

## Séance 1 / Introduction au droit des contrats spéciaux

### 1/ Doctrine :

- M. Planiol, « Classification synthétique des contrats », Rev. crit. Législ. et jurisp. 1904, p. 470 et s. (extraits)
- A. Bénabent, « Les difficultés de la codification : les contrats spéciaux », in « Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire », Dalloz Litec 2004, p. 245 et s.

### 2/ Jurisprudence :

- Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 décembre 2002, « Amar » : RTDciv. 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 383, obs. J.-P. Marguénaud et p. 575, obs. R. Libchaber ; RDC 2003, p. 220, obs. A. Marais ; RDC 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld et p. 348, obs. G. Lardeux

### 2/ Exercice : Commentaire d'article :

- Commentez l'article 1107 du Code civil
- 

### 1/ DOCTRINE :

- M. PLANIOL, « CLASSIFICATION SYNTHÉTIQUE DES CONTRATS », REV. CRIT. LÉGISL. ET JURISP. 1904, P. 470 ET S. (EXTRAITS)

« Les trois grandes familles de contrats - Tout contrat a pour objet un service qu'une personne demande à une autre; mais la nature du service étant variable, on conçoit que les contrats se réunissent en groupes distincts de la même manière que les services qui leur servent d'objets.

Dans l'ordre logique, le contrat primordial est celui par lequel une personne s'engage à exécuter un travail au profit d'une autre; ce sont donc les contrats relatifs au travail humain qui vont former la première classe de contrats que nous aurons à examiner.

Dans certains cas, le travail fourni peut se réduire à un effort insignifiant et hors de proportion avec l'importance du service rendu: c'est ce qui a lieu dans tous les contrats que les économistes qualifient d'échanges et qui ont pour objet le déplacement d'une chose matérielle, faisant passer d'une personne à une autre la faculté d'utiliser cette chose. Nous dirons que les contrats de cette classe ont pour objet les choses, et non pas le travail.

Enfin, l'organisation des sociétés civilisées met à la disposition des particuliers un troisième objet de contrats, à savoir les droits de toute nature que les personnes peuvent avoir les unes contre les autres, et qui deviennent la matière d'un grand nombre de conventions.

La revue des différents types de contrats actuellement connus et classés va montrer que les contrats ne peuvent avoir que ces trois sortes d'objets, et qu'ils portent nécessairement sur un travail, une chose ou un droit. Parmi les choses nous rangeons l'argent ou plus exactement la monnaie, qui est une marchandise comme les autres, malgré sa fonction propre qui en fait l'intermédiaire des échanges. Dans le travail, nous comprenons à la fois le travail proprement dit, celui des professions manuelles, et les services d'ordre plus relevé dépendant des professions libérales, car il n'y a entre ces deux genres de travaux qu'une différence de degré: tout travail manuel demande une certaine dose d'intelligence, et il n'y a pas de travail, si littéraire ou artistique qu'il soit, qui n'implique un effort matériel.

Dans chacune des trois catégories de contrats qui vont être examinées, les sous-distinctions à établir proviennent toutes: 1° de l'existence ou de l'absence d'une contre-prestation; 2° de la nature de cette contre-prestation quand elle existe. La différence entre deux contrats relatifs au travail, à une chose ou à un droit, tient toujours à la question de savoir si celui qui fournit le service rendu à autrui en est récompensé et sous quelle forme il l'est (...).

Ces considérations nous amènent à comprendre pourquoi et dans quelle mesure il est possible de créer des contrats nouveaux. Tous les genres de contrats sont inventés et connus depuis longtemps, et je ne

crois pas qu'on puisse rien ajouter au cadre général tracé dans le paragraphe premier. Ce qui est possible (...) c'est la création de nouveaux objets de contrats (...). Une autre façon de créer du nouveau en matière de contrats est le mélange de leurs divers genres (...).

L'existence de ces contrats nouveaux, soit par la nouveauté de leur objet, soit par la nouveauté du mélange d'éléments anciens dont ils sont composés, a souvent dérouté les juristes. Quel nom donner à ces nouveaux venus? Un des procédés les plus fréquents qu'ils ont employé pour se tirer d'embarras consiste à dire qu'on se trouve en présence d'un contrat innommé. L'expression se comprend (...). Elle a cependant le tort grave d'être fautive, car cette même expression possède une autre valeur historique fixée depuis plus de quinze siècles et inchangeable (...). Quand les juristes romains en ont admis l'existence, ils n'ont pas créé de nouvelles variétés concrètes de contrats, car toutes les opérations qui se firent dès lors sous le nom de "contrats innommés" étaient possibles au moyen de la stipulation: la reconnaissance de ces contrats nouveaux a été simplement la création d'une nouvelle manière de s'obliger. On suppléait par là à l'insuffisance des procédés obligatoires du droit romain; on dispensait les parties d'employer la stipulation, dans les cas autres que ceux des quatre contrats consensuels et des quatre contrats réels.

Mais depuis que le simple pacte a remplacé, comme acte créateur des obligations conventionnelles, le contrat formaliste de la stipulation romaine, nous n'avons plus besoin des contrats innommés, et nous ne pouvons même plus en faire (...). Avec notre système moderne des contrats consensuels, le pacte est obligatoire par lui-même (...) Par conséquent, c'est se tromper et tromper les autres par une confusion inévitable, que de dire que les contrats nouveaux qui se rencontrent dans le droit moderne sont des contrats innommés ».

- A. BÉNABENT, « LES DIFFICULTÉS DE LA CODIFICATION : LES CONTRATS SPÉCIAUX », IN « LE CODE CIVIL 1804-2004, LIVRE DU BICENTENAIRE », DALLOZ LITEC 2004, P. 245 ET S.

