, obs. PASQUIER T. ; *Dr. soc.* 2020, p. 374, obs. ANTONMATTEI P.-H. ; *RDT* 2020, p. 328, obs. WILLOCX L. ; *JCP S* 2020, p. 1080, comm. LOISEAU G. ; *Gaz. Pal.* 2020, p. 71, obs. MARTINIÈRE R. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment pris position sur la question en estimant que « la directive 2003/88 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce qu'une personne engagée par son employeur présumé sur le fondement d'un accord de services précisant qu'elle est entrepreneure indépendante soit qualifiée de « travailleur » au sens de cette directive, lorsqu'elle dispose des facultés : de recourir à des sous-traitants ou à des remplaçants pour effectuer le service qu'elle s'est engagée à fournir ; d'accepter ou de ne pas accepter les différentes tâches offertes par son employeur présumé, ou d'en fixer unilatéralement un nombre maximal ; de fournir ses services à tout tiers, y compris à des concurrents directs de l'employeur présumé, et de fixer ses propres heures de « travail » dans le cadre de certains paramètres, ainsi que d'organiser son temps pour s'adapter à sa convenance personnelle plutôt qu'aux seuls intérêts de l'employeur présumé, dès lors que, d'une part, l'indépendance de cette personne n'apparaît pas fictive et, d'autre part, il n'est pas permis d'établir l'existence d'un lien de subordination entre ladite personne et son employeur présumé » : CJUE, ord. 22 avr. 2020, aff. C-692/19, *JCP S* 2020, p. 2037 ; *SSL* 2020, n°1907, obs. GOMES B. La jurisprudence française ne devrait toutefois pas s'en trouver modifiée.

²³⁷² Sur les transformations subies par le droit des contrats notamment avec l'avènement du droit de la consommation, V. MALAURIE Ph., « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges*

comporter, en certains domaines, tout à la fois comme des consommateurs et des producteurs, inspirant ainsi à l'économiste Jérémy Rifkin l'expression « *prosumer* » traduite en français par le terme « prosommateur »²³⁷³. Reprise notamment par les avis du Comité économique et social européen²³⁷⁴ ou dans certaines résolutions du Parlement européen²³⁷⁵, l'expression interroge quant à la réalité de son champ d'application. Si le principe veut que le domaine du droit de la consommation soit déterminé par référence à une dichotomie binaire entre les consommateurs et les professionnels (**section 1**), les nouveaux modes de consommation et, plus particulièrement l'économie de partage, mettent en lumière un mouvement de professionnalisation progressif des consommateurs, et l'apparition corrélative de la catégorie intermédiaire désigné par le vocable précité (**section 2**).

Section 1 : Le principe : la distinction professionnel/consommateur comme critère d'application du droit de la consommation

489. L'importance du travail de qualification des intervenants – Classiquement, le droit de la consommation s'applique en présence de deux catégories distinctes de contractants, à savoir un consommateur (ou non-professionnel) et un professionnel²³⁷⁶ (§ 1). Ainsi, la qualification des acteurs de l'économie de partage est primordiale, afin de savoir si les dispositions protectrices du droit de la consommation peuvent avoir vocation à s'appliquer (§ 2).

§ 1 : Le domaine d'application classique du droit de la consommation

490. La construction progressive des définitions du droit de la consommation – Historiquement, le droit de la consommation s'est construit autour de l'opposition classique des consommateurs et professionnels. Toutefois, sa mise en application demeura un travail délicat pendant de nombreuses années en l'absence de définitions précises des concepts utilisés afin de

Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 187 et s., spéc p. 195 et s.

²³⁷³ RIFKIN J., *La nouvelle société du coût marginal zéro. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Les liens qui libèrent, 2014, not. p. 14, 140 ou 203 et s. La notion était déjà présente au sein de l'ouvrage précédent de l'économiste. V. RIFKIN J., *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les liens qui libèrent, 2012.

²³⁷⁴ V. not. Avis du CESE sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions — Une nouvelle donne pour les consommateurs d'énergie » [COM(2015) 339 final] (2016/C 082/04) ; Avis du CESE sur les « Prosommation énergétique et coopératives de prosommateurs d'énergie: possibilités et défis dans les États membres de l'Union européenne » (avis d'initiative) (2017/C 034/07).

²³⁷⁵ V. not. la résolution du Parlement européen du 6 février 2018 : Accélérer l'innovation pour une énergie propre », (2017/2084(INI)), p. 3 et 4.

²³⁷⁶ Les acteurs du Code de la consommation sont donc, d'un côté, le consommateur et, de l'autre, le professionnel : PAISANT G., *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p. 156 et s., n°121 et s.

déterminer si le droit en question a, ou non, vocation à s'appliquer (A). Ce n'est que récemment, en 2014, que le Code se dota enfin d'une définition de ces notions cardinales (B).

A. La construction progressive des catégories du droit de la consommation

491. La naissance d'un droit protecteur des consommateurs – Le dogme de l'autonomie de la volonté sur lequel a été construit le Code de 1804, laisse à penser que les parties étant libre de contracter, et celles-ci ne pouvant s'engager que par l'effet de leur volonté, les contrats formés ne devraient, en principe, pas être déséquilibrés. La célèbre formule d'Alfred Fouillée résume ainsi parfaitement la conception que les codificateurs se faisaient du contrat : « qui dit contractuel, dit juste » ne signifie pas autre chose que l'idée selon laquelle, puisque chacun est libre de contracter, les engagements passés seront nécessairement conformes aux intérêts de toutes les parties²³⁷⁷. C'est ainsi qu'à l'origine, les possibilités de remettre en cause les contrats formés étaient particulièrement restreintes (non-respect d'une incapacité de contracter, vices du consentement, cause spécifique de nullité).

Les rapports contractuels n'ont toutefois jamais été entièrement équilibrés, et le développement de la société de consommation a accentué l'écart pouvant se creuser entre les différentes catégories de contractants. Si les parties gardent généralement la faculté d'adhérer, ou non, au contrat qui leur est proposé, elles n'ont bien souvent aucun pouvoir de négociation quant au contenu des différentes clauses qui le composent. Cette catégorie de conventions, mise en lumière par Saleilles²³⁷⁸ et que l'on désigne sous le terme de contrat d'adhésion, a suscité une réflexion de fond quant à la nécessité de protéger la partie en situation d'infériorité. Bien que l'on fasse parfois remonter les prémices du droit de la consommation au Code d'Hamourabi, le droit français attendit 1905 pour adopter une première loi visant à protéger la partie faible²³⁷⁹. Ce n'est toutefois que dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle que la protection des consommateurs prit le tournant qu'on lui connaît aujourd'hui avec une multiplication progressive des textes visant à maintenir un certain équilibre des forces au sein des relations déséquilibrées de consommation. Le premier texte majeur de cette évolution est très certainement la loi n°53-109 du 5 novembre 1953 visant à interdire les ventes dites « à la boule

²³⁷⁷ JULIEN J., *Droit de la consommation*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p. 17, n°1.

²³⁷⁸ SALEILLES R., *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F. Pichon, Successeur, 1901, p. 229 et s., n°89 et s. Le contrat d'adhésion est alors défini comme celui dans lequel « il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée ».

²³⁷⁹ Loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsification en matière de produits ou de services, JORF n°0210 du 5 août 1905, p. 4813.

de neige », c'est-à-dire les opérations et procédés « consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésion ou d'inscription » ; ainsi que « le fait de proposer à une personne de collecter des adhésions ou de s'inscrire sur une liste en exigeant d'elle le versement d'une contrepartie quelconque et en lui faisant espérer des gains financiers résultant d'une progression du nombre de personnes recrutées ou inscrites plutôt que de la vente, de la fourniture ou de la consommation de biens ou services » (art. L. 122-6, 1° et 2° C. conso.). Au cours des décennies suivantes, de nombreux textes furent édictés jusqu'à la promulgation, par la loi n°93-949 du 26 juillet 1993, du Code de la consommation (la partie réglementaire dudit Code découlant, pour sa part, du décret n°97-298 du 27 mars 1997)²³⁸⁰. Or, puisque ce droit a vocation à équilibrer les relations de consommation en mettant certaines obligations à la charge des professionnels, tout en consacrant des droits au profit des consommateurs²³⁸¹, il s'appliquera à condition que la situation en cause mette en présence chacune de ces catégories de contractants. Il convient donc, pour déterminer le champ d'application de la matière, de pouvoir déterminer avec une certaine précision ce que recouvrent les catégories de professionnel et de consommateur.

492. Les difficultés liées à l'absence de définition des notions de consommateurs et de professionnels dans le Code de la consommation – Initialement, le Code de la consommation ne contenait aucune véritable définition des notions de professionnel et de consommateur pourtant essentielles à l'application de ses dispositions. Une première approche inductive permettait néanmoins de se faire une idée de ce que recouvrait ces notions cardinales. Le professionnel devait ainsi être entendu par opposition au consommateur. En somme, « est professionnel [...] celui qui n'est pas consommateur »²³⁸². Mais une telle définition n'avait rien de satisfaisant et ne permettait pas réellement de saisir le contenu de la notion. Cette difficulté aurait pu être en partie résolue si la catégorie opposée avait, pour sa part, fait l'objet d'une véritable délimitation mais, là encore, le Code est longtemps resté muet. Pour l'une comme pour l'autre de ces catégories, c'est donc vers la jurisprudence et la doctrine qu'il a fallu se tourner afin de se faire une première idée de la définition de ces notions. Suivant le Professeur

²³⁸⁰ RAYMOND G., « Domaine d'application du droit de la consommation », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 902, 2020, n°1 à 3.

²³⁸¹ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, p. 4, n°2.

²³⁸² JULIEN J., *op. cit.*, p. 44, n°19.

Didier Ferrier, malgré l'absence de définition, la notion de professionnel est « nette » puisqu'il faudrait qualifier comme tel celui qui « agit dans le cadre d'une activité habituelle de production, de distribution ou de prestation de service "de nature à produire des bénéfices et à permettre de subvenir aux besoins de l'existence" »²³⁸³. Sept critères permettraient, selon le Professeur Le Tourneau, de découvrir la présence d'un professionnel : le professionnel manifeste avoir une telle qualité ; il exerce une activité licite de production ou de distribution de biens ou services ; cette activité s'exerce à titre habituel ; elle doit également être rémunérée ; l'organisation fonctionnelle du professionnel est tournée vers la réalisation de son activité, notamment grâce à l'existence d'usines, d'entrepôts, *etc.* ; sa maîtrise professionnelle et son expérience lui permettent de susciter la confiance des clients ; il a, enfin, une véritable autorité sur les personnes dont il s'entoure dans l'exécution du contrat²³⁸⁴. La directive européenne du 5 avril 1993 donnait, quant à elle, une première définition de la notion de professionnel en désignant, par ce terme, « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée »²³⁸⁵.

La notion de consommateur, à laquelle s'ajoute celle de « non-professionnel », a suscité des interrogations similaires puisque, avant 2014, le Code de la consommation ne lui accolait aucune définition légale. Il s'agissait alors, selon les termes de la doctrine, d'une notion « très imprécise et trop abstraite au plan juridique »²³⁸⁶ pour laquelle il existe, en réalité, plusieurs définitions²³⁸⁷ et constituant donc une « catégorie indéterminée ou indéfinie »²³⁸⁸. La jurisprudence a longtemps fluctué et, après avoir retenu une conception relativement extensive de la notion²³⁸⁹, elle semble avoir, par la suite, adopté une position plus stricte²³⁹⁰. Et alors même que l'article 2 de la directive européenne n°93-13 du 5 avril 1993 définissait étroitement

²³⁸³ FERRIER D., « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 373 et s., spéc. n°14, p. 378.

²³⁸⁴ LE TOURNEAU Ph., « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA* 2005, p. 4.

²³⁸⁵ Art. 2, c) Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

²³⁸⁶ CHAZAL J. P., « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260 et s., spéc. n°1.

²³⁸⁷ MESTRE J., « Des notions de consommateurs », *RTD civ.* 1989, p. 62.

²³⁸⁸ FERRIER D., *art. préc.*, p. 373 et s., spéc. n°9, p. 376.

²³⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n°85-13.674, *RTD civ.* 1987, p. 537, obs. MESTRE J. ; *D.* 1987, somm. 455, obs. AUBERT J.-L. ; *D.* 1988, p. 1, note DELEBECQUE Ph. ; *JCP G* 1987. II. 20893, note PAISANT G. Dans cet arrêt, la Cour de cassation admit le bénéfice de la protection contre les clauses abusives issue de la loi Scrivener n°78-23 du 10 janvier 1978, au professionnel qui, s'agissant du contrat passé pour les besoins de son activité, était « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur », ledit contrat « échappa[nt] à la compétence professionnelle » de celui-ci. V. dans le même sens, Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°89-15860, *Bull. civ.* I, n°162.

²³⁹⁰ V. not. Civ. 1^{ère}, 26 mai 1993, n°91-15.876 ; Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n°97-17.775, *JCP G* 1994. II. 22334, note LEVENEUR L. ; GHESTIN J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE I., « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *JCP G* 1995. I. 3854.

le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle », le législateur français a maintenu, dans la loi du 1^{er} février 1995²³⁹¹, la référence aux « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs »²³⁹². C'est ainsi que la Cour de cassation consacra le critère du « rapport direct », afin de déterminer si une personne devait, ou non, bénéficier des dispositions protectrices réservées aux consommateurs ou aux non-professionnels. Dans un arrêt du 24 janvier 1995, la première chambre civile estima, alors, que la protection contre les clauses abusives peut s'appliquer à une partie à condition que le contrat conclu n'ait pas de rapport direct avec son activité professionnelle²³⁹³ : le simple fait de s'engager dans une relation contractuelle en tant que professionnel n'est, dès lors, pas suffisant pour exclure d'emblée l'application des dispositions protectrices²³⁹⁴. « La qualité de professionnel n'est [donc] pas exclusive de celle de consommateur » et il existerait, ainsi, une catégorie hybride de « professionnel-consommateur »²³⁹⁵ méritant de bénéficier de dispositions favorables : n'agissant pas dans le cadre de leur activité, ceux que l'on désigne plus couramment par l'expression de « non-professionnels » devraient, de manière identique aux consommateurs, être considérés comme profanes. Par où l'on comprend que des inégalités de puissance économique peuvent donc également survenir dans les relations entre professionnels, les consommateurs au sens strict n'étant pas les seuls à pouvoir souffrir d'une relation déséquilibrée²³⁹⁶. Suivant cette première approche, le consommateur est donc la personne

²³⁹¹ V. l'article 1^{er} de la Loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, modifiant l'article L. 132-1 alinéa 1^{er} du Code de la consommation.

²³⁹² GHESTIN J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE I., « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP G* 1995. I. 3854, spéc. n°9.

²³⁹³ Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, n°92-18.227, *Bull. civ.* I, n°54, *D.* 1995, p. 327, note PAISANT G. ; *D.* 1995, p. 229, obs. DELEBECQUE Ph. L'adoption d'un tel critère n'était toutefois pas sans poser un certain nombre de questions. Sur ce point, V. PAISANT G., « À la recherche du consommateur - Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003. I. 121.

²³⁹⁴ PAISANT G. note sous Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, *D.* 1995, p. 327. Pour un plaidoyer contre l'exclusion de principe des professionnels du domaine d'application du droit de la consommation, V. MAZEAUD D., « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697 et s., spéc. n°14 et s., p. 707 et s.

²³⁹⁵ PAISANT G., « Essai sur la notion de consommateur en droit positif - Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation », *JCP E* 1993, p. 267 et s., spéc. n°8. Pour une critique de cette catégorie, V. CHAZAL J. P., « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260 et s., spéc. n°3 : « au contraire, par l'extension du champ de protection à certains professionnels qu'il suscite, il accredité l'idée de l'inexistence du consommateur au plan juridique, sauf à recourir à des non-sens telle que la catégorie absurde des professionnels-consommateurs ».

²³⁹⁶ CHANTEPIE G. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *V°* « Déséquilibre significatif », *Rép. com.*, Dalloz, 2019, (actualisation sept. 2020), n°6.

physique²³⁹⁷ qui contracte pour des besoins d'ordre privé un contrat de quelque nature que ce soit²³⁹⁸.

B. La consécration de catégories définies au sein du Code de la consommation

493. L'apparition de définitions dans le Code de la consommation : la loi Hamon du 17 mars 2014 – La loi Hamon du 17 mars 2014²³⁹⁹, dont l'objet était notamment de transposer la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs, a introduit au sein du Code de la consommation un article « préliminaire » ayant vocation à définir la notion de consommateur. Au sens de l'article 3 de cette loi, « est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». L'introduction, au sein du Code de la consommation, d'une définition du consommateur ne peut qu'être approuvée²⁴⁰⁰ : puisque de l'appréhension de la notion dépend l'application du droit de la consommation, ses contours devaient être précisés²⁴⁰¹. Ladite définition, en ce qu'elle

²³⁹⁷ La question s'est posée de savoir si une personne morale pouvait être considérée comme un consommateur. Et bien que certaines juridictions du fond aient accepté une telle acception de la notion de consommateur, la Cour de justice des Communautés européennes a pris expressément position pour une conception plus stricte en affirmant que "la notion de consommateur [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques" : CJCE, 22 nov. 2001, Cape Snc contre Idealservice Srl (C-541/99) et Idealservice MN RE Sas contre OMAI Srl (C-542/99), *JCP G* 2002. II. 10047, note PAISANT G. ; *RTD civ.* 2002, p. 291, obs. MESTRE J. et FAGES B. *Adde* LUBY M., « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (À propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Sri, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas, aff. C-542/99), *Cont. Conc. Cons.* 2002, chron. n°14. La Cour de cassation semble avoir suivi cette position. Dans un premier temps, elle a semblé laisser la porte ouverte aux personnes morales dans la protection contre les clauses abusives, V. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13.285, *Bull. civ.* I, n°135, *JCP G* 2005. II. 10114, note PAISANT G. ; *D.* 2005, p. 1948, note BOUJEKA A. Elle semble toutefois, dans un second temps, s'être alignée sur la position de la CJCE en affirmant que la protection de l'art. L. 136-1 du Code de la consommation qui « s'applique exclusivement au consommateur, ne concerne que les personnes physiques » : V. Civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, n°08-11.231, *JurisData* n°2009-047838, *Cont. Conc. Cons.* 2009, comm. 182, note RAYMOND G. Plus récemment, V. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n°14-28.334 et n°15-20.119, *Loyers et copr.* 2016, comm. 2010, note VIGNERON G. et COUTANT-LAPALUS C.

²³⁹⁸ JULIEN J., *op. cit.*, p. 49, n°21.

²³⁹⁹ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* n°0065 du 18 mars 2014.

²⁴⁰⁰ Depuis longtemps, la doctrine, comme la pratique, appelaient le législateur à établir une définition claire du consommateur. V. not. CALAIS-AULOY J., *Propositions pour un nouveau droit de la consommation : rapport final*, coll. des rapports officiels, La documentation française, 1985, p. 17 à 19. La commission de refonte du droit de la consommation proposa ainsi dès 1985, l'introduction d'une définition de la notion de consommateur. Il était alors question d'insérer, au sein d'un titre préliminaire, un article définissant les consommateurs comme « les personnes physiques ou morales qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel » (art. 3). Les professionnels étaient quant à eux définis comme « les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle » (art. 2) ; RAYMOND G., « Définir le consommateur ! », *Cont. Conc. Cons.* 2004, repère 7.

²⁴⁰¹ En faveur de l'introduction d'une définition du consommateur, V. PAISANT G., « Essai sur la notion de consommateur en droit positif - Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation », *JCP E* 1993, p. 267 et s. ; CALAIS-AULOY J., *Propositions pour un nouveau droit de la consommation : rapport final*, coll. des rapports officiels, La documentation française, 1985, p. 17 à 19 et 147 ;

fut insérée dans une loi ayant pour objet la création d'une action de groupe, a pourtant failli passer quasiment inaperçue²⁴⁰². Il s'agissait toutefois d'une innovation importante puisque, pour la première fois, des critères de distinction permettaient d'harmoniser le contenu de la catégorie. Plus précisément, c'est grâce à trois critères que le consommateur est ainsi défini : il s'agit d'une *personne physique* qui agit à des fins étrangères à son activité²⁴⁰³. Selon l'étude d'impact, l'instauration d'un article préliminaire au Code de la consommation permettait ainsi de « codifier la jurisprudence de la Cour de cassation désormais constante sur ce sujet »²⁴⁰⁴. C'est chose faite sur un point au moins puisque le législateur consacre l'exclusion des personnes morales de la catégorie des consommateurs. Des critiques lui furent pourtant adressées, cette définition ayant été qualifiée d' inutile²⁴⁰⁵, insuffisante, inopportune ou injustifiée, lorsqu'il ne fut pas écrit qu'elle « ne pourrait qu'ajouter à la cacophonie existante »²⁴⁰⁶. Si la Cour de cassation semble effectivement s'aligner sur la position européenne quant à la nécessité de restreindre la notion de consommateur aux personnes physiques, elle continue, en revanche, d'admettre que les « non-professionnels » auxquels s'appliquent certaines dispositions du Code de la consommation, peuvent être des personnes morales²⁴⁰⁷. Il serait donc faux, selon certains, de prétendre que le législateur de 2014 a permis l'harmonisation des solutions et a ainsi, à cette occasion, amélioré l'état du droit positif²⁴⁰⁸. Ce travail, de par son caractère incomplet, a donc dû être enrichi et amélioré, le législateur ayant « en réalité défini le plus simple, et laiss[ant] sans réponse les interrogations quant aux contours des extensions possibles »²⁴⁰⁹.

contra, MARTIN R., « Le consommateur abusif », *D.* 1987, chron. 150. Pour l'auteur, la notion de consommateur est « introuvable » et doit alors être abandonnée ; MESTRE J., « Des notions de consommateurs », *RTD civ.* 1989, p. 62 : pour le Professeur Mestre, l'harmonisation des différentes définitions n'est pas une voie opportune. En effet, « l'harmonisation systématique rendrait sans doute plus délicates les interventions du législateurs, et de l'uniformité naîtraient peut-être finalement plus d'ennuis que d'avantages ».

²⁴⁰² PAISANT G., « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G* 2013. I. 589.

²⁴⁰³ RAYMOND G., « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *Cont. Conc. Cons.* 2014, dossier 3, spéc. n°4.

²⁴⁰⁴ Sur ce point, V. l'étude d'impact, p. 21 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000027383756&type=general>

²⁴⁰⁵ V. not. les critiques du Professeur Raymond : RAYMOND G., « Définir le consommateur ? », *Cont. Conc. Cons.* 2013, repère 9.

²⁴⁰⁶ PAISANT G., *art. préc.*

²⁴⁰⁷ V. not. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13.285 préc.

²⁴⁰⁸ V. not. RAYMOND G., « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *Cont. Conc. Cons.* 2014, dossier 3 ; PAISANT G., *art. préc.*

²⁴⁰⁹ AUBERT DE VINCELLES C., « Repenser les notions de consommateur et de professionnel. Réflexions sur les frontières du droit de la consommation », in *40 ans du centre de droit de la consommation et du marché. Actes du colloque du 17 avril 2015*, coll. Dynamiques du droit, consommation et marché, Lextenson éditions, 2017, p. 65 et s., spéc. p. 66, n°1.

494. Le perfectionnement des définitions par l'ordonnance du 14 mars 2016 – C'est ainsi que l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation a permis d'apporter plus de clarté au contenu du Code qui, suite à la multiplication des réformes et des normes européennes, était devenu obscur et peu accessible²⁴¹⁰. Point essentiel à apporter à son crédit, l'ordonnance du 14 mars 2016 est venue compléter l'article préliminaire²⁴¹¹ en ajoutant, à la définition du consommateur, celles de non-professionnel et de professionnel²⁴¹², conformément aux exigences de la Commission européenne²⁴¹³. Sur le principe, une telle adjonction ne peut qu'être saluée en ce qu'elle permet de mieux cerner les contours de ces différentes catégories de contractants et donc, des personnes à qui le Code de la consommation a vocation à s'adresser²⁴¹⁴, celui-ci ne contenant pas moins d'une dizaine d'expressions désignant les bénéficiaires de ses dispositions²⁴¹⁵. Mais c'est également le domaine de l'activité professionnelle qui fut élargie par l'ordonnance. Initialement, la définition du consommateur limitait le bénéfice de la protection du Code, aux personnes agissant « à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de [leur] *activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Or, une telle énumération fut largement considérée comme trop limitative par la doctrine, qui ne manqua pas de souligner la différence de traitement qu'elle pourrait engendrer : en ne mentionnant pas les activités agricoles, les agriculteurs pourraient, contrairement à d'autres types de professionnels, être considérés comme faisant partie de la catégorie des consommateurs lorsque ceux-ci agissent pourtant « "dans le cadre" de [leur] activité professionnelle »²⁴¹⁶. L'ordonnance du 14 mars 2016 vint

²⁴¹⁰ PICOD Y., « Le nouveau code de la consommation : saine réorganisation et nouvelles définitions », *AJCA* 2016, p. 165.

²⁴¹¹ Depuis l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 et la loi n°2017-203 du 21 février 2017, l'« article préliminaire » est désormais devenu un « article liminaire ».

²⁴¹² SAUPHANOR-BROUILLAUD N. et AUBRY H., « Recodification du droit de la consommation. À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP E* 2016, n°15, act. 319 ; ABADIE L., « Le champ d'application de la loi clarifié : les nouvelles définitions du consommateur, du professionnel et du non-professionnel - Éclaircissement et zones d'ombres », *Dr. et patr.* 2017, n°267.

²⁴¹³ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JOUE 22 nov. 2011, L 304/64.

²⁴¹⁴ En ce sens, le Professeur Paisant s'interrogeait sur l'opportunité, pour le projet de loi n°1015 du 2 mai 2013 (ayant donné lieu à la loi du 17 mars 2014), de limiter le travail de définition du Code au seul terme de consommateur. Il remarquait, à cette occasion, que « les codes ou lois consacrées à la protection des consommateurs contiennent habituellement d'autres définitions et, notamment, celle du professionnel. Pourquoi l'une et pas l'autre, dans un code en principe chargé de régir les relations entre professionnels et consommateurs ? » : PAISANT G., *art. préc.*

²⁴¹⁵ RAYMOND G., « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *Cont. Conc. Cons.* 2014, dossier 3, spéc. n°11 : « consommateur », « particulier », « enfant de quatre mois », « personnes de contractant », « emprunteur », « homme ou animal », « débiteur », etc ; RAYMOND G., « Définir le consommateur ! », *Cont. Conc. Cons.* 2004, repère 7.

²⁴¹⁶ PAISANT G., *art. préc.* ; RAYMOND G., « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *Cont. Conc. Cons.* 2014, dossier 3, spéc. n°14 ; LOIR R., « Les nouvelles définitions du

donc mettre un terme à cette difficulté en ajoutant, conformément aux souhaits de la doctrine²⁴¹⁷, l'activité agricole à la liste des activités professionnelles excluant la qualité de consommateur. Si une critique d'ordre procédural peut être émise à l'encontre d'un tel ajout, certains ne manquant pas de souligner l'incompétence du gouvernement pour procéder à l'adjonction de l'activité agricole par la voie de l'ordonnance²⁴¹⁸, la modification apportée en 2016 est généralement saluée²⁴¹⁹. Désormais, au sens de l'article liminaire du Code de la consommation, le professionnel est celui qui exerce une activité commerciale, industrielle, libérale, artisanale ou agricole le consommateur étant, à l'opposé, la personne qui agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de ces différentes activités.

495. Les questions en suspens – À ce stade, deux remarques s'imposent. En premier lieu, la définition du professionnel ne dit rien, en réalité, des critères permettant de déterminer l'existence d'une telle activité. Celle-ci, par son caractère tautologique, se contente de rappeler que « le professionnel est celui qui exerce une activité professionnelle et agit pour la réalisation de cette dernière », sans référence aucune au caractère lucratif de l'activité ou à son exercice habituel²⁴²⁰. À ce titre, la définition de la notion de professionnel est sans doute perfectible et ne permet pas, en l'état, de vider de toute substance les interrogations quant à son champ d'application.

En second lieu, l'ordonnance du 14 mars 2016 abandonne la référence jurisprudentielle au rapport (ou lien) direct avec l'activité, consacrée par la Cour de cassation depuis 1995 afin de déterminer si l'individu dont il est question relève, ou non, de la catégorie des professionnels. Désormais, une telle qualification devra être retenue lorsque l'individu agit à des fins entrant dans le cadre de son activité. Mais bien qu'il s'agisse effectivement d'une transposition plus fidèle des définitions posées par la directive européenne de 2011, une telle expression ne manque toutefois pas de susciter des interrogations. Le critère de lien direct semblait, en effet, moins sujet à interprétation que l'expression « dans le cadre ». On comprenait qu'il s'agissait

professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E* 2016, p. 1402 et s., spéc. n°4 ; CLARET H. et PAISANT G., « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G* 2016. I. 796, spéc. n°18.

²⁴¹⁷ V. not. PAISANT G., *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p. 158, n°124.

²⁴¹⁸ CLARET H. et PAISANT G., *art. préc.*, spéc. n°4 : Pour les auteurs, il ne s'agit pas simplement d'une codification à droit constant. L'adjonction « ex nihilo » de l'activité agricole constitue une véritable « modification de fond en ce qu'elle restreint la portée du concept de consommateur (et de "non-professionnel") en élargissant corrélativement celui de professionnel ». Il revenait donc au législateur d'opérer une telle modification.

²⁴¹⁹ V. toutefois pour une position plus réservée et préférant un renvoi plus général à « l'activité professionnelle » : *Ibid.*, spéc. n°18.

²⁴²⁰ *Ibid.*, spéc. n°19 ; PAISANT G., *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p. 158, n°124.

d'exclure du bénéfice de la protection, les personnes contractant pour les besoins de leur activité professionnelle ou, plus précisément, concluant un contrat leur permettant, de façon directe, d'exercer leur activité professionnelle. Il était certes possible de se demander « où commence et où s'arrête ce "rapport direct" » et de s'interroger sur la manière de « caractériser à coup sûr [son] absence ou [son] existence »²⁴²¹. En ce sens, si la Cour de cassation avait dans un premier temps, confondu le critère du rapport direct avec la compétence du professionnel, rejetant ainsi une telle qualification lorsque l'individu contractait pour les besoins de sa sphère d'activité mais en dehors de son champ de compétence²⁴²², elle préféra, *in fine*, s'en tenir à la finalité de l'opération envisagée²⁴²³. Le critère du rapport direct n'était donc pas exempt de difficultés. Néanmoins, l'expression « dans le cadre » ne permet aucunement d'apporter des réponses fermes aux précédentes incertitudes, puisqu'elle s'avère, *a priori*, tout aussi imprécise que le critère antérieur²⁴²⁴. En outre, elle paraît à première vue plus large que le critère susvisé²⁴²⁵. C'est en opérant un tel constat que certains auteurs voient, dans la nouvelle formulation de la définition, un rétrécissement du champ de la protection consumériste²⁴²⁶. La question demeure toutefois en suspens, la Cour de cassation ayant notamment refusé la qualité de professionnel à la société protectrice des animaux (SPA). Elle considéra en l'espèce que le fait de procéder à des dons de chiens n'entrait pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole²⁴²⁷. Celle-ci consiste en effet, selon son objet social, à « améliorer, par tous les moyens qui sont en son pouvoir, le sort de tous les animaux, de lutter contre leur trafic, de veiller à ce que soient respectées les dispositions législatives et réglementaires qui les protègent et de leur accorder assistance, et de participer en ce sens à la sensibilisation de l'opinion publique »²⁴²⁸. Il serait ainsi impossible de « concevoir une activité professionnelle reposant exclusivement sur la pratique de dons » et devrait alors être qualifiée de professionnel, toute personne qui accomplit un acte à des fins professionnelles²⁴²⁹.

²⁴²¹ PAISANT G., note sous Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, *D.* 1995, p. 327. De manière plus générale sur les questions soulevées par le critère du rapport direct, V. PAISANT G., « À la recherche du consommateur - Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003. I. 121.

²⁴²² V. not. Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2001, n°99-12.512, *Bull. civ.* I, n°209, *D.* 2002, p. 932, obs. TOURNAFOND O. ; Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n°00-18.202, *Bull. civ.* I, n° 78, *Cont. Conc. Cons.* 2002, comm. 118, note LEVENEUR L.

²⁴²³ RAYMOND G., « Domaine d'application du droit de la consommation », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 902, 2020, n°11.

²⁴²⁴ En ce sens, V. *Ibid.*, Fasc. 902, 31 janv. 2020, n°12.

²⁴²⁵ AUBERT DE VINCELLES C., *art. préc.*, p. 65 et s., spéc. p. 73, n°9 ; ABADIE L., *art. préc.*, n°267.

²⁴²⁶ En ce sens, V. not. ABADIE L., *art. préc.*

²⁴²⁷ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 2016, n°15-13.236, *Cont. Conc. Cons.* 2016, comm. 201, note BERNHEIM-DESVAUX S. ; *JCP G* 2016, p. 924, note PAISANT G. ; *JCP E* 2016, p. 1419, note LOIR R.

²⁴²⁸ Art. 1^{er}, Statuts de la SPA approuvés par l'assemblée générale extraordinaire du 24 octobre 2015 et ses délégataires : <https://www.la-spa.fr/nos-statuts>.

²⁴²⁹ LOIR R., « La Cour de cassation applique la nouvelle définition du professionnel », *JCP E* 2016, p. 1419.

L'interprétation de l'expression « dans le cadre » n'en est donc qu'à ses débuts et il conviendra de rester attentif aux décisions à venir afin de cerner, avec plus de précision, le domaine d'application de ces différentes définitions. En tout état de cause, une zone grise demeure, au sein de laquelle persistent des situations où les individus ne sont ni totalement consommateurs ni entièrement professionnels. Consciente de cette difficulté, l'ordonnance a ainsi consacré, dans les dispositions du Code de la consommation, la catégorie intermédiaire de « non-professionnel ».

496. L'insertion d'une classification tripartite au sein du Code de la consommation : la consécration du « non-professionnel » – Apparue pour la première fois dans la loi Scrivener du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives²⁴³⁰, la notion de non-professionnel²⁴³¹, distincte de celle de consommateur²⁴³², fut établie pour « prendre en compte la situation d'un professionnel concluant un contrat pour ses besoins personnels ou dans le cadre de son activité professionnelle mais hors de sa spécialité »²⁴³³. La protection consumériste n'est donc pas exclusivement réservée aux consommateurs et peut donc s'appliquer, en certains domaines, à cette catégorie intermédiaire que représente le non-professionnel²⁴³⁴. Aucune définition légale ne lui était pourtant dédiée au sein du Code de la consommation. Toutefois, plusieurs de ses articles faisant

²⁴³⁰ Art. 35, loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

²⁴³¹ Un colloque a été récemment consacré à la notion de non-professionnel. V. LAGELÉE-HEYMANN M. (dir.), *Le non-professionnel*, colloque Lyon 3, 8 oct. 2020. Les actes sont à paraître à la revue AJ Contrat.

²⁴³² GHESTIN J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE I., « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *JCP G* 1995. I. 3854, spéc. n°4 ; MAUME F., « L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation », *Cont. Conc. Cons.* 2016, étude 5, spéc. n°2 ; LOIR R., « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E* 2016, p. 1402 et s., spéc. n°11 et 12 ; PIZZIO J. P., « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.* 1982, chron. 91, spéc. n°20. Notons toutefois que la notion de non-professionnel avait déjà été évoquée avant la loi Scrivener par la commission de refonte du droit de la consommation. Dans son rapport présenté au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances, du Budget et de la Consommation, la commission estimait nécessaire d'éclaircir la notion de consommateur en la distinguant notamment des non-professionnels, la première étant plus étroite que la seconde. Suivant cette approche, « les consommateurs sont des non-professionnels “qui se procurent ou qui utilisent” [des biens ou service pour un usage non professionnel]. Il existe d'autres non-professionnels : par exemple les particuliers qui vendent des objets d'occasion, ou encore ceux qui les épargnent. Ces particuliers peuvent avoir besoin, en certains cas, de protection, mais on ne peut pour autant les considérer comme des consommateurs ». La commission a donc une vision différente du non-professionnel, puisque ce terme ne désigne pas ici les personnes qui, bien qu'agissant dans l'exercice de leur profession, se trouvent dans le même état d'ignorance que ces derniers. Néanmoins, malgré ces divergences de désignation, cette catégorie de contractants doit, de manière identique, être distinguée de celle des consommateurs : CALAIS-AULOY J., *Propositions pour un nouveau droit de la consommation : rapport final*, coll. des rapports officiels, La documentation française, 1985, p. 18 et 19 ; *contra*, MARTIN R., « Le consommateur abusif », *D.* 1987, chron. 150, spéc. n°5 : pour l'auteur, la notion de non-professionnel ne serait qu'une autre façon de désigner le consommateur puisque, selon le Professeur Martin, « le consommateur est le non-professionnel ».

²⁴³³ CHARIÉ M., Rapport n°1775 fait au nom de la commission de la production, déposé le 7 décembre 1994, p. 12.

