

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

**Année universitaire 2011-2012**

**TRAVAUX DIRIGES – 3<sup>ème</sup> année Licence Droit  
DROIT CIVIL – CONTRATS SPECIAUX**  
Cours de Monsieur le Professeur **Nicolas MOLFESSIS**

---

**Distribution : du 17 au 22 octobre 2011**

**PREMIERE SEANCE**

**INTRODUCTION AU DROIT DES CONTRATS SPECIAUX  
(GENERALITES)**

---

**I.- Organisation des enseignements** – La première partie de cette séance portera sur l’organisation des enseignements et le contrôle continu. Vous savez que l’une des clés de la réussite – sinon la principale – tient aux notes que vous aurez en TD. Pour le dire autrement, votre priorité, en termes d’emploi du temps et d’investissement intellectuel, doit porter sur la préparation des séances de TD. A ce titre, qu’il soit dit une fois pour toutes que tous les documents qui se trouvent dans les fiches doivent être analysés et connus (le sujet donné à l’examen en tient compte) même si le chargé de TD a décidé, en séance, de ne pas tous les étudier, ce qui relève de son libre choix. Sachez que si vous avez travaillé régulièrement le cours et les fiches de TD, vous n’aurez aucune (mauvaise) surprise le jour de l’examen.

**Rappel :** La préparation des séances nécessite de connaître le cours correspondant et, parfois, d’approfondir certains points. Pour cela, il pourra vous sembler utile d’aller consulter les notes de jurisprudence ou les chroniques qui sont publiées dans les principales revues de droit (Dalloz, JCP, Revue trimestrielle de droit civil, etc.). Dans cette hypothèse, méfiez-vous : vous devez conserver votre liberté d’esprit et d’analyse. Il ne s’agit jamais de recopier ce qui se trouve dans une revue ; il s’agit de savoir exploiter les analyses faites par d’autres, pour vous faire votre propre opinion. Vous devez savoir raisonner par vous-même, en fonction de considérations techniques (bien-fondé d’une interprétation, portée de la solution par rapport au reste de la jurisprudence, etc.) aussi bien que de données plus générales (opportunité d’une solution, nécessité d’une réforme, etc.).

Par ailleurs, vous pouvez également avoir besoin d'aller puiser dans des ouvrages. Voici donc une bibliographie portant sur la matière. Les chargés de TD vous expliqueront les différences principales entre les ouvrages et vous conseilleront.

### **Bibliographie**

- P. H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Litec, 2008.
- A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchretien, 9<sup>ème</sup> éd., 2011.
- F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2011.
- J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in Traité de droit civil de J. Ghestin, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2001.
- Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.
- F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2008.
- R. DESGORCES, H. AUBRY, E. NAUDIN, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2011.

**II.- Thème de la séance : Evolution du droit des contrats spéciaux** – Cette première séance vise à entrer progressivement dans la matière, en faisant le lien entre le droit des contrats, appris en deuxième année, et le droit des contrats spéciaux. De l'un à l'autre, le passage devrait se faire logiquement, puisqu'il s'agit de passer du droit commun aux droits spéciaux, de la théorie générale à ses applications. A ce titre, la question première de la séance vise à s'accorder sur ce qu'est un contrat spécial et à déterminer ce qui caractérise la « spécialité » en cause. Le contrat est-il spécial par son objet ; par les parties (le contrat de consommation est-il un contrat spécial ?) ; par la forme (le contrat électronique...), etc. ? D'où, sur cette voie, une interrogation sur le nommé et l'innommée. La deuxième question consistera alors à rechercher comment évolue la matière et à apprécier le phénomène de multiplication des contrats spéciaux, qui conduit à l'inflation des divisions et subdivisions. Une autre manière de prolonger la discussion consistera, dans cette perspective, à mesurer la place du droit civil dans cette évolution, face à la multiplication des droits spéciaux. Les contrats spéciaux enfantent les droits spéciaux, à moins que ce ne soit l'inverse.

**Document 1 :** Ph. Rémy, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée R. Savatier, 1985, p. 103.

**Document 2 :** A. Bénabent, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 245.

**Document 3 :** P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Le monde du droit – Mélanges Foyer*, Economica, 2008 (extraits).

On pourra également lire : G. Lardeux, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *Les petites affiches*, 14 septembre 2005, p. 3 ; et les diverses contributions in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », *Revue des contrats*, 2006, p. 597 et s.

### **III.- Exercice**

a). La séance sera consacrée pour partie à l'analyse des documents de la fiche, qui auront été lus, résumés et compris.

b). Vous devrez également essayer de dresser une liste de contrats spéciaux. Tentez d'effectuer un classement. Pour montrer la multiplication des divisions et subdivisions, vous essayerez ensuite d'ordonner, sous forme d'arborescence, les différents types de baux.

DOCUMENT 1

LA JURISPRUDENCE DES CONTRATS SPÉCIAUX  
Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle  
de Droit Civil\*

par M. Philippe REMY

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers

Durant le demi-siècle que nous venons de vivre, quel a été l'apport de la jurisprudence à l'évolution des contrats spéciaux ? Que nous dit, là-dessus, la chronique dite « des contrats spéciaux » livrée quatre fois l'an par la Revue Trimestrielle de Droit civil ?

C'est sans doute au doyen René Savatier lui-même qu'il aurait fallu poser ces questions : 58 ans de chroniques de jurisprudence à la même revue en ont fait, le crois, le champion des chroniqueurs de fond (1), dans un genre littéraire qui s'apparente au feuilleton — et qui réjaine, comme première qualité, une longue haleine. Surtout, l'auteur des « Métamorphoses », curieux de toutes les évolutions, sensible aux transformations, aux mutations, aux gênes — et grand dévoreur d'arrêts (2) — aurait certainement su, dans ce bouillonnement de jurisprudence commentée au jour le jour, distinguer l'essentiel, trouver les chemins invisibles. Le doyen Savatier nous aurait peut-être même dit vers où la jurisprudence des contrats spéciaux marchait ainsi, un arrêt derrière l'autre, lui qui paraît avoir eu, tout à la fois, le don de voyance et je goûte de prophétiser.

Nous serons, par nécessité, un peu plus modeste. En lisant 40 années de chroniques — de 1941 à 1981 — notre intention a été simplement de sonder, par ce moyen rudimentaire, la mémoire des civilistes de notre temps. Dans ces 160 rapports trimestriels quoi de mémorable ? Que dit ce miroir imparfait de la jurisprudence ? (3).

De la chronique ainsi feuilletée comme une espèce de journal de bord des contrats spéciaux, on escompte la réponse à deux questions :

\* Les notes renvoient à l'œuvre de la Revue et à la page.

(1) Chronique des successions, donations et testaments à la Rev. Trim. Dr. Civ. de 1921 à 1930 ; 441 pages d'arrêt au total entre 1920 et 1931 ; 252 notes ou chroniques de 1927 à 1930 à l'index de l'éditeur.

(2) Mme Imprudent, très loin de la jurisprudence « vétie », combien de millions de décisions rendues pendant la même période ? à chronique reflète aussi les préoccupations décrites dans l'introduction de la jurisprudence.

— La première question est de savoir de quelle matière (1) s'est faite cette chronique : quels contrats l'ont occupée ? Quels faits juridiques sont rapportés par ces annales des contrats spéciaux ?

— La seconde question, sans doute un peu moins modeste, sera de savoir si, dans ce mouvement incessant, il y a un sens : non pas une direction, mais une signification. Si cette histoire de 40 ans est intelligible, si ces mille rubriques (4) et trois mille décisions (5) forment autre chose qu'un chaos d'anecdotes. Planant sur cette matière, y avait-il (y a-t-il encore) un *esprit des contrats spéciaux* ? (11).

## I — LA MATIÈRE DE LA CHRONIQUE

La matière de la chronique nous livre d'embles, sur les mouvements des contrats spéciaux, des chiffres instructifs (A) ; mais on y lit aussi des faits, qui font l'histoire des contrats spéciaux (B).

A. Les chiffres d'abord. De 1941 à 1981, les 1260 pages de la chronique comportent 927 rubriques ; 927 brèves dissertations sur un point de jurisprudence, nourries chaque fois de plusieurs espèces. Dans le mouvement de ces chiffres, on mesure le territoire de la chronique, ses déplacements, ses pertes et ses gains.

### a) Les déplacements.

Rien de surprenant à ce que les ventes et les baux occupent à eux deux plus de la moitié du terrain (6). Mais leurs positions, en 40 ans de chronique, se sont inversées : le bail, qui dépassait très largement la vente dans la chronique des années 40 et 50 (7), est au contraire dépassé par elle dans les années 60 et 70 (8). Ce déplacement du bail est en réalité — les chiffres le disent aussi — un *recul des baux spéciaux*. Il y a à cela deux explications.

