NNT/NL : 2022AIXM0588/060ED67

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue à Aix-Marseille Université
le 14 décembre 2022 par

Thibaut Dantzer

Essai sur la contrepartie en droit des contrats

Discipline
Droit

Spécialité
Droit privé

École doctorale
École doctorale 67 Sciences juridiques et politiques

Laboratoire
GREDIAUC

Composition du jury

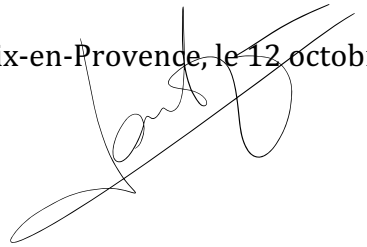
Gaël CHANTEPIE Université de Lille	Rapporteur
Thibault DOUVILLE Université de Caen Normandie	Rapporteur
Mathias LATINA Université Côte d'Azur	Président du jury
Laetitia TRANCHANT Université d'Aix-Marseille	Directrice de thèse
Frédéric ROUVIÈRE Université d'Aix-Marseille	Co-directeur de thèse

Affidavit

Je soussigné, Thibaut Dantzer, déclare par la présente que le travail présenté dans ce manuscrit est mon propre travail, réalisé sous la direction scientifique de Laetitia Tranchant et Frédéric Rouvière, dans le respect des principes d'honnêteté, d'intégrité et de responsabilité inhérents à la mission de recherche. Les travaux de recherche et la rédaction de ce manuscrit ont été réalisés dans le respect à la fois de la charte nationale de déontologie des métiers de la recherche et de la charte d'Aix-Marseille Université relative à la lutte contre le plagiat.

Ce travail n'a pas été précédemment soumis en France ou à l'étranger dans une version identique ou similaire à un organisme examinateur.

Fait à Aix-en-Provence, le 12 octobre 2022



Liste de publications et participation aux conférences

1) Liste des publications réalisées dans le cadre du projet de thèse :

    1. « Conditions d'application de l'article L. 152-15, alinéa 3, du C rur. », *LEDIU*, 05/2016, n° 5
    2. « Détermination de la propriété d'un bien immeuble et succession internationale », *LEDIU*, 07/2016, n° 7
    3. « La révision du loyer du bail emphytéotique », *LEDIU*, 11/2016 n° 9
    4. « L'impossibilité morale de se procurer un écrit et récompense des frais d'acquisition d'un bien immobilier », *LEDIU*, 12/2016, n° 11
    5. « L'indemnisation du droit de passage – Étude de la jurisprudence récente », *Bulletin d'Aix*, 2016-1
    6. « Actualité de l'indemnisation de la servitude de passage pour cause d'enclave », *Bulletin d'Aix*, 2017-1
    7. « L'accession artificielle immobilière : champ d'application », *LEDIU*, 05/2017, n° 5
    8. « Bail à nourriture : modalités de mise en demeure de l'acquéreur », *LEDIU*, 06/2017, n° 6
    9. « Prescription de l'indemnité d'usage d'une source », *LEDIU*, 09/2017, n° 8
    10. « Réparation en nature d'un immeuble détruit et principe de réparation intégrale », *LEDIU*, 11/2017, n° 10
    11. « Convention d'indivision avec soi-même, conflit d'intérêts et mandat successoral », *LEDIU*, 12/2017, n° 11
    12. « État d'enclave : un chemin d'exploitation n'est pas un obstacle à la voie publique », *Bulletin d'Aix*, 2018-1
    13. « Associations Syndicales Libres et bonne foi contractuelle », *Bulletin d'Aix*, 2018-1
    14. « Inapplicabilité de l'article 2314 du Code civil à l'hypothèque de la dette d'autrui », *LEDIU*, 06/2018, n° 6
    15. « La garde d'un appartement en propriété partagée », *Bulletin d'Aix*, 2018-3
    16. « Nullité d'une assemblée générale de copropriétaires pour cause d'imprécision », *Bulletin d'Aix*, 2019-1
    17. « Le caractère personnel de l'action en trouble anormal du voisinage en copropriété », *Bulletin d'Aix*, 2019-3
    18. « Refus de renvoyer une QPC sur l'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat », *LEDIU*, 01/2020, n° 1
    19. « Inédit, un empiètement causé par un bateau ! », *Bulletin d'Aix*, 2020-1
    20. « Validité de la promesse de vente d'un bien indisponible et nullité de la donation du bien promis », *LEDIU*, 04/2020, n° 4

21. « Les libéralités en usufruit au profit des non réservataires s'imputent en assiette et non en valeur », *LEDIU*, 10/2022, n° 9
22. « Le non-respect de règles d'urbanisme n'est pas par nature un obstacle à l'usucapion trentenaire », *LEDIU*, 11/2022, n° 10

2) Participation aux conférences et écoles d'été au cours de la période de thèse :
   1. Académie de droit international de La Haye, session d'été de droit international privé (2015)
   2. Séminaires à l'université du temps libre : « Mieux comprendre les successions », niveau 1 (2019) et niveau 2 (2020) ; « Vivre en copropriété : vie individuelle et vie commune » (2022)

Résumé

Lors de la réforme du droit commun des contrats, initiée en 2016, la notion de contrepartie en droit des contrats a fait l'objet d'un important double renouvellement législatif. D'un côté, la contrepartie a été associée à la définition du contrat à titre onéreux à l'article 1107 du Code civil et de l'autre, elle s'est vu attribuer un contrôle spécifique à l'article 1169 du Code civil. Compte tenu de ce double renouvellement, différents auteurs ont analysé la contrepartie comme ayant deux fonctions : premièrement, d'identifier le contrat à titre onéreux et secondement, de reconduire la cause de l'obligation supprimée lors de la réforme du droit commun des contrats. Si cette analyse bifonctionnelle de la contrepartie en droit des contrats peut sembler conforme aux nouveaux textes du Code civil, celle-ci pose néanmoins difficulté en ce que ces deux fonctions sont incompatibles. C'est pourquoi, la présente thèse s'est donnée pour objectif de manifester le fait que la contrepartie convenue doit avoir une fonction unique qui est d'identifier le contrat à titre onéreux. Son contrôle devant, pour sa part, être vu comme lui étant non spécifique, c'est-à-dire comme ne constituant qu'une illustration de l'ancien concept de cause de l'obligation.

Mots clés : Droit privé – Droit des contrats – Contrat à titre onéreux – Réciprocité – Corrélation – Avantage – Intention libérale – Cause de l'obligation – Contrepartie convenue illusoire – Contrepartie convenue dérisoire

Abstract

During the reform of the ordinary law of contracts, initiated in 2016, the concept of countepart in contract law underwent an important double legislative renewal. On the one hand, the countepart has been associated with the definition of the onerous contract in article 1107 of the Civil Code, and on the other, it has been given its own control in article 1169 of the Civil Code. In view of this double renewal, various authors have analysed countepart as having two functions: first, to identify the onerous contract and second, to renew the cause of the obligation which was abolished at the time of the reform of the ordinary law of contracts. While this bifunctional analysis of the countepart in contract law may seem to be in conformity with the new texts of the Civil Code, it nevertheless poses difficulties in that these two functions are incompatible. Therefore, the present thesis has set itself the objective of demonstrating that the countepart must have a unique function which is to identify the onerous contract. Its control must be seen as non-specific, as merely an illustration of the old concept of the cause of the obligation.

Keywords: Private law – Contract law – Onerous contract – Reciprocity – Correlation – Advantage – Liberal intent – Cause of the obligation – Illusory counterparty – Derisory counterparty

GROUPEMENT DE RECHERCHES ET D'ÉTUDES EN DROIT DE L'IMMOBILIER,
DE L'AMÉNAGEMENT, DE L'URBANISME ET DE LA CONSTRUCTION

ESSAI SUR LA CONTREPARTIE EN DROIT DES CONTRATS

Thibaut DANTZER

Thèse pour le doctorat en droit privé
présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2022

MEMBRES DU JURY

Laetitia TRANCHANT
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille – Directeur de recherches

Frédéric ROUVIÈRE
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille – Directeur de recherches

Gaël CHANTEPIE
Professeur à l'Université de Lille – Rapporteur

Thibault DOUVILLE
Professeur à l'Université de Caen Normandie – Rapporteur

Mathias LATINA
Professeur à l'Université Côte d'Azur

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES (ED 67)

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

J'adresse tout d'abord mes remerciements à mes directeurs de thèse, les professeurs Laetitia TRANCHANT et Frédéric ROUVIÈRE, sans qui ce travail n'aurait jamais pu voir le jour. Qu'ils veuillent bien trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

Je remercie ensuite les professeurs Gaël CHANTEPIE, Thibault DOUVILLE et Mathias LATINA, qui ont accepté de siéger dans mon jury. Qu'ils soient assurés de ma reconnaissance d'avoir accepté de prendre de leur temps pour apprécier cette recherche.

Je remercie également mes collègues et amis, de la première comme de la dernière heure. Sans eux, la vie de thésard n'aurait pas été la même, que ce soit entre les murs de la faculté ou en dehors. Qu'ils leur soient acquis que je n'oublierai jamais que c'est « *Parce que c'est notre projet* » et que je ferai le nécessaire pour qu'il ne soit plus demandé « *Et sinon, qu'est-ce vous pensez de la pêche à la baleine ?* ».

Enfin, je remercie ma famille qui a été d'un soutien sans faille, d'un amour de tous les instants et surtout d'une confiance inébranlable.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDI	Actualité Juridique Droit Immobilier
a.-p.	Avant-propos
APRDB	Avant-Projet de Réforme des Biens
APRDCS	Avant-Projet de Réforme des Contrats Spéciaux
APRDRC	Avant-Projet de Réforme de la Responsabilité Civile
Arch. Phil. Dr.	*Archives de Philosophie du Droit*
art. préc.	Article précité
Ass. plén.	*Assemblée plénière de la Cour de cassation*
BDCF	Bulletin des conclusions fiscales
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. A.P.	Bulletin de l'assemblée plénière
Bull. Ch. mixte	Bulletin d'une chambre mixte
BJE	Bulletin Joly entreprises en difficultés
BJS	Bulletin Joly sociétés
CA	Cour d'appel
cah. dr. ent.	Cahier droit de l'entreprise
Cass. civ. 1re, 2e, 3e	Cour de cassation, 1re, 2e et 3e chambres civiles
Cass. com	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
ch.	Chambre
ch. soc.	Chambre sociale
CCE	Communication Commerce Électronique
Cciv.	Code civil
Ccom.	Code de commerce
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
contra	Solution ou opinion contraire
CPC	Code de procédure civile
Cpén.	Code pénal
Crur.	Code rural
D.	Recueil Dalloz
D. actu .	Dalloz Actualité
dactyl.	Dactylographie
DP	Dalloz Périodique
Dr. et patr.	Revue Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. fisc.	Droit fiscal
Dr. soc.	Droit des sociétés
dir.	Direction
éd.	Édition
Gaz. pal.	Gazette du Palais
J-Cl. Civ.	Juris-Classeur Code civil

JCP E	Semaine juridique édition entreprise
JCP G	Semaine juridique édition générale
JCP N	Semaine juridique édition notariale
jur.	Jurisprudence
LEDIU	L'essentiel Droit de l'Immobilier et de l'Urbanisme
LEDED	L'essentiel Droit des Entreprises en Difficultés
LEDB	L'essentiel Droit Bancaire
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Loyers et copr.	Loyers et copropriété
obs.	Observation
n°	Numéro(s)
NDLR	Note de la rédaction
not.	Notamment
nouv.	Nouveau
p.	Page(s)
pan.	Panorama
Préf.	Préface de
Prés.	Présentation
préc.	Précédent
pro	Solution ou opinion favorable
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUT	Presses universitaires de Toulouse
rappr.	Rapprocher
RDBF	Revue de Droit Bancaire et Financier
RDC	Revue des Contrats
RDI	Revue de Droit de l'Immobilier
Rev. dr. rur.	Revue droit rural
Rev. sociétés	Revue des sociétés
Rev. proc. co.	Revue procédures collectives
RLDC	Revue Lamy droit des contrats
RDT	Revue Droit du Travail
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
S.	Recueil Sirey
sect.	Section
spéc.	Spécialement
suiv.	Suivant(s)
ss	Sous
t.	Tome
th.	Thèse
th. préc.	Thèse précédemment citée
TFL*i*	Trésor de la Langue Française *informatisé*
V.	Voir
V. égal.	Voir également
V. not.	Voir notamment
V. spéc.	Voir spécialement
vol.	Volume

SOMMAIRE

(une table des matières détaillée figure à la fin du document)

INTRODUCTION

PARTIE I

LA QUALIFICATION DE CONTREPARTIE CONVENUE :
LE CRITÈRE DU CONTRAT À TITRE ONÉREUX

TITRE I : LE CARACTÈRE DUAL DE LA CONTREPARTIE CONVENUE

Chapitre I : Une dualité invariablement réciproque
Chapitre II : Une dualité nécessairement corrélée

TITRE II : LE CONTENU AVANTAGEUX DE LA CONTREPARTIE CONVENUE

Chapitre I : Un avantage résultant systématiquement d'une obligation
Chapitre II : Un avantage matériel indifférent à l'intention libérale

PARTIE II

LE CONTRÔLE DE LA CONTREPARTIE CONVENUE :
UNE ILLUSTRATION DE L'ABSENCE DE CAUSE

TITRE I : LE CONTRÔLE POUR CONTREPARTIE CONVENUE ILLUSOIRE

Chapitre I : Un contrôle irréductible à la contrepartie convenue
Chapitre II : Un contrôle généralisable au contenu contractuel

TITRE II : LE CONTRÔLE POUR CONTREPARTIE CONVENUE DÉRISOIRE

Chapitre I : Un contrôle indépendant de la contrepartie convenue
Chapitre II : Un contrôle parent de la lésion

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

1. ***Quelle(s) fonction(s) pour la contrepartie convenue au lendemain de la réforme du droit commun des contrats ?*** La contrepartie en droit des contrats fait partie de ces notions apparemment accessibles et évidentes dont le sens juridique s'accorde largement avec son sens courant. Ainsi on peut lire que la contrepartie convenue est pour le juriste la contreprestation « *fournie par celui qui reçoit une prestation dans le contrat synallagmatique* »[1], et pour le non-juriste « *(c)e qui, dans un arrangement, un accord, est donné en échange d'autre chose* »[2]. Compte tenu de cette proximité de sens, il peut alors paraître étonnant de faire de la notion de contrepartie convenue le sujet d'une thèse de doctorat. On est, en effet, *a priori* bien loin de ces notions juridiques complexes, que l'on dit volontiers mystérieuses[3] ou sous-estimées[4] et dont l'étude s'impose avec nécessité. Au mieux, l'étude de la contrepartie convenue se présente comme une énième analyse du critère de distinction des titres gratuits et onéreux dont le caractère insoluble n'est plus sujet à débat[5].

Toutefois, même si elle est « *loin d'être inconnue* »[6], la notion de contrepartie convenue n'est pas

---

[1] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 13e éd., 2020, *V.* Contrepartie (sens 1) : « *Dans un contrat synallagmatique, syn. De contre-prestation* » ; *V.* Contreprestation (sens 1) : « *Contrepartie fournie par celui qui reçoit une prestation dans le contrat synallagmatique* ».

[2] *TLFi*, *Contrepartie* (sens II.A.-1.).

[3] *V.* not. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique*, préf. L. Aynès, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 1, n° 1 : « *"Concept mystérieux, presque mystique", la prestation caractéristique hante le droit contemporain des contrats.* » ; A. Hontebeyrie, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. Aynès, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2004, p. 1, n° 1 : « *L'obligation solidaire demeure un mystère.* ». *Rappr.* L. Andreu, « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », *RTD com.* 2009, p. 655, n° 1 : « *En dépit de l'intérêt doctrinal qu'elle a suscité, cette cause d'extinction des obligations n'a pas révélé tous ses secrets.* »

[4] *V.* not. C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, préf. R. Bout, a.-p. Ph. Le Tourneau, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, p. 15, n° 7 : « *L'intérêt d'engager une réflexion sur la fonction de cessation de l'illicite de la responsabilité civile se déduit du* hiatus *saisissant qui sépare l'importance prise par le contentieux civil de la cessation de l'illicite et l'ignorance dans laquelle la doctrine continue de tenir le phénomène.* » ; D. Mazeaud, *La clause pénale*, préf. Fr. Chabas, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 2 : « *En réalité, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que ceux qui avaient prédit ou souhaité une disparition de la clause pénale l'avaient enterrée un peu trop vite. En effet, l'examen du droit positif fait clairement apparaître l'erreur d'appréciation de ceux qui avaient soutenu que l'évolution parallèle du droit des contrats et de la responsabilité civile avait sonné le glas de la clause pénale. Bien au contraire, celle-ci a fait preuve d'une vitalité et d'une capacité de résistance aux évolutions décrites qui incitent à lui prêter la plus grande attention.* »

[5] « *La vérité, c'est qu'il est impossible d'établir une ligne de démarcation absolument nette entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Très précis dans les cas extrêmes, les caractères de l'une et de l'autre de ces catégories s'atténuent et s'effacent en se rapprochant des cas intermédiaires* » : J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, Sirey, 1920, p. 35.

[6] D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, Paris, LGDJ, coll. Les dictionnaires LGDJ, 2018, p. 365, n° 87, spéc. p. 366 (spéc. J. Rochfeld).

pour autant un sujet de recherches d'intérêt limité. Celui-ci présente une difficulté d'actualité qui nécessite de s'y intéresser. Il s'agit de la volonté doctrinale d'adjoindre à la fonction classique de la contrepartie convenue, à savoir d'identifier le contrat à titre onéreux, une fonction nouvelle de reconduction de certaines utilités du concept de cause de l'obligation, que la réforme du droit commun des contrats, initiée en 2016, a supprimé.

Si ce vœu doctrinal est légitime, en ce qu'il répond à une nécessité de droit positif au lendemain de cette réforme d'ampleur, nous pensons toutefois que la solution préconisée n'est pas idoine. Cette fonction nouvelle pour la contrepartie convenue est, en effet, incompatible avec sa fonction classique. C'est pourquoi nous pensons qu'il s'impose de refuser cette appréhension bifonctionnelle de la contrepartie convenue et qu'il faut privilégier une appréhension monofonctionnelle.

Afin de comprendre l'importance de cette difficulté d'actualité et le besoin d'y apporter une solution en entreprenant une recherche sur la notion de contrepartie convenue, nous proposons d'expliciter ces deux fonctions et de manifester l'incompatibilité de leur association. Également, afin de manifester l'importance de cette difficulté et améliorer l'exposé de son étude nous limiterons notre propos à la seule contrepartie en droit des contrats. De ce fait, nous n'évoquerons pas dans notre étude la contrepartie non convenue, c'est-à-dire la contrepartie qui s'inscrit dans les relations extracontractuelles[7]. Également, nous n'évoquerons pas les usages non caractéristiques de la contrepartie convenue, c'est-à-dire les règles qui recourent occasionnellement à la contrepartie convenue[8] ou dont le domaine est limité à certaines contreparties convenues particulières[9]. L'idée est de s'intéresser à la notion en générale, qui est classiquement associée au contrat à titre onéreux.

2. ***La fonction acquise de la contrepartie convenue : identifier le contrat à titre onéreux.*** Suivant la position doctrinale commune, la notion de contrepartie convenue a pour fonction d'identifier le contrat à titre onéreux[10]. Au soutien de cette position doctrinale classique, il peut être utilement invoqué la loi et la jurisprudence qui associent l'onérosité à la contrepartie convenue, excluant conséquemment la gratuité[11]. Dans la loi, par exemple, le nouvel article 1107 du Code civil dispose que le contrat à titre onéreux est la convention par laquelle chacune des « *parties reçoit de*

[7] Ainsi, nous n'évoquerons pas les règles relatives aux restitutions et aux indemnités.

[8] Ainsi, nous n'évoquerons pas la règle d'interprétation de l'article 1166 du Code civil qui envisage la contrepartie convenue comme un outil de détermination de la qualité de la prestation ou encore la règle de l'article 1229 du Code civil qui recourt à la contrepartie convenue pour mesurer l'étendue des restitutions.

[9] Ainsi, nous n'évoquerons pas la règle des articles 1164 et 1165 du Code civil relative à l'abus dans la fixation du prix ou encore la règle de l'article 1223 du Code civil relative à la réduction du prix.

[10] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V*. Onéreux (sens 1) : « *qui comporte une charge, une contrepartie. Ant.* gratuit. »

[11] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Paris, Bruylant, coll. Paradigme, 5e éd., 2021, p. 103, n° 92 : le contrat à titre gratuit est le « *reflet inversé du contrat à titre onéreux* ». *Rappr.* G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V*. Onéreux (sens 1) : « *qui comporte une charge, une contrepartie. Ant.* gratuit. » (nous soulignons).

l'autre un avantage ***en contrepartie*** *de celui qu'elle procure* »[12] et le contrat à titre gratuit est la convention par laquelle « *une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir* ***de contrepartie*** »[13]. Dans le contentieux cette position se dessine également en ce que l'identification d'une contrepartie convenue emporte la qualification de contrat à titre onéreux et l'application du régime qui y est associé. Par exemple, en droit de la consommation, les loteries publicitaires sont licites uniquement lorsque la participation à celles-ci est à titre gratuit, c'est-à-dire qu'elles « *n'imposent aux participants aucune contrepartie* »[14]. De même, en droit rural, la qualification de bail à ferme n'est retenue que si la mise à disposition des terres est à titre onéreux[15], c'est-à-dire qu'il a été stipulé « *une contrepartie* »[16]. Également, en droit commun des obligations, la fraude paulienne suppose la démonstration d'un concert frauduleux si l'acte est à titre onéreux[17], c'est-à-dire qu'il prévoit « *une contrepartie* »[18].

3. ***La fonction suggérée pour la contrepartie convenue : reconduire la cause de l'obligation.***

Depuis la réforme du droit commun des contrats, initiée en 2016, il apparaît à l'égard de la notion de contrepartie convenue une attention toute particulière, détachée de sa relation avec l'onérosité. Cette attention a pour origine l'idée que cette notion aurait pour fonction nouvelle de reconduire d'anciennes utilités classiquement associées au concept de cause de l'obligation que la réforme a supprimé[19]. Cette position est essentiellement fondée sur la lettre du nouvel article 1169 du Code civil, relatif au contrôle de la contrepartie convenue, qui selon une doctrine unanime est le

---

[12] Nous soulignons.

[13] Nous soulignons.

[14] **Cass. com., 20 janv. 2015, *Bull. civ.* IV, n° 6, n° 13-28.521** : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain, acquis par voie de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (nous soulignons).

[15] Crur., art. L. 411-1 : « *Toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole définie à l'article L. 311-1 est régie par les dispositions du présent titre, sous les réserves énumérées à l'article L. 411-2. Cette disposition est d'ordre public* » (nous soulignons).

[16] **Cass. civ. 3e, 17 févr. 2015, n° 13-22.002** : « *Attendu qu'ayant relevé que M. X... produisait aux débats des éléments concordants établissant que Mme Z... avait reçu régulièrement, chaque année, de celui-ci des paiements en espèces au titre du fermage pour les terres qu'il occupait, la cour d'appel a pu en déduire, par une appréciation souveraine des éléments de preuve et sans inverser la charge de la preuve, l'existence d'une contrepartie onéreuse à cette occupation et par suite d'un bail rural liant les parties* » (nous soulignons) ; **Cass. civ. 3e, 23 janv. 2020, n° 18-10.771, n° 18-25.746** : « *Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, retenu à bon droit que la contrepartie onéreuse constitue un élément essentiel du bail rural sur le montant ou l'ampleur duquel les volontés des parties doivent se rencontrer* » (nous soulignons).

[17] Cciv., art. 1341-2 : « *Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude* » (nous soulignons). Réciproquement, « *la complicité des tiers bénéficiaires n'est pas requise* » si le contrat est à titre gratuit (**Cass. civ. 1re, 9 juin 2017, n° 16-14.096**).

[18] **Cass. civ. 1re, 29 juin 2016, n° 15-17.834** : « *la cour d'appel a pu écarter l'existence d'une contrepartie propre à conférer à l'acte de donation un caractère onéreux* » (nous soulignons).

[19] H. Barbier, « La transition en douceur vers la contrepartie, et l'entrée en scène de "l'équilibre général du contrat" », *RTD civ.* 2016, p. 614 (*in limine*), note sous Cass. com., 7 juin 2016, *Bull. civ.* IV, n° 14-17.978 et Cass. civ. 1re, 12 mai 2016, *Bull. civ.* I, n° 15-12.360 : « *La cause de l'obligation ayant disparue avec l'ordonnance du 10 février 2016, c'est la notion de contrepartie qui est désormais appelée à remplir ses fonctions* » (nous soulignons).

successeur de l'ancien article 1131 du Code civil, qui était le siège de la nullité pour absence de cause de l'obligation[20]. Pour différents auteurs, cette succession serait même totalement formelle, c'est-à-dire que de la contrepartie convenue à la cause de l'obligation il n'y aurait qu'une « *simple substitution sémantique* »[21]. Cette position doctrinale absolue se justifie à plus d'un titre. Tout d'abord, en raison de l'existence des importants travaux doctrinaux du professeur Ghestin, qui propose depuis 2006 de substituer la contrepartie convenue à la cause de l'obligation afin de rendre compte de l'état de la jurisprudence[22]. Ensuite, en raison du fait que la paternité de l'article 1169 du Code

---

[20] *V.* parmi beaucoup d'autres : Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations - innovations - perspectives*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2e éd., 2018, p. 75, n° 123.291 : « *Le nouvel article 1169 dispose qu'un "contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire". C'est la consécration du droit positif. La contrepartie "*illusoire*" […] correspond à la "fausse cause" de l'ancien article 1131 du Code civil.* » ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2e éd., 2018, « Hors collection », p. 328 : « *l'article 1169 n'a rien d'un texte de rupture dans l'esprit de ses rédacteurs : bien au contraire, ils entendent l'inscrire dans la continuité du droit antérieur.* » ; Th. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, Gualino, « Hors collection », 2e éd., 2018, p. 141 : « *On l'aura reconnu, derrière les termes de ce nouvel article 1169 du Code civil, la fameuse fusion opérée entre l'objet et la cause.* » ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, coll. Thémis, 6e éd., 2021, p. 482 et 483, n° 626 : « *Le nouvel article 1169 […] correspond en réalité à peu de choses près à l'interprétation que les juges avaient donnée de l'ancien article 1131 énonçant que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet* » ; B. Fages, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. Manuels, 11e éd., 2021, p. 168, n° 183 : « *Dans la continuité des solutions rendues sur le fondement de la cause (ancien art. 1131 C. civ.), cet article [1169 du Code civil] subordonne la validité de tout contrat à titre onéreux* » ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 345, n° 414 : « *Cette contrepartie convenue (de l'article 1169 du Code civil) se ravale largement à la cause de l'obligation dans les contrats à titre onéreux, telle qu'elle était ordinairement conçue* » ; J. Julien, *Droit des obligations*, Paris, Bruylant, coll. Paradigme, 5e éd., 2021, p. 129, n° 110 : « *En réalité, certaines de ces solutions se retrouvent disséminées dans le nouveau texte, alors qu'il est relativement clair qu'en ce qui concerne les questions de licéité, le but de l'article 1162 entre en résonance avec l'ancienne cause. Ainsi, l'absence de contrepartie est sanctionnée par la nullité dans les contrats à titre onéreux par l'article 1169 […] : il n'y est certes pas question de cause, ou de but, mais le résultat est le même, par un chemin détourné* » ; Ch. Lachièze, *Droit des contrats*, Paris, Ellipses, coll. Mise au point, 5e éd., 2020, p. 145, n° 353 : « *Reprenant la solution qui était auparavant fondée sur la notion de cause (anciens art. 1108 et 1131 C.civ.) l'article 1169 du Code civil* » ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Paris, Économica, coll. Corpus droit privé, 10e éd., 2021, p. 316, n° 342 : « *les solutions affirmées aux articles 1168 et 1169 du Code civil, issus de la réforme de 2016, correspondent à celles qui étaient antérieurement admises sur le fondement de la cause de l'obligation* » ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2e éd., 2018, p. 377, n° 432 : « *Dire que l'article 1169 du Code civil évoque la cause de l'obligation serait un euphémisme. Tout dans ce texte semble tourné vers la notion disparue.* » ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. Droit civil, 11e éd., 2020, p. 346, n° 373 (*in fine*) : « *Désormais, la cause n'est plus une condition de formation du contrat (art. 1128). Mais un contrat à titre onéreux est nul si la contrepartie convenue est "*illusoire ou dérisoire*" (art. 1169) ; ce qui correspond à ce que l'on appelait jusqu'à la réforme l'absence de cause* » ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, coll. Manuels, 16e éd., 2021, p. 306, n° 343 : « *Par extension, la nullité est encourue non seulement en cas d'absence totale de cause, mais aussi dans le cas où la contre-prestation est dérisoire. Tout en abandonnant le concept de cause, le nouvel article 1169 du Code civil édite qu'un "contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire"* » ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 4e éd., 2020, p. 97, n° 42 : « *une fois encore, la loi applique sans le dire la théorie de la cause* » ; Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations – À jour de la loi de ratification du 20 avril 2018*, Paris, LexisNexis, coll. Actualité, 2e éd., 2018, p. 26, n° 44 : « *La principale disposition censée suppléer l'éviction de ce que l'on a appelé la cause* » ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 12e éd., 2019, p. 453, n° 407 : « *L'article 1169 du code civil est parfaitement adapté aux contrats synallagmatiques, puisqu'il consacre, sans la cause, la règle qui leur était jusqu'alors applicable* ».