²⁴³⁴ PIEDELIÈVRE S., « Nouveau droit de la consommation et définition du « non-professionnel » », *JCP N* 2016, act. 575.

expressément référence à la notion de non-professionnel, comme les articles L. 212-2 ou L. 121-5, l'ordonnance du 14 mars 2016 inséra explicitement une définition de la notion au sein de l'article liminaire. Au sens de cette disposition, est un non-professionnel, « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ». Il s'agit là d'une véritable innovation, et ce pour deux raisons.

Tout d'abord, le droit français se démarque de la directive européenne qui ne connaît, pour son application, qu'une distinction binaire entre consommateur et professionnel²⁴³⁵. Or, le droit européen excluant les personnes morales de la catégorie des consommateurs²⁴³⁶, l'instauration de ce type de contractants a permis au droit interne de contourner l'exclusion et de continuer à admettre le bénéfice de certaines dispositions protectrices, notamment en matière de clauses abusives, au profit de personnes morales lorsque ces dernières n'agissent pas à des fins professionnelles²⁴³⁷. En la matière, il ne s'agit donc plus de restreindre le champ d'application du droit de la consommation, mais au contraire d'étendre la protection consumériste à certains acteurs exclus par les dispositions européennes²⁴³⁸. Ensuite, si l'ordonnance du 14 mars 2016 circonscrit la notion de non-professionnel aux seules personnes morales, il n'est toutefois pas certain qu'il s'agisse-là du sens qui lui fut initialement accordé. Il s'agirait, pour certains, d'une interprétation déformée de la jurisprudence de la Cour de cassation, et plus particulièrement d'un arrêt de la première chambre civile du 15 mars 2005²⁴³⁹. En l'espèce, la Haute juridiction précisait que « la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ». Toutefois, dire que les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels ne revient pas à énoncer que cette catégorie se réduit à celles-ci et exclut, *de facto*, les personnes physiques : « l'ordonnance fait [donc] des non-professionnels une catégorie fermée alors que la Cour de cassation la laissait ouverte »²⁴⁴⁰.

²⁴³⁵ JULIEN J., *Droit de la consommation*, coll. Précis Domat - Droit privé, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p. 53, n°23 ; ABADIE L., *art. préc.*, n°267.

²⁴³⁶ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985 ; Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 déc. 1986 ; Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 ; Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011.

²⁴³⁷ PICOD Y., « Le droit européen de la consommation : entre fascination et irritation », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, LGDJ – Lextenso édition, 2018, p. 797 et s., spéc. p. 806 ; CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, p. 15, n°13 ; LOIR R., *art. préc.*, p. 1402 et s., spéc. n°11 ; PAISANT G., « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G* 2013. I. 589.

²⁴³⁸ JULIEN J., *op. cit.*, p. 54, n°23.

²⁴³⁹ CLARET H. et PAISANT G., *art. préc.*, spéc. n°19.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*, spéc. n°19.

Cette catégorie, dont l'appellation ne manque pas d'ambiguïté²⁴⁴¹, a donc été pensée pour offrir le bénéfice de la protection consumériste à certains contractants en situation d'infériorité vis-à-vis de l'autre partie, mais ne correspondant pas à la définition retenue de la notion de consommateur²⁴⁴², et non pour déboucher sur l'application d'un régime spécifique distinct de celui applicable aux consommateurs ou aux professionnels. Elle permet ainsi de rendre compte d'un mouvement plus général d'hybridation des catégories de contractants et de faire une place aux situations intermédiaires. Or, étudier l'économie de partage, c'est naviguer à vue dans un océan de pratiques faisant la part belle à des catégories de parties irréductibles aux termes binaires des distinctions régissant le droit positif. L'instauration d'une partie hybride en droit de la consommation ne manque donc pas de susciter l'attention et il importe désormais de réfléchir à la possibilité, pour ces notions, de cadrer avec les spécificités du partage.

§ 2 : L'inapplication du droit de la consommation aux relations de partage

497. La nécessaire qualification des intervenants – L'économie de partage prône le développement et la pérennisation de modes de consommation plus respectueux des enjeux sociétaux et environnementaux et valorisant la solidarité, l'entraide et le rétablissement du lien social entre cocontractants. Un tel système économique est donc, par nature, bien différent du système capitaliste contemporain au sein duquel le profit personnel est le maître mot. Or, puisque les contractants ne prennent pas uniquement en compte leur intérêt égoïste et que les actions sont également motivées par des intérêts collectifs, il pourrait paraître *a priori* inutile de déclencher l'application des règles protectrices du droit de la consommation. Néanmoins, comme en toute matière, le partage peut être le théâtre d'abus de la part d'individus qui, détournant les principes et les outils à leur disposition, tentent avant tout de tirer parti des avantages de la communauté sans respecter les obligations afférentes à leur statut de membre. Partant, et puisque le droit de la consommation a vocation à apporter une protection spécifique au contractant prisonnier d'un rapport de force déséquilibré²⁴⁴³, il convient de s'interroger sur sa potentielle application aux contrats de partage. Pour ce faire, il est alors nécessaire de se

²⁴⁴¹ Si le professionnel est l'opposé du consommateur, c'est que le consommateur n'est pas un professionnel et est donc un « non-professionnel ». En ce sens, V. ABADIE L., *art. préc.* ; CLARET H. et PAISANT G., *art. préc.*, spéc. n°20.

²⁴⁴² MAUME F., *art. préc.*, étude 5, spéc. n°5 et 6.

²⁴⁴³ À ce titre, le Professeur Julien explique que, contrairement au Code civil, « le Code de la consommation s'attache moins à la nature du contrat qu'à l'identité des contractants ». Il vise ainsi des « situations de déséquilibre contractuel » et, plus précisément, « un type particulier de relations, celles qui unissent le consommateur (ou non-professionnel) et un professionnel » : JULIEN J., *op. cit.*, p. 55, n°13.

questionner sur la qualité des différents intervenants, l'application du droit en question nécessitant la présence d'un consommateur et d'un professionnel.

498. L'exclusion de la qualité de professionnels des contractants du partage – Rappelons qu'au sens de l'article liminaire du Code de la consommation, le professionnel est « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». L'exclusion d'une telle qualification est alors inévitable s'agissant des intervenants aux contrats de partage. En effet, l'économie objet de la présente étude a vocation à mettre en relation des particuliers, afin que chacun puisse mettre à la disposition de la communauté, ses biens, services et savoir-faire. Les échanges économiques sont alors passés, à titre individuel, entre les différents membres du groupe sans qu'aucun professionnel n'ait, *a priori*, vocation à interférer dans les transactions. Plus précisément, les membres des communautés n'agissent pas dans le cadre de leur activité professionnelle²⁴⁴⁴ : lorsque *Secundus* propose à *Primus*, de le laisser disposer de sa tondeuse à gazon sur une période de temps déterminée, il lui suffit de disposer dudit objet. Il n'a, en revanche, aucunement besoin d'être un professionnel de la location de matériel de jardinage. De manière analogue, en matière de partage de logements, les individus proposant de laisser temporairement la jouissance de leur appartement ou de leur maison, sont loin de pouvoir être considérés comme des professionnels de l'hébergement. Les principes qui sous-tendent cette économie s'opposent d'ailleurs à ce que les biens et services soient proposés par des professionnels, l'idée étant de permettre à chacun de mettre ponctuellement, à la disposition des autres, ses biens personnels, ses compétences et savoir-faire et ce, sans en retirer un bénéfice pécuniaire. À titre d'illustration, la communauté HomeExchange explique qu'en « tant qu'hôte, *on ouvre les portes de chez soi* »²⁴⁴⁵, les membres échangeant « la maison dans laquelle ils vivent »²⁴⁴⁶ : par définition, les professionnels du tourisme ou de l'hébergement ne peuvent donc proposer leurs biens dans ce cadre. Lorsqu'il s'agit d'offrir ses services par le biais de

²⁴⁴⁴ Certains ont toutefois eu l'occasion de souligner que l'expression « à des fins » aurait mérité d'être davantage explicitée : ABADIE L., « Le champ d'application de la loi clarifié : les nouvelles définitions du consommateur, du professionnel et du non-professionnel - Éclaircissement et zones d'ombres », *Dr. et patr.* 2017, n°267 ; en effet, « Ce n'est pas le fait d'agir - ou non - dans le cadre d'une activité professionnelle qui est pris en considération : c'est la finalité de l'action » : LOIR R., art. préc., p. 1402 et s., spéc. n°16.

²⁴⁴⁵ V. les six principes fondamentaux de la plateforme HomeExchange : <https://www.homeexchange.fr/p/les-fondamentaux>.

²⁴⁴⁶ V. le paragraphe « Qu'est-ce que HomeExchange » de la foire aux questions : <https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360006762058-Qu-est-ce-que-HomeExchange->.

communautés comme les systèmes d'échange locaux, c'est sur le modèle du « coup de main » que les échanges se développent²⁴⁴⁷, les contractants du partage ne devant pas utiliser ces canaux pour pratiquer une activité qui s'apparenterait à leur activité professionnelle. Toutefois, notons dès à présent que s'ils n'agissent effectivement pas « dans le cadre de leur activité professionnelle », la recherche d'un profit personnel par l'exercice récurrent d'une certaine activité interroge quant à la possibilité de considérer que les fins poursuivies s'apparentent, en réalité, à une finalité professionnelle. La question est délicate : elle met d'ores et déjà en lumière la nature hybride des contractants de partage, et pourrait alors préfigurer l'apparition d'une économie parallèle non capitaliste, mais d'ordre « quasi-professionnelle ».

Pour éviter une telle difficulté, et puisque ce système économique a donc vocation à mettre en relation des particuliers, les différents membres n'agissant pas dans le cadre de leur activité professionnelle, les communautés posent une règle de principe très explicite. Prenons, par exemple, les conditions générales de l'application Tempo : le premier article pose immédiatement le principe selon lequel l'application permet « la mise en relation de particuliers »²⁴⁴⁸. Allant jusqu'au bout de la logique inhérente à l'économie de partage, les communautés excluent expressément que les biens et services puissent être fournis dans le cadre d'une activité professionnelle. Tempo précise ainsi que « l'inscription est réservée aux particuliers majeurs fournissant des services *n'entrant pas dans leurs activités professionnelles habituelles* [...] L'utilisateur s'interdit toute utilisation de Tempo à des fins professionnelles, commerciales ou publicitaires »²⁴⁴⁹. Les règlements intérieurs des SEL contiennent des stipulations similaires, comme en témoigne celui d'émanSEL où il est « expressément demandé de ne pas proposer de services dans le cadre de son activité professionnelle ni de procéder à des échanges de services de même nature à fréquence régulière »²⁴⁵⁰. De manière identique, le règlement intérieur du SEL de Grande-Synthe rappelle qu'il « est interdit de proposer un service relevant des compétences professionnelles liées à son activité principale lorsque celle-ci est privée »²⁴⁵¹.

Cette qualification ne vaut toutefois que pour les particuliers qui contractent au sein des communautés, et non pour la plateforme d'intermédiation lorsque celles-ci existent. À ce titre, la société par actions simplifiée TUKAZZA qui exploite le réseau HomeExchange *via* la

²⁴⁴⁷ V. not. <https://lesecolohumanistes.fr/systeme-d-echange-local/>.

²⁴⁴⁸ V. le paragraphe « Présentation » dans les conditions générales d'utilisation de l'application « Tempo ».

²⁴⁴⁹ V. le paragraphe « Utilisation – 1. Un service bénévole » des CGU de l'application « Tempo ».

²⁴⁵⁰ V. <https://www.emansel.fr/index.php/fonctionnement/reglement-interieur>.

²⁴⁵¹ V. <http://maisondechanges-grande-synthe.fr/index.php?page=le-reglement>.

plateforme du même nom est, à n'en pas douter, un professionnel. Il s'agit, en effet, d'une personne morale de droit privé agissant à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale. Une telle qualification ne peut d'ailleurs être mise en doute à la lecture des conditions générales d'utilisation, ces dernières rappelant que le droit de la consommation est applicable aux différends opposant la plateforme à l'un de ses membres²⁴⁵². Or, puisqu'un tel droit est construit sur la distinction entre consommateur et professionnel, et dans la mesure où les membres ne peuvent être considérés comme relevant de la seconde qualification, c'est nécessairement que la plateforme fait partie de la catégorie des contractants agissant à titre professionnel. Mais il s'agit là d'une situation bien particulière et, lorsque seuls les membres sont impliqués à titre individuel ou collectif, la qualification de professionnel doit être écartée. En effet, la communauté partie plurale n'a pas plus la qualité de professionnel que les différents membres qui la composent, l'addition d'individus exclus de cette catégorie ne pouvant donner vie à une partie disposant, *in fine*, d'une telle qualité.

499. L'exclusion du droit de la consommation dans les relations entre les membres des communautés – L'absence de rapports de force véritablement déséquilibrés dans les relations interindividuelles liant successivement chaque membre avec la collectivité partie plurale se concrétise donc, en pratique, par l'exclusion du droit de la consommation, faute de pouvoir mettre au jour la présence d'un professionnel²⁴⁵³. Comme le soulignent Messieurs Jourdain, Leclerc et Millerand, « les interactions entre particuliers, cœur de l'économie collaborative, sont mal calibrées pour l'application du droit de la consommation »²⁴⁵⁴. Le constat ainsi formulé s'applique *a fortiori* aux pratiques de partage. En effet, si l'économie collaborative fait une place importante aux particuliers, la présence de professionnels n'entre toutefois pas directement en contradiction avec les principes qui la sous-tendent, contrairement à l'économie de partage qui rejette, par définition, les échanges économiques réalisés à titre professionnel.

La jurisprudence a ainsi eu l'occasion de se prononcer sur la question à propos de contrats conclus à distance entre particuliers sur la plateforme Priceminister²⁴⁵⁵. Il s'agissait, en

²⁴⁵² V. le paragraphe « Droit applicable – attribution de compétence » des conditions générales d'utilisation de HomeExchange.fr : <https://www.homeexchange.fr/p/conditions-generale-d-utilisation>.

²⁴⁵³ V. le constat identique effectué par le Professeur Hatzopoulos s'agissant de l'économie collaborative : HATZOPOULOS V., « Économie collaborative : vers un cadre de la régulation des plateformes ? », *Rép. dr. eur.*, Dalloz, 2020, p., n°27.

²⁴⁵⁴ JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre*, coll. Presence, FYP, 2016, p. 75.

²⁴⁵⁵ BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un produit », *Cont. Conc. Cons.* 2015, Étude 2, spéc. n°13.

l'espèce, d'un litige survenu à l'occasion d'une vente entre particuliers entrés en relation grâce à la plateforme susvisée, l'acquéreur sollicitant la possibilité de se prévaloir du droit de rétractation prévu par l'article L. 121-20 ancien du Code de la consommation. La juridiction de proximité rejeta, sans surprise la demande en estimant que le demandeur « ne pou[vait] bénéficier d'un droit de rétractation, la vente ayant été conclue entre particuliers »²⁴⁵⁶. Ainsi, puisque le droit de la consommation est exclu lorsque le litige naît à l'occasion d'un contrat conclu en dehors de la présence de tout professionnel, il ne devrait trouver matière à s'appliquer aux litiges survenant entre les contractants du partage. Certaines communautés l'affirment d'ailleurs expressément. C'est le cas de l'application Tempo dont les conditions générales d'utilisation rappellent « que l'utilisateur ne peut dans le cadre d'un service rendu ou reçu grâce à Tempo bénéficier des règles protectrices du droit de la consommation »²⁴⁵⁷. Celui-ci n'aura vocation à être invoqué par l'utilisateur particulier que de manière marginale dans ses rapports avec la plateforme d'intermédiation²⁴⁵⁸, lorsque celle-ci existe, comme pour les litiges pouvant opposer les membres utilisateurs à la plateforme HomeExchange²⁴⁵⁹. Il sera en revanche exclu pour tous les différends nés à l'occasion des relations contractuelles passées successivement entre les membres et la communauté partie plurielle.

500. Les conséquences liées à l'inapplication de principes du droit de la consommation –

Dans les communautés, les dispositions protectrices du droit de la consommation n'ont ainsi pas vocation à s'appliquer aux rapports C to C (*consumer to consumer*). Dès lors, en cas d'abus manifeste de l'un des membres d'une communauté, notamment lorsque l'un d'eux fournit un bien ou service non conforme à ce qui fut pourtant convenu entre les parties, seules les dispositions du droit commun devraient pouvoir s'appliquer²⁴⁶⁰. Or, comme le souligne le Professeur Didier Ferrier, le « droit commun [est] réputé incapable de prévenir ou de corriger

²⁴⁵⁶ TI Dieppe, jur. proximité, 7 févr. 2011, *Igor D. c/ Priceminister*, www.legalis.net, *Comm. com. électr.* 2011, comm. 37, note DEBET A. ; *RLDC* 2011, n°81, obs. FAUCHOUX V. V. également dans le même sens, TI Paris, jur. prox., 3^e arr., 25 juin 2013, *Noisette G. c/ PriceMinister et autres*, www.legalis.net, *D.* 2013, p. 2487, obs. LE STAND C.

²⁴⁵⁷ V. le paragraphe « Utilisation – 1. Un service bénévole » des conditions générales d'utilisation de l'application Tempo.

²⁴⁵⁸ Le contrat conclu entre la plateforme et l'utilisateur est un contrat de consommation : BERNHEIM-DESVAUX S., *art. préc.*, étude 3, spéc. n°20 et s.

²⁴⁵⁹ V. le paragraphe « Droit applicable – attribution de compétence » des conditions générales d'utilisation de Homeexchange.fr : <https://www.homeexchange.fr/p/conditions-generale-d-utilisation>.

²⁴⁶⁰ Sur l'articulation entre le droit de la consommation et le droit commun, V. MAZEAUD D., « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697 et s., spéc. n°8 et s., p. 702 et s.

le déséquilibre entre parties faibles et fortes »²⁴⁶¹. Les contractants du partage ne pourront donc ni faire appel à un médiateur de la consommation en cas de conflit, ni invoquer, à leur profit, le droit de rétractation de 14 jours courant à compter de la réception du bien, la garantie légale de conformité, les obligations d'information pesant sur les professionnels, la mise à disposition des conditions contractuelles²⁴⁶², etc. L'article 1369-4 du Code civil instaurant des exigences spécifiques pour les offres de biens et services proposées par voie électronique sera, de fait, tout aussi inapplicable, celui-ci ne concernant que les offres émises par un professionnel. Les contractants du partage ne pourront donc, dans leurs relations, se reposer sur ces différentes dispositions protectrices, et seules les règles du droit commun seront susceptibles d'être appliquées. On perçoit alors bien vite la difficulté, puisque les dispositions qui permettraient de compenser, *a minima*, l'inapplication du droit de la consommation, comme l'obligation de délivrance conforme (art. 1604 C. civ.), la garantie des vices cachés (art. 1641 et s. C. civ.), l'obligation générale d'information du vendeur (art. 1602 C. civ.), ne pourront trouver à s'appliquer, les contrats de partage ne pouvant, eu égard à l'absence de prix, être considérés comme des contrats de vente ou tout autre contrat spécial impliquant une obligation de somme d'argent. La protection des parties est alors réduite à peau de chagrin et se limitera, en grande partie, aux règles issues de la théorie générale du contrat avec toutes les imperfections et insuffisances que l'on a pu déceler jusqu'alors. Seule la loi pour la confiance dans l'économie numérique pourra, lorsque le contrat aura été conclu via une plateforme, apporter une certaine protection aux contractants du partage, notamment grâce à une obligation d'information spécifique prévue par l'article 19²⁴⁶³. Mais, en tout état de cause, la protection restera fortement limitée.

Un tel constat interpelle au vu de la nature véritable de certains contractants du partage. S'il ne s'agit certainement pas de professionnels au sens classique, le développement des pratiques en cause amène certaines parties à s'adonner à leur activité de manière récurrente,

²⁴⁶¹ FERRIER D., « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 373 et s., spéc. n°2, p. 374.

²⁴⁶² BERNHEIM-DESVAUX S., *art. préc.*, spéc. n°13.

²⁴⁶³ V. not. Art. 19, 1° et 2°, loi n°2004-575 du 21 juin 2004 : « Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes : 1° S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ; 2° L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec elle ».

tout en y trouvant un véritable intérêt personnel, l'observateur étant alors incité à s'interroger sur l'hybridation croissante des catégories de contractants.

Section 2 : La remise en cause du principe : l'hybridation croissante des catégories de contractants ou la « professionnalisation » des consommateurs

501. L'atténuation progressive de la frontière entre consommateur et professionnel –

Suivant l'approche classique en la matière, la ligne de démarcation permettant l'application du droit de la consommation est claire : celui-ci aura vocation à être invoqué uniquement dans les rapports entre professionnels et consommateurs (ou non-professionnels), et sera alors exclu en l'absence de l'une de ces catégories de contractants²⁴⁶⁴. Néanmoins, la simplicité relative du domaine d'application du droit de la consommation est de plus en plus remise en question eu égard à l'hybridation croissante des qualifications. L'existence de situations hétéroclites n'est certes pas nouvelle, comme en témoigne l'installation progressive de la notion de non-professionnel. Toutefois, la modification des modes de consommation a entraîné une accélération du processus en ouvrant largement à tout un chacun, la possibilité de proposer ses biens, ses services ou son savoir-faire à un large public autrefois réservée aux professionnels des secteurs concernés. Or, le droit de la consommation connaissant l'existence de situations hybrides *via* la notion de « non-professionnel », il importe de s'interroger sur la possibilité, pour cette catégorie intermédiaire, de saisir l'ensemble des hypothèses de rapprochement entre les différents types de contractants.

502. L'insuffisance de la catégorie intermédiaire des non-professionnels –

Jusqu'à récemment, l'on concevait l'existence de situations au sein desquelles s'estompe progressivement la frontière entre professionnel et consommateur, en mentionnant presque exclusivement l'hypothèse du contractant non-professionnel, autrement dit de celui qui contracte pour les besoins de sa profession, mais en dehors de sa sphère de compétences et se retrouve, de fait, dans le même état d'ignorance qu'un consommateur²⁴⁶⁵. D'autres situations hybrides sont également citées, notamment s'agissant des personnes concluant un contrat nécessaire à l'exercice futur de leur profession ou qui acquièrent un bien pour un usage mixte, à la fois professionnel et non-professionnel. Or, l'énumération des situations de rapprochement

²⁴⁶⁴ JULIEN J., *op. cit.*, p. 35, n°13.

²⁴⁶⁵ LOIR R., *art. préc.*, p. 1402 et s., spéc. n°2.

entre les différentes catégories se limite généralement à ces trois hypothèses²⁴⁶⁶, alors même qu'aujourd'hui, la frontière entre le consommateur proposant ses biens, services et savoir-faire, et le professionnel, est d'une certaine manière, de plus en plus ténue.

À s'en tenir aux catégories connues du droit positif, si le contractant n'agit pas réellement en tant que professionnel sans, pour autant, pouvoir être considéré comme un consommateur, c'est par le truchement de la notion de non-professionnel qu'il conviendrait de traiter la situation. Toutefois, cette catégorie intermédiaire a été pensée pour tenir compte du glissement de la catégorie des professionnels vers celle des consommateurs. La réciproque, en revanche, ne se vérifie pas. L'évolution des modes de consommation traduit une dynamique inverse à celle précédemment relevée : ce ne sont plus les professionnels qui se retrouvent, en pratique, dans une situation similaire à celle des consommateurs, mais ces derniers qui se comportent davantage comme des professionnels en proposant régulièrement au public des biens ou des services. Mais conçue comme une personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles, la catégorie des non-professionnels s'avère particulièrement restrictive. Elle exclut, par nature, tous les contractants personnes privées que certains qualifiaient, avant l'ordonnance du 14 mars 2016, de « professionnels-consommateurs »²⁴⁶⁷. Et si le législateur s'est peut-être simplement contenté de tirer les enseignements d'une jurisprudence qui, en pratique, refusait aux personnes privées le bénéfice de la protection dévolue aux non-professionnels²⁴⁶⁸, il faut malgré tout reconnaître que « les hypothèses dans lesquelles les personnes morales seront admises à la protection semblent marginales »²⁴⁶⁹. En ce sens, les particuliers qui offrent fréquemment des biens et services sur de nouveaux marchés ouverts par les modes de consommation alternatifs au système marchand classique, sont, à n'en pas douter,

²⁴⁶⁶ V. not. CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, p. 11 et s., n°10 et s.

²⁴⁶⁷ Pour l'utilisation de cette expression, V. not. PAISANT G., « Essai sur la notion de consommateur en droit positif - Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation », *JCP E* 1993, p. 267 et s., spéc. n°8 et s.

²⁴⁶⁸ En ce sens, V. MAUME F., *art. préc.*, étude 5, spéc. n°8 à 11.

²⁴⁶⁹ TISSEYRE S., « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245 et s., spéc. n°14 et s. : pour l'auteur, seraient en effet seules concernées, les personnes morales à but non lucratif comme les associations, syndicats, fondations ou comités d'entreprise, à condition que ces dernières agissent en dehors de leur domaine de compétences. La Cour de cassation a, par la suite, précisé sa position quant à la définition de la notion de non-professionnel. Elle a notamment affirmé que « la personne morale est un non-professionnel [...] lorsqu'elle conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle » : Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, n°18-18.469, *D.* 2019, p. 2331, note TISSEYRE S. ; *JCP G* 2019, p. 1260, note PAISANT G. Il semble qu'un rôle cardinal soit accordé à l'objet social puisque, dans un arrêt récent, la Haute juridiction estima que « la SCI avait pour objet social l'investissement et la gestion immobilière » et « qu'elle était donc un professionnel de l'immobilier » : Civ. 3^{ème}, 7 nov. 2019, n°18-23.259, *D.* 2020, p. 55, note TISSEYRE S.

des personnes privées. Ceux-ci sont alors, par définition, exclus de la catégorie intermédiaire de non-professionnel.

503. L'apparition d'une catégorie hybride : « le prosommateur »²⁴⁷⁰ – Les nouveaux modes de consommation, dont l'économie collaborative et l'économie de partage témoignent parfaitement, révèlent un profond changement dans la nature même des différents types de contractants²⁴⁷¹. Désormais, les consommateurs veulent être « acteurs » et non plus seulement spectateurs de l'acte de consommation²⁴⁷² : ils rendent des avis en ligne sur les professionnels ou les biens et services dont ils ont pu bénéficier et qui influenceront les consommateurs suivants, ils comparent les différentes offres afin de trouver la plus adaptée à leurs exigences (en termes de prix mais également s'agissant des valeurs et des engagements des professionnels notamment en matière d'écologie), ils utilisent des données collectées pour adapter leur comportement²⁴⁷³, *etc.* Le changement de perspective est alors saisissant : la mentalité des consommateurs évolue rapidement. Chacun « revendique le droit de décider lui-même, de choisir non seulement son produit ou son service en fonction de son prix ou de ses caractéristiques essentielles, mais également son cocontractant qui peut être, soit un acteur du secteur marchand traditionnel, français, européen ou situé dans un pays hors Union européenne, soit un particulier rencontré via ses réseaux sociaux ou des plateformes de mise en relation, soit encore des structures se revendiquant de l'économie sociale et solidaire »²⁴⁷⁴.

Ce consommateur, qui propose désormais régulièrement des biens et services n'a donc que peu en commun avec la définition qu'en donne l'article liminaire du Code de la consommation. Conçu, initialement, comme le destinataire de ces biens, services ou savoir-faire, il lui arrive désormais d'en être à l'origine : « la facilitation de contracter encouragée par l'internet et les sites d'intermédiation bouleverse les lignes de partage entre consommateur et

²⁴⁷⁰ Certains des éléments suivants sont en partie repris de notre contribution au colloque sur l'ubérisation et l'économie collaborative ayant eu lieu au sein de l'Université Paris II Panthéon-Assas le 17 janvier 2018. V. LEDUQUE C., « L'encadrement des plateformes collaboratives par le droit des affaires français », in *Ubérisation et économie collaborative. Évolutions récentes dans l'Union européenne et ses États membres*, coll. Colloques, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 93 et s.

²⁴⁷¹ Ce changement est généralement évoqué au travers du prisme de l'économie numérique. V. not. AUGAGNEUR L. M., « Vers de nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *RTD com.* 2015, p. 455 ; BERNHEIM-DESVAUX S., « Du pouvoir des consommateurs aux pouvoirs du consommateur - Les nouveaux défis du droit de la consommation », *JCP G* 2017, doct. 841, spéc. n°4.

²⁴⁷² On retrouve alors parfois l'expression « consom'acteur ». V. not. DECOCQ G., « Du client roi au consommateur asservi ? », *Cont. Conc. Cons.* 2008, repère 9 ; BERNHEIM-DESVAUX S., *art. préc.*, spéc. n°7 ; PAINCHAUX M., « Les hébergements touristiques collaboratifs », *Juris tourisme* 2016, n°192, p. 23.

²⁴⁷³ BERNHEIM-DESVAUX S., *art. préc.*, spéc. n°7 ; AUGAGNEUR L. M., « Vers de nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *op. cit.*, p. 455 et s., spéc. n°29.

²⁴⁷⁴ BERNHEIM-DESVAUX S., *art. préc.*, spéc. n°9.

professionnel ; l'acte isolé d'autrefois devient récurrent voire systématique par la seule multiplication des clics, le consommateur-client devient tout aussi facilement vendeur, prestataire voire même investisseur »²⁴⁷⁵. En effet, puisque les communautés de partage (mais également les plateformes collaboratives) mettent régulièrement en contact de simples particuliers soucieux de réaliser leur échange tout en intégrant à leur démarche une dimension humaine, les professionnels ne sont plus nécessairement des interlocuteurs privilégiés. Partant, la relation contractuelle sera généralement nouée entre deux personnes non professionnelles. En matière d'économie collaborative, c'est notamment le cas d'Airbnb qui propose aux particuliers de mettre leur logement à la disposition d'autres particuliers²⁴⁷⁶, ou d'Uber qui offrait, à l'origine, la possibilité à tout un chacun de compléter son revenu en proposant des courses tarifées à d'autres particuliers. Pour ce qui est des techniques de partage, l'on pensera aux différents particuliers qui proposeront, *via* leur communauté, des biens et services à l'ensemble des membres, qu'il s'agisse de mettre un de ses biens personnels à la disposition de celui qui en aurait besoin (logement, électroménager, outil de jardinage, *etc.*), de coups de main ponctuels, *etc.* Sans oublier certaines pratiques qui semblent se positionner à mi-chemin entre les plateformes multinationales qui ont vocation à générer d'importants bénéfices, et les pratiques de partage qui ont lieu de manière circulaire au sein de communautés se dispensant de tout intermédiaire monétaire. On pense ici au co-voiturage par exemple, qui n'a vocation qu'à permettre aux particuliers de partager les frais des trajets, ou au co-cooking qui permet d'organiser des repas à son domicile avec plusieurs convives en partageant, là encore, les seuls frais liés à l'achat des denrées alimentaires et des boissons²⁴⁷⁷. Ces particuliers, qui n'ont pas la prétention de se dégager un quelconque revenu, ne se comportent toutefois pas entièrement comme des consommateurs, mais ne peuvent pas non-plus être considérés, eu égard à leur qualité de personnes physiques, comme des non-professionnels. Les catégories de contractants sont relativement inadaptées pour tenir compte de ces spécificités et des difficultés auxquelles on est désormais confronté.

Ainsi, les nouveaux modes de consommation brouillent les frontières en permettant à tout un chacun d'offrir des biens ou des services, sans pour autant être qualifié de professionnel

²⁴⁷⁵ AUBERT DE VINCELLES C., *art. préc.*, p. 65 et s., spéc. p. 79, n°14.

²⁴⁷⁶ Notons toutefois que le système est très souvent détourné par des agences de locations immobilières qui achètent un grand nombre d'appartements pour ensuite les mettre en location via Airbnb. Sur ce point, de nombreux articles de la presse généraliste ont pointé du doigt les dérives que l'immixtion des loueurs professionnels constitue au regard de l'esprit initial ayant animé la création d'Airbnb. Pour un aperçu rapide, V. not. KRISTANADJAJA G. et COQUARD E. « Airbnb à Paris : le squat des agents immobiliers », *Libération*, 7 juillet 2015 ; POUSSON J., « Les agences immobilières colonisent Airbnb », *L'Obs*, 19 août 2015.

²⁴⁷⁷ DELPECH X., « Le cocooking dans l'œil du cyclone », *Juris. tourisme* 2018, n°206, p. 13.

du secteur au sens classique du terme. La distinction professionnel/consommateur, pierre angulaire de l'application du droit de la consommation, devient donc insuffisante en l'état pour tenir compte de l'ensemble des relations qui se nouent désormais sur les plateformes collaboratives ou dans les communautés de partage. Une catégorie hybride est née. On la désigne grâce au néologisme « prosommateur »²⁴⁷⁸. Ce terme permet, en effet, de traduire la réunion, sur une même tête, des qualités de consommateur et de professionnel. Or, une telle réalité n'entre pas, *a priori*, dans la définition du consommateur prévue par le Code de la consommation. Faut-il alors considérer ces acteurs comme relevant de cette catégorie, et ainsi rejeter l'application du droit de la consommation lorsque ceux-ci contractent avec d'autres particuliers ou, au contraire, considérer qu'ils se rapprochent plus des professionnels, et admettre alors que le droit de la consommation puisse avoir vocation à s'appliquer ? Les catégories du Code de la consommation, telles qu'elles sont actuellement pensées, semblent ainsi dépassées, et dans l'incapacité de saisir correctement la multitude des relations nées par l'intermédiaire des communautés de partage ou des plateformes collaboratives, et l'hybridation des qualités de consommateur et de professionnel qui en découle.

504. Le cas de figure « simple » : la possibilité de rattacher l'individu à l'une des catégories connues du Code de la consommation – En certaines occasions, les nouveaux modes de consommation, en rapprochant le consommateur d'un professionnel, permettent en réalité de traiter comme tel ce dernier. Si l'expression de « professionnel-consommateur » a ici aussi été proposée, il semble préférable de s'en tenir au terme précité de « prosommateur »²⁴⁷⁹. Il s'agit du cas typique des modes de consommation relevant de l'économie collaborative. Bien

²⁴⁷⁸ V. not. HATZOPOULOS V., *art. préc.*, n°9 et s. Pour l'utilisation de l'équivalent anglais « prosumer », V. not. DECOCQ G., « Du client roi au consommateur asservi ? », *Cont. Conc. Cons.* 2008, repère 9.

²⁴⁷⁹ Le Professeur Aubert de Vincelles propose en effet de traiter des hypothèses au sein desquelles les consommateurs agissent comme des professionnels, par référence à l'expression de « professionnel-consommateur », par opposition au « consommateur-professionnel », c'est-à-dire au professionnel qui agit dans un état d'ignorance similaire à celui d'un consommateur. V. AUBERT DE VINCELLES C., « Repenser les notions de consommateur et de professionnel. Réflexions sur les frontières du droit de la consommation », in *40 ans du centre de droit de la consommation et du marché. Actes du colloque du 17 avril 2015*, coll. Dynamiques du droit, consommation et marché, Lextenson éditions, 2017, p. 65 et s., spéc p. 71 et s., n°8 et s. Toutefois, l'expression « professionnel-consommateur » fut antérieurement utilisée par certains auteurs pour évoquer l'hypothèse du professionnel devant bénéficier des dispositions protectrices de la consommation eu égard à son état d'ignorance, que le Professeur Aubert de Vincelles qualifie de « consommateur-professionnel ». Pour un usage inverse de l'expression de « professionnel-consommateur », V. PAISANT G., « Essai sur la notion de consommateur en droit positif - Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation », *JCP E* 1993, p. 267 et s., spéc. n°8 et s. Ainsi, et puisque les auteurs ne s'entendent pas quant au contenu assigné à ces différentes expressions, et désignent alors des réalités opposées sous des termes identiques, il nous semble préférable d'abandonner l'expression litigieuse et de qualifier la situation en cause par le néologisme susvisé, celui-ci mettant parfaitement au jour la réunion, sur une même tête, de deux qualités différentes : celle de professionnel et celle de consommateur.

que ces derniers ne relèvent pas, à proprement parler, de notre objet d'étude, ils permettent néanmoins d'illustrer l'hybridation croissante des catégories de contractants. « Dans cette nouvelle économie, le consommateur se transforme en vendeur, bailleur ou prestataire de service en s'échappant de la relation classique de consommation construite sur le modèle du professionnel prestataire et consommateur client »²⁴⁸⁰. La difficulté consiste alors à déterminer la limite à compter de laquelle il conviendra de traiter le particulier comme un professionnel²⁴⁸¹. Dès 2005, le forum des droits sur l'internet prit position sur la question dans une recommandation sur le commerce entre particuliers sur l'internet, en invitant à tenir compte de la régularité des opérations, de leur caractère lucratif, de la volonté d'exercer une activité professionnelle révélée par la réalisation d'actes de commerce ou l'organisation d'un système de vente à distance²⁴⁸². Un avis du 28 janvier 2016 du Conseil national de la consommation est, pour sa part, venu recommander que « dans l'hypothèse où la plateforme est également ouverte aux offreurs professionnels [...], le statut de l'offreur (particulier ou professionnel) doit être clairement indiqué et identifiable par l'utilisateur »²⁴⁸³. Cette recommandation ne donne toutefois pas de clef de lecture supplémentaire pour savoir à partir de quand le particulier devra être considéré comme un professionnel et déclencher, alors, l'application du droit de la consommation.