C'est un choix de méthode qui constituerait sans doute l'embarras premier d'une entreprise de recodification contemporaine des contrats spéciaux, tant le regard découvre d'emblée un chantier aussi vaste que dévasté.

Vaste d'abord par son étendue: même en exceptant le premier. d'entre eux - le contrat de mariage (art. 1387 à 1581) -, et deux des derniers -le cautionnement (art. 2001 à 2043) et les nantissements (art. 2071 à 2091).-, c'est 456 articles de la codification initiale, soit près du quart du Code Napoléon, qui étaient consacrés aux contrats spéciaux. A quoi sont venues s'ajouter au fil du temps non seulement quelques excroissances (la vente d'immeubles à construire : art. 1601-1 et suivants; le contrat de promotion immobilière: art. 1831-1 et suivants; les conventions d'indivision: art. 1873-1 et suivants), mais encore et surtout un grand nombre de lois, restées volantes (comme entre autres les baux d'habitation, le crédit-bail, la sous-traitance ou diverses agences, matrimoniales, de voyages, immobilières, etc.) ou codifiées ailleurs (comme les baux ruraux et commerciaux, les Contrats de crédit ou d'assurance, notamment) : il est sans doute aujourd'hui très difficile de recenser la législation qui devrait fournir l'inventaire de base d'un travail de recodification des contrats spéciaux.

Mais vaste aussi par la diversité: au rebours de certains domaines qui puisent homogénéité et cohérence dans le champ clos d'un type de situation (les successions par exemple) ou de logique (comme la responsabilité civile), le chantier des contrats spéciaux rencontre des terrains extrêmement variés et parfois totalement étrangers les uns aux autres: quoi de commun, tant sur le plan sociologique qu'économique, entre la construction d'une usine clés en mains et le dépôt en garde-meubles, entre la gestion de portefeuille et une location saisonnière, entre la vente d'un cheval et un contrat de franchise, entre un crédit-bail et une rente viagère?

Étendu et divers, le paysage de ce chantier est aussi accidenté et même, peut-on dire sans excès, d'une certaine manière dévasté. Car l'ordonnement initial - qui n'avait d'ailleurs aucunement vocation à la perpétuité ni même à la stabilité, étant adapté à un certain monde fait de certains métiers, de certains biens, de certaines techniques, de certains modes de vie, de certains loisirs - a naturellement subi en première ligne tous les bouleversements des deux siècles derniers. Fait pour la « vie quotidienne juridique », le droit des contrats spéciaux était exposé, plus que tout autre pan du Code civil, à des obsolescences pouvant aller jusqu'à la disparition (la constitution de rente perpétuelle: art. 1909 à 1913; la cession de biens: art. 1265 à 1270, ou le prêt à la grosse aventure: art. 1964), en même temps qu'à des transformations plus que profondes (comme par exemple les louages d'ouvrage et d'industrie des art. 1779 et suivants devenus respectivement le protéiforme contrat d'entreprise et le fondamental contrat de travail), et à des créations ex nihilo (les contrats de distribution, d'édition, de crédit-bail, etc.).

Il est donc bien trompeur, le constat que 365 des 456 articles d'origine sont demeurés intacts depuis 1804 (le gros des changements se concentrant sur une vingtaine d'articles en matière de bail et sur la réécriture en 1972 du titre XVI relatif au compromis et en 1978 du titre IX consacré à la société). La réalité, c'est que le droit positif -pratique, législation et créations jurisprudentielles confondues- a connu des bouleversements aussi profonds que le droit des personnes et de la famille, clans des directions plus diversifiées et sur un rythme plus strident, mais sans trouver une force de refondation équivalente, ni en volonté politique ni peut-être en hommes D'où l'instauration progressive d'une sorte de bric-à-brac législatif où les textes vieillissants n'ont pas été remaniés mais peu à peu doublés par des lois latérales qui les ont submergés ou encore vidés de leur portée par des créations jurisprudentielles qui les ont étouffés.

Ainsi un seul des 41 articles relatifs au prêt a été modifié, mais tout le droit du crédit s'est instauré en marge; deux seulement des 27 articles consacrés au mandat ont bougé, cependant que se développaient diverses législations sur les intermédiaires professionnels; pas un seul texte n'a changé concernant les contrats aléatoires alors que les jeux publics envahissent estaminets et téléviseurs; et pour le bail, le Code civil est devenu une simple toile de fond récupérant les échappés des statuts spéciaux, paradoxalement surtout les locations mobilières qu'il n'avait guère considérées (cf. l'intitulé de la section première du chapitre relatif au louage de choses: « des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux »).

Le phénomène était peut-être inévitable, inhérent à la matière, ce qui invite à la réflexion dans la perspective d'une éventuelle recodification: contrairement à des domaines où la mutation procède d'une évolution des mœurs ou des idées, empreinte d'une certaine homogénéité permettant des interventions juridiques cohérentes (le droit de la famille, des successions, de la responsabilité civile, de la consommation), le patchwork des contrats spéciaux subit par nature les à-coups décalés de ses composantes: les crises du logement, les innovations technologiques, les changements de méthodes commerciales; les fluctuations économiques et financières, les nouveaux métiers et nouveaux loisirs sont autant de poussées qui n'agissent ni au même moment ni dans le même sens, provoquant des réactions juridiques ponctuelles et disparates.

Recodifier en cette matière soulève donc une question première et majeure : faut-il le faire et dans quel but ?