[21] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 453, n° 406.

[22] J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, « Hors collection », 2006, p. 157, n° 234 : « *Il faut ici préciser que c'est par une analyse aussi objective que possible de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'a commencé l'élaboration du présent ouvrage. Cette analyse ne s'est d'ailleurs pas limitée à une douzaine d'arrêts récents et, pour la plupart, fortement médiatisés, comme dans quelques articles ou thèses récentes. Elle a été élargie aux arrêts les plus anciens et aux arrêts inédits, spécialement par l'utilisation systématique de la base de données Légifrance. Cela permet de disposer d'un nombre significatif de décisions, afin de connaître le contentieux*

civil, issu de la réforme à droit constant du droit commun des contrats, est attribuée à ce même auteur. Enfin, en raison d'un arrêt de la Cour de cassation qui a exploité la lettre de l'article 1169 du Code civil sur le fondement de la cause de l'obligation encore applicable[23].

4. ***La nécessité d'une recherche sur la contrepartie convenue : l'incompatibilité des fonctions.*** À nos yeux, il serait préjudiciable au droit des contrats de faire coexister sous le patronat de la seule notion de contrepartie convenue une première fonction d'identification du contrat à titre onéreux et une seconde fonction de reconduction de certaines utilités de la cause de l'obligation. Une telle situation serait, en effet, de nature à troubler la compréhension de la notion de contrepartie car ces deux fonctions ne sont pas sur le même plan et ne partage pas le même domaine.

Concernant le plan tout d'abord, la première fonction précède la seconde. Étant donné cet ordre essentiel et logique, il serait problématique d'utiliser le même terme pour les désigner. Cela tendrait à les confondre et à obscurcir la matière. Concernant le domaine ensuite, la première fonction est plus restreinte que la seconde. La qualification est en effet celle du contrat à titre onéreux alors que le contrôle de validité sur le fondement de la cause de l'obligation est celui « *de tout contrat et même de tout acte juridique* »[24]. Par conséquent, en utilisant le même terme, on troublerait l'analyse des contrats qui ne présentent pas de contrepartie convenue mais qui étaient, sous l'empire des anciens textes, soumis au contrôle fondé sur la cause de l'obligation. Afin de percevoir l'importance de cette seconde critique, illustrons le propos avec le cas du contrat de prêt réel.

Le contrat de prêt réel est une convention spéciale qui consiste en la mise à disposition temporaire d'un bien. Selon le législateur de 1804 ce contrat est à titre gratuit[25], ce qui signifie depuis 2016 que le prêteur s'engage « *sans attendre ni recevoir de contrepartie* »[26]. Selon la Cour de cassation, ce contrat est effectivement à titre gratuit[27] et celui-ci présente une cause qui est « *constituée par la remise de la chose* »[28]. C'est là que réside le problème : si l'on vient à considérer au lendemain de la réforme du droit commun des contrats que la contrepartie convenue se substitue à la cause, cela signifie que

---

dans lequel les tribunaux font effectivement application de l'article 1131 du Code civil et la façon dont la Cour de cassation interprète alors ce texte. […]. C'est une lecture et une construction de la jurisprudence de la Cour de cassation qui sera présentée, étant précisé que d'autres lectures et d'autres constructions sont également possibles en fonction du choix des arrêts les plus pertinents et de leur interprétation. »

[23] **Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-22.809** : « *un contrat à titre onéreux est nul pour absence de cause lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* » (nous soulignons).

[24] O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 329.

[25] Cciv., art. 1876 : « *Ce prêt est essentiellement gratuit.* »

[26] Nous soulignons.

[27] *V.* not. **Cass. civ. 1re, 11 oct. 2017, *Bull. civ.* I, n° 16-21.419** ; *AJ Fam.* 2017, p. 656, note N. Levillain ; *Defrénois* 26 avril 2018, n° 17, p. 36, note B. Vareille et 14 juin 2018, n° 23, p. 35, obs. L. Tranchant. Pour plus de références *V.* G. Pignarre, *Rép. civ.* Dalloz, Prêt – Prêt à usage, n° 40 et suiv.

[28] **Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 175, n° 06-19.056** ; *Defrénois* 2008, art. 38838, n° 5, obs. É. Savaux ; *RDC* 2009, p. 183, obs. P. Puig ; *JCP* G 2008, II, 10150, note A. Constantin ; *D.* 2008, p. 2369, chron., obs. P. Chauvin et C. Creton ; *RTD com.* 2008, p. 603, note D. Legeais (solution constante).

le contrat de prêt réel est un contrat à titre gratuit qui présente une contrepartie convenue[29]. Or, une telle affirmation est indéniablement contradictoire[30] et cela ne peut pas être accepté[31]. Cela reviendrait à contredire les objectifs de la récente réforme du droit commun des contrats, que sont le renforcement de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit, ainsi que de l'objectif général de cohérence du système juridique[32]. En conséquence, nous sommes d'avis qu'il faut s'opposer au développement de l'analyse bifonctionnelle de la contrepartie convenue.

5. ***L'ambition de la recherche sur la contrepartie convenue : dépasser l'incompatibilité des fonctions.*** Afin de résoudre la contradiction de l'analyse bifonctionnelle de la contrepartie convenue, il s'impose à notre avis de restreindre la notion à l'une de ces deux fonctions. Mais la question se pose alors de savoir laquelle : la contrepartie convenue doit-elle être le critère du contrat à titre onéreux ou bien le substitut de la cause de l'obligation ? À l'étude, il apparaît qu'aucune des deux thèses ne s'impose avec la force de l'évidence, chacune présentant des avantages et des difficultés (**I**). Néanmoins, la position qui envisage la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux se révèle, à nos yeux, préférable. Cette position est plus conforme à l'esprit de la réforme du droit commun des contrats et plus simple d'application (**II**). De plus, ses difficultés propres peuvent être dépassées, qu'elles soient relatives à la relation entre la contrepartie convenue et le contrat à titre onéreux, ou relative à la relation entre la contrepartie convenue et la cause de l'obligation (**III**).

---

[29] Différents auteurs adoptent d'ores et déjà cette analyse de la contrepartie convenue. En ce sens, *V.* M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 488, n° 634 : « *Dans les contrats réels, l'analyse est également un peu particulière s'agissant de l'obligation de restitution pesant sur celui qui a reçu la chose. La contrepartie (anciennement la cause) de cette obligation est la remise de la chose.* » (nous soulignons). *Rappr.* J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2013, p. 543 et suiv. : les auteurs envisagent que les contrats de prêt réel (p. 560), de cautionnement (p. 563), et de promesse de payer une dette préexistante (p. 594) sont des contrats « *à titre onéreux* » dont on peut contrôler « *l'absence de contrepartie convenue* » (intitulé de la section dans laquelle s'effectue l'étude de la contrepartie convenue dans ces contrats) ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 353 et 354, n° 426 : « *Dans ces conventions, la contrepartie est pour ainsi dire recouverte par la remise de la chose* » ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations 2022*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 14e éd., 2021, p. 145, n° 260 : l'auteur envisage le contrôle de la cause du contrat de prêt réel dans les développements relatifs à la « *Sanction antérieure du défaut de contrepartie par le biais de la notion de cause* » (nous soulignons).

[30] D'autres contrats manifestent une difficulté similaire comme le cautionnement, la transaction, la reconnaissance de dette etc… Sur l'identification de ces différents cas *V. infra* n° 243.

[31] La même difficulté existe à l'endroit du contrat de cautionnement qui est, en principe, à titre gratuit. Pour une illustration jurisprudentielle de cette difficulté *V.* **CA Saint-Denis (Réunion), ch. civ., 14 janv. 2022, n° 20/00069, *Jurisdata* n° 2022-003948** : la Cour d'appel assimile purement et simplement les notions de cause de l'obligation et de contrepartie convenue en considérant que « *la contrepartie de l'obligation de la caution consiste dans la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal* ». Sur la gratuité du contrat de cautionnement *V. infra* n° 40 et suiv. ; Sur la cause de l'obligation du cautionnement *V. infra* n° 364 et suiv.

[32] Pour un approfondissement de cet objectif *V.* J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis droitprivé, 3e éd., 2018, p. 219 et 220, n° 120.

I/ La problématique : l'incertitude sur la fonction de la contrepartie convenue

6. ***Une appréhension monofonctionnelle en question.*** Dans la perspective d'une appréhension monofonctionnelle de la contrepartie convenue, nous avons relevé que deux choix sont envisageables. Celui de l'innovation, qui consiste à voir la contrepartie convenue comme la cause de l'obligation. Elle serait « *la chose sans le mot* »[33]. Ou bien le choix de la tradition, qui est à l'opposé du premier et consiste à voir la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux.

Face à cette alternative, il se pose la question de savoir quelle branche de l'option choisir. De prime abord la question pourrait sembler aisée à résoudre. Cependant, elle ne l'est pas. Les deux réponses possibles présentent des avantages et des difficultés qui empêchent une prise de position immédiate. Afin de le comprendre, et d'être en mesure de se positionner, nous verrons dans un premier temps les avantages et difficultés de la position visant à substituer la contrepartie convenue à la cause de l'obligation (**A**) et dans un second temps les avantages et difficultés de la position consistant à identifier le contrat à titre onéreux par la contrepartie convenue (**B**).

A/ Remplacer la cause de l'obligation

7. ***Un avantage : une position conforme à l'objectif de codification à droit constant de la réforme.*** La position consistant à envisager la contrepartie convenue comme le substitut de la cause de l'obligation présente l'avantage indéniable de reconduire fidèlement l'ancien droit. En effet, si la contrepartie convenue est appréhendée comme le synonyme de la cause de l'obligation alors cela implique le maintien en l'état du droit positif. Cet effet est intéressant à relever car celui-ci correspond à l'objectif de cette réforme qui a été d'opérer une « *consolidation de la jurisprudence* »[34]. En d'autres termes, cette réforme s'est voulue à droit constant. Compte tenu de cet objectif, la position consistant à défendre l'assimilation de la contrepartie convenue à la cause de l'obligation pourrait être considérée comme légitime.

8. ***Une première difficulté : une position contraire à l'objectif de renouvellement de la cause de l'obligation par la réforme.*** Suivant l'objectif de codification à droit constant de la réforme du droit commun des contrats, la reconduction de la notion de cause de l'obligation à travers celle de

---

[33] G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015, p. 1557, n° 22.

[34] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 75, n° 66. *Rappr.* Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035, 11 févr. 2016, texte n° 25 (accessible sur le site Légifrance) : « *l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites. Il restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental* » (nous soulignons).

contrepartie convenue apparaît idéale. La réforme serait en quelque sorte indolore. Cependant, soutenir un tel projet serait problématique car cet objectif n'est pas le seul à avoir inspiré la réforme. Celle-ci a, en effet, également entrepris de rendre plus accessible et plus intelligible notre droit en renouvelant le concept de cause de l'obligation. L'idée a été de simplifier la notion afin de clarifier la matière et limiter le contentieux[35]. Concrètement, cela signifie que la réforme n'a pas simplement voulu renommer la cause de l'obligation mais elle a voulu aller plus loin et la renouveler. Or cette position, consistant à assimiler la contrepartie convenue à la cause de l'obligation, contredit cet objectif en faisant revenir la cause de l'obligation telle qu'elle était, sous le masque de la contrepartie convenue. Cette difficulté limite sérieusement la légitimité de cette thèse.

9. ***Une deuxième difficulté : une position contraire aux articles 1107 et 1169 du Code civil.*** Dans la continuité de la première critique, il nous semble que le choix consistant à faire migrer la charge conceptuelle de la cause de l'obligation vers la contrepartie convenue doit être refusé car celui-ci emporterait des conséquences préjudiciables. Si la contrepartie convenue venait à être assimilée à la cause de l'obligation, alors il y aurait une contradiction avec les articles 1107 et 1169 du Code civil relatifs au contrat à titre onéreux. En effet, ces articles associent cette qualification à la stipulation d'une contrepartie, or la cause de l'obligation n'est pas une notion spécifique du contrat à titre onéreux, mais générale pour tout contrat. Certes, on pourrait proposer le développement d'un nouveau critère d'identification du contrat à titre onéreux, mais ce serait un choix bien regrettable sachant que le législateur vient tout juste de réviser la notion de contrat à titre onéreux pour l'associer à celle de contrepartie convenue. Compte tenu de cette difficulté relative à l'avenir incertain du critère de qualification du contrat à titre onéreux, il apparaît que l'assimilation de la contrepartie convenue à la cause de l'obligation se présente comme une thèse aux conséquences conceptuelles dommageables et importantes.

10. ***Une troisième difficulté : une position contraire au sens usuel du terme contrepartie.*** Dans la continuité des deux premières critiques, il convient de reconnaître que le choix consistant à assimiler la contrepartie convenue à la cause de l'obligation est critiquable au regard de la langue française et de l'objectif d'intelligibilité de la loi[36]. En effet, cette position invite au dévoiement du terme contrepartie qui, selon le dictionnaire Trésor de la Langue Française *informatisé*, a un sens

---

[35] Rapport au Président de la République, préc. : « *face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux même effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion* » (nous soulignons).

[36] Cette critique prend un relief particulier dès lors que l'on se rappelle que la cause de l'obligation a été en partie rénovée lors de la réforme du droit commun des contrats parce qu'elle serait « *devenue inintelligible* » (Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 447, n°402).

premier moins libre que la cause sous l'empire des anciens textes. Selon ce dictionnaire la contrepartie est « *(c)e qui, dans un arrangement, un accord, est donné* ***en échange*** *d'autre chose* »[37] ou encore « *(c)e qui* ***fait équilibre*** *à une première chose, ce qui contrebalance* »[38]. On retrouve ici l'analyse jurisprudentielle classique du contrat à titre onéreux[39] qui est incompatible avec l'analyse causale de tout contrat sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil. En conséquence, l'assimilation de la contrepartie convenue à la cause de l'obligation apparaît très peu opportune.

En définitive, il se manifeste que l'attribution de la charge conceptuelle de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue offre un avantage indéniable : elle permet de reconduire fidèlement la jurisprudence relative à la cause rendue sous l'empire des anciens textes, conformément à l'objectif de codification à droit constant de la réforme. Cependant, cet avantage à un coût important. Il impose de sacrifier le critère légal d'identification du contrat à titre onéreux ainsi que la « *certitude du langage* »[40], contrariant ainsi les objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité des nouveaux textes du Code civil. En conséquence, il apparaît que cette position est difficilement souhaitable.

B/ Identifier le contrat à titre onéreux

11. ***Un avantage : une position conforme aux articles 1107 et 1169 du Code civil.*** La thèse consistant à envisager la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux présente l'avantage indéniable de respecter la lettre des nouveaux articles 1107 et 1169 du Code civil. Ces articles associent en effet intimement les notions de contrat à titre onéreux et de contrepartie convenue, en accord avec les traditions doctrinale et jurisprudentielle évoquées précédemment. Par conséquent, il apparaît tout à fait légitime de soutenir cette position qui envisage la « *contrepartie* stricto sensu »[41], en tant que critère d'identification du contrat à titre onéreux.

12. ***Une première difficulté : une position contraire à l'approche intellectuelle de l'onérosité.*** L'appréhension de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux est, de prime abord, satisfaisante car elle fait écho, comme nous l'avons souligné précédemment, à la loi, à la jurisprudence et à la doctrine[42]. Cependant, après réflexion, le rapprochement peut se révéler occasionnellement excessif. Il apparaît, en effet, dans différents contentieux que l'onérosité n'est pas toujours matérielle, c'est-à-dire identifiée par la stipulation d'une contrepartie, mais

[37] Sens A-1 (nous soulignons).

[38] Sens B (nous soulignons).

[39] Toutefois, *V. TLFi Contrepartie* sens (A-2) : « *Effet second, conséquence négative d'un premier fait* ».

[40] J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 269, n° 155.

[41] D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, p. 365, n° 87, spéc. p. 369 (spéc. J. Rochfeld).

[42] *V.* les références précédentes *supra* n° 2.

occasionnellement intellectuelle, c'est-à-dire identifiée par la recherche d'un intérêt pour la partie qui s'engage[43]. L'un des exemples jurisprudentiels les plus caractéristiques de cette onérosité intellectuelle est celui du cautionnement conclu en période suspecte. Celui-ci est valide[44], comme tout contrat à titre onéreux[45], dès lors que la caution avait un simple intérêt à s'engager, comme lorsqu'une société fille se porte caution des dettes d'une société mère. La Cour de cassation estime dans ce cas le cautionnement valide, à l'image de tout contrat à titre onéreux, alors qu'aucune contrepartie n'est convenue.

En résumé, certains contentieux invitent à considérer qu'il y a une dualité d'onérosités : d'un côté il y aurait un « *titre onéreux* stricto sensu », fondé sur la notion de contrepartie convenue, et d'un autre côté, un titre onéreux « *plus moderne* »[46], fondé sur la notion d'intérêt. Cette situation interpelle en ce qu'elle s'oppose à la tradition doctrinale[47], aux articles 1107 et 1169 du Code civil et à certaines décisions qui prônent une onérosité strictement matérielle, c'est-à-dire identifiée par une contrepartie convenue[48]. Compte tenu de cela, il ressort que la position consistant à voir dans la contrepartie convenue le critère du contrat à titre onéreux n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît.

13. ***Une deuxième difficulté : une position contraire à l'approche intellectuelle de la gratuité.*** Le contrat à titre onéreux étant l'envers du contrat à titre gratuit, il découle de la position consistant à voir dans la contrepartie convenue le critère du contrat à titre onéreux, que le contrat à titre gratuit a pour critère d'identification l'absence de contrepartie convenue. Cette déduction intuitive trouve écho chez quelques auteurs[49] et dans la jurisprudence[50], cependant, l'essentiel de la doctrine soutient

---

[43] Ce qui invite des auteurs à considérer que « *(s)i l'existence d'une contrepartie, consistant en un avantage retiré ou escompté par le débiteur, est la marque la plus notoire du contrat à titre onéreux, il y a néanmoins des hypothèses dans lesquelles un contrat unilatéral devra être considéré comme un contrat à titre onéreux en l'absence de contrepartie.* » : Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Paris, Économica, coll. Corpus droit privé, 9e éd., 2018, p. 140, n° 170 (position abandonnée dans la 10e éd.).

[44] **Cass. com., 19 nov. 2013, *Bull. civ.* IV, n° 168, n° 12-23.020** ; *BJS* 2014, n° 1, p. 44, note E. Mouial- Bassilana ; *BJE* 2014, n° 2, p. 97, note S. Bénilsi ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 14, obs. Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2014, p. 697, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. Sociétés* 2014, p. 203, obs. L.-C. Henry ; *RDBF* 2014, n° 1, comm. 9, obs. A. Cerles ; *D.* 2013, p. 2766, obs. A. Lienhard : « *la société caution* [...] *a un intérêt à favoriser le financement de sa société mère* » et échappe donc à la nullité des contrats à titre gratuit conclus pendant la période suspecte.

[45] Ccom., art. L. 632-1, *a contrario*.

[46] N. Picod, *La remise de dette*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013, p. 101, n° 128 (*in fine*).

[47] *Comp.* toutefois G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Gratuit (sens 1) : « *Sans contrepartie et dans l'intérêt d'autrui* » (nous soulignons).

[48] C'est ainsi que des auteurs invitent à une compréhension « *généreuse et non "matérialiste"* de l'onérosité. En ce sens, *V.* L. Andreu, N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Paris, Gualino, coll. amphiLMD, 6e éd., 2021, p. 74, n° 153.

[49] *V.* par exemple O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 71. Dans le même sens J.-L. Aubert, Fr. Collart-Dutilleul, *Le contrat. Droit des obligations*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5e éd., 2017, p. 29.

[50] **CA Aix-en-Provence, 11e ch. B, 9 juin 2016, n° 15/11746**, ***Jurisdata* n° 2016-015788** : « *L'absence de contrepartie onéreuse exclut la qualification de bail fut il verbal, et s'agissant d'un prêt à titre gratuit ce contrat est régi par les dispositions des articles 1875 du code civil et constitue un prêt à usage ou commodat exclu du champ d'application de la loi du 6 juillet 1989* » (nous soulignons).

que l'absence de contrepartie convenue ne suffit pas à emporter la qualification de contrat à titre gratuit[51]. Pour parvenir à un tel résultat, il faut en plus[52], voire à la place[53], constater l'existence d'une intention libérale. En ce sens, on a pu lire récemment sous la plume d'un auteur qu'en l'absence d'intention libérale « *le contrat [est] toujours présumé onéreux* »[54]. Également, on a pu lire dans la jurisprudence d'appel récente que la stipulation d'une contrepartie « *contredit toute intention libérale* »[55], et écarte en conséquence la qualification de contrat à titre gratuit.

Compte tenu de cette incertitude sur la dimension intellectuelle de la qualification de contrat à titre gratuit, il apparaît que la position consistant à voir dans la contrepartie convenue le critère du contrat à titre onéreux ne s'impose pas aussi simplement qu'il n'y paraît.

14. ***Une troisième difficulté : une position troublant l'avenir de la cause de l'obligation.*** La position consistant à restreindre l'appréhension de la contrepartie convenue à l'identification du contrat à titre onéreux est séduisante en ce qu'elle donne son plein effet aux articles du Code civil. Cependant, celle-ci emporte une difficulté importante concernant l'avenir de la cause de l'obligation en ce qu'elle limite son contrôle aux seuls contrats à titre onéreux. En effet, l'article 1169 du Code

---

[51] A. Cayol, *Le droit des contrats en tableaux*, préf. Ph. Delebecque, Paris, Ellipses, coll. Le droit en fiches et en tableaux, 2e éd., 2021, p. 18 : « *en cas de contrat à titre gratuit, une personne s'engage sans contrepartie, animée par une intention libérale (comme dans la donation).* » ; B. Fages, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 49, n° 30 : *Le contrat à titre gratuit est celui dans lequel une partie procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie (art. 1107, al. 2, C. civ.). Animée d'une intention libérale (ex. : donation), de la volonté de rendre service ou d'agir de façon bénévole (ex. : prêt à usage, prêt d'argent sans intérêt, cautionnement non rémunéré)* » ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 103, n° 92 : « *Si le contrat à titre gratuit est en principe unilatéral, il ne se réduit pas à cette unilatéralité. Il suppose non seulement l'absence d'avantage, mais également une volonté de se dépouiller sans contrepartie (*animus donandi*).* » ; Ch. Lachièze, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 47, n° 108 : « *Le contrat à titre gratuit est celui dans lequel l'une des parties "procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie" (art. 1107 al. 2 C. civ.). Elle est animée d'une intention libérale. Ce contrat était appelé autrefois "contrat de bienfaisance". La donation, par exemple, est un contrat à titre gratuit.* » ; Ph. Malaurie, Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, Paris, LGDJ, coll. Droit civil, 9e éd., 2020, p. 184, n° 222 : « *L'élément essentiel est la gratuité, qui présente deux aspects, subjectif et objectif, renvoyant souvent l'un à l'autre : une intention libérale et un avantage* » ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 78, n° 81 (*in limine*) : « *Le contrat* à titre gratuit *se caractérise par l'intention libérale de l'un qui exclut toute idée de contrepartie de la part de l'autre* » ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations 2022*, *op. cit.*, p. 30, n° 48 : « *dans le contrat à titre gratuit, un des contractants procure un avantage à l'autre sans rien recevoir en échange, et apparaît donc animé par une intention désintéressée* » ; L. Tranchant, V. Égéa, *Droit des obligations 2022*, Paris, Dalloz, coll. Les mémentos Dalloz, 25e éd., 2021, p. 17 : « ***Contrat à titre gratuit*** *ou* ***de bienfaisance*** *(art. 1107, al. 2) : une personne procure à une autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie, parce qu'elle est animée d'une* ***intention libérale****, par ex., une donation (transmission de la propriété d'un bien) ou un service gratuit.* » (en gras dans le texte) ; *Comp.* G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Gratuit (sens 1 bis) : « ***(acte à titre****). Acte juridique par lequel une personne fournit sans contrepartie un avantage à une autre dans l'intention de lui rendre service (prêt à usage) ou dans une intention libérale* » (en gras dans le texte ; nous soulignons).

[52] Pour une défense récente *V.* J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2019, p. 31, n° 25.

[53] Pour une défense récente *V.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque André Tunc, 2020, p. 220, n° 201.

[54] J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 37, n° 32. Dans le même sens *V.* Y. Flour, F.-J. Pansier, « Les libéralités ordinaires : Règles de fonds des donations : objet et cause », *in Droit patrimonial de la famille*, M. Grimaldi (dir.), Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 5e éd., 2014, p. 866, n° 313.25.

[55] **CA Colmar, 2e ch. civ., sect. A, 4 juill. 2019, n° 18/00138** : « *Il s'agit de travaux antérieurs à la donation de cette maison, effectués à une période où Mme Solange K., épouse S., ne pouvait être certaine d'en bénéficier. Au vu de leur nature et de leur ampleur, ils ont indéniablement valorisé le bien immobilier en cause et il en ressort que la mise à disposition de ce logement a été assortie d'une contrepartie, ce qui contredit toute intention libérale du cujus.* » (nous soulignons).

civil qui reproduit l'ancien contrôle pour absence de cause, selon l'unanimité des auteurs, ne reconduit ses effets qu'en présence d'un « *contrat à titre onéreux* ». Or, sous l'empire des anciens textes, ce contrôle était admis pour tout contrat.

Ce « *cantonne(ment) au seul domaine des contrats à titre onéreux* »[56] du contrôle pour absence de cause emporte un changement non négligeable de notre droit, ce qui est doublement critiquable. D'un côté, ce changement est source d'insécurité juridique, en ce qu'il rend incertain l'avenir de la cause de l'obligation au-delà des contrats à titre onéreux[57], et d'un autre côté il contrevient à l'objectif de codification à droit constant de la réforme. Une partie du contrôle pour absence de cause a en effet disparu. Compte tenu de cette disparition partielle de la notion de cause, il apparaît que la position consistant à voir dans la contrepartie convenue le critère du contrat à titre onéreux n'est pas dépourvue de difficultés d'admission.

II/ La thèse retenue : l'identification du contrat à titre onéreux par la contrepartie convenue

15. ***La prévalence de la thèse : plus légitime et plus simple.*** Il nous semble qu'il est préférable que la contrepartie convenue ait pour fonction d'identifier le contrat à titre onéreux. Cette préférence se fonde sur la légitimité de cette thèse, au regard de la récente réforme du droit commun des contrats, ainsi que sur sa simplicité d'appréhension et sa conformité au droit positif.

16. ***La thèse la plus légitime.*** L'appréhension de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux, plutôt que comme le substitut de la cause de l'obligation, s'avère être la thèse la plus légitime au regard de l'esprit de la réforme du droit commun des contrats. Cette réforme a en effet entrepris plusieurs changements qui militent en faveur de cette position.