D'un côté, le bail d'habitation revient peu à peu dans le giron du droit commun et la fuite de questions nées de la loi de 48 perd de l'intérêt au profit de questions classiques, qui retrouvent leur place (9).

(4) 527, si nous avons bien compris.  
(5) Chiffre encore plus approximatif que le précédent : j'estime à trois le nombre moyen d'arrêts rapportés par rubrique — une décision sort de prétexte à des appels qui dépassent souvent la dizaine.  
(6) 525 rubriques.

(7) 314 rubriques contre 221.  
(8) 15 contre 90.

(9) 527, si nous avons bien compris.  
moyen d'arrêts rapportés par rubrique — une décision sort de prétexte à des appels qui dépassent souvent la dizaine.  
(6) 525 rubriques.

(7) 314 rubriques contre 221.  
(8) 15 contre 90.  
(9) 527, si nous avons bien compris.  
moyen d'arrêts rapportés par rubrique — une décision sort de prétexte à des appels qui dépassent souvent la dizaine.  
(6) 525 rubriques.

D'un autre côté, le statut du fermage, happé par l'hyperspecialisation, échappe petit à petit à la chronique, qui ne le retient plus que par les points où il touche encore la théorie générale, ou par l'anecdote (10).

Par cette conjonction de raisons, la chronique du bail revient vers le droit commun, et l'intérêt qu'en lui accorde ne dépasse pas celui qu'on accorde à la vente.

### b) Les pertes.

Les pertes les plus remarquables sont celles du contrat de travail (11), du contrat d'assurance (12) et du contrat de transport (13). Ici encore, c'est sans doute l'hyperspecialisation de ces contrats qui les a peu à peu chassés à une chronique à vocation générale (14).

Au regard de ces pertes, quelles sont les accroissements ?  
c) Les gains.

Les gains les plus nets sont du louage d'ouvrage, du mandat, et des contrats immobiliers.

Le louage d'ouvrage, devenu contrat d'entreprise, triple son territoire dans les 20 dernières années (15). D'ailleurs, ce n'est plus le tenuvier (16), ni l'entrepreneur de pompe funèbre (17), ni l'entreprise de battages (18), ni même le gourguis (19), qui alimentent cette rubrique, mais l'entreprise de construction (20), entourée d'une constellation

(10) Savoir quel est le sort du bail rural après divorce (80.122) ou si le bailleur peut reprendre des parcelles pour en faire un jardin d'agrément (78.889).

(11) 87 rubriques sur les années 41-61, ce qui n'est pas le recueil des travaux en troisième position (après les baux et les ventes) pour cette période : un passe à trente rubriques dans la période suivante.

(12) 17 rubriques de 1941 à 1950 ; une en 1959, une autre en 1963.

(13) 8 rubriques en 1942-43 ; une en 1955, une en 1964, une en 1970 ; c'est le très marginal transport en taxi qui fournit les deux dernières rubriques (64.162 ; 70.589).

(14) L'histoire du contrat de travail est à cet égard exemplaire. On voit arriver, à partir d'elle, en quelques unes de ces années (14), à la fin du contrat très spécialisé, l'usurpatrice l'usurpatrice qui, au contraire, et dans le détail de sa segmentation spécifique, le distingue. Plus qu'en l'acronyme, à la théorie générale — théorie de la faute contractuelle l'acronyme offre un jeu puriste de tout compris. (77 rubriques), régime de l'obligation de non-concurrence, valant du « jeu puriste » de tout compris. (77 rubriques), régime des barattes de qualification, distinction du contrat de travail et de l'entreprise ; du contrat de travail et des assistantes sociales (63.570 ; 68.577), liberté du mariage des hôtesses de l'air et des assistantes sociales (63.570 ; 68.577), liberté du remariage des divorcés licenciés par des établissements d'enseignement catholique - 72.614 ; 76.365 ; longuement abusif ; un prieuré-couvent (74.634) ; clause de connaissance ou liberté politique du juvénatiste (62.158 ; 64.761).

(15) 134.1-901 ; 19 rubriques ; 1961-1981 : 53 rubriques.

(16) 45.196.

(17) 49.39.

(18) 65.672.

(19) 71.391 et 74.164.

(20) C'est le gros total : 58 rubriques sur 72.

d'entrepreneurs nouvelle manière, conseils en organisation (21), entrepreneurs de programmes (22), et autres promoteurs immobiliers (23). Dans les mêmes années, le mandat double en volume, grossi par les mandats salariés, le mandat d'intérêt commun et la question du mandat apparent (24).

Surtout, on voit jaillir dans la chronique la rubrique des contrats « immobiliers » (25). Cette rubrique semble avoir trois objets : 1° accueillir les contrats qui entrent malaisément dans les catégories classiques (26) ; 2° rendre compte de questions pour lesquelles le rattachement du contrat examiné à une qualification quelconque est à peu près indifférent (27) ; enfin — et surtout — traverser d'une même question plusieurs contrats spéciaux : interprétation des clauses d'indemnisation (28) ; détermination du devoir de conseil (29) ; contrôle judiciaire des clauses pénales (30). On a là les symptômes formels de trois phénomènes : les difficultés de rattachement des nouvelles figures contractuelles aux qualifications classiques ; l'inutilité d'un tel rattachement pour la détermination du régime de beaucoup de contrats ; enfin la remontée des contrats spéciaux vers la théorie générale des contrats. Voilà ce que disent les chiffres. Que disent les faits ?

B. De ce second point de vue, la chronique des années 41-81 offre d'abord une poussière d'événements qui font une sorte d'histoire — d'où émerge, nous semblerait-il, un seul fait, mais considérable dans sa durée et ses effets : la dépréciation monétaire avec les tourments qu'elle a infligés à toute notre matière.

a) Voici d'abord la guerre, dont l'écho dans la chronique s'estendra jusqu'en 1955 (31).

(21) 71.170 ; 71.312.  
 (22) 70.950.  
 (23) 72.412.  
 (24) 194.461 ; 11 rubriques ; 1961-81 ; 25.  
 (25) En 1952, apparaît, formellement, une rubrique de « contrats immobiliers » (ou « générés ») ; mais, bien évidemment, la chronique échappe, sous cette rubrique figurant, de nombreuses autres commandes immobilières (v. p. ex. R.T. 50, 519). Sous cette rubrique figurent, 1951 à 1958, 28 mandats.  
 (26) Contrat de dépassement de journaux, 61.511 ; contrat de stationnement sur un parking, 71.758 ; 80.795 ; contrat d'exploitation d'un parc d'ateliers, 70.753 ; contrat de location de terrains de pratiquantes, 70.753 ; contrat de lancement d'un artiste, 61.188 ; contrat d'abonnement, 81.111 ; le contrat d'enseignement par correspondance, 71.072 ; le contrat de restauration, 75.559 ; le contrat de renouvellement d'un procédé technique, 75.812.  
 (27) 7.516.  
 (28) 7.518.  
 (29) 7.577 ; 73.672 ; 79.149 ; 79.150.  
 (30) 55.338 ; irresponsabilité d'un garagiste en raison de la partie pour force majeure de la volonté confiée.

(31) 55.338 ; irresponsabilité d'un garagiste en ce temps troublé v. aussi 45.124.  
 (32) 42.469 ; 41.460 ; 42.355.  
 (33) 41.469 ; 42.460 ; 42.201 ; 55.338.  
 (34) 42.777 ; 44.185 ; on retrouve la même question à la libération : 45.126.  
 (35) 70.950.  
 (36) 41.604 ; 46.133 ; 49.274 ; 50.198.  
 (37) 42.76. La question de savoir si c'est la loi ou l'acte exécutoire de l'assurance tiendra grande place dans la chronique : 45.281 ; 46.237 ; 47.205.  
 (38) Ce qui apparaît d'abord comme un cas de force majeure, puis comme une cause de réduction des loyers : 41.466 ; 42.71 ; 41.112 ; 44.22.  
 (39) 41.453 ; 41.454 ; 42.207 ; 42.238.  
 (40) Ce qui est refusé à celui qui se trouve interpellé « à cause de ses opinions » 44.254.  
 (41) 44.183 ; on se demande si le bailleur peut être considéré comme complice de son locataire.  
 (42) Ce qui autorise les vendeurs de meuble en gros à réduire leurs livraisons « à la grande clameur des clients » 45.41.  
 (43) C'est l'accusation de chroniques très dures, où l'on se demande si la prudence française n'est pas en train de désoigner la vente (ou gâcher) du contrat de propriétés : 42.69 ; 42.204 ; 43.267 ; 44.40 ; 44.120 ; 45.49 ; 46.426 ; pour le bail : 45.43.  
 (44) 47.340.  
 (45) 52.198.  
 (46) 51.556 ; Sur les incertitudes du contrat de travail en ce temps troublé v. aussi 45.124.  
 (47) 45.124.