En attendant que le législateur fixe des critères d'application en adéquation avec la réalité des plateformes collaboratives, il semble nécessaire d'étudier alors, *in concreto*, chaque situation. À cet égard, la jurisprudence a par exemple considéré que l'individu qui achète et revend, à haute fréquence, des véhicules d'occasion, ne doit pas être considéré comme un consommateur mais comme un professionnel²⁴⁸⁴. Toutefois, se pose toujours la question du seuil au-delà duquel cet individu devra être qualifié comme tel, ou, plus exactement, de la fréquence à laquelle l'activité doit [...] être exercée pour que l'individu ne puisse plus être considéré comme un particulier. Les juges du fond ont, par exemple, considéré qu'une personne revendant sur internet 470 objets sur une période de deux ans se livre à des actes de commerce et doit alors être qualifiée de vendeur professionnel²⁴⁸⁵. La Cour de justice de l'Union

²⁴⁸⁰ AUBERT DE VINCELLES C., *art. préc.*, p. 65 et s., spéc. p. 79, n°14.

²⁴⁸¹ JOURDAIN L., LECLERC M. et MILLERAND A., *op. cit.*, p. 76.

²⁴⁸² V. la recommandation du Forum des droits sur l'internet du 8 novembre 2005 citée par DEBET A., « Priceminister : pas de droit de rétractation dans les ventes entre particuliers conclues sur la plate-forme », *Comm. électr. 2011*, comm. 37 ; BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un produit », *Cont. Conc. Cons.* 2015, Étude 2, spéc. n°16.

²⁴⁸³ Conseil national de la consommation, *Avis sur les plateformes numériques collaboratives*, 28 janv. 2016, p. 5.

²⁴⁸⁴ Civ. 1ère, 30 sept. 2008, n°07-16.876, *Cont. Conc. Cons.* 2009, comm. 4, note LEVENEUR L.

²⁴⁸⁵ TGI Mulhouse, jug. corr. 12 janv. 2006, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 112, note GRYNBAUM L.

européenne a, quant à elle, récemment eu l'occasion d'indiquer les éléments devant être pris en compte pour apprécier la qualité de consommateur²⁴⁸⁶. Elle n'a cependant donné qu'une liste non exhaustive de critères de qualification²⁴⁸⁷. Au demeurant, et bien qu'elle semble prôner une vision restrictive de la notion de consommateur²⁴⁸⁸, la CJUE a récemment maintenu cette qualité à l'égard d'une personne inscrite à titre privé sur Facebook, mais « publi[ant] des livres et donn[ant] des conférences parfois rémunérées, exploit[ant] des sites internet, collect[ant] des dons [...] et se fai[sant] céder les droits de nombreux consommateurs en contrepartie de l'assurance de leur remettre le montant obtenu, après déduction des frais de justice, au cas où il obtiendrait gain de cause »²⁴⁸⁹.

Quoi qu'il en soit, et malgré la persistance d'une zone d'ombre sur le véritable instant auquel le particulier consommateur se transforme en professionnel, deux critères semblent devoir être vérifiés en chaque occasion : le caractère habituel²⁴⁹⁰ et la nature rémunérée²⁴⁹¹ de l'activité. Et si l'activité aura bien souvent un caractère habituel, puisqu'il s'agit fréquemment d'un véritable art de vivre pour les individus ayant recours à ces nouveaux modes de

²⁴⁸⁶ CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova*, *Comm. com. électr.* 2018, comm. 90, obs. LOISEAU G.

²⁴⁸⁷ CJUE, 4 oct. 2018, préc., § 38 : les juridictions nationales doivent ainsi « vérifier si la vente sur la plateforme en ligne a été réalisée de manière organisée, si cette vente a un but lucratif, si le vendeur dispose d'informations et de compétences techniques relatives aux produits qu'il propose à la vente dont le consommateur ne dispose pas nécessairement, de façon à le placer dans une position plus avantageuse par rapport audit consommateur, si le vendeur a un statut juridique qui lui permet de réaliser des actes de commerce, et dans quelle mesure la vente en ligne est liée à l'activité commerciale ou professionnelle du vendeur, si le vendeur est assujéti à la TVA, si le vendeur, agissant au nom d'un professionnel déterminé ou pour son compte ou par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom et pour son compte, a perçu une rémunération ou un intéressement, si le vendeur achète des biens nouveaux ou d'occasion en vue de les revendre, conférant ainsi à cette activité un caractère de régularité, une fréquence et/ou une simultanéité par rapport à son activité commerciale ou professionnelle, si les produits en vente sont tous du même type ou de la même valeur, en particulier, si l'offre est concentrée sur un nombre restreint de produits » ; HATZOPOULOS V., *art. préc.*, n°30.

²⁴⁸⁸ V. not. CJUE, 3 juil. 1997, C-269/95, *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, point 16, *RTD com.* 1998, p. 736, obs. LUBY M. ; CJUE, 20 janv. 2005, C-464/01, *Johann Gruber contre Bay Wa AG*, point 36, *RTD com.* 2005, p. 636, obs. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST A. De manière générale, la jurisprudence européenne comme la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, ont une vision stricte de la notion : PICOD Y., *Le droit européen de la consommation : entre fascination et irritation*, in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, LGDJ – Lextenso édition, 2018, p. 797 et s., spéc. p. 806.

²⁴⁸⁹ CJUE, 25 janv. 2018, C-498/16, *Maximilian Schrems contre Facebook Ireland Limited*, *AJ contrat* 2018, p. 124, obs. PIRONON V.

²⁴⁹⁰ V. not. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2008, *préc.*

²⁴⁹¹ V. not. CJUE, 3 oct. 2013, C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, *RTD Eur.* 2014, p. 730, obs. AUBERT DE VINCELLES C. ; *RMCUE* 2014, p. 436, obs. JAKOULOFF K. Dans cet arrêt, la Cour retient une conception large de la notion de professionnel en estimant que cette dernière vise « toute personne physique ou morale dès lors qu'elle exerce une activité rémunérée » (pt 32). Si cette décision a effectivement été rendue s'agissant de l'interprétation de la directive CE n°2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, elle semble toutefois pouvoir être interprétée comme précisant de manière générale la notion de professionnel eu égard à « l'identité de définition du professionnel dans les différentes directives » : AUBERT DE VINCELLES C., *art. préc.*, n°13, p. 77.

consommation²⁴⁹², l'existence d'une rémunération est plus problématique. Lorsqu'il s'agit simplement de partager les frais liés à la réalisation d'un service, comme en matière de covoiturage²⁴⁹³, l'absence de profit fera obstacle à la possibilité de traiter l'individu en question comme un professionnel peu important, alors, la régularité à laquelle l'activité est exercée. Cependant, lorsque les différents contrats (qu'il s'agisse de vente, de bail, de prestation de service, *etc.*) seront conclus à titre onéreux, le particulier devra être assimilé à un professionnel. Tel sera notamment le cas de l'individu qui utilisera sa voiture chaque week-end pour conduire des passagers d'un point à l'autre *via* la plateforme Uber, ou de celui qui mettra régulièrement en location son logement par l'intermédiaire d'Airbnb. Dans ces hypothèses, l'individu n'entrera pas réellement au sein d'une catégorie hybride, mais revêtira des qualités alternatives en fonction de la situation : bien qu'il ne soit pas un professionnel au sens premier du terme, il sera sans difficulté assimilé à cette catégorie de contractants lorsque la situation litigieuse prendra racine dans l'exercice habituel d'une activité rémunérée. En revanche, il est des occasions où ce dernier critère posera de plus amples questions et où l'existence d'une catégorie hybride à mi-chemin entre le consommateur et le professionnel prendra alors tout son sens.

505. Le cas de figure « complexe » : l'individu rattaché artificiellement à l'une des catégories du Code de la consommation – L'existence d'une catégorie hybride prend une dimension particulière s'agissant des techniques de partage. Les individus membres des communautés auront tendance à recourir à ces pratiques aussi souvent que nécessaire, puisqu'ici, plus qu'en tout autre matière, le choix de se tourner vers de tels modes de consommation est le reflet d'une véritable philosophie peu compatible avec le système économique classique. Il y a donc fort à parier que les contractants du partage proposent de mettre à la disposition du groupe certains biens, services et savoir-faire, de manière régulière et non ponctuelle. Le fonctionnement circulaire des communautés nécessite d'ailleurs, par définition, une certaine récurrence puisque, pour pouvoir bénéficier de manière durable des avantages offerts par la réunion des individus, les contractants sont dans l'obligation d'offrir régulièrement leurs services au sens large, qu'il s'agisse de partager l'usage d'un bien, de

²⁴⁹² AUBERT DE VINCELLES C., *art. préc.*, p. 65 et s., spéc. n°16, p. 81 : « il est dans la philosophie de [ces modes de consommation] d'être habitu[els] puisqu'[ils] se revendique[nt] comme un mode de vie s'inscrivant dans une nouvelle économie, celle de la fonctionnalité et non plus de la propriété » ; *contra*, HATZOPOULOS V., *art. préc.*, n°28.

²⁴⁹³ Au sens de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, « le covoiturage se définit comme l'utilisation en commun d'un véhicule terrestre à moteur par un conducteur et un ou plusieurs passagers, effectuée à titre non onéreux, excepté le partage des frais, dans le cadre d'un déplacement que le conducteur effectue pour son propre compte » (art. L. 3132-1 C. transp.).

donner un « coup de main », de faire profiter d'un savoir-faire, *etc.* Les membres des communautés qui, par principe, ne peuvent y adhérer à titre professionnel²⁴⁹⁴, semblent donc malgré tout exercer, dans une certaine mesure, une activité de manière habituelle ou tout du moins récurrente.

Plus ambiguë est la question du caractère rémunéré de l'activité. En effet, s'il est certain qu'aucun prix n'est versé en contrepartie des services proposés, excluant de prime abord le caractère onéreux de ces derniers, il nous a été donné l'occasion de démontrer les faiblesses d'un tel raisonnement. Malgré l'absence de paiement d'un prix, les contrats de partage sont conclus à titre onéreux²⁴⁹⁵. C'est donc la question de ce qu'il convient d'entendre par l'exercice d'une activité rémunérée qui vient à se poser. Or, et même si pour certains il semble que ce soit « moins le fait de recevoir une somme d'argent qui importe que celui de tirer profit de l'activité »²⁴⁹⁶, la jurisprudence ne paraît s'être prononcée qu'à l'occasion de litiges impliquant, pour le particulier se livrant à l'exercice habituel d'une activité, la perception d'une rémunération au sens premier du terme. L'on voit ici toute la difficulté d'enfermer, dans une catégorie ou dans l'autre, les individus contractant par le biais des communautés et, *de facto*, l'utilité de reconnaître l'existence d'une catégorie intermédiaire de « prosommateur ». Bien que ces derniers paraissent, *a priori*, devoir être considérés comme des consommateurs, ils se comportent pourtant en partie comme des professionnels en exerçant des activités de manière habituelle et en en tirant malgré tout un certain profit.

On doit s'interroger sur la possibilité d'appliquer à ces particuliers des dispositions prévues pour règlementer l'activité des professionnels. En témoigne, notamment, un arrêt récent de la Cour de cassation au sein duquel la Chambre commerciale dénia tout caractère professionnel à l'activité de « co-cooking » en soulignant la qualité de non commerçante de la personne poursuivie et en rappelant qu'il n'était « pas établi qu'elle ait organisé les dîners en cause dans un but lucratif ». La Haute juridiction souligna également que l'intéressé exerçait « une activité professionnelle sans rapport avec la restauration et ne dispo[sait] d'aucun établissement au sens des dispositions invoquées, puisque ces dîners ont eu lieu à son domicile ». Pourtant, après avoir vraisemblablement exclu la possibilité que la personne en cause soit considérée comme un professionnel de la restauration, la Cour retient l'existence

²⁴⁹⁴ Sur ce point, V. *supra*, n°498.

²⁴⁹⁵ Sur ce point, V. de manière générale les développements du premier titre de la Partie I : *supra*, n°44 et s.

²⁴⁹⁶ AUBERT DE VINCELLES C., *art. préc.*, p. 65 et s., spéc. n°16, p. 81. Pour une opinion visiblement contraire, V. PAISANT G., *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p. 158, n°124. Pour l'auteur, l'activité se réalise à titre professionnel lorsqu'elle est exercée « à des fins lucratives ou, tout au moins, moyennant une contrepartie monétaire ».

d'un trouble manifestement illicite caractérisé par la fourniture de boissons alcoolisées « à l'occasion de dîners rémunérés », en l'absence d'une quelconque licence prévue par les articles L. 3331-1 et L. 3331-2 du Code de la santé publique²⁴⁹⁷. Ainsi, et alors même qu'il s'agissait *a priori* d'un simple partage de frais, la Cour de cassation admet le caractère rémunéré de l'activité pour lui appliquer les dispositions spécifiques aux débits de boissons. Si pour l'heure, en l'absence de tout versement de sommes d'argent, les pratiques de partage semblent pouvoir continuer d'échapper aux différentes dispositions règlementant les activités professionnelles, il n'est pas interdit de penser qu'un jour, elles pourraient également être soumises à ces dernières. En effet, l'appréciation large de la nature rémunérée de l'activité opérée ici par la Cour ne permet pas d'exclure la possibilité que les juridictions, face à la multiplication des pratiques de partage et au caractère onéreux des contrats auxquels elles donnent lieu, décident de leur appliquer le raisonnement adopté en matière de co-cooking.

On le voit, ce type de contractants n'a plus grand-chose de commun avec le consommateur achetant un bien ou payant pour un service *via* une plateforme de e-commerce, et souscrivant à des conditions générales le plaçant dans une véritable situation de déséquilibre vis-à-vis de son cocontractant professionnel. Il n'a, de la même manière, que peu de ressemblances avec le professionnel qui agit, contrairement à lui, dans l'exercice de sa profession. Ne collant réellement ni à l'une ni à l'autre catégorie de la distinction binaire du droit de la consommation, et ne pouvant non plus être rattachés à la catégorie des non-professionnels parfois assimilés, dans un objectif de protection de la partie faible, aux consommateurs, les contractants du partage illustrent à la perfection l'existence de situations hybrides et, *ipso facto*, la naissance de nouvelles catégories de contractants.

506. Des interrogations en suspens quant au domaine d'application du droit de la consommation en matière de partage – Un tel constat interroge nécessairement quant au domaine d'application du droit de la consommation. S'il est des cas où la question se résout rapidement, grâce à un rattachement alternatif à l'une ou à l'autre de catégories de contractants, comme en matière d'économie collaborative, les pratiques de partage ont la particularité de mettre leurs contractants dans une situation véritablement hybride. Ni totalement consommateurs, ni entièrement professionnels, on est bien en peine de déterminer le seuil à partir duquel les dispositions protectrices du droit de la consommation auront vocation à

²⁴⁹⁷ Com. 2 sept. 2020, n°18-24.863, *D.* 2020, p. 1724 ; *JCP E* 2020, pan. 1365 ; *JCP E* 2020, act. 619 ; *D. actualité* 14 sept. 2020, obs. BONNET C. ; *Gaz. Pal.* 2020, p. 33, obs. BERLAUD C.

s'appliquer. Or, eu égard à l'augmentation du risque d'abus à mesure que se développent les pratiques étudiées, il paraît opportun de réfléchir à la possibilité d'appliquer certaines dispositions de ce droit, même en l'absence de véritables professionnels, lorsque les contractants retireront un profit personnel (même non pécuniaire) en exerçant régulièrement une activité au sein des communautés. Et si le contentieux ne paraît que peu nourri aujourd'hui, il n'est pas certain qu'avec les années, les contractants du partage se gardent de réclamer l'application de dispositions protectrices pour se protéger vis-à-vis de certains membres peu scrupuleux et qui détourneraient l'économie de partage de ses fins originelles. Sans prétendre à l'exhaustivité, pourraient ainsi avoir vocation à s'appliquer, la protection contre les pratiques commerciales déloyales ou trompeuses (art. L. 121-1 et L. 121-2 C. conso.), lorsque les prestations proposées ne correspondent pas à la réalité du service réalisé. De manière analogue, l'interdiction des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. L. 212-1 C. conso.) pourrait potentiellement être invoquée dans l'hypothèse où des membres exerçant une activité récurrente dans une communauté autorisant la libre valorisation des prestations, abuseraient de la possibilité offerte par les clauses du contrat-cadre fondateur pour imposer des conditions contractuelles particulièrement désavantageuses à leurs cocontractants.

Ainsi, et bien qu'il soit difficile d'anticiper sur ces différentes difficultés en ce qu'elles résultent d'une utilisation dévoyée des potentialités offertes par l'économie de partage, le développement exponentiel des pratiques étudiées et le mouvement de « professionnalisation » de ces contractants, imposent de rester vigilant quant à aux évolutions que connaîtront ces modes de consommation. Mais là encore, l'hybridation des qualifications ne nous paraît pas devoir justifier la création d'un régime spécifique, de manière identique au refus de créer une catégorie juridique spécifique aux contrats de partage, au risque de nuire à la lisibilité du droit et d'ouvrir la porte à une démultiplication infinie des qualifications préjudiciable à la cohérence générale du droit des contrats.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

507. L'exclusion de principe du droit de la consommation en matière de partage – Par définition, le droit de la consommation ne devrait pouvoir s'appliquer dans les litiges opposant, entre eux, les contractants du partage : les communautés excluent, en principe, que les membres puissent agir à titre professionnel. Partant, en l'absence d'une telle catégorie de contractants, et en présence simplement de deux particuliers consommateurs, le droit protecteur de la partie faible n'a aucune vocation à régir la situation. Un rattachement à la catégorie intermédiaire que connaît le Code ne solutionnerait pas davantage la difficulté puisqu'il s'agit alors simplement de faire bénéficier des dispositions protectrices des consommateurs, certains contractants professionnels eu égard à leur état d'ignorance concernant l'objet du contrat. Or, en matière de partage, l'hybridation va moins du professionnel au consommateur, comme le reconnaît actuellement le Code en instaurant, à côté de la distinction binaire, une catégorie de « non-professionnels », que du consommateur vers le professionnel. Le droit de la consommation est ainsi écarté alors même qu'en pratique, certains particuliers nouant des contrats de partage ont un comportement se rapprochant grandement de celui des professionnels.

508. Le bouleversement des lignes de démarcation : la naissance du « prosommateur » – Une telle exclusion interroge et semble mettre en lumière l'insuffisance des catégories du droit de la consommation. Il paraît en effet artificiel de limiter les types de contractants aux consommateurs, professionnels et non-professionnels, puisqu'une telle distinction est visiblement incapable de saisir, dans son ensemble, la réalité des pratiques de partage et, de fait, celle de la pratique contractuelle contemporaine. Puisque se rejoignent régulièrement sur une même tête les qualités de consommateur et de professionnel, la catégorie intermédiaire du « prosommateur » permettrait de rendre compte de cette réalité pratique et, plus largement, de l'hybridation croissante des catégories de contractants. Il n'est alors pas exclu qu'à terme, les particuliers agissent de manière assez récurrente pour que la jurisprudence décide de leur appliquer certaines réglementations spécifiques à des activités professionnelles particulières, si tant est qu'elle considère l'activité comme rémunérée malgré l'absence de prix. Mais l'évolution remarquée en matière de co-cooking ne ferme pas la porte à une telle potentialité. À l'inverse, si certains membres du partage continuent de se professionnaliser, jusqu'à pouvoir détourner les idéaux originels des communautés, leurs cocontractants pourraient réclamer l'application, à leur profit, des dispositions protectrices du droit de la consommation.

Ces différents questionnements, pour lesquels il est impossible de formuler une réponse

de principe tranchée, témoignent de l'évolution constante des nouveaux modes de consommation qui n'en sont encore certainement qu'à leurs premiers balbutiements.

CONCLUSION DU TITRE 2

509. La double incidence des communautés sur la qualification des intervenants –

L'existence des communautés de partage n'est pas neutre, et si ces dernières influent sur la conception même du contrat, elles jouent également un rôle conséquent sur la qualité des intervenants. La succession des contrats de partage et les spécificités liées à cette nouvelle économie ne peuvent rester sans influence sur la qualification des différents intervenants. Deux mouvements importants ressortent alors d'une étude approfondie des ensembles contractuels tels qu'ils sont pratiqués au sein des communautés.

510. Une modification de la frontière entre les parties et les tiers –

La circularité du fonctionnement des communautés et l'articulation des contrats de partage rendent vaine toute analyse focalisée sur les relations contractuelles successives prises de manière individuelle et déconnectée de l'ensemble plus large dans lequel elles évoluent. Or, au sein de cette multitude de contrats enchevêtrés, on est bien en peine d'établir une frontière franche entre les individus relevant de la catégorie des parties et ceux devant être classés parmi les tiers. En réalité, l'économie de partage symbolise le recul massif de la ligne de démarcation entre ces deux catégories et impose d'entamer une réflexion de fond sur la question. La partie ne doit plus être appréhendée au travers du prisme de l'individu, mais par référence au critère de l'intérêt unique. Une place peut alors être accordée aux parties plurales, à l'image des communautés qui rassemblent en leur sein plusieurs individus distincts, mais réunis par la recherche d'un même intérêt. Partant, et alors même qu'une vision traditionnelle imposait jusqu'à présent de considérer que la contreprestation, au sein des contrats de partage, était versée par un tiers, il faut désormais reconnaître qu'elle naît, en réalité, dans un contrat liant celui qui s'exécute au profit d'autrui à la communauté partie plurale. La contrepartie ne sera donc pas payée par un tiers véritable, mais par un membre de la partie plurale. Il convient en effet de dissocier la naissance des créances (relations élargies entre le débiteur d'une prestation et la communauté partie plurale), de leur paiement (relations interindividuelles entre les membres), chaque exécution donnant immédiatement naissance à deux contrats distincts. Dès lors, les individus n'ayant pas directement émis un consentement n'ont plus à être immédiatement rejetés dans la sphère des tiers.

511. L'apparition de nouvelles catégories de contractants – Mais les communautés de partage influent d'une seconde manière sur la qualité des intervenants, en donnant naissance à

des catégories hybrides de contractants. Le droit de la consommation en est l'exemple topique puisque, au sein des communautés, les individus semblent pouvoir être amenés à revêtir tout à la fois les qualités de consommateur, et de professionnel : en permettant à tout un chacun de proposer des biens, services ou savoir-faire, les pratiques de partage rapprochent les consommateurs des professionnels, sans pour autant qu'une telle qualification puisse leur être attribuée. On assiste alors à l'avènement de catégories de contractants « hybrides » qui ne se satisfont pas véritablement des cases dans lesquelles on voudrait les ranger. Et s'il n'est pas question de créer un véritable statut du « prosommateur » bénéficiant d'un régime juridique spécifique, au risque d'amorcer un mouvement de démultiplication infinie des différentes catégories, il faut tout de même reconnaître que l'élargissement des relations contractuelles découlant notamment de l'économie de partage, influe véritablement sur la nature des intervenants. Les frontières se déplacent et apparaissent alors des zones floues regroupant des situations intermédiaires irréductibles aux termes binaires des classifications traditionnelles. Ainsi, la complexité croissante des schémas contractuels développés au sein des communautés bouleverse la qualification des intervenants au-delà de la seule distinction des parties et des tiers en permettant à de nouveaux types de contractants de faire leur apparition sur la scène juridique, interrogeant de fait la capacité des distinctions actuelles pour en saisir les particularités.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

512. L'étude du partage ou la nécessité d'un changement de perspectives : du contrat à la relation contractuelle – L'étude de l'économie de partage impose, au-delà d'un affinement des classifications du droit des contrats, un véritable élargissement des relations contractuelles. Il ne saurait être question de bannir la figure du contrat de l'économie de partage, puisque celui-ci a vocation à intervenir pour donner naissance aux communautés, organiser leurs rapports internes et externes et permettre aux parties, par le jeu des permutations, de satisfaire leurs besoins individuels. L'organisation des communautés est donc entièrement fondée sur le contrat, qu'il s'agisse du contrat-cadre originel, des contrats successifs ou des contrats de société ou d'association qui peuvent avoir vocation à s'ajouter à cette première organisation contractuelle. Le contrat est donc omniprésent au sein de l'économie de partage, comme en témoigne l'étude des communautés de contractants et de leur fonctionnement.

Pourtant, l'on ne parvient pas entièrement à saisir les différentes spécificités du partage lorsque l'on s'en tient à une appréciation fondée uniquement sur le droit des contrats tel qu'il fut conçu en 1804 et rénové en 2016. Ce constat, déjà mis en lumière dans la première partie de ces travaux, est d'autant plus prégnant au sein de ces développements que l'on ne comprend réellement le fonctionnement des communautés de contractants qu'en s'extrayant du raisonnement fondé sur les différents contrats nommés pour embrasser une approche plus globale. Les différentes spécificités du partage, au premier rang desquelles on retrouve l'importance accordée à la relation, imposent d'élargir l'analyse à la relation contractuelle. En effet, le fonctionnement des communautés révèle l'impossibilité de traiter chaque contrat de manière isolée. L'essentiel, en matière de partage, réside dans le maillage des relations contractuelles successives qui donne vie à cette économie. Pris en que tel et indépendamment de l'ensemble plus vaste dans lequel ils s'inscrivent, les contrats de partage ont une utilité limitée à la seule satisfaction des intérêts individuels des membres. En revanche, replacés dans leur contexte plus général, ils participent tous, à leur niveau, à la réalisation de l'intérêt de la collectivité.

Ainsi, pour saisir l'économie de partage avec toute la justesse nécessaire à une analyse juridique rigoureuse, il convient de déplacer le prisme du contrat aux relations contractuelles et d'envisager ainsi les différentes conventions comme les maillons d'un système global. Un tel changement de paradigmes, qui nécessite d'admettre le caractère normatif de la relation, ne peut rester sans conséquences sur le droit des contrats. Il impose de reconnaître que le contrat

peut avoir un contenu non-obligationnel et qu'il convient, pour assurer la pérennité des rapports entre contractants, de focaliser l'attention sur la phase d'exécution, notamment en instaurant des moyens pour assainir leurs relations afin d'éviter que celles-ci ne périssent.

513. Une modification du prisme non sans conséquence quant à la qualité des intervenants – Le déplacement du centre de gravité sur l'ensemble que constituent les différentes relations nouées entre les intervenants a, plus largement, une influence sur la qualité de ces derniers. S'il convient d'apprécier, au sein des communautés, chaque relation comme un élément indissociable de celles qui l'entourent, se pose alors inévitablement la question de savoir ce qu'il advient de la frontière entre les parties et les tiers, telle que la conçoivent actuellement la jurisprudence et la majorité des auteurs. L'assimilation regrettable entre partie et individu doit alors être définitivement abandonnée pour remplacer le critère de définition de la notion par celui de l'intérêt unique. Une telle conception permet ainsi de tenir compte des hypothèses au sein desquelles l'une des parties au contrat de partage est plurale, autrement dit, composée de plusieurs individus réunis par un intérêt identique. Tel est notamment le cas des communautés de partage qui, en réalité, prennent part à la succession des contrats venant mettre en application le contrat-cadre originel. En effet, il convient de distinguer, pour chaque prestation, le contrat donnant naissance à la créance d'un individu à l'égard de sa communauté, de celui permettant son paiement. Lorsque *Secundus* s'exécute à l'égard de *Primus* au sein d'une relation interindividuelle, il paie la dette dont la communauté partie plurale était débitrice à son endroit, et ce en sa qualité de membre de ladite partie. Mais, de par cette exécution, *Secundus* obtient également une créance : c'est le rapport contractuel élargi entre celui-ci et la partie plurale dont la nature est alors nécessairement conjonctive. Partant, contrairement à ce qu'imposait l'analyse classique de la notion de partie, l'on ne peut véritablement considérer que les dettes sont payées par des tiers : en tant que membre de la partie plurale, celui qui s'exécute pour solder la créance d'un membre à l'égard de la communauté, ne fait que mettre en application les droits et obligations découlant du contrat conjonctif ayant donné vie à la créance. Et puisque son action n'est justifiée qu'en regard de cette qualité, il faut admettre que la dette née suite à la relation interindividuelle, n'est pas payée par un tiers au débiteur initial à proprement parler, celui-ci étant également lié, pour cette créance, à la partie plurale.

Mais l'élargissement des relations contractuelles permet également de donner vie à de nouvelles catégories de contractants témoignant encore, si besoin est, que la pratique contractuelle contemporaine ne peut désormais se satisfaire du carcan dans lequel les rédacteurs de 1804 ont enfermé le droit des contrats. Tel est notamment le cas d'une branche particulière

de contrats. Apparaît en effet, avec les modes alternatifs de consommation et notamment l'économie de partage, une catégorie de contractants hybride à la croisée du consommateur et du professionnel : le « prosommateur ». Et s'il ne semble pas opportun d'en tirer un régime juridique spécifique entièrement distinct de celui régissant la distinction binaire opposant les consommateurs aux professionnels, la professionnalisation croissante des contractants dans les nouveaux modes de consommation interroge quant à l'application de certaines dispositions du droit de la consommation, voire de règles spécifiques à des professions particulières.

Les précédents développements en témoignent : les classifications binaires du Code civil et, plus généralement, du droit positif, ne sont plus nécessairement adaptées, qu'il s'agisse du besoin d'élargissement des catégories ou, plus radicalement, de la création de nouvelles qualifications (bien qu'il ne soit pas encore question de créer de nouvelles dispositions dont la vocation serait d'établir un régime juridique atypique). Les communautés de partage et leur fonctionnement illustrent ainsi parfaitement le décalage croissant entre théorie et pratique et la nécessité de repenser les différents poncifs qui font du droit des contrats, un des exemples les plus illustrant du Code civil comme « symbole du temps arrêté »²⁴⁹⁸.

²⁴⁹⁸ CARBONNIER J., « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire, t. III, La Nation, 2. Le territoire, l'État, le patrimoine* (dir. P. Nora), coll. Bibliothèque illustrée des histoires, Gallimard, 1986, p. 293 et s., spéc. p. 308.

CONCLUSION GÉNÉRALE

514. L'évolution cyclique du droit – L'évolution du droit n'est pas linéaire mais cyclique : elle est faite de phases alternant entre modernité et retour en arrière. C'est ce que le Professeur Oppetit appelle les « tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain »²⁴⁹⁹. Et si le droit des contrats était déjà pointé du doigt, l'auteur soulignant le recul progressif du droit commun au profit d'une démultiplication abondante des contrats spéciaux²⁵⁰⁰, une nouvelle « tendance régressive » semble pouvoir être mise au jour.

Il est un point que l'on ne saurait ignorer : les articles 1101 et suivants du Code civil n'ont été que très peu modifiés en près de deux siècles. Jusqu'en 2016, la structure formelle du Code Napoléon était restée sourde aux différentes évolutions jurisprudentielles entreprises par la Cour de cassation pour moderniser le droit des obligations. Pour autant, et malgré cette apparente pérennité, le droit n'a cessé d'évoluer et de s'adapter aux transformations économiques et sociales des sociétés humaines. De tous temps, les Hommes ont partagé entre eux leurs richesses, qu'il s'agisse de biens, de services ou de savoir-faire. Initialement effectués sous la forme de dons, les échanges économiques se sont progressivement complexifiés et ont alors donné naissance à des pratiques de troc, autrement dit à des contrats d'échange au sens juridique. Mais avec l'apparition de la monnaie, la vente prit un ascendant considérable et a renvoyé des pratiques considérées comme plus archaïques dans les limbes du droit. Toutefois, le développement des crises économiques et sociales ayant affecté la fin du XX^{ème} siècle et le début du XXI^{ème} siècle marqua un tournant dans la manière d'appréhender les relations économiques. L'on assista ainsi à un changement profond dans la mentalité des consommateurs. Désireux de revenir à des modes de consommation plus respectueux des enjeux environnementaux et sociaux, notamment en luttant contre l'exclusion d'une partie de la population, ils œuvrèrent pour la mise en œuvre de modèles économiques parallèles. Leur vocation serait alors, non pas de remplacer entièrement le système économique capitaliste actuel, mais de proposer une alternative pour ceux désireux de faire prévaloir d'autres impératifs sur la recherche du profit.

²⁴⁹⁹ OPPETIT B., « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 317.

²⁵⁰⁰ *Ibid.*, spéc. p. 320 et 321.

515. Un objet d'étude original : l'économie de partage – L'économie de partage fait ainsi partie de ces initiatives alternatives et témoigne, si besoin est, qu'une part grandissante d'individus souhaite désormais, dans la mesure du possible, passer par des canaux de consommation respectueux d'enjeux comme la préservation de l'environnement, la solidarité, l'entraide, la volonté de recréer du lien social et de sortir certaines populations de l'isolement. Revenant alors à des procédés qui se dispensent de tout intermédiaire monétaire, et regroupant les individus au sein de communautés où ces derniers peuvent réaliser des échanges économiques de manière circulaire et non réciproque, l'économie de partage réinvente des techniques fondées sur l'idéologie du don maussien : donner, recevoir, rendre.

Les pratiques de partage sont donc, malgré leurs antiques origines, un objet juridique véritablement innovant qui n'a pas son pareil au sein des outils offerts traditionnellement par le droit pour réaliser des échanges économiques.

516. Une étude empirique débutant par l'étude des relations interindividuelles de partage – L'étude empirique à laquelle ces pages se sont essayées a nécessité, pour tenter de saisir l'économie de partage et ses spécificités, de partir de l'observation de la réalité des pratiques qui ont cours au sein des communautés. Et, pour prendre toute la mesure de cette nouvelle réalité contractuelle, il a fallu commencer par étudier les relations interindividuelles en tant que telles. Bien qu'elles ne puissent être entièrement détachées du contexte au sein duquel elles évoluent, puisque l'existence d'une communauté n'est pas sans conséquence sur ces relations elles-mêmes, il paraissait toutefois nécessairement de débiter l'analyse par l'observation des relations qui se nouent successivement entre les membres : le maillage de relations auquel donne lieu le fonctionnement global de l'économie de partage n'est que la superposition de ces différents rapports interindividuels.

517. L'étude des relations interindividuelles ou la nécessité d'affiner les classifications contractuelles – Pour appréhender l'économie de partage à l'aune du droit des contrats, et plus précisément ici les relations interindividuelles entre les membres des communautés, il faut donc s'essayer à un premier travail de qualification. Celui-ci est nécessaire pour établir les classifications et ranger les objets juridiques étudiés dans la catégorie adaptée, afin d'en tirer le régime adéquat. Or, un tel travail ne peut qu'amener à interroger la pertinence actuelle des catégories de rattachement au regard de la spécificité des pratiques étudiées.

Les contrats de partage rompent avec les logiques classiques qui gouvernaient jusqu'ici le droit des contrats. En se dispensant du recours à tout intermédiaire monétaire mais en donnant

naissance, par nature, au droit de recevoir une contrepartie, ils interrogent la distinction entre les contrats à titre gratuit et onéreux. Plusieurs éléments doivent alors être rappelés. En la matière, les contractants du partage ne paient jamais de prix au sens juridique et la contrepartie est fournie, *a priori*, par un tiers au contrat initial. Il existe, en outre, plusieurs niveaux d'intention qui structurent la décision de recourir à une communauté de partage plutôt qu'aux modes classiques de consommation : il y a, chez les membres des communautés, une certaine part de désintéressement, puisqu'ils ne peuvent tirer aucun profit pécuniaire direct en suite des échanges économiques réalisés dans ce cadre et parce qu'ils cherchent à satisfaire, en priorité, l'intérêt de la communauté dans son ensemble. Toutefois, la potentialité de prestations futures et l'épargne de ces dernières, afin de demander une contrepartie quand le besoin s'en fait sentir, sont un moteur de l'économie de partage et ne sauraient être occultées par l'aspect *a priori* désintéressé des modes de consommation alternatifs. Or, la catégorie des contrats à titre gratuit devant, selon nous, être limitative, excluant ainsi que l'on puisse rattacher à ce domaine des actes qui n'en auraient pas toutes les caractéristiques, les contrats de partage semblent devoir rejoindre la sphère des actes conclus à titre onéreux. Cependant, pour aboutir à un tel résultat, il convient de forcer quelque peu les catégories juridiques à moins d'accepter de relativiser la vision classique de la distinction opposant l'onérosité à la gratuité.

Mais cette distinction n'est pas la seule à devoir être affinée pour continuer de s'adapter aux évolutions de la société. La frontière opposant les contrats synallagmatiques et unilatéraux fait également l'objet de certaines frictions. En effet, les contrats de partage ne peuvent être qualifiés autrement que comme des contrats unilatéraux puisque dans la relation interindividuelle liant *Primus* à *Secundus*, seul le second est obligé à l'égard du premier sans qu'il n'y ait d'engagement réciproque du créancier au profit de son débiteur. Pour autant, *Secundus* obtiendra effectivement une rémunération directement liée à son exécution à l'égard de *Primus*. L'économie de partage donne donc lieu à une situation relativement inédite où la contrepartie est versée par un tiers au contrat. Celui-ci doit donc vraisemblablement rejoindre la sphère des contrats unilatéraux, mais l'on ne saurait nier sa ressemblance avec les contrats synallagmatiques eu égard à l'existence d'une prestation donnant naissance à une contreprestation.