Le premier changement est la suppression de la notion de cause. Souhaitant rompre avec le droit antérieur et ses difficultés qui auraient pour origine la notion de cause, la réforme a entrepris de supprimer la notion. Ce souhait ne saurait être mieux respecté qu'en refusant d'assimiler la contrepartie convenue à la cause de l'obligation et en analysant la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux.

Le second changement entrepris par la réforme du droit commun des contrats, qui milite en faveur de la thèse retenue, est l'association de la notion de contrepartie convenue à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. La réforme du droit commun souhaitant consacrer la

---

[56] A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 97, n° 42.

[57] En ce sens *V.* not. Th. Genicon, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, n° 3, p. 625, n° 17.

position jurisprudentielle dans le Code civil, elle a entrepris de l'intégrer. Cette volonté ne saurait être mieux respectée qu'en refusant d'assimiler la contrepartie convenue à la cause de l'obligation et en analysant la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux.

17. ***La thèse la plus simple.*** L'appréhension de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux, plutôt que comme le substitut de la cause de l'obligation, se révèle être la thèse la plus simple. D'un côté celle-ci est simple par le sens privilégié de la contrepartie convenue, qui correspond au sens courant du terme. D'un autre côté, cette thèse est simple en ce qu'elle est conforme à la jurisprudence classique et aux nouveaux textes du Code civil, qui associent la contrepartie convenue à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Cette simplicité accrue de la thèse séduit d'autant plus que celle-ci satisfait les objectifs de lisibilité et d'accessibilité de la réforme du droit commun des contrats qui sont destinés à « *renforcer la sécurité juridique* »[58].

III/ La finalité de la recherche : la résolution des difficultés de la thèse retenue

18. ***La résolution de deux séries de difficultés à la lumière de deux impératifs généraux.*** Aussi préférable que puisse paraître la fonction d'identification du contrat à titre onéreux pour la contrepartie convenue, il s'avère que la thèse n'est pas, en l'état, pleinement satisfaisante. Celle-ci présente deux séries de difficultés, que nous avons effleurées précédemment, qui freinent son soutien. Afin donc d'améliorer l'attractivité de la thèse retenue, nous avons orienté la recherche sur les moyens de la libérer de ces freins, en tenant compte de deux impératifs généraux.

19. ***La première série de difficultés : la contrepartie convenue dans son aptitude à identifier le contrat à titre onéreux.*** L'appréhension de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux présente deux séries de difficultés, dont la première touche à la relation entre la contrepartie convenue et le contrat à titre onéreux. Plus précisément, ces difficultés interrogent l'aptitude de la contrepartie convenue à constituer le critère du contrat à titre onéreux. Voici un exposé résumé de ces difficultés qui feront l'objet de développements dans le corps de la thèse.

La première de ces difficultés a été évoquée précédemment, il s'agit de la question de l'implication des notions d'intention libérale et d'intérêt. Ces deux notions sont régulièrement évoquées en doctrine à l'appui de la jurisprudence afin de contredire l'aptitude de la contrepartie convenue à identifier, par elle seule, le contrat à titre onéreux[59]. La deuxième difficulté est la question de

[58] Fr. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2017, p. 72, n° 21.21. Cet objectif est considéré comme commun à toute production de norme. En ce sens, *V.* J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 332 et suiv., n° 194.

[59] *V. infra* n° 170.

l'implication de la réciprocité. Plus exactement, il est défendu en doctrine que la réciprocité de la contrepartie convenue serait un trait variable du contrat à titre onéreux, niant partiellement l'aptitude de la contrepartie convenue à identifier le contrat à titre onéreux. En effet, seules les opérations commutatives à titre onéreux reposeraient sur la notion de réciprocité, contrairement aux opérations distributives à titre onéreux qui reposeraient sur la notion de mise en commun[60]. La troisième difficulté à évoquer est la question de la corrélation réciproque, c'est-à-dire de l'interdépendance, des contreparties convenues. Il se dégage en doctrine l'idée que la corrélation réciproque est un trait invariable du contrat à titre onéreux, ce qui nie partiellement l'aptitude de la contrepartie convenue à identifier le contrat à titre onéreux. En effet, la loi et la jurisprudence manifestent l'idée que l'onérosité peut se satisfaire d'une corrélation non réciproque, c'est-à-dire hiérarchisée[61]. La quatrième et dernière difficulté porte sur la dimension avantageuse, bénéfique, de la contrepartie convenue. Le problème est que la notion d'avantage est très large, au point de faire croire que tout pourrait être un avantage, ce qui divise la doctrine. Il ressort par conséquent le sentiment que la notion de contrepartie convenue est trop imprécise pour constituer le critère du contrat à titre onéreux[62].

20. ***La seconde série de difficultés : la contrepartie convenue dans son inaptitude à reconduire la cause de l'obligation.*** L'appréhension de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux présente une seconde série de difficultés qui intéresse cette fois la relation de la contrepartie convenue avec la cause de l'obligation. Plus précisément, ces difficultés interrogent la spécificité du contrôle de la contrepartie convenue depuis la suppression du concept de cause. Voilà une présentation sommaire de ces difficultés qui feront l'objet de développements dans le corps de la thèse.

À l'occasion de la réforme du droit commun des contrats, la notion d'absence de cause a été supprimée pour se voir substituer celles de contrepartie convenue illusoire et dérisoire. Cette substitution est jugée doublement imparfaite en doctrine. Premièrement, cette substitution est jugée imparfaite à l'endroit de la contrepartie convenue illusoire car pour un grand nombre d'auteurs elle ne traduit que « *l'écume de l'ancienne cause, son épiphénomène* »[63]. Compte tenu de cette réduction légale il s'est créé « *des lacunes* »[64] dans l'appareil conceptuel et une spécialisation du contrôle de la contrepartie convenue. L'article 1169 du Code civil, qui prend la suite de l'article 1131 du Code

[60] *V. infra* n° 33.

[61] *V. infra* n° 69.

[62] *V. infra* n° 118.

[63] D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, p. 365, n° 87, spéc. p. 369 (spéc. J. Rochfeld).

[64] O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 329.

civil, prévoit en effet que seul le contrat à titre onéreux qui présente une contrepartie convenue illusoire est nul. Cette réduction et ces lacunes créées par l'appréhension de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux est une difficulté importante de la thèse retenue. Celle-ci est source d'insécurité juridique et insatisfait les objectifs de la réforme du droit commun des contrats. Secondement, cette substitution est jugée imparfaite à l'endroit de la contrepartie convenue dérisoire car il y a un risque de rapprochement avec la lésion encadrée à l'article 1168 du Code civil. Étant donné la proximité des textes, il se crée une confusion entre les concepts ; on perd le raisonnement qui était à l'œuvre à l'endroit de la contrepartie convenue dérisoire sous l'empire du droit ancien et la doctrine tend à promouvoir l'existence d'un contrôle généralisé de la lésion en droit des contrats. Cette confusion de la lésion et de la contrepartie convenue dérisoire est jugée contraire à l'objectif de codification à droit constant par les auteurs et est vue avec un regard suspect en ce qu'il pourrait ouvrir la porte à un contrôle généralisé de la lésion en droit positif.

21. ***Les impératifs généraux adoptés pour la recherche : l'adoption d'une démarche inductive et le respect du principe de parcimonie.*** L'objectif de la recherche a été de résoudre les difficultés évoquées précédemment en suivant certains impératifs qui sont de nature à renforcer l'attractivité de la thèse retenue. Le premier impératif a été la volonté de proposer une résolution représentative de l'état du droit positif. Concrètement, cela signifie que l'on a adopté une démarche inductive, consistant à proposer une résolution générale des problèmes identifiés à partir des cas fournis par la loi et la jurisprudence. De cette manière, la résolution proposée se veut susceptible de mettre en lumière la cohérence de l'organisation conceptuelle et d'améliorer l'intelligibilité du droit positif, tout en satisfaisant l'objectif de codification à droit constant de la réforme du droit commun des contrats. Le second impératif a été la volonté de proposer une résolution économe en termes de moyens. Concrètement, l'idée a été de privilégier l'approfondissement de l'existant plutôt que l'élaboration de nouveautés pour résoudre les difficultés de la thèse que ce soit à l'égard des concepts juridiques qu'à l'égard des textes de loi. Par ce biais, la résolution identifiée favorise l'accessibilité du droit positif et en simplifie l'application, tout en assurant à la réforme du droit commun des contrats une effectivité maximale.

22. ***La première conclusion tirée de la recherche : la nécessité d'une démystification et d'un recentrage.*** À notre avis, l'inaptitude potentielle de la contrepartie convenue à identifier le contrat à titre onéreux provient d'une mystification de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. C'est-à-dire que la distinction est appréhendée comme étant de l'ordre du droit naturel alors qu'il ne s'agit que d'une catégorie légale descriptive. En effet, l'onérosité et la gratuité n'ont

pas de régime spécifique inspiré par une idée-force.

Compte tenu de cette mystification de la distinction des titres gratuit et onéreux, nous proposons sa démystification, en la recentrant autour de son critère de contrepartie convenue, comme prévu dans la loi à l'article 1107 du Code civil et exploité en jurisprudence. Ces deux actions permettent ainsi de résoudre toutes les difficultés susévoquées tout en suivant les deux impératifs précédemment indiqués.

23. ***La seconde conclusion tirée de la recherche : la nécessité d'une fondamentalisation et d'une hiérarchisation.*** À notre avis, l'inaptitude du contrôle de la contrepartie convenue à reconduire celui de la cause de l'obligation a une double origine. Premièrement, elle a pour origine l'assimilation du contrôle de l'illusoire à la contrepartie convenue. C'est-à-dire que ce contrôle est analysé comme étant indissolublement lié à la contrepartie convenue, alors que cela ne devrait pas être le cas. En témoigne le fait que le contrôle de la cause de l'obligation n'avait pas pour domaine la seule contrepartie convenue. C'est pourquoi nous proposons de le dissocier de la contrepartie convenue et de le fondamentaliser en identifiant sa parenté avec les autres contrôles du contenu contractuel. De cette manière, le contrôle de la contrepartie convenue se révèle n'être qu'une illustration d'un contrôle qui lui est indépendant, ce qui résout les difficultés évoquées précédemment tout en satisfaisant les impératifs antérieurement mentionnés. Secondement, l'inaptitude de la contrepartie convenue à reconduire le contrôle de la cause de l'obligation a pour origine l'assimilation du contrôle du dérisoire à la lésion. C'est-à-dire que ce contrôle est analysé comme étant un cas particulier de lésion, alors que ça ne devrait pas être le cas. Certes, les notions partagent de nombreuses particularités techniques, néanmoins, le contrôle du dérisoire se distingue de la lésion par sa généralité. C'est pourquoi nous proposons d'inverser la hiérarchie des concepts en considérant que le contrôle du dérisoire n'est pas un cas de lésion, mais que la lésion est un cas de dérisoire, qui lui-même n'est que la manifestation d'un raisonnement judiciaire très général consistant à assimiler l'insuffisant à l'absent. Si l'on admet cette compréhension du contrôle du dérisoire, on parvient alors à expliquer la parenté technique de la lésion et du dérisoire et l'on révèle que ce n'est que l'illustration d'un contrôle plus général. Ainsi, on résout une fois de plus les difficultés de la thèse tout en satisfaisant les impératifs antérieurement mentionnés.

24. ***Le plan d'exposition des conclusions tirées de la recherche : la qualification et le contrôle.*** L'ambition de la recherche a été de renforcer l'attractivité de la thèse retenue en identifiant une résolution de l'ensemble des difficultés relevées précédemment tout en satisfaisant les deux impératifs susmentionnés. Afin de rendre compte des résultats de cette recherche dans le présent essai, nous avons choisi d'adopter un ordre de présentation qui suit la distinction logique et

juridique entre qualification et contrôle[65]. Cette distinction sera pour nous le moyen de retrouver la dualité des difficultés solubles qui ont mobilisé la recherche, mais également d'adopter une structure pédagogique susceptible d'éclairer la compréhension de la notion de contrepartie convenue.

Nous verrons donc dans un premier temps la qualification de contrepartie convenue comme critère du contrat à titre onéreux (**Partie I**). Et dans un second temps, nous verrons le contrôle de la contrepartie convenue comme illustration de l'absence de cause de l'obligation (**Partie II**).

PARTIE I

La qualification de contrepartie convenue : le critère du contrat à titre onéreux

PARTIE II

Le contrôle de la contrepartie convenue : une illustration de l'absence de cause

[65] O. Cayla, « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », *in La qualification*, Paris, PUF, coll. *Droits*, *Revue Française de théorie juridique*, 1994, n° 18, p. 1, spéc. p. 3 : « *Car avant de commencer par dire d'un objet qu'il ne doit pas être, pour le condamner, ou au contraire dire qu'il peut ou doit être, afin de permettre son existence, la tolérer ou exiger son advenue, il faut bien commencer par dire ce qu'il est.* »

PARTIE I

LA QUALIFICATION DE CONTREPARTIE CONVENUE : LE CRITÈRE DU CONTRAT À TITRE ONÉREUX

« *Il y a déjà quelque temps que je me suis aperçu que, dès mes premières années, j'avais reçu de fausses opinions pour véritables, et que ce que j'ai depuis fondé sur des principes si mal assurés, ne pouvait être que fort douteux et incertain ; de façon qu'il me fallait entreprendre sérieusement une fois en ma vie de me défaire de toutes les opinions que j'avais reçues jusques alors en ma créance, et commencer tout de nouveau dès les fondements, si je voulais établir quelque chose de ferme et de constant dans les sciences.* »

R. Descartes[66]

25. ***Le point de départ de la recherche.*** À la lecture des ouvrages généraux de droit des contrats, la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux apparaît incontournable, relevant presque de l'évidence. Nul ne l'ignore et tous la présentent avec un vocabulaire plutôt assuré. Face à cet état de fait on pourrait penser que la distinction est facile et sujette à peu de discussions. Cependant, il n'en est rien. Comme nous l'avons illustré précédemment[67], la jurisprudence semble manifester à l'égard de la distinction une approche divisée, aussi bien matérielle — c'est-à-dire fondée sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie convenue — qu'intellectuelle — c'est-à-dire fondée sur l'existence ou l'absence d'une intention libérale ou d'un intérêt —. Cela divise naturellement la doctrine dans sa compréhension de la jurisprudence mais également dans son interprétation du nouvel article 1107 du Code civil, qui proclame la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. En effet, il apparaît suivant les auteurs que ce texte est pour certains favorable à l'approche

[66] R. Descartes, *Les méditations métaphysiques*, Paris, Flammarion, coll. Poche, 2009, p. 17, Première méditation (*in limine*).
[67] *V*. *supra* n° 13.

matérielle de la distinction et pour d'autres favorable à l'approche intellectuelle[68].

Le point de départ de notre recherche est ainsi l'idée que la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux est, malgré les apparences doctrinales, incertaine et donc que l'affirmation selon laquelle la contrepartie convenue est le critère d'identification du contrat à titre onéreux l'est également.

26. ***Les résultats de la recherche.*** L'étude de la loi, de la jurisprudence et de leurs analyses doctrinales respectives invite à considérer que la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux n'est pas unitaire mais plurale. Cela explique pourquoi la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux a plusieurs critères et se voit associer des règles de régime diverses et spéciales.

Cette situation nous invite en conséquence à considérer, à la suite d'un auteur, « *(qu')en l'absence de véritable régime* » la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux n'a « *(qu')une valeur descriptive* »[69]. Suivant nos mots, nous dirions que les contrats à titre gratuit et à titre onéreux ne sont pas des natures juridiques, mais des catégories illustrant l'activité humaine que le législateur reconnaît comme étant des critères possibles de classification des contrats. Grâce à cette analyse de l'état de la jurisprudence, il nous semble alors possible d'expliquer la division doctrinale sur sa compréhension mais également sur l'interprétation de l'article 1107 du Code civil. En effet, la distinction étant plurale elle ne saurait être appréhendée de manière unitaire.

27. ***Les conclusions tirées de la recherche.*** À notre avis l'ancienneté, la nomination légale et l'apparente évidence de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux a engendré une forme de mystification de la distinction. C'est-à-dire qu'au fil du temps elle est apparue presque relever du droit naturel, attirant vers elle nombre de situations de droit positif qui n'y étaient pas réellement ou expressément intéressées. C'est ainsi que nous expliquons que la distinction est devenue plurale.

Compte tenu de cette situation, nous sommes d'avis, au regard des impératifs précédemment évoqués[70], qu'il s'impose de démystifier la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux en la recentrant autour du critère légal nouvellement posé à l'article 1107 du Code civil. Pour ce faire nous proposons donc une clarification de ce critère légal à l'aune de la jurisprudence. Concrètement, cela signifie que nous allons, dans les propos suivants, distinguer les critères

---

[68] *V. supra* n° 13.

[69] A. Etienney de Sainte Marie, « Gratuit et contrat : le régime du contrat à titre gratuit est-il un régime ? », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, N. Martial-Braz, C. Zolynski (dir.), Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Droit & Économie, 2013, p. 151, spéc., p. 163.

[70] *V. supra* n° 21.

essentiels de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux des critères accidentels. Ces derniers relevant soit d'une spécialisation de la distinction, soit d'autres qualifications contractuelles qui lui sont étrangères et à laquelle elles sont abusivement associées.

Pour résumer notre position, nous sommes d'avis que la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux repose, par détermination de la loi et interprétation jurisprudentielle, sur un critère matériel de contrepartie convenue. Les critères intellectuels relevant quant à eux d'autres qualifications contractuelles nommées ou innommées.

28. ***Le plan d'exposition des conclusions.*** Afin de présenter notre démystification de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, par son recentrage autour de son critère légal clarifié à l'aune de la jurisprudence, nous proposons de suivre un plan descriptif. Celui-ci suivra les points essentiels de la notion de contrepartie convenue, identifiables dans le nouvel article 1107 du Code civil, que sont : son caractère dual et son contenu avantageux.

Afin d'exposer les conclusions de nos recherches, nous suivrons donc cette distinction en nous intéressant dans un premier temps au caractère dual de la contrepartie convenue (**Titre I**) et dans un second temps au contenu avantageux de la contrepartie convenue (**Titre II**).

TITRE I
Le caractère dual de la contrepartie convenue

TITRE II
Le contenu avantageux de la contrepartie convenue

TITRE I

LE CARACTÈRE DUAL DE LA CONTREPARTIE CONVENUE

29. ***L'identification légale du caractère dual de la contrepartie convenue.*** Depuis 1804, la notion de contrepartie convenue est marquée du sceau de la dualité dans la jurisprudence, ce que traduit la lettre du nouvel article 1107 du Code civil qui dispose que « *(l)e contrat est à titre onéreux lorsque* ***chacune des parties*** *reçoit* ***de l'autre un*** *avantage en contrepartie* ***de celui*** *qu'elle procure* »[71]. L'emploi du singulier dans le texte ne laisse place à aucun doute : seule la situation où deux parties accordant conventionnellement chacune un avantage peut emporter la qualification de contrat à titre onéreux. Nous en voulons pour preuve que dans le cas contraire il aurait été mentionné que chacune *des parties* reçoit de l'autre *ou des autres* un *ou des* avantage(*s*) en contrepartie de celui ou ceux qu'elle*(s)* procure*(nt)*.

30. ***Les implications de la dualité : réciprocité et corrélation.*** La compréhension de la contrepartie convenue en tant que membre d'un diptyque induit, selon l'article 1107 du Code civil et la jurisprudence, deux particularités qui spécifient la notion : la réciprocité et la corrélation. Ces deux notions sont bien connues des juristes et sont, suivant les ouvrages généraux, à l'origine de peu de débats en droit des contrats. Néanmoins, il se révèle que ces deux implications de la dualité doivent être approfondies car la première divise profondément les auteurs dans la doctrine spécialisée et la seconde fait l'objet de peu de développements doctrinaux en dépit de son importance jurisprudentielle.

31. ***La réciprocité : une implication critiquée.*** La notion de réciprocité est très présente dans notre droit. On la retrouve dans le droit international avec les traités bilatéraux, dans le droit des obligations conventionnelles avec les contrats synallagmatiques, mais également dans le droit des obligations extracontractuelles avec les obligations alimentaires et dans bien d'autres domaines. L'idée invariablement véhiculée dans ces branches du droit est celle d'une relation qui va de l'un vers l'autre et de l'autre vers l'un, à la manière des sentiments amoureux entre deux personnes.

[71] Nous soulignons.

Classiquement, la doctrine rapproche cette compréhension de la réciprocité de la contrepartie convenue en ce qu'elle en serait l'illustration topique. Toutefois, ces dernières années, l'intensité de cette affirmation a été critiquée en ce que toute contrepartie convenue ne serait pas inspirée par l'idée de réciprocité. En ce sens, différents auteurs estiment qu'il existe des contrats à titre onéreux qui ne sont pas inspirés par la notion de réciprocité mais plutôt par celle de mise en commun[72]. Compte tenu de cela, ces auteurs considèrent que si la contrepartie convenue est le critère du contrat à titre onéreux, celle-ci ne saurait être définie par la notion de réciprocité. Cette critique est importante car elle remet en cause l'analyse classique de la contrepartie convenue et influence la compréhension du nouvel article 1107 du Code civil. En effet, suivant cette position doctrinale, l'article ne donnerait pas la définition de la contrepartie convenue pour tout contrat à titre onéreux, mais seulement pour ceux qui sont inspirés par l'esprit de réciprocité, excluant ceux qui sont inspirés par l'idée de mise en commun. En d'autres termes, cet article ne ferait qu'illustrer les notions de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux et non les définir.

À notre avis, la contrepartie convenue est bien inspirée par l'idée de réciprocité et celle-ci est présente aussi bien dans les contrats à titre onéreux classiques que dans les contrats à titre onéreux de mise en commun. Dans ces derniers contrats, il convient de reconnaître qu'elle n'apparaît pas immédiatement, cependant, elle est bien là, dissimulée derrière l'esprit de collaboration qui les anime. Afin de démontrer cette nature essentielle de la réciprocité pour la contrepartie convenue, et la possibilité d'appréhender l'article 1107 du Code civil comme la définition de tout contrat à titre onéreux, nous proposons d'approfondir la notion et de montrer comment la réciprocité peut être identifiée dans les contrats de mise en commun (**Chapitre I**).

32. ***La corrélation : une implication sous-estimée.*** De prime abord, la notion de corrélation est moins connue que celle de réciprocité. Toutefois, après le rappel des termes juridiques généralement associés à la notion — que sont la connexité, l'indivisibilité ou encore l'interdépendance[73] — celle-ci se révèle tout aussi générale que la réciprocité. Il ressort en effet de ce parallèle que l'idée véhiculée par la notion de corrélation est simple : elle est un lien qui unifie

---

[72] A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014, p. 777, spéc. p. 787, n° 5 : « *Dans les opérations synallagmatiques telles que juristes et économistes les pensent, nulle mise en commun. Les prestations s'y croisent, elles ne se cumulent ni ne se complètent pour former cette masse commune que l'on rencontre en revanche dans d'autres types de contrats : associations, coopératives, mariages, mutuelles, sociétés… Quiconque prend part à une opération synallagmatique s'inscrit dans l'ordre de la dualité, non dans celui de la mutualité.* » (Nous précisons que l'auteur assimile les contrats synallagmatiques et à titre onéreux à la page 783). Dans le même sens *V.* not. Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Paris, Économie, coll. Recherches Juridiques, 2008, p. 278, n° 297 ; S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts commun », *D.* 2016, p. 1148 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 117 et 118, n° 101.

[73] Sur le constat de ces rapprochements *V.* J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, Paris, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999, p. 269 à 271, n° 235 à 237.

les éléments qui composent un tout.

Dans les ouvrages généraux et spéciaux de droit des contrats, la corrélation et les notions associées ne sont pas rapprochées de celles de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux mais de celles de contreprestation et de contrat synallagmatique. La lecture de la jurisprudence explique cette position qui rapproche expressément la corrélation et les notions associées au contrat synallagmatique[74]. Toutefois, ce silence à l'égard de la contrepartie convenue et du contrat à titre onéreux, qui contraste avec l'affirmation courante de la corrélation du contrat synallagmatique[75], dérange. Pour cause, la contrepartie convenue est tout autant inspirée par l'idée de corrélation que le contrat synallagmatique[76]. Sans cette notion, en effet, la coexistence de deux contrats à titre gratuit réciproques devrait emporter la qualification de contrat à titre onéreux, contrairement aux enseignements de la doctrine et de la jurisprudence.

Afin de montrer l'importance essentielle de la notion de corrélation pour celle de contrepartie convenue, nous proposons d'en préciser l'essentialité du rôle (**Chapitre II**).

CHAPITRE I
Une dualité invariablement réciproque

CHAPITRE II
Une dualité nécessairement corrélée

---

[74] *V.* not. **Cass. com., 12 janv. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 11, n° 67-11.816** ; **Cass. com., 26 nov. 1973, *Bull. civ.* IV, n° 340, n° 72-11.965**.

[75] *V.* not. D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 104, n° 86 ; J. Julien, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 41, n° 20 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 113 et 114, n° 119 ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 119, n° 134 ; A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *op. cit.*, p. 784 à 786, n° 4 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 209, n° 220 ; J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, *op. cit.*, p. 165, n° 130 et p. 269, n° 235 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 113, n° 98.

V. néan. A. Bénabent, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 19e éd., 2021, p. 35 et 36, n° 21 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 76, n° 79 ; P. Voirin, G. Goubeaux, *Droit civil. Tome 1 : Introduction au droit – Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris, LGDJ, coll. Manuels, 39e éd., 2019, p. 385 et 386, n° 874.

[76] Ce qui n'a pas totalement échappé à la doctrine : O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70 : « *Certes, la nouvelle rédaction reste centrée sur la commutativité puisqu'il faut non seulement que "chacune des parties re[çoive] de l'autre un avantage", mais encore que cet avantage reçu le soit "en contrepartie de celui qu'elle procure"* ».

CHAPITRE I

UNE DUALITÉ INVARIABLEMENT RÉCIPROQUE

33. ***La spécificité de la réciprocité : un échange entre deux parties.*** Classiquement, la notion de réciprocité est rapprochée de celle d'échange en ce que la première s'illustre par la seconde. Ainsi, on envisage que la situation où l'on est en position de recevoir une chose « *en échange* »[77] d'une autre consiste à recevoir réciproquement. Cette définition simple, tirée du vocabulaire courant, traduit bien la notion de réciprocité qui s'illustre dans les contrats classiques comme la vente, le bail ou encore l'entreprise. Cependant, cette définition se révèle quelque peu imprécise pour traduire exactement la réalité juridique de la notion de réciprocité. Celle-ci ne recouvre en effet pas toute idée d'échange. La réciprocité est une notion juridique plus stricte dont l'objet est d'assurer un échange entre seulement deux parties, comme le suggère l'article 1107 du Code civil (**Section I**).

34. ***La permanence de la réciprocité : une relation identifiable dans les contrats-organisation.*** Depuis quelques années il est devenu habituel en doctrine de distinguer deux grandes familles de conventions à titre onéreux : les contrats-échange et les contrats-organisation[78]. La première famille rassemblerait les conventions dans lesquelles les contractants s'engagent « *réciproquement les uns* envers *les autres* », comme dans l'échange, le bail ou la transaction. La seconde famille réunirait quant à elle les conventions dans lesquelles les contractants s'engagent « *mutuellement les uns* avec *les autres* »[79], comme dans la société, la communauté conjugale ou encore l'indivision conventionnelle[80].

---

[77] *TLFi*, *Contrepartie* (sens II.A.-1.).

[78] P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.* Nov. 1995, numéro spécial, « L'échange des consentements », p. 75 ; « Brèves notes sur le contrat organisation », *in Mélanges François Terré. L'avenir du droit*, Paris, Dalloz - PUF - Éditions du juris-classeur, 1999, p. 635. D'autres dénominations existent comme celle de contrat-partage (Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 114, n° 123), de contrat-alliance (J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 8, n° 11 ; A. Sériaux, *Le droit. Une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, p. 110, n° 125) ou encore de contrat-concentration (S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. Brenner, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2012, p. 26, n° 20). Pour une présentation générale des différentes positions *V*. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2e éd., 2013, n° 7.29, p. 473.