1. Exode : les entreprises se replient avec ou sans ordre d'évacuation ; que doivent faire les employés : suivre ou ne pas suivre (32) ? Les dépositaires — garagistes ou banquiers — abandonnent les choses qu'ils ont leur a confiées (33) ; les transporteurs deviennent irresponsables des pertes subies durant l'invasion (34).

Années noires : les immeubles loués sont réquisitionnés (35) et les troupes au cantonnement y mettent le feu (36). Les bailleurs n'exécutent plus leur obligation de chauffage (37) et les locataires réclament des réductions de loyers pour diminution de ressources (38). Les femmes de mobilisés voudraient bien conserver au moins leur bail familial (39) et l'Etat-Etat interné administrativement obtient une réduction de son loyer (40). On installe dans les lieux loués des abattoirs clandestins (41), et les Français mangent tant de porc qu'il y a déficit de poche (42). Les préfets veillent sur les ventes d'immeubles et les baux de plus de neuf ans (43). La femme du prisonnier connaît, pour l'évasion de son mari, une convention de sauvetage dont on ne trouve de modèle que dans le Digeste (44).

Liberation : les bailleurs se débarrassent de leurs locataires par le moyen de réquisitions du comité de libération (45) ; un employeur, craignant des incidents dans son usine, congédie l'ouvrier dont les filles se sont « compromises » avec l'occupant (46) ; on se demande comment joue l'assurance sur la vie en cas d'exécution sommaire de l'assuré (47). De cette écume de la jurisprudence de guerre, le lecteur sort convaincu que les faits et les circonstances font, sinon tout le droit, du moins les questions de droit. La chronique de la paix et des trente glorieuses, en rapportant d'autres questions, répète cette leçon d'humilité — le fait vient avant le droit.

(32) 42.469 ; 41.460 ; 42.355.

(33) 41.469 ; 42.460 ; 42.201 ; 55.338.

(34) 42.777 ; 44.185 ; on retrouve la même question à la libération : 45.126.

(35) 70.950.

(36) 42.76. La question de savoir si c'est la loi ou l'acte exécutoire de l'assurance tiendra

grande place dans la chronique : 45.281 ; 46.237 ; 47.205.

(37) Ce qui apparaît d'abord comme un cas de force majeure, puis comme une cause de réduction des loyers : 41.466 ; 42.71 ; 41.112 ; 44.22.

(38) 41.453 ; 41.454 ; 42.207 ; 42.238.

(39) 45.46.

(40) Ce qui est refusé à celui qui se trouve interpellé « à cause de ses opinions » 44.254.

(41) 44.183 ; on se demande si le bailleur peut être considéré comme complice de son locataire.

(42) Ce qui autorise les vendeurs de meuble en gros à réduire leurs livraisons « à la grande clameur des clients » 45.41.

(43) C'est l'accusation de chroniques très dures, où l'on se demande si la prudence

française n'est pas en train de désoigner la vente (ou gâcher) du contrat de propriété,

pour le bail : 45.43.

(44) 47.340.

(45) 52.198.

(46) 51.556 ; Sur les incertitudes du contrat de travail en ce temps troublé v. aussi 45.124.

(47) 45.124.

2. Dans la France décrépite, la grande affaire est d'être logé et les grandes questions sont celles du bail d'habitation. Sous l'égide de la loi de 48 (loi d'organisation de la sécurité), les locataires s'inventent. Les propriétaires fuient « la qualification maléfique de bail » (48), en tant qu'il prétend diminue et de la convention d'occupation précaire (49) ; ils s'évertuent aussi à « étouffer, très juridiquement », le maintien dans les lieux (50).

Pour ceux qui restent dans les lieux du bail, un nouvel équilibre s'installe, sous l'œil égarable des juges : comme les loyers sont minces, c'est le locataire qui reféra les toitures et supportera (parce qu'il en profite) les charges « résultant du croîtreissement général du patrimoine immobilier » (51). Tant mieux si la maison s'escroule un peu, car voilà le bailleur libéré de son locataire par un bienheureux cas fortuit (52). Dans ce grand bruit d'immeubles croulant de vérité, la plainte des locataires parisiens qui perdent leur concierge paraît un cri bien incongru (53).

Les fermiers n'ont pas de concierge. Mais ce qui vient d'être dit du bail d'habitation peut être transposé dans le bail à ferme. Même fuite des propriétaires, même tendance générale des juges à « cadrasser au fond des textes le génie socialisant du statut » (54). Même résignation, enfin, avec les mêmes tentatives de rééquilibrage. Avec en plus ceci : que le statut du fermage a conféré au preneur une espèce de capital de droits qui se commercialisent, en dépit de la loi et des juges (55). L'économie de marché s'installe où elle peut.

Elle s'installe aussi comme elle peut. Dans cette France où l'immeuble est rare, la chronique voit revenir le troc d'immeubles, la convention d'hébergement et l'engagement d'honneur de vider les lieux, toutes formes contractuelles régressives (56).

3. Dans la chronique de la reconstruction, le paysage contractuel change, au tournant des années 60.

(48) 53.424.  
(49) 54.118 ; 56.147.  
(50) Partie ancien, notamment, de la transaction : 56.105 ; rapp. 59.555 ; rapp. 53.126.  
(51) 53.110 ; 56.625 ; 59.117 ; 60.125 ; le bailleur ne transfère pas seulement au preneur la charge des réparations, il essaie aussi de se soustraire au trouble de l'assurance : 57.73.  
(52) Qui résulte d'une très libérale application de l'article 1722 au scouteau d'un subtil échancrure : rappel : 51.527 ; 52.249 ; 56.149 ; 52.358 ; 52.359 ; 52.116 ; 61.133. Du coup, les simples dégradations (réparatrices) se transforment en destructions (ceci libérant : 56.536. Et lorsque, sans être excessif, le coût des réparations sera trop lourd à supporter en une seule fois, le bailleur pour obtenir des débits justificaires : 56.522.

(53) 60.126 ; 57.704 ; rapp. 61.514 où l'on voit que la Cour de cassation traite le droit de préemption du fermier comme « un joli singulier, sinon outreux ».  
(54) 49.95 ; 57.703.  
(55) 57.158 ; 57.703.

(56) La troc, sous la forme d'échange d'appartements, notamment, à l'interdiction de sous-louer : 55.133 ; sur l'hébergement, pour déshypérer, notamment, à l'interdiction de sous-louer les lieux v. 55.105.

Le droit commun revient dans le bail d'habitation, en passant d'abord par les chambres de bonnes, les garages et les débarras — c'est « la guerre des dépendances » (57).

Le bâtiment va ; le contenu de la construction aussi. D'où une puissante poussée préorientée par grandes coulées d'arrests : renforcement de la responsabilité du constructeur, qui contamine d'autres contrats par où se réalise ou se commercialise l'opération de construction — la vente (58), la location-vente (59), le mandat (60) ; transmission au sous-acquéreur de l'action en garantie du maître de l'ouvrage contre le constructeur ; émergence de la sous-traitance, enfin, dans un fouillis de questions que la loi de 1975 va faire rebondir (61).

Vers la même temps, la rubrique « entreprise » accueille les « nouvelles races d'entrepreneurs » entrepreneurs d'intelligence, de conseils ou de savoir-faire (62).

C'est l'âge des loisirs aussi, et des plaisirs de masse. Le régime juridique du contrat d'agence de voyages se fabrique empiriquement (63). Les Français jouent au tiercé à 3 F ou à des jeux radiophoniques ; comme il faut bien que tout le monde s'amuse, les juges rebloquent sans scrupules majeurs les règles jansénistes du contrat de jeu (64). Au reste, les mœurs se refaçdent, puisque les parfumeurs parisiens osent se montrer au festival d'Aix en chandail à col roulé (65), tandis que des pères de famille se risquent au périlleux plaisir que leur offre le contrat de promenade équestre (66).

Enfin, on vit à crédit — confortablement et dangereusement (67).

On notera toutefois que, dans ce grand aggiornamento des contrats spéciaux, deux opérations fort classiques continuent leur bonhomme de chemin. Ce sont la rente viagère et le bail à noirciture (68), contrats ultimes du troisième âge et formes rudimentaires de la retraite par capitalisation — contrats promis sans doute à un bel avenir.

(57) 66.134.  
(58) 56.150, chronique principes de la vente d'immeuble par le constructeur.

(59) 68.389.  
(60) 72.610.  
(61) 81.168.

81.169.  
(62) 71.170 ; 71.172.

(63) A cheval sur l'entreprise et le bail : un zeste de transport : 71.392 ; 65.675.  
(64) 65.370 ; 75.561 ; 75.385 ; 76.706.  
(65) 69.533.