C'est ici que le choix de la méthode s'avère décisif et en prise directe avec le sens que l'on veut donner à une codification en matière de contrats spéciaux. Et c'est à la recherche de cette finalité que seront consacrées les observations qui suivent: après avoir expliqué pourquoi certaines mauvaises tentations devraient sans doute être repoussées, on s'attachera à explorer une piste de réflexion, celle des théories spéciales.

---

## I. - LES MAUVAISES TENTATIONS

---

Si elles sont tentations, c'est qu'elles présentent, au moins en apparence, quelques attraits ou avantages: c'est pourquoi n'y figurera pas le maintien en l'état du bric-à-brac susdit car, même si la communauté juridique s'en accommode, c'est plus par force forcée- il faut bien vivre avec et c'est le métier des juristes que d'y parvenir avec un certain succès - que par satisfaction: ni la « lisibilité» ni la sécurité juridique n'y trouvent véritablement leur compte.

Mais l'action peut prendre plusieurs directions qui, tout, en étant attrayantes, comportent sans doute de larges inconvénients.

### A. - C'est d'abord de la tentation du « tout nommé » qu'il faut se méfier.

Codifier toutes les formes connues de contrats, comme avaient voulu le faire les codificateurs en leur temps, présenterait certes plusieurs attraits: d'une part, regrouper en un corpus central des textes dont l'éclatement rend aujourd'hui la recherche difficile, la collecte aléatoire et surtout l'articulation délicate faciliterait l'accès au droit; d'autre part, ce serait l'occasion de fixer les points, très nombreux, qui relèvent pour l'heure de jurisprudences évolutives ou hésitantes, ce qui irait aussi dans le sens d'un accès meilleur à un droit plus sûr.

A la réflexion toutefois, l'entreprise aurait son revers, et même plusieurs revers: d'abord, être peu compatible avec le mouvement de multiplication des codes vers lesquels ont fui certains contrats, et des plus importants (Codes du travail, des assurances, de la consommation, rural, sans compter le nouveau Code de commerce); ensuite, figer - comme le fait toute codification - une matière qui doit au contraire avoir la souplesse apte à l'adapter à des évolutions permanentes, sauf à exposer le nouveau Code à un essoufflement continu à la poursuite de mises à jour incessantes; enfin et surtout, multiplier les conflits de frontières et,

partant, les exercices de qualification qui en sont la rançon, certes formatrice pour l'esprit mais souvent ingrate et abstraite pour les usagers.

En un mot, l'ordonnancement nouveau ne tarderait pas à connaître les mêmes lézardes que le précédent, par cela même que les mêmes causes produisent les mêmes effets.

B.- A l'autre extrême, aussi forte peut être la tentation de décodifier à outrance en laissant le champ libre à la liberté contractuelle, avec pour seuls guides les principes fondamentaux qui figurent à la théorie générale, et pour seules bornes les règles d'ordre public dont la plupart relèvent d'autres codes, comme ceux de la consommation, des assurances, du travail, de la propriété intellectuelle, mais aussi le Code de commerce (pour les baux commerciaux ou les contrats de distribution par exemple).

Car les lois impératives se justifient le plus souvent par une inégalité des parties, inégalité appréhendée par ces autres codes. Le Code civil, pour ce qui est des contrats spéciaux, est essentiellement fait de règles supplétives, comme il se doit entre citoyens égaux auxquels la liberté contractuelle laisse le soin d'organiser leurs liens: pourquoi alors codifier ce qu'ils peuvent écarter d'un trait de plume ? Ce qu'a fait le Code Napoléon pour une majorité ne sachant pas écrire se justifie-t-il encore aujourd'hui ?

Réduire la codification des contrats spéciaux aux seules règles impératives ne serait pas sans attraits : dégager et mettre en relief ce qui est de l'essence de chacun d'eux, ce qui en fait la colonne vertébrale incontournable; inciter les contractants -et non plus seulement les autoriser- à prendre en charge consciemment leur contrat, en précisant toutes ses modalités; enfin, mettre ainsi en place une législation pouvant espérer clarté et stabilité, car - du moins dans les contrats trouvant leur place dans le Code civil - les changements qui « touchent à l'os » conservent un rythme à la portée du législateur (par définition puisque lui seul décide de l'ordre public, du moins en principe...).

Et pourtant, malgré cet allègement purificateur, abandonner ainsi le principal gisement de règles supplétives du Code n'est sans doute pas à encourager. Car les règles supplétives ont non seulement une fonction, mais encore une richesse.

Leur fonction, pallier les silences ou omissions des parties, est loin d'avoir été rendue inutile par le développement des documents écrits: outre que les accords purement verbaux sont encore fréquents dans la vie quotidienne des petits contrats (petits par leur objet de faible valeur et non selon leur nature comme on l'entendait au XIX<sup>e</sup> siècle), il est de multiples cas où les parties, tout à l'objet premier de leur accord, n'ont ni l'esprit ni le temps ni les connaissances pour envisager toutes les suites susceptibles de s'y attacher, et il serait d'ailleurs bien lourd d'interdire le simple écrit principal rapide et commode (bon de commande, « voucher », bon d'enlèvement, reconnaissance de dette, devis, reçu, pouvoir, facture, etc.) pour exiger partout et toujours une charte complète qui serait d'ailleurs en grande partie inutile - heureusement - dans l'immense majorité des cas et qui risquerait fort, au surplus, d'être impuissante dans les autres, tant il est vrai qu'on ne peut tout prévoir à chaque instant.