On l'aura compris, les classifications doivent faire preuve de suffisamment de flexibilité pour demeurer adaptées aux bouleversements économiques et sociaux qui tiraillent de plus en plus fortement nos sociétés. Elles nécessitent donc un certain affinement, leur caractère étant en l'état trop tranché pour rendre compte, de manière durable, de l'ensemble de la pratique contractuelle contemporaine.

518. Un constat soulignant le décalage croissant entre le droit et la réalité contractuelle : un mouvement non limité aux seules classifications – L'étude de l'économie de partage à l'aune du droit des contrats classiques permet donc d'affiner les classifications contractuelles du droit positif. Toutefois, l'on ne peut alors que constater le décalage entre ce dernier et la réalité de certaines pratiques contractuelles. Celles-ci font une place de choix à des impératifs comme l'altruisme ou l'intérêt collectif, là où à l'inverse, la tendance législative actuelle révèle une propension poussée à l'affairisation du droit, comme le démontre clairement l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Mais ce constat ne se limite pas aux qualifications adéquates aux relations interindividuelles de partage et, de fait, à la question des classifications contractuelles. En effet, une fois ces premiers rapports appréhendés sous la perspective la plus simple, il est nécessaire de les replacer dans le contexte plus général au sein duquel ils évoluent. Il devient alors incontournable d'étudier le fonctionnement de l'économie de partage en tenant compte du rôle original joué par les communautés de contractants, un tel travail aboutissant une fois encore à souligner la désolidarisation du droit positif des contrats avec une partie de la réalité de la pratique contractuelle contemporaine.

519. Un élargissement nécessaire des relations contractuelles – Si le maillage de relations contractuelles ne peut jamais être totalement occulté (même lorsque les contrats de partage sont appréciés individuellement), il est nécessaire de l'étudier en tant que tel une fois le premier travail d'appréhension des contrats de partage effectué. Or, l'observation de l'économie de partage met en lumière l'existence d'un mouvement allant du contrat vers la relation contractuelle. Certes, le contrat est omniprésent en la matière puisqu'il donne naissance et permet d'organiser les communautés de contractants, et leur fournit un outil pour entrer successivement en relation les uns avec les autres. Toutefois, il ne s'agit là que d'un moyen au service d'une fin plus vaste. Le maillage de contrats successifs venant mettre en application le contrat-cadre originel a pour vocation de faire vivre la communauté en lui permettant d'accomplir ses objectifs et de réaliser l'intérêt collectif. L'on ne peut alors que constater l'existence d'un mouvement profond imposant au droit des contrats d'évoluer au rythme de la pratique contractuelle contemporaine, en mettant en œuvre l'ensemble des moyens nécessaires à la pérennité des relations. Aujourd'hui plus que jamais, il convient de focaliser l'attention sur l'impératif de maintien des relations, qu'il s'agisse de donner aux parties les moyens de renégocier leur contrat, de conférer aux juges ou à un tiers les outils pour adapter la convention,

etc. Ce mouvement n'est d'ailleurs pas sans effet, puisque de l'admission du caractère normatif de la relation découle un certain nombre de conséquences affectant le droit des contrats, comme la reconnaissance du contenu non-obligationnel du contrat.

Cependant, ces relations élargies, en mettant en place de véritables ensembles contractuels *sui generis*, ont également des incidences sur la qualification même des intervenants. C'est en premier lieu la distinction des parties et des tiers qui rend compte d'un certain élargissement du prisme, puisque l'économie de partage invite à conférer des prérogatives liées à la qualité de parties à des individus qui, au regard des standards classiques du droit des contrats, devraient être irrémédiablement considérés comme des tiers. Reconnaître que la communauté peut être considérée comme une partie plurale et admettre que chaque relation interindividuelle donne en réalité naissance à un double rapport contractuel (le paiement de la créance dans un rapport interindividuel et la naissance d'une nouvelle créance dans un rapport élargi de nature conjonctive) permet de considérer que chaque créance est payée, non pas par un tiers, mais par un membre de la partie plurale, afin de solder la dette de cette dernière à l'égard du membre qui s'est exécuté. Mais une telle conception n'a rien d'évident en droit positif et implique alors nécessairement d'élargir la conception classique opposant les parties et les tiers.

Enfin, l'élargissement des relations contractuelles permet, comme en témoigne l'économie de partage avec la naissance du « prosommateur », de mettre au jour de nouvelles catégories hybrides de contractants, soulignant là encore le modèle réducteur du carcan dans lequel les codificateurs ont enfermé le droit des contrats. Les situations intermédiaires se multiplient, notamment avec l'apparition d'individus qui revêtent tour à tour la qualité de consommateur et de professionnel.

520. La nécessité de repenser l'approche actuelle du droit des obligations et de dépasser le seul mouvement d'affairisation – L'on ne peut alors que confirmer la nécessité criante de repenser notre vision du droit positif des contrats qui, bien que récemment réformé, semble rester hermétique à une part croissante de la réalité contractuelle contemporaine. Or, il n'est pas certain que ces pratiques, qui pour certains observateurs ne relèvent que d'initiatives marginales, ne prennent pas une ampleur considérable dans les années à venir, notamment en raison de la crise économique et sociale majeure que le monde traverse depuis décembre 2019. Rien d'étonnant alors à imaginer un développement d'ampleur des contentieux, notamment lié à la possibilité que les pratiques actuelles soient détournées de leurs idéaux originels. Un tel dévoiement pourrait ainsi être le fait d'une professionnalisation croissante des acteurs de

l'économie de partage, ou de certains d'entre eux à tout le moins. Outre l'intérêt d'ores et déjà existant que ces acteurs portent à l'économie de partage, le développement d'organisations adoptant une force sociale ayant vocation à réaliser des bénéfices pourraient perturber le fonctionnement actuel de l'économie étudiée. Et puisqu'il n'est jamais opportun de laisser des pans entiers du droit ignorer la pratique, il nous paraît primordial désormais de prendre en compte, au-delà du mouvement d'affairisation du droit, le développement du phénomène inverse, qui consiste à remettre sur le devant de la scène des pratiques faisant la part belle à la recherche de l'intérêt collectif au-delà du seul profit individuel, en s'interrogeant sur les moyens de protéger, ou *a minima* d'encadrer, cette perspective économique « régressive », mais d'une grande modernité.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

a. DICIONNAIRES

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p.

DUBOIS (J.), MITTERRAND (H.) ET DAUZAT (A.), *Grand dictionnaire étymologique et historique du français*, coll. Les grands dictionnaires Larousse, Larousse, 2011, 1254 p.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., 2020, 1091 p.

ERNOUET (A.) et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4^{ème} éd., C. Klincksieck, 1994, 833 p.

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire Illustré Latin-Français*, Hachette, 49^{ème} éd., 1934, 1719 p.

GOELZER (H.), *Dictionnaire latin*, Nouvelle édition augmentée par H. Legrand, Garnier, 1928, 733 p.

REY-DEBOVE (J.) et REY (A.), *Le Petit Robert de la langue française*, 2014, 2837 p.

b. MANUELS, TRAITÉS ET COURS

ARGOU (G.), *Institution au droit français*, Hilaire Baritel, 1692, 556 p.

ATIAS (Ch.), *Droit civil – Les biens*, coll. Manuel, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, 385 p.

AUBRY et RAU par BARTIN (E.), *Cours de droit civil français*, t. VI, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard : G. Godde successeur, éditeur, libraire de la Cour de cassation, 5^{ème} éd., 1920, 447 p.

AUBRY et RAU par RAU (G.) et FALCIMAIGNE (C.),

- *Cours de droit civil français*, t. IV, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, imprimeurs-éditeurs, libraires de la Cour de cassation, 5^{ème} éd., 1902, 604 p.
- *Cours de droit civil français*, t. V, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, imprimeurs-éditeurs, libraires de la Cour de cassation, 5^{ème} éd., 1907, 748 p.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des obligations*, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1906, 800 p.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et COLIN (M.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des donations et des testaments*, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1893, 759 p.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et SAIGNAT (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 17, *De la vente et de l'échange*, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1908, 1042 p.

BÉNABENT (A.),

- *Droit des obligations*, coll. Précis Domat-droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 18^{ème} éd., 2019, 744 p.
- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, coll. Précis Domat-droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 13^{ème} éd., 2019, 710 p.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} éd, 2012, 399 p.

BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, *Les contrats et les obligations 2*, Librairie Arthur Rousseau, 2^{ème} éd., 1953, 506 p.

BON-GARCIN (I.), BERNADET (M.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit des transports*, 2^{ème} éd, coll. Précis, Dalloz, 2018, 726 p.

BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, coll. Domat droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 13^{ème} éd., 2019, 910 p.

BOURJON (F.), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principe*, Chez Grangé et Cellot, 1770, 1136 p.

BRÉMOND (V.) et BOURASSIN (M.), *Droit des sûretés*, coll. Université, Sirey, 7^{ème} éd., 2019, 1080 p.

BUFFELAN-LANORE (V.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Les obligations*, coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd., 2020, 1265 p.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.) et RODA (J.-C.), *Droit de la distribution*, coll. Manuel, 2^{ème} éd., LGDJ, 2019, 494 p.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 14^{ème} éd., 2020, 461 p.

CALAIS-AULOY (J.), TEMPLE (H.) et DEPINCÉ (M.), *Droit de la consommation*, coll. Précis, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, 778 p.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, A. Pedone, 5^{ème} éd., 1929, 423 p.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) ET CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, coll. Grands arrêts, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, 759 p.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, coll. Thémis – Droit privé, 19^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, 398 p.
- *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, coll. Thémis – Droit privé, 22^{ème} éd. refondue, PUF, 2000, 665 p.

CARON (C.), *Droit d'auteurs et droits voisins*, coll. Manuel, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2017, 674 p.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.),

- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie Dalloz, 1915, 1096 p.
- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Librairie Dalloz, 7^{ème} éd. entièrement refondue, 1932, 1180 p.

COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, 1084 p.

CORNU (G.),

- *Droit civil – Les biens*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, 377 p.
- *Droit civil – Introduction au droit*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, 278 p.
- *Cours de droit civil : licence 2^e année : 1972-1973*, Les cours de droit, 1973, 590 p.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, coll. Manuel, 33^{ème} éd., LGDJ, 2020, 954 p.

CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, LGDJ, Librairie Plon, 2^{ème} éd. revue et complétée, 1928, 956 p.

D'AGUESSEAU (H.-F.), *Œuvres choisies de D'Aguesseau, Chancelier de France*, t. V, Chez Lefèvre, Librairie, 1819, 554 p.

DAMAREY (S.), *Droit des associations*, coll. Droit expert, Gualino, 2017, 123 p.

DEMOGUE (R.),

- *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 1, Rousseau et Cie Editeurs, 1923, 695 p.
- *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. 2, Rousseau et Cie Éditeurs, 1923, 969 p.
- *Traité des obligations en général*, II. *Effets des obligations*, t. 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, 756 p.
- *Traité des obligations en général*, II. *Effets des obligations*, t. 7, Librairie Arthur Rousseau, 1933, 654 p.

DEMOLOMBE (C.),

- *Traité des contrats ou des obligations en général*, t. 1, A. Durand et L. Hachette et Cie, 1868, 667 p.
- *Traité des contrats ou des obligations en général*, t. 2, A. Durand et L. Hachette et Cie, 1869, 686 p.
- *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, A. Durand et L. Hachette et Cie, 1867, 646 p.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, coll. corpus histoire du droit, Economica, 2^{ème} éd., 2012, 919 p.

DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2018, 1080 p.

DIDIER (P.), *Droit des affaires I*, Les cours de droit, 1985, 166 p.

DISSAUX (N.) et LOIR (R.), *Droit de la distribution*, coll. Précis Domat-Droit privé, LGDJ, 2017, 710 p.

DOMAT (J.),

- *Traité des lois*, par J. Rémy, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, 75 p.
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2nd éd., Chez Pierre Auboin, Pierre Emery, Charles Clouzier, 1697, 378 p.

ERBES-SEGUIN (S.), *Le contrat. Usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, coll. « Sociologie économique », 1999, 245 p.

ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), RAULT (J.) ET HÉMARD (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. 2, *Le mandat commercial, les transport*, Sirey, 1955, 936 p.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis, Droit, PUF, 5^{ème} éd., 2019, 886 p.

FERRÉ-ANDRÉ (F.) et BERRE (S.), *Successions et libéralités 2019*, coll. Hypercours, Dalloz, 6^{ème} éd., 2019, 779 p.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.),

- *Les obligations, 1, L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, 544 p.
- *Les obligations, 3, Le rapport d'obligation*, coll. Sirey université, droit privé, Sirey, 9^{ème} éd., 2015, 537 p.

FLOUR (J.), SOULEAU (H.) et AUBERT (J.-L.), *Droit civil – Les libéralités*, coll. U. Série droit privé, Armand Colin, 1982, Paris, 352 p.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, coll. Traités Sirey, Sirey, réimpression de l'édition publiée en 1937, 1965, 508 p.

GHESTIN (J.) (dir.), *Traité de droit civil – Les obligations, La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, 1096 p.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat, t. 1, le contrat, le consentement*, coll. Traité de droit civil, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, 1526 p.

GIRARD (P.-F.),

- *Manuel élémentaire de droit romain*, Arthur Rousseau, 5^{ème} éd. Revue et augmentée, 1911, 1151 p.
- *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. par J.-P. Lévy, coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 8^{ème} éd. revue et mise à jour, 1223 p.

GRIMALDI (C.), *Droit des biens*, coll. Manuel, LGDJ-Lextenso éditions, 2^{ème} éd., 2019, 683 p.

GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, Livre III, Titres VI et VII du Code civil, t. 2, A. Durant et Pedone-Lauriel, 1890, 566 p.

HALPÉRIN (J.-L.), *Introduction au droit*, coll. Séquences, Dalloz, 2^{ème} éd., 2019, 337 p.

HAURIOU (M.), *Les principes de droit public*, Librairie du Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1916, 861 p.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, coll. Paradigme, Bruylant, 5^{ème} éd., 2020, Bruxelles, 774 p.

HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. VII*, F. Pichon, Successeur, 1894, 530 p.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LECUYER (H.) (dir. GHESTIN J.), *Les principaux contrats spéciaux*, coll. Traité de droit civil, LGDJ-Lextenso éditions, 3^{ème} éd., 2012, 1697 p.

IHERING (R.), (trad. O. de MEULENAERE),

- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, A. Maresq, Aîné, 2^{ème} éd., 1880, 378 p.
- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Maresq, Aîné, 2^{ème} éd., 1880, 462 p.,
- *L'évolution du droit*, A. Maresq, Aîné, 1901, 400 p.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil français*, t. II, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats réels de droit civil, les sûretés*, 3^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, 1939, 1215 p.

JULIEN (J.), *Droit de la consommation*, coll. Précis Domat – Droit privé, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, 762 p.

LAROMBIÈRE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, A. Durand, 1857, 802 p.

LARROUMET (Ch.), *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. Droit civil, Economica, 4^{ème} éd., 1998, 957 p.

LARROUMET (Ch.) et BROS (S.), *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, coll. corpus droit privé, Economica, 9^{ème} éd., 2018, 950 p.

LARROUMET (Ch.) et MALLET-BRICOUT (B.), *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, coll. Corpus droit privé, Economica, 6^{ème} éd., 2019, 678 p.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.), ROUTIER (M.), MIGNOT (M.), KOVAR (J.-P.), et ERESEO (N.), *Droit bancaire*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2019, 1384 p.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XV, A. Durand & Pédone Lauriel, 1875, 675 p.

LE CANNU (P.) et DONDERO (N.), *Droit des sociétés*, coll. Précis Domat-Droit privé, LGDJ, 8^{ème} éd., 2020, 1151 p.

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, coll. Manuel, LGDJ- Lextenso éditions, 2^{ème} éd., 2012, 650 p.

LEVY (J.-P.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, 1620 p.

LOCRÉ (J.-G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des codes français*, vol. 15, Treuttel et Wurtz, 1828, 652 p.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.) et GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, coll. Grands arrêts, 22^{ème} éd., Dalloz, 2019, 1047 p.

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, coll. Cours, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, 698 p.

MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Cours de droit civil - Les obligations*, Cujas, 1985, 635 p.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, 752 p.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (L.), *Les obligations*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, 895 p.

MALAURIE (Ph.) et BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, coll. Droit civil, LGDJ, 9^{ème} éd., 2020, 703 p.

MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2017, 961 p.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),

- *Droit civil – Introduction générale à l'étude du droit*, t. 1, Sirey, 1972, 532 p.
- *Droit civil – Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, 826 p.
- *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd., 1989, 457 p.

MAY (G.), *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 3^{ème} éd., 1894, 661 p.

MAZEAUD (H. et L.) et MAZEAUD (J.) par de JUGLART (M.), *Leçon de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, 1^{ère} partie, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1979, 358 p.

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, 1353 p.

MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.) (collab.), *Droit commercial : sociétés commerciales*, coll. Précis, Dalloz, 23^{ème} éd., 2019, 1035 p.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), FRANGI (M.) et KDHIR (M.), *Droit des associations*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996, 335 p.

MIAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, coll. Textes à l'appui, F. Maspero, 1976, 388 p.

MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Éditions Domat-Montchrestien, 5^{ème} éd., 1947

MOUSSERON (J.-M.), BURST (J.-J.), CHOLLET (N.), LAVABRE (Ch.), LELOUP (J.-M.) et SEUBE (A.), *Droit de la distribution*, préf. J. Hémard, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1975, 534 p.

PLANIOL (M.),

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 9^{ème} éd., 1923, 1114 p.
- *Traité élémentaire de droit civil français*, t. III, *Les régimes matrimoniaux, les successions, les donations et les testaments*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 11^{ème} éd., 1932, 1050 p.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.),

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *Principes généraux, les personnes, la famille – les incapables, les biens*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 11^{ème} éd., 1928, 1112 p.
- *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, 1114 p.
- *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et Testaments*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^{ème} éd., 1957, 1234 p.
- *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations, Deuxième partie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^{ème} éd., 1954, 1111 p.
- *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *contrats civils*, 1^{ère} partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1^{ère} éd., 991 p.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.) et ESMEIN (P.-A.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, 1047 p.

PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. 8, Commentaire-traité des petits contrats*, t. 1, *prêt – dépôt et séquestre – contrats aléatoires – mandat*, 1877, 684 p.

POTHIER (R.-J.),

- *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 1, Nouvelle édition revue, Corrigée et Considérablement augmentée par l'auteur., 1764, 663 p.
- *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 2011, 469 p.
- *Traité du contrat de société, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Debure l'ainé et J. Rouzeau-Montaut, 1764, 267 p.

POTHIER (R.-J.) par BUGNET (M.), *Œuvres de Pothier*, t. V, *Traité du prêt à usage, du précaire, du prêt de consommation, de l'usure, du promutuum et de l'action condictio indebiti, des contrats de dépôt, de mandat*, 2^{ème} éd., Cosse et Marchal, Henri Plon, 1861, 418 p.

POTHIER (R.-J.) par DUPIN (M.),

- *Œuvres de Pothier*, t. 3, *Traité du contrat de vente. Traité des retraits. Traité du contrat de constitution de rente*, Chez l'éditeur et Chez chanson, 1821, 708 p.
- *Œuvres de Pothier contenant les Traités du droit français*, t. 4, Béchét Ainé, 1824, 596 p.
- *Œuvres de Pothier contenant les Traités du droit français*, t. 8, Béchét Ainé, 1825, 701 p.

POTHIER (R.-J.) par SIFFREIN (M.),

- *Traité des obligations*, t. 1, Siffrein, 1821, 472 p
- *Traité des obligations*, t. 2, Nouvelle édition, Siffrein, 1821, 333 p.

RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, coll. Manuel, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2019, 564 p.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, *Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété*, LGDJ, 1957, 1150 p.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), (dir. GERMAIN M. et MAGNIER V.), *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 22^{ème} éd., LGDJ, 2017, 1108 p.

RODIÈRE (R.), *Droit des transports terrestres et aériens*, 2^{ème} éd., Sirey, 1977, 941 p.

SÉRIAUX (A.),

- *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, 335 p.
- *Contrats civils*, collection droit fondamental, PUF, 2001, 379 p.
- *Manuel de droit des obligations*, 2^{ème} éd., PUF, 1998, 779 p
- *Manuel de droit des obligations*, 4^{ème} éd., PUF, 2020, 408 p.

SEUBE (J.-B.), *Droit des sûretés*, coll. Cours Dalloz, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, Paris, 299 p.

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, la publicité foncière*, coll. Précis, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, 893 p.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.),

- *Droit civil : les obligations. 2, Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, 837 p.
- *Droit civil : les obligations. 3, Régime général*, 6^{ème} éd., Litec, 1999, 382 p.

STRICKLER (Y.), *Les biens*, coll. Thémis – Droit privé, PUF, 2006, 536 p.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2015, 636 p.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.), *Droit civil – Les successions, les libéralités*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, 1174 p.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, 1594 p.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, 2036 p.

TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil – Les biens*, coll. Précis, Dalloz, 10^{ème} éd., 2018, 880 p.

TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. 1, Charles Hingray, Libraire-éditeur, 1852, 544 p.

VIGIÉ (A.),

- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 2^{ème} éd., Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1895, 868 p.
- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, Arthur Rousseau, 1892, 892 p.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, coll. Traité de droit civil, LGDJ-Lextenso éditions, 3^{ème} éd., 2006, 1397 p.

WEILL (A.), TERRÉ (F.) et STARCK (B.), *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 1986, 1069 p.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.),

- *Cours de droit civil. Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2014, 477 p.
- *Cours de droit civil. Contrats – Vente (droits communs français et européen) – Échange*, coll. Droit fondamental, Manuels, PUF, 2016, 289 p.
- *Cours de droit civil. Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, Manuel, PUF, 2013, 303 p.
- *Les biens*, 3^{ème} édition entièrement remise à jour et augmentée., coll. Droit fondamental, PUF, 2008, 759 p.

OUVRAGES SPÉCIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS

ALFARANDI (É.), *Association : régime général, associations particulières, associations reconnues d'utilité publique*, coll. Dalloz action, Dalloz, 480 p.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, Les Éthiques en français*, trad. N. Oresme, 1488, 504 p.

Association du M2 Droit privé général et du laboratoire de droit civil, Paris II, *Le droit civil à l'ère du numérique*, Actes du colloque du 21 avril 2017, *JCP G* 2017, n°15.

CADIET (L.) et CLAY (T.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2019, 180 p.

CALAIS-AULOY (J.), *Propositions pour un nouveau droit de la consommation : rapport final*, coll. des rapports officiels, La documentation française, 1985, 221 p.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1927, 506 p.

CAPOULADE (P.) et TOMASIN (D.) (dir.), *La copropriété 2018/2019*, coll. Dalloz action, 9^{ème} éd., Dalloz, 2018, 1016 p.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, Paris, 493 p.

CHANCELLERIE, *Projet de réforme du droit des contrats*, 2008

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, 1143 p.

CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, 345 p.

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2005, 443 p.

CREDA (dir. A. Sayag),

- *Le contrat-cadre. 1, Exploration comparative*, Litec, 1995, 370 p.
- *Le contrat-cadre. 2, La distribution*, Litec, 1995, 520 p.

CRUET (J.), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, coll. Bibliothèque de Philosophie scientifique, Ernest Flammarion, 1908, 344 p.

DABIN (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Recueil Sirey, 1935, 367 p.

DEMOGUE (R.), *La notion de sujet de droit : caractères et conséquences (extrait de la Revue trimestrielle de droit civil, n°3, 1909)*, Librairie de la Société du recueil J-B Sirey et du journal du Palais, 1909, 45 p.

DISSAUX (N.) et JAMIN (Ch.), *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, Dalloz, 2019, 48 p.

DUGUIT (L.), *L'État : le droit objectif et la loi positive*, coll. Études de droit public, Dalloz, 2003, 623 p.

DUTHEIL (P.-H.), *Droit des associations et des fondations*, coll. Juris Corpus, Juris Éditions, Dalloz, 2016, 1614 p.

FENET (P.-A.),

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, 1827, 523 p.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, 1827, 584 p.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, 1827, 647 p.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1827, 832 p.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1826, 614 p.

FINET (A.), *Le Code de Hammurabi*, coll. Littérature du Proche-Orient, Les éditions du Cerf, 5^{ème} éd. revue et augmentée, 2004, 172 p.

FONTAINE (M.) et GHESTIN (G.) (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, 464 p.

GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, préf. R. Saleilles, 2^{ème} éd. Rev. et mise au courant, LGDJ, 1932, 446 p.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, 2006, 944 p.

GROTIUS (H.),

- *Le droit de la guerre et de la paix*, t. I, trad. J. Barbeyrac, Chez Pierre de Coup, 1724, 518 p.
- *De jure belli ac pacis*

HAURIOU (M.), *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, L. Larose, 1899, 94 p.

HEMARD (J.), *Théorie et pratique des nullités de société et des sociétés de fait*, 2^{ème} éd., Société anonyme du Recueil Sirey, 1926, 981 p.

IHERING (R.), *L'évolution du droit*, trad. O. Meulenaere, A. Maresq, Aîné, 1901, 400 p.

JAMIN (Ch.), MAZEAUD (D.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, 260 p.

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, coll. Essais de téléologie juridique, Dalloz, 1928, 426 p.

JOURDAIN (L.), LECLERC (M.) et MILLERAND (A.), *Economie collaborative & Droit. Les clés pour comprendre*, coll. Presence, FYP, 2016, 160 p.

KISCHINEWSKY-BROQUISSE (É.), *La copropriété des immeubles bâtis*, 4^{ème} éd., Litec, 1989, 873 p.

KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G.-J.) (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, coll. Logiques juridiques, Paris Budapest Turin, L'Harmattan, 2003, 238 p.

LAGELEE-HEYMANN (M.) (dir.), *Le non-professionnel*, colloque Lyon 3, 8 oct. 2020, à paraître à la revue AJ Contrat.

MACNEIL (I. R.), *The new social contract, An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980, 164 p.

MARMOZ (F.) (dir.), *Blockchain et droit*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, IDEA, 2019, 101 p.

MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats*, coll. Dossier pratique, Francis Lefebvre, 2016, 408 p.

MERLET (J.-F.), *L'avènement de la loi de 1901 sur le droit d'association : genèse et évolution de la loi au fil des journaux officiels*, coll. Journal officiel de la République française, les Éditions des journaux officiels, 2000, 1007 p.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier Frères, Libraires-éditeurs, 1869, 697 p.

PAISANT (G.), *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, 289 p.

PÉTEL (Ph.), *Le contrat de mandat*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1994, 126 p.

PREVOST (S.) et ROYER (E.), *La Blockchain*, coll. Grand angle, Dalloz, 2020, 226 p.

PUFENDORF (S.), *De jure naturae et gentium*

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, 421 p.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., PUF, 2013, 562 p.

ROUAST (A.), *Cours de droit civil approfondi : La représentation dans les actes juridiques*, Les cours de droit, 1947-1948, 254 p.

SAINT-THOMAS D'AQUIN, *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque*, trad. Y. Pelletier, édition numérique, 2000, disponible à l'adresse : <http://docteurangelique.free.fr>.

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F. Pichon, Successeur, 1901, 421 p.

SAVATIER (R.),

- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Panorama des mutations*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, 454 p.
- *Les métamorphoses du droit civil*, 3^{ème} série : *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, 268 p.

SÉRIAUX (A.), *Le droit naturel*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2^{ème} éd., 1999, 128 p.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, coll. Traités, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015, 1182 p.

TARBOURIECH (E.), *De la cause dans les libéralités. Contribution à la théorie de la cause*, V. Giard & E. Brière, 1894, 31 p.

TARDE (G.), *Les transformations du droit*, Félix Alcan, 1893, 212 p.

TURMON (A.) (dir.), *Ubérisation et économie collaborative. Évolutions récentes dans l'Union européenne et ses États membres*, coll. Colloques, Éditions Panthéon-Assas, 2020, 176 p.

VALLANSAN (J.) et DESMORIEUX (E.), *Société en participation et société créée de fait : aspects juridiques et fiscaux*, préf. M. Cozian, coll. Pratique des affaires, GLN-Joly éd., 1996, 194 p.

VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, PUF, 1992, 268 p.

VILLEY (M.),

- *Philosophie du droit. I, définitions et fins du droit*, Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2001, 339 p.
- *Le droit et les droits de l'homme*, coll. Quadrige, Grands textes, PUF, 2008, 169 p.

THÈSES

ALLEAUME (Ch.), *Le prêt des oeuvres de l'esprit*, Th. Caean, 1997, 451 p.

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, préf. Y. Guyon, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1995, 404 p.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, 394 p.

ATTARD (J.), *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique ?*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 1999, 267 p.

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, 415 p.

AUSSEL (J.-M.), *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Th. Montpellier, 1953, 378 p.

AZÉMA (J.), *La durée des contrats successifs*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, 301 p.

BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, 360 p.

BARBAUD (M.-O.), *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2014, 541 p.

BARDET-BLANVILLAIN (A.), *L'échange*, th. Paris II, 2002, 373 p.

BARTIN (E.), *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, Rousseau, 1887, 396 p.

BEDOURA (J.), *L'amitié et le droit civil*, Th. Tours, 1976, 786 p.

BELLAICHE (D.), *La gratuité en droit des affaires*, Th. Paris I, 1998, 493 p.

BÉNABENT (A.), *La chance et le droit*, préf. J Carbonnier, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, 231 p.

BÉNILSI (S.), *Essai sur la gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006, 585 p.

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, préf. B. Goldman, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, 204 p.

BERTRAND (F.), *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Th. Paris II, 1979, 541 p.

BLANC (J.), *Les monnaies parallèles, approches historiques et théoriques*, Th. Lyon II, 1998, 512 p.

BLOUGH (R.), *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, préf. D. Fenouillet, PUAM, 2001, 555 p.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2005, 526 p.

BOITARD (M.), *Les contrats de services gratuits*, Th. Paris, 1941, 316 p.

BORESTEL-LILL (J.), *Essai sur une théorie relationnelle du contrat*, Th. Paris I, 2008, 448 p.

BRADBURN (S.), *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude de l'économie collaborative*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2017, 460 p.

BRIAND (Ph.), *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, Th. Nantes, 1999, 295 p.

BROS (S.), *L'interdépendance contractuelle*, Th. Paris II, 2001, 437 p.

CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit français*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1990, 415 p.

CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions*, préf. G. Marty, Th. Toulouse, 1939, 427 p.

CARBONNIER (J.), *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Th. Bordeaux, 1932, 846 p.

CASSIN (R.), *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques : (exception "non adimpleti contractus") : Et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Th. Paris, 1914, 800 p.

CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, 353 p.

CHAMPEAUX (J.), *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Th. Strasbourg, 1931, 279 p.

CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, 558 p.

DABIN (J.), *La théorie de la cause (art. 1131-33 du Code civil). Étude d'histoire et de jurisprudence*, Th. Liège, 1919, 334 p.

DEBRAND (F.), *Étude de la règle "Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest" : Droit romain ; De la notion de tiers : Droit français*, Th. Dijon, 1890, 665 p.

DELOZIÈRE-LE-FUR (A.-V.), *La compensation dite multilatérale*, préf. A. Ghozi, coll. Droit privé, Éd. Panthéon-Assas, 2003, 398 p.

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000, 571 p.

DERRUPE (J.), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Th. Toulouse, 1952, 435 p.

DESCORPS DECLÈRE (F.), *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération (contribution à l'étude du contrat évolutif)*, Th. Paris I, 2000, 408 p.

DONDERO (B.), *Les groupements dépourvus de la personnalité juridique en droit privé*, PUAM, 2006, 699 p.

DUBREUIL (L.), *Des mobiles dans les contrats*, Th. Lyon, 1909, 159 p.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, 545 p.

DUPEYROUX (J.-J.), *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. Maury, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, 460 p.

DURAND (H.), *La gouvernance des associations*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2015, 465 p.

DURRY (G.), *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du co-contractant*, Th. Paris, 1957, 570 p.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, 551 p.

ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation : essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. Revet, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ-Lextenso éditions, 2008, 767 p.

FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 1950, 312 p.

FOUBERT (A.), *Le don en droit*, Th. Paris II, 2006, 451 p.

FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd., Librairie Hachette et Cie, 1885, 421 p.

GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, préf. M. Béhar-Touchais, LGDJ, 1996, 307 p.

GENINET (M.), *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, Th. Paris II, 1985, 1038 p.

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale française, 1960, 212 p.

GODÉ (P.), *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977, 275 p.

GOMAA (N.), *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence-R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1968, 317 p.

GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, 543 p.

GOUGET (L.), *Théorie générale du contrat avec soi-même : étude de droit comparé*, Th. Caen, 1903, 254 p.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Th. Dijon, 1912, 470 p.

GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Battifol, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981, 340 p.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé (recherches sur les sources de l'obligation)*, Th. Paris II, 2005, 815 p.

GRUA (F.), *L'acte gratuit en droit commercial*, Th. Paris I, 1978, 395 p.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, 614 p.

GUIDERDONI (B.), *Le forçage du contrat par le juge*, Th. Caen, 2002, 452 p.

HAMEL (J.), *La notion de cause dans les libéralités*, Th. Paris, 1920, 392 p.

HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, coll. Recherches juridiques, Economica, 2012, 593 p.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. Raynaud, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 339 p.

HENRI (X.), *La technique des qualifications contractuelles*, Th. Nancy, 1992, 1152 p.

HOUIN (R.), *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Th. Paris, 1937, 432 p.

HUGUENEY (P.), *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Th. Dijon, 1910, 266 p.

JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005, 1008 p.

JAMIN (Ch.), *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1991, 410 p.

KAHN (R.), *La notion d'aléa dans les contrats*, Th. Paris, 1924, 108 p.

KAYSER (P.), *Société ou association ? L'article 1832 du Code civil et la loi du 1er juillet 1901*, préf. F. Gény, Librairie du Recueil Sirey, 1928, 446 p.

LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, Paris, 666 p.

LARRIBAU-TEYRNEYRE (V.), *Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique*, Th. Pau, 1989, 362 p.

LARROUMET (C.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Th. Bordeaux, 1968, 586 p.

LEAUTE (J.), *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Th. Paris, 1945, 195 p.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, coll. Recherches juridiques, Economica, 2012, 513 p.

LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1990, Paris, 490 p.

LEVERBE (E.), *Essai sur l'altruisme en droit civil*, Th. Pau, 2003, 348 p.

LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, 423 p.

LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. C. Witz, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2002, 759 p.

LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. C. Witz, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, 362 p.

LOUIS-LUCAS (P.), *Volonté et cause - Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Recueil Sirey, 1918, 314 p.

LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, 476 p.

MALBOSC-CANTEGRIL (F.), *Essai sur l'acte juridique conjonctif*, Th. Toulouse, 1991, 836 p.

MARMAYOU (J.-M.), *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction*, préf. J. Mestre, coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2002, 676 p.

MARTIN DE LA MOUTTE (M.), *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Rec. Sirey 1951, 343 p.

MATEESCO (J. -S.), *L'obligation unilatérale et le Code civil*, Th. Paris, 1919, 249 p.

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, 1920, 351 p.

MÉAU-LAUTOUR (H.), *La donation déguisée en droit civil français : contribution à l'étude de la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, Paris, 511 p.

MICHALOUSKAS (M.), *L'association*, Th. Paris I, 2003, 552 p.

MICHEL (J.), *Gratuité en droit romain*, coll. Études d'histoire et d'ethnologie juridique, ULB, 1962, 633 p.

MOULY (C.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairies techniques, 1979, 721 p.

MORIN (A.), *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, préf. A. Ghazi, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1998, 370 p.

NAJJAR (I.), *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, 361 p.

NÉRET (J.), *Le sous-contrat*, préf. P. Catala, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, 388 p.

OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, 273 p.

PASTRÉ-BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif en droit privé français : contribution à la classification des actes juridiques*, préf. R. Cabrillac, PUAM, 2006, 447 p.

PELLE (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2007, 572 p.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989, 254 p.

POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 194, LGDJ, 1987, Paris, 285 p.

RAY (J.), *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Th. Paris, 1926, 296 p.