(66) 70.793.  
(67) On se demande alors ce qu'il advenait de la vente, quand le contrat de financement est annulé : 79.144. On sinistre sur les maléfices de la carte de crédit : 70.154 et sur le régime du crédit-bail : 76.257 ; 77.565.  
(68) 49.268 ; 49.347 ; 45.199 ; 51.324 ; 51.355 ; 51.266 ; 51.269 ; 51.331 ; 52.391.  
53.125 ; 55.680 ; 56.747 ; 58.405 ; 60.132 ; 60.347 ; 65.328 ; 65.467 ; 68.642 ; 70.374 ;  
70.376 ; 79.396 ; 79.397 ; 79.398 ; 80.981.

b) Traversant cette histoire événementielle, un fait couvre les 40 années de la chronique, qui ébranle tout le droit des contrats spéciaux : c'est la dépréciation monétaire.

On peut lire dans la chronique la grande saga des clauses d'indexation : d'abord la fière et obscure lutte pour l'honneur de la monnaie française, le bref triomphal de l'arrêt Guyot, les ordonnances disciplinaires de 58-59, enfin, le retour à un valorisme régné et tempéré (69).

C'est également la dépréciation monétaire qui explique l'agitation jurisprudentielle autour du rachat de la lésion, dans la vente d'immeuble (70) : ici encore, la jurisprudence s'est résignée au valorisme — mais moins au valorisme mathématique qu'à un valorisme d'équité, où l'on considère à la fois les intérêts du créancier et ceux du débiteur. En cette occasion s'est manifesté, je crois, l'esprit des contrats spéciaux.

\*\*

## II — L'ESPRIT DES CONTRATS SPECIAUX

Subsist-il, aujourd'hui, quelques principes éclairant cette matière folsonnante ?

Le groûlement contemporain des contrats spéciaux fait d'abord apercevoir le désordre (A) : mais à mieux y regarder on se demande si, sous ce désordre, la jurisprudence des contrats spéciaux n'a pas conservé l'essentiel, c'est-à-dire son âme (B).

A. Le désordre touche, très évidemment, les qualifications classiques et, plus insidieusement, certains concepts essentiels.

a) Il est visible que les qualifications classiques — celles que donne le Code, dans la litacie des « grands » et des « petits » contrats, ont été laminées, à la fois en haut et en bas (71).

En haut, c'est la sur-spécialisation des contrats qui arrache aux qualifications classiques leur substance. Les contrats très spéciaux chassent les contrats spéciaux.

(69) Ce flux historique traverse tous les contrats : le prêt d'argent (51.394 ; 51.530 ; 54.120 ; 57.553 ; 63.774 ; 66.552 ; 74.157) ; les ventes et promesses de vente (52.159 ; 46.233 ; 49.64 ; 52.385 ; 51.150) ; le contrat de travail (52.385 ; 52.390) ; le bail (52.83) ; enfin, bien sûr, la vente régulière avec son système d'une étonnante complexité (45.359 ; 51.531 ; 53.125 ; 56.421 ; 60.653) ; 65.153 ; 67.186 ; 70.258 ; 71.139 ; 74.430 ; 74.649 ; 75.327. (70) V. G. CORNU, L'évolution du droit des contrats et l'avenir de la Société de Légalisation comparée, n° spécial, 1979, vol. I, p. 447 ss. ss. 54 s.

La vente fait encore illusion, parce qu'il subsiste un reste d'accord des textes du Code avec la vente d'immeuble et que la jurisprudence y a rencontré quelques très vieilles dispositions où l'on peut infuser un esprit nouveau.

Mais que reste-t-il aujourd'hui du droit commun du bail ? A quoi sert la qualification de contrat d'entreprise, quand il faut définir les diligences du plombier et les prestations d'une société d'ingénierie ? Quels sont, aujourd'hui, les territoires du dépôt de droit commun, du mandat de droit commun, du prêt en général ?

En bas, c'est la théorie générale du contrat qui pousse ses principes grands — avec d'autant plus de vigueur, nous paraît-il, que leur contenu est vague et incertain. Il semble que la régulation judiciaire des contrats spéciaux, depuis une vingtaine d'années, doit plus aux articles 1134 al. 3, 1135 et 1156 du Code civil qu'aux règles propres à chaque grand contrat nommé. Les règles les plus générales dévorent les règles propres aux contrats spéciaux.

b) Moins visiblement, le désordre s'est également installé dans des concepts essentiels.

Aujourd'hui, un examen naïf de la jurisprudence ne permet plus de reclasser le fouillis des actions de l'acheteur — vice caché, erreur substantielle, défaut de conformité (72).

A un autre degré de généralité, la summa divisio (d'ailleurs récente) des obligations de moyens et des obligations de résultat nous paraît avoir, en beaucoup d'occasions, extenué ses vertus. Ces deux sortes d'obligations se mêlent, leurs régimes se croisent, et l'usage constant qu'en fait en jurisprudence est assez souvent très peu orthodoxe (73).

Plus gravement, l'examen des contrats spéciaux montre comment, en dépit de rapports doctrinaux, s'est brouillée la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Deux phénomènes y ont contribué. D'une part, par des moyens divers, l'action contractuelle a été ouverte à des tiers (74) et est utilisée, entre parties,

(72) V. la description de cette jurisprudence — et la tentative d'une remise en ordre — dans J. GISTRIN, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, LGDJ 1983 ; on propose, en doctrine, la suppression de la distinction « scolaistique » de la non-conformité et des vices (J.-F. TOURNEAU) • Quelques aspects de l'évolution des contrats « M&T. République », 44, p. 249 ss. Du même auteur, « Conformité et garanties en droit français de la vente », 1984, p. 249 ss. Du même auteur, « Les ventes internationales de marchandises. Économie 1981, p. 232 ss. et 132 ss. et 143 ss.).

(73) V. notamment OBS. Huet, R.T. 1984, 729 ; Le Tournneau, op. cit. supra n° 42 et 41. P. 349 s. ; quand le débiteur d'une obligation de moyens « saitend dire qu'il » aurait dû prendre les précautions nécessaires pour éviter le dommage, que signifie alors l'obligation de moyens ? Inversement, quand la ligue appelle à avoir retenu la qualification de résultat, évidemment, les magistrats du débiteur, à une multitude de diligences particulières, quel position就此對該「classification」？

(74) La jurisprudence a commençé par détourner des stipulations pour autres tactes ; puis, plus carrement, ces actions directes. Sur cette évolution V. G. VINAY.

pour couvrir des dommages qui ne se rattachent pas clairement à l'inexécution du contrat (75). D'autre part, l'action délictuelle sera aujourd'hui de bouché-trou universel, dans les intérêts de la responsabilité contractuelle, ou pour la prolonger ou pour la renforcer (76).

Très incomplet, ce bilan des désordres conceptuels de notre matière, pourrait pousser les professeurs au désespoir. Les considérer-on en leur montant que, dans ce désordre, la jurisprudence des contrats spéciaux a conservé son âme ?

B. Cette jurisprudence a, je crois, deux démons, deux génies — deux vertus.

a) La première vertu de cette jurisprudence est son *réalisme*.

La jurisprudence saisit les contrats spéciaux comme ils sont, avec les intérêts qu'ils reconnaissent.

— C'est ce réalisme foncier de notre jurisprudence qui, il y a vingt ans, lui a fait admettre, en dépit de l'obstacle théorique, qu'un soussacquéur avait une action directe contre le vendeur originaire, spécialement le vendeur-fabricant — en laissant à la doctrine le choix de ses explications.

— C'est le même réalisme qui lui permet de reconnaître l'intégrépendance des contrats qui concourent à une même opération : contrats complexes, groupes de contrats, chaînes de contrats. Tant pis si, pour cela, la notion de cause à besoin d'être un peu forcée, ou celle d'accèsoire, ou celle d'invisibilité.

— C'est ce même réalisme enfin qui explique l'espèce d'indifférence conceptuelle qui inquiète quelquefois la doctrine. Le recours au contrat « sui generis », c'est le refus de passer par une qualification dont on ne veut pas toutes les conséquences. L'analyse de l'économie d'un contrat, pour en découvrir les suites raisonnables, sous forme d'obligations accessoires implicites, procède de la même *Realpolitik* qui considère les fins sans trop s'inquiéter des moyens. Le forcing de la responsabilité contractuelle trop s'inquiéter des moyens.

(75) Il suffit, pour cela, de « faire parler le contrat », comme le fait, depuis très longtemps (toujours ?) la jurisprudence : v. G. Vancy, op. cit. 27 497 s., où ce mouvement est excellamment décrit.