Et au-delà de cette fonction, les lois supplétives recèlent une richesse incomparable: parce qu'elles sont le fruit d'un travail de réflexion ayant considéré et pesé les multiples aspects en cause pour établir un point d'équilibre, elles indiquent où se situe la norme, le lit du fleuve dans son cours le plus plein, et servent ainsi de repère à ceux qui, juristes ou non, n'ont pas le loisir de construire à chaque signature leur propre équilibre.

L'appauvrissement dû à l'amputation de ces repères serait en définitive un prix trop lourd à payer pour l'allègement espéré.

C.- Repoussés les deux excès contraires d'une codification ou d'une décodification à outrance, vient alors naturellement la tentation du « toilettage » - du « lifting » dirait-on aujourd'hui - des textes dans leur contenu en conservant l'actuelle structure passant en revue les principaux contrats: élagage des branches mortes (rentes constituées, bail à cheptel, vente à réméré), étalement de celles qui ont connu une croissance exponentielle (contrats d'entreprise et autres services surtout, mais aussi séquestre ou location mobilière), mise en place et ordonnancement des absentes (crédit-bail, pacte de préférence, occupation précaire, contrats du tourisme et des loisirs, assistance bénévole), intégration des rejets indépendants (baux d'habitation, agents professionnels, dépôt hospitalier).

C'est sans doute la tentation la plus forte, probablement celle qui sera suivie comme il en a été au Québec, car elle se recommande de puissants avantages: assurer la continuité avec le Code actuel, garantir le maintien de nombreux acquis, organiser les multiples ramifications et subdivisions peu à peu apparues, en un mot « rénover à droit constant », ou presque, ce qui peut sembler à la fois rassurant et efficace.

D'où vient alors qu'on ne puisse se défendre d'un certain sentiment d'insatisfaction?

Peut-être est-ce l'impression que reconduire ainsi la même méthode, c'est un peu une solution de facilité, et ce d'autant plus qu'on connaît l'usure qui guette son résultat (encore qu'il faille en toute matière faire confiance à la fois à l'expérience des générations précédentes et aux ressources de celles venir).

Mais-bien plutôt ce peut être le constat qu'en procédant de la sorte, on se prive de toute chance de parvenir à extirper du droit français des contrats spéciaux ce qui en fait la tare: le poison, certes délicieux aux esprits cartésiens mais poison quand même, de l'exercice systématique de la qualification, avec ses cloisons et ses brusques failles aux résultats parfois déconcertants et injustifiés. D'où peut surgir une autre tentation: celle d'essayer une méthode qui tendrait au décroissement des qualifications.

## II. - UNE TENTATIVE: DÉCLOISONNER LES QUALIFICATIONS PAR DES THÉORIES SPÉCIALES

---

L'excès étant un défaut en tout, même dans les vertus, le droit comme tout un chacun, les revers de ses qualités : le goût qui l'imprègne pour l'opération de qualification, certainement son trait le plus caractéristique et l'une de ses qualités majeures, atteint dans le droit des contrats spéciaux un paroxysme aux effets fâcheux.

Trois exemples pour dépouiller ce propos de sa prime apparence iconoclaste :

- entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise incluant la fourniture d'une chose, la frontière, souvent ténue dans les faits, alimente pourtant un abondant contentieux bien connu car le détail qui fera basculer la qualification d'un côté ou de l'autre déclenche des conséquences juridiques considérables: exigence ou non d'un prix déterminé, application ou non de la garantie des vices cachés, validité ou illicéité des clauses limitatives de responsabilité, application ou non du droit de la sous-traitance, instant du transfert de propriété et des risques, etc.; est-il satisfaisant qu'il suffise par exemple que le fournisseur procède aussi à l'installation de la chose pour changer à ce point le paysage juridique ?

- entre le contrat de dépôt et les contrats pour l'exécution desquels une chose est confiée à autrui, comme le mandat (songeons au « dépôt-vente » ou au « confié ») ou le contrat d'entreprise (un contrat de réparation ou d'entraînement), le régime de responsabilité ou la charge des risques et de la preuve évolue sans justification réelle, au point que certains arrêts ont dû isoler une « phase de dépôt » incluse dans le contrat principal pour tenter de « lisser » le régime applicable ;

- entre un bail et une myriade de contrats « locatif » qui vont relever soit du dépôt (contrat de coffre-fort, contrat de stationnement), soit du contrat d'entreprise (location d'un engin avec chauffeur, contrats de résidence), soit du crédit (location financière et crédit-bail), soit même de la vente (location-vente, contrat de carrière), la distinction est souvent si artificielle que le langage courant, cette émergence de l'intuition juridique, ne la traduit pas.

Bref, le découpage des contrats spéciaux emporte des conséquences par fois aussi arbitraires que celui de circonscriptions électorales...

Il ne serait donc pas absurde de tenter un effort de décroissement, comme le droit contemporain en fournit d'ailleurs l'esquisse, encore timide il est vrai, en d'autres domaines : ainsi, les responsabilités du fait des accidents de la circulation (loi du 5 juillet 1985) et du fait des produits défectueux (loi du 19 mai 1998) se sont-elles affranchies de la frontière « contractuelle-délictuelle », et l'article 442-6, 5° du Code de commerce (loi du 6 juillet 1996) a-t-il fondu contrats à durée déterminée ou indéterminée dans la « relation commerciale établie ».

Mais de quelle manière envisager un tel décroissement dans le domaine des contrats spéciaux, qui apparaît consacré par nature à distinguer des catégories ? Ne serait-ce pas automatiquement supprimer la matière pour se rejeter vers la théorie générale, rejoignant ainsi l'une des tentations dont on s'est défendu tout à l'heure ?