[79] Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 281, n° 299.

[80] Il convient de souligner que ces opérations ne sont pas nécessairement conventionnelles. Malgré cela, nous limitons notre propos à cette question car notre étude est restreinte au domaine contractuel. Sur la possibilité d'identifier des opérations distributives extracontractuelles *V*. not. Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie*

Compte tenu de cette distinction les auteurs qui lui sont favorables défendent que l'article 1107 du Code civil ne fait référence qu'à la première de ces deux familles de conventions[81], et qu'il est nécessaire d'élargir l'analyse des notions de contrat à titre onéreux et de contrepartie convenue afin d'intégrer la seconde famille[82]. En ce sens, il est défendu que la notion de contrepartie convenue doit viser « *non seulement la contre-prestation attendue par l'une des parties (contrat-échange), mais également l'ambition partagée par l'ensemble des contractants (contrat-organisation)* »[83]. De cette manière, la contrepartie convenue serait en mesure de décrire les contrats à titre onéreux relevant de ces deux familles de contrats.

La position défendue par les auteurs est très séduisante et nous y souscrivons dans la mesure où, effectivement, l'opération élaborée dans les contrats-organisation à titre onéreux se distingue de celle créée par les contrats-échange. Cependant, nous n'adhérons pas à l'idée que ces contrats ne manifestent pas de réciprocité. Au contraire, nous sommes d'avis que les contrats-organisation présentent la même réciprocité que dans les contrats-échange et donc que la réciprocité est un caractère permanent de la contrepartie convenue (**Section II**).

Section I

La spécificité de la réciprocité : un échange entre deux parties

Section II

La permanence de la réciprocité : une relation présente dans les contrats-organisation

générale des obligations, th. préc., p. 73 et suiv., n° 72 et suiv. ; A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, Paris, Ellipses, 2e éd., 2018, p. 8, n° 2.

[81] S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts commun », art. préc., spéc. p. 1149. Dans le même sens *V*. D. Galbois, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. dactyl., dir. Y. Lequette, Paris II, 2018, p. 315 et suiv., n° 396 ; J.-Fr. Hamelin, « Les classifications du contrat », in *Blog Réforme du droit des obligations,* G. Chantepie, M. Latina (dir.), Dalloz, avril 2015 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 475, n° 419.

[82] Les auteurs sont divisés sur l'admission d'une qualification de contrat-organisation à titre onéreux. *Pro* Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 278, n° 297 ; S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts commun », *D.* 2016, p. 1148 : Le contrat de société « *en dépit de sa singularité, n'en demeure pas moins un contrat à titre onéreux* » ; *Contra* Fr. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, th. dactyl, th. Paris II, 1987, p. 741 et suiv., n° 561 et suiv. : l'auteur considère que la distinction du titre onéreux et du titre gratuit est spécifique aux commutations ; *Rappr.* J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, th. préc., p. 106, n° 152 et p. 170 et suiv., n° 243 et suiv. : l'auteur estime également que la distinction de l'onérosité et de la gratuité est spécifique aux contrats-échange et défend qu'il faut distinguer les contrats-alliance à objet patrimonial et à objet extra-patrimonial.

[83] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 474, n° 418. Dans le même sens *V*. Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 282, n° 299 : selon l'auteur la « *la finalité du groupement* », c'est-à-dire l'intérêt commun, est « *la contrepartie attendue* » par les membres du contrat d'intérêt commun ; S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts commun », art. préc., spéc. p. 1149.

SECTION I

LA SPÉCIFICITÉ DE LA RÉCIPROCITÉ : UN ÉCHANGE ENTRE DEUX PARTIES

35. ***L'objet de la réciprocité : un échange.*** De façon générale la réciprocité est présentée comme la situation dans laquelle chacune des parties retire un avantage de l'opération que « *chacun(e) assume envers l'autre* »[84]. L'opération se réalise pour ainsi dire « *donnant-donnant* », c'est un échange[85].

Selon un auteur, la réciprocité est une notion centrale de la vie courante qui inspire nombre d'opérations économiques chez l'Homme, « *pour ne pas dire leur totalité* »[86]. Le droit français, pour sa part, se révèle moins universel. La réciprocité y est certes une notion courante mais elle n'inspire pas toutes les notions, pas même contractuelles. La loi et la jurisprudence limitent la réciprocité en la distinguant d'autres opérations qui se caractérisent soit par leur unilatéralisme, soit par leur bilatéralisme non réciproque, c'est-à-dire des opérations dont l'objet n'est pas d'aller de l'un vers l'autre et de l'autre vers l'un. Afin de montrer cette spécificité de la réciprocité dans la sphère juridique, nous en exposerons des manifestations positives et négatives issues de la loi et de la jurisprudence (**§1**).

36. ***Les acteurs de la réciprocité : les parties dans l'échange.*** La réciprocité identifie une opération spécifique qui se caractérise par son objet et ses acteurs. Ces derniers sont, en matière de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux, identifiés par le terme de partie.

Dans la tradition de l'autonomie de la volonté, cette qualité de partie est classiquement associée à celle de personne ayant échangé son consentement en vue de la formation d'un contrat[87]. Cette

---

[84] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Réciproque (sens 2).

[85] Sur la relation entre l'onérosité et l'échange *lato sensu V.* not. J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, a.-p. J. Ghestin, préf. J.-P. Baud, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1987.

[86] « *Dans leur immense majorité, pour ne pas dire leur totalité, les valeurs sociales se fondent sur la grande règle de réciprocité. "Donnant-donnant", tel est le principe qui commande nos rapports avec autrui* » : A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *op. cit.*, spéc. p. 781 et 782.

[87] J.-L. Aubert, Fr. Collart-Dutilleul, *Le contrat. Droit des obligations*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5e éd., 2017, p. 129 : « *désigne les personnes qui ont échangé leurs consentements, celles-là mêmes qui ont formé l'accord de volontés fondateur du contrat* » ; J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1re éd., 2004, p. 2125, n° 1032 : « *Conformément au postulat de l'autonomie de la volonté, est partie qui a voulu l'être. Ce qui définit les parties (contractantes), c'est qu'elles ont émis les déclarations de volonté dont l'accord a fait le contrat.* » ; D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, p. 531, n° 125 (*in fine*) : « *Les parties contractantes sont les personnes qui ont manifesté leur volonté, par elles-mêmes ou par l'intermédiaire de leurs représentants, de s'engager lors de la formation du contrat* ».

position se confirme dans les cas les plus coutants, comme la vente ou le bail entre deux individus : les deux personnes consentantes sont les deux parties à la réciprocité. Toutefois, dans des cas moins courants cette appréhension de la qualification de partie se révèle inappropriée car il n'y a pas de correspondance entre les parties à la réciprocité et les personnes consentantes à la convention. Par exemple, lorsque deux indivisaires vendent un bien à un acquéreur tiers à leur relation, il y a trois personnes consentantes et seulement deux parties à la réciprocité. Pour cause, les indivisaires interviennent dans le contrat à titre onéreux d'une manière commune et unitaire, faisant face ensemble à l'autre partie consentante.

Au regard, notamment de cette situation, il s'impose d'appréhender la notion de partie à la réciprocité indépendamment de celle de personne consentante. Il convient plutôt, comme le suggèrent différents auteurs, de rapprocher la notion de partie à la réciprocité de celle d'intérêt représenté dans la relation contractuelle (**§2**).

§1. Le mouvement de la réciprocité : de l'un vers l'autre et de l'autre vers l'un

37. ***Exemple et contre-exemple.*** La réciprocité est présentée comme une notion permanente de l'activité humaine. Toutefois, le droit français limite cette idée en considérant que la réciprocité a un objet spécifique. Celui-ci ne caractérise que certaines opérations, comme le contrat de transaction (**A**), à l'exclusion d'autres, comme le contrat de cautionnement (**B**).

A. L'exemple du contrat de transaction

38. ***Le cas des concessions dans la transaction.*** En 1804, la transaction était définie comme la convention par laquelle les parties « *terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »[88]. Cette définition, reprise en jurisprudence[89], a été complétée par la Cour de cassation qui a posé l'exigence pour les parties d'effectuer « *des concessions réciproques* »[90], à la manière du code Justinien. En effet, ce dernier considérait « *que nulle transaction ne (pouvait) exister sans donner, retenir ou promettre quelque chose* »[91]. Depuis la loi « J21 », du 18 novembre 2016[92], cette exigence jurisprudentielle est

---

[88] Cciv., art. 2044.

[89] **Cass. com., 22 nov. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 320, n° 87-13.522**.

[90] *V.* not. **Cass. civ., 1er mars 1922** ; *DP* 1925. 1. 130 ; **Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525** ; *D.* 2006, p. 1396, note I. Najjar, p. 2057, note S. Chassagnard-Pinet, p. 2076, note Ch. Jamin ; *RTD civ.* 2006, p. 301, obs. J. Mestre ; *Gaz. pal.* 2006, p. 8, note A. Gaonac'h : « *la transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants, dont la promesse de vente n'est qu'un élément, de sorte que l'article 1840 A du code général des impôts est sans application* » (nous soulignons).

[91] « *transation nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedi* ».

[92] Loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

devenue légale, ayant été inscrite dans l'article 2044 du Code civil[93].

Selon les auteurs, il faut entendre la réciprocité des concessions comme le fait que « *chaque partie* »[94] doit faire une concession et que celles-ci « *bénéficient à l'une et à l'autre* »[95] des parties[96]. En d'autres termes, les parties à la transaction sont toutes redevables d'une concession mais également toutes bénéficiaires d'une concession. La position de la Cour de cassation est nettement en ce sens[97], comme elle l'a rappelé encore récemment. Il y a peu, la haute juridiction a cassé un arrêt d'appel en considérant « *qu'en qualifiant ainsi de* ***transaction*** *l'accord litigieux sans rechercher, comme elle y était invitée, si, selon celui-ci, aux concessions faites* ***par*** *la CRCAM CO* ***à*** *la SCI répondaient des concessions* ***émanant*** *de cette dernière, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »[98]. Le reproche adressé aux juges du fond dans cette affaire est de ne pas avoir caractérisé la réciprocité des concessions ; c'est-à-dire vérifier que chaque partie était doublement actrice dans la réciprocité : positivement, comme bénéficiaire d'une concession, et négativement, comme redevable d'une concession.

39. ***La réciprocité synonyme d'onérosité.*** Suivant l'article 1107 du Code civil, le contrat à titre onéreux est caractérisé par l'existence d'une réciprocité d'avantages. Cela signifie que tout contrat d'échange *lato sensu* doit être qualifié de contrat à titre onéreux[99], quelle que soit son appellation spécifique. C'est ainsi que classiquement, par exemple, les auteurs estiment que les contrats de

---

93 « *La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ».

94 Fr. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 10e éd., 2015, p. 501, n° 593.

95 L. Thibierge, *Rép. civ.* Dalloz, Transaction, n° 41.

96 Dans le même sens *V*. W. Dross, B. Mallet-Bricout (dir.), *La transaction – Propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, coll. Perspectives sur la justice, 2014, p. 154 (par B. Mallet-Bricout).

97 **Cass. civ. 1re, 24 oct. 2006, n° 05-19.792** : « *Qu'en statuant ainsi, alors que si la remise de dette qui a un caractère gratuit ou onéreux peut être consentie lors d'une transaction, celle-ci implique l'existence de concessions réciproques* » (nous soulignons). *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 4 juin 2013, n° 12-17.550** : en l'espèce, la haute juridiction refuse la qualification de transaction car il n'est pas relevé par la Cour d'appel « *une contrepartie consentie par l'auteur de M. et Mme X… en échange de l'octroi d'une servitude de passage* » (nous soulignons).

98 **Cass. civ. 1re, 7 nov. 2006, n° 05-14.883** (nous soulignons).

99 Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2009, p. 181, n° 221 : le titre onéreux « *est inspiré par une idée d'échange* ».

vente[100], de bail[101] et d'entreprise[102] sont à titre onéreux. Ce que confirment les juridictions. Par exemple, récemment, la Cour d'appel de Metz a précisé que le contrat de vente est un « *contrat à titre onéreux et non gratuit* »[103] et que « *le contrat d'entreprise est par nature un contrat à titre onéreux* »[104] et la Cour d'appel d'Amiens a affirmé que le contrat de bail « *est un contrat à titre onéreux* »[105].

À l'égard de la transaction, la position est identique. Les auteurs sont d'avis qu'il s'agit d'une convention à titre onéreux[106], comme l'a explicitement affirmé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt ancien[107] et l'a récemment suggéré la Cour de cassation[108]. La haute juridiction a en effet estimé qu'une remise de dette pouvait être à titre gratuit ou à titre onéreux et que, en l'espèce, étant consentie dans le cadre d'une transaction « *la réciprocité des concessions confér(ait) à cette remise de dette un caractère onéreux* »[109].

---

100 H. Kenfack, S. Ringler, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2017, p. 67, n° 113 : « *Le caractère onéreux du contrat de vente* » ; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, coll. Le cours Dalloz, 12e éd., 2020, p. 47, n° 25 : « *la vente est un contrat à exécution instantanée, onéreux et translatif.* » ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit civil, 11e éd., 2020, p. 60, n° 62 : la vente « *est à titre onéreux, qui ne peut donc comporter aucune intention libérale* ».

101 H. Kenfack, S. Ringler, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 157, n° 268 : « *Le caractère onéreux du bail* » ; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 369, n° 371 : « *Le commodat se distingue également du bail qui est toujours conclu à titre onéreux* » ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit de contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 375, n° 443 : « *Comme le bail, le prêt à usage confère le droit de se servir d'une chose et oblige l'emprunteur à suage à la restituer (art. 1875). Mais les deux contrats s'opposent radicalement par leur essence, gratuit (art. 1876) ou onéreuse (art. 1709).* »

102 H. Kenfack, S. Ringler, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 251, n° 451 : « *Le contrat d'entreprise est un contrat à titre onéreux.* » ; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 544, n° 522 : « *Les caractères du contrat d'entreprise apparaissent dans sa définition : c'est un contrat consensuel, synallagmatique, civil ou commercial, voire public, à titre onéreux (en général)* » ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 449, n° 499 : « *Dans le contrat d'entreprise, une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage), sans la représenter. L'obligation de payer le prix à laquelle est tenu le maître n'est pas caractéristique : d'une manière générale, une obligation monétaire ne permet pas de qualifier un contrat. Cependant, elle confère au contrat une nature nécessairement onéreuse, qui peut ainsi être présumée* ».

103 **CA Metz, 1re ch., 21 avr. 2016, n° 15/00686**.

104 **CA Paris, pôle 5, ch. 1, 28 févr. 2017, n° 15/20021**.

105 **CA Amiens, ch. éco., 14 nov. 2019, n° 18/04026, *Jurisdata* n° 2019-020778** : « *la contrepartie onéreuse est indispensable à l'existence d'un bail qui est un contrat à titre onéreux le distinguant du prêt à usage* ». *Rappr.* **CA Pau, ch. soc., 10 sept. 2015, n° 14/01145** : l'octroi d'une subvention pour la mise à disposition de parcelles agricoles ne confère pas un caractère onéreux à celle-ci.

106 Fr. Boulan, *La transaction en droit privé positif*, th. dactyl., th. Aix-Marseille, 1971, p. 185 ; L. Boyer, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. Maury, Sirey, 1947, p. 75 ; L. Fin-Langer, « Transaction et autorité de la chose jugée », *JCP Soc.*, n° 26, 23 juin 2009, p. 1284, note sous Cass. soc., 31 mars 2009, *Bull. civ.* V, n° 98, n° 06-46.378 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, « La transaction », *Defrénois*, n° 5, p. 543, 15 mars 2010, spéc. n° 2 ; S. Neuville, « La transaction suspecte (Observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte) », *D.* 2000, p. 571 ; Ph. Simler, *J.-Cl. Civ.*, Fasc. 60 : Cautionnement. - Extinction par voie accessoire, n° 83 ; L. Thibierge, *Rép. civ.* Dalloz, Transaction, n° 27.

107 **CA Paris, 4e ch., sect. A, 29 avr. 1987, n° 98/2106, *Jurisdata* n° 1987-023600** : « *la transaction est un contrat à titre onéreux* ». Indirectement *V.* **CA Paris, 3e ch., sect. A, 23 janv. 2001, n° 2000/04007, *Jurisdata* n° 2001-141763** ; **CA Paris, pôle 5, ch. 9, 17 mars 2022, n° 21/06484** ;

108 **Cass. com., 2 oct. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 154, n° 98-19.694** ; *D.* 2001, p. 3119, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2002, p. 164, obs. A. Martin-Serf ; **Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-17.118, *Mirom***.

109 A. Martin-Serf, « Période suspecte – Remise de dette consentie dans le cadre d'une transaction – Acte gratuit (non) – Acceptation pour solde de tout compte par le bailleur du versement par le locataire d'une somme inférieure au montant facturé – Économie pour le bailleur », *RTD com.* 2002, p. 164 (*in fine*).

B. Le contre-exemple du contrat de cautionnement

40. ***Le cas du cautionnement.*** Le contrat de cautionnement est envisagé à l'article 2288 du Code civil comme l'engagement de la caution envers un créancier « *à payer la dette* » de son débiteur « *en cas de défaillance de celui-ci* ». Immédiatement, à la lecture de cette définition il apparaît que le contrat de cautionnement est totalement étranger à la notion de réciprocité. En effet, celui-ci présente un unilatéralisme contraire au dualisme essentiel de la réciprocité. Cependant, le doute est permis lorsque l'on étudie l'analyse doctrinale de cette définition qui doit, à la lumière de la jurisprudence, être doublement complétée afin de décrire totalement l'économie du cautionnement.

La première précision concerne la caution qui, par principe, « *ne reçoit rien en échange de sa prestation* »[110]. En effet, dans sa figure traditionnelle, la caution n'est pas rétribuée pour son engagement, même si cela est possible[111]. La seconde précision concerne le débiteur principal[112] envers lequel il convient de souligner qu'un « *avantage (est) consenti par le créancier* »[113]. En effet, selon la Cour de cassation, la caution s'engage en « *considération de l'obligation prise corrélativement* »[114] par le créancier envers le débiteur principal[115].

À la lumière de ces deux précisions, on constate que le contrat de cautionnement est finalement marqué par l'idée de dualité qui le rapproche de la réciprocité. Chaque partie est redevable d'un

---

110 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 187, n° 202. Dans le même sens *V.* L. Aynès, *Le cautionnement*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1991, p. 3 : la caution « *n'attend pour elle-même aucune satisfaction de la part du créancier* » (nous soulignons) ; S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. dactyl, dir. M.-L. Mathieu-Izorche, Montpellier, 2006, p. 82, n° 140 : « *dans le contrat de cautionnement, la caution fournit une prestation objective au créancier. Ce dernier ne fournit aucune prestation à la caution.* »

111 Dans ce cas les auteurs privilégient la qualification d'assurance-crédit. Pour une présentation générale et une comparaison avec le cautionnement traditionnel *V.* M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2011, p. 92 et suiv., n° 85 et suiv. Pour une évocation dans la loi *V.* Cciv., art. 387-1, 7°.

112 Qui n'a ni à être partie au contrat ni même à en avoir connaissance : Cciv., art. 2288, al. 2d, (anc. art. 2291 et anc. art. 2014). En ce sens, *V.* **Cass. com., 26 janv. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 49, n° 85-17.662** : « *le cautionnement est une convention, conclue entre la caution et le créancier, à laquelle le débiteur n'est pas partie* ». Il est même défendu en doctrine que le cautionnement peut se faire « *contre le gré du débiteur* ». En ce sens, *V.* not. M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 7e éd., 2020, p. 99, n° 156.

113 **Cass. com., 17 mai 2017, *Bull. civ.* IV, n° 15-15.746** ; *D.* 2017, p. 1694, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2017, p. 640, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2018, p. 197, obs. A. Martin-Serf ; LEDED, oct. 2017, n° 9, p. 2, obs. L. Andreu ; *Gaz. pal.* 09/2017, n° 32, p. 29, obs. D. Houtcieff, *RDC* 09/2017, n° 3, p. 421, note Y.-M. Laithier et p. 457, note D. Houtcieff ; *LEDB* 07/2017, n° 7, p. 6, obs. M. Mignot ; *Bull. Joly* 2017, n° 7-8, p. 468, note E. Mouial-Bassilana ; *Gaz. pal.* 06/2017, n° 24, p. 21, obs. C. Albiges ; *RDBF* 07/2017, n° 4, comm. 161, obs. D. Legeais.

114 **Cass. com., 8 nov. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 278, n° 71-11.879, *Lempereur*** ; *D.* 1973, p. 753, note. Ph. Malaurie ; *RTD com.* 1973, p. 294, obs. R. Houin ; *Gaz. Pal.* 1973. 1. 143, note D. Martin.

115 En ce sens, *V.* not. M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 155, n° 234 ; Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 188, n° 202 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 567 et suiv., n° 876 et suiv. ; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2016, p. 93, n° 98. *Rappr.* S. Bénilsi, « Clair-obscur sur le cautionnement souscrit en période suspecte », *BJE* 2014, n° 2, p. 97, note sous Cass. com., 19 nov. 2013, *Bull. civ.* IV, n° 168, n° 12-23.020 : « *si la caution fournit une prestation au créancier en s'engageant, le créancier fournit une contre-prestation en accordant un crédit au débiteur principal* ».

avantage comme dans la transaction[116]. Cependant, cette dualité ne se confond pas totalement avec celle de la réciprocité qui s'en distingue par sa circularité. En effet, la réciprocité suppose un mouvement en miroir qui va de l'un vers l'autre et de l'autre vers l'un, contrairement au cautionnement qui est linéaire. La caution accorde un avantage au créancier et le créancier accorde un avantage au débiteur principal[117]. Les situations sont proches par leur dualité, mais se distinguent par leur organisation.

41. ***La non-réciprocité synonyme de gratuité.*** Depuis l'apparition du Code civil la nature gratuite ou onéreuse du contrat de cautionnement est en débat. D'un côté, la qualification de contrat à titre gratuit est sollicitée car la caution s'engage sans rien recevoir en retour[118]. Mais d'un autre côté, la qualification de contrat à titre onéreux est envisagée car le créancier accorde un avantage en raison de celui qu'il reçoit[119]. La division doctrinale se comprend car l'on est à mi-chemin entre la gratuité et l'onérosité. La tentation est même grande d'opérer « *une partition* »[120] de l'opération en distinguant d'un côté les acteurs en lien avec l'unilatéralisme — la caution et le débiteur principal — et de l'autre l'acteur en lien avec le dualisme — le créancier —. Cependant,

---

116 La « *transaction implique l'existence de concessions réciproques <u>au profit de chacune des parties</u> en présence* » : B. Fages, « Faut-il avoir de la cause une vision étriquée ou… plus de vision du tout ? », *RTD civ.* 2012, p. 113, obs. sous Cass. com., 25 oct. 2011, *Bull. civ.* IV, n° 173, n° 10-23.538 (nous soulignons).

117 M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, th. préc., p. 71, n° 62. *Rappr.* G. Piette, *Rép. civ.* Dalloz, Cautionnement, n° 27.

118 En ce sens, pour le cautionnement *V.* not. Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th préc., p. 187 et 188, n° 202 ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. M. Maury, Paris, LGDJ, 1955, p. 278, n° 273 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Cautionnement*, T. XI, par J. Savatier, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2e éd., 1954, p. 967 et 968, n° 1512 ; M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, th. préc., p. 62 et suiv., n° 57 et suiv.

119 En ce sens, pour le contrat de cautionnement *V.* not. S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 81 et 82, n° 140 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, coll. Manuels, 7e éd., 2004, p. 63, 64, n° 73 et p. 127 et 128, n° 139 ; Y. Picod, *Leçons de droit civil – Sûretés, Publicité foncière*, Paris, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil par Henri, Jean et Léon Mazeaud, 7e éd., 1999, p. 30, n° 14 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, Paris, 1899, p. 193, n° 164 ; F. Mourlon, *Répétitions écrites sur troisième examen du Code Napoléon*, t. III, Paris, 4e éd., 1856, p. 403 ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, Paris, LexisNexis, coll. Traités, 5e éd., 2015, p. 71, n° 59.

120 M.-L. Mathieu-Izorche, « Une troisième personne bien singulière, ou 2+1 = tout autre chose », *RTD civ.* 2003, p. 51, n° 16.

ce n'est pas la position de la Cour de cassation qui y voit un contrat totalement à titre gratuit[121] et non mixte[122].

§2. Les acteurs de la réciprocité : deux intérêts partie au contrat

42. ***La compréhension de la dualité de parties.*** La qualification de contrepartie convenue suppose une dualité de parties[123] que l'on rapproche classiquement de celle de personne[124] et plus précisément, par instinct, de celle de personne qui a consenti à la formation de la convention. Pour cause, on ne saurait qualifier de partie au contrat une personne qui n'en aurait pas manifesté la volonté. Si cette évidence se trouve confirmée dans nombre de contrats, il convient de reconnaître que ce n'est qu'une possibilité parmi d'autres. En effet, dans plusieurs situations il peut y avoir plus, ou moins, de deux personnes consentantes et tout de même une dualité de parties au contrat à titre onéreux.

Compte tenu de cette absence de correspondance, il convient donc de ne pas assimiler la dualité de parties à une dualité de personnes consentantes. Il convient plutôt de considérer la dualité de parties comme une dualité d'intérêts mis en relation par le contrat à titre onéreux (**A**). Intérêts qui, dans les cas les plus simples, sont ceux des personnes consentantes, et dans les cas les plus complexes, ne le sont pas, voire qui sont même détachés de toute personnalité juridique (**B**).

A. Les parties distinguées des personnes consentantes

43. ***Une dualité d'intérêts et non de personnes consentantes.*** Afin de montrer que la qualification de partie au contrat est liée à la notion d'intérêt, et non à celle de personne consentante, nous proposons d'approfondir deux cas particuliers qui matérialisent la distinction.

---

[121] Sur le fondement des nullités de la période suspecte (Art. 29, al. 2-1° de la loi du 13 juill. 1967 devenu l'article L. 632-1, I, 1° Ccom.) : **Cass. com., 4 nov. 1969, *Bull. civ.* IV, n° 324** ; **Cass. com., 13 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n° 228, n° 79-15.574** ; **Cass. com., 25 févr. 1986** ; *D.* 1986, *IR* p. 241, obs. A. Honorat (indisponible sur le site Legifrance). *Rappr.* **Cass. com., 12 juin 1963, *Bull. civ.* III, n° 298** (cité par G. Piette, *Rép. civ.* Dalloz, Cautionnement, n° 32 et J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Paris, Lextenso, coll. Doctorat & Notariat, 2009, p. 582, n° 631).

Sur le fondement de la fraude aux droits de l'époux en régime de communauté (Cciv., art. 1413, 1421, 1422 et 1427) : **Cass. civ. 1re, 27 janv. 1982, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 80-17.124** : « *un cautionnement, même s'il constitue un contrat de bienfaisance, ne peut être assimilé à un acte de disposition à titre gratuit ; qu'en effet, le cautionnement, qui ne comporte pas de dessaisissement immédiat et définitif d'un bien patrimonial, ne confère pas à l'engagement qu'il exprime le caractère d'une libéralité* » (nous soulignons).

Rappr. Pour un autre contrat qualifié de gratuit en raison d'une absence de réciprocité d'avantages *V.* **CA Nancy, 31 oct. 2011, n° 09/02608, *Jurisdata* n° 2011-033372** et **Cass. civ. 3e, 24 avr. 2013, *Bull. civ.* III, n° 54, n° 12-12.677** ; *AJDI*, 2013, p. 840, note S. Prigent ; *D.* 2013, p. 1880, note Fr. Roussel (prêt à usage d'une parcelle agricole)

[122] À notre avis, la même conclusion peut être admise pour la donation avec charge non-réciproque.

[123] On peut lire sous la plume d'auteurs toutes les transactions s'inscrivent dans « *des relations bilatérales* ». *V.* not. Fr. Julienne, J-Cl. Civ., Transaction – Notion, n° 28.

[124] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Partie (sens 1) : « *Partie au contrat (ou à la convention), partie contractante ; désigne toute personne liée par l'accord* ».