- REIGNÉ (Ph.),** *La notion de cause efficiente du contrat*, Th. Paris II, 1993, 473 p.
- RIEG (A.),** *Le rôle de la volonté en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, 567 p.
- ROCHFELD (J.),** *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1999, 632 p.
- ROUAST (A.),** *Essai sur la notion juridique de contrat collectif*, Rousseau, 1909, 434 p.
- ROUHETTE (G.),** *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. Paris, 1965, 1022 p.
- ROUJOU DE BOUBÉE (G.),** *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, 328 p.
- SEUBE (A.),** *Le contrat de fourniture*, Th. Montpellier, 1970, 576 p.
- SEUBE (J.-B.),** *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1999, 516 p.
- SIMLER (Ph.),** *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, 511 p.
- TALANDIER (A.),** *De l'engagement par volonté unilatérale*, Th. Toulouse, 1912, 250 p.
- TEYSSIÉ (B.),** *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, 328 p.
- THERY-SCHULTZ (J.),** *La réciprocité dans l'exécution des contrats synallagmatiques en droit privé français*, Th. Paris XII, 2003, 342 p.
- VACRATE (S.),** *La société créée de fait. Essai d'une théorisation*, préf. H. Lécuyer, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2003, 408 p.
- VALLEUR (F.),** *L'Intuitus Personae dans les contrats*, Th. Paris, 1938, 336 p.
- VALLOIR (J.),** *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, Th. Rennes, 1919, 162 p.
- VERN (F.),** *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, préf. Ph. Jacques, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, 878 p.
- VIANDIER (A.),** *OPA OPE et autres offres publiques*, Francis Lefebvre, 5^{ème} éd., 2014, 535 p.

VOUIN (R.), *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1939, 478 p.

WINTGEN (R.), *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, 402 p.

WEILL (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1939, 1062 p.

ARTICLES ET CHRONIQUES

ABADIE (L.), « Le champ d'application de la loi clarifié : les nouvelles définitions du consommateur, du professionnel et du non-professionnel - Éclaircissement et zones d'ombres », *Dr. et patr.* 2017, n°267

AMRANI-MEKKI (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Défrénois* 2002, p. 355

ANCEL (M.-E.), « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in *Code civil et modèles*, (dir. T. Revet), coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2005, p. 285

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

ATIAS (Ch.) et LE RUDULIER (N.), *V° « Copropriété des immeubles bâtis : statut et structure »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2018

AUBERT (J.-L.), « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993, p. 263

AUBERT DE VINCELLES (C.),

- « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, p. 983
- « Repenser les notions de consommateur et de professionnel. Réflexions sur les frontières du droit de la consommation », in *40 ans du centre de droit de la consommation et du marché. Actes du colloque du 17 avril 2015*, coll. Dynamiques du droit, consommation et marché, LGDJ-Lextenso éditions, 2017, p. 65

AUBERT DE VINCELLES (C.) et NOBLOT (C.), *V° « Bail »*, *Rép. civ.*, Dalloz, 2018 (actualisation : juin 2020)

AUGAGNEUR (L.-M.), « Vers de nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *RTD com.* 2015, p. 455

AUJENDRE (G.), « Les réseaux de distribution », *RJ com.* 1997, p. 136

AYNÈS (L.), « Le devoir de renégocier », *RJ com.* nov. 1999, p. 11

BALI (M.), « Les crypto-monnaies, une application des blockchain technologies à la monnaie », *RD banc. fin.* 2016, étude 8

BALLOT-LENA (A.) et DECOCQ (G.), « Droit de la concurrence », *JCP E* 2015, n°23, chron. p. 264

BARANGER (G.), « Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la société par actions simplifiées (SAS) unipersonnelle », *Bull. Joly* 1999, p. 831

BARBIER (H.),

- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247
- « Le point sur l'interdépendance contractuelle, son empire, ses fonctions », *RTD civ.* 2017, p. 846
- « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tous genres », *RTD civ.* 2018, p. 102

BARDET-BLANVILLAIN (A.), *V°* « Echange », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, fasc. 3310, 2006

BARRET (O.), *V°* « Vente (2° formation) », *Rép. civ.*, Dalloz, 2007 (mise à jour : octobre 2014) (mettre à jour)

BARRET (O.) et BRUN (Ph.),

- *V°* « Vente : structure », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019 (actualisation : janv. 2020)
- *V°* « Vente : formation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019 (actualisation : sept. 2020)

BARRIÈRE (L.-A.), « Propos introductifs », *in La sanction*, préf. B. Mallet Bricout, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2007, p. 7

BATTIFOL (H.), « La "crise du contrat" et sa portée », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 13

BAZIN (É.), « De la médiation de la consommation », *AJ Contrat* 2017, p. 361

BEALE (H.), « L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats », *in Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 117

BEIGNIER (B.), « De la nature aléatoire du contrat de présentation de clientèle », *D.* 1998, p. 78

BELL (J.), « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1987, p. 233

BÉNABENT (A.), V° « Contrat d'entreprise », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, fasc. 425, 1992 (actualisation : avril 2016)

BÉNILSI (S.), V° « Paiement », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019 (actualisation : déc. 2019)

BÉNOS (C.), « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », *D.* 2013, p. 2358

BERGEMAN (N.), « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *Revue juridique de l'Ouest* 2010, n°4, p. 443

BERGMAN (B.), « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé, Contribution à une théorie générale des contrats », *RRJ* 1990, p. 413

BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz – Sirey, 1985, p. 3

BERNHEIM-DESVAUX (S.),

- « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un produit », *Cont. Conc. Cons.* 2015, Étude 2
- « La consommation collaborative ou participative. – Consommation collaborative portant sur un service », *Cont. Conc. Cons.* 2015, Étude 3
- « Du pouvoir des consommateurs aux pouvoirs du consommateur - Les nouveaux défis du droit de la consommation », *JCP G* 2017, doct. 841

BESNARD-GOUDET (R.), V° « Théorie des apports – Notion d'apport en société », *J.-Cl. Société Traité*, fasc. 10-10, 2015 (actualisation : juin 2017)

BIENVENU (J.-J.), « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits* 1998, n° 28, p. 3

BIGOT-PRÉAMENEU (F. J. J.), « Exposé des motifs », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (P.-A. Fenet) 1826, t. XIII.

BONNEAU (T.), « Le bitcoin, une monnaie ? », *Banque et droit* 2015, p. 8

BOSSARD (N.), « La médiation familiale : regards croisés », *Gaz. Pal.* 2013, n°358

BOUBLI (B.), V° « Contrat d'entreprise », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : sept. 2020)

BOULANGER (J.), « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD civ.* 1950, p. 1

BOURDEAUX (G.), « Propos sur les "crypto-monnaies" », *RD banc. fin.* 2016, dossier 39

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339

BOUTRY (O.), « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *JCP E* 2001, p. 310

BRADBURN (S.), « La fiscalité de l'activité collaborative », *Cah. dr. ent.* 2017, n°3, doss. 13

BRENNER (C.) et LEQUETTE (S.), *V°* « Acte juridique », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2019

BRETON (J.-M.), « Activités touristiques – Transport urbain – Uber, VTC et taxis ; entre dérégulation et réglementation », *Juris. tourisme* 2019, n°221, p. 40.

BRIÈRE DE L'ISLE (G.), « De la notion de contrat successif », *D.* 1957, chron. 153

BROS (S.),

- « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.* 2009, p. 960
- « Le dualisme du prêt en question », in *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 101
- « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, p. 761
- « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 29
- « La force majeure », *Dr. et patr.* 2016, n°259

BROUSSEAU (E.), « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 153

BRUGUIERE (J.-M.), « Qu'est-ce que la monnaie ? », *JCP E* 2001, n°48, p. 1905

BRUNET (A.), « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 85

CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235

CADIET (L.), « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p.193, n°1

CAILLÉ (C.),

- « Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in *La nouvelle crise du contrat*, (dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud), Dalloz, 2003, p. 27
- *V*^o « Echange », *Rép. civ.*, Dalloz, 2015 (actualisation : déc. 2019)

CALAIS-AULOY (M.-Th.),

- « Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le "prêt lié" », *JCP G* 1984. I. 3144
- « Le système d'échange local, instrument d'échange du futur ? », *LPA*, 1998, n^o 88, p. 8

CARBONNIER (J.),

- « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, t. III, *La Nation*, 2. *Le territoire, l'État, le patrimoine* (dir. P. Nora), coll. Bibliothèque illustrée des histoires, Gallimard, 1986, p. 293
- « Droit et non-droit », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, p. 9 et s.
- « Sociologie de la vente », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 6^{ème} éd., 1988, p. 278
- « Contrats spéciaux », *RTD civ.* 1950, chron. p. 67

CASSON (Ph.), *V*^o « Entraide en agriculture », *J.-Cl. Rural*, fasc. unique, 2018

CAYLA (O.), « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1994, t. 18.

CHAGNY (M.), « L'intermédiaire – Les plateformes numériques et le droit de la concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise* Mai 2017, n^o3, dossier 17

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. XI

CHANTEPIE (G.), « la rupture des contrats d'affaire (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016, p. 130

CHANTEPIE (G.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), *V*^o « Déséquilibre significatif », *Rép. com.*, Dalloz, 2019 (actualisation sept. 2020)

CHAPUT (Y.), *V*^o « Objet social », *Rép. soc.*, Dalloz, 2005 (actualisation : janv. 2020)

CHARBONNEAU (C.) et PANSIER (J.-F.), « Du renouveau de la notion de partie », *Défrénois* 2000, p. 284

CHARLIAC (H.) et MASSON-DAUM (C.), *V° « Copropriété », J.-Cl. Civil Code, fasc. 22 : Statut de la copropriété – Règlement de copropriété, 2010 (actualisation : janv. 2020)*

CHAUVIRÉ (Ph.), « Les dispositions relatives aux effets du contrat », *in La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2016, p. 43

CHAZAL (J.-P.),

- « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260
- « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 99
- « " Relire Josserand ", oui mais... sans le trahir ! »

CHÉNEDÉ (F.),

- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1re partie) », *RDC* 2012, p. 241
- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2e partie) », *RDC* 2012, p. 1017

CLARET (H.) et PAISANT (G.), « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G* 2016. I. 796

CLAY (T.), « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^{ème} siècle" », *JCP G* 2016, doct. 295

COHEN-HADRIA (Y.), « Blockchain : révolution ou évolution ? La pratique qui bouscule les habitudes et l'univers juridique », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 537

COLLART DUTILLEUL (F.), « Gratuité et droit des contrats », *in Mélanges B. Lewaszkiwicz-Petrylowska*, Univ. de Lodz, 1997, p. 7

COLOMER (A.) et CASSON (Ph.), *V° « Don manuel », Rép. civ., Dalloz, 2012 (actualisation : avril 2016)*

COMBESCURE (F.), « Existe-t-il des contrats réels en droit français », *Rev. crit. de législ. et de jurispr.* 1903, p. 477

CONAC (P.-H.), « Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) », *Bull. Joly* 1999, p. 607

CORNU (G.), « Les définitions dans la loi », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77

COURDIER-CUISINIER (A.-S.), « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD civ.* 2005, p. 521

CROCQ (P.), « La codification incomplète de l'interdépendance des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 951

- CROS (M.-L.),** « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1949, chron. 49
- CUQ (E.),** « Études sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonienne », *Nouv. rev. hist. du droit* 1910, p. 423
- D'AGUESSEAU (H.-F.),** « Considérations sur la monnaie », in *Oeuvres de M. le chancelier d'Aguesseau*, tome X, Chez les Libraires associés, 1824
- DARMON (M.),** « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *JCP G* 1996, doct. 3976
- DAVIDOV (G.),** « Who is a worker », *Industrial Law Journal*, vol. 34, n° 1, mars 2005, p. 58
- DEBOISSY (F.),** « Le contrat de société », in *Le contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. IV, Société de législation comparée, 2008, p. 119
- DE BÉCHILLON (D.),** « La gratuité dans le doute », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 53
- DE BÉZINS (G.),** « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », in *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 289
- DECOCQ (G.),** « Du client roi au consommateur asservi ? », *Cont. Conc. Cons.* 2008, repère 9
- DE JUGLART (M.),** « La vente : un contrat en voie d'extinction au profit du contrat d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec-GLN Joly, 1991, p. 63
- DELEBECQUE (Ph.),** « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.* 2016, n°259
- DELPECH (X.),** « Le cocooking dans l'œil du cyclone », *Juris. tourisme* 2018, n°206, p. 13.
- DEMOGUE (R.),** « Des modifications aux contrats par la volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245
- DEREUX (G.),** « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, p. 503
- DESHAYES (O.),** « Tiers et contrat en France », in *Les tiers*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. LXV, Bruylant, 2016, p. 101
- DE SEVIN (B.),** « Uberpop et BlaBlaCar. – Ou comment délimiter l'économie du partage », *JCP A* 2015. I. 781
- DESMEDT (L.),** « Le bitcoin et les crypto-monnaies : nouveaux modèles, questions persistantes », *RISF* 2014/4, p. 7

DESPOTOPOULOS (C.), « La notion de *synallagma* chez Aristote », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 115

DE VAUPLANE (H.), « Bitcoin : monnaie de singe ou monnaie légale ? », *Rev. Banque* juil.-août 2013, p. 79

DE VAUPLANE (H.) et CAZAILLET (S.), « Bitcoin : money, money, money ? », *Lexbase Hebdo – édition affaires* n°567, 17 avr. 2014

DIDIER (P.),

- « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.* 1995, p. 74
- « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999

DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G* 2016, p. 580

DISSAUX (N.), « Les mystères du contrat cadre », *AJ Contrat* 2017, p. 104

DONDERO (B.), *V°* « Société créée de fait », *Rép. soc.*, Dalloz, 2009 (actualisation : mai 2019)

DOUCHY-OUDOT (M.) et JOLY-HURARD (J.), *V°* « Médiation et conciliation », *Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2013 (actualisation : juil. 2020)

DROSS (W.),

- « Les sanctions en matière contractuelle en droit privé », in *La sanction*, préf. B. Mallet-Bricout, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2007, p. 129
- « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012, p. 2229

DUBROCA (E.), « La fiscalité du financement participatif (crowdfunding) : état des lieux et perspectives », *DF* 2015, n°50, p. 725

DUMOULIN (Ch.), « Sommaire du livre analytique des contrats, usures et rentes constituées, interests et monnoyes », in *Caroli Molinaei, Franciae et Germaniae celeberrimi jurisconsulti*, t. II, sumptibus Caroli Osmont, 1581.

DUPICHOT (J.), « La gratuité et le droit », *Gaz. Pal.* 1999, doct. 930

DURRY (G.), « Les obligations de sécurité portant sur la personne du contractant », *RTD civ.* 1977, p. 323

EDELMAN (B.), « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, chron. 2315

EISENBERG (M. A.), « Why There is No Law of Relational Contracts », *Northwestern Law Review* 2000, p. 805

EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridiques », *Arch. phil. dr.* 1966, n°11, p. 25

FABRE-MAGNAN (M.),

- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85
- « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301

FAURE (L. J.), « Communication officielle au tribunal », *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (P.-A. Fenet), t. XIV, 1826, p. 214

FERRIER (D.),

- « La considération juridique du réseau », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 95
- « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 373
- « La consécration du contrat-cadre : de la reconnaissance à la méconnaissance », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc : le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 459

FLEURY (P.), « L'article L. 442-6 du Code de commerce réformé en profondeur ! », *RLDC* 2019, n°171

FONTAINE (M.),

- « Aspects juridiques des contrats de compensation », *DPCI* 1981, t. 7, p. 179
- « Les contrats de contre-achat », *DPCI* 1982, t. 8, n°2, p. 161
- « Bonne foi, contrat de longue durée, contrats relationnels », in *Principles of proper conduct for supranational, state and private actors in the European Union : towards a IUS Commune : essays in honour of Walter Van Gerven*, Antwerpen – Groningen – Oxford – Intersentia, 2001, p. 541

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43

GABET-SABATIER (C.), « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD civ.* 1980, p. 39

GARETTE (B.), « Actifs spécifiques et coopération : une analyse des stratégies d'alliance », *Revue d'économie industrielle* 1989/4, p. 15

GAUTIER (P.-Y.), « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016, p. 947

GENICON (T.),

- « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014, n°240
- « "Résolution" et "résiliation" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, p. 960

GERMAIN (M.),

- « Le juge et l'économie », *RJ com.* 2002 , numéro spécial : colloque de La Baule, Le juge et l'économie, p. 17
- *V°* « Synthèse – Contrat de société : éléments constitutif », *J.-Cl. Société Traité*, 2019

GHESTIN (J.),

- « La notion de condition potestative », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243
- « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147
- « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN-Joly éd., Litec, 1991, p. 105
- « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, 2000, vol. 92, p. 81
- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992, doct. 3628
- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777
- « L'exception d'inexécution – Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Étude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 3

GHESTIN (J.) (dir), LOISEAU (G.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), SERINET (Y.-M.) et VIRASSAMY (G.), « Chronique de droit des contrats », *JCP G* 2014, n°24, doct. 699

GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n°95-96 du 1er février 1995 », *JCP G*

GHESTIN (J.) et SERINET (Y.-M.), *V°* « Erreur », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : mai 2018)

GIBIRILA (D.),

- *V°* « Art. 1832 à 1844-17 », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10 : Société - Dispositions générales – Constitution de la société : contrat de société, 2017 (actualisation : août 2020)
- *V°* « Art. 1787 », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10 : Louage d'ouvrage et d'industrie – Contrat d'entreprise, 2019 (actualisation : août 2020)
- *V°* « Art. 1871 à 1873 », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique : Société en participation, 2018 (actualisation : août 2020)

GOETZ (C. J.) et SCOTT (R. E.), « Principles of relational contracts », *Virginia Law Review* 1981, vol. 67, p. 1089

GOMES (B.), « La réglementation française des plateformes numériques de travail », in *Ubérisation et économie collaborative. Évolutions récentes dans l'Union européenne et ses États membres*, coll. Colloques, Éditions Panthéon-Assas, 2020, Paris, p. 83

GRANDVUILLEMIN (S.), « Être ou ne pas être une entreprise de l'économie sociale et solidaire ? Une qualification entre unité et diversité », *JCP E* 2015, p. 1542

GRELON (B.), « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.* 1981, p. 288

GRIGNON (Ph.),

- « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 127
- *V°* « Distribution », *Rép. com.*, Dalloz, 2016 (actualisation : févr. 2019)

GRIMALDI (C.), « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 2008, n°2, p. 207

GROSS (B.), « Observation sur les contrats d'abonnement », *JCP G* 1987. I. 3282

GRUA (F.),

- « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, p. 263
- « Le prêt d'argent consensuel », *D.* 2003, chron. p. 1492

GRUA (F.) et CAYROL (N.), *V°* « Art. 1874 », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. unique : PRÊT. – Distinction entre le prêt à usage et le prêt de consommation, 2015 (actualisation : mars 2020)

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p. 275

GUÉRIN (A.) et GENTY (N.), « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ contrat* 2017, p. 17

GUERLIN (G.),

- « Contrat et convention (Projet, art. 1101, 1194 et 1329) », in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 1
- « Le contrat est une convention, mais toutes les conventions ne sont pas des contrats... », *LECD* mars 2016, p. 2

GUÉVEL (D.), « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229

GUIGUET-SCHIELE (Q.), « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539

GUYON (Y.), « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. I, PUAM, 1979, p. 483

HALPÉRIN (J.-L.), « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997. 2. 1176

HASSLER (T.), « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 582

HAURIOU (M.), « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales » in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de philosophie politique et juridique, 1986

HATZOPOULOS (V.), *V°* « Économie collaborative : vers un cadre de la régulation des plateformes ? », *Rép. dr. eur.*, Dalloz, 2020

HÉBRAUD (P.),

- *V°* « Acte », *Rép. civ.*, Dalloz, 1951, p. 65
- « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Maury*, t. 2, Dalloz, 1960, p. 419
- « La copropriété par appartements », *RTD civ.* 1983, p. 23

HIEZ (D.),

- « Le contrat d'association et le contrat de coopération », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 269
- *V°* « Association », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : déc. 2019)

HOCQUET-BERG (S.), « Le fabuleux destin de l'obligation de sécurité », *RCA* 2019, doss. 4

HORN (S.), « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p. 333

HUET (J.),

- « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425
- « Des distinctions entre les obligations », *RDC* 2006, p. 89
- « Offre de réforme du droit des contrats spéciaux - Réflexions critiques sur le recours à la notion de "prestation de service" au détriment de celle de "travail indépendant" », *RDC* 2020, p. 186

IOSCA (B.), « De l'inutilité de la distinction entre le professionnel et le consommateur : Enjeux de la nouvelle économie collaborative sur internet », *LPA* 2015, n°246, p. 6

IZORCHE (M.-L.), « A propos du "mandat sans représentation" », *D.* 1999, p. 369

JAMIN (Ch.),

- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 46
- « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA* 1998, p. 25
- « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Juris-classeur, 1999, p. 125
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, Paris, p.441
- « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, p. 7
- « Économie et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), PUF, 2003, p. 578
- « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, p. 2342

JESTAZ (Ph.),

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197
- « La qualification en droit civil », *Droits* 1994, t. 18, p. 45
- « Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, Paris, p. 243

JOSSERAND (L.),

- « Le contrat dirigé », *D.* 1933, chron. p. 89
- « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1977, p. 333
- « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », in *Evolutions et actualités, Conf. de droit civil*, Sirey, 1936, p. 135
- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1
- « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 369

JOURDAIN (L.), LECLERC (M.) et MILLERAND (A.), « Les enjeux juridiques des modèles économiques de consommation collaborative », *Revue des juristes de Sciences Po*, mars 2015, n°108

JULIENNE (M.), « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RD banc. fin.* 2018, étude 19

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 33

KERJOUAN (G.), « La concurrence à l'épreuve de l'économie collaborative », *Lepetitjuriste.fr*, 15 décembre 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://www.lepetitjuriste.fr/concurrence-a-lepreuve-de-leconomie-collaborative/>

KLEINER (C.), « Bitcoin, monnaie étrangère et indexation : quelle équation ? », in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 339

KOUBI (G.), « Gratuité ? Sans prix certes, mais pas sans valeur ! », in *La Gratuité, une question de droit ?*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2003, p. 9

KULLMANN (J.), « Projet de réforme du droit des contrats : vers une nouvelle définition du contrat aléatoire », *RGDA* 2015, p. 169

LABARTHE (F.), « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, (dir. N. Dissaux), Economica, 2011, p. 39

LAFOND (J.), *V*^o « Copropriété », *J.Cl. Notarial Formulaire*, fasc. 40 : règlement de copropriété – Force obligatoire – opposabilité, 2015 (actualisation : janv. 2020)

LAGRAULET (P.-E.), « Nature de l'obligation de paiement des charges et règlement de copropriété », *AJDI* 2020, p. 598

LAITHIER (Y.-M.),

- « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003
- « Aléa et théorie générale du contrat », in *L'aléa*, coll. Thèmes et commentaires, Journées nationales, Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, p. 7
- « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *JCP G* 2015, suppl. au n°21, 25 mai 2015, p. 47
- « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39

LARDEUX (G.), « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659

LARONDE-CLÉRAC (C.), *V*^o « Associations. – Généralités », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 174-10, 2020

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. fam.* 2012, étude 12

LARROUMET (C.), « L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels », *JCP G* 1988. I. 3357

LARROUMET (C.) et MONDOLONI (D.), *V*^o « Stipulation pour autrui », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), « Le bitcoin », *JCP E* 2014, act. 25

LASSERRE-KIESOW (V.),

- « Rapport introductif », in *L'aléa*, coll. Thèmes et commentaires, Journées nationales, Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, p. 1
- « Contrats et obligations – L'aléa », *JCP G.* 2009, n°31-35, p. 182

LATINA (M.),

- *V*° « Contrat : généralités », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : févr. 2020)
- « L'interdépendance contractuelle depuis la réforme du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, Paris, p. 1007

LATOURET (G.), « Les systèmes d'échanges locaux (SEL) : sujet de droits ou fabrique d'illégalisme », *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, AEF., Montchrestien, 1997, p. 373

LAVABRE (Ch.), « Éléments de la problématique du contrat cadre », *RJDA* 2002, p. 603

LE CANNU (P.), « La SAS dans la concurrence des formes sociales », *Bull. Joly* 2008, p. 236

LECOURT (B.), « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455

LEDUC (F.),

- « Deux contrats en quête d'identité, les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ-Lextenso éditions, 2008, p. 595
- « Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et le caractère aléatoire du contrat d'assurance », *RDC* 2015, p. 895

LEDUQUE (C.), « L'encadrement des plateformes collaboratives par le droit des affaires français », in *Ubérisation et économie collaborative. Évolutions récentes dans l'Union européenne et ses États membres*, coll. Colloques, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 93

LEQUETTE (S.),

- « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *Revue de droit d'Assas*, févr. 2013, p. 66
- « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541
- « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148
- « Éclipse et renaissance d'une institution : de la commande au contrat d'intérêt commun », *RDC* 2018, p. 297
- « Les réseaux de contrats. Contribution à la théorie des groupes de contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1043

LEQUETTE (Y.),

- « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247
- « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats », in *Hommage à Gérard Cornu : droit et sagesse*, actes du colloque du 7 mars 2008, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2009, p. 35
- « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 879

LE TOURNEAU (Ph.),

- « Quelques remarques terminologiques autour de la vente », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 469
- « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA* 2005, p. 4
- « Groupes de contrats », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, coll. Dalloz action, Dalloz, 11^{ème} éd., 2018-2019, chap. 3116, p. 1185
- *V°* « Mandat », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : déc. 2019)

LE TOURNEAU (Ph.) et ZOIA (M.), *V°* « Synthèse – Réseaux de distribution », *J.-Cl. Contrat – Distribution*, 2018

LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* 1998, p. 69

LÉVY (G.), « Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion », *RTD civ.* 1970, p. 1

LIBCHABER (R.),

- « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800
- « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211
- « La société, contrat spécial », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281

LICARI (F.-X.), « L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au cessionnaire et au franchisé », *RLDA* 2007, n°785, p. 93

LIÉNARD (A.), « Loi PACTE : consécration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux », *Dalloz actualité*, 16 avril 2019

LOIR (R.), « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E* 2016, p. 1042

LOMBOIS (C.), « Commentaire de la loi du 10 juillet 1965 », *D.* 1966, législ. 93 et 425

MACNEIL (I. R.),

- « The many futures of contracts », *Southern Californi Law Review* 1974, p. 691
- « Relational contract : what we do and do not know », *Wisconsin Law Review* 1985, p. 483

MAINGUY (D.), « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165

MALAURIE (M.), « Plaidoyer en faveur des associations », *D.* 1992, p. 274

MALAURIE (Ph.), « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 187

MALLET-BRICOUT (B.),

- « Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges », in *Chron. Législation française, RTD civ.* 2015, p. 952
- « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 463
- « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXIe siècle" : un nouveau souffle », in *Chron. Législation française, RTD civ.* 2017, p. 221
- « *Blockchain* et droit financier : un pas (réglementaire) décisif », *RTD civ.* 2019, p. 90.
- « Définition et notions voisines du "loyer" », in *Le loyer. Actes du colloque du 14 mars 2019*, (dir. V. Pezzella), Édilaix, coll. Thèses & Actes, Faculté de droit, Université Jean Moulin, Lyon III, 2019, p. 5

MARCHESSAUX (I.), « L'opposabilité du contrat aux tiers - La distinction entre effet obligatoire et opposabilité du contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1992

MARTIN (R.), « Le consommateur abusif », *D.* 1987, chron. 150

MARTIN (X.),

- « Les fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.* 2003, p. 247
- « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Rev. Hist. De Dr. Français et étranger* 1982, p. 589
- « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *RHFD* 1982, p. 87

MARTINE (E.-N.), « La notion d'entraide en agriculture », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, coll. Travaux de recherches de l'Université de Rennes 1, Economica, 1995, p. 343

MATHEY (N.),

- « La nature juridique des monnaies alternatives à l'épreuve du paiement », *RD banc. fin.* 2016, dossier 41
- *V°* « Représentation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : mai 2018)
- « L'ubérisation et le droit des contrats : l'immixtion des plateformes dans la relation contractuelle », in *Le droit civil à l'ère numérique*, Actes du colloque Paris II, 21 avril 2017, LexisNexis, p. 9

MATTOUT (J.-P.), « Les monnaies. Propos conclusifs », *RD banc. fin.* 2019, dossier 41

MAUME (F.), « L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation », *Cont. Conc. Cons.* 2016, Étude 5

MAURO (C.), « Permanence et évolution du commodat », *Défrénois* 2000, n°18, p. 1024

MAY (J.-Cl.), « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou Institution : en enjeu de société*, (dir. Basdevant-Gaudemet), LGDJ, 2004, p. 122

MAZEAUD (D.),

- « Loyauté, solidarité et fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz-PUF-Juris-classeur, 1999, p. 603
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295
- « Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », *Liber amicorum Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697
- « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, (dir. Chainais C. et Fenouillet D.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. 235

MAZEAUD (M.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929, p. 608 et s., n°49

MEKKI (M.),

- « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC* 2006, p. 297
- « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », in *Le mandat en question*, (dir. B. Remy), Bruylant, 2013, p. 13
- « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, p. 37
- « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC* 2016, p. 400

MEKKI (M.) et JACOB (F.), *V°* « Art. 1984 à 1990 », *J.-Cl. Civil Code*, fasc. 10 : Mandat – Définition et caractère distinctif, 2016

MEKKI (M.) et RÉMY (B.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », in *Le mandat en question*, (dir. B. Rémy), Bruylant, 2013, p. 13

MÉNARD (C.), « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute des juristes », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 661

MERCHIERS (Y.), « Les contrats de prestation de services, flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 431

MESTRE (J.),

- « L'évolution du contrat en droit privé », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24 et 25 octobre 1985, PUF, p. 41
- « Des notions de consommateurs », *RTD civ.* 1989, p. 62
- « Nouvelles conquêtes de l'indivisibilité conventionnelle », *RTD civ.* 1999, p. 107

MIGNOT (M.),

- « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004/4, p. 2153
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA* 2016, p. 7
- *V^o* « Vente. – Nature et forme. – Définition. Caractère. Formes », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 2015

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.),

- « Utilisation des contrats de location et de commodat par les professions libérales », *Dr. et patr.* 1999, p. 28
- « La loi de modernisation de l'économie : que reste-t-il du charme des SARL ? », *RJ com.* 2008, p. 359

MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 7

MOURY (J.), « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994, p. 255

MOUSSERON (J.-M.), « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 509

MOUSSERON (J.-M.) et SEUBE (A.), « À propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.* 1973, chron. 197

MOUSSERON (P.), « Le choix de la forme associative », *BJS* 2001, p. 1179

MUIR WATT (H.), « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, coll. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales, t. 4, LGDJ, 2000, p. 169

NAJJAR (I.),

- « La notion d'"ensemble contractuel" », in *Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq*, LexisNexis, Litec, Éditions du juris-Classeur, 2004, p. 509
- *V*^o « Donation », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2008 (actualisation sept. 2020)
- *V*^o « Libéralités : consentement et cause », *Rép. civ.*, Dalloz, 2011 (actualisation : août 2017)

NÉMARQ-ATTIAS (S.), « Économie collaborative : un système fiscal en pleine évolution », *Dr. fisc.* 2017, n°9, p. 175

OPPETIT (B.),

- « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI* 1974, p. 494
- « Droit et économie », *Arch. phil. dr.* 1992, p. 17
- « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 17

OST (F.), « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, coll. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales, t. 4, LGDJ, 2000, p. 137

OVERSTAKE (J.-F.), « La responsabilité du fabricant de produits dangereux », *RTD civ.* 1972, p. 518

PAINCHAUX (M.), « Les hébergements touristiques collaboratifs », *Juris tourisme* 2016, n°192, p. 23

PAILLER (P.), « Quelles règles pour l'encadrement de la monnaie virtuelle en France ? », *RISF* 2014/4, p. 39

PAILLUSSEAU (J.), « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705

PAISANT (G.),

- « Essai sur la notion de consommateur en droit positif – Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation », *JCP E* 1993, p. 267
- « La distinction entre la vente à vil prix et la vente lésionnaire », *D.* 2002, p. 930
- « À la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003. I. 121
- « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G* 2013. I. 589

PÉRI (M.), « La régulation de l'"ubérisation" », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 144

PERREAU (E.-H.), « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD civ.* 1914, p. 481

PETERKA (N.) « Achats pour autrui entre époux », in *Droit patrimonial de la famille*, (dir. M. Grimaldi), coll. Dalloz Action, 7^{ème} éd., Dalloz, 2018-2019, p. 1092

PETIT (B.) et ROUXEL (S.),

- V^o « Art. 1101 et 1102 », *J.-Cl. Civil Code*, fasc. unique : Contrat. – Définition du contrat et liberté contractuelle, 2016 (actualisation : sept. 2020)
- V^o « Art. 1105 à 1111-1 », *J.-Cl. Civil Code*, fasc. unique : Contrat. – Classification des contrats, 2016 (actualisation : août 2019)

PICOD (Y.),

- « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1998, doct. 3318
- « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 805
- « Le nouveau code de la consommation : saine réorganisation et nouvelles définitions », *AJCA* 2016, p. 125
- V^o « Obligations », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actualisation : janv. 2019)
- « Le droit européen de la consommation : entre fascination et irritation », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, LGDJ-Lextenso édition, 2018, p. 797

PIEDELIEVRE (S.), « Nouveau droit de la consommation et définition du « non-professionnel », *JCP N* 2016, n°18, act. 575

PIERRE (P.), « Aléa et qualification du contrat d'assurance sur la vie », in *L'aléa*, coll. Thèmes et commentaires, Journées nationales, Association Henri Capitant, Dalloz, 2011, p. 51

PIGNARRE (G.),

- « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTD civ.* 2001, p. 41
- V^o « Prêt », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : sept. 2020)

PINNA (A.), « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003, p. 31

PIZZIO (J.-P.), « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.* 1982, chron. 91

POLLAUD-DULIAN (F.) et RONZANO (A.), « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179

PORTALIS (J.-E.-M.), « De la vente. Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, P. A. Fenet, 1827, p. 109

POUGHON (J.-M.),

- « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits*, 1990, t. 12, p. 47
- *V*° « Échange », « Réciprocité », in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), Quadrige, PUF, 2003, p. 561

PUIG (P.),

- « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, Paris, p. 913
- « La phase précontractuelle », *Dr. et patr.* 2016, p. 52

RACINE (J.-B.), « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE* 1999, p. 77

RAYMOND (G.),

- « Questions de droit posées par les systèmes économiques locaux (SEL ou LETS) », *Cont. Conc. Cons.* 1996, n°8, p. 1
- « Définir le consommateur ! », *Cont. Conc. Cons.* 2004, repère 7
- « Définir le consommateur ? », *Cont. Conc. Cons.* 2013, repère 9
- « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 », *Cont. Conc. Cons.* 2014, dossier n°3
- *V*° « Domaine d'application du droit de la consommation », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 902, 2020

RENET (T.),

- « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », *D.* 2016, p. 1771
- « L'incohérent cantonnement par l'Assemblée nationale du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018, p. 124

RIPERT (G.), « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », *D.* 1950, chron. p. 1

ROCHFELD (J.),

- « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671
- « Monnaie électronique », *RTD civ.* 2003, p. 361
- « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47
- *V*° « cause », *Rép. civ.*, Dalloz, 2012 (actualisation : juin 2016)

RODRIGUEZ (K.), *V*° « Association », *Rép. soc.*, Dalloz, 2018 (actualisation : juil. 2020)

ROUHETTE (G.),

- « Compte-rendu de Ian R. MacNeil, *The New Social Contract : An inquiry into modern contractual relations* », *JDI* 1983, p. 960
- *V*° « Contrat », *Encyclopædia Universalis*, Corpus 6, 1993, p. 469
- « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371

ROUSSILLE (M.), « Le Bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque et droit* 2015, p. 27

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et AUBRY (H.), « Recodification du droit de la consommation. À propos de l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP E* 2016, n°15, act. 319

SAVATIER (R.), « Le droit et l'accélération de l'Histoire », *D.* 1951, chron. p. 29

SERIAUX (A.),

- « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777
- « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801

SERRAND (P.), *V°* « Réciprocité », in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), Quadriga, PUF, 2003, p. 1299

SIMLER (Ph.),

- *V°* « Interprétation des contrats », *J.-Cl. Civil Code*, Synthèse 620, 2018 (actualisation : avr. 2020)
- *V°* « Contrats aléatoires », *J.-Cl. Civil Code*, Synthèse 1270, 2018 (actualisation : mai 2020)
- *V°* « Contrats et obligations. Classification des obligations. Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2011

SIMON (F.-L.), « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.* 2006, p. 209

SIMON (O.), « La commercialité de l'association du 1^{er} juillet 1901 », *D.* 1977, chron. 153

SOUSI (G.), « Les conventions conclues entre une association et ses administrateurs », *JCP N* 1991, doct. 101248

SOUSI-ROUBI (B.), « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978, p. 257

SPEIDEL (R.-E.), « The Characteristics and Challenges of Relational Contracts », *Northwestern University Law Review* 2000, vol. 94, p. 823 et s

STARCK (B.), « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP* 1954. I. 1180

STEINMETZ (F.) et MALINVAUD (Ph.),

- « Cession de terrain contre remise de locaux », *Dalloz action Droit de la construction* 2018/2019, dossier 180
- « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », *D.* 2002, p. 1974

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, hors-série, p. 30

STRICKLER (Y.), *V*^o « Modes alternatifs de résolution des litiges – Médiation », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 1700-90, 2020

TADROS (A.), « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p. 1765

TAISNE (J.-J.), *V*^o « Obligations conditionnelles », *J.-Cl. Civil Code*, Synthèse 640, 2019 (actualisation : mai 2020)

TALLON (D.),

- « Le surprenant réveil de l'obligation de donner, *D.* 1992, chron. 67
- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223

TESTU (F.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, doctr. 3673

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357

TRÉBULLE (F.-G.), « La consommation alternative, vers un renouveau du paradigme consumériste ? », *Environnement et dév. durable* 2014, n°8-9, repère 8

TRISSON-COLLARD (P.), « Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat », *LPA* 2001, p. 4

TRUCHET (D.), « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in *Le droit contemporain des contrats*, dir. L. Cadiet, Economica, 1987

SAVATIER (R.),

- « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525
- « La vente de services », *D.* 1971, chron. p. 223

SCHMIDT (D.), « La loi Pacte et l'intérêt social », *D.* 2019, p. 633

SÉNÉCHAL (J.), « Le "courtage" des opérateurs de plateforme en ligne », *AJ Contrat* 2018, p. 8

SÉRIAUX (A.)

- « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801
- « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777
- « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD civ.* 2004, p. 225

SEUBE (J.-B.), « La relativité de la distinction des "contrats organisation" et des "contrats échange" », *Journal des sociétés, mensuel du juriste et de l'entreprise* avril 2008, p. 38

SINKONDO (M.-H.), « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD civ.* 1993, p. 239

STORRER (P.), « Les premiers pas d'un "droit Airbnb" », *D.* 2016, p. 265

THIEBART (P.), « Quand l'économie collaborative est rattrapée par le Code du travail », *JCP E* 2015, n°37, p. 142

VALLIMARESCO (A.), « Des actes juridiques avec soi-même », *RTD civ.* 1926, p. 973

VIAL-PEDROLETTI (B.), *V°* « Art. 1708 à 1762 », *J.-Cl. Civil code*, fasc. 85 : Bail d'habitation - Généralités - Définition du contrat de bail, 2016 (actualisation : nov. 2017)

VIGNERON (G.), *V°* « Règlement de copropriété. Généralités - Champ d'application », *J.-Cl. Construction – Urbanisme*, fasc. 93-10, 2011 (actualisation : juil. 2018)

VILLEY (M.), « Préface historique à l'étude de la notion de contrat », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 1

WACHSMANN (P.), *V°* « Qualification », *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), Quadrige, PUF, 1^{ère} édition, 2003, p.1277

WALTZ-TERACOL (B.), *V°* « Indivisibilité », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2018 (actualisation : sept. 2020) (rubrique précédemment rédigée par M. Bacache)

WICKER (G.), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 691

WICKER (G.) et PAGNUCCO (J.-C.), *V°* « Personne morale », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actualisation : mai 2018)

WITZ (C.), « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 2020

ZAKI (M.-S.), « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », *RID comp.* 1986, n°4, p. 1043

ZINTY (S.),

- V° « Droit commun des plateformes numériques. – Cadre de la relation entre la plateforme et les usagers », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, fasc. 1205, 2019
- V° « Droit commun des plateformes numériques. – Le déroulement de la relation entre la plateforme et les usagers », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, fasc. 1210, 2019

ZOLYNSKI (C.), « Loyauté des plateformes. De la réglementation à l'inter-régulation », *Cah. dr. ent.* 2017, n°3, dossier 16

NOTES ET OBSERVATIONS

ALFANDARI (E.), obs. sous CA Rennes, 30 mai 1978, *RTD com.* 1979, p. 490

AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *D.* 2006, pan. 2638

AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.),

- obs. sous Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *D.* 2012, p. 459
- obs. sous Com. 13 sept. 2011, *D.* 2012, p. 459

AMZALAC (V.), note sous CA Paris, 19 juin 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 636

ANCEL (P.), note sous Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, *D.* 2000, p. 407

ANCIAUX (N.), obs. sous Soc. 28 nov. 2018, *JCP S* 2019, p. 1026

ANTONMATTEI (P.-H.), obs. sous Soc. 4 mars 2020, *Dr. soc.* 2020, p. 374

ATIAS (Ch.), obs. sous Civ. 3^{ème}, 22 mars 2000, *Défrénois* 2000, p. 780

AUBERT (J.-L.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 juil. 1981, *Défrénois* 1982, p. 1085
- note sous Civ. 3^{ème}, 14 mai 1985, *Défrénois* 1985, p. 1438
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, *D.* 1987, somm. 455
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *D.* 1989, somm. 233
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, *Défrénois* 1989, p. 356
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *D.* 1991, p. 320
- note sous Ass. plén., 12 juil. 1991, « Besse », *Défrénois* 1991, p. 1301
- obs. sous Com. 22 oct. 1991, *Défrénois* 1992, p. 321
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Défrénois* 2000, p. 720

- obs. sous Mixte, 23 nov. 2004, n°03.13.673, *Défrénois* 2005, p. 607

AUBERT DE VINCELLES (C.), obs. sous CJUE 3 oct. 2013, *RTD Eur.* 2014, p. 730

AVENA-ROBARDET (V.), obs. sous Com. 19 nov. 2003, *D.* 2004, p. 60

AYNÈS (L.),

- obs. sous Com. 22 juil. 1986, *D.* 1987, somm. 445
- obs. sous Com. 7 janv. 1992, *D.* 1992, p. 278
- obs. sous Com., 23 févr. 1993, *Défrénois* 1993, p. 1060
- obs. sous Com. 4 avr. 1995, *D.* 1995, p. 231
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *Défrénois* 2011, p. 1023

BACROT (C.) et BERGER (P.), note sous Com. 18 juil. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 822

BANDRAC (M.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1996, *RTD civ.* 1996, p. 430

BARBIER (H.),

- obs. sous Com. 7 oct. 2014, *RTD civ.* 2015, p. 381
- obs. sous Civ. 2^{ème}, 8 janv. 2015, *RTD civ.* 2015, p. 376
- obs. sous Com. 30 juin 2015, *RTD civ.* 2015, p. 880
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, *RTD civ.* 2017, p. 126
- obs. sous Com. 19 juin 2019, *RTD civ.* 2019, p. 848

BARTHEZ (A.-S.), obs. sous Com. 8 avril 2015, *RDC* 2016, p. 58

BASTIAN (D.), note sous Com. 18 avr. 1961, *JCP* 1961. II. 12164

BAUGARD (D.) et BORGA (N.), note sous Com. 7 juin 2016, *D.* 2016, p. 2042

BÉHAR-TOUCHAIS (M.),

- obs. sous civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, *JCP G* 1989, II, 21373
- note sous Com. 18 févr. 1992, *JCP G* 1992. II. 21897

BEIGNIER (B.), note sous Civ. 1^{ère}, 23 nov. 2004, *D.* 2005, p. 1905

BELLENGER (A.-J.), note sous CA Paris, 11 juil. 1966, *RJ com.* 1967, p. 479

BÉNABENT (A.),

- obs. sous Mixte, 23 nov. 2004, *RDC* 2005, p. 297
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, *RDC* 2005, p. 693
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005, *RDC* 2005, p. 1029
- obs. sous Com. 22 nov. 2005, *RDC* 2006, p. 1095
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, *RDC* 2009, p. 549

BÉNAC-SCHMIDT (F.), note sous Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *D.* 1994, p. 507

BERLAUD (C.), obs. sous Com. 2 sept. 2020, *Gaz. Pal.* 2020, p. 33

BERNHEIM-DESVAUX (S.), note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 2016, *Cont. Conc. Cons.* 2016, *comm.* 201

BICHERON (F.), « Exhérédation partielle d'un héritier réservataire et preuve de l'intention libérale », *AJ Famille* 2009, p. 460

BIGOT (J.), note sous Civ. 1^{ère}, 27 déc. 1960, *D.* 1961, p. 491

BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), note sous Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, *JCP G* 1999. II. 10083

BLANCHER (R.), note sous CA Paris, 26 mai 1967, *Gaz. Pal.* 1967. 2. 246

BONNET (C.), obs. sous Com. 2 sept. 2020, *D. actualité* 14 sept. 2020

BORIES (F.), note sous CA Aix-en-Provence, 16 mai 1973, *D.* 1974, p. 676

BOUJEKA (A.), note sous Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *D.* 2005, p. 1948

BOUYEURE (R.), obs. sous Civ. 3^{ème}, 22 mars 2000, *D.* 2001, p. 345

BRETON (A.), note sous Civ. 17 nov. 1930, *S.* 1932. 1. 17

BRIAND (Ph.), note sous Com. 14 janv. 2014, *Bull. Joly* 2014, p. 384

BRIGNON (B.), note sous Com. 16 déc. 2014, *JCP E* 2015, p. 1051

BROS (S.), obs. sous Com. 12 juil. 2017, *AJ contrat* 2017, p. 429

BROUSSOLLE (D.), « Uber, taxis et covoiturage : fin de la saga ? », *JCP G* 2015, n°45, p. 1197

BRUN (Ph.), obs. sous Com. 22 nov. 2005, *RDC* 2006, p. 383

CABRILLAC (M.), et PÉTEL (Ph.), obs. sous Com. 28 juin 1994, *JCP G* 1995. II, *doctr.* 3815, n°14

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.),

- obs. sous CA Paris, 12 nov. 1991, *RTD com.* 1992, p. 812
- obs. sous Com. 22 oct. 1991, *RTD com.* 1992, p. 392
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, *RTD com.* 2010, p. 740

CHANTEPIE (G.), obs. sous Com. 23 octobre 2007, *D.* 2008, p. 954

CHAPPERT (A.), note sous Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1989, *Défrénois* 1989, p. 181

CLAVIER (J.-P.), note sous Com. 28 mai 2003, *LEDPI* 2003, p. 5

CORNU (G.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 déc. 1960, *RTD civ.* 1961, p. 700
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1968, *RTD civ.* 1968, p. 558
- obs. sous Trib. com. Paris, 14 avril 1972, *RTD civ.* 1973, p. 145
- obs. sous CA Rennes, 19 déc. 1972, *RTD civ.* 1973, p. 587

CROCQ (P.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1996, *RTD civ.* 1996, p. 431

DAGORNE-LABBE (Y.),

- note sous Civ. 3^{ème}, 12 juin 1996, *JCP G* 1997. II. 22781
- note sous Civ. 3^{ème}, 4 juil. 2007, *Défrénois* 2007, p. 1535

DAIGRE (J.-J.), note sous Com. 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1074, § 385

DALLANT (E.), rapport sur Com. 29 janv. 1968, *D.* 1968, p. 341

DANNIS-FATOME (A.), note sous Com. 19 juin 2019, *RDC* 2019, p. 29

DAVID (C.), note sous Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1986, *JCP* 1988. II. 21027

DEBET (A.), note sous TI Dieppe, jur. proximité, 7 févr. 2011, Igor D. c/ Priceminister, *Comm. com. électr.* 2011, comm. 37

DE JUGLART (M.) et DU PONTAVICE (E.), note sous Com. 3 juin 1964, *JCP* 1965. II. 14163

DELEBECQUE (Ph.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, *D.* 1988, p. 1
- note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, *JCP E* 1988 p. 15294
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, *D.* 1995, p. 229
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Défrénois* 1994, p. 795
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, *Défrénois* 1996, p. 1015
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, *Défrénois* 1998, p. 1042
- note sous Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *D.* 1999, p. 115
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, *D.* 2000, p. 361
- note sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *D.* 2000, p. 358

DELPECH (X.), obs. sous Com. 5 juin 2007, *D.* 2007, p. 1723

DEMOGUE (R.),

- note sous CA Nancy, 17 mars 1920, *RTD civ.* 1921, p. 240
- obs. sous Trib. Civ. Chambéry, 9 janv. 1936, *RTD Civ.* 1936, p. 487

DUPICHOT (Ph.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 juil. 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 1. Pan. 93

FAGES (B.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 16 juil. 1998, *JCP G* 1999. II. 10000
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *RTD civ.* 2011, p. 532
- obs. sous Com. 13 sept. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 758
- note sous Com. 13 sept. 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 22
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 31 oct. 2012, *RTD civ.* 2013, p. 109

FAUCHOUX (V.), obs. sous TI Dieppe, 7 févr. 2011, *RLDC* avr. 2011, n°81

FERRIER (D.),

- obs. sous Com. 10 févr. 1987, *D.* 1988, somm. 21
- note sous Com. 19 déc. 1989, *D.* 1990, p. 368

FOREST (G.), obs. sous Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, *D.* 2008, p. 548

GALLMEISTER (L.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, *D.* 2008, p. 911

GAUDEMET (A.), note sous Com. 13 sept. 2011, *D.* 2012, p. 130

GAUTIER (P.-Y.), note sous TI Paris, 5^{ème} chambre, 6 avr. 2016, *RTD civ.* 2016, p. 651

GAVALDA (C.) et LUCAS DE LEYSAC (C.), obs. sous Conseil de la concurrence, 29 sept. 1987, *D.* 1988, somm. 295

GENICON (T.),

- note sous Com. 13 avril 2010, n°09.13712, *RDC* 2010, p. 1228
- obs. sous Com., 15 mars 2011, *RDC* 2011, p. 795

GHESTIN (J.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *D.* 1991, p. 449
- note sous Ass. plén., 12 juil. 1991, « Besse », *D.* 1991, p. 549
- note sous Com., 22 oct. 1991, *D.* 1993, p. 181
- note sous Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *D.* 2007, p. 277

GIBOULOT, note sous Civ. 6 mars 1876, *D.* 1876. 1. 193

GOMES (B.), obs. sous CJUE, ord. 22 avr. 2020, *SSL* 2020, n°1097

GRIMALDI (M.), « Le mobile est indifférent à l'existence de l'intention libérale », *RTD civ.* 2011, p. 162

GROUDEL (H.),

- « La coupe jusqu'à la lie ? (À propos de l'assurance des centres de transfusions sanguines) », *Resp. civ. et assur.* 2004, chron. 21
- « Étendue de la garantie dans le temps des contrats d'assurance des centres de transfusions sanguines (demande d'annulation du contrat pour vice du consentement) », *Resp. civ. et assur.* 2004, comm. 385

GRYNBAUM (L.), note sous TGI Mulhouse, 12 janv. 2006, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 112

GUILLOT (E.),

- note sous Civ. 3^{ème}, 17 mars 1976, *JCP G* 1977. II. 18542
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 4 janv. 1990, *Administrer* oct. 1990, p. 50

GUYON (Y.),

- note sous CA Reims, 19 févr. 1980, *JCP G* 1981, II, 19496
- note sous Com. 3 juin 1986, *Rev. soc.* 1986, p. 585

HALLOUIN (J.-C.), obs. sous Com. 30 juin 2015, *D.* 2015, p. 2401

HÉMARD (J.),

- obs. sous Paris, 26 janv. 1966, *RTD com.* 1966, p. 104, n°6
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1973, *RTD com.* 1974, p. 146

HOUTCIEFF (D.), « Les incohérence de l'interdépendance », note sous Mixte, 17 mai 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n°136c6

HUET (J.), obs. sous CJUE, 22 oct. 2015, *RDC* 2017, p. 54

HUGUENEY (L.), note sous Civ. 7 févr. 1912, *S.* 1914. I. 305

JAKOULOFF (K.), obs. sous CJUE, 3 oct. 2013, *RMCUE* 2014, p. 436

JAMIN (Ch.),

- note sous Ass. plén., 12 juil. 1991, *D.* 1991, chron. 257
- note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, *JCP G* 1994. II. 22325
- note sous Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *D.* 1999, p. 97

JOURDAIN (L.), note sous Ass. plén., 12 juil. 1991, « Besse », *RTD civ.* 1991, p. 750

KESSLER (G.), « Société créée de fait : les leçons du droit comparé », *D.* 2005, p. 86

LAHER (R.), « Mandat et confiance », *RTD civ.* 2017, p. 541

LAITHIER (Y.-M.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *RDC* 2013, p. 70
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 26 septembre 2012, n°10-23912, *RDC* 2013 p. 59
- obs. sous Com. 18 déc. 2012, *RDC* 2013, p. 533

LARROUMET (Ch.),

- note sous Com. 14 mai 1979, *D.* 1980, p. 157
- note sous Civ. 3^{ème}, 17 mars 1981, *D.* 1981, IR, p. 442
- note sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, *D.* 1989, p. 5
- note sous Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, *D.* 1999, p. 351

LAURENT (J.-Ch.), note sous Civ. 17 nov. 1930, *D.* 1932. 1. 161

LE BOURG (J.), note sous Civ. 3^{ème}, 24 avr. 2013, *LPA* 2014, p. 7

LE CANNU (P.), note sous Com. 7 juin 1983, *Rev. sociétés* 1983, p. 796

LEGEAIS (D.),

- obs. sous Com. 8 juill. 2008, *RTD com.* 2008, p. 828
- obs. sous Com. 12 juil. 2017, *RTD com.* 2017, p. 671

LE GUIDEC (R.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, *JCP G* 2005, doctr. 187, n°8
- obs. sous Mixte, 23 nov. 2004, *JCP G* 2005, dotr. 187, n°13

LE STAND (C.), obs. sous TI Paris, 25 juin 2013, *D.* 2013, p. 2487

LEVENEUR (L.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 1992, *Cont. Conc. Cons.* 1992, comm. 200
- note sous Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, *JCP G* 1994. II. 22334
- note sous Civ. 1^{ère}, 4 juil. 1995, *Cont. Conc. Cons.* 1995, n°181
- note sous Com. 22 oct. 1996, *Cont. Conc. Cons.* 1997, n°24
- note sous Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 127
- note sous Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, *Cont. Conc. Cons.* 1999, n°54
- note sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Cont. Conc. Cons.* 2000, comm. 106
- note sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *JCP E* 2000, p. 1383
- note sous Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, *Cont. Conc. Cons.* 2000, comm. 156
- obs. sous Com. 27 nov. 2001, *Cont. Conc. Cons.* 2002, comm. 45
- note sous Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, *Cont. Conc. Cons.* 2002, comm. 118
- note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, *Cont. Conc. Cons.* 2005, comm. 40
- note sous Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005, *Cont. Conc. Cons.* 2005, comm. 148
- note sous Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, *Cont. Conc. Cons.* 2006, comm. 221
- note sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, *Cont. Conc. Cons.* 2008, comm. 174

- note sous Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2008, *Cont. Conc. Cons.* 2009, comm. 4
- note sous Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *Cont. Conc. Cons.* 2011, comm. 186
- note sous Civ. 2^{ème}, 13 janv. 2012, *Cont. Conc. Cons.* 2012, comm. 85
- note sous Civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *Cont. Conc. Cons.* 2012, comm. 120

LIBCHABER (R.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 1er oct. 1996, *D.* 1996, p. 327
- « Entre monnaies et médailles, les pièces de collection », obs. sous Ass. Plén., 18 juin 1999, *D.* 2000, p. 248
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, *Défrénois* 2002, p. 259
- obs. sous Ass. plén., 29 oct. 2004, *Défrénois* 2004, p. 1732
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, n°02.11088, *Défrénois* 2005, p. 617
- obs. sous Com. 12 juil. 2005, *Défrénois* 2006, p. 610
- obs. sous Com. 22 oct. 2005, *Défrénois* 2006, p. 605
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, *Défrénois* 2008, p. 1345

LOIR (R.), « La Cour de cassation applique la nouvelle définition du professionnel », note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 2016, *JCP E* 2016, p. 1419

LOISEAU (G.),

- note sous CA Paris, 5 févr. 2013, *JCP G* 2013, p. 411
- note sous TGI Paris, ord. Réf., 12 mai 2016, Synd. National des Transports Légers c/ GoGo RunRun, *Comm. Com. électr.* 2016, comm. 61
- obs. sous CJUE, 4 oct. 2018, *Comm. com. électr.* 2018, comm. 90
- obs. sous Soc. 4 mars 2020, *JCP S* 2020, p. 1080

LOUSSOUARN (Y.), obs. sous Civ. 2^{ème}, 13 avr. 1972, *RTD civ.* 1973, p. 769

LUBY (M.),

- obs. sous CJUE, 3 juil. 1997, *RTD com* 1998, p. 736
- « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (À propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Sri, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas, aff. C-542/99), *Cont. Conc. Cons.* 2002, chron. n°14

LUCAS (F.-X.), « La société dite créée de fait », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737

LUCIANI (A.-M.), note sous Civ. 1^{ère}, 4 juil. 1995, *D.* 1997, p. 206

LYON-CAEN (C.), note sous Civ. 21 nov. 1911, « Cie Générale Transatlantique », *S.* 1912. I. 73

MALINVAUD (Ph.) et BOUBLI (B.), obs. sous Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1991, n°87.15229, *RDI* 1992, p. 76

MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST (A.), obs. sous CJUE, 20 janv. 2005, *RTD com.* 2005, p. 636

MARTINIÈRE (R.), obs. sous Soc. 4 mars 2020, *Gaz. Pal.* 2020, p. 71

MATHEY (N.), note sous Com. 9 déc. 2014, *Cont. Conc. Cons.* 2015, comm. 31

MAZEAUD (D.),

- note sous Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *JCP G* 1995. II. 22366
- obs. sous Com. 22 oct. 1996, *Défrénois* 1997, p. 333
- note sous Com. 15 févr. 2000, *Défrénois* 2000, p. 1118
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *RDC* 2007, p. 256
- note sous Com. 24 avr. 2007, *RDC* 2008, p. 276
- note sous Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1135
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 juin 2008, *RDC* 2008, p. 1133
- note sous Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *D.* 2011, p. 1457

MESTRE (J.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1986, *RTD civ.* 1986, p. 602
- obs. sous Com. 22 juil. 1986, *RTD civ.* p. 338
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, *RTD civ.* 1987, p. 537
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *RTD civ.* 1988, p. 533
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, *RTD civ.* 1989, p. 74
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *RTD civ.* 1990, p. 73
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 5 juil. 1989, *RTD civ.* 1990, p. 65, n°2
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 31 mai 1989, *RTD civ.* 1990, p. 69
- obs. sous Com. 18 juil. 1989, *RTD civ.* 1990, p. 66
- obs. sous Com. 19 déc. 1989, *RTD civ.* 1990, p. 649
- obs. sous Soc. 3 juil. 1990, *RTD civ.* 1991, p. 316
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, *RTD civ.* 1992, p. 99
- obs. sous Com. 8 janv. 1991, *RTD civ.* 1991, p. 528
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *RTD civ.* 1991, p. 526
- obs. sous Com. 23 févr. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 99
- note sous Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 622
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, *RTD civ.* 1996, p. 901
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, *RTD civ.* 1999, p. 381

MESTRE (J.) et FAGES (B.),

- obs. sous Com. 15 févr. 2000, *RTD civ.* 2000, p. 325
- obs. sous CJCE, 22 nov. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 291
- obs. sous Com. 19 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 86
- obs. sous Com. 12 juil. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 307
- obs. sous Com. 22 nov. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 302

MIGNOT (M.), note sous Com. 14 janv. 2014, *Gaz. Pal.* 2014, p. 8

MORTIER (R.), note sous Com. 13 sept. 2011, *Dr. sociétés* 2011, comm. 211

MOULY (J.), note sous Soc. 3 juil. 1990, *D.* 1991, p. 507

NAJJAR (I.),

- note sous Com. 23 janv. 1991, *D.* 1992, p. 457
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, *D.* 2004, p. 657

NASTE (M.), note sous CA Lyon, 6 févr. 1933, *DP* 1936. 2. 6

PAISANT (G.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, *JCP G* 1987. II. 20893
- note sous Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *JCP G* 1991. II. 21763
- note sous Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, *D.* 1995, p. 327
- note sous CJCE, 22 nov. 2001, *JCP G* 2002. II. 10047
- note sous Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *JCP G* 2005. II. 10114
- note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 2016, *JCP G* 2016, p. 924
- note sous Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, *JCP G* 2019, p. 1260

PASQUIER (T.), obs. sous Soc. 4 mars 2020, *AJ contrat* 2020, p. 227

PATARIN (J.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1989, *RTD civ.* 1989, p. 802

PERROTIN (F.), note sous CE, 8 juill. 2015, n°371466, *LPA* 2015, p. 4,

PEYRONNET (M.), obs. sous Soc. 28 nov. 2018, *RDT* 2019, p. 36

PIÉDELIÈVRE (S.), note sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *D.* 2000, p. 482

PIQUET (S.), « L'indivisibilité des contrats », note sous Com. 4 avr. 1995, *D.* 1996, p. 141

PIRONON (V.), obs. sous CJUE, 25 janv. 2018, *AJ contrat* 2018, p. 124

PLANIOL (M.),

- note sous CA Nîmes, « Davic c/ Commune de Vaison », 22 janv. 1890, *D.* 1891. 2. 113
- note sous Civ. 4 mai 1898, *D.* 1898. I. 457

PUIG (P.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005, *RDC* 2005, p. 1123
- note sous Com. 15 sept. 2009, *RDC* 2010, p. 141

RADOUANT (J.), note sous Civ., 12 juil. 1956, *D.* 1956, p. 749

RAFFI (R.), obs. sous Civ. 3^{ème}, 10 nov. 2009, *LPA* 2010, n°51, p. 9

RAYMOND (G.),

- note sous TGI Foix, 6 janvier 1998, Min. publ. c/ Robert Evans et John McCulloch, *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 65
- note sous CA Toulouse, 17 septembre 1998, M. Evans et autres c/ CAPEB et autres, *Cont. Conc. Cons.* 1999, comm. 82
- note sous Civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, *Cont. Conc. Cons.* 2009, comm. 182

RAYNARD (J.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, *JCP E* 1997. II. 617, n°21

RÉMY (Ph.),

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 juil. 1981, *RTD civ.* 1982, p. 427
- note sous TGI Paris, 26 mai 1983, *RTD civ.* 1984, p. 121
- obs. sous Com. 4 juill. 1989, *RTD civ.* 1990, p. 105

ROBERT (J.), note sous Civ. 2^{ème}, 13 avr. 1972, *D.* 1973, p. 2

ROCHFELD (J.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *RDC* 2013, p. 25

RODIÈRE (R.), obs. sous Com. 3 juin 1964, *DMF* 1964, p. 588

ROME (F.), édito sous Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *D.* 2011, p. 1273 ;

ROUSSILLE (M.), note sous Soc. 12 juin 2012, *Dr. sociétés* 2012, comm. 161

SAENKO (L.), note sous Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, *D.* 2009, p. 279

SAINTE ROSE (J.), concl. sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *JCP G* 2000. II. 10296

SARRUT (L.), note sous Ch. réunies, 11 mars 1914, Caisse rurale Cne Manigod c/ Enregistrement, *DP* 1914. I. 257

SAVATIER (R.),

- note sous Trib. Civ. Seine, 17 oct. 1928, *D.P.* 1929. I. 141
- note sous Civ. 1^{ère}, 27 mai 1959, *D.* 1959. 524

SAVAUX (E.),

- note sous Civ. 3^{ème}, 11 janv. 2006, *Défrénois* 2006, p. 721
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 4 juil. 2007, *Défrénois* 2007, p. 1535
- « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, p. 786

SÉRIAUX (A.), obs. sous Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997, p. 121

SEUBE (J.-B.),

- obs. sous Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2004, *Bull. civ.* III, n°6, *RDC* 2004, p. 708
- obs. sous Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2003, *Bull. civ.* III, n°178, *RDC* 2004, p. 362

- « De la reconnaissance judiciaire de l'existence d'un bail », *RDC* 2006, p. 758
- « Quand l'article 1135 du Code civil met à jour une condition », obs. sous Civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, *RDC* 2010, p. 670

SORTAIS (J.-P.), note sous Com. 19 déc. 1989, *D.* 1991, p. 60

STREIFF (Y.), note sous Com. 16 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 272

TISSEYRE (S.),

- « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », note sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *D.* 2011, p. 2245
- note sous Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, *D.* 2019, p. 2331
- note sous Civ. 3^{ème}, 7 nov. 2019, *D.* 2020, p. 55

TOURNAFOND (O.),

- obs. sous Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *D.* 1994, p. 230
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 juil. 2001, *D.* 2002, p. 932

VALLANSAN (J.), note sous Civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, *BJS* 2010, p. 448

VAREILLE (B.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *D.* 1995, p. 333

VENANDET (G.), obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *JCP G* 1989, doct. 3391

VERMELLE (G.), obs. sous Civ. 3^{ème}, 9 déc. 1986, *Défrénois* 1987, p. 1187

VIAL-PEDROLETTI (B.), note sous Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2013, n°12-15.478, *Loyers et copr.* 2013, comm. 167

VIALLETON (H.), note sous Cass. Civ., 24 janv. 1928, *S.* 1929. 1. 137

VIGNEAU (D.), note sous Ass. plén., 29 oct. 2004, *D.* 2004, p. 3175

VIGNERON (G.) et COUTANT-LAPALUS (C.), note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, *Loyers et copr.* 2016, comm. 210

VINEY (G.), note sous Ass. plén., 12 juil. 1991, « Besse », *JCP G* 1991. II. 21743

VIRASSAMY (G.), note sous Com. 4 juill. 1989, *D.* 1990, p. 246

WILLOCX (L.), obs. sous Soc. 4 mars 2020, *RDT* 2020, p. 328

WILMANN (Ch.), note sous Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, *D.* 2000, p. 76

BIBLIOGRAPHIE NON JURIDIQUE

a. OUVRAGES D'ÉCONOMIE

BAYON (D.), *Les SEL, pour un vrai débat*, coll. Economie, Yves Michel, 1999, 129 p.

BOTSMAN (R.) et ROGERS (R.), *What's Mine Is Yours : The Rise of Collaborative Consumption*, New-York, HarperCollins, 2011, 280 p.

DERUDDER (Ph.), *Les monnaies locales complémentaires : pourquoi, comment ?*, Yves Michel, coll. Économie, 2012, 256 p.

MORLIGHEM (A.), *Le nouvel art des co : économie collaborative*, Décisions durables., coll. Interstices, 2014, 253 p.

OSTROM (E.), *La Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck Supérieur, 2010, 310 p.

PASCAL (B.), *Pensées*, t. 3, Librairie Hachette et Cie, 1904, 423 p.

RIFKIN (J.), *La nouvelle société du coût marginal zéro. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Les liens qui libèrent, 2014, 509 p.

b. OUVRAGES AUTRES (PHILOSOPHIE, SOCIOLOGIE, ETC.)

DESROSIERS (J.-B.), *Soyons justes. t. II, Justice commutative : Restitution. Contrats*, Éd. de l'Institut Pie-XI, 1945, 521 p.

GODBOUT (J.), *Le don, la dette et l'identité : homo donator versus homo oeconomicus*, La découverte, 2000, 190 p.

GODBOUT (J.) et CAILLÉ (A.), *L'esprit du don*, La Découverte, 2007, 258 p.

MANDIN (D.), *Les systèmes d'échanges locaux (SEL). Circulations affectives et économie monétaire*, coll. Logiques sociales, L'Harmattan, 2009, 232 p.

MAUNIER (R.), « Recherches sur les échanges rituels en Afrique du Nord », coll. Intérieurs du Maghreb, Éditions Bouchène, 1998, 182 p.

MAUSS (M.), *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, préf. F. Weber, coll. Quadrige, PUF, 2^{ème} éd., 2012, 241 p.

SERVET (J.-M.) (dir.), *Une économie sans argent : les systèmes d'échange local*, éd. du Seuil, Paris, 1999, 349 p.

SPENCER (H.), *Principes de sociologie*, t. 3, Librairie Germer Baillière et Cie, 1883, 884 p.

c. ARTICLES D'ÉCONOMIE

COMBE (E.), « Pourquoi les firmes s'allient-elles ? Un état de l'art », *Rev. écon. pol.* 1988, p. 433

COMBES (F.), « 25 ans d'industrie automobile en Amérique latine », *Culture technique n°25, Automobile et procès*, octobre 1992, p. 51

DORTIER (J.-F.), « L'économie du partage, une alternative au capitalisme ? », *Sciences humaines* 2015/1, n°266, p. 18

HARDING (G.), « The tragedy of the commons », *Science*, 13 décembre 1968

NORMAND (J.), « Pourquoi et comment les entreprises se rapprochent-elles ? Formes et modalités de coopération entre entreprises », in *La coopération entre entreprises, expériences et problèmes*, coll. Sciences sociales et administration des affaires, Vaillant-Carmanne, 1967, Liège, p. 25.

SIMON (J.-C.), « Les mirages de l'économie du partage », *LaTribune.fr*, 3 juillet 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.latribune.fr/opinions/blogs/le-blog-du-contrarian/les-mirages-de-l-economie-du-partage-489415.html>

STAHEL (W.-R.), « The Functionnal Economy : Cultural and Organizational Change », *Science & Public Policy*, vol. 13, n°4, 1986

TEUBNER (G.), « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion* nov./déc. 1993, p. 50

d. ARTICLES DE PRESSE GÉNÉRALISTES

ARNAUD (E.), D'AUDIFFRET (N.), MASSÉ (D.) et STOCK (B.), « Changer l'entreprise, changer la consommation ? », *Esprit*, juillet 2015, p. 54

BÉJA (A.), « Les métamorphoses du capitalisme », *Esprit*, Juillet 2015, p. 5

BOREL (S.), MASSÉ (D.) et DEMAILLY (D.), « L'économie collaborative, entre utopie et big business », *Esprit*, Juillet 2015, p. 9

BOTSMAN (R.), « The sharing economy lacks a shared definition », 2013. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>

KRETZSCHMAR (C.), « Economie de partage, sociale ou collaborative : attention à la confusion », *Les échos*, 14 oct. 2015

KRISTANADJAJA (G.) et COQUARD (E.), « Airbnb à Paris : le squat des agents immobiliers », *Libération*, 7 juillet 2015

POUSSON (J.), « Les agences immobilières colonisent Airbnb », *L'Obs*, 19 août 2015

SERVET (J.-M.), « Une autre philosophie d'échange », *Libération Economie*, 2 janvier 2014, disponible à l'adresse suivante : http://www.liberation.fr/economie/2014/01/02/une-autre-philosophie-d-echange_970276.

STEIN (J.), « My Night in the Fast Lane », *Time Magazine*, 29 juillet 2013

TERRIS (F.), « SEL, mode d'emploi », disponible à l'adresse suivante : http://www.transversel.org/IMG/pdf/SEL_MODE_D_EMPLOI_v5_9.pdf

ÉTUDES, AVIS, RAPPORTS, PROJETS DE LOI

ADEME

- *Les français et les pratiques collaboratives. Qui fait quoi ? Et pourquoi ?*, Ipsos Public Affairs, janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://ademe.typepad.fr/files/ademe-pratiques-collaboratives-08.02.13.pdf>
- *Potentiels d'expansion de la consommation collaborative pour réduire les impacts environnementaux*, novembre 2016, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/consommation-collaborative-2016-synthese.pdf>

BIGOT (R.), DAUDEY (E.) et HOIBIAN (S.), *Société collaborative : l'argent d'abord, le partage aussi*, consommation et modes de vie, n°274, CRÉDOC, avril 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.credoc.fr/pdf/4p/274.pdf>

BOUVARD (M.), CARCENAC (T.), CHIRON (J.), DALLIER (P.), GENEST (J.), LALANDE (B.) et DE MONTGOLFIER (A.), *L'économie collaborative : propositions pour une fiscalité simple, juste et efficace*, Rapport d'information enregistré à la Présidence du Sénat le 17 septembre 2015

CESE, *La consommation collaborative ou participative : un modèle de développement durable pour le XXI^e siècle*, avis du 21 février 2014 (publié au JOUE le 11 juin 2014)

CHARIE (M.), Rapport n°1775 fait au nom de la commission de la production, déposé le 7 décembre 1994, p. 12

COFAGE, *L'ubérisation de l'économie en France : une nouvelle arme de destruction créative massive ?*, Les publications économiques de COFAGE, décembre 2016

COMMISSION EUROPÉENNE, *Un agenda pour l'économie collaborative*, Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 2 juin, p. 3

DEMAILLY (D.) et NOVEL (A.-S.), *Économie du partage : enjeux et opportunité pour la transition écologique*, coll. Nouvelle prospérité, Institut de développement durable et des relations internationales (IDDRI), Study, Nouvelle prospérité, juillet 2014

DGCCRF, *Économie collaborative*, fiche pratique, octobre 2018

GOMES (B.), *Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants, Étude comparée en droit allemand, espagnol, français, italien et anglais*, Rapport pour l'Organisation Internationale du Travail, bureau de Paris, décembre 2017

HOIBIAN (S.), *Le collaboratif, nouvel horizon utopique ?*, consommation et modes de vie, n°298, CÉDOC, avril 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://www.credoc.fr/publications/le-collaboratif-nouvel-horizon-utopique>

IFOP, *Observatoire de l'économie collaborative des sites « A little »*, communiqué de presse, avril 2014

INJEP, *Les chiffres clés de la vie associative 2019*, Ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse, 2019

MASSÉ (D.), BOREL (S.) et DEMAILLY (D.), *Comprendre l'économie collaborative et ses promesses à travers ses fondements théoriques*, Institut de développement durable et des relations internationales (IDDRI), Working paper, Nouvelle prospérité, juillet 2015, n°5

NOTAT (N.) et SENARD (J.-D.), *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances du Travail, 9 mars 2018

PIPAME (POLE INTERMINISTERIEL DE PROSPECTIVE ET D'ANTICIPATION DES MUTATIONS ECONOMIQUES), *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, Études économiques, Rapport final, juin 2015

PWC, « The sharing economy – sizing the revenue opportunity », *Consumer Intelligence Series*, étude PWC, avril 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.pwc.co.uk/issues/megatrends/collisions/sharingeconomy/the-sharing-economy-sizing-the-revenue-opportunity.html>

RIPPE-LASCOUT (G.) et TERNISIEN (V.), « Panorama. Ubérisation de l'économie en France : une nouvelle arme de destruction créatrice massive ? », *Les publications économiques de COFACE*, décembre 2016

RODI (N.), *L'économie collaborative, un phénomène source de nouvelles opportunités et de multiples défis*, CCI Paris Ile-de-France, 2017

TERRASSE (P.), *Rapport au Premier Ministre sur l'économie collaborative*, Hôtel de Matignon, février 2016

TNS-SOFRES, *Nouvelles consommations, Nouvelle confiance. Les français et la consommation collaborative*, Observatoire de la confiance (Le Groupe La Poste), 14 novembre 2013

SITES INTERNET

<http://www.accorderie.fr/>

<http://www.accorderie-des-lones.fr/index.php/une-accorderie-kesako/foire-aux-questions#pourquoi-avoir-besoin-d-un-salarie-quel-est-son-role>.