Il existe peut-être une méthode intermédiaire qui pourrait constituer une voie à tout le moins intéressante à explorer: celle que l'on pourrait désigner en parlant de « théories spéciales ». L'idée serait de renoncer au classement en quelque sorte vertical que nous connaissons au profit de régimes transversaux s'attachant non plus à opposer des contrats définis les Uns' aux autres, mais à établir des corps de règles liés à l'objet et à la fonction de tel ou tel type d'obligation, quel que soit le contrat précis dans lequel elle vient s'insérer.

Pour prendre trois exemples: lier au transfert de propriété d'un bien les mêmes effets (moment, garantie d'éviction ou des vices) sans avoir à s'attacher à rechercher s'il intervient dans le cadre d'une vente, d'un contrat d'entreprise, d'un contrat d'emphytéose, voire d'une dation en paiement ou d'un « échange »

contre un service; attacher au transfert de détention d'une chose le même régime (notamment quant aux risques) sans distinguer selon que cette détention est due à un dépôt, un mandat, une location, un contrat d'entreprise, voire une vente à l'essai; ou encore, pour les contrats de service, définir un régime qui ne dépende pas de ce que la prestation s'inscrit dans un contrat d'entreprise, un contrat d'intermédiaire, etc. (par exemple quant à l'exécution personnelle, à la fixation ou à la révision du prix).

Il s'agirait donc de dégager des théories spéciales s'attachant non pas à un contrat nommé en particulier, mais à la nature d'une obligation située dans n'importe quel contrat, qu'elle en soit l'essentiel ou l'accessoire (sur le modèle par exemple de ce qu'ont fait certains arrêts récents en appliquant à l'entrepreneur ou au mandataire qui reçoit une chose pour l'exécution de sa mission une obligation de conservation « analogue à celle du dépositaire »).

L'approche première, qui vient d'être prise pour illustration, consisterait donc à privilégier l'objet de l'obligation: transfert de propriété d'un bien; transfert de détention; promesse de jouissance; versement d'une somme d'argent; exécution d'une prestation de service; engagement de ne pas faire.

Mais comme bien sûr il ne s'agit pas de tout uniformiser aveuglément sous un seul jour, il y aurait lieu de « croiser » cette première approche avec une ou plusieurs autres. On conçoit aisément par exemple que les garanties d'éviction ou des vices cachés dues par un vendeur ne le soient pas par un donateur. Mais cela ne tient pas à la qualification précise de la vente ou de la donation, mais à un équilibre commun à toutes les cessions, selon qu'elles sont à titre onéreux ou gratuit: il est aussi justifié d'attendre une garantie de tout autre cédant à titre onéreux (que ce soit dans le cadre d'un contrat d'entreprise, d'une dation en paiement ou même d'un prêt de consommation translatif de propriété - lorsqu'il est rémunéré) qu'il est légitime de lorsque le transfert est gratuit, que ce soit dans une donation ou dans n'importe quelle autre fourniture bénévole.

On peut étendre l'idée en généralisant l'importance qu'il faut attacher à l'économie ou à l'équilibre du contrat: il y a évidemment lieu d'être plus exigeant à l'égard du débiteur qui reçoit une contrepartie à son obligation et ce, quel que soit l'objet de celle-ci, y compris s'il s'agit d'une prestation de services (ce que ne fait pas la jurisprudence sur l'assistance bénévole, au rebours de ce que préconise l'article 1992 pour le mandat) ou d'une obligation de ne pas faire.

Mais l'opposition à cet égard entre contrats à titre onéreux et contrats titre gratuit est peut-être devenue un peu rustique. Ne vaudrait-il pas mieux se demander dans l'intérêt de quelle partie a été conçue l'obligation en cause? Il est des cas où, tout en étant sans contrepartie directe et pouvant ainsi être qualifiée de gratuite, elle tire du contexte un intérêt prédominant pour son débiteur: certains prêts consentis par des professionnels (véhicules, chariots, cuves) participent de leur recherche de profit et il ont donc qu'une apparence de gratuité.

Comme le fait la jurisprudence sur les conditions suspensives, moduler les obligations pourrait donc se faire selon qu'elles sont souscrites dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie, ou dans leur intérêt égal.

Là encore, la conséquence à en déduire n'a pas à être circonscrite tel contrat nommé, mais peut servir à affiner les « théories spéciales ».

On peut aussi songer à un autre facteur de modulation, tenant aux parties, selon qu'il s'agit ou non de professionnels, ainsi que l'a fait la jurisprudence en matière de vices cachés dans la vente.

Mais, ici encore, le pointillisme est à rejeter, et c'est d'ailleurs ce qu'a fait le droit de la consommation en condamnant certaines clauses sans se soucier de la qualification du contrat qui les abrite. On pourrait par exemple poser en présomption qu'un professionnel agit rarement par « intention libérale » et que les obligations qu'il souscrit ne sont pas désintéressées.

Bien entendu, un même contrat pourrait, surtout s'il est relativement complexe, agencer plusieurs de ces théories spéciales qui seraient distributivement applicables à ses diverses composantes.

\*

A supposer qu'elle s'avère praticable et puisse être concrètement mise en oeuvre, la méthode ainsi envisagée, plutôt qu'ébauchée pour recodifier la matière des contrats spéciaux, présenterait un triple avantage.

D'abord, harmoniser, en évitant des différences de régime injustifiées dues à l'effet de bascule d'une qualification à l'autre. Certes, la jurisprudence a souvent déployé des efforts d'analogie pour établir certains parallélismes ponctuels. Mais elle ne peut par nature aller au-delà, et le maintien du parallélisme est un exercice exigeant une vigilance permanente là où des textes communs pourraient assurer une véritable cohérence.