Le premier cas est celui du contrat à titre onéreux qui présente une co-partie, c'est-à-dire la situation dans laquelle plusieurs personnes représentent un même intérêt, comme des colocataires ou des covendeurs. Dans ce cas, nous verrons que la qualité de partie est attribuée à toutes les personnes consentantes qui présentent le même intérêt, comme le suggère l'article 1375 du Code civil. Le second cas est celui du contrat à titre onéreux avec soi-même, c'est-à-dire la situation dans laquelle une personne seule conclut le contrat. Celui-ci est qualifié de contrat à titre onéreux car l'unique personne consentante représente deux intérêts différents. C'est notamment la situation envisagée à l'article 1596 du Code civil où un représentant se porte adjudicataire d'un bien de celui qu'il représente.

44. ***Le premier cas : la formalité légale du double original et la co-partie.*** L'article 1375 du Code civil prévoit qu'un acte sous signature privée ne pourra faire preuve d'un contrat synallagmatique[125] — ou à titre onéreux[126] —, que si chaque partie détient un exemplaire du contrat en cause[127]. Cette règle est très intéressante car elle permet d'illustrer la distinction entre les personnes consentantes et les parties au contrat. Dans les cas simples, nous verrons qu'il y a une identité entre les personnes consentantes et les parties au contrat, et dans les cas complexes, nous verrons qu'il se manifeste une distinction entre les personnes consentantes et les parties au contrat.

Dans les cas simples, comme les contrats de vente ou de bail entre deux personnes, l'article 1375 du Code civil impose que le contrat soit fait en deux exemplaires : un pour le vendeur et le bailleur, et un autre pour l'acquéreur et le locataire. Dans ces situations, les deux personnes consentantes sont les deux parties au contrat à titre onéreux. Dans les cas complexes, c'est-à-dire où il y a plus de deux personnes consentantes, la situation est différente. Par exemple, lorsqu'un bien est « *vendu conjointement* »[128] par deux personnes à une troisième ou lorsqu'un bail est accordé « *à plusieurs locataires* »[129] par un bailleur, l'article 1375 du Code civil dispose qu'un exemplaire du contrat doit être attribué à chaque groupe de personnes consentantes « *ayant un intérêt distinct* ». C'est-à-dire, dans les exemples proposés, un exemplaire aux vendeurs et un autre à l'acquéreur et un exemplaire aux locataires et un autre au bailleur. Ces deux exemples théoriques illustrent le fait qu'il n'y a pas de correspondance entre le nombre de personnes consentantes et le nombre de parties au contrat à

---

[125] C'est-à-dire qu'il aura une force probante. Sur ce point *V.* **Cass. civ. 3e, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 444, n° 72-11.562** ; J.-L. Aubert, *Defrénois* 1974, p. 345 : « *l'article 1325 du Code civil édicte seulement en pareil cas la nullité de l'écrit comme moyen de preuve, mais non celle de la convention qu'il constate* ». *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 23 janv. 1991, *Bull. civ.* III, n° 35, n° 89-15.519** ; **Cass. civ. 3e, 13 févr. 1991, *Bull. civ.* III, n° 58, n° 89-14.861** ; *D.* 1991, p. 316, obs. J.-L. Aubert ; *Defrénois* 1991, p. 1264, obs. J. L. Aubert.

[126] Sur la parenté des notions *V. infra* n° 118 et suiv.

[127] Pour un approfondissement de cette règle *V. infra* n° 131.

[128] Cciv., art. 1685.

[129] Cciv., art. 1734.

titre onéreux. Afin de confirmer cette conclusion théorique, illustrons le propos avec un cas jurisprudentiel ancien[130].

En l'espèce, une convention « *intervenue entre cinq personnes au moins* » avait eu pour objet la cession d'actions et de parts de fondateur d'une société entre « *le groupe des consorts Z…* » et le « *groupe des consorts Y…* ». Ce contrat à titre onéreux avait été réalisé en seulement deux exemplaires, à raison de un pour le groupe des consorts Z et un pour le groupe des consorts Y. Un contentieux s'est noué entre les parties et il a été avancé que l'article 1375 du Code civil[131] avait été violé pour ne pas avoir attribué un exemplaire du contrat à toutes les personnes consentantes. L'affaire a été portée à la connaissance de la haute juridiction qui a rejeté le pourvoi considérant que les deux groupes étaient « *composés chacun de personnes ayant* ***le même intérêt*** »[132] et que par conséquent, la règle du double original avait été respectée. Dans cette affaire, on retrouve l'analyse développée précédemment selon laquelle la qualité de partie n'est pas attribuée à toute personne consentante, mais à tout intérêt qui est représenté par une ou plusieurs personnes[133]. Dès lors, étant donné qu'en l'espèce il existait deux intérêts différents, représentés par plusieurs personnes, le contrat était bien à titre onéreux et seulement deux exemplaires du contrat avaient dû être réalisés pour satisfaire l'article 1375 du Code civil.

45. ***Le second cas : la licéité ponctuelle du contrat avec soi-même.*** Après avoir évoqué la situation dans laquelle il y avait plus de personnes consentantes que de parties au contrat à titre onéreux, nous allons envisager la situation inverse où une seule personne consentante manifeste l'existence d'un contrat à titre onéreux. Il s'agit du cas du contrat avec soi-même.

Le contrat avec soi-même est la situation dans laquelle où « *une seule personne, soutenant des qualités distinctes, compose entre les deux séries d'intérêts différents qu'elle représente* »[134]. Pendant longtemps, cette situation a dérangé les auteurs car le contrat suppose *a minima* la rencontre de deux volontés distinctes et « *une personne ne peut exprimer qu'une seule volonté* »[135]. Toutefois, cela n'a jamais empêché notre droit d'admettre son existence[136] et d'envisager qu'il soit question d'un contrat à titre onéreux.

---

[130] **Cass. com., 4 janv. 1967, *Bull. civ.* III, n° 13**. *Rappr.* Cciv., Art. 1106 al. 2 : « *plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres* ». Pour une étude générale de la conjonctivité *V.* R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1990, spéc., p. 175, n° 319 : l'auteur définit l'acte conjonctif comme celui « *dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées, lors de la formation ou postérieurement, au sein d'une même partie, c'est-à-dire par un même intérêt* » (nous soulignons). Pour une illustration récente de la qualité de co-partie *V.* **Cass. civ. 1re, 7 oct. 2019, n° 18-22.769** ; *RTD civ.* 2020, p. 88, note H. Barbier.

[131] À l'époque il s'agissait de l'article 1325 du Code civil.

[132] Nous soulignons.

[133] Pour une présentation similaire *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 33 à 36, n° 55 et suiv.

[134] G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 13e éd., 2007, p. 73, n° 126.

[135] R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, th. préc., p. 46, n° 93.

[136] La situation était ponctuellement interdite en 1804 et elle est désormais interdite par principe à l'article 1161 nouveau du Code civil.

À titre d'exemple, les auteurs envisagent classiquement l'hypothèse envisagée à l'article 1596 du Code civil du mandataire qui se porte acquéreur du bien que son mandant lui demande de céder[137]. Dans ce cas, une seule personne s'exprime à travers le contrat mais « *en une double qualité* »[138], en tant que vendeur et en tant qu'acquéreur. Au regard de la formalité du double original, édictée à l'article 1375 du Code civil, que nous venons d'évoquer, cela signifierait qu'un tel contrat devrait, s'il était licite[139], être réalisé en deux exemplaires. Un pour chaque intérêt intervenant dans le contrat, c'est-à-dire un pour l'acquéreur représentant et un pour le vendeur représenté.

Ce cas corrobore l'analyse développée précédemment à l'égard de la qualité de co-partie : la qualification de partie désigne l'existence d'un intérêt et non d'une personne consentante.

B. Les parties identifiées à des intérêts distincts

46. ***La notion d'intérêt.*** La distinction des personnes consentantes et des parties au contrat, que nous venons d'évoquer est une chose plutôt bien admise aujourd'hui par la doctrine. Régulièrement, les auteurs rappellent les exemples des parties plurales et des contrats avec soi-même pour marquer la distance qui existe entre les notions[140]. En outre, les auteurs proposent de rapprocher la notion de partie à la réciprocité de celle d'intérêt[141] considérant que celle-ci peut expliquer la possibilité de retenir la qualification de contrat à titre onéreux là où, moins ou plus de deux personnes, interviennent à la formation d'un contrat. La solution est convaincante, toutefois, elle présente une difficulté concernant la signification de cet intérêt qualifié de partie au contrat. La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par cette notion.

Rapidement, on constate que la notion est centrale, notamment en droit des contrats[142], mais qu'il est complexe d'en proposer une définition rigoureuse tant la notion est générale et fuyante[143].

---

137 Ce que l'on nomme habituellement le fait de « *se porter contrepartie* ». Pour une analyse approfondie de cette pratique *V.* Th. Douville, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Paris, Fondation Varennes, coll. Collection des thèses, 2014, p. 212 et suiv., n° 172 et suiv. *Adde* J. Valiergue, *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. Wicker, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2019, p. 258 et suiv., n° 571 et suiv.

138 N. Kilgus, « Le contrat conclu entre le dirigeant et la société : quelques remarques autour d'un "contrat avec soi-même" », *AJ contrat* 2018, p. 455.

139 Ce que refuse la Cour de cassation par une interprétation extensive de l'article 1596 du Code civil : **Cass. civ. 1re, 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 474, n° 93-10.582**.

140 Pour un exposé récent *V.* not. D. Galbois, *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie*, th. préc., p. 206 et suiv., n° 234 et suiv. (pour la partie plurale) ; p. 507 et suiv., n° 670 et suiv. (sur le contrat avec soi-même).

141 En ce sens, récemment *V.* not. D. Galbois, *La notion de contrat – Esquisse d'une théorie*, th. préc., p. 502 et suiv., n° 662 et suiv.

142 Pour une démonstration *V.* not. V. D. DO, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, préf. J. Mestre, PUAM, 2004.

143 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 61 et suiv., n° 73. *V.* par exemple A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 3e éd., 2016, Intérêt : « *Ce qui importe réellement à un agent déterminé ; ce qui lui est avantageux, qu'il le sache ou non.* »

Malgré cela, il s'évince des propos des auteurs, et même occasionnellement de la loi, que l'indétermination de la notion d'intérêt n'est qu'apparente car elle désigne en vérité celle de personnalité juridique. En effet, tout intérêt apparaît supposer une personne juridique, même si elle ne consent pas au contrat. Cependant, nous verrons que ce rapprochement doit être relativisé, car la personnalité juridique ne permet pas d'épuiser la notion d'intérêt. Il existe en effet des cas où un intérêt est identifié, soit sans l'intermédiaire d'une personnalité juridique, soit par l'intermédiaire d'une personnalité juridique commune aux deux parties.

47. ***L'intérêt assimilé à la personnalité juridique en doctrine.*** Dans l'étude doctrinale des cas de contrats avec soi-même et une co-partie, il se dégage largement l'idée que la notion d'intérêt désigne l'existence d'une personne juridique.

Dans le contrat avec soi-même, suivant l'exemple topique du représentant qui se porte acquéreur du bien qu'il doit céder, les auteurs envisagent chaque partie au contrat comme un intérêt lié à une personne juridique. Ainsi, on peut lire dans l'ouvrage des professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénedé que la vente avec soi-même est la situation où « *une **personne** agit en qualité de représentant de deux **personnes** dont l'une se propose de vendre un bien et l'autre de l'acheter* »[144]. De même, dans l'ouvrage les professeurs Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre, le contrat avec soi-même est envisagé comme « *la situation qui se produit lorsque, par suite du jeu de la représentation, la même **personne** va se trouver à la fois créancier et débiteur : une fois en son nom **personnel**, l'autre comme représentant d'**autrui*** »[145].

Le même constat s'impose à l'égard de la partie plurale, l'intérêt est un moyen de réunir plusieurs personnes juridiques ensemble. Le rapprochement se manifeste même dans la loi. Par exemple, selon l'ancien article 1325 du Code civil, devenu l'article 1375 : « *[l]es actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a **de parties ayant un intérêt distinct**. Il suffit d'un original pour **toutes les personnes ayant le même intérêt*** »[146]. Le texte rapproche nettement les notions d'intérêt et de personne.

48. ***L'intérêt détaché de la personnalité juridique dans la loi et la jurisprudence.*** À travers les exemples du contrat avec soi-même et de la co-partie, les auteurs et la loi donnent le sentiment que la notion d'intérêt est un synonyme de personnalité juridique. La tentation est alors grande d'assimiler les notions et de considérer que la dualité de parties à la réciprocité désigne une dualité d'intérêts qui suppose, *a minima*, une dualité de personnes. Cependant, ce serait à notre avis une

144 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 270, n° 243 (nous soulignons).

145 Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 17e éd., 2020, p. 84, n° 207 (nous soulignons). *Rappr.* Th. Douville, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, *op. cit.*, not. p. 59, n° 60 et p. 113, n° 78.

146 Nous soulignons. L'article 1375 du Code civil dispose désormais que « *L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, à moins que les parties ne soient convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé.* »

position trop restrictive, car elle ne représenterait pas tous les cas du droit positif. En effet, dans quelques cas minoritaires, la notion d'intérêt — au sens de partie à la réciprocité — peut être dissociée de celle de personnalité juridique.

Ces cas peuvent être classés en deux situations. La première est celle où un intérêt peut exister indépendamment de toute personnalité juridique, c'est-à-dire que l'intérêt est autonome. Cette situation est principalement illustrée par la notion de masse successorale, qui est un ensemble de biens qui peut être partie à un contrat sans avoir la personnalité juridique. La seconde situation est celle où deux intérêts distincts peuvent être rattachés à une même personnalité juridique. Cette situation est principalement illustrée par la notion de bail fiscal. Ce cas est présenté comme un « *véritable contrat avec soi-même* »[147] car une seule personne juridique est en présence, malgré la dualité d'intérêts qu'il matérialise.

49. ***Le cas de l'intérêt autonome : la masse successorale.*** La masse successorale est le nom du patrimoine du *de cujus* qui subsiste après son décès et qui va être distribué entre les héritiers. L'originalité de la masse successorale est d'être dépourvue de la personnalité juridique[148] et d'avoir des personnes juridiques « *désignés par la loi* »[149] qui la représentent[150], que l'on nomme les héritiers saisis[151]. Ces héritiers saisis sont dans une position très particulière : ils sont des successibles[152], autrement dit ils sont concernés par la succession, mais ils ne sont pas propriétaires des droits du *de cujus*[153]. C'est en cela que la masse successorale est autonome. Toutefois, cette autonomie est temporaire : elle cesse à l'occasion de l'acceptation de la succession par les héritiers qui en deviennent alors plein-propriétaires.

---

147 J. Le Calvez, « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », *D.* 2000, p. 151.

148 Nous rappelons que la mort de la personne physique emporte l'extinction de sa personnalité juridique. En ce sens, *V.* not. J.-L. Aubert, É. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2016, p. 218, n° 195 ; P. Courbe, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Mementos Dalloz, 11 éd., 2009, p. 20 ; M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4e éd., 2018, p. 101 et 102 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Lexisnexis, coll. Manuel, 12e éd., 2008, p. 248, n° 296 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 30 à 33, n° 1.11 et 1.12 ; Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 186, n° 230.

149 Cciv., art. 724.

150 Que l'on peut qualifier d'agent juridique. Sur cette notion en général *V.* E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Paris, Économica, coll. Droit civil, 1985, p. 218, n° 328. Pour une présentation précise de la notion de représentation *V.* Th. Douville, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, *op. cit.*, p. 61 et suiv., n° 39 et suiv.

151 Pour une présentation générale *V.* W. Dross, « La saisine successorale », *Defrénois* 2004, p. 471. Pour l'étude du rattachement de la saisine à la qualité d'héritier et ses conséquences *V.* Y. Ould Aklouche, *La qualité d'héritier*, préf. M. Nicod, postface R. Le Guidec, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2017, p. 269 et suiv., n° 490 et suiv. Nous précisons que les héritiers saisis sont les représentants désignés par la loi. Il convient de préciser qu'un représentant peut être désigné par le *de cujus* sous diverses conditions, on le nomme l'exécuteur testamentaire.

152 L'héritier saisi est libre d'accepter ou de renoncer à la succession, sous réserve des articles 782 et 783 du Code civil. Sur les conséquences de l'exercice de l'option sur la qualité d'héritier saisi *V.* Y. Ould Aklouche, *La qualité d'héritier*, *op. cit.*, p. 278, n° 511 et suiv.

153 Il est dit que les héritiers saisis ont la « *possession du défunt* » : Y. Ould Aklouche, *La qualité d'héritier*, *op. cit.*, p. 283, n° 522. En conséquence, les règles de l'indivision ne sont pas applicables. Pour un rappel récent *V.* **Cass. civ. 3e, 28 mai 2020, n° 19-13.150**.

Malgré le caractère temporaire de l'autonomie de la masse successorale, celle-ci emporte des conséquences très concrètes en droit positif. Sur le plan extracontractuel tout d'abord, il y a une nette différenciation entre l'intérêt de la masse successorale et les intérêts des héritiers saisis. Par exemple, lorsque des héritiers saisis ont obtenu en justice une indemnisation pour le décès du *de cujus*, l'indemnité va « *au bénéfice de la succession* »[154]. De la même manière, si des sommes ont été indument versées sur le compte *du cujus* après son décès, il incombe « *à sa succession de les restituer* »[155], sur le fondement des articles 724 et 1376 ancien du Code civil relatifs à la saisine et au paiement de l'indu[156]. Sur le plan volontaire ensuite, l'article 784 du Code civil prévoit la possibilité pour les héritiers saisis de réaliser certains actes juridiques dans « *l'intérêt de la succession* ». Par exemple, ils peuvent réaliser « *la vente des biens périssables* » à charge de justifier que les fonds ont été employés à éteindre différentes dettes, notamment les « *dettes successorales dont le règlement est urgent* ». Dans cette situation, la masse successorale est seule partie au contrat à titre onéreux afin de satisfaire son intérêt. Les héritiers saisis n'étant que des intermédiaires, à la manière de mandataires.

Ce cas de la masse successorale est très intéressant car il permet de voir que la notion d'intérêt, associée à celle de partie à la réciprocité, n'est pas nécessairement synonyme de personnalité juridique. Certes, la conclusion d'un contrat à titre onéreux suppose invariablement l'intervention de personnes juridiques, cependant, les intérêts parties au contrat ne sont pas nécessairement personnifiés. La masse successorale est, pour ainsi dire, son propre intérêt.

50. ***Le cas de la dualité d'intérêts pour une seule personne : le bail fiscal.*** Le droit fiscal reconnaît depuis de nombreuses années la possibilité pour toute personne de dissocier son patrimoine en deux entités, une première personnelle et une seconde professionnelle, à la manière de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). La conséquence première de cette dualité de patrimoines est que l'assiette d'imposition de l'activité professionnelle ne comprend pas ce qui relève du patrimoine personnel et réciproquement. La conséquence secondaire de cette dualité de patrimoines est qu'il peut se nouer des contrats à titre onéreux entre eux, notamment un bail. C'est ce qu'a illustré le Conseil d'État dans son arrêt fondateur *Meissonnier* de 1998[157] et que les auteurs qualifient de bail fiscal.

Les faits à l'origine de l'affaire sont les suivants, Monsieur Meissonnier exerçait plusieurs

---

154 **Cass. civ. 1re, 12 oct. 2005, *Bull. civ.* I, n° 393, n° 04-06.045.**

155 **Cass. ch. mixte, 12 mai 2000, *Bull. ch. m.* n° 1, n° 97-18.851** : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, s'agissant des sommes versées sur le compte jusqu'au décès de l'épouse, celle-ci, qui les avait perçues, en était débitrice et que cette dette était passée ensuite à sa succession ; et alors, d'autre part, que les sommes versées postérieurement au décès de l'épouse étaient tombées dans sa succession, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (nous soulignons).

156 Devenu l'article 1302-1 du Code civil.

157 **CE, 8 juil. 1998, n° 164657, *M. Meissonnier*** ; *Dr. fisc.* 1998, n° 42, comm. 896, concl. G. Bachelier.

activités, à savoir notamment celles d'huissier de justice, de commissaire-priseur et de gérant d'immeubles. Pour son activité immobilière, soumise aux bénéfices industriels et commerciaux (BIC), il utilisait un immeuble qu'il avait laissé dans son patrimoine personnel et au titre duquel il se versait un loyer soumis à l'impôt sur le revenu (IR). La question à l'origine du contentieux était de savoir s'il était possible de réaliser un tel mouvement de valeurs entre les patrimoines d'une même personne. Le Conseil d'État a considéré que l'administration fiscale ne pouvait pas considérer ces loyers comme fictifs car ils étaient imposés. D'un côté, les loyers étaient des charges déductibles des BIC, et de l'autre des revenus soumis à l'IR. Plus tard, le Conseil d'État a réitéré sa position en admettant le même raisonnement pour les bénéfices non commerciaux[158] et les bénéfices agricoles[159].

Ce cas du bail fiscal est à nos yeux très intéressant car il permet de concevoir qu'un contrat à titre onéreux, qui suppose des contreparties convenues, peut être conclu entre deux intérêts dépendant d'une unique personne juridique. De cette manière, il se manifeste une fois encore l'idée que la notion d'intérêt dépasse la notion de personnalité juridique, qui l'illustre uniquement dans les cas principaux.

51. ***La fécondité du détachement des notions d'intérêt et de personnalité juridique.*** À notre avis l'émancipation de la notion d'intérêt susceptible d'être partie à un contrat à titre onéreux aurait pu permettre de résoudre une question qui divisait la doctrine, à savoir, celle de la possibilité pour un entrepreneur individuel de conclure un contrat avec lui-même avant la récente réforme intervenue à son sujet[160]. Selon nous cela aurait dû être considéré possible car le patrimoine professionnel de l'entrepreneur est un intérêt distinct de son patrimoine personnel[161]. Certes les utilités d'une telle reconnaissance auraient été réduites, sachant que nombre d'entre elles étaient liées à une dualité de personnes, cependant, des utilités existaient. Par exemple, différents auteurs estimaient qu'il était possible pour le patrimoine professionnel d'un entrepreneur de se porter

---

158 **CE, 11 avr. 2008, n° 287808, *M. et Mme Roche*** ; *Dr. fisc.* 2008, n° 22, comm. 351, concl. C. Verot, note. Th. Schmitt (pour un avocat utilisant une partie de sa résidence principale à titre de bureaux).

159 **CE, 26 sept. 2011, n° 340246, *Legendre*** ; *RJF* 12/11, n° 1291, concl. N. Escaut, *BDCF* 12/11, n° 137 (pour des terres agricoles qu'un exploitant se « *louait à lui-même* »).

160 Le nouvel article L. 526-22 du Code de commerce dispose désormais qu'un entrepreneur individuel ne peut pas « *se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal* » (Loi n° 2022-172 du 14/02/2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante).

161 En ce sens, *V.* not. J. Le Calvez, « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », art. préc. ; E. Le Corre-Broly, « Actions en revendication ou en reprise et EIRL », *Bull. Joly Entreprises en difficulté* mars-avr. 2011, p. 68 ; P.-M. Le Corre, « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficultés », *D.* 2011, p. 91 ; A. Guesma, « EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives », *D.* 2011, p. 104.

caution du patrimoine personnel du même entrepreneur et réciproquement[162]. Pour cause, l'élément premier dans les sûretés n'est pas tant la dualité de personnes que la dualité de patrimoines[163]. De même, des auteurs ont pu envisager des utilités en termes de location, *via* ce qu'ils nomment le « *bail-dormant* »[164]. L'idée est de conclure un contrat de bail avec soi-même sur un bien professionnel, qui n'est pas éteint par confusion, comme le suggère l'article 1349 du Code civil en matière d'obligation, mais neutralisé conformément à un arrêt ancien de la Cour de cassation[165]. C'est-à-dire que le bail existe mais que ses effets sont absents tant qu'il n'y a pas de dualité de personnes. Ainsi, si le bien immeuble venait à être cédé à un tiers ou saisi, l'entrepreneur n'aurait pas perdu son local, il serait seulement passé du statut de propriétaire-locataire à celui de simple locataire.

52. ***Conclusion de la section I.*** La notion de contrepartie convenue se définit par celle de réciprocité, qui est synonyme d'échange dans le vocabulaire courant. Dans la sphère juridique la notion de réciprocité se révèle avoir un sens très proche du vocabulaire courant, néanmoins, la notion s'avère à la fois plus stricte et plus large.

Premièrement, le sens juridique de la notion de réciprocité est plus strict que son sens courant. En effet, le droit positif le distingue du dualisme non réciproque. Par exemple, la transaction se doit de présenter des concessions réciproques[166], c'est-à-dire des concessions qui « *bénéficient à l'une et à l'autre* »[167] des parties[168], par opposition au contrat de cautionnement. En effet, ce dernier matérialise *a minima* un dualisme non réciproque : selon la Cour de cassation, le cautionnement

---

[162] J. Dubarry, J. Flume, « Patrimoine + Publicité = Responsabilité limitée. Une démystification de l'EIRL », *RLDC* n° 85, 1er sept. 2011, spéc., n° 15. *Contra V.* not. G. Piette, *Rép. civ.* Dalloz, Cautionnement, n° 96. Pour une liste des principaux arguments opposés à l'admission des sûretés personnelles accordées par l'EIRL *V.* Fr. Macorig-Venier, « Octroi de sûretés et EIRL », *in Les structures individuelles*, N. Jullian, S. Tisseyre, A. De Bissy (dir.), PUT, 2021, p. 151. Il nous semble que le cautionnement de l'EIRL est d'autant plus possible que celui-ci est admis en matière d'EURL. Pour une illustration *V.* not. **CA Aix-en-Provence, 8e ch. C, 12 juin 2014, n° 11/21003, *Jurisdata* n° 2014-016382**.

[163] M. Mignot, « L'EIRL et les sûretés », *RRJ* 2011, p. 1455 : « une lecture compréhensive des règles sur le cautionnement conduit à penser qu'elles exigent trois patrimoines, plus que trois personnes. » (cité par S. Cabrillac, « EIRL et sûretés personnelles : faute de grives, on mange des merles », *Cahier de droit de l'entreprise n° 3*, mai 2011, doss. 16). Dans le même sens *V.* N. Borga, « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJE* mars 2011, n° JBE-2011-0007, p. 76 ; F. Pérochon, « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre », *Revue des procédures collectives n° 2*, mars 2011, dossier 25. *Rappr.* Ch. Larroumet et S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 201, n° 222 pour qui « *la notion de patrimoine d'affectation conduit à admettre la possibilité d'établir des rapports entre des masses de biens autonomes qui appartiennent à la même personne et peu importe qu'on utilise ou non la personnalité morale* ».

[164] A. Reygrobellet, Ch. Denizot, *Fonds de commerce*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2012/2013, 2e éd., n° 17.14.

[165] **Cass. civ., 12 juill. 1933** ; *DH* 1933. 441 ; *S.* 1935. 1. 289, note Lagarde (cité par A. Reygrobellet, Ch. Denizot, *Fonds de commerce*, *op. cit.*, n° 17.14).

[166] **Cass. civ. 1re, 24 oct. 2006, n° 05-19.792**, préc. : « *Qu'en statuant ainsi, alors que si la remise de dette qui a un caractère gratuit ou onéreux peut être consentie lors d'une transaction, celle-ci implique l'existence de concessions réciproques* » (nous soulignons).

[167] L. Thibierge, *Rép. civ.* Dalloz, Transaction, n° 41.

[168] **Cass. civ. 1re, 7 nov. 2006, n° 05-14.883**, préc. : la haute juridiction a cassé un arrêt d'appel en considérant « *qu'en qualifiant ainsi de transaction l'accord litigieux sans rechercher, comme elle y était invitée, si, selon celui-ci, aux concessions faites par la CRCAM CO à la SCI répondaient des concessions émanant de cette dernière, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (nous soulignons).

suppose l'octroi d'un avantage par la caution au créancier et l'octroi d'un avantage par le créancier au débiteur principal[169]. Le dualisme est totalement différent de celui de la transaction, celui-ci est linéaire et non circulaire, comme dans la réciprocité.