<https://andes-france.com/>

<https://annuairedessel.org/>

<https://www.ain.fr/solutions/epiceries-sociales-solidaires/>

http://cerizeen.csc79.org/IMG/pdf/reglement_sel.pdf

<https://www.couchsurfing.com/>

<https://www.couchsurfing.com/about/about-us/>

<http://www.couchsurfing.com/about/how-it-works/>.

<https://www.couchsurfing.com/about/values/>

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_44525.html

<https://www.economie.gouv.fr/entreprises/crowdfunding-financement-participatif>

<https://www.emansel.fr/index.php/fonctionnement/reglement-interieur>

<http://www.esspace.fr/crowdfunding.html>

<https://help.guesttogoest.com/hc/fr/articles/212195069-Comment-puis-je-noter-un-%C3%A9change->

<https://help.guesttogoest.com/hc/fr/categories/201540225-Les-GuestPoints>

<http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe-def-2020.pdf>

<https://www.homeexchange.fr>

<https://www.homeexchange.fr/p/conditions-generale-d-utilisation>

<https://www.homeexchange.fr/p/les-fondamentaux>

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000626478-Comment-cela-se-passe-t-il-en-cas-de-dommages-ou-d%C3%A9saccord->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000609938-Comment-finaliser-un-%C3%A9change-non-r%C3%A9ciproque->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360009466098-Les-h%C3%B4tes-peuvent-ils-demander-des-frais-suppl%C3%A9mentaires->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000631277-Puis-je-modifier-la-valeur-en-GuestPoints-de-ma-maison->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360006762058-Qu-est-ce-que-HomeExchange->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000631237-Qu-est-ce-que-les-GuestPoints->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000635157-Que-faire-en-cas-de-dommages->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000635177-Que-faire-en-cas-de-vol->

<https://homeexchangehelp.zendesk.com/hc/fr/articles/360000626378-Que-faire-si-quelque-chose-manque-ou-ne-correspond-pas-%C3%A0-mes-attentes-lors-de-mon-arriv%C3%A9e->

<https://www.homelink.fr/>

<https://www.la-spa.fr/nos-statuts>

<http://www.lagonette.org/>

<http://www.lagonette.org/wp-content/uploads/DP-La-Gonette.pdf>

http://www.lagonette.org/hrf_faq/difference-sel-systeme-dechange-local/

[https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/altruisme/2592.](https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/altruisme/2592)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000027383756&type=general>

<https://lesecolohumanistes.fr/systeme-d-echange-local/>

<https://www.lovehomeswap.fr/faqs/borrowing-points>

<http://maisondechanges-grande-synthe.fr/index.php?page=le-reglement>

<http://sel.dinan.free.fr/index.php/reglement-interieur>

[http://sel-croixrousse.org/docs/article.php3?id_article=2.](http://sel-croixrousse.org/docs/article.php3?id_article=2)

<http://www.sel-lyonrivegauche.fr/>

<http://www.sel-terre.info/catalogue/>

<http://seldelabaie.fr/fonctionnement-et-reglement-interieur/>

<http://seldefrance.communityforge.net/node/9>

[http://seldefrance.communityforge.net/node/33.](http://seldefrance.communityforge.net/node/33)

<http://sel.dinan.free.fr/index.php/reglement-interieur>

<https://selduberge.wordpress.com/le-sel-du-berange-au-quotidien/reglement-interieur/>

<https://selidaire.org/sites/selidaire.org/files/Statuts%20de%20SEL%27idaire%20adopt%C3%A9s%20apr%C3%A8s%20AGE.pdf>

<https://selnantis.org/fr/infos-utiles/nos-statuts/>

<https://selnantis.org/fr/infos-utiles/notre-reglement-interieur/>

<https://www.societe.com/societe/pmtt-832627202.html>

<https://www.societe.com/societe/tukazza-532000783.html>

<https://statistiques.pole-emploi.org/stmt/publication>

<https://tempoapp.fr/>

<https://tempoapp.fr/petit-guide-dutilisation/>

http://www.transversel.org/IMG/pdf/SEL_MODE_D_EMPLOI_v5_9.pdf

[https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-community-guidelines&country=france&lang=fr.](https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-community-guidelines&country=france&lang=fr)

[https://www.verif.com/actionnaires-filiales/TUKAZZA-532000783/.](https://www.verif.com/actionnaires-filiales/TUKAZZA-532000783/)

TABLE DE JURISPRUDENCE

a. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const., Décision n° 2015-484 QPC, 22 sept. 2015, *Société UBER France SAS et autre*, JCP G 2015, n° 45, p. 1197, note Broussolle D. ; *Juris. tousisme* 2019, n°221, p. 40, note Breton J.-M.

b. COUR DE CASSATION

Req., 13 juil. 1809

Req., 17 mars 1812, *D.* 1826. I. 367

Civ., 26 juil. 1854

Civ., 26 mars 1860, *DP* 1860. I. 255

Req., 6 mars 1861, synd. Vollot, *DP* 1861. I. 417 ; *S.* 1861. I. 713, Capitant H., Terré F., Lequette Y., Chénéde F., *GAJC*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, p. 677 et s., n°271

Req., 14 avr. 1863, *S.* 1863. I.362

Req., 3 juin 1863, *D.* 1863. I. 429

Civ., 25 mai 1870, *DP* 1870. I. 257 ; *S.* 1870. I. 341, Capitant H., Terré F., Lequette Y. et Chénéde F., *GAJC*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, p. 24 et s., n°146

Civ., 6 mars 1876, Capitant H., Terré F., Lequette Y. et Chénéde F., *GAJC*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, p. 172 et s., n°165 ; *D.* 1876. I. 193, note Giboulot

Req., 26 févr. 1883, *D.* 1883. I. 453 ; *S.* 1886. I. 66

Civ., 13 mai 1885, *DP* 1885. I. 350 ; *S.* 1887. I. 220

Civ., 14 avr. 1886, *DP* 1886. I. 220

Req., 27 juin 1887, *DP* 1888.1.303

Req., 21 déc. 1887, *DP* 1888. I. 256

Req., 25 mai 1892

Civ., 4 mai 1898, *D.* 1898. I. 457, note Planiol M.

Civ., 30 avr. 1900, *S.* 1902. I. 9 ; *Instr.* 23 juin 1992 ; *Défrénois* 1993, p. 177 et s., n°6

Civ., 11 déc. 1900, *D.* 1901. I. 257

Req., 1^{er} mai 1907, *D.* 1907. I. 435

Req., 22 avr. 1909, *S.* 1909. I. 349

Civ., 8 nov. 1911, *D.* 1912. I. 289, note Guillois

Civ., 21 nov. 1911, *Cie Générale Transatlantique*, *DP* 1913. I. 249, note Sarrut L. ; *S.* 1912. I. 73, note C. Lyon-Caen ; *D.* 1933, chron. 89, Josserand L.

Civ., 7 févr. 1912, *S.* 1914. I. 305, note Huguency L.

Req., 25 févr. 1913, *S.* 1920. I. 220

Req., 9 déc. 1913, *DP* 1919.1.29

Civ., 4 mars 1914, *D.* 1916. I. 68 ; *Ibid.*, spéc. p. 111, n°7

Ch. réunies, 11 mars 1914, *Caisse rurale Cne Manigod c/ Enregistrement*, DP 1914. I. 257, note Sarrut ; S. 1918. I. 103 ; *Rev. soc.* 1945, p. 44

Civ., 19 juil. 1921, *D.* 1922. I. 99

Civ. 8 avr. 1924, DP 1924. I. 118

Civ. 13 nov. 1929, DP 1929. I. 131

Civ., 17 nov. 1930, *D.* 1932. I. 161, note Laurent J.-Ch. ; S. 1932, I. 17, note Breton A.

Civ., 22 nov. 1932, *DH* 1933, p. 51

Civ., 18 janv. 1938, S. 1939. I. 201, note Esmein P.

Req., 17 mai 1938, *DH* 1938, p. 419

Civ., 28 nov. 1938, *DH* 1939, p. 17

Civ. 1^{ère}, 18 avr. 1953, *D.* 1953, I, 403 ; *JCP* 1953. II. 7761

Com. 31 janv. 1956, *Bull. civ.* III, p. 38, n°47

Civ., 17 avr. 1956, *Bull.* 1956, n°169, p. 137

Civ. 1^{ère}, 12 juil. 1956, n°56-07.052, *Bull. civ.* I, n°306, p. 249, Capitant H., Terré F., Lequette Y., et Chénéde F., *GAJC*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, p. 213 et s., n°172 ; *D.* 1956, p. 749, note Radouant J. ; Civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, n°87-14648, *Bull. civ.* I, n°233, p. 155, *RTD civ.* 1990, p. 73, obs. Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 27 mai 1959, *D.* 1959. 524, R. Savatier.

Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1960, *Bull. civ.* I, n°471.

Civ. 1^{ère}, 27 déc. 1960, *Bull. civ.* I, n°573, *D.* 1961, p. 491, note Bigot J. ; *RTD civ.* 1961, p. 700, obs. Cornu G.

Civ. 2^{ème}, 31 janv. 1963, *Bull. civ.* II, n°110 à 113.

Com. 3 juin. 1964, *Bull. civ.* IV, n°291, M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, p. 268, n°302.

Civ. 1^{ère}, 12 oct. 1964, *Bull. civ.* I, n°438

Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1965, *Bull. civ.* I, n°507

Civ. 1^{ère}, 7 févr. 1967, *Bull. civ.* I, n°50

Civ. 1^{ère}, 15 févr. 1967, *Bull. civ.* I, n°67

Civ. 1^{ère}, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n°292 ; *D.* 1968, somm. 29

Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1968, *Bull. civ.* I, n°69, Capitant H., Terré F., Lequette Y., et Chénéde F., *GAJC*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, p. 698 et s., n°275, *RTD civ.* 1968, p. 558, obs. Cornu G. ; *D.* 1968, p. 393 ; *JCP* 1968. II. 15490

Civ. 3^{ème}, 28 févr. 1969, *Bull. civ.* IV, n°187, *JCP G* 1970, II, 16220, note Béchade J.

Com., 22 oct. 1969, *Bull. civ.* IV, n°307, *Rev. soc.* 1970, p. 288

Com., 12 janv. 1970, n°67-11.816, *Bull. civ.* IV, n°11, p. 10

Civ. 1^{ère}, 9 mars 1970, *Bull. civ.* I, n°83

Civ. 1^{ère}, 8 juin 1971, n°70-11.041, *Bull. civ.* I, n°187, p. 156

Civ. 3^{ème}, 26 janv. 1972, n°70-13.603, *Bull. civ.* III, n°57, p. 42

Civ. 2^{ème}, 13 avr. 1972, n°70-12.774, *Bull. civ.* II, n°91, p. 71, *D.* 1973, p. 2, note Robert J. ; *RTD civ.* 1973, p. 769, obs. Loussouarn Y.

Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1973, n°71-13.449, *Bull. civ.* I, n°40, *RTD com.* 1974, p. 146, obs. Hémar J.

Civ. 3^{ème}, 26 juin 1973, n°72-12.489, *Bull. civ.* III, n°436, p. 317

Com., 26 nov. 1973, n°72-11.965, *Bull. civ.* IV, n°340, p. 303

Civ. 3^{ème}, 20 févr. 1974, n°72-11.928, *Bull. civ.* III, n°84, p. 65

Civ. 3^{ème}, 3 juil. 1974, n°73-13.075, *Bull. civ.* III, n°286, p. 217

Civ. 3^{ème}, 17 mars 1975, n°74-20.031, *Bull. civ.* III, n°103

Soc., 19 févr. 1976, *Bull. civ.* V, n°106

Civ. 3^{ème}, 16 mars 1976, n°74-13.169, *Bull. civ.* III, n°118, p. 93

Civ. 3^{ème}, 17 mars 1976, n°74-14.418, *Bull. civ.* III, n°125, p. 98, *JCP G* 1977. II. 18542, note Guillot E.

Civ. 3^{ème}, 7 avr. 1976, n°74-12.883, *Bull. civ.* n°144, p. 114

Com., 19 janv. 1977, n°74-12.783, *Bull. civ.* I, n°40, p. 30, *D.* 1977, IR 196

Civ. 1^{ère}, 9 fév. 1977, n°75-13.992, *Bull. civ.* I, n°75, p. 58

Civ. 3^{ème}, 15 mars 1977, n°75-14.664, *Bull. civ.* III, n°120, p. 93

Civ. 1^{ère}, 24 oct. 1978, n°77-13.884

Com., 14 mai 1979, n°77-15.865, *Bull. civ.* IV, n°153, *D.* 1980, p. 157, note Larroumet Ch.

Civ. 3^{ème}, 6 mai 1980, n°78-16.390, *Bull. civ.* III, n°91

Com. 18 nov. 1980, n° 79-10.725, *Bull. civ.* IV, n° 380

Civ. 3^{ème}, 17 mars 1981, n°79-15.388, *Bull. civ.* III, n°56, *D.* 1981, IR, p. 442, note Larroumet Ch.

Civ. 1^{ère}, 20 juil. 1981, n°80-12.529, *Bull. civ.* I, n°267, *Défrénois* 1982, p. 1085, obs Aubert J.-L. ; *Gaz. Pal.* 1982. 1. Pan. 93, obs. Dupichot J. ; *RTD civ.* 1982, p. 427, obs. Rémy Ph.

Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, n°80-12.255, *Bull. civ.* I, n°329 *Rép. civ.*, Dalloz, Janv. 2008 (actualisation : mars 2019), n°14, rappr. NAJAR I., « Donation ».

Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, n°81-15.738, *Bull. civ.* I, n°319

Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1982, n°81-13.815, *Bull. civ.* I, n°321

Civ. 1^{ère}, 28 mars 1984, n°82-15.538, *Bull. civ.* I, n°120

Civ. 3^{ème}, 14 mai 1985, *Défrénois* 1985, p. 1438, n°109, note Aubert J.-L.

Civ. 1^{ère}, 4 juin 1985, n°83-17.230, *Bull. civ.* I, n°175, p. 159

Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1986, n°84-15.513, *Bull. civ.* I, n°25, p. 21, *JCP* 1988. II. 21027, note David C. ; *RTD civ.* 1986, p. 602, obs. Mestre J.

Com., 3 juin 1986, *Rev. soc.* 1986, p. 585, note Y. Guyon

Com., 22 juil. 1986, n°84-17.646, *Bull. civ.* IV, n°183, p. 156 et n°85-13430, *Bull. civ.* IV, n°184, p. 157

Com., 22 juil. 1986, n°85-12.392, *Bull. civ.* IV, n°163, p. 138, *D.* 1987, somm. 445, obs. Aynès L. ; *RTD civ.* 1988, p. 338, obs. Mestre J.

Civ. 3^{ème}, 9 déc. 1986, n° 85-13.373, *Bull. civ.* III, n°177, p. 139, *Défrénois* 1987, p. 1187, obs. Vermelle G.

Com., 10 févr. 1987, n°85-14.458, *D.* 1988, somm. 21, obs. Ferrier D.

Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n°85-13.674, *RTD civ.* 1987, p. 537, obs. Mestre J. ; *D.* 1987, somm. 455, obs. Aubert J.-L. ; *D.* 1988, p. 1, note Delebecque Ph. ; *JCP G* 1987. II. 20893, note Paisant G.

Soc., 28 oct. 1987, *Bull. civ.* V, n°595

Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, n°85-11.769, *Bull. civ.* I, n°343, p. 246, *D.* 1989, somm. 233, obs. Aubert J.-L. ; *RTD civ.* 1988, p. 533, obs. Mestre J. ; *JCP G* 1989, doctr. 3391, obs. Venandet G.

Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, *M. de Bausset-Roquefort Duchaine d'Arbaud c. Association organisme de gestion de l'école Notre-Dame de la Bretauiche* ; *JCP G* 1989, II, 21373, note Béhar-Touchais M.

Civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, n°86-12.449, *Bull. civ. I*, n°110, p. 75

Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988 n°85-12.609, *Bull. civ. I*, n°202, p. 141, *D.* 1989, p.5, note Larroumet Ch. ; *JCP E* 1988, p. 15294, note Delebecque Ph. ; *Défrénois* 1989, p. 356, obs. Aubert J.-L. ; *RTD civ.* 1989, p. 74, obs. Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1989, n°87-14.205, *Défrénois* 1992, p. 181, note Chappert A. ; *RTD civ.* 1989, p. 802, obs. Patarin J.

Civ. 3^{ème}, 24 mai 1989, n°87-20.047, *Bull. civ. III*, n°117, p. 64.

Civ. 3^{ème}, 31 mai 1989, n°88-11.524, *Bull. civ. III*, n°126, p. 70, *Rép. Civ.* Dalloz, 2008 (actualisation : mars 2019), n°35, rappr. Najjar I., « Donation » ; *RTD civ.* 1990, p. 69, obs. Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, n°88-12.665, *Bull. civ. I*, n°240, p. 160, *D.* 1989, IR 208

Com., 4 juil. 1989, n°88-14.371, *Bull. civ. IV*, n°210, p. 141, *RTD civ.* 1990, p. 105, obs. Rémy Ph. ; *D.* 1990, p. 246, note Virassamy G.

Civ. 1^{ère}, 5 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n°275, p. 183, *RTD civ.* 1990, p. 65, n°2, obs. Mestre J.

Com., 18 juil. 1989, n°88-12.543, *Bull. Joly* 1989, p. 822, note Bacrot C. et Berger P. ; *RTD civ.* 1990, p. 66, obs. Mestre J.

Soc., 29 nov. 1989, n°87-40.142

Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1989, n°88-14.273, *Bull. civ. I*, n°339, p. 267, *RTD civ.* 1991, p. 790, note Lucet F.

Com., 19 déc. 1989, n°88-13.789, *Bull. civ. IV*, n°327, p. 219, *D.* 1991, p. 60, note Sortais J.-P. ; *D.* 1990, p. 368, note Ferrier D ; *RTD civ.* 1990, p. 649, obs. Mestre J.

Civ. 3^{ème}, 4 janv. 1990, n°88-13.136, *Administrer* oct. 1990, p. 50, obs. Guillot ; *RTD civ.* 1983, p. 23, note Hébraud P.

Com., 16 janv. 1990, n°88-16.265, *Bull. Joly* 1990, p. 272, note Streiff Y. ; *Dr. sociétés* 1990, n°97, note Germain M. ; *RTD civ.* 1990, p. 462, obs. Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 7 févr. 1990, n° 88-18.441, *Bull. civ.* 1990, I, n°38, p. 29, *D.* 1991, p. 319; *Ibid*, p. 354, obs. Penneau J. ; *RTD civ.* 1991, p. 560, note Zenati F. ; *Ibid* 1990, p. 470, obs. Mestre J.

Soc., 27 juin 1990, n° 86-43.472, *Bull. civ. V*, n°321, p.191, *RDC* 1990, p. 602, note Alfandari E. et Jeantin M.

Soc., 3 juil. 1990, n°87-40.349, *Bull. civ. V*, n°329, p. 197, *D.* 1991, p. 507, note Mouly J. ; *RTD civ.* 1991, p. 316, obs. Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, n°89-14.103, *Bull. civ. I*, n°250, p. 177, *RTD civ.* 1992, p. 99, obs. Mestre J.

Com. 8 janv. 1991, n° 89-15.439, *Bull. civ. IV*, n° 20, *RTD civ.* 1991, p. 528, obs. Mestre J.

Civ. 3^{ème}, 23 janv. 1991, n°89-10.489, *Bull. civ. III*, n°39, p. 22, *D.* 1992, p. 457, note Najjar I.

Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n°89-20.999, *Bull. civ. I*, n°153, p. 101, *JCP G* 1991. II. 21763, note Paisant G.; *D.* 1991, p. 449, note Ghestin J. ; *D.* 1991, p. 320, obs. Aubert J.-L. ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 9 juil. 1991, n°89.20.686, *Bull. civ. I*, n°230, p. 151, *D.* 1991, IR p. 225.

Ass. plén., 12 juil. 1991, n°90.13.602, *Bull. A.P.*, n°5, p.7, *Besse : Défrénois* 1991, p. 1301, note Aubert J.-L. ; *D.* 1991, p. 549, note Ghestin J. ; *D.* 1991, chron. 257, note Jamin Ch. ; *RTD civ.* 1991, p. 750, note Jourdain L. ; *JCP G* 1991. II. 21743, note Viney G.

Com., 22 oct. 1991, n°90-10.798, *Bull. Joly* 1992, p. 110, *RTD com.* 1992, p. 392, obs. Champaud C. et Danet D.

Com., 22 oct. 1991, *Bull. civ.* IV, n°302, *Défrénois* 1992, p. 321, obs. Aubert J.-L. ; *D.* 1993, p. 181, note Ghestin J.

Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1991, n°87-15.229 ; *RDI* 1992, p. 76, obs. Malinvaud Ph. et Boubli N.

Com., 7 janv. 1992, n°90-14.831, *Bull. civ.* IV, n°3, p. 3, *D.* 1992, p. 278, note Aynès L.

Com., 18 févr. 1992, n°87-12.844, *Bull. civ.* IV, n°78, p. 56, *Époux Grumbert c. Cie de raffinage et de distribution Total France*, *JCP G* 1992. II. 21897, note Béhar-Touchais M.

Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°89-15860, *Bull. civ.* I, n°162

Civ. 1^{ère}, 23 juin 1992, n°91-11.091, *Bull. civ.* I, n°195, p. 131, *Cont. Conc. Cons.* 1992, comm. 200, note Leveneur L.

Com., 23 févr. 1993, n°89-17.670 ; *Deffrénois* 1993, p. 1060, obs. Aynes L. ; *RTD civ.* 1994, p. 99, obs. Mestre J.

Civ. 3^{ème}, 11 mai 1993, n°91-18.126, *D.*, 1996, p. 363

Civ. 1^{ère}, 26 mai 1993, n°91-15.876

Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n°97-17.775, *JCP G* 1994. II. 22334, note Leveneur L. ; Ghestin J. et Marchessaux-Van Melle I., « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *JCP G* 1995. I. 3854.

Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. civ.* III, n°174, p. 115, *Consorts Cruz*, *D.* 1994, p. 507, note Bénac-Schmidt F. ; *D.* 1994, p. 230, obs. Tournafond O. ; *JCP G* 1995. II. 22366, note Mazeaud D. ; *Défrénois* 1994, p. 795, obs. Delebecque Ph.

Civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, n°92.15.191, *Bull. civ.* I, n°114, p. 84, *D.* 1995, p. 333, obs. Vareille B.

Com., 5 avr. 1994, n°92-10.684

Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°92-15.783, *Bull. civ.* I, n°353, p. 254, *RTD civ.* 1995, p. 622, note. Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, n°92-18.227, *Bull. civ.* I, n°54, *D.* 1995, p. 327, note G. Paisant ; *D.* 1995, p. 229, obs. Ph. Delebecque.

Com. 4 avr. 1995, 93-14585 et 93-15671, *D.* 1995, p. 231, obs. Aynès L. ; *D.* 1996, p. 141, note Piquet S.

Civ. 1^{ère}, 4 juil. 1995, n°93-16.198, *Bull. civ.* I, n°303, p. 212, *Cont. Conc. Cons.* 1995, n°181, note Leveneur L. ; *RTD civ.* 1995, p. 881 ; *D.* 1997, p. 206, note Luciani A.-M.

Com. 16 janv. 1996, n° 94-12.679, *RJDA* 1996, n°870 ; Com. 28 mai 1996, n°94-11.766, *Bull. civ.* IV, n°146, *RJDA* 1996, n°1289.

Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1996, n°94-10.907, *Bull. civ.* I, n°78, p. 51, *RTD civ.* 1996, p. 430, obs. Bandrac M. ; *RTD civ.* 1996, p. 431, obs. Crocq P.

Civ. 3^{ème}, 12 juin 1996, n°94-16.988, *Bull. civ.* III, n°147, p. 95, *JCP G* 1997. II. 22781, note Dagorne-Labbe Y.

Civ. 1^{ère}, 3 juil. 1996, n°94-14.800, *Bull. civ.* I, n°286, p. 200, *Point club vidéo*, *D.* 1997, p. 500, note Reigné Ph. ; *RTD civ.* 1996, p. 901, obs. Mestre J. ; *Défrénois* 1996, p. 1015, obs. Delebecque Ph.

Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, n°94-18.657, *Bull. civ.* I, n°332, *D.* 1996, p. 327, obs. Libchaber R. ; *JCP E* 1997. II. 617, n°21, obs. Raynard J.

Soc., 13 nov. 1996, n°94-13.187, *Bull. civ.*, V, n°386

Civ. 2^{ème}, 26 mars 1997, n°94-15.528, *Bull. civ.* II, n°96, p. 154, *Quot. Jur.* 15 mai 1997, p. 7

Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1997, n°95-18.082, Beignier B., *D.* 1998, p. 78 ; Monsérié-Bon M. H., *Dr. et patr.* 1999, p. 28

Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, n°96-14.328, *Bull. civ. I*, n°168, p. 112, *RTD civ.* 1998, p. 901, obs. Mestre J. ; *Défrénois* 1998, p. 1042, obs. Delebecque Ph.

Com. 12 mai 1998, n°95-15.651 ; *Défrénois* 1998, p. 1043, obs. Delebecque Ph. ; *RTD civ.* 1999, p. 107, note Mestre J.

Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, n°96-10.718, *Bull. civ. I*, n°211, p. 145, *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 127, note Leveneur L.

Civ. 1^{ère}, 16 juil. 1998, n°96.17.476, *JCP G* 1999. II. 10000, note Fages B.

Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n°96-21.485, *D.* 1999, p. 197, note Jamin Ch. ; *D.* 1999, p. 115, note Delebecque Ph. ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. Mestre J.

Civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, n°96-18.309, *Bull. civ. III*, n°11, p. 7, *D.* 2000, p. 76, note Wilmann Ch. ; *RTD civ.* 1999, p. 381, obs. Mestre J. ; *Cont. Conc. Cons.* 1999, comm. 54, obs. Leveneur L.

Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, n°96-11.946, *Bull. civ. I*, n°43, p. 29, *JCP G* 1999. II. 10083, note Billiau M. et Loiseau G. ; *D.* 1999, p. 351, note Larroumet C.

Com. 15 juin 1999, n°97-12.093 et n°97-12.122, *JCP G* 2000. I. 215, n°7

Ass. Plén., 18 juin 1999, *Bull. civ. ass. plén.*, n°3, *D.* 2000, p. 248, comm. Libchaber R.

Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16.335, *Bull. civ. I*, n°309, p. 201, *D.* 2000, p. 407, note Ancel P.

Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, n°97-20.040, *Bull. civ. I*, n°341, p. 222, *D.* 2000, p. 361, obs. Delebecque Ph.

Com., 8 févr. 2000, n°97-19.541.

Com. 15 févr. 2000, n°97-19.793, *Bull. civ. IV*, n°29, *Défrénois* 2000, p. 1118, note Mazeaud D. ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. Mestre J. et Fages B.

Civ. 3^{ème}, 22 mars 2000, n°98-13.345 et 98-15595, *Bull. civ. III*, n°64, p. 44, *D.* 2001, p. 345, obs. Boueyeur R. ; *Défrénois* 2000, p. 780, obs. Atias Ch.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, p. 70, *Cont. Conc. Cons.* 2000, comm. 106, note. Leveneur L. ; *JCP E* 2000, p. 1383, note Leveneur L. ; *D.* 2000, p. 482, note Piédélèvre S. ; *D.* 2000, p. 358, note Delebecque Ph. ; *Défrénois* 2000, p. 720, obs. Aubert J.-L. ; *JCP G* 2000. II. 10296, concl. Sainte Rose J.

Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n°98-17.752, *Cont. Conc. Cons.* 2000, comm. 156, note Leveneur L.

Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2001, n°99-12.512, *Bull. civ. I*, n°209, *D.* 2002, p. 932, obs. Tournafond O. ;

Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n°00-18.202, *Bull. civ. I*, n° 78, *Cont. Conc. Cons.* 2002, comm. 118, note Leveneur L.

Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2003, n°02-12.977, *Bull. civ. III*, n°178, p. 157, *Loyers et copr.* 2004, comm. 4, note Vial-Pedroletti B. ; *RDC* 2004, p. 362, obs. Seube J.-B.

Com., 27 nov. 2001, n°99-17.568, *Cont. Conc. Cons.* 2002, comm. 45, obs. Leveneur L.

Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, n°02-10.229, *D.* 2004, p. 657, obs. Najjar I.

Com., 19 nov. 2003, n°01-01.859, *Bull. civ. IV*, n°172, p. 189, *D.* 2004, p. 60, obs. Avena-Robardet V. ; *RTD civ.* 2004, p. 86, obs. Mestre J. et Fages B.

Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, n°01-16.291, *Bull. civ. I*, n°235, p. 186

Com., 26 nov. 2003, n°00-10.243, Capitant H., F. Terré, Y. Lequette, et Chénéde F., *GAJC*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, t. II, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°142

Civ. 3^{ème}, 14 janv. 2004, n°02-12.663, *Bull. civ. III*, n°6, p. 4, *RDC* 2004, p. 708, obs. Seube J.-B.

Civ. 3^{ème}, 11 févr. 2004, n°12-25.759

Civ. 1^{ère}, 2 juin 2004, n°01-17.354 et 01-17823, *Resp. civ. et assur. 2004*, chron. 21, note Groutel H. ; *Resp. civ. et assur. 2004*, comm. 385, note Groutel, H.

Ass. plén., 29 oct. 2004, n°03-11.238, *Bull. civ. ass. plén.*, n°12, p. 27, *Cont. Conc. Cons. 2005*, comm. 40, note Leveneur L. ; *Défrénois 2004*, p. 1732, obs. Libchaber R. ; *D. 2004*, p. 3175, note Vigneau D.

Ch. Mixte, 23 nov. 2004, n°01-13.592, *Bull. mixte*, n°4, p. 9, *D. 2005*, p. 1905, note Beignier B. ; *JCP G 2005*, doct. 187, n°13, obs. Le Guidec R. ; *RDC 2005*, p. 297, obs. Bénabent A. ; *Défrénois 2005*, p. 607, obs. Aubert J.-L. ; *RCA 2005*, n°2, étude 3, note Leduc F. et Pierre P.

Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, n°02-11.088, *Bull. civ. I*, n°313, p. 262, *RDC 2005*, p. 693, obs. Bénabent A. ; *JCP G 2005*, doct. 187, obs. Le Guidec R. ; *Défrénois 2005*, p. 617, obs. Libchaber R.

Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13.285, *Bull. civ. I*, n°135, *JCP G 2005. II*. 10114, note Paisant G. ; *D. 2005*, p. 1948, note Boujeka A.

Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005, n°02-16.926, *Bull. civ. I*, n°165, *Cont. Conc. Cons. 2005*, comm. 148, note Leveneur L. ; *RDC 2005*, p. 1123, note Puig. P. ; *RDC 2005*, p. 1029, obs. Bénabent A.

Com., 12 juil. 2005, n°03-12.507, *RTD civ. 2006*, p. 307, obs. Mestre J. et Fages B. ; *Défrénois 2006*, p. 610, obs. Libchaber R.

Com. 22 nov. 2005, n°04-12183, *Bull. civ. IV*, n°234, p. 256, *Rev. sociétés 2006*, p. 521, note Barbiéri J.-F. ; *RTD civ. 2006*, p. 302, obs. Mestre J. et Fages B. ; *RDC 2006*, p. 1095, obs. Bénabent A. ; *RDC 2006*, p. 383, obs. Brun Ph. ; *Défrénois 2006*, p. 605, obs. Libchaber R.

Civ. 3^{ème}, 11 janv. 2006, n° 04-19.736, *Bull. civ. III*, n°10, p. 8, *Défrénois 2006*, p. 721, note Savaux E. ; *RDC 2006*, p. 758, note Seube J. B. ; *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, p., n°26, rappr. Aubert de Vincelles C. et Noblot C., « Bail » ; *J.-Cl. Civil Code, fasc. 85 : Bail d'habitation - Généralités - Définition du contrat de bail*, 2016, p., n°13, rappr. Vial-Pedroletti B., « Art. 1708 à 1762 ».

Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *Bull. civ. I*, n°190 ; Com. 5 juin 2007, n°04-20.380, *Bull. civ. IV*, n°156, *D. 2007*, p. 1723, obs. Delpech X.

Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, n°04-15.456, *Bull. civ. I*, n°306, *D. 2007*, p. 277, note Ghestin J. ; *D. 2006*, pan. 2638, obs. Amrani-Mekki S et Fauvarque-Cosson B. ; *RDC 2007*, p. 256, obs. Mazeaud D.

Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, n°09-16.905, *Cont. Conc. Cons. 2006*, comm. 221, note Leveneur L.

Com. 24 avr. 2007, n°06-12.443, *RDC 2008*, p. 276, note Mazeaud D.

Com., 23 oct. 2007, n°06-13.979 ; *D. 2008*, p. 954, obs. Chantepie G.

Civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, n°07-10.750, *Bull. civ. III*, n°17, *D. 2008*, p. 548, obs. Forest G.

Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, n°06-19.977, *RDC 2009*, p. 549, obs. Bénabent A. ; *D. 2009*, p. 279, note Saenko L.

Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, n°06-17.534, *Bull. civ. I*, n°73, *D. 2008*, p. 911, obs. Gallmeister I. ; *Cont. Conc. Cons. 2008*, comm. 174, note Leveneur L. ; *Défrénois 2008*, p. 1345, obs. Libchaber R.

Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-21.822, *Bull. civ. I*, n°145, *RDC 2008*, p. 1135, note Mazeaud D.

Civ. 1^{ère}, 17 juin 2008, n°07-15.477, *RDC 2008*, p. 1133, obs. Mazeaud D.

Com., 8 juill. 2008, n°07-12.759, *Bull. civ. IV*, n°148, *RTD com.*, p. 828, obs. Legeais D.

Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2008, n°07-16.876, *Cont. Conc. Cons. 2009*, comm. 4, note Leveneur L.

Civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, n°08-11.231, *JurisData* n°2009-047838, *Cont. Conc. Cons. 2009*, comm. 182, note Raymond G.

Soc., 23 juin 2009, n°07-44.844, *Bull. civ. V*, n°158.

Com., 15 sept. 2009, n°08-16.504, *RDC 2010*, p. 141, note Puig P.

Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n°08-17.919, *Bull. civ. I*, n°200 ; *RTD civ. 2011*, p. 162, note Grimaldi M. ; *AJ Famille 2009*, p. 460, note Bicheron F.

Civ. 3^{ème}, 10 nov. 2009, n°08-17.892, *LPA 2010*, n°51, p. 9, obs. Raffi R.

Civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n°08-18.559, *RDC 2010*, p. 670, note Seube J.-B.

Civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, n°08-13.200, *Bull. civ. I*, n°11, *BJS 2010*, p. 448, note Vallansan J. ; *RTD com. 2010*, p. 740, obs. Champaud C. et Danet D.

Com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *Bull. civ. IV*, n°76, *RDC 2010*, p. 1228, note Genicon T.

Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n°10-12.875, *Bull. civ. III*, n°77, *Cont. Conc. Cons. 2011*, comm. 186, note Leveneur L. ; *D. 2011*, p. 1457, note Mazeaud D. ; *D. 2011*, p. 1273, édito Rome F. ; *D. 2012*, p. 459, obs. Amrani-Mekki S. et Mekki M. ; *RTD civ. 2011*, p. 532, note Fages B. ; *Défrénois 2011*, p. 1023, obs. Aynès L.

Com., 13 sept. 2011, n°10-19.526, *Dr. sociétés 2011*, comm. 211, note Mortier R. ; *D. 2012*, p. 130, note Gaudemet A. ; *D. 2012*, p. 459, obs. Amrani-Mekki S. et Mekki M. ; *RTD civ. 2011*, p. 758, obs. Fages B. ; *Rev. sociétés 2012*, p. 22, note Fages B.