(76) Ces comtions juridictionnelles, des deux ordres de responsabilités, autorisent pour-à-coups leur réunion ; on pourra penser que cette réunion est autorisée dans la loi du 21 juillet 1983, qui échète à la charge du professionnel (fabricant, importateur ou vendeur) une obligation de sécurité ; étendant à « tout utilisateur d'un produit ou d'un service » mais cette loi prévoit seulement un processus administratif de prévention, renforçant néanmoins : elle ne dit rien de la réparation judiciaire. (N. les observations Godé, R.T. 1983, 805 ; Huet, R.T. 1984, 731). A un degré inférieur de généralité, le même type de confusion se retrouve tous semble-t-il, quand les régimes spéciaux de responsabilité contractuelle (ou de garantie) sont relayés pour un même contrat et un même commandage, par ce qu'on appelle une « responsabilité contractuelle de droit commun ».

tuelle, le brouillard des actions de l'acheteur déçu, le désordre de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat sont à mettre sur le même compte d'une jurisprudence qui ne fabrique pas un *Professorenrecht* — pour le maître des professeurs bien sûr.

b) Le second trait de cette jurisprudence des contrats spéciaux est son *moralisme*. Ce moralisme contractuel a, certes, dans le Code, une assise légale ; il y a aussi, dans la tradition juridique et judiciaire française, des racines profondes. Mais sur ce très vieux fond de morale contractuelle, il s'est construit dans le dernier demi-siècle un vrai corps prétorien de règles d'équité.

— À ce courant de moralisme contractuel, il faut, je crois, rattacher les origines de ce qu'aujourd'hui on appelle le droit de la consommation. Avant de devenir législatif et réglementaire ce droit a été prétorien. C'est la jurisprudence qui a forgé les divers renforcements de la responsabilité contractuelle du professionnel à l'égard du consommateur — renforcement de la garantie des vices, obligation de sécurité, obligation de renseignements.

C'est encore la jurisprudence qui a réglé avec un certain doigté, me semble-t-il, le régime des clauses limitatives de responsabilité ou des clauses allégeant les obligations de certains débiteurs. Je crois qu'avec à peu près les mêmes armes, la jurisprudence aurait pu lutter contre les clauses abusives. Au besoin, le législateur aurait pu se contenter d'un texte général conférant au juge un tel pouvoir. Mais il paraît qu'on a craint à la fois l'inéficacité du traitement judiciaire de ces clauses abusives et la trop large sécurité des parlementaires ; la loi a préféré confier ce travail au pouvoir réglementaire (77). La moralisation du contrat s'est ainsi transformée en un consumérisme bureaucratique dont l'efficacité, pour l'instant, reste à démontrer (78).

— Aussi bien la moralisation prétoire du contrat va très au-delà des instruments de ce contrôle sont ces actions à tout faire, de la cause, d'objet, de bonne foi, de loyauté contractuelle.

Au tournant des années 60/70, sans soutien législatif, la jurisprudence avait engagé le combat contre les clauses pénales démesurées.

(77) V. dor, Grégoire, *Remarques de principe sur l'article 35 de la loi du 10 janvier 1973 relative à la prohibition des clauses abusives*, D. 1984, Chr. 133. (78) V. le décret royal (1983) et sa remarque finale : « la Commission constate que les possibilités offertes par la loi de 1978 n'ont pratiquement pas été utilisées en œuvre par les pouvoirs publics ».

assurées (79) : elle avait modéré le jeu des clauses résolutoires dans le bail (80) et lutté contre les congés abusifs (81).

Cette veine de morale contractuelle nous semble bien vivante encore aujourd’hui, comme dans les contrats d’affaires (82).

Il nous faut seulement espérer qu'on ne l'écoutera pas sous trop de lois, ni sous trop d'affaires.

卷之三十一 167

卷之三

(81) 79,619.  
(82) V. cependant la jurisprudence a lutté contre l'indétermination des contrats de fournitures avec l'article 1591, pris avec l'article 122.

Années	Nombre de mandats	Nombre de transactions	Nombre d'assurances	Nombre de bail nourié	Nombre de revente viagée	Nombre de dépôt	Nombre de jeu	Nombre d'associations	Nombre de travail	Nombre de contrats	Vente
1941	131	218	19	1	1	14	20	1	8	87	Bazar
1946	90	-	-	-	-	11	15	9	30	85	Entreprise
1951	90	-	-	-	-	14	20	1	8	87	Contra. de travail
1956	55	-	-	-	-	15	9	4	-	-	Société Association
1961	55	-	-	-	-	15	9	4	-	-	Prêt
1966	30	-	-	-	-	10	6	1	-	-	Rente viagée
1971	30	-	-	-	-	10	6	1	-	-	Bail
1976	85	-	-	-	-	18	18	1	-	-	nourié
1981	90	-	-	-	-	11	11	1	-	-	Assurances

<sup>1</sup> Compte de la chronique des contrats médiévaux à la Revue trimestrielle de droit civil, 1941 - 1941 (83).

**DOCUMENT 2**

**LES DIFFICULTÉS DE LA RECODIFICATION :**  
**LES CONTRATS SPÉCIAUX**

Alain BENABENT

*Professeur agrégé des Facultés de droit  
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*

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. À 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, résées volontaires (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 présentent 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 ?

Etendu et divers, le paysage de ce chantier est aussi accidenté et même, peut-on dire sans excès, d'une certaine manière dévasté. Car l'ordonnancement 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 elongages 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 juridictionnelles confondues – a connu des bouleversements aussi profonds que le droit des personnes et de la famille, dans 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 vicissants n'ont pas été remaniés mais peu à peu doublés par des créations jurisprudentielles qui les ont étouffées.

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 développent diverses législations sur les intermédiaires professionnels ; pas un seul texte n'a changé concernant les contrats aléatoires alors que les jeux publics envoient estaminets et révisseurs ; et pour le bail, le Code civil est devenu une simple toile de fond récupérant les échappés des statuts spéciaux, paradoxalement sur tout 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 « 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 tentatives 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 tentantes, c'est qu'elles présentent, au moins en apparence, quelques attraits ou avantages : c'est pourquoi ny figurera pas le maintien en l'état du bâti-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 ny 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 unique 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 n'aurait aussi dans le sens d'un accès meilleur à un droit plus sûr.

À 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 à 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 raison, certes formative pour l'esprit mais souvent ingrate et abstraite pour les usages.

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

B.— À 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 intégrité 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 écrire 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 scules règles impératives ne serait pas sans attrait : 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 préservant 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'ordre » 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 allégement 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 ; autre que les accords purement verbaux sont encore fréquents dans la vie quotidienne des petits contrats (c'est 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 servirait 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'allégement espéré.

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

L'approche première, qui vient d'être prise pour illustration, consiste 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 services ; 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'évitement ou des vices cachés dues par un vendeur ne le soient pas par un donateur. Mais cela 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 céderant à titre onéreux (que ce soit dans le cadre d'un contrat d'entreprise, d'une cession en paiement ou même d'un prêt de consommation — transfert de propriété — lorsqu'il est rémunéré) qu'il est légitime de l'écartier 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 à 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 à son obligation et ainsi être qualifiée de gratuite, elle tire du contexte un intérêt prédominant pour son débiteur : certains « prêts » consentis par des professionnels (échologues, chariots, cuves) participent de leur recherche de profit et n'ont donc qu'une apparence de gratuité.

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

La encore, la conséquence à en déduire n'a pas à être circonscrite à tel ou 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 des vices cachés dans la vente.

Mais, ici encore, le pointillisme est à rejeter, et c'est d'ailleurs ce qui 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, engencer plusieurs de ces théories spéciales qui seraient distributivement applicables à ses diverses composantes.

\* \* \*

À supposer qu'elle s'avère praticable et puisse être concrètement mise en œuvre, 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.

## **DOCUMENT 3**

### **POUR UN DROIT COMMUN SPÉCIAL DES CONTRATS**

Pascal PUIG

« La fresque des contrats spéciaux est devant nous comme une voie lactée. Le firmament des conventions est constellé de points plus scintillants que lumineux. Ils sont tous là sous la kyrielle des noms qui les couvrent, aussi nombreux – et non sans lien – que les délits spéciaux et derrière eux, fruits du même esprit fertile en inventions heureuses ou malignes, le cortège des singuliers de l'art contractuel, ces conventions innommées d'un jour qui deviendront peut-être, à leur tour, des modèles. Comment renouveler notre réflexion au chaos de la coexistence des espèces<sup>1</sup> ? » La question si élégamment posée voici plus de vingt ans par le Doyen Cornu<sup>2</sup> n'a cessé d'alimenter l'actualité brûlante des contrats spéciaux. Parmi le cortège des réponses apportées et des propositions formulées depuis, il en est une, prometteuse mais insaisissable, qui revient plus que d'autres. « Il faut, de toute urgence, inventer une théorie générale des contrats spéciaux », concluait déjà au même moment Philippe Jestaz<sup>3</sup> avant que, quelques mois plus tard, Loïc Cadet ne reprenne « le jeu des familles » suggéré par le Doyen Cornu<sup>4</sup> et propose « d'intercaler, entre le droit commun du contrat, considéré en général, et les droits propres à chaque espèce de contrat, considérée en particulier, une sorte de théorie générale des contrats spéciaux » conçue comme « une théorie générale intermédiaire » qui, « se distinguant du droit commun et du droit spécial, [...] suppose de regrouper les espèces de contrats au sein de familles de contrats »<sup>5</sup>. L'idée d'une

- 
1. G. Cornu, « Droit des contrats spéciaux », Introduction, in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 99 et s.
  2. Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 117 et s., spéc. p. 135.
  3. G. Cornu, *op. cit.*
  4. L. Cadet, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, Préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 7 et s., spéc. n° 35, p. 30.