Deuxièmement, le sens juridique de la notion de réciprocité est plus général que son sens courant. En effet, le droit positif admet qu'elle puisse s'établir non seulement entre deux personnes juridiques, mais aussi entre deux intérêts. En ce sens, la loi et la jurisprudence manifestent la possibilité d'identifier une contrepartie convenue qui associe une personne a un intérêt non personnifié, à savoir la masse successorale. La jurisprudence admet également la possibilité pour une personne de convenir d'une contrepartie entre deux intérêts qui lui sont associés. C'est le cas dit du bail fiscal, c'est-à-dire un bail conclu par une unique personne entre son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel, dont les loyers sont déductibles des bénéfices commerciaux et imposables au titre de l'impôt sur le revenu.

[169] **Cass. com., 8 nov. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 278, n° 71-11.879, *Lempereur***, préc.

SECTION II

LA PERMANENCE DE LA RÉCIPROCITÉ : UNE RELATION PRÉSENTE DANS LES CONTRATS-ORGANISATION

53. ***La réduction doctrinale de la réciprocité aux seuls contrats-échanges.*** Les défenseurs de la distinction des contrats-organisation et des contrats-échange estiment que la notion de réciprocité ne caractérise que les contrats-échange à titre onéreux. Pour cause, selon eux, la notion de réciprocité implique une opposition d'intérêts qui est absente des contrats-organisation à titre onéreux. Dans ces derniers il se manifesterait plutôt un « *intérêt commun* »[170], où tous « *peuvent gagner ou perdre conjointement* »[171], et non une altérité où « *chacune des parties gagne nécessairement ce que l'autre perd* »[172]. Compte tenu de cela, des auteurs soutiennent que l'article 1107 du Code civil n'identifie pas le contrat à titre onéreux, mais seulement, les contrats-échange à titre onéreux, laissant dans l'ombre les contrats-organisation à titre onéreux comme la société ou la communauté conjugale.

54. ***La généralisation de la réciprocité à tous les contrats à titre onéreux : le modèle jurisprudentiel du contrat d'apport en société.*** Nous ne souscrivons pas à la position doctrinale susévoquée. Certes, l'existence d'une communauté d'intérêts distingue les contrats-organisation des contrats-échange, comme cela a été très justement souligné en doctrine[173]. Toutefois, nous sommes d'avis que les contrats-organisation sont tout de même inspirés par la notion de réciprocité. Celle-ci existe, mais elle est un peu originale : elle est entre l'intérêt commun et le ou les intérêts individuels du ou des membres du contrat-organisation. Cette position doctrinale peut surprendre, cependant, nous verrons que celle-ci est nourrie par la jurisprudence relative au contrat d'apport en société (**§1**) et que celle-ci est en accord avec l'analyse doctrinale de la cause de l'obligation des

170 A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 36, n° 23.

171 P. Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », art. préc., p. 635.

172 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 143, n° 115.

173 Pour une présentation d'ensemble *V.* not. Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc. ; J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, th. préc. ; S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, th. préc. Pour une présentation récente sur un point précis *V.* not. S. Lequette, « Le champ contractuel – Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016, n° 01, p. 135.

contrats-organisation retenue par les défenseurs de la distinction des contrats-échange et contrats-organisation (**§2**).

§1. Une présence perceptible en jurisprudence : l'exemple du contrat d'apport en société

55. ***La définition doctrinale du contrat d'apport en société.*** Le contrat d'apport en société n'est pas défini par le Code civil. Toutefois, les auteurs s'accordent traditionnellement à l'envisager comme la convention par laquelle « *un associé transfère la propriété d'un bien à une société* ***en contrepartie*** *de droits sociaux* »[174] ou encore comme le contrat par lequel « *un bien est mis à disposition d'une société* ***moyennant*** *l'attribution de droits sociaux* »[175]. Cette définition doctrinale semble avoir séduit la Cour de cassation qui y a récemment fait écho dans un arrêt du 9 mars 2022 dans lequel elle a affirmé que « *l'apport en propriété fait à une société,* ***en contrepartie*** *duquel sont attribués des droits sociaux, n'est pas une vente* »[176].

Immédiatement on constate à la lecture de ces définitions que l'esprit d'union décrit par les auteurs favorables à la qualification de contrat-organisation n'apparaît pas. Au contraire, le contrat d'apport semble être sous le signe du contrat-échange car il instaure un rapport de réciprocité entre la société, personne morale, et l'apporteur, personne physique ou morale. Nous allons voir que cette même idée transparaît dans la jurisprudence lors de l'appréciation de l'onérosité de ce contrat dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte. Afin de présenter efficacement ces arrêts nous rappellerons préalablement et succinctement l'objet de ces deux contentieux.

---

174 Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 61, n° 64 (nous soulignons). Dans le même sens *V.* Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. 12, 2e éd., par R. Rodière et A. Percerou, Paris, 1947, Rousseau, no 390 : « *l'apport est une prestation fournie en contrepartie d'une participation dans la société* » (nous soulignons) ; A. Constantin, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, coll. Les mémentos Dalloz, 6e éd., 2014, p. 32 : « *faire un apport en société consiste, pour un associé, à transférer à celle-ci une valeur, en contrepartie de laquelle il reçoit des parts ou des actions* » (nous soulignons) ; B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2006, p. 352, n° 598 : l'apport est « *la mise à disposition d'une valeur au bénéfice d'un groupement en contrepartie de l'attribution de la qualité de membre de ce groupement* » (nous soulignons) ; M. Geninet, « Les quasi-apports en société », *Rev. soc.* 1987, p. 29 : l'apport est « *le transfert à la société d'un droit en contrepartie duquel l'apporteur se voit attribuer des droits sociaux* » (nous soulignons) ; V. Magnier, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, coll. Le cours Dalloz, 9e éd., 2019, p. 38, n° 48 : « *L'apport en numéraire est l'apport que l'associé réalise par le versement de la somme à laquelle il s'est engagé. […]. En contrepartie de son apport, l'associé reçoit des droits sociaux* » (nous soulignons) ; J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merland, N. Tagliarino-Vignal, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, Paris, LGDJ, coll. Manuels, 29e éd., 2012, p. 302, n° 339 : « *Chaque associé doit faire un apport, en contrepartie duquel il reçoit des parts « sociétés de personnes et SARL) ou des actions (sociétés par actions)* » (nous soulignons).

175 J. Rouast, *La notion juridique d'apport en nature*, th. dactyl., Paris, 1949, p. 23 (cité par H. Blaise, *L'apport en société*, th. Rennes, 1955, p. 52, n° 37) (nous soulignons).

176 **Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14.773, n° 20-16.410**, *D.* 2022, p. 1250, note B. Dondero (nous soulignons).

56. ***Les contentieux de l'inopposabilité paulienne et des nullités de la période suspecte.*** Le droit français met à la disposition des créanciers différents mécanismes pour leur permettre de se prémunir des agissements frauduleux de leurs débiteurs. Deux d'entre eux prennent en compte dans leur application la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, à savoir la fraude paulienne et les nullités de la période suspecte.

La fraude paulienne est un mécanisme ancien qui permet au créancier de contrer le débiteur qui cherche à entraver l'exercice de ses droits généraux et spéciaux sur son patrimoine. Pour ce faire, l'article 1341-2 du Code civil accorde au créancier victime une action en inopposabilité qui exige, pour être admise, la preuve d'un concert frauduleux[177] lorsque l'acte contesté par le créancier est « *à titre onéreux* ». Corrélativement, la jurisprudence considère que si l'acte est à titre gratuit, le créancier n'aura à démontrer que l'intention frauduleuse de son débiteur[178].

Les nullités de la période suspecte sont une application spéciale de la fraude paulienne[179] qui interviennent à un moment particulier de la vie du débiteur : à savoir entre la date de la cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. Pendant cette période deux nullités sont prévues. La première est organisée à l'article L. 632-1 du Code de commerce, elle est de droit contre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux très déséquilibrés convenus par le débiteur[180]. La seconde nullité est prévue à l'article L. 632-2 du même code, elle est facultative et concerne les contrats à titre onéreux réalisés par le débiteur avec un tiers qui avait connaissance de sa situation de cessation des paiements.

Compte tenu des différences de traitement des contrats à titre gratuit et à titre onéreux dans ces deux mécanismes, les juridictions ont été naturellement confrontées à la question de savoir comment il fallait traiter le contrat d'apport en société. À cet égard nous verrons que la Cour de cassation et les juridictions d'appel ont analysé le contrat d'apport comme un contrat-échange entre l'intérêt commun, personne morale, et l'apporteur.

57. ***Le contrat d'apport dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte.*** Compte tenu des développements doctrinaux récents relatifs à la catégorie des contrats-organisation, on aurait pu s'attendre à un traitement original du contrat d'apport dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte. Toutefois, ce n'est pas le

---

177 Cciv., art. 1341-2 : « *Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude* ». Pour un rappel jurisprudentiel récent *V.* **Cass. civ. 1re, 17 mars 2016, n° 14-30.091**.

178 **Cass. civ. 1re, 9 juin 2017, n° 16-14.096** : « *la complicité des tiers bénéficiaires n'est pas requise* ».

179 En ce sens, *V.* not. A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 659, n° 821 ; L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008, p. 274 et 275, n° 409.

180 L'action est également recevable contre les contrats à titre gratuit conclus six mois avant la date de cessation des paiements (Ccom., art. L. 632-1, II).

cas. La jurisprudence n'a ni proposé d'exclure le contrat d'apport du champ d'application de ces textes, ni de le soumettre à un régime particulier. Au contraire, l'originalité du contrat d'apport ne semble pas perturber l'application de ces mécanismes lorsqu'il est question de déterminer sa nature gratuite ou onéreuse. En témoignent deux arrêts de rejet rendus par la Cour de cassation et différentes décisions d'appel relatifs au contrat d'apport déséquilibré et au contrat d'apport frauduleux.

58. ***La réciprocité et le cas du contrat d'apport fortement déséquilibré.*** Dans un arrêt rendu le 3 mai 2011[181], la Cour de cassation a été confrontée à la question de la nullité d'un contrat d'apport fortement déséquilibré réalisé en période suspecte. Les faits à l'origine de l'affaire étaient les suivants.

En l'espèce, deux époux communs en biens ont, par acte du 12 mai 2006, fait apport à une SCI, constituée entre eux et leurs enfants, de deux biens immobiliers. L'année suivante, par deux jugements successifs, l'époux apporteur et associé a été mis en redressement puis en liquidation judiciaires. Un liquidateur a été nommé et celui-ci a assigné le débiteur en annulation de l'apport sur le fondement de l'article L. 632-1 du Code de commerce, considérant qu'il s'agissait d'un contrat à titre onéreux très déséquilibré. Les époux se sont opposés à cette conclusion, cependant, la Cour d'appel de Besançon a fait droit à la demande du liquidateur. L'affaire a été portée à l'attention de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi considérant que l'apport était « *un contrat commutatif* »[182] dans lequel le bien apporté était évaluable à 67 500 euros, pour ce qui concerne les seuls droits de l'époux, et que ce dernier n'avait pas « *reçu attribution de droits sociaux proportionnels à son apport* ». En effet, comme l'a relevé la Cour d'appel, les associés avaient tous les mêmes droits que l'époux alors qu'ils avaient fait un apport 2 700 fois inférieur au sien. La haute juridiction a donc estimé que les juges du fond avaient « *fait ressortir que* ***les obligations du débiteur*** *excédaient notablement* ***celles de la SCI*** »[183] et que par conséquent, l'acte était bien nul en application de l'article L. 632-1 du Code de commerce.

Il ressort nettement des propos de la Cour de cassation que le contrat d'apport est un contrat à titre onéreux qui donne naissance à des obligations réciproques à la charge de l'apporteur et de la société. L'apporteur se doit de réaliser son apport et la société d'attribuer des droits sociaux, en

---

[181] **Cass. com., 3 mai 2011, *Bull. civ.* IV, n° 64, n° 10-17.011** ; *D. Actu.* 2011, p. 1343, obs. A. Lienhard ; *JCP* E 2011, p. 1598, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly* 2012. 56, note P. Le Cannu ; *RJDA* 2011, n° 722 ; *Gaz. Pal.* 8-9 juill. 2011, p. 31, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2012, p. 619, obs. A. Martin-Serf.

[182] La même conclusion est retenue sur le fondement de la fraude paulienne. En ce sens, *V.* not. **CA Metz, 1re ch., 22 mars 2018, n° 17/00581** qui confirme la position du tribunal en première instance : « *l'apport en nature litigieux était un contrat commutatif, établi par acte notarié garantissant son existence, de sorte que si un bien avait quitté son patrimoine, un autre d'une valeur strictement équivalente avait pris sa place* » (nous soulignons).

[183] Nous soulignons.

adéquation avec les définitions doctrinales de ce contrat. La situation s'apparente à celle de tout contrat à titre onéreux[184], au sens de l'article 1107 du Code civil, dont on peut vérifier « *s'il y a un déséquilibre notable* »[185] en application de la nullité de plein droit de l'article L. 632-1 du Code de commerce.

59. ***La réciprocité et le cas du contrat d'apport frauduleux.*** Dans un arrêt du 1er avril 2014[186], la Cour de cassation a été de nouveau confrontée à la question de la nullité d'un contrat d'apport conclu en période suspecte. Toutefois, contrairement à l'arrêt précédent, la nullité n'était pas fondée sur son déséquilibre, mais sur son équilibre et son caractère frauduleux, au sens de l'article L. 632-2 du Code de commerce. Les faits à l'origine de l'affaire étaient les suivants.

En l'espèce, deux époux communs en biens ont constitué le 26 mars 2009 une SCI à laquelle ils ont apporté leur maison d'habitation. La même année, l'époux a été mis en liquidation judiciaire, un liquidateur a été nommé, et celui-ci a demandé l'annulation de l'apport sur le fondement de l'article L. 632-2 du Code de commerce. Selon cet article, tout contrat à titre onéreux conclu en période suspecte avec un tiers qui avait connaissance de la cessation des paiements du contractant est annulable. L'époux s'est opposé à la demande du liquidateur, cependant, la Cour d'appel de Colmar y a fait droit. L'affaire a été portée à l'attention de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi considérant l'apport nul car « *il a eu pour but de soustraire l'immeuble* » à la procédure collective et aux poursuites des créanciers. Qu'ayant relevé que l'épouse co-apporteur « *et la SCI* » avait eu connaissance de la situation de l'époux apporteur, la haute juridiction a considéré que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que l'article L. 632-2 du code de commerce était applicable à l'apport litigieux* ».

Il ressort des propos de la Cour de cassation qu'une fois de plus le contrat d'apport est un contrat à titre onéreux qui met des obligations réciproques à la charge de l'apporteur et de la société[187]. Dans l'arrêt, la haute juridiction souligne bien que la SCI était un co-contractant à titre onéreux de l'apporteur et qu'il a été démontré sa connaissance de la cessation des paiements de l'apporteur[188].

---

184 La même conclusion est retenue sur le fondement de la fraude paulienne. En ce sens, *V.* not. **CA Versailles, 16e ch., 16 avr. 2015, n° 14/00306** : « *l'apport en société de la propriété d'un immeuble à une SCI étant un acte de disposition assimilable à une cession à titre onéreux de celui-ci* » (nous soulignons).

185 **CA Nîmes, 4e ch. com., 7 nov. 2019, n° 19/01064**.

186 **Cass. com., 1er avr. 2014, *Bull. civ.* IV, n° 65, n° 13-14.086** ; *D.* 2014, p. 869, obs. A. Lienhard ; *Dict. perm. Diff. Ent.*, bull. 358, obs. J.-P. Rémery ; *LEDEN* mai 2014, p. 2, obs. E. Mouial-Bassilana.

187 La même conclusion est retenue sur le fondement de la fraude paulienne. En ce sens, *V.* not. **CA Nancy, ch. 1, 24 févr. 1998, n° 1998-043127** : « *Attendu que l'apport de l'immeuble litigieux à la SCI HOCWALD par Monsieur LAGIER constitue un acte à titre onéreux puisqu'en contrepartie de l'immeuble apporté Monsieur LAGIER a reçu la quasi-totalité des parts sociales de la SCI HOCHWALD* ».

188 L'article L. 632-2 du Code de commerce limite l'annulation des contrats à titre onéreux à la preuve que « *ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements* » (nous soulignons).

L'intérêt commun est donc bien une partie au contrat à titre onéreux envers laquelle une relation de réciprocité peut s'instaurer.

60. ***La compatibilité de la réciprocité du contrat d'apport avec la notion de contrat-organisation.*** À la lumière des arrêts que nous venons d'évoquer, il apparaît que le contrat d'apport peut être compris comme un contrat-échange à titre onéreux entre l'apporteur et la société, en adéquation avec l'article 1107 du Code civil. Il y a un échange entre l'intérêt commun et l'apporteur. De prime abord, il apparaît que cette position va à l'encontre de celle des auteurs favorables à la qualification de contrat-organisation considérant que la réciprocité y est tout de même présente. Toutefois, nous devons relativiser cette opposition car, comme nous le verrons, il n'y a pas de rupture totale avec la position des auteurs favorables à l'identification de la catégorie des contrats-organisation. Au contraire, la position que nous proposons s'accorde avec leur analyse de la cause du contrat d'apport qui signe son originalité.

§2. Une présence compatible avec l'analyse doctrinale de la cause des contrats-organisation

61. ***L'analyse causale des contrats-organisation.*** Les auteurs favorables à la distinction des contrats-échange et des contrats-organisation sont d'avis que, sous l'empire des textes de 1804, la cause de l'obligation de ces contrats se matérialisait d'une manière originale. Alors que dans les contrat-échange à titre onéreux la cause manifestait l'existence d'une « *divergence d'intérêts* », dans les contrats-organisation à titre onéreux la cause manifestait l'existence d'une « *identité d'intérêts* »[189], qualifiée d'intérêt commun. Cette différence d'appréhension était doublement féconde. Premièrement, elle permettait de matérialiser nettement la différence de nature existante entre les contrats-échange et les contrats-organisation à titre onéreux. Et deuxièmement, elle permettait de justifier la différence de régime de ces contrats concernant, notamment, l'exception d'inexécution et la résolution pour inexécution[190]. En effet, le membre d'un intérêt commun ne peut invoquer l'exception d'inexécution ni agir en résolution du contrat si un autre membre ne s'exécute pas. Par exemple, un coloti ne saurait invoquer l'exception d'inexécution[191] ou la résolution pour inexécution en raison de l'absence de paiement de son obligation par un autre coloti. Néanmoins,

---

189 Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 282, n° 300.

190 Pour une présentation approfondie des particularités fonctionnelles de la cause dans les contrats-organisation *V*. Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 283 et suiv., n° 301 et suiv.

191 **Cass. civ. 3e, 16 mars 1976, *Bull. civ.* III, n° 118, n° 74-13.169** et **Cass. civ. 3e, 6 mai 1980, *Bull. civ.* III, n° 91, n° 78-16.390** (même affaire). Sur l'analyse de son attendu *V*. Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 294, n° 312.

si l'intérêt commun n'est plus en mesure d'être réalisé, ses membres peuvent refuser d'exécuter leurs obligations[192] ou demander la dissolution du groupement[193].

62. ***L'analyse causale du contrat d'apport.*** Les auteurs favorables au rattachement du contrat d'apport à la famille des contrats-organisation sont d'avis que son analyse causale le justifie. En ce sens, par exemple, le professeur Chénedé estime que la cause de l'engagement de tout apporteur en société réside dans sa « *vocation à recevoir une partie des bénéfices réalisés* ***par la société*** »[194]. Cette analyse de la cause du contrat d'apport permet de l'exclure de la famille des contrats-échange. En effet, « *la contrepartie attendue (par l'apporteur) […] n'est pas la prestation réalisée par* ***son cocontractant****, mais la finalité* ***du groupement*** »[195], autrement dit l'intérêt commun. Dans le même ordre d'idée, le professeur Libchaber considère que le contrat de société est un contrat « *plus que singulier* », car même lorsqu'il est formé entre deux associés, les « *parties sont engagées à l'égard de leur objectif commun* »[196] et non l'une envers l'autre, à la manière d'un contrat-échange.

On aperçoit dans les propos de ces deux auteurs que la cause de l'engagement de l'apporteur suit le modèle des contrats-organisation à titre onéreux, fondé sur la notion de mise en commun, et non le modèle des contrats-échange à titre onéreux, fondé sur la notion de réciprocité.

63. ***L'identification d'une réciprocité dans les contrats-organisation.*** Nous souscrivons à l'analyse de la cause de l'engagement de l'apporteur développée par la doctrine favorable à la qualification de contrat-organisation. Toutefois, nous sommes en désaccord avec les auteurs qui estiment qu'aucune réciprocité n'est présente. Comme cela a déjà été suggéré en doctrine, il y a une réciprocité entre l'intérêt commun — la société — et l'apporteur — un intérêt personnel[197] différent —. Cette position apparaît nettement dans les propos de la Cour de cassation évoqués précédemment, mais également dans la position de certains auteurs favorables à la qualification de

---

192 *V.* not. **Cass. civ. 1re, 17 nov. 1976, *Bull. civ.* I, n° 356, n° 75-12.646**. Pour une analyse approfondie *V.* Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 298, n° 317.

193 Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 300, n° 319.

194 Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 281, n° 299 (nous soulignons). *Rappr.* S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, th. préc., p. 80 à 82, n° 100 à 103 ; plus nuancé J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, th. préc., p. 109, n° 155 : l'auteur considère qu'il faut élargir la compréhension de la cause à « *l'activité commune elle-même* ».

195 Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 282, n° 299. *Rappr.* p. 190, n° 203 : « *la participation de l'associé aux résultats n'est pas la contrepartie de son engagement de caution, mais la contrepartie de son apport* » (nous soulignons).

196 R. Libchaber, « La société, contrat spécial », *in Mélanges Jeantin. Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, paris, Dalloz, 1999, p. 281, spéc. p. 285

197 Th. Massart, *Rép. civ.* Dalloz, Contrat de société – Caractère essential du contrat de société, n° 128 : « *si la société peut être regardée comme un contrat-organisation, elle pourrait aussi l'être comme un contrat-échange entre le ou les associés et la personne morale. Dans le cadre d'une société unipersonnelle par exemple, l'engagement de l'entrepreneur de réaliser un apport a pour contrepartie l'obligation "prise" par la personne morale de le restituer à la liquidation et de le rémunérer. Il y a bien échange d'un apport contre des droits sociaux.* » ; *Rappr.* Y. Guyon, *Droit des affaires. Tome 1. Droit commercial général et Sociétés*, Paris, Économica, coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, 12e éd., 2003, p. 100, n° 100.

contrat-organisation, notamment du professeur Lequette. Selon cette dernière, le contrat de société est un contrat-organisation à titre onéreux car « *chaque associé reçoit une part des bénéfices en vertu, non pas d'un droit de créance* ***qu'il exerce contre un autre associé****, mais d'un droit social* ***qu'il exerce contre la société*** »[198]. On voit dans cette phrase se conjuguer à la perfection les particularités des contrats-organisation — l'existence d'un intérêt commun — et des contrats-échange — l'existence d'une réciprocité —. Compte tenu de cela, il nous semble judicieux de s'opposer à la qualification nouvelle de contrat-organisation qui éloigne, de manière excessive, les contrats qui y sont associés de l'analyse classique des contrats à titre onéreux.

64. ***Les avantages de la position.*** L'analyse que nous suggérons du contrat d'apport, et par extension des contrats-organisation, présente à notre avis trois principaux avantages. Premièrement, cette position est pratique car elle permet de rattacher les contrats-organisation à titre onéreux à l'article 1107 du Code civil sans pour autant nier leur originalité. Cela peut paraître anodin, mais c'est un moyen de limiter l'éclatement de la notion de contrat à titre onéreux et de considérer cet article comme la définition du contrat à titre onéreux et non comme son illustration. Deuxièmement, cette solution est simple car elle permet également de justifier la particularité de régimes des contrats-organisation, à savoir l'inapplication de l'exception d'inexécution et de la résolution entre les membres d'un intérêt commun[199]. En effet, si la réciprocité s'instaure entre l'intérêt commun et ses membres, ces deux mécanismes ne sauraient être invoqués entre les membres. Troisièmement, cette position est légitime car elle est en accord avec l'analyse jurisprudentielle du contrat d'apport qui l'analyse comme un contrat à titre onéreux identique aux autres, entre la société et l'apporteur. Cet effet est non négligeable car il permet de maintenir la position jurisprudentielle.

65. ***La difficulté de la position.*** Malgré ses avantages, la position que nous soutenons pourrait sembler présenter un point noueux lorsqu'il est question de qualifier l'intérêt commun de partie au contrat. Lorsqu'il est en effet question d'un apport à une société non formée, la réciprocité est difficile à envisager car l'intérêt commun n'est pas personnifié. Il en est de même pour les contrats-organisation qui ne donnent pas naissance à une personnalité juridique, comme la communauté

---

198 S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts commun », art. préc, spéc. p. 1149 (nous soulignons).

199 Toutefois, l'exception d'inexécution et la résolution ne sont pas pour autant admissibles de la même manière dans ces contrats. En ce sens *V.* **Cass. civ. 3e, 19 déc. 2007, *Bull. civ.* III, n° 227, n° 06-21.012** ; *D.* 2008, p. 2690, obs. P. Capoulade, *AJ.* 224, obs. G. Forest. Sur le rapport entre l'exception d'inexécution et la qualification de contrat synallagmatique *V. infra* n° 140 et suiv. Pour l'identification des intérêts à reconnaître la catégorie des contrats-organisation plutôt que de les soumettre au régime des contrats-échange *V.* not. J.-Fr. Hamelin, « La réforme du droit commun des contrats et le contrat d'association », *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, L. Andreu, M. Mignot (dir.), Paris, LGDJ, coll. Colloques & Essais, 2017, p. 261, spéc., p. 273 et 274, n° 23 et 24.

conjugale ou encore l'indivision. Les auteurs favorables à la qualification de contrat-organisation vont plus loin encore en considérant que l'intérêt commun n'existe même pas lors de la conclusion du contrat[200]. Ils estiment en effet que l'intérêt commun est la conséquence du contrat-organisation et non sa prémisse. Dès lors, toute réciprocité est impossible à envisager dans ces cas.

La position se comprend parfaitement, cependant, elle nous semble particulièrement formelle. D'un côté, nous avons déjà vu que la personnalité juridique n'était pas la condition *sine qua non* de la qualité de partie au contrat à titre onéreux[201]. Dès lors, le fait que l'intérêt commun ne soit pas personnifié ne nous apparaît pas dirimant. D'un autre côté, nous pensons que l'intérêt commun n'est pas le fruit de la convention, mais plutôt sa prémisse. La Cour de cassation a manifesté cette position dans un arrêt récent en considérant que, même s'il était question d'apports de fondateurs d'une société, le contrat d'apport était tout de même à titre onéreux entre l'intérêt commun et l'apporteur[202]. Compte tenu de cela, nous pensons que notre position peut se soutenir et qu'elle offre des avantages non négligeables qui peuvent justifier son soutien.

66. ***Conclusion de la section II.*** Depuis quelques années il est devenu habituel de distinguer deux familles de contrats que sont les contrats-échange et les contrats-organisation. Selon les auteurs favorables à cette distinction, le point d'articulation de ces deux familles de conventions réside dans le fait que les contrats-échange supposent une réciprocité d'intérêts, par opposition aux contrats-organisation qui supposent une communauté d'intérêts. Compte tenu de cette position, ces auteurs sont d'avis que l'article 1107 du Code civil, relatif au contrat à titre onéreux et à son critère de contrepartie convenue, n'est représentatif que des contrats-échange à titre onéreux. Pour cause, celui-ci envisage seulement la réciprocité comme critère de l'onérosité. En conséquence, ces auteurs estiment que l'article 1107 du Code civil n'est qu'une illustration des notions de contrat à titre onéreux et de contrepartie convenue et non leur définition.

À notre avis, cette position est excessive. Certes, les contrats-organisation présentent une originalité qui permet de les distinguer des contrats-échange, cependant, ils ne sont pas hermétiques à tout esprit de réciprocité. La jurisprudence admet cette position en appréhendant le contrat d'apport comme un contrat-échange à titre onéreux entre l'apporteur et l'intérêt commun bénéficiaire. Et la position doctrinale se révèle compatible avec cette analyse des contrats-organisation. Il est parfaitement possible d'envisager un échange entre l'intérêt commun et les

---

200 En ce sens, *V.* not. Fr. Chénedé, *les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 299, n° 318 : l'intérêt commun est « *le* produit *de l'accord de volontés* ». *Rappr.* Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 61, n° 64, note de bas de page n° 22 : les auteurs estiment que lorsque la société est en cours de constitution, l'apport n'est pas un contrat.