Civ. 2^{ème}, 13 janv. 2012, n°11-11.047, *Cont. Conc. Cons. 2012*, comm. 85, note Leveneur L.

Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n°09-72.792, *Bull. civ. I*, n°62 ; Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2014, n°14-13.658, *Bull. civ. I*, n°135

Civ. 3^{ème}, 3 mai 2012, n°11-10.509, *AJDI 2012*, p. 439

Civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n°11-10.943, *Bull. civ. I*, n°100, *Cont. Conc. Cons. 2012*, comm. 120, note Leveneur L.

Civ. 3^{ème}, 19 sept. 2012, n°10-12.024

Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n°11-12.941, *Bull. civ. I*, n°1888, *RDC 2013*, p. 25, obs. Rochfeld J. ; *RDC 2013*, p. 70, obs. Laithier Y.-M.

Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2012, n°10-23.912, *RDC 2013*, p. 59, obs. Laithier Y.-M.

Civ. 1^{ère}, 31 oct. 2012, n°11-15.529, *Bull. civ. I*, n°222, *RTD civ. 2013*, p. 109, obs. Fages B.

Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2012, n°11-25.900

Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n°11-21.980, *AJDI 2013*, p. 137 et 540

Com., 18 déc. 2012, n°11-25.567, *Bull. civ. IV*, n°229, *RDC 2013*, p. 533, obs. Laithier Y.-M.

Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2013, n°12-15.478, *Loyers et copr. 2013*, comm. 167, note Vial-Pedroletti B.

Civ. 3^{ème}, 24 avr. 2013, n°12-12.677, *Bull. civ. III*, n°54, *LPA 2014*, p. 7, note Le Bourg J.

Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et n°11-22.927, *Gaz. Pal. 2013*, n°136c6, note Houtcieff D.

Civ. 1^{ère}, 25 sept. 2013, n°12-20.541.

Com., 14 janv. 2014, n°12-29071, *Bull. Joly 2014*, p. 384, note Briand Ph. ; *Gaz. Pal. 2014*, p. 8, note Mignot M.

Com., 7 oct. 2014, n°13-21086, *Bull. civ. IV*, n°143, *RTD civ. 2015*, p. 381, obs. Barbier H.

Com., 9 déc. 2014, n°13-22.476, *Cont. Conc. Cons. 2015*, comm. 31, note Mathey N.

Com., 16 déc. 2014, n°13-25765, *Bull. civ. IV*, n°159, *JCP E 2015*, p. 1051, note Brignon B.

Civ. 2^{ème}, 8 janv. 2015, n°13-27.377, *Bull. civ. II*, n°5 ; *RTD civ. 2015*, p. 376, obs. Barbier H.

Com., 3 mars 2015, n°13-15.569, *Cont. Conc. Cons. 2015*, comm. 135, note Leveneu L.

Com., 8 avr. 2015, n°13-14.447, *RDC 2016*, p. 58, note Barthez A.-S.

Com., 30 juin 2015, n°14-17.649, *Bull. civ. IV*, n°833, *D. 2015*, p. 2401, obs. Hallouin J.-C. ; *RTD civ. 2015*, p. 880, obs. Barbier H.

Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n°14-28.334 et n°15-20.119, *Loyers et copr. 2016*, comm. 2010, note Vigneron G. et Coutant-Lapalus C.

Com., 7 juin 2016, n°14-17.978, *D.* 2016, p. 2042, note Baugard D. et Borga N.
 Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 2016, n°15-13.236, *Cont. Conc. Cons.* 2016, comm. 201, note Bernheim-Desvaux S. ; *JCP G* 2016, p. 924, note Paisant G. ; *JCP E* 2016, p. 1419, note Loir R.
 Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2016, n°15-23.664, *D.* 2016, p. 1933
 Civ. 3^{ème}, 24 nov. 2016, n°15-26.226, *RTD civ.* 2017, p. 126, obs. Barbier H
 Com. 12 juil. 2017, n°15-27.703 et 15-23.552, *AJ contrat* 2017, p. 429, obs. Bros S. ; *RTD com.* 2017, p. 671, obs. Legeais D.
 Com., 10 janv. 2018, n°16-20.615, *RDC* 2018, p. 188, chron. Bouloc B. ; *Cont. Conc. Cons.* 2018, p. 17, note Maularie-Vignal M.
 Soc. 28 nov. 2018, n°17-20.079 (arrêt « Take Eat Esay »), *JCP S* 2019, p. 1026, étude Anciaux N. ; *RDT* 2019, p. 36, obs. Peyronnet M. ; *Dr. soc.* 2020, p. 374, obs. Antonmattei P.-H.
 Com., 19 juin 2019, n°18-12.292, *RDC* 2019, p. 29, note A. Dannis-Fatôme ; *JCP E* 2019, p. 1483, note Douville T. ; *RTD civ.* 2019, p. 848, obs. Barbier H.
 Civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, n°18-18.469, *D.* 2019, p. 2331, note Tisseyre S. ; *JCP G* 2019, p. 1260, note Paisant G.
 Civ. 3^{ème}, 7 nov. 2019, n°18-23.259, *D.* 2020, p. 55, note Tisseyre S.
 Com. 15 janv. 2020, n°18-10.512, *D.* 2020, p. 148 ; *AJ contrat* 2020, p. 153, obs. Chantepie G. ; *RTD com.* 2020, p. 318, obs. Chagny M.
 Soc. 4 mars 2020, n°19-13.316 (arrêt « Uber »), *AJ contrat* 2020, p. 227, obs. Pasquier T. ; *Dr. soc.* 2020, p. 374, obs. Antonmattei P.-H. ; *RDT* 2020, p. 328, obs. Willocx L. ; *JCP S* 2020, p. 1080, comm. Loiseau G. ; *Gaz. Pal.* 2020, p. 71, obs. Martinière R.
 Com. 2 sept. 2020, n°18-24.863, *D.* 2020, p. 1724 ; *JCP E* 2020, pan. 1365 ; *JCP E* 2020, act. 619 ; *D. actualité* 14 sept. 2020, obs. Bonnet C. ; *Gaz. Pal.* 2020, p. 33, obs. Berlaud C.

c. COURS D'APPEL

CA Paris, 9 févr. 1867, *S.* 1867. 2. 129
 CA Nîmes, 9 déc. 1879, *D.* 1881. I. 415
 CA Amiens, 31 juil. 1984, *D.* 1996. 2. 108.
 CA Lyon 6 févr. 1933, *DP* 1936. 2. 6, note Nast M.
 CA Nancy, 11 janv. 1936, *DH* 1936. 155
 CA Paris, 26 janv. 1966, *Gaz. Pal.* 1996, 1, p. 210, concl. Lecourtier ; *D.* 1966, p. 294 ; *RTD com.* 1966, p. 104, n°6, obs. Hémard J.
 CA Paris, 11 juil. 1966, *RJ com.* 1967, p. 479, spéc. p. 85, note Bellenger A.-J.
 CA Paris, 26 mai 1967, *D.* 1968, somm. 17 ; *Gaz. Pal.* 1967. 2. 246, note Blancher R.
 CA Paris, 19 juin 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 636, note Amzalac V.
 CA Rennes, 19 déc. 1972, *RTD civ.* 1973, p. 587, obs. Cornu G.
 CA Aix-en-Provence, 16 mai 1973, *D.* 1974, p. 676, note Bories.
 CA Rennes, 30 mai 1978, *RTD com.* 1979, p. 490, obs. Alfandari E.
 CA Reims, 19 févr. 1980, *JCP G* 1981, II, 19496, note Guyon Y.
 CA Paris, 29 juin 1983, *DP* 1984. 2. 437
 CA Paris, 5 mai 1988, *Cie de raffinage et de distribution Total France et autre c. Fédération nationale du commerce et de l'artisanat de l'automobile*
 CA Paris, 28 mars 1989, *D.* 1989, inf. rap. 122

CA Paris, 27 nov. 1991, *D.* 1992, inf. rap. 69
CA Colmar, 12 nov. 1993, *JurisData* n°1993-051697
CA Toulouse, 17 sept. 1998, M. *Evans et autres c/ CAPEB et autres*, *Cont. Conc. Cons.* 1999, comm. 82, note Raymond G.
CA Bordeaux, 14 déc. 1998, *SADA c/ Bonduelle*
CA Versailles, 28 oct. 1999, *Ricour c/ BNP*, *RJDA* 1/2000, n°42
CA Poitiers, 24 sept. 2002, *JurisData* n°2002-190318
CA Paris, 5 févr. 2013, n°12.10020, *JCP G* 2013, p. 411, note Loiseau G.
CA Paris, pôle 4, ch. 10, 7 déc. 2015, *Uber France c/ DGCCRF, ministère public et autres*.
CA Paris, 5 juill. 2016
CA Paris, 12 déc. 2019, n°17.03541, *Cont. Conc. Cons.* 2020, p. 3, comm. Malaurie-Vignal M.
CA Toulouse, 12 avr. 2019, n°17.05132, *Juris-Data* n°2019.007407
CA Versailles, 16 avr. 2019, n°18.02964

d. JURIDICTIONS DU PREMIER DEGRÉ

Trib. Mamers, 2 fév. 1875, *D.* 1875. 5. 188
Trib. Toulouse, 14 janv. 1911, *D.* 1922. 1. 76, note 17
Trib. Thonon-les-Bains, 10 nov. 1950, *JCP N* 1951. II. 6206
Trib. civ. Strasbourg, 9 nov. 1951, *D.* 1952. 318
TGI Foix, 6 janv. 1998, *Min. publ. c/ Robert Evans et John McCulloch*, *Cont. Conc. Cons.* 1998, comm. 65, note Raymond G.
TGI Mulhouse, jug. corr. 12 janv. 2006, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 112, note Grynbaum L.
TI Dieppe, jur. proximité, 7 févr. 2011, *Igor D. c/ Priceminister*, www.legalis.net, *Comm. com. électr.* 2011, comm. 37, note Debet A. ; *RLDC* avr. 2011, n°81, obs. Fauchoux V.
TI Paris, jur. prox., 3^e arr., 25 juin 2013, *Noisette G. c/ PriceMinister et autres*, www.legalis.net, *D.* 2013, p. 2487, obs. Le Stand C.
TGI Paris, ch. correct., 16 oct. 2014, n°PI4084000776.
TI Paris, 5^{ème} ch., 6 avr. 2016, n°11-15000294, *JurisData* n°2016-010240, *RTD civ.* 2016, p. 651, note Gautier P.-Y.
TGI Paris, ord. réf., 12 mai 2016, *Synd. National des Transports Légers c/ GoGo RunRun* ; *Comm. Com. électr.* 2016, comm. 61, note Loiseau G.

TABLES DES LOIS, DÉCRET, DIRECTIVES, ETC.

a. LOIS

Loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsification en matière de produits ou de services, *JORF* n°0210 du 5 août 1905, p. 4813

Loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis *JORF* du 11 juillet 1965

Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services *JORF* 10 janvier 1978

Loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial

Loi n°95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF* n°0034 du 9 févr. 1995, *JORF* n°28 du 2 février 1995

Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, *JORF* 13 juil. 1999, p. 10396

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* du 16 mai 2001, texte n°2

Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* n°122 du 27 mai 2004

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* N°0181 du 5 août 2008, texte n°1.

Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* n°0289 du 14 déc. 2011

Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. *JORF* n°0176 du 1 août 2014 p.12666

Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016

Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n°0119 du 23 mai 2019

b. DÉCRETS

Décr. n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, *JORF* n°0070 du 23 mars 1978

Décret n°2014-1053 du 16 septembre 2014 relatif au financement participatif, *JORF* n°2015, 17 septembre 2014, p. 15228, texte n°11

Décret n°2016-1272 du 29 septembre 2016 relatif aux investissements participatifs dans les projets de production d'énergie renouvelable, *JORF* n°0228 du 30 septembre 2016, texte n°17

Décret n°2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif, *JORF* n°0254 du 30 octobre 2016, texte n°8

Décret n°2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons, *JORF* n°0298 du 26 décembre 2018

c. ORDONNANCES

Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 et la loi n°2017-203 du 21 février 2017

Ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse, *JORF* n°0101 du 29 avril 2016, texte n°16

Ordonnance n°2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission des titres financiers, *JORF* n°0287 du 9 décembre 2017

d. DIRECTIVES

Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* du 31 oct. 1985

Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 déc. 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, *JOCE* L42 du 12 févr. 1987

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* L95 du 21 avr. 1993

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE* 22 nov. 2011, L 304/64

e. RAPPORTS AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014, *JORF* n°0125 du 31 mai 2014, p. 9074, texte n°13

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n°25

f. QUESTIONS AU GOUVERNEMENT

Rép. Aubert n° 94, *JOAN* Q 6 juill. 1998, p. 3751

Rép. Abiven n° 9015, *JOAN* Q 6 avr. 1998, p. 1967

Rép. Mariani n° 10085, *JOAN* Q 29 déc. 1997, p. 4893

g. RÉPONSES MINISTÉRIELLES

Rép. min. Justice 30022, *JOAN* CR, 25 janv. 1988, p. 372

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

- A -

Acconier, 453

Acte juridique

- juridique conjonctif, 464, 469 et s.
- unilatéral
 - critère de qualification, 192
 - définition, 194
 - distinction entre acte unilatéral et contrat unilatéral, 189
 - théorie de M. Martin de la Moutte, 190
- unilatéral collectif, 193

Actes matériels, 398, 399, 403, 405

Action

- en exécution, 267
- en garantie, 270
- en résolution, 267
- en responsabilité, 451 et s.
- en revendication, 222

Action directe, 270, 452, 457, 462, 485

Activité commune, 321, 329, 332, 367, 435

Affectio societatis, 313, 359, 365, 471

Aléa

- contrat aléatoire, 101, 273 et s.
- distinction avec le contrat commutatif, 272
- notion d'aléa, 271
- prestation future, 135, 145, 276
- réciprocité des risques, 273 et s.

AMAP (association pour le maintien de l'agriculture paysanne), 21 et 23

Animus cooperandi, 313

Association

- à but non lucratif, 355 et s.
- de fait, 364

Autonomie de la volonté, 96, 260, 411, 443, 448, 451, 465, 491

Avant-contrat, 307

- B -

Bail

- contrat de bail, 388 et s.
- « prix », 340

Bénéfices, 314, 329 et s., 355, 357 et s., 471, 478, 492, 503

Biens fongibles, 393

Bitcoin, 78

Blockchain, 18

Bonne foi, 97, 283, 286 et 287, 339, 415

Bons de caisse, 18

- C -

« *C to C* »,

- inapplication du droit de la consommation, 500
- modèles de gouvernance « pair-à-pair », 127

Caducité,

- ensemble contractuel, 445

Capital social,

- art. 1832 C. civ., 359
- TUKAZZA, 362, 478

Catégorie contractuelle (V. Qualification)

Cause

- disparition, 120 et s., 268, 297
- distinction avec les mobiles, 119
- objective, 120, 444
- subjective, 444

Cautionnement, 268, 283, 318

Chaînes de contrats, 270, 441, 460

Classification contractuelle (V. Qualification)

Clause abusive

- contrat d'adhésion, 316
- déséquilibre significatif
- droit de la consommation, 492, 496
- équilibre contractuel, 97

Commodat (V. prêt à usage)

Commutation, 318 et s.

Condition

- potestative, 276
- suspensive, 276

Conjonctivité (V. actes juridiques conjonctifs)

Connexité, 230 et 231, 234 et s.

Consentement

- Existence
- Expression du consentement, 262, 448 et s.
- Vices (V. Vices du consentement)

Consommateur, 491 et s.

Contenu

- contenu non-obligationnel, 427
- reprise des fonctions de la cause, 215 et s.

Contractants extrêmes, 270

Contrat

- aléatoire (V. aléa)
- à exécution échelonnée, 307
- à exécution successive, 307
- avec soi-même, 483
- à titre gratuit, 40 et s.
- à titre onéreux, 40 et s.
- cadre
- commutatif, 272
- consensuels, 7, 221
- crise du contrat, 324
- d'adhésion, 316
- de franchisage, 326
- d'intérêt commun, 326 et s.
- équilibre contractuel, 97
- instantané, 318
- justice contractuelle, 97
- nommé, 373 et s.
- réel, 221, 261
- relationnel, 409 et s.
- synallagmatique, 178 et s.

- synallagmatique imparfait, 229 et s.
- unilatéral, 178 et s.

Contrat (types de)

- d'édition, 201, 326
- d'entreprise, 397 et s.
- de dépôt, 395
- de distribution, 201
- de société, 359 et s.
- de transport, 283, 462, 451 et 453
- de travail, 397

Contrat-coopération, 327

Contrat-échange, 318

Contrat-organisation, 319 et s.

Contrepartie

- absence de contrepartie, 59 et s.
- appréciation, 93 et s.
- « co-prestation », 332
- existence, 47 et s.
- équilibre, 94
- paiement par un tiers, 84 et s.

Convention

- convention de compte courant, 237
- disparition de la distinction, 199, 427
- distinction avec le contrat, 199

Copropriété (règlement de -), 311

Couchsurfing, 15, 24, 126, 128

Crowdfunding (V. finance participative)

- D -

Dépôt (V. contrat de dépôt)

Déséquilibre significatif, 97, 316

Devoir de coopération, 324

Devoir de loyauté, 29, 97, 324

Distribution (réseaux de -), 312

Don, 5, 86

Donation avec charges, 144, 213, 218, 267

Droit

- de créance, 137, 244, 383, 484
- de propriété, 222, 376, 381 et s.

- E -

Échange (contrat d'-), 6 et s., 77, 82, 102, 206, 378 et s.
Économie collaborative, 13 et s., 127 et 128, 152, 456, 499, 503 et 504
Économie sociale et solidaire, 17, 75, 356, 361, 370
Effet relatif, 266, 315, 366, 439 et s., 448
Ensemble contractuel, 442 et s.
Entraide agricole, 61, 384
Entreprise commune, 329, 330, 359
Épicerie solidaire, 165
Équilibre (V. contrepartie)
Équivalence des prestations, 100 et s.
Exception d'inexécution, 182, 230, 278, 336, 338
Exclusion (V. Mesures alternatives de règlement des conflits internes)
Exécution forcée, 224, 339

- F -

Finance participative, 13, 394
Forçage du contrat, 283
Force majeure, 182, 271, 341
Force obligatoire, 96, 182, 309, 448, 453

- G -

Gratuité (V. contrat à titre gratuit)
Gratuité intéressée, 144 et s.
Groupe de contrats, 270, 441 et s.

- I -

Imprévision (révision pour -), 76, 97, 206, 414, 429
Indemnisation, 342
Indivisibilité, 443 et s.
Inexécution contractuelle, 182, 336 et s.
Intention des parties (recherche de -), 263
Intention libérale,

- conception abstraite, 115

- dans les contrats à titre gratuit, 112 et s.

Interdépendance

- contractuelle, 442, 444 et s.
- des obligations, 230

Intérêt

- au contrat, 148 et s., 201, 332
- collectif, 126, 197, 321, 328 et s., 459, 477
- définition de la partie, 467
- distinction entre « communauté d'intérêts » et « intérêt unique », 468
- divergents, 196, 201, 321
- unique, 191 et s., 467, 468, 470, 477

Intérêt commun (V. contrat d'intérêt commun)

Interprétation du contrat, 263, 429

Intuitus personae, 122 et s., 128, 168, 419

- K -

Kula, 5

- J -

Justice commutative, 103, 453

- L -

Lésion, 41, 91, 97, 113, 415
Libéralité, 5, 25, 40 et s., 115, 119 et 120, 123 et s., 144, 163, 218, 278, 318, 373
Liberté contractuelle, 311
Lien social, 5, 9, 17, 21 et s., 24, 126, 330, 361, 423
Loi de modernisation de l'économie (« Loi LME »), 362
Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises (« loi PACTE »), 329
Loi relative à l'économie sociale et solidaire (« loi ESS »), 17, 356, 361, 370

Loi relative aux nouvelles régulations économiques (« Loi NRE »), 426

- M -

Mandat (contrat de -), 229, 285, 326 et s., 402 et s.

Mesures alternatives de règlement des conflits internes

- exclusion, 351
- limitation aux débits et crédits des comptes, 346
- médiation par la collectivité ou un tiers, 350
- notation, 347

Minibons (V. bons de caisse)

Mobiles, 118 et s.

- distinction avec la cause, 119
- prise en compte dans l'opération de
- qualification, 121 et s.

Modes alternatifs de règlement des différends (MARD), 348 et s.

Monnaie

- fongibilité, 78
- fonctions de la monnaie, 79 et 80
- « monnaie » non étatique, 74 et s.
 - *Bitcoins* (V. Bitcoins)
 - grains de sel, 75 et s., 77 et s., 81
 - monnaies locales complémentaires (MLC), 75 et s.

Motifs (V. mobiles)

Mutuum (V. prêt de consommation)

- N -

Non-professionnel, 492 et s., 496, 501 et s.

Nue-propriété, 381

Nullité

- cause, 94
- défaut d'équivalence, 101

- intérêt en matière d'économie de partage, 168
- prix dérisoire ou vil, 101
- retour au *statu quo ante*, 168

- O -

Objet social, 329, 359, 495

Obligation

- d'information, 284, 286, 500
- de sécurité, 283
- éventuelle, 230, 282, 284 et s.
- potestative, 230, 276
- secondaire, 283, 286 et 287

Obligation de

- *facere*, 54, 58, 382 et s., 399, 403
- *dare*, 58, 82, 376, 382 et s.
- *praestare*, 82, 221, 383 et s.

Offre de réforme du droit des contrats spéciaux (Association Henri Capitant), 55

Onérosité désintéressée, 152 et 153

Opposabilité du contrat, 448

- P -

Paiement,

- notion, 50 et s.,
- paiement en monnaie, 51 et s.
- paiement en nature, 57 et s.

Partie

- assimilation avec les personnes, 466
- critère de l'unicité d'intérêt, 467
- définition classique, 449
- « parties liées », 465
- partie plurielle,
 - application aux communautés de contractants, 475
 - notion, 470 et s.,
- « simples parties contractantes », 453, 457

Parts sociales, 359, 363, 478

Permutation, 197, 318, 320, 326, 422, 242

Personnalité morale

- association, 356
- opportunité des groupements personnifiés, 354 et s.
- société, 359

Platformisation, 13

Potlatch, 5

« **Présentation** », 411

Prêt

- à intérêts, 220 et 221
- à usage, 149, 222, 229, 391 et 392, 394
- de consommation, 222, 391 et 393
- obligation de mise à disposition, 221, 222, 392
- obligation de restitution, 221, 222, 292

Principes UNIDROIT, 426

Principes du droit européen des contrats, 426

Prix

- définition, 54
- lésion, 101
- nature, 51
- vileté du prix, 101

Professionnel

- exclusion de la qualité de professionnel pour les contractants du partage, 498
- notion, 492 et s.

Promesse

- de payer une dette préexistante, 223
- unilatérale de contrat, 224

Prosommateur, 503 et s.

- Q -

Qualification,

- catégorie juridique, 34 et s.
- classification juridique, 32, 34 et s.
- opération de qualification, 34, 113, 120 et s., 153 et s.

- R -

Réciprocité

- des obligations (notion), 278 et s.
- nécessité du critère, 287 et s.

Réduction du prix, 340

Relation

- relation d'affaire, 149, 426
- relation commerciale établie, 426
- relation contractuelle, 31 et s.

Remise de dette, 70

Renégociation (du contrat-cadre), 315, 333

Représentation, 402, 481, 483

Résolution, 182, 230 et 231, 267 et 268, 341, 343

Responsabilité,

- appréciation, 42
- ensembles contractuels, 270, 450 et s.
- indemnisation, 342

- S -

Société

- à responsabilité limitée (SARL), 362
- créée de fait, 365
- civile, 367
- de fait, 365
- en participation, 365
- immatriculation au RCS, 359, 365 et s.
- par actions (SA), 362
- par actions simplifiée (SAS), 362 et 363, 367
- par actions simplifiée unipersonnelle (SASU), 362

Solidarisme contractuel, 97, 324

Stipulation pour autrui, 266

Système d'échange locaux (SEL), 63 et s.

- T -

Taoussa, 5

Tiers

- distinction classique entre les parties et les tiers, 449
- tiers de confiance, 350
- « tiers liés », 457

Tragédie des biens communs, 9

Troc, 6 et s.

- U -

Ubérisation, 13

Usufruit, 381

- V -

Vente (contrat de -),

- paiement d'un prix, 54, 376
- transfert de propriété, 376

Vereinbarung (V. acte unilatéral collectif)

Vices du consentement, 97, 115, 168, 261

- dol, 168
- erreur,
 - sur la personne, 115, 122
 - sur les motifs, 123 et 124
 - violence, 97, 168

Volonté

- déclarée, 120, 125, 131
- interne, 131
- unilatérale, 136

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	5
LISTE DES ABRÉVIATIONS	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	11
A. L'évolution des relations économiques dans le temps	15
B. L'émergence de nouvelles formes de consommation : l'avènement d'économies « alternatives ».....	23
C. Une délimitation délicate de l'économie de partage	27
1. Le droit positif français et l'économie de partage : un vide juridique notionnel.....	31
2. L'absence de consensus doctrinal sur la signification des notions	36
3. L'ébauche d'une délimitation de l'économie de partage	38
D. Le retard structurel du droit sur l'économie de partage.....	44
PARTIE I - L'AFFINEMENT DES CLASSIFICATIONS CONTRACTUELLES.....	55
TITRE 1 : REPENSER LA DISTINCTION DES CARACTERES GRATUIT ET ONEREUX	61
CHAPITRE 1. LE CRITÈRE MATÉRIEL : LA RÉMUNÉRATION.....	67
Section 1 : L'existence d'une contrepartie	68
§1 : L'absence de paiement par le créancier initial	69
A. Approche de la notion de paiement	70
1. Le prix.....	71
2. Le paiement en nature	77
B. Le contrat de partage initial : une prestation sans contreprestation.....	79
1. Le non-paiement par le créancier.....	80
2. La gratuité : une conclusion a priori séduisante.....	85
§ 2 : L'existence d'une rémunération finale.....	90
A. Le versement de « grains »	95

1. Le mécanisme des « monnaies » non étatiques	95
2. Le refus de considérer le versement de grain comme une rémunération..	100
B. Le paiement par un tiers au contrat initial	108
1. La rémunération finale du débiteur initial	108
2. La gratuité, une conclusion artificielle.....	110
Section 2 : l'appréciation de la contrepartie.....	114
§ 1 : L'équilibre de la contrepartie	115
§ 2 : L'équivalence des prestations.....	123
Conclusion du chapitre 1	131
CHAPITRE 2. LE CRITÈRE SUBJECTIF : LA VOLONTÉ DES PARTIES.....	133
Section 1 : Le désintéressement au cœur des relations de partage.....	134
§ 1 : La « cause » principale des contrats de partage : l'intention libérale.....	135
§ 2 : L'influence des mobiles désintéressés.....	144
A. La délicate appréhension des mobiles dans l'opération de qualification	145
B. L'importance des motivations désintéressées dans les contrats de partage ou la prépondérance de l'intérêt collectif	154
Section 2 : La réminiscence de l'intérêt personnel	164
§ 1 : L'absence d'altruisme pur	165
A. La potentialité de prestations futures.....	166
1. L'expectative quant à la réalisation d'une contreprestation	167
2. Le degré de certitude quant à la réalisation de la contreprestation.....	170
B. L'épargne des prestations	174
§ 2 : Les conséquences sur la qualification des techniques de partage	176
A. L'inopportunité des catégories intermédiaires.....	177
1. La gratuité intéressée	178
2. Les inconvénients d'une surabondance de qualifications.....	183
a. Les interrogations en suspens	184
α. L'intérêt au contrat conclu à titre gratuit	184
β. Gratuité intéressée versus onérosité désintéressée.....	187
b. Une catégorie intermédiaire à l'intérêt limité.....	190
B. La relativité du titre gratuit et onéreux	193
1. La gratuité : une catégorie limitative	194
a. Le refus d'assimiler « gratuité » et « altruisme »	195
b. La délicate cohabitation entre gratuité et intérêt matériel	197

2. L'onérosité : une catégorie résiduelle	200
Conclusion du chapitre 2	211
Conclusion du titre 1.....	213
TITRE 2 : REPENSER LA DISTINCTION DES CONTRATS	
SYNALLAGMATIQUES ET UNILATERAUX.....	217
CHAPITRE 1. LES INSUFFISANCES DE LA CLASSIFICATION	
TRADITIONNELLE FACE AUX TECHNIQUES DE PARTAGE	225
Section 1 : L'appréhension des techniques de partage à l'aune des qualifications	
traditionnelles	225
§ 1 : L'exclusion de la qualification d'acte unilatéral	226
A. La notion d'acte juridique unilatéral	226
B. L'impossible assimilation des techniques de partage aux actes unilatéraux	235
§ 2 : Les techniques de partage : des contrats unilatéraux au regard du droit positif	
.....	240
A. La nécessaire qualification contractuelle des techniques de partage.....	240
B. Le caractère a priori unilatéral des contrats de partage	245
Section 2 : Le prisme insuffisant du contrat synallagmatique classique.....	250
§ 1 : Les contrats de partage : une remise en cause de l'assimilation entre le	
synallagmatique et l'onéreux, l'unilatéralité et la gratuité	251
A. Les contrats synallagmatiques : des contrats conclus à titre onéreux.....	251
1. Le rejet classique de l'assimilation	251
2. L'admission de l'assimilation entre les contrats synallagmatiques et conclus	
à titre onéreux.....	256
B. Gratuité et unilatéralité : une assimilation éprouvée par les contrats de partage	
.....	261
§ 2 : Une tentative d'appréhension des contrats de partage grâce à la conception	
« souple » du contrat synallagmatique	270
A. Le recours insuffisant à la nature évolutive des contrats synallagmatiques .	272
B. L'émancipation de la perception rigide du synallagma.....	280
1. L'impact de la volonté des parties sur la connexité des obligations.....	281
2. L'insuffisance du synallagma lato sensu	284
Conclusion du chapitre I.....	289

CHAPITRE 2. UNE TENTATIVE D'ÉMANCIPATION DE LA VISION CLASSIQUE DU CONTRAT SYNALLAGMATIQUE.....	291
Section 1 : L'impossible formation d'un contrat synallagmatique par l'imbrication de contrats unilatéraux	292
§ 1 : L'agrégation de contrats unilatéraux intimement liés	292
A. Une succession de contrats imbriqués	293
B. L'appréciation globale de la succession de contrats.....	298
§ 2 : Une mise en application délicate.....	300
A. Une solution artificielle	301
1. Le non-respect des règles relatives au consentement	301
2. L'écueil de la réciprocité des obligations	307
a. Un parallèle nécessaire entre le contrat synallagmatique par agrégation et les rapports à trois personnes.....	308
b. L'absence d'obligations réciproques dans le contrat synallagmatique par agrégation	313
B. L'obstacle de l'aléa et de la potestativité.....	315
Section 2 : La suppression du critère de réciprocité : une solution à rejeter.....	327
§ 1 : L'appréhension de la réciprocité des obligations ou l'impératif travail de définition.....	327
§ 2 : Le caractère essentiel du critère de réciprocité.....	331
A. La remise en cause de l'utilité du critère de réciprocité	331
B. Une conclusion erronée dictée par une compréhension biaisée de la réciprocité	336
Conclusion du chapitre 2	343
Conclusion du titre 2.....	345
Conclusion du la partie I	349
PARTIE II - L'ÉLARGISSEMENT DES RELATIONS CONTRACTUELLES	353
TITRE 1 : DU CONTRAT À LA RELATION CONTRACTUELLE	355
CHAPITRE 1. DES COMMUNAUTÉS DE CONTRACTANTS.....	357
Section 1 : L'organisation contractuelle des communautés	357
§ 1 : Un contrat-cadre originel : outil de création et d'adhésion à la communauté. 358	
A. L'appréhension des relations de partage grâce à la notion de contrat-cadre 358	

1. Le contrat-cadre : un précieux outil d'organisation des relations contractuelles dans le temps.....	358
2. Le contrat originel : un contrat-cadre.....	364
B. Un contrat-cadre de coopération.....	373
1. La distinction classique opposant les échanges aux distributions	374
2. L'appréhension du contrat-cadre original à l'aune d'une figure intermédiaire : la coopération.....	381
a. La nécessaire reconnaissance d'une figure intermédiaire : le contrat-coopération	382
b. L'application de la qualification de contrat-coopération au contrat-cadre originel.....	391
§ 2 : La résolution originale des conflits internes.....	399
A. L'insuffisance des sanctions traditionnelles	400
B. La gestion originale des conflits par les communautés	411
1. La prévention des conflits en amont : un objectif essentiel au sein des communautés.....	411
2. La contractualisation du règlement des litiges : la promotion d'une justice alternative	413
Section 2 : L'articulation avec le droit des groupements	420
§ 1 : L'opportunité des groupements personnifiés	420
A. L'association à but non lucratif	420
B. La société	425
§ 2 : L'inadéquation des groupements non personnifiés	431
Conclusion du chapitre I.....	441
CHAPITRE 2. DES RELATIONS CONTRACTUELLES COMPLEXES.....	445
Section 1 : L'innomé au cœur du domaine participatif.....	445
§ 1 : L'écueil des contrats translatifs de propriété ou portant sur l'usage d'un bien.....	446
C. L'inadaptation des contrats translatifs de propriété à titre onéreux.....	446
1. L'absence de paiement d'un prix : un obstacle dirimant à la qualification de contrat de vente	447
2. Le contrat d'échange : une qualification intuitive trompeuse.....	450
B. Le caractère inapproprié des contrats portant sur l'usage d'un bien	462
1. L'inadéquation du bail face aux contrats unilatéraux de partage	463
2. L'impossible recours aux contrats de prêt à usage et de consommation ..	465

§ 2 : Les obstacles aux contrats relatifs aux services	470
A. L'incompatibilité entre le contrat d'entreprise et les spécificités des contrats de partage	471
B. L'impraticable recours au mandat en l'absence d'actes juridiques accomplis au nom et pour le compte d'un tiers.....	476
Section 2 : la promotion de la « relation contractuelle ».....	482
§ 1 : La relation contractuelle au cœur des préoccupations doctrinales	482
A. L'exposé de la théorie des contrats dits relationnels	483
B. La réception des contrats relationnels par la doctrine française.....	487
1. Les tentatives d'importation en droit français	488
2. Une transposition impraticable	491
§ 2 : L'ascension de la relation contractuelle ou la nécessité d'élargir le prisme ...	498
A. Les contrats successifs : des permutations au service de la relation	499
B. Un changement de prisme au profit de la relation contractuelle	503
1. Le caractère normatif de la relation : vers la reconnaissance du contenu non obligationnel du contrat.....	504
2. La prévalence de la phase d'exécution	508
Conclusion du chapitre II.....	513
Conclusion du titre 1.....	517
TITRE 2 : L'INCIDENCE DES COMMUNAUTÉS SUR LA QUALIFICATION DES INTERVENANTS	519
CHAPITRE 1. LA DISTINCTION RELATIVE PARTIE/TIERS.....	521
Section 1 : L'incidence de la succession des contrats sur la qualité des intervenants	521
§ 1 : L'émergence de réflexions sur l'élargissement de la notion de partie	521
A. Un préalable nécessaire : l'approche des ensembles contractuels.....	522
B. Un plaidoyer en faveur d'une conception large de la notion de partie dans les ensembles contractuels.....	532
1. Première approche de la notion de partie.....	532
2. Les ensembles contractuels : un terreau fertile pour l'élargissement de la notion de partie.....	535
§ 2 : Une tentative infructueuse d'éclairer la qualité des intervenants du partage ..	544
A. Une nouvelle réalité contractuelle ou la nécessité d'assouplir la distinction classique partie/tiers.....	544

B. L'inadaptation des modèles de réflexion à la succession des contrats de partage.....	550
Section 2 : La communauté, un contractant particulier.....	555
§ 1 : l'existence d'une partie plurale : la théorie de l'acte juridique conjonctif.....	555
A. La définition de la notion de partie par référence au critère de l'intérêt unique	555
B. Un acte unique passé par au moins une partie plurale.....	563
§ 2 : La communauté, une partie plurale	568
A. L'application de la théorie de l'acte conjonctif à la communauté.....	568
B. La superposition des rapports interindividuels et des rapports contractuels élargis.....	574
Conclusion du chapitre I.....	583
CHAPITRE 2. L'ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE CATÉGORIE DE PARTIES AU CONTRAT : LE « PROSOMMATEUR »	585
Section 1 : Le principe : la distinction professionnel/consommateur comme critère d'application du droit de la consommation	587
§ 1 : Le domaine d'application classique du droit de la consommation.....	587
A. La construction progressive des catégories du droit de la consommation ...	588
B. La consécration de catégories définies au sein du Code de la consommation	592
§ 2 : L'inapplication du droit de la consommation aux relations de partage.....	599
Section 2 : La remise en cause du principe : l'hybridation croissante des catégories de contractants ou la « professionnalisation » des consommateurs	605
Conclusion du chapitre 2	617
Conclusion du titre 2.....	619
Conclusion de la partie II	621
CONCLUSION GÉNÉRALE	625
Bibliographie.....	689
Table de jurisprudence	695
Index.....	707