*Le monde du droit –  
Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*. Economica, 2008

reconstruction par familles de contrats sera par la suite reprise dans *ce* ouvrage<sup>3</sup> avant d'être curieusement abandonnée<sup>4</sup>.

À l'occasion de la célébration du Bicentenaire du Code civil, la proposition d'une théorie générale des contrats spéciaux sera reformulée sous plume autorisée qui propose de « déclarer les qualifications par des théories spéciales » : « *l'idée serait de renoncer au classement en quelque tout-venant 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 règles hélas à l'abîme et à la finition de tel ou tel type d'obligation, quel que soit le contrat précis dans lequel elle est rédigée* ». Plus récemment encore, la *Révue des Contrats* a ouvert ses colonnes de la rubrique « Débat » à la question : « *Une théorie générale des contrats spéciaux ?* ». Les réponses rapportées sont variables mais s'accordent toutes sur l'intérêt, quoique partous nuancé, de la proposition<sup>5</sup>. La contribution la plus modérée, agitant le spectre d'une acculturation et d'une cooptation avec nos racines historiques, plaide pour une modeste « *verständigung à droite et au contraire* ». Il s'agit de « faire entrer dans le Code civil des lois extérieures qui lui appartiennent pour autant », de façon à faire émerger des « théories générales à l'intérieur de chaque contrat » : théorie du bail, du mandat, du dépôt, etc.<sup>6</sup> D'autres contributions orientent plutôt le débat vers le droit des biens et suggèrent une reclassification des contrats en fonction de leur objet particulier : immeubles, biens intellectuels et aliments<sup>7</sup>. Les plus enthousiastes, enfin, militent pour une véritable « théorie générale des contrats »<sup>8</sup>, intégrant non seulement les particularismes communs à certains contrats spéciaux (transfert de propriété et des risques, délivrance, garanties, conservation...) mais également des clauses (abusives, résolutoires, de non-concurrence...) et des principes plus généraux (obligations d'information, de sécurité, de renégociation, bonne foi, comportement raisonnable, utilité...). Dans cette perspective, « *la construction d'une logique transversale* » pourrait être facilitée par

meilleure classification des contrats fondée sur l'analyse de leur fonction économique<sup>9</sup>.

L'œuvre collective d'ores et déjà entreprise est ambitieuse et stimulante. Mais les avis sont partagés, taut sur la méthode à retenir que sur le domaine à couvrir. Il semble que deux orientations générales se dégagent de ce rapide survol. La première entend agir sur l'ordonnancement des contrats en regroupant les familles contractuelles autour de nouveaux critères. La seconde adopte une démarche transversale de décloisonnement des catégories actuelles par la mise en perspective de règles communes attachées, non pas aux contrats dans leur ensemble, mais aux obligations qu'ils font naître. Loin d'être antinomiques, ces démarches semblent au contraire complémentaires. La première poursuit une cohérence d'ensemble en regroupant autour d'éléments très différents (objet spéculifique, objectif économique...) des contrats distincts. La seconde tend à dégager des points communs aux catégories contractuelles passée à leurs différences. L'une s'intéresse à la classification, l'autre aux qualifications. Les deux pistes, assurément indissociables<sup>10</sup>, méritent d'être explorées. Mais il faudrait l'immense talent du célicataire de ces lignes pour mener à bien de telles recherches et parvenir, à leur terme, à formuler des propositions à la fois précises et evançatives. Aussi n'a-t-il contribué point d'ancre sur lesquels demain peut-être, s'élaborera un droit commun des contrats spéciaux. Puisque-t-elle néanmoins suffit à exprimer la vive reconnaissance et le profond respect que porte à son Président l'auteur, candidat au concours de l'agégation admis, par la grâce de quelques leçons, à partager aujourd'hui l'honneur d'assortir sa plume à cet hommage si justement rendu.

Partons de quelques constats simples sur le droit des contrats spéciaux pour nourrir les bases de la démonstration. Ce droit est aujourd'hui dépassé, démodé et désincarné.

5. En particulier Ph. Malaury, L. Ayéès et P.-Y. Gaufré, *Le contrat spéciacx*, Diffusion, 2003, n° 54 et s. Cf. la 2<sup>e</sup> éd. de 2005.

6. A. Bréailler, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *La Code civil 1804-2004. Livre du Biennium*, Daloz, Liège, 2004, p. 215 et s.

7. RDC, 2002, p. 597 et s.

8. V. en particulier J. Raynaud, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des nusdisantes ressources du droit général et du droit spécial », RDC 2002/2, p. 397 et s.

9. 2. Y. Gaufré, « Prologueries à une théorie générale des contrats spéciacx », RDC 2006/2, p. 610 et s.

10. F. Collet-D'Ormeau, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats à droit des biens », RDC 2006/2, p. 504 et s. ; et dans le même sens à propos des contrats de propriété intellectuelle, J. Raynaud, préf. spéc. p. 603.

12. D. Meugny, « Pour une théorie générale des contrats spéciacx », RDC 2006/2, p. 615 et s.

leut maintenir en l'état dans le Code mais ne serait-il pas plus cohérent d'invier la présentation et de leur reconnaître, par principe, un caractère ouïeux ? La catégorie des contrats réels se réduit à une peau de chagrin au point qu'il est permis de se demander si elle n'a pas bienôt vocation, malgré quelques flous de résistance<sup>16</sup>, à prendre place dans les manuels d'histoire du droit<sup>17</sup> aux côtés de la distinction obsolète des *petits* et des *grands* contrats. Les six malheureux articles du Code civil consacrés à l'échange rendent-ils vraiment compte de la vitalité nationale et internationale de ce contrat ? Ils paraissent en tout cas bien incapables de régir les échanges si fréquents de créances et de droits, de biens contre des services ou encore de services contre des services. Quant au centre de gravité de ces contrats spéciaux, jadis tourné vers la vente engagée en modèle, il s'est « *l'opacisé* » sous l'importance croissante des services et du contrat qui leur servit de support, le contrat d'entreprise. Celui-ci est devenu l'archétype des contrats relatifs à l'activité humaine et seuil de modèle à la phrasé des contrats de durée, tant le temps est de son essence<sup>18</sup>. Mais comment peut-il y parvenir avec le maigre soutien de moins de dix articles du Code civil quand la vente en compte plus d'une centaine ? Le même vieillissement peut être relevé à l'endroit de certaines dénominations contractuelles. La pratique se réfère-t-elle encore souvent au louage de services pour désigner le contrat de travail ? Il y a bien longtemps que ce contrat n'est plus analysé comme une locution de force de travail<sup>19</sup> tant la diversité des relations de travail l'a rendu rétif à toute idée fréquente de louage<sup>20</sup> et que le siège de son régime a quitté la terre du Code civil pour trouver un royaume indépendant (ou presque...). Une observation similaire méritait d'être formulée à l'égard du contrat d'entreprise qui n'a plus grand-chose de commun avec son aïeul le louage d'ouvrage<sup>21</sup>, pourtant toujours vivant dans la lettre du Code, lui-même héritier de la *locatio operis faciendi* romaine. Qui présente encore aujourd'hui ce contrat comme la location par le

<sup>16</sup> note 1. Leveneur (pour le mandat) ; Civ. 1<sup>e</sup>, 5 avril 2005, *Contrat civile, commerce*, 2005, n°148, note L. Leveneur ; RDC 2005/4, p. 1123.

<sup>17</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 7 mai 2006 ; RDC 2006/3, p. 778.

<sup>18</sup> F. Combescure, « Existe-t-il des contrats réels en droit français ? », *Revue Criminale*, 1903, p. 477 et s., M.-N. Jobard-Bachellier, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Où la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RDT int.* 1985, p. 1 et s. ; L. Leveneur, « Classification des contrats : le raffinement de la catégorie des contrats réels est engagé », *VCP G* 2000, Actu. n° 35.

<sup>19</sup> Cf. notre thèse, *La qualification du contrat d'entreprise*, P.éf. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2002, n° 154.

<sup>20</sup> V. cept. Th. Revet, *Le droit du travail (droit juridique)*, préf. E. Zénati, Lifec, coll. Bist, dr. entreprise, c. 28, 1992.