201 *V. supra* n° 48.

202 **Cass. com., 1er avr. 2014, *Bull. civ.* IV, n° 65, n° 13-14.086**, préc. ; **CA Colmar, 1re ch. civ., sect. A, 19 déc. 2012, n° 12/00925, *Jurisdata* n° 2012-030219** (arrêt d'appel contesté dans l'arrêt de rejet de la Cour de cassation).

intérêts individuels sans pour autant nier l'originalité des contrats-organisation.

En définitive, cette position nous apparaît possible et même avantageuse en ce qu'elle permet de voir dans l'article 1107 du Code civil la définition des notions de contrat à titre onéreux et de contrepartie convenue, en accord avec la jurisprudence.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

67. ***La spécialité de la réciprocité.*** L'article 1107 du Code civil dispose que le contrat à titre onéreux est celui par lequel chacune des « *parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* ». Cette définition renouvelée lors de la réforme du droit commun des contrats propose une analyse plutôt classique de la contrepartie convenue qui l'associe intimement à la notion de réciprocité[203]. Une notion spécifique qui suppose un mouvement de valeur particulier entre deux parties.

La réciprocité implique premièrement un mouvement de valeur particulier, à savoir que chaque partie est à la fois redevable et bénéficiaire d'un avantage. Ainsi, le contrat de transaction se voit qualifié de contrat à titre onéreux, comme la vente, le bail ou l'entreprise, en raison de la réciprocité de ses concessions. C'est-à-dire que chaque partie est à la fois redevable et bénéficiaire d'une concession. Une situation qu'il convient de distinguer de la dualité non réciproque, comme dans le cautionnement, où un avantage est accordé par la caution au créancier et un avantage est accordé par le créancier au débiteur principal. Le mouvement de valeur n'est pas mutuel. En conséquence, le contrat de cautionnement est considéré à titre gratuit.

La réciprocité implique deuxièmement deux parties au contrat, qui sont les pôles des deux avantages réciproques. Classiquement, la notion de partie au contrat est rapprochée de celle de personne consentante, toutefois, c'est une approche triplement réductrice. Tout d'abord, cette personnalité juridique ne doit pas nécessairement consentir à l'acte. C'est ainsi qu'une personne peut être représentée dans une convention tout en étant partie à celle-ci. Ensuite, cette partie n'est pas nécessairement une personnalité juridique. Comme l'envisage le Code civil à plusieurs égards, la qualité de partie peut être commune à plusieurs personnalités juridiques. Par exemple, deux indivisaires qui vendent le bien indivis à une tierce personne seront appréhendés comme une

---

203 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 118, n° 101 : « *Par la définition qu'il retient, l'article 1107 "referme" le contrat à titre onéreux sur l'échange, témoignant ainsi de l'archaïsme de ses auteurs* » ; Fr. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2016, p. 6 : « *La formulation est classique* ». *Rappr.* G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Réciproque (sens 1) : « *se dit pour caractériser, entre deux personnes, les obligations de même nature qui les lient l'une envers l'autre* » ; (sens 2) : « *se dit pour caractériser, entre deux contractants, les obligations de même objet ou d'objet différent que chacun assume envers l'autre* » ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Les obligations (première partie)*, T. VI, avec le concours de P. Esmein, Paris, LGDJ, 1re éd., 1930, p. 44, n° 37 : « *le contrat est intéressé ou à titre onéreux, lorsque chacune des parties a reçu ou reçoit […] un avantage qui est la contrepartie de celui qu'elle procure à l'autre* ».

unique partie. Enfin, cette partie au contrat n'a pas nécessairement la personnalité juridique, il peut s'agir d'un intérêt non-personnifié. Par exemple, la masse successorale, qui est la survivance du patrimoine du défunt, peut être partie à un contrat à titre onéreux comme le serait une personne juridique.

68. ***La permanence de la réciprocité.*** Suivant la position doctrinale classique et la lettre de l'article 1107 du Code civil, la contrepartie convenue se caractérise par une dualité réciproque. C'est-à-dire que la contrepartie convenue est le membre d'un duo où chacun se fait face, allant de l'un vers l'autre et de l'autre vers l'un.

Depuis quelques années, la généralité de cette affirmation est contestée en doctrine en ce que la réciprocité ne serait pas la caractéristique de l'onérosité, mais seulement d'une de ses formes, celle des contrats-échanges à titre onéreux et non des contrats-organisation à titre onéreux. En conséquence, des auteurs soutiennent que l'article 1107 du Code civil ne serait qu'une illustration de la notion de contrepartie convenue, et non sa définition. En d'autres termes, la réciprocité ne serait pas un caractère essentiel de la dualité de la contrepartie convenue mais occasionnel. Il faudrait ainsi distinguer d'un côté la contrepartie convenue des contrats-échange, qui est marquée par la réciprocité, et d'un autre côté la contrepartie convenue des contrats-organisation, qui est marquée par la mise en commun.

À notre avis, la distinction des contrats-échange et contrats-organisation est pertinente en ce qu'elle décrit une dualité réelle d'opération en droit positif. Toutefois, nous sommes d'avis qu'elles ne s'opposent pas réellement sur le terrain de la réciprocité car elle bien présente dans les deux types d'opérations. Comme le suggère la jurisprudence relative au contrat d'apport en société, qui est qualifié en doctrine de contrat-organisation, il faut considérer que l'apport est un contrat à titre onéreux entre l'apporteur et la société, qui représente l'intérêt commun.

CHAPITRE II

UNE DUALITÉ NÉCESSAIREMENT CORRÉLÉE

69. ***La corrélation pour la contrepartie convenue : une nécessité.*** Afin d'emporter les qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux, il est indispensable que chaque partie reçoive un avantage de l'autre « *mais encore que cet avantage reçu le soit "en contrepartie de celui qu'elle procure"* »[204]. C'est-à-dire que les avantages réciproquement convenus doivent présenter un « *lien d'échange* »[205] qui les unit, permettant ainsi de considérer qu'ils ne sont pas juxtaposés[206] ou indépendants[207].

Afin de marquer l'importance pratique de ce lien, des auteurs évoquent le cas des donations mutuelles entre époux. Il s'agit d'un échange de donations qui peut donner le sentiment d'une opération à titre onéreux en raison de la réciprocité qui la caractérise. Chaque donation va de l'un vers l'autre et inversement. Cependant, une telle qualification est refusée par les auteurs s'il n'est pas démontré que les donations sont liées, c'est-à-dire qu'elles sont la contrepartie l'une de l'autre[208]. Selon eux, en l'absence de corrélation, il n'est question que du croisement de deux contrats à titre gratuit et non de l'élaboration d'un unique contrat à titre onéreux.

70. ***La corrélation en doctrine : une nécessité sous-estimée.*** Sans la corrélation, il ne saurait exister de distinction entre les contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Pour le comprendre, il suffit de faire l'expérience de pensée de son absence en se demandant « *Que se passerait-il si la corrélation n'existait pas ?* ». Dans pareille situation, deux positions pourraient exister : soit nous serions en présence d'une succession perpétuelle de contrats à titre gratuit, à la manière de don et contre-don ;

---

204 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70.

205 Fr. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, *op. cit.*, p. 81, n° 22.

206 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 114, n° 119.

207 J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 9e éd., 2015, p. 260, n° 256.

208 P. Esmein, *Les entraves apportées aux libéralités. Cours de doctorat*, D.E.S droit privé, 1950-1951, p. 94 et suiv. : « *la réciprocité des engagements n'est pas de nature à enlever à l'acte son caractère gratuit* » ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. Putman, PUAM, 2006, p. 195, n° 122 : « *la simple réciprocité des prestations n'implique pas forcément une corrélation* » ; *comp.* Ph. Malaurie, Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p. 225, n° 277.

soit nous serions en présence d'un unique et général contrat à titre onéreux. Aucune de ces deux situations ne traduit la position du droit positif, ce qui souligne la dimension essentielle de la corrélation.

Malgré l'importance essentielle de la corrélation pour la contrepartie convenue, il apparaît que ce lien est sous-estimé en doctrine. Les auteurs y font très rarement référence alors que la jurisprudence manifeste une forte attention à son égard. Étant donné cela il nous semble nécessaire de montrer cet aspect central de la corrélation au travers de ses deux principales dimensions : la première, que l'on peut qualifier d'interne, qui matérialise l'intensité de l'association des avantages réciproques, et la seconde, que l'on peut qualifier d'externe, qui matérialise la spécialité de l'association des avantages réciproques.

71. ***La dimension interne : l'intensité de la corrélation.*** Pour les quelques auteurs qui s'intéressent à l'intensité de la corrélation des contreparties convenues, il se dégage la même idée qu'elle doit être rapprochée de la notion de cause de l'obligation[209]. En ce sens, si un avantage est accordé ce n'est « *qu'à condition de recevoir* »[210] un avantage en retour. Immédiatement, cette définition séduit par sa simplicité et son évidence, mais rapidement, elle se révèle doublement critiquable : premièrement, elle fait référence au concept disparu de cause de l'obligation, et secondement, elle est réductrice. En effet, l'intensité de la corrélation de la contrepartie convenue n'est pas systématiquement celle que véhiculait l'ancienne notion de cause de l'obligation. Comme nous le verrons dans les développements suivants, dans une minorité de cas, la jurisprudence manifeste l'existence d'une intensité moindre, qui n'est pas de l'ordre de l'existence conditionnelle. Ce qui laisse entendre que la corrélation caractéristique de la contrepartie convenue présente une intensité variable (**Section I**).

72. ***La dimension externe : la spécialité de la corrélation.*** Au-delà de son intensité, la corrélation nécessaire à la qualification de contrepartie convenue s'avère spéciale. C'est-à-dire que les contreparties convenues sont associées et créent un rapport à titre onéreux. En d'autres termes, la spécialité désigne les limites des contreparties convenues, faisant le départ entre les contreparties convenues en cause et d'autres avantages existants entre les mêmes parties. Pour bien le comprendre, prenons un exemple.

---

209 D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 104, n° 88 : « *Les contrats synallagmatiques imposent une corrélation réciproque des obligations, chaque partie s'engageant en considération de l'obligation de l'autre. Cette considération est largement aux sources des notions de cause et de contrepartie convenue* » (nous soulignons).

210 J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1943, n° 930 : « *le* contrat à titre onéreux *est celui où chacune des parties n'entend faire une prestation qu'en échange d'une contre-prestation, n'entend donner qu'à condition de recevoir* » (nous soulignons). Dans le même sens *V*. J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2014, p. 76, n° 85 : « *Le contrat* à titre onéreux *est celui où chacune des parties* reçoit quelque chose *de l'autre, n'entendant fournir une prestation qu'en échange d'un avantage* » (nous soulignons).

Il y a une vingtaine d'années, il a été porté à l'attention de la Cour de cassation la question notamment de savoir si la mise disposition conventionnelle d'une parcelle rurale pouvait avoir « *un caractère onéreux* » en raison de la seule existence du « *versement de certaines sommes* » d'une partie vers l'autre. La haute juridiction a rejeté le pourvoi considérant que les juges du fond avaient souverainement retenu le caractère gratuit de la mise à disposition de la parcelle car ces versements s'expliquaient par les « *relations d'affaires* » qui avaient existé antérieurement « *entre les parties* »[211]. En d'autres termes, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi car les juges du fond avaient relevé la spécialité des versements litigieux qui étaient étrangers à l'exploitation de la parcelle rurale. Dès lors, la convention relative à la mise à disposition de ladite parcelle, n'ayant pas été faite « *en contrepartie* »[212] d'un avantage, ne pouvait recevoir la qualification de contrat à titre onéreux. Voilà ce que recouvre l'idée de spécialité de la corrélation.

Dans les développements suivants, nous verrons que cette spécialité de la corrélation est importante en droit positif et qu'elle emporte deux effets. Un premier effet d'exclusion, qui consiste en la dissociation de différents avantages circulants entre les parties, comme dans le cas exposé. Et un second effet, d'inclusion cette fois, qui contrairement à l'effet précédent emporte l'union de plusieurs avantages distincts au sein d'un même rapport à titre onéreux (**Section II**).

Section I
Une corrélation à intensité variable

Section II
Une corrélation source de spécialité

[211] **Cass. civ. 3e, 3 avr. 1997, n° 95-13.764**. Dans le même sens plus récemment *V.* **CA Limoges, ch. soc., 20 nov. 2006, n° 06-0495, *Jurisdata* n° 2006-321858**.

[212] Cciv., art. 1107.

SECTION I

UNE CORRÉLATION À INTENSITÉ VARIABLE

73. ***La nature du lien.*** Étonnamment, les auteurs restent relativement silencieux à l'égard de la nature du lien caractérisant une contrepartie convenue. Malgré tout, pour les rares auteurs qui se sont intéressés à cette question, il apparaît l'idée que ce lien est assimilable à celui qu'élaborait l'ancienne notion de cause de l'obligation[213]. C'est-à-dire un lien d'une intensité telle que chaque contrepartie est accordée « *qu'à condition* »[214] qu'une contrepartie soit reçue[215]. Cette analyse de la corrélation se doit aujourd'hui d'être renouvelée à un double titre. Tout d'abord, car la notion de cause de l'obligation a disparu de notre environnement juridique lors de la réforme du droit commun des contrats, et ensuite car cette appréhension de la corrélation ne traduit que son intensité la plus courante. En effet, il existe des cas dans lesquels la corrélation entre les contreparties convenues est d'un moindre « *degré d'intensité* »[216]. Afin de dépasser cette double critique, nous proposons d'employer le terme corrélation, que l'on qualifie de réciproque lorsque son intensité correspond à celle de l'ancienne notion de cause de l'obligation (**§1**), et que l'on qualifie d'unilatérale dans les autres cas (**§2**).

§1. Le principe : une corrélation réciproque

74. ***L'analogie avec le contrat synallagmatique.*** Étant donné la disparition du concept de cause de l'obligation à l'occasion de la réforme du droit commun des contrats, il est aujourd'hui nécessaire de renouveler l'identification du lien caractéristique des notions de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux. À cette fin, nous proposons de raisonner par analogie avec le contrat

---

213 J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1943, n° 930 : « *le* contrat à titre onéreux *est celui où chacune des parties n'entend faire une prestation qu'en échange d'une contre-prestation, n'entend donner qu'à condition de recevoir* » (nous soulignons) ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 104, n° 88 : « *Les contrats synallagmatiques imposent une corrélation réciproque des obligations, chaque partie s'engageant en considération de l'obligation de l'autre. Cette considération est largement aux sources des notions de cause et de contrepartie convenue* » (nous soulignons).

214 J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1943, n° 930.

215 Pour un rapprochement jurisprudentiel des notions de cause et de contrepartie *V.* **Cass. civ. 3e, 15 sept. 2016, n° 15-22.250** ; *D.* 2017, p. 375, obs. M. Mekki ; *JCP G* 2016, p. 1257, note Y.-M. Laithier.

216 J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994, p. 255, spéc. n° 16.

synallagmatique qui présente le même lien que le contrat à titre onéreux. Il est en effet acquis de longue date que le contrat synallagmatique suppose l'existence d'engagements réciproques[217] dont « *l'un est la cause de l'obligation de l'autre* »[218]. Cette analogie est intéressante car la jurisprudence et les auteurs ont approfondi la nature de ce lien en le mettant en relation avec d'autres concepts, ce qui permet de l'appréhender indépendamment de la notion de cause de l'obligation.

75. ***Les identifications alternatives à la cause de l'obligation.*** L'étude du contrat synallagmatique révèle l'existence d'une terminologie « *extrêmement variable* »[219] pour désigner le lien qui associe les obligations réciproques, anciennement appréhendé par la notion de cause de l'obligation. Il est ainsi question au gré des arrêts de la Cour de cassation « *(d')obligations corrélatives* »[220], « *(d')interdépendance des obligations* »[221] ou encore « *du caractère indivisible des engagements* »[222]. Chez les auteurs on relève également une terminologie très diversifiée, d'un côté on retrouve naturellement la terminologie employée en jurisprudence, à savoir l'indivisibilité[223], la corrélation[224], ou encore l'interdépendance des obligations réciproques[225], mais également d'autres terminologies comme la corrélation réciproque[226], la connexité[227], ou encore la réciprocité des obligations[228]. Le

---

[217] Sur la distinction des contrats synallagmatiques et à titre onéreux *V*. *infra* n° 120 et suiv.

[218] **Cass. com., 3 déc. 1952, *Bull. civ.* IV, n° 376**. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 25 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 149, n° 86-15.683** : « *la cause des obligations d'une partie résidant lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre* ». Pour un rappel récent *V*. **Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-22.809**.

[219] J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, *op. cit.*, p. 270, n° 235.

[220] **Cass. com., 16 juill. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 297, n° 78-15.956**. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 16 déc. 1986, *Bull. civ.* I, n° 301, n° 85-11.396**.

[221] **Cass. soc., 31 mai 1956, *Bull. civ.* V, n° 503** ; **Cass. civ. 3e, 13 févr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 125, n° 73-10.311**. Plus récemment *V*. **Cass. com., 18 juill. 1989, n° 88-12.543** ; **Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, *Bull. A.P.*, n° 1, n° 04-20.525**, préc.

[222] **Cass. civ. 1re, 2 févr. 1994, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 92-11.835**. *Rappr.* spécifiquement à l'endroit du contrat d'échange *V*. **Cass. soc., 8 oct. 1959, *Bull. civ.* V, n° 952** ; **Cass. soc., 8 févr. 1961, *Bull. civ.* V, n° 169** ; **Cass. soc., 13 nov. 1967, *Bull. civ.* V, n° 715**.

[223] *V*. not. J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, th. préc., p. 266, n° 231 : « *Le lien d'indivisibilité sous-entend l'interdépendance* », *adde.* p. 270 et 271, n° 235.

[224] *V*. not. G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2015, p. 177, n° 273 : « *un avantage est obtenu sans contrepartie si son bénéficiaire n'a pas à procurer un avantage corrélatif à l'autre partie* ».

[225] Position majoritaire. *V*. not. J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, p. 261, n° 256 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 114, n° 119 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 209, n° 220 : « *Ce qui caractérise le contrat synallagmatique est l'interdépendance entre les deux obligations réciproques* » ; H. Ramparany, A. Scattolin, *Le droit des obligations en tableaux*, Paris, Ellipses, coll. Le droit en fiches et en tableaux, 1re éd., 2019, p. 48 : « *le contrat est qualifié de synallagmatique lorsque les deux parties sont obligées mutuellement et que l'on identifie dans le contrat des contreparties réciproques. Autrement dit, les obligations des parties sont interdépendantes* » ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1re éd., 2014, p. 80, n° 22.

[226] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 104, n° 88 ; G. Rouhette, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, n° 4, p. 1371, spéc. n° 32.

[227] A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *op. cit.*, spéc. 784, n° 4.

[228] O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 68 : « *Pour qu'un contrat soit qualifié de synallagmatique, il ne suffit pas que les parties soient*

constat de ce foisonnement terminologique à l'égard du contrat synallagmatique permet de voir que l'identification du lien de principe du contrat à titre onéreux peut aisément se renouveler.

Pour ce faire il n'y a qu'à choisir l'un des termes sus évoqués, sachant que « *quelque soit le terme employé* »[229] l'idée est invariablement la même, à savoir « *éviter que l'acte n'éclate en autant de sous-ensembles qu'il y a d'obligations* »[230]. Cependant, la situation n'est pas aussi simple, car en dépit de l'équivalence conceptuelle des différents termes évoqués, nous sommes d'avis qu'une terminologie s'avère préférable aux autres. En effet, l'une d'entre elles présente la qualité particulière de pouvoir intégrer la variabilité d'intensité du lien nécessaire aux qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux, à savoir celle de corrélation réciproque.

76. ***La pertinence de la corrélation réciproque.*** Selon les auteurs, qu'il soit question de réciprocité, d'indivisibilité, de connexité ou encore d'interdépendance il est invariablement véhiculé l'idée d'un lien réciproque. C'est-à-dire que les deux éléments sont placés sur un pied d'égalité et que chacun est lié à l'autre de la même manière. Cette idée transparaît chez les auteurs qui s'intéressent à chacun de ces termes. Par exemple, pour l'interdépendance des obligations, le professeur Pellé estime que la notion signifie qu'il existe une « *dépendance* ***réciproque*** »[231] entre les obligations. Concernant l'indivisibilité, le professeur Seube estime que dans le contrat synallagmatique la notion assure « *l'interdépendance entre les obligations du contrat* »[232], c'est-à-dire qu'il existe « *un lien à la fois indissoluble et* ***réciproque*** »[233]. À propos de la connexité, le professeur Moury

---

toutes tenues par des obligations ; il faut encore que leurs obligations soient réciproques, c'est-à-dire qu'un lien les unisse au point qu'elles dépendent l'une de l'autre » (nous soulignons). Dans le même sens *V.* Fr. Julienne, J-Cl. Civ., Transaction – Notion, n° 28. *Rappr.* Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats – Commentaire article par article - Ordonnance 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 44 : il est évoqué l'existence d'un « *lien de réciprocité* » ; J. Julien, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 41, n° 20 : « *le contrat est dit synallagmatique lorsqu'il fait naître des obligations réciproques, c'est-à-dire interdépendantes, à la charge des deux parties.* » (nous soulignons). *Rappr.* L. Thibierge, *Rép. civ.* Dalloz, Transaction, n° 39.

229 J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, th. préc., p. 270, n° 236. La même conclusion est admise pour la cause de l'obligation : « *La cause de l'obligation, qui traduit la réciprocité des contrats synallagmatiques, se rapproche de certaines manifestations du lien d'indivisibilité.* […] *La cause a donc la fonction spécifique d'assurer l'interdépendance entre les obligations du contrat* » (p. 196, n° 158 et p. 197, n° 160). *Rappr.* Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1969, p. 381 et 382, n° 312. *Contra* R. Libchaber, « Est un contrat synallagmatique la convention de garantie rémunérée en raison du caractère réciproque des obligations des parties », *D.* 1995, p. 87, note sous Cass. civ. 1re, 2 févr. 1994, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 92-11.835 : Dans cet arrêt relatif à la qualification de contrat synallagmatique, l'auteur exprime son regret pour la référence à la notion d'indivisibilité plutôt qu'à celle de cause, considérant cette dernière « *plus simple et plus juste* ».

230 J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, th. préc., p. 159, n° 123.

231 S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle – Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer, M.-L. Demeester, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007, p. 208, n° 238 (nous soulignons). Sur la spécificité de l'interdépendance contractuelle qui est une « *dépendance réciproque* » entre les éléments constitutifs et le « *phénomène global* » *V.* p. 353, n° 377.

232 J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, th. préc., p. 196, n° 158 et p. 197, n° 160.

233 Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. préc., p. 379, n° 310 (nous soulignons).

précise que « *l'idée de* ***réciprocité*** *paraît imprégner cette notion* »[234], de même pour le professeur Sériaux, qui précise que la notion traduit le fait que les obligations « *se servent mutuellement d'appui, au point que sans l'une l'autre perdrait tout son sens* ». Les deux auteurs évoquant ensuite un rapprochement avec l'indivisibilité qui traduirait la même idée d'une « *étroite dépendance objective* »[235].

Finalement quel que soit le terme privilégié, on retrouve la même idée que « *dans un contrat synallagmatique, les prestations réciproquement dues en vertu du même contrat se mesurent et partant s'épuisent l'une par l'autre* »[236]. Compte tenu de cette identité, nous pourrions choisir n'importe quel terme car ils renvoient tous à une dépendance réciproque. On serait même tenté de n'en choisir aucun et de privilégier le terme réciproque qui leur est commun. Un auteur s'est interrogé en ce sens lorsque l'assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé qu'une transaction prévoit des engagements « *réciproques interdépendants* »[237] : eu égard à la référence à la réciprocité, la référence à l'interdépendance n'était-elle pas « *simplement redondante* »[238] ?

Pour notre part, nous pensons que l'usage du seul terme réciproque n'est pas idéal et qu'il faut privilégier une terminologie plus élaborée. Ce choix est guidé par essentiellement deux raisons. Tout d'abord, le terme réciproque ne peut être évoqué seul car il n'est pas nécessairement synonyme de dépendance, de lien. En effet, comme le souligne le professeur Libchaber, la réciprocité est une relation « *qui peut n'être que de hasard* »[239]. Dès lors, dans le terme réciproque il manque ce lien, cette dépendance qui caractérise les termes d'interdépendance, d'indivisibilité ou encore de connexité. Ensuite, le seul terme réciproque ne peut être privilégié car le lien qui peut exister entre des contreparties convenues n'est pas nécessairement celui d'une dépendance réciproque. En effet, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, il peut exister des

---

234 J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *op. cit.*, spéc. n° 17 (nous soulignons). Dans le même sens pour certaines applications de la notion *V.* S. Arzalier, *La connexité en droit civil*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002, p. 43 et suiv. pour le droit de rétention, p. 75 et suiv. pour l'exception d'inexécution, p. 99 et suiv. pour la compensation.

235 A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *op. cit.*, spéc. 785, n° 4. *Rappr.* J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », art. préc., spéc. n° 17 : l'auteur estime toutefois que la connexité serait une indivisibilité atténuée. Pour une autre compréhension de la connexité *V.* R. Houin, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse, Paris, 1937, p. 117 et suiv., et p. 177 et suiv. : pour l'auteur, la connexité est synonyme de dérivation du même acte juridique, permettant ainsi de justifier l'existence de contrats synallagmatiques parfaits et imparfaits.

236 A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *op. cit.*, spéc. 786, n° 4. Dans le même sens *V.* J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », art. préc., spéc. n° 17 : « *l'idée de réciprocité, ou plus exactement celle d'interdépendance, sous-tend nécessairement le concept d'indivisibilité* ».

237 **Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, *Bull. A.P.*, n° 1, n° 04-20.525**, préc.

238 Fr. Julienne, J-Cl. Civ., Transaction – Notion, n° 28.

239 R. Libchaber, « Est un contrat synallagmatique la convention de garantie rémunérée en raison du caractère réciproque des obligations des parties », art. préc., spéc. n° 2 : « *la réciprocité des obligations, qui peut n'être que de hasard* ». *Rappr.* J.-B. Seube, « Commodat ou bail ? Variations sur l'onérosité d'une convention », *RDC* 2008, n° 2, p. 383, note sous Cass. civ. 3e, 17 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 179, n° 06-18.503 : « *l'existence d'un flux financier entre les parties ne suffit pas à démontrer l'onérosité de la convention. Il faut, au-delà de ce flux, que le versement effectué soit la contrepartie de la prestation réalisée par l'autre partie* » (nous soulignons).

contreparties convenues présentant une dépendance hiérarchisée, où une des contreparties prévaut sur l'autre. En d'autres termes, il existe des cas où la dépendance n'est pas réciproque. Par conséquent, dans cette situation il ne peut être évoqué les termes d'interdépendance, de connexité, d'indivisibilité ou encore de réciprocité. C'est pourquoi nous soutenons l'expression de corrélation : celle-ci peut être réciproque, décrivant ainsi le lien de contreparties convenues dépendant réciproquement l'une de l'autre ; et elle peut être unilatérale, décrivant ainsi le lien de contreparties convenues dont l'une est dans la dépendance de l'autre.

En somme, il faut comprendre que la relation réciproque des contreparties convenues ne se confond pas avec le lien réciproque des contreparties convenues. Ainsi, il faut distinguer la relation réciproque, c'est-à-dire le fait qu'un avantage va d'une partie vers l'autre et inversement, et le lien réciproque, c'est-à-dire le fait que les avantages forment un tout.

§2. L'exception : une corrélation unilatérale

77. ***L'exception de la donation avec charge.*** Dans la quasi-totalité des cas, la qualification de contrepartie convenue suppose l'existence d'un lien associant les avantages réciproques qui est de l'ordre de la corrélation réciproque. C'est-à-dire, un lien d'indivisibilité, d'interdépendance, de connexité, tel que l'élaborait l'ancienne notion de cause de l'obligation. Par exception toutefois la qualification de contrepartie convenue est acquise pour un lien entre des avantages réciproques qui est de l'ordre de la corrélation unilatérale. C'est-à-dire un lien qui élabore une « *dépendance unilatérale* » d'un avantage envers l'autre, à la manière du rapport « *de principal à accessoire* »[240].