Ensuite, présenter un caractère « ouvert », apte à accueillir de nouvelles créations contractuelles là où une juxtaposition de contrats nommés laissera toujours des intervalles vacants.

Enfin par là donner peut-être moins de prise aux changements de vent qui à l'heure actuelle agitent en permanence la matière, pour tenter d'éviter de recodifier sur du sable.

## 2/ JURISPRUDENCE :

- CASS. 3<sup>EME</sup> CIV., 18 DÉCEMBRE 2002, « AMAR » : RTDCIV. 2003, P. 290, OBS. J. MESTRE ET B. FAGES, P. 383, OBS. J.-P MARGUÉNAUD ET P. 575, OBS. R. LIBCHABER ; RDC 2003, P. 220, OBS. A. MARAIS ; RDC 2004, P. 231, OBS. J. ROCHFELD ET P. 348, OBS. G. LARDEUX

### OBS. J. MESTRE & B. FAGES :

Importante décision que cet arrêt rendu par la Cour de cassation à la demande de locataires de religion juive qui souhaitent obtenir de leur bailleur la pose d'une serrure mécanique, seul système de fermeture pouvant être utilisé pendant le sabbat et les fêtes. Sous un triple visa fait à la fois de droit commun (art. 1134 c. civ.), de droit conventionnel (art. 9-1 et 9-2 Conv. EDH) et de droit spécial (art. 6 a et c L. du 6 juill. 1989), la troisième chambre civile y censure un arrêt rendu en matière de référés (Paris, 27 oct. 2000), en affirmant de façon très explicite que « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique ».

Les «pratiques» religieuses entrent-elles dans le champ contractuel ? La question n'aurait guère attiré l'attention s'il s'était agi de pratiques auxquelles le droit des contrats a l'habitude d'être confronté (pratiques professionnelles, commerciales, d'affaires, etc.). Sauf à valoir usage, et encore..., les pratiques de l'un ne font pas la loi commune! En l'espèce, toute la difficulté tenait au caractère religieux de ces pratiques ou, plus exactement, au fait qu'elles étaient « dictées par les convictions religieuses » - comme l'exprime la Cour de cassation afin de les distinguer du culte proprement dit, dont les intéressés avaient invoqué avec succès la liberté constitutionnelle devant la Cour d'appel. Or, au nom du respect des droits fondamentaux du contractant, et notamment de la très conquérante Convention européenne des droits de l'homme (cf. déjà Civ. 3<sup>eme</sup>, 6 mars 1996, RTDciv. 1996. 897, où il n'était pas question d'incorporer une prestation mais de supprimer une clause), fallait-il considérer que la foi s'était intégrée dans la loi du contrat ? L'arrêt s'y oppose. Sous réserve d'une convention contraire, qui doit alors être expresse et ne saurait se déduire implicitement de la volonté ou du comportement des parties, les pratiques religieuses d'un contractant n'entrent pas dans le champ contractuel. La solution n'est pas nouvelle (rappr. en droit du travail Soc. 24 mars 1998, Bull.civ. V, n°171), mais elle est exprimée avec force. On peut y voir l'affirmation principe de laïcité contractuelle.

Ecartées du contrat au stade de sa formation, les pratiques religieuses ne davantage resurgir au moment de l'exécution par le biais de l'exigence de bonne foi. Elles ne font naître, nous dit la cassation, « aucune obligation spécifique ». Il faut comprendre qu'une partie, tenue d'exécuter loyalement la convention, n'a pas le devoir d'adapter le contenu contractuel aux préceptes ou interdits religieux qu'observe son cocontractant.

### OBS. J.-P MARGUÉNAUD :

Une société d'investissement et de gestion, propriétaire d'une résidence avec trois bâtiments composés d'appartements donnés à bail, avait répondu à la demande sécuritaire d'une association de locataires en faisant installer autour de l'ensemble immobilier des grilles et quelques portes s'ouvrant grâce à un clavier électronique, communément appelé digicode, qui enclenche un dispositif électrique. Or, 25 locataires de confession juive, observateurs scrupuleux des prescriptions de la halakha qui interdit l'utilisation de toute forme d'énergie - et notamment de l'électricité assimilée au feu - pendant le chabbat - du vendredi soir au samedi soir - et les jours de fêtes religieuses, s'insurgèrent contre la mise en place de cette innovation technologique qui, certains jours, les obligeait à choisir entre une violation de l'interdit électrique et une absence aux offices religieux. Aussi, assignèrent-ils la société bailleresse aux fins d'obtenir l'installation d'une serrure mécanique et la remise de clefs permettant d'éviter l'utilisation du digicode de la discorde. Par un arrêt du 27 octobre 2000, la Cour de Paris avait accueilli leur demande en se fondant sur la liberté de culte garantie par la Constitution française comme par les textes internationaux parmi lesquels on pouvait aisément subodorer la présence de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est précisément sous le visa de cet article et de l'article 1134 du code civil que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt le 18 décembre 2002 au cinglant motif que « ... les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique ». Au regard du droit des contrats, cette