<sup>21</sup> À quoi s'ajoute un autre argument, sous la plume notamment de M. Plantel, « Classification systématique des contrats », *Revue légale et juridique*, 1904, p. 470 et s., spéc. p. 488 qui observe que « on peut relativiser le travail dans l'esprit de la population et donner ce mot de "ouvrage" qui était très insupportable au XVIII<sup>e</sup> siècle, auquel l'ancien régime... ». Cf. F. Labarthe, *Die logique d'ouvrage au contrat d'entreprise, la division d'une nation : Etudes offertes à Jacques Ghebre*, LGDJ, 2001, p. 489 et s.

mâtre de l'ouvrage d'un projet à réaliser, d'un ouvrage à accompagner (d'où l'expression de « *louage d'ouvrage* »), à un ouvrier qui se charge de le faire ? Que reste-t-il, au fond, de l'idée de louage ? Qui loue quoi et à qui ? La référence au louage est devenue purement formelle depuis que les rédacteurs du Code civil ont abandonné, quoique involontairement, l'ancienne conception romaine<sup>22</sup>. Pour autant, le contrat qui lui a succédé, judicieusement rebaptisé « contrat d'entreprise » sous les plumes intruives de Guillotard<sup>23</sup> et de Planiol<sup>24</sup>, reçoit aujourd'hui les multiples appellations que la précision du verbe « faire » autorise : construction, réparation, entretien, maintenance, soins médicaux, transport, spectacle, restauration, etc. Il gagnerait sans doute encore en lisibilité à se débarrasser de toute référence trompeuse à « l'entreprise »<sup>25</sup> pour préférer celle plus évocatrice de « services ».

Un droit démembré. Il y a bien longtemps que le siège du droit des contrats spéciaux a quitté la terre nourricière du Code civil pour infiltrer la cohorte des codes voisins et des lois éparses non encore codifiées<sup>26</sup>. Que le phénomène ne soit pas propre au droit des contrats ne le rend pas moins critiquable ni déroulant<sup>27</sup>. Qui peut aujourd'hui enseigner le droit de la vente sans se référer au Code de la construction et de l'habitation<sup>28</sup>, au Code de la consommation<sup>29</sup>, au Code de commerce<sup>30</sup>, aux Codes de la santé publique<sup>31</sup>, de l'environnement<sup>32</sup> ou encore à celui de la propriété intellectuelle<sup>33</sup>, ainsi qu'à une kyrielle de lois « volontaires » (loi du 8 juillet 1907 sur la vente d'engrais, loi Garros du 18 décembre 1996, loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques, etc.) ? Le droit du bail n'est guère mieux loti bien que sa dispersion répondue à davantage de cohérence : droit commun du bail dans le Code civil (mais son domaine se réduit, pour l'essentiel, aux locations de meubles, de résidences secondaires et de meublés), bail commercial dans le Code de commerce<sup>34</sup>, bail rural dans le Code rural<sup>35</sup>, mais le bail d'habitation

<sup>22</sup> Cf. notre contribution, *Le contrat d'entreprise narratif de programme – Méthode d'analyse*, à *Jacques Dagobert*, Bruxelles, 2004, p. 393 et s.

<sup>23</sup> I. Guillotard, *Traité du contrat de louage*, t. II, Paris, Lé. Durand et Févrière-Lauzel, 1885, n° 374, p. 312.

<sup>24</sup> M. Plantel, *Traité élémentaire des droits civils*, t. II, Paris, E. Pichon, 1900, n° 1919, p. 502.

<sup>25</sup> Laquelle suscite directement de la formule « *pour l'entreprise d'un ouvrage* » de l'art. 1711 al. 6, celle-même possiblement vicielle... .

<sup>26</sup> G. Landeux, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA* n° 185, du 14 septembre 2005.

<sup>27</sup> Th. Revet, « Le droit civil hors le Code civil », *LPA* n° 115, du 8 juillet 2005.

<sup>28</sup> Par ex., CCH, art. L. 261-9 et ss., L. 271-1 et ss.

<sup>29</sup> Par ex., C. consom., art. L. 111-1 et ss., L. 113-3, L. 114-1, L. 121-16 et ss., L. 121-15 et ss., L. 122-2 et ss., L. 211-1 et ss., L. 342-5 et ss.

<sup>30</sup> Par ex., C. com., art. L. 141-1 et ss., L. 510-1 et ss.

<sup>31</sup> Par ex., CCR, art. L. 13-9 et ss.

<sup>32</sup> Par ex., C. environ., art. L. 123-5.

<sup>33</sup> Par ex., CPI, art. L. 131-2, L. 131-5, L. 613-8, L. 714-1.

<sup>34</sup> C. comm., art. L. 145-1 et ss.

<sup>35</sup> C. rural, art. L. 411-1 et ss.

n'est pas codifiés, ni le bail professionnel<sup>37</sup>, et encore moins les locations meublées dont le régime spécial se construit progressivement<sup>38</sup>... Inutile d'égrainer la litane des exemples fastidieux, le choix des contrats spéciaux est éclaté, dispersé, démentié. Le constat n'est pas nouveau et il est à craindre qu'il soit irréversible tant il accompagne le mouvement tendanciel de spéculation et d'« *spécialisation* »<sup>39</sup>, des contrats spéciaux dont la doctrine générale qu'elle recentre le droit des contrats dans le Code civil et contribue à limiter sa variabilité<sup>40</sup>. Certains exemples récents pourraient le faire accroire. Phénomène remarquable, voici un texte né hors du Code civil qui, passées quelques années de vie dans sa famille d'origine, est finalement adopté par notre « Constitution civile ». Tel fut le fabuleux destin de l'article 1840 A du CGI qui, à la faveur d'une ordonnance du 7 décembre 2005, est devenu l'article 1589-2 du Code civil. Deut-on espérer de cette « civilisation » du droit fiscal un regard plus bénignant de la part de la Cour de cassation qui a toujours rejeté de ce texte une interprétation restrictive ? Il est permis d'en douter, l'habitué ne frisant pas le moins. Plus heureuse est, en revanche, la récente consécration civile de la réserve de propriété, fut-ce au tirage des sérètes<sup>41</sup>. On s'en réfiera cependant ne serait-ce que parce que cette clause se rencontre dans de nombreux contrats autres que la vente.

Un effort plus généralisé de civilisation ou de « ré-civilisation » du droit des contrats devrait assurément limiter sa dispersion et permettre, de surcroît, d'enrichir le droit commun de solutions nées des droits spéciaux. Si ce phénomène de collaboration a déjà été amplement souligné<sup>42</sup>, le droit spécial se généralisant progressivement<sup>43</sup>, l'effort mériterait d'être poursuivi en direction de nombreux mécanismes et solutions dégagés à l'endroit de certains particuliers. Ainsi conviendrait-il, par exemple, de s'interroger sur la pertinence d'une extension de la réduction des horaires excessifs, des règles propres au marché à forfait (C. civ., art. 1793), de la détermination unilatérale du contenu contractuel (prix notamment), de la bilatéralisation de certaines actions directes, de la responsabilité du dépositaire ou encore des

36. L. 6 juillet 1989.  
37. L. 23 décembre 1986, art. 57 A.  
38. CCH, art. I. 632-1 et s. ref. I. 5 mars 2007.  
39. Jh. Rémy, « La jurisprudence des contrats spéciaux (Quarante ans de chroniques à la RTD civ.) », in *L'Évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savary, RTD civ., p. 103 et s., spé. p. 110.  
40. C. civ., art. 2367 et s. issus de l'ord. du 23 mars 2006.  
41. Ph. Le Tonnerre, *Quelques aspects de l'évolution des louages – Mâconnais offerts à P. Raymond*, Dalloz Sirès, 1982, p. 349 et s., spé. II<sup>1</sup>; D. Mazeaud, « L'imbécillité du contrat commercial et des droits spéciaux », in *Forêts industrielles et forêts marécageuses*, p. 73 et s., *Sélections – Précédentes et nouvelles* et *bois des Biscornets du Code civil* (sous la direction de G. Piganiol) Dalloz 2003 coll. Thèmes et commentaires, p. 75 et s.  
42. Ph. Delbecque et F. Collet-Durville, *Cassati civil et commercial*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz,