Cette seconde nature de corrélation peut surprendre au premier abord, tant le modèle causal imprègne la compréhension du contrat à titre onéreux. Cependant, nous verrons qu'un tel lien se présente dans la donation avec charge non déterminante du consentement, ce qui nécessite de relativiser son analyse par l'idée de corrélation réciproque. En effet, il peut exister une relation hétérogène entre les contreparties convenues qui instaure une forme de hiérarchie entre les avantages, à la manière de la prestation caractéristique et de sa contreprestation[241].

---

[240] S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle – Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, th. préc., p. 190, n° 219 ; Dans le même sens *V.* G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé – Étude sur la maxime accessorium sequitur principale*, préf. D. Tallon, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1969, p. 58, n° 39 : « *La caractéristique essentielle de la relation de principal à accessoire est d'établir un lien de dépendance unilatérale* » ; J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, th. préc., p. 246, n° 213 : « *alors que l'indivisibilité suggère l'idée d'interdépendance, le rapport de principal à accessoire induit au contraire celle de dépendance unilatérale* ». *Rappr.* M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2013, p. 174, n° 191.

[241] Cette hiérarchie ne doit pas faire croire que la charge est extérieure au contenu contractuel. La contrepartie est bien convenue, elle est même souvent stipulée expressément, mais elle n'est pas déterminante du consentement. Sur l'exclusion de la qualification de contrepartie convenue pour un motif *V. infra* n° 174 et suiv.

78. ***La corrélation unilatérale et la donation avec charge.*** La donation avec charge est le contrat par lequel le donateur se dépouille immédiatement et irrévocablement d'une richesse moyennant l'engagement du donataire d'accorder un avantage. Lorsque la charge est réciproque, c'est-à-dire qu'elle est en faveur du donateur, nous sommes d'avis avec Monsieur Boisson qu'il est question d'une contrepartie convenue[242], et que l'on peut alors admettre que la donation reçoit la qualification de contrat à titre onéreux, qu'il existe ou non un émolument net[243]. L'admission de cette qualification générale est intéressante car il se manifeste à l'endroit de ce contrat un régime particulier qui permet de comprendre que la notion de contrepartie convenue ne suppose pas nécessairement l'existence d'un lien indéfectible de corrélation réciproque mais peut se satisfaire d'un lien hétérogène de corrélation unilatérale. Pour bien le comprendre, il est nécessaire de rappeler la lettre des articles 900 et 1172 ancien du Code civil et leur appréhension par la Cour de cassation, qui a été généralisée à l'article 1184 du Code civil à l'occasion de la réforme du droit commun des contrats.

79. ***Les articles 900 et 1172 ancien du Code civil et la théorie de la nullité partielle.*** L'article 900 du Code civil dispose que : « *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ». Cette règle, inchangée depuis 1804, prévoit en d'autres termes que lorsqu'une condition stipulée dans une libéralité est impossible ou illicite celle-ci est seule supprimée, laissant subsister le reste de l'acte juridique. En dépit de la lettre du texte, la Cour de cassation a réalisé deux importantes modifications de cet article : d'une part elle en a étendu l'empire et d'autre part elle en a altéré le sens. Premièrement, la haute juridiction a étendu l'empire du texte en admettant son application aux charges des libéralités, considérant qu'une charge impossible ou illicite suivait le même sort qu'une condition sur le fondement de ce texte[244]. Deuxièmement, la haute juridiction a altéré le sens de l'article 900 du Code civil en admettant rapidement une exception importante dans un arrêt fondateur de 1863[245], à savoir que si l'impossibilité ou l'illicéité portait sur un élément qui avait été « *la cause impulsive et*

---

[242] J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2019, p. 31, n° 25 et p. 39 et suiv., n° 33. L'auteur soutient toutefois la qualification de contrat à titre onéreux que lorsque la contrepartie convenue supprime tout émolument. *Rappr.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque André Tunc, 2020, p. 328 à 334, n° 306 à 310 : l'auteur estime qu'une charge est une contrepartie convenue uniquement lorsqu'elle est la cause déterminante de l'engagement du donateur et que cette évolution jurisprudentielle est regrettable.

[243] Sur notre compréhension de la recherche de l'émolument net et la qualification de la donation avec charge *V. infra* n° 202 et suiv.

[244] **Req., 12 nov. 1867** ; *DP* 1869. 1. 528 ; **Req., 21 déc. 1869** ; *DP* 1870. 1. 308.

[245] **Req., 3 juin 1863, *Martal*** ; *D.* 1863. 1. 429 ; *S.* 1864. 1. 269 ; *GAJC*, T1, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2007, 12e éd., p. 697, n° 121.

déterminante »[246] de la libéralité, l'acte devait être annulé dans son ensemble. Autrement dit, si la charge ou la condition n'était pas la cause de l'engagement du donataire, c'est-à-dire qu'elle se résumait à son intention libérale, alors seule la charge était supprimée, laissant subsister la libéralité pour le surplus, conformément à l'article 900 du Code civil[247].

Dans le même temps où la Cour de cassation remodelait l'article 900 du Code civil, elle a aménagé l'application de l'article 1172 ancien du Code civil qui disposait que « *(t)oute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ». La haute juridiction a fait converger ce texte vers la solution retenue à l'endroit de l'article 900 du Code civil pour aboutir à une seule et même idée : si une cause de nullité porte un composant du contrat, ce dernier est contaminé par la nullité s'il est démontré que l'élément a été la cause impulsive et déterminante du consentement[248]. Ainsi s'est élaborée et généralisée la théorie de la nullité partielle en droit positif.

Lors de la réforme du droit commun des contrats, le législateur a entrepris de consacrer cette règle incontestée[249] à l'article 1184 du Code civil[250] en considérant que « *lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ». On retrouve ici la construction jurisprudentielle élaborée à partir des articles 900 et 1172 ancien du Code civil.

80. ***La corrélation unilatérale et la contrepartie convenue.*** Compte tenu de la théorie de la nullité partielle, il se révèle que la corrélation réciproque véhiculée par le concept de cause de l'obligation peut être dissociée de celui de contrepartie convenue. Il faut voir dans le recoupement des deux concepts qu'une coïncidence tirée du fait que, dans la majorité des cas, les concepts se

---

246 *V.* **Req., 3 juin 1863** préc. ; **Civ., 7 juill. 1868** ; *D.* 1868, 1, p. 446 ; *S.* 1868, 1, p. 435. *Rappr.* M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. Marty, Paris, Sirey, 1947, p. 266 et suiv., n° 150 et suiv. pour le rappel des arguments *pro* et *contra* de ce courant. Toutefois, il convient de relever qu'occasionnellement les juges du fond rejettent la nullité totale alors même que l'élément a été déterminant du consentement car la charge ou condition est particulièrement odieuse. Sur ce point *V.* S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Paris, Économica, coll. Recherches juridiques, 2006, p. 293, n° 572 ; M. Grimaldi, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris, Litec, coll. Manuel, 1re éd., 2000, p. 166, n° 1220.

247 H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1 : Introduction, Personnes-Famille-Biens. Régimes matrimoniaux-Successions*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2015, 13e éd., p. 655 et suiv., n° 122. Sur les conséquences de la suppression de la seule clause *V.* S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, th. préc., p. 130 et suiv., n° 245 et suiv.

248 Pour une description et une appréciation critique de cette jurisprudence *V.* Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. préc., p. 332 et suiv., n° 273 et suiv., p. 349, n° 286 et suiv et p. 351, n° 289 et 290.

249 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 1260, n° 1587, *in fine* : la règle « *est aujourd'hui incontestée* ».

250 En ce sens, *V.* not. Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations- Perspectives*, Paris, Dalloz, Hors coll., 2016, p. 126, n° 23.462 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 386 et suiv. ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 431 et suiv., n° 484 et suiv.

confondent[251]. Ainsi, la contrepartie convenue est caractérisée par un lien de corrélation qui assure l'unité du contrat à titre onéreux, dont l'intensité est dans la quasi-totalité des cas de l'ordre de la corrélation réciproque, et très occasionnellement de l'ordre de la corrélation unilatérale[252].

81. ***Conclusion de la section I.*** Selon l'article 1107 du Code civil, un contrat est à titre onéreux lorsque « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage* ***en contrepartie*** *de celui qu'elle procure* »[253]. L'élément de cette définition qui a retenu notre attention dans cette section est l'expression « *en contrepartie* », qui signifie, selon les auteurs, qu'il existe un lien particulier qui associe les avantages entre eux. En effet, si ce lien était absent il n'existerait que des contrats à titre gratuit qui se succèderaient à la manière de dons, sans constituer de contreparties, mais des contre-dons[254] nourrissant une relation perpétuelle.

Étonnamment, les auteurs sont relativement discrets sur la nature de ce lien. Toutefois, pour ceux qui s'y sont intéressés, il apparaît qu'il doit être rapproché de la notion de cause de l'obligation, en ce sens que, si la qualification de contrepartie convenue est retenue c'est parce que les avantages réciproques sont la cause de l'obligation l'un de l'autre. En d'autres termes, la notion de contrepartie convenue suppose que chaque avantage ne soit accordé « *qu'en échange* »[255] de l'autre. Malheureusement, cette définition se voit sujette à deux critiques importantes, la première est liée au fait que la notion de cause de l'obligation a été supprimée de notre ordre juridique, et la seconde est liée au fait que le droit positif donne à connaître des cas dans lesquels ce lien n'est pas celui qu'élaborait l'ancienne notion de cause de l'obligation.

Concernant la première critique, le renouvellement de la terminologie permettant de décrire le lien caractéristique des notions de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux peut se réaliser en raisonnant par analogie avec le contrat synallagmatique. Deux raisons motivent cette

---

[251] Pour un rapprochement en matière de nullité partielle en dehors du droit des libéralités et la proposition de rejeter la cause comme fondement au profit de celle de volonté commune *V*. Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. préc., p. 324 et suiv., n° 268 et suiv. *Comp.* J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités – Étude de la Jurisprudence Française et Recherche d'une Définition*, th. Paris, Sirey, 1920, p. 359. *V*. égal. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2013, p. 1258 et suiv., n° 2586 et suiv. Au demeurant, nous reconnaissons qu'il y a probablement un indice de divisibilité dès lors qu'est choisi la forme des libéralités pour faire l'acte à titre onéreux.

[252] *Rappr.* J.-J. Durpeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. préc., p. 198 et suiv., n° 181 et suiv. : L'auteur estime que l'acte est à titre onéreux lorsque la charge est la cause impulsive et déterminante de l'acte ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1999, p. 548, n° 607 : l'auteur estime que si la charge est la cause impulsive et déterminante de l'acte, la cause doit être contrôlée selon les critères de celle qui est propre aux actes à titre onéreux. Sur la critique de cette position *V*. *infra* n° 188 et suiv.

[253] Nous soulignons.

[254] M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, préf. Weber, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2e éd., 2012

[255] J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 76, n° 85 : « *Le contrat* à titre onéreux *est celui où chacune des parties* reçoit quelque chose *de l'autre, n'entendant fournir une prestation qu'en échange d'un avantage* ».

analogie. Premièrement, le lien existant dans le contrat synallagmatique est le même que celui décrit pour le contrat à titre onéreux, à savoir que chaque engagement est la cause de l'obligation de l'autre. Deuxièmement, nous proposons cette analogie car la jurisprudence et les auteurs ont rapproché le lien existant dans le contrat synallagmatique avec d'autres notions, à savoir l'indivisibilité, l'interdépendance, la corrélation, la connexité et la réciprocité. Face à ce foisonnement de termes, nous pourrions être tenté de prime abord de choisir n'importe lequel pour renouveler la description du lien nécessaire aux qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux. Cependant, ce serait à notre avis un choix regrettable car un seul terme permet de traduire la variabilité du lien emportant la qualification de contrepartie convenue. Seul le terme de corrélation est pertinent car celui-ci peut se voir associer un qualificatif supplémentaire apte à décrire toute intensité. Lorsqu'il est question d'un lien similaire à celui qu'identifiait la notion de cause, il est question de corrélation réciproque, alors que dans les autres cas, il n'est question que de corrélation unilatérale, ce qui nous amène à notre seconde critique de la définition centrée sur la notion de cause de l'obligation.

La seconde critique à l'égard de la définition doctrinale du lien nécessaire aux qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux porte sur sa réduction à une unique intensité, à savoir celle qu'établissait l'ancienne notion de cause de l'obligation. Il apparaît, en effet, un cas dans lequel la notion de contrepartie convenue est admise en raison d'un lien d'une intensité moindre que celui de la cause de l'obligation. Il s'agit de la donation avec charge à l'égard de laquelle la jurisprudence a développé, à partir de l'article 900 du Code civil, la règle suivante : si la charge a été « *la cause impulsive et déterminante* » de l'engagement, son annulation emporte l'acte dans son entier, mais si elle n'a pas été « *la cause impulsive et déterminante* » de l'engagement, seule la charge est supprimée. En d'autres termes, la Cour de cassation considère qu'il s'élabore, selon la volonté des parties, soit une corrélation réciproque entre la donation et la charge — dans ce cas l'acte tombe en son entier — soit une corrélation unilatérale — dans ce cas seule la contrepartie dépendante est nulle —. Compte tenu de cette solution, également développée à partir de l'ancien article 1172 du Code civil et reprise dans le nouvel article 1184 du même code, il apparaît que la qualification de contrepartie convenue peut être admise en présence d'un lien d'une intensité moindre que celle qu'émettait l'ancienne notion de cause. Par conséquent, il se manifeste que la description du lien caractéristique des qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux doit être effectuée à partir du terme corrélation, qui peut être soit réciproque, lorsque les contreparties convenues sont toutes dépendantes les unes des autres, soit unilatérale, lorsqu'une contrepartie convenue est dans la dépendance de l'autre.

SECTION II

UNE CORRÉLATION SOURCE DE SPÉCIALITÉ

82. ***Les effets de la spécialité : division ou union.*** La contrepartie convenue est invariablement le membre d'un binôme où chaque avantage est lié à l'autre. Dans la section précédente, nous nous sommes intéressé à l'intensité de ce lien, qui s'est révélée variable suivant les cas. Dans la présente section, nous allons nous intéresser aux limites de ce lien, en ce qu'il élabore un rapport à titre onéreux spécial. Cette spécialité signifie que chaque avantage a « *pour corollaire* »[256] chaque autre avantage, ou pour le dire autrement, l'idée est que chaque contrepartie trouve « *sa contrepartie* »[257]. Nous verrons dans les développements suivants que cette spécialité emporte deux effets par son identification, à savoir, premièrement, un effet de division, en ce que tout avantage qui n'est pas concerné par la corrélation est extérieur au rapport à titre onéreux en cause. Et deuxièmement, un effet d'union, en ce que tout avantage qui est concerné par la corrélation est intégré au rapport à titre onéreux en cause (**§1**).

83. ***L'origine de la spécialité : la volonté occasionnellement influencée par la législation.*** La contrepartie convenue caractéristique du contrat à titre onéreux trouve invariablement sa source dans la volonté des parties. Cette réalité permet de déduire que la corrélation qui lui est essentielle trouve également sa source dans la volonté des parties, ce que confirme la jurisprudence et ce dont témoigne l'identification doctrinale de la corrélation par la notion de cause de l'obligation. Si cette réalité est avérée, il s'avère toutefois que la puissance de la volonté n'est pas totale. Dans certaines circonstances la corrélation se révèle en effet influencée par la législation appliquée au contrat à titre onéreux, manifestant une forme de relativité. Nous montrerons donc dans les développements suivants en quoi la corrélation est une notion intimement subjective et comment elle peut être occasionnellement influencée par le droit objectif (**§2**).

---

256 **CA Aix-en-Provence, ch. 1-5, 23 sept. 2021, n° 19/18819**.

257 A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *op. cit.*, spéc. 779, n° 2.

§1. Les effets de la spécialité : la division ou l'union des rapports à titre onéreux et/ou à titre gratuit

84. ***Division et union.*** L'identification de la spécialité de la « *liaison entre les engagements des parties* »[258] emporte en droit positif deux conséquences essentielles : d'un côté, la spécialité emporte la dissociation des différents avantages convenus entre les mêmes parties, constituant ainsi autant de rapports à titre onéreux ou à titre gratuit qu'il y a d'avantages[259] (**A**) ; d'un autre côté, la spécialité emporte l'association des différents avantages convenus entre les mêmes parties, élaborant cette fois un unique rapport à titre onéreux, qui englobe tous les avantages convenus (**B**).

A. Une spécialité facteur de division

85. ***La dissociation de rapports à titre gratuit et à titre onéreux.*** Traditionnellement, le phénomène contractuel est présenté comme un évènement isolé, détaché de toute autre relation. Cependant, la réalité pratique permet de comprendre que le contrat, suivant la belle formule du professeur Cabrillac, « *peut n'être que l'île d'un archipel animé d'une vie collective* »[260]. En effet, il peut se nouer entre plusieurs contrats des rapports qui invitent à considérer qu'ils forment un tout, limitant leur appréhension isolée et ouvrant la porte à leur appréhension globale. Ainsi, lorsqu'en apparence il peut être question de plusieurs contrats à titre onéreux et/ou à titre gratuit, il peut s'avérer en réalité l'existence d'un unique contrat à titre onéreux. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a pu estimer que le contrat à titre onéreux de transaction[261] pouvait avoir pour concessions réciproques d'autres contrats, comme une remise de dette[262], une promesse unilatérale de vente[263] ou encore un cautionnement[264].

Cette globalité de l'onérosité n'est toutefois pas systématique. En effet, il existe des cas où des

---

[258] **Cass. com., 17 avr. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 109, n° 69-13.282** : « *la cour d'appel a relevé […] l'impossibilité d'établir une liaison entre les engagements des parties* ».

[259] *V.* par exemple **Cass. com., 12 janv. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 11, n° 67-11.816**, préc. : En l'espèce, les demandeurs au pourvoi invoquaient l'existence d'un lien entre les engagements considérant que l'un « *était la contrepartie* » de l'autre. Toutefois, la Cour de cassation a considéré, qu'étant donné que la Cour d'appel avait relevé qu'il était plutôt question « *(d')engagements unilatéraux distincts* », que la qualification de contrepartie convenue devait être écartée et que « *les engagements séparés* » devaient être traités indépendamment l'un de l'autre.

[260] M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », *in Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 235, *spéc.* p. 248, n° 19.

[261] Sur ce point *V. supra* n° 38 et suiv.

[262] **Cass. com., 2 oct. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 154, n° 98-19.694**, préc.

[263] **Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, *Bull. A.P.*, n° 1, n° 04-20.525**, préc. ; Dans le même sens *V.* **Cass. civ. 3e, 26 mars 2003, *Bull. civ.* III, n° 71, n° 01-02.410** ; *RTD civ.* 2003, p. 496, obs. J. Mestre ; *D.* 2003, p. 2197, note P. Lipinski ; *Proc.* 2003, comm. 151, H. Croze ; *Gaz. pal.* 2004, p. 11, note Ph. Bletterie

[264] **Cass. com., 12 avr. 2005, n° 03-19.022**. *Rappr.* M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, th. préc., p. 209, n° 225.

contrats liés ne s'inscrivent pas dans un même rapport d'échange, chaque contrat élaborant son propre équilibre. Cette situation s'est illustrée en jurisprudence en distinguant soit deux contrats de natures différentes, soit d'une même nature. Afin de rendre compte de ces deux situations nous proposons de présenter trois cas jurisprudentiels qui illustrent la distinction d'actes juridiques à partir de leur nature onéreuse ou gratuite. Le premier cas est lié à la qualification de bail rural, le deuxième à la qualification de clause de dédit et le troisième à celle de loterie publicitaire.

86. ***Le cas du bail rural.*** Suivant l'article L. 411-1 du Code rural, la qualification de bail rural doit être accordée à « *toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole* ». Cette qualification ouvre droit à un régime impératif protecteur qui nourrit un important contentieux notamment sur la démonstration de l'existence d'une contrepartie convenue[265]. Pour cause, si la qualification de contrepartie convenue est retenue, celle de bail rural l'est également. Dans une affaire récente[266], la Cour de cassation a eu l'occasion d'illustrer la dimension spéciale de la corrélation caractéristique de la notion de contrepartie convenue en ce qu'elle a pu dissocier deux actes juridiques à titre onéreux quasiment concomitants.

Les faits à l'origine de l'affaire sont relativement simples, les propriétaires d'une parcelle agricole ont vendu leur bien sous condition suspensive d'obtention d'un prêt bancaire. L'acquéreur souhaitant prendre les devants a obtenu l'autorisation des vendeurs d'exploiter la parcelle agricole dans l'attente de l'obtention de son prêt. Pour matérialiser leur accord, les parties ont conclu, immédiatement après la signature de la vente, « *une convention dite de commodat* » en vertu de laquelle les vendeurs permettaient l'exploitation de la parcelle « *pour un an non renouvelable* » et l'acquéreur s'engageait à verser une indemnité forfaitaire par hectare « *en cas de non-réalisation de l'acte authentique de vente* ». Quelque temps après la signature de cette convention, l'acquéreur a reçu un retour négatif de la banque et a alors « *libéré les lieux et versé l'indemnité prévue* ». La parcelle a été cédée par la suite à la SAFER de Gascogne-Haut Languedoc, et l'acquéreur initial a assigné les vendeurs, ainsi que la SAFER, aux fins d'obtenir la requalification de la convention de commodat en bail rural et l'allocation de dommages et intérêts. Selon la Cour d'appel de Toulouse, l'acquéreur ne pouvait obtenir la requalification en bail rural du commodat, car il ressortait de la commune intention des parties que la somme forfaitaire payée n'était pas un loyer ou une indemnité susceptible de « *disqualifier* ***le caractère purement gratuit*** *du commodat* »[267]. Pour cause notamment, les juges du fond

---

265 Pour une présentation générale *V.* H. Bosse-Platière, Fr. Collard, B. Grimonprez, Th. Tauran, B. Travely, *Droit rural. Entreprise agricole. Espace rural. Marché agricole*, Paris, LexisNexis, coll. Droit professionnels, 2013, p. 65 et suiv., n° 127 et suiv.

266 **Cass. civ. 3e, 17 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 179, n° 06-18.503** ; *RDC* 2008, n° 2, p. 383, obs. J.-B. Seube ; *D.* 2007, *AJ* 2732 ; *JCP* N 2008, p. 1066, note J.-J. Barbiéri ; *Droit rural* n° 358, déc. 2007, comm. 356, note Fr. Roussel. *Rappr.* **Cass. com., 20 sept. 2005, n° 04-11.789**.

267 Nous soulignons.

ont souligné que si l'acquéreur initial avait obtenu son prêt, il n'aurait pas été redevable de la somme forfaitaire payée. L'affaire a été portée à l'attention de la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt d'appel pour violation de la loi considérant que « *tout en relevant que l'indemnité mise à la charge de [l'acquéreur] était prévue à la convention par laquelle les [vendeurs] mettaient la propriété rurale à la disposition de [l'acquéreur], la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations d'où il résultait que la mise à disposition était* ***à titre onéreux*** »[268].

Cette affaire est instructive en ce qu'elle illustre l'idée de spécialité de la corrélation qui permet d'identifier deux actes juridiques à titre onéreux pratiquement concomitants. D'un côté, il était question d'une vente, un contrat par nature à titre onéreux, et de l'autre d'un bail rural, un contrat également par nature à titre onéreux. Le point essentiel est que l'onérosité de chaque acte a été déterminée de manière indépendante alors que ces actes s'inscrivaient dans un projet global. Au-delà de cet apport illustratif, cette solution a été critiquée car la qualification de bail rural ne correspondait pas exactement à l'intention des parties[269] et qu'étant donné la nature conditionnelle de la contrepartie convenue, celle-ci aurait dû être considérée en corrélation de l'immobilisation de l'immeuble plutôt qu'à l'autorisation d'exploitation[270]. Néanmoins, il apparaît matériellement que la contrepartie convenue était due à l'existence de l'exploitation agricole attirant en conséquence l'application du statut des baux ruraux qui est indépendant de la volonté des parties. En tout état de cause, la haute juridiction a manifesté dans cet arrêt l'idée de spécialité de la corrélation en ce qu'une contrepartie convenue répond de sa propre contrepartie. En l'espèce, le forfait répondait de l'exploitation agricole et le prix répondait de la vente du bien objet des actes juridiques en cause.

87. ***Le cas de la clause de dédit.*** La clause de dédit est la faculté contractuelle offerte à un contractant de pouvoir anéantir unilatéralement la convention qui en est à la source[271]. Elle est une importante dérogation au principe de l'irrévocabilité unilatérale des conventions, édictée à l'article 1993 du Code civil et anciennement à l'article 1134, alinéa 2, mais elle est toutefois licite. Classiquement, une telle faculté est assortie d'une contrepartie spécifique qui est qualifiée de dédit et qui est accordée seulement dans l'éventualité où la faculté de révocation de l'engagement est exploitée. En d'autres termes, c'est uniquement lorsque le bénéficiaire de la faculté décide d'en user qu'il doit verser le dédit. Traditionnellement, les auteurs estiment que la stipulation de ce dédit est

[268] Nous soulignons.

[269] J.-J. Barbiéri, « Prêt à usage et promesse de vente : les risques de requalification », *JCP* N 2008, p. 1066, note sous Cass. civ. 3e, 17 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 179, n° 06-18.503.

[270] J.-B. Seube, « Commodat ou bail ? Variations sur l'onérosité d'une convention », art. préc.

[271] Pour une étude d'ensemble *V.* not. L. Boyer, « La clause de dédit », *in Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 et suiv.

indispensable[272] à la validité de la faculté contractuelle de révocation de l'acte source[273] et qu'elle lui est spécifique, c'est-à-dire affectée. Celle-ci est donc détachée de l'acte source et doit être appréciée de manière autonome. Elle est « *une convention synallagmatique accessoire au contrat* »[274] dont l'équilibre est distinct de celui de la convention source en raison de cette spécialité de la contrepartie convenue. Cette autonomie a été récemment confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt important rendu le 30 octobre 2000[275].

En l'espèce, il était question de la vente d'un navire de pêche appelé « À la volonté de Dieu », préparée par une promesse de vente dans laquelle était stipulée une faculté de dédit assortie d'aucune contrepartie spécifique. L'affaire est portée à l'attention de la Cour de cassation notamment au motif que seule une clause accordant « *la faculté de ne pas exécuter leur engagement pour une cause quelconque, en abandonnant les arrhes ou acomptes versés au vendeur* » pouvait recevoir la qualification de faculté de dédit. Or, constatant en l'espèce qu'aucun avantage n'avait été délaissé au vendeur à l'occasion de l'exercice de la faculté, il était défendu que la cour d'appel avait privé sa décision de base légale en admettant la qualification de faculté de dédit. La haute juridiction a rejeté le pourvoi considérant notamment « *que rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit* ***gratuite*** »[276].

Cette solution manifeste une fois de plus la notion de spécialité de la corrélation caractéristique de la contrepartie convenue. En admettant que la faculté pouvait être accordée à titre gratuit, elle confirme l'idée que lorsqu'un dédit est convenu, celui-ci répond exclusivement et impérativement de la faculté de révocation de l'acte[277]. En somme, il faut considérer que la clause de dédit est belle est bien un contrat à part entière dont l'équilibre se distingue de celui du contrat principal. Ainsi, une clause de dédit peut être à titre gratuit, même si elle s'insère dans une convention à titre onéreux. Cette position n'est pas spécifique à la faculté de dédit, on la retrouve également en matière de vente à l'essai ou encore de vente à la dégustation, prévue aux articles 1587 et 1588 du Code civil[278], dans lesquels l'essai ou la dégustation sont à titre gratuit contrairement à la vente qui leur est éventuellement consécutive.

---

[272] *V.* not. Ph. Brun, « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.*, mai 1998, p. 78 et suiv., spéc. p. 80.

[273] *V.* néan. L. Boyer, *La clause de dédit*, préc., p. 56 et suiv., n° 14.

[274] S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, a.-