solution, qui laisse présumer la laïcité de l'opération contractuelle; protège la sécurité des transactions en dissuadant les tribunaux de se livrer à un forçage des contrats et se marie fort bien avec la position de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 2001 consistant à annuler le contrat pour, erreur sur les motifs seulement si le mobile avait été expressément érigé par la victime de l'erreur en condition du marché intervenu, a déjà été approuvée par un auteur particulièrement perspicace. D'autres ne tarderont pas à l'encenser du point de vue des contrats spéciaux (V. déjà B. Vareille, op. cit.). Il s'agira ici d'essayer de tester rapidement sa solidité à l'épreuve du droit européen des droits de l'Homme. A cet égard, il semble que la solution de l'arrêt Amar ait été formulée de manière trop lapidaire pour tenir et rendre compte des conditions dans lesquelles la Convention européenne des droits de l'Homme peut affecter le contenu d'un contrat. Si l'on a bien compris, seule une convention expresse pourrait permettre à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme de faire irruption dans le champ contractuel. Or, l'affirmation, diamétralement opposée, de M. l'avocat général O. Guérin (op. cit.) suivant lequel: « comme le respect de la vie privée, le respect de la liberté de religion s'impose dans les relations contractuelles, même s'il n'y est pas fait référence dans le contrat » est beaucoup plus satisfaisante. En effet, si l'existence d'une convention expresse peut avoir une incidence sur l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme, en l'occurrence son article 9, son absence ne peut, en revanche, en exercer aucune. Si une stipulation prévoit expressément l'application de l'article 9 en telle ou telle occurrence, rien ne s'opposera à ce qu'elle produise effet; si elle prévoit expressément d'en exclure l'application, elle s'analysera en une renonciation à un droit garanti par la Convention qui, selon la belle thèse de M. Julien Raynaud (Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, PUAM, 2003, préface E. Garaud) serait valable à de très strictes conditions mais qui, en l'occurrence, risquerait fort de se heurter à la jurisprudence naguère établie par la Commission européenne des droits de l'Homme dans ses décisions Rommelfanger ci Allemagne du 6 septembre 1989 relative au licenciement par un hôpital catholique d'un médecin salarié qui avait pris position en faveur de l'avortement et Stedman ci Royaume-Uni du 9 avril 1997 concernant l'opposition d'une salariée chrétienne au travail dominical (sur ces décisions suivant lesquelles un requérant peut fort bien invoquer devant les organes européens un droit substantiel conventionnellement garanti auquel il avait pourtant renoncé dans un cadre contractuel V. A. Debet, L'influence de la Conv. EDH sur le droit civil, D. 2001, n° 435). En revanche, à défaut de convention expresse, il n'est pas convenable de laisser croire que la Convention européenne des droits de l'Homme, en l'occurrence son article 9, ne pourra pas s'introduire dans le champ contractuel. Tout dépend en réalité du point de savoir si les conditions de la diffusion de son effet dit horizontal sont réunies.

Il faut commencer par distinguer selon qu'il s'agit de diffusion de l'effet horizontal par la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même ou par les juridictions nationales. Dans le premier cas, il s'agit de savoir si la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée parce qu'il n'a pas fait respecter un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations interindividuelles. On parle alors d'effet horizontal indirect. Dans la seconde hypothèse, qui nous intéresse ici, la question se pose en des termes très différents car l'effet horizontal de la Convention se confond avec le problème de l'applicabilité directe en droit interne de la norme conventionnelle. Il s'agit alors d'un effet horizontal direct (cf. F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, PUF, coll. Thémis, 2003, p. 30). Les conditions de l'applicabilité directe étant réunies, le juge interne peut se servir de la Convention dans les contentieux interindividuels sans être soumis aux mêmes règles que le juge européen (ibid.). Il peut notamment mettre en œuvre un article de la Convention européenne des droits de l'Homme sans se livrer à une application du principe européen de proportionnalité qui le conduirait à placer une personne privée dans la position surprenante de pouvoir limiter le droit d'une autre personne privée au nom de l'intérêt général. C'est d'ailleurs ce que la troisième chambre civile de la Cour de cassation elle-même avait déjà fort bien compris puisque, par son arrêt Mel Yedei du 6 mars 1996 (RTD civ. 1996.1024), déjà relatif à un contrat de bail, elle avait catégoriquement affirmé, sans la moindre allusion à un quelconque équilibre à maintenir entre les intérêts du bailleur et ceux du locataire, que les clauses d'un bail d'habilitation ne peuvent, « en vertu de l'article 8-1 » de la Convention européenne des droits de l'Homme avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches. Il arrive cependant que la Cour de cassation se lance courageusement mais maladroitement dans une opération de contrôle de proportionnalité pour justifier l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme à des relations contractuelles. C'est ce qui est advenu à sa chambre sociale pour soumettre à l'article 8 la clause domiciliaire d'un contrat de travail par son arrêt Spileers du 12 janvier 1999 (D. 1999.645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly). Néanmoins, ce qui vaut lorsque le juge interne décide d'appliquer l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme à une relation contractuelle ne vaut plus lorsqu'il décide de l'écarter. En effet, en bonne logique, il devrait alors apprécier les risques de mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat au titre de l'effet