garanties qui ne protègent aujourd'hui que le seul acheteur. Mais l'on perçoit déjà que la généralisation du droit spécial dont il s'agit est empreinte de relativité. Elle risque fort de ne pas atteindre le seuil de généralité apte à la faire entrer dans la prestigieuse théorie générale du contrat, faute d'un domaine d'application suffisamment étendu. Enfin droit commun et droit spécial la frontière devient en effet plus diffuse et le passage de l'un à l'autre s'opère désormais par degrés successifs. À la base, il est *un droit commun* du contrat qui s'attache notamment aux conditions de sa formation (échange des consentements, viés du consentement, obligation d'information...) et aux modalités de son exécution (exécution forcée, responsabilité, bonne foi...). En montant dans l'échelle de la spécialité, il est ensuite des *droits communs* aux principales obligations contractuelles (donner, faire, ne pas faire) et à certains stipulations courantes (clauses pénales, résolutoires, de délit, de non concurrence...). Tout en haut de l'échelle, se localisent les droits spéciaux des contrats (vente, louage, mandat, dépôt...) et, à l'échelon supérieur encore, les droits très spéciaux (vente d'immeuble, bail d'habitation, crédit-bail, prêt de consommation, sous-traitance...). À cela s'ajoutent des particularismes sub-systématiques érigés en condition d'application de statuts (consommateur, professionnel...) qui transcendent les dispositions gouvernant les seuls contrats. Entre ces extrêmes, il devrait rester des marches libres pour que s'installe un *droit commun* des contrats spéciaux ou, plus exactement, un *droit commun spécial* des contrats qui s'attacherait aux principales opérations que permettent d'accomplir des contrats spéciaux : transférer la propriété, mettre à disposition, garder, restituer... C'est, du reste, le mouvement qu'a déjà amorcé l'avant-projet Catala en proposant de réglementer distinctement les obligations de donner, de faire et de ne pas faire, et la nouvelle obligation de *sauvegarder* (à magistrale<sup>44</sup>) qui aura vocation à jouer dans le bail et le commoda à l'exclusion du *bagage* et du dépôt ainsi que des nombreux contrats translatoirs mettant en œuvre une obligation de délivrance, ce qui a pu être critiqué<sup>45</sup>. L'obligation de donner à usage est sans doute trop spéciale pour avoir sa place dans le droit commun du contrat. Son utilité et sa spécificité génériquement à être reconnues dans le cadre d'un droit commun des contrats spéciaux. L'expression « droit commun spécial » me paraît toutefois préférable en ce sens que la spécialité s'attache moins aux contrats eux-mêmes qu'au droit qui les régit. Il s'agit bien d'un droit commun puisqu'il transcende les catégories contractuelles connues, mais il s'agit aussi d'un droit spécial en ce qu'il n'a pas vocation à régir tous les contrats mais seulement ceux qui mettront en œuvre l'une des opérations élémentaires précitées.

Un droit désavoué. Le droit des contrats, tel que le Code civil le présente aujourd'hui, a cessé de correspondre à la pratique et à la vie des

43. Avant-projet, art. 1155 à 1159-5 (cf. RDC 2006/1, F. 223).  
44. G. Piganiol, « *La obligation de donner à usage* dans l'avant-projet Catala. Analyse critique », D. 2007, Chron. p. 386 et s.

affaires. Il s'est déconnecté du réel. À cet égard, il est frappant d'observer le décalage entre les créations toujours plus originales de la pratique et la réaction qui offre en retour l'ensemble du droit des contrats.

Voici des années que la doctrine vante la viralité du phénomène contractuel qui embrasse les vertus de la liberté à l'égard des outils les mieux adaptés aux besoins infinis et sans cesse renouvelés de l'activité humaine<sup>45</sup>. Or, en réponse à cette diversité exponentielle du paysage contractuel, le droit des contrats oscille vainement entre un luxe de raffinement des techniques réductrices de qualification et une spécialisation excessive des réglementations. Face à cet « *avvenir en extension* »<sup>46</sup>, l'ambition devrait être moins de réglementer à l'excès chaque découverte<sup>47</sup> que de puiser dans le fonds commun d'un big-bang contractuel les réactions chimiques premières qui, quel que soit le stade de l'évolution considéré, se reproduisent inlassablement et s'enchaînent selon des formes de plus en plus complexes et originales. Pourquoi donc ne pas utiliser, au stade de la détermination des régimes applicables, les mêmes ressorts que ceux qui président à la création des nouveaux instruments contractuels ? En inventant le crédit-bail, la pratique n'a pas voulu combiner un louage et une vente mais associer une période de possession onéreuse à un transfert de propriété. En découvrant le coffre-fort, les banquiers n'ont pas cherché à annuler un bail et un dépôt mais à mettre à disposition un coffre dont ils assurent la garde afin d'offrir sécurité et confidentialité à leurs clients.

Les combinaisons contractuelles issues de la pratique associent moins des contrats numérés que les opérations élémentaires qu'ils mettent en œuvre : transfert de propriété, mise à disposition, garde, etc. Voilà pourquoi les qualifications mixtes ont toujours provoqué réticences et malaises. Elles réglementent trop pour supporter le cumul et conduisent, au mieux à des échafauds, au pire à des antinomies et des incongruences. Comment, en présence d'une entreprise mobile avec fourniture de matière, prétendre marier la vente au louage d'un objet quand on sait que la détermination du prix est une condition de formation de la première mais non du second ? Comment combiner louage et dépôt si l'un est consensuel, l'autre réel ? Les combinaisons existent<sup>48</sup> mais elles sont rarement des combinaisons de contrats. Elles

portent le plus souvent sur les noyaux durs autour desquels ont été bâties des régimes juridiques complets et autonomes. Pour reprendre l'expression d'un auteur, il y a moins « *juxtaposition* » que « *minimatum* »<sup>49</sup>. L'élaboration d'un droit commun des contrats spéciaux suppose, dans cette perspective, de revenir à l'essence originale de nos catégories pour en extraire l'opéracion de base dont elles organisent la réalisation et débarrasser chaque corps de règles des dispositions périphériques qui n'y sont attachées que pour encadrer l'opération dans son ensemble. Ainsi, la pratique pourra se saisir, comme elle l'a toujours fait, de ces composantes primaires pour construire à l'infini de nouvelles figures contractuelles mais, à l'heure de découvrir le régime de ces hybrides, il sera moins question de réduction que d'addition. Il ne s'agira plus de nier la complexité pour la réduire à une fausse unité par le jeu aussi de la règle de l'accessoire et d'une interprétation déformante des catégories. À tout jamais fait, de ces forces créatrices du droit. A cette véritable participation de l'ensemble des *forces créatrices* du droit. A cette véritable « refondation civile » des contrats devant être associées doctrine et jurisprudence avant que la main du législateur ne s'en mêle. « *Les contrats doivent servir le droit ; il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de lui* », écrivait déjà Voirin vingt ans Philippe Rémy<sup>50</sup>. Gardons-nous d'en appeler trop vite à la loi, dont on sait que le remède est parfois pire que le mal et attrachons-nous d'accord à découvrir dans le *coyau* existant les points d'appui pourtant fournis les bases d'un futur droit commun. Aux droits communs qui émergent, ou sont susceptibles d'émerger, de la galaxie des contrats spéciaux succédera alors une recherche de systématisation en forme d'esquisse d'un droit commun. L'*épigénie des droits communs* (1) conduira ainsi à poser la question de la *pertinence d'un droit commun* (1).

45. Cf. par ex. J.-M. Lehoux, « La création de contrats par la pratique commerciale », in *L'animation contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savart, PUF, 1986, p. 167

46. Cf. J. Paillasseau, « Les contrats d'étailes », in *Le droit contemporain des contrats*, Bilan et perspectives, Préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 169 et ss.

47.

48.

49.

50.

51.

52.

53.

54.

55.

56.

57.

58.

59.

60.

61.

62.

63.

64.

65.

66.

67.

68.

69.

70.

71.

72.

73.

74.

75.

76.

77.

78.

79.

80.

81.

82.

83.

84.

85.

86.

87.

88.

89.

90.

91.

92.

93.

94.

95.

96.

97.

98.

99.

100.

101.

102.

103.

104.

105.

106.

107.

108.

109.

110.

111.

112.

113.

114.

115.

116.

117.

118.

119.

120.

121.

122.

123.

124.

125.

126.

127.

128.

129.

130.

131.

132.

133.

134.

135.

136.

137.

138.

139.

140.

141.

142.

143.

144.

145.

146.

147.

148.

149.

150.

151.

152.

153.

154.

155.

156.

157.

158.

159.

160.

161.

162.

163.

164.

165.

166.

167.

168.

169.

170.

171.

172.

173.

174.

175.

176.

177.

178.

179.

180.

181.

182.

183.

184.

185.

186.

187.

188.

189.

190.

191.

192.

193.

194.

195.

196.

197.

198.

199.

200.

201.

202.

203.

204.

205.

206.

207.

208.

209.

210.

211.

212.

213.

214.

215.

216.

217.

218.

219.

220.

221.

222.

223.

224.

225.

226.

227.

228.

229.

230.

231.

232.

233.

234.

235.

236.

237.

238.

239.

240.

241.

242.

243.

244.

245.

246.

247.

248.

249.

250.

251.

252.

253.

254.

255.

256.

257.

258.

259.

260.

261.

262.

263.

264.

265.

266.

267.

268.

269.

270.

271.

272.

273.

274.

275.

276.

277.

278.

279.

280.

281.

282.

283.

284.

285.

286.

287.

288.

289.

290.

291.

292.

293.

294.

295.

296.

297.

298.

299.

300.

301.

302.

303.

304.

305.

306.

307.

&lt;