horizontal indirect que ferait courir son refus de reconnaître en l'espèce un effet horizontal direct à la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est à cette appréciation que la troisième chambre civile aurait dû se livrer dans l'affaire Amar et autres. Cependant, il n'y a pas lieu de lui reprocher trop sévèrement de n'en avoir rien fait car, dans l'état actuel de la jurisprudence européenne, cet exercice est une mission encore largement impossible: comme on le sait, la Cour européenne des droits de l'Homme, qui vérifie encore si l'ingérence d'un particulier était nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un but d'intérêt général (cf. arrêt Fuentes Bobo el Espagne, 29 févr. 2000, D. 2001-574, note .P. Marguénaud et J. Mouly) est encore particulièrement ambiguë sur la question de l'effet horizontal indirect (cf. Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit. p. 31-32 et supra n° 2). Il convient néanmoins d'essayer de répondre à la question essentielle: une prise en compte des principes du droit européen des droits de l'Homme aurait-elle dû conduire, en l'espèce, à une solution différente de cette retenue par la troisième chambre civile ? La réponse devrait être négative. Pour la justifier il faut tout d'abord observer que, dans la mesure où la liberté religieuse n'était pas invoquée « pour obtenir un effet élusif: amputer le contrat d'une de ses stipulations» [mais] en vue d'un effet additif: l'ajout au contrat d'une nouvelle prestation exigible du bailleur» (E. Garaud, op.cit.), la diffusion horizontale de l'article 9 ne pouvait guère se concevoir sans le relais d'une obligation positive. Dès lors il y avait lieu de faire jouer le principe de proportionnalité «inverse» (cf. supra n° 2) pour apprécier s'il fallait mettre à la charge de l'Etat l'obligation positive d'imposer au bailleur une nouvelle prestation consistant à équiper l'ensemble immobilier d'un système de fermeture supplémentaire à l'usage des seuls locataires de confession juive réfractaires au digicode. Ici, il importe de bien comprendre que, puisqu'il s'agit d'obligation positive, le rapport de proportionnalité ne doit pas être établi entre deux intérêts particuliers, mais entre un intérêt particulier et l'intérêt général. Confronter les intérêts particuliers en présence conduirait à conclure, un peu à la manière de la Cour d'appel de Paris, qu'il est plus facile pour un bailleur de procéder à la pose d'une serrure et à la confection de clés n'altérant pas l'équilibre du contrat que pour un locataire de déménager quand sa religion lui interdit de se servir d'un digicode. Or, cet argument, que l'on peut rapprocher de celui utilisé parla chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 24 mars 1998 (Bull. civ. V, n°171) relatif à:un employé de boucherie musulman refusant le contact avec la viande porc qui ne pouvait se plaindre d'une atteinte à ses convictions religieuses dans la mesure où il avait conservé la liberté de démissionner, n'est pas celui qu'il convient d'utiliser lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a lieu de mettre une obligation positive à la charge de l'Etat. C'est en considération de l'intérêt général qu'il faut alors se prononcer. Or, de ce point de vue, obliger l'Etat à faire assurer le respect des convictions religieuses de tous les locataires puis inéluctablement de tous les salariés, de tous les voyageurs... serait lui imposer une charge si disproportionnée qu'elle minerait les fondements mêmes de la société démocratique. Il convient de souligner, à cet égard que, par son arrêt Kokkinakis el Grèce du 25 mai 1993 (in Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit. p. 413) où elle a dégagé les principes d'interprétation de l'article 9, la Cour européenne des droits de l'Homme a fortement souligné l'importance « du pluralisme chèrement conquis au cours des siècles, consubstantiel à pareille société» (§ 31). Aussi, ce qui aurait été accordé en l'espèce aux locataires de confession juive aurait dû l'être aussi, dans cet immeuble ou ailleurs, aux locataires d'une autre confession pour éviter toute discrimination résultant de la combinaison de l'article 14 et de l'article 9. En outre, le respect du pluralisme se heurterait vite à des difficultés insurmontables lorsque, sur une question comme celle de l'ouverture des portes ou sur cent autres soulevées par la vie quotidienne dans un immeuble collectif, les rites religieux, mais aussi les convictions des athées, des agnostiques, des sceptiques ou des indifférents pour lesquels la liberté de pensée, de conscience et de religion garantie par l'article 9 est aussi un bien précieux (§ 31 de l'arrêt Kokkinakis, préc.), divisent radicalement plusieurs colocataires. Ces risques de contradictions sont d'autant plus grand que, parfois, au sein d'une même religion, il existe des courants minoritaires inflexibles sur la manière d'observer tel ou tel rite ou telle ou telle pratique. C'est ce qui ressort de l'affaire Cha 'are Shalom Ve Tsedek c/ France, jugée en grande chambre le 27 juin 2000 (RTDH 2001.195, note J-F. Flauss), dans laquelle une association de fidèles, consommateurs de la seule viande cachère glatt répondant à une plus grande exigence de pureté et supposant une recherche plus approfondie de l'absence de trace d'une maladie antérieure se plaignait notamment d'un refus discriminatoire de l'agrément nécessaire pour pouvoir pratiquer l'abattage rituel qui avait été accordé aux seuls sacrificateurs de l'Association consistoriale israélite de Paris. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'Homme qui se méfie aussi beaucoup de l'intégrisme islamique (cf. l'arrêt Refah Partisi el Turquie du 31 juill. 200 I, RTD civ. 2001.979 dont la position hostile à la charia a été unanimement consolidée par un arrêt de la grande chambre du 13 févr. 2003) avait conclu à une non-violation de l'article 9 notamment parce qu'il faut laisser une marge d'appréciation particulière « pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre l'Etat et les religions ». Il n'aurait sans doute pas été au-dessus des forces de la troisième chambre civile de puiser dans cet arrêt, concernant lui aussi l'observation de rites ou pratiques israélites et d'ailleurs signalé dans l'avis de l'avocat général Guérin, les éléments d'une

justification plus européenne de sa solution. A tout le moins, elle aurait pu s'appuyer sur l'arrêt Pichon et Sajou ci France du 2 octobre 2001 GCP 2002.éd.E.II.1045, note J Raynaud) relatif au refus par deux pharmaciens de vendre des produits contraceptifs en raison de leurs convictions religieuses, pour démontrer que n'importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction n'est pas nécessairement une pratique protégée par l'article 9. Elle a préféré aller plus directement au but pour délivrer un message finalement convaincant: en matière de respect des convictions tout au moins, trop de droits de l'Homme étouffe les droits de l'Homme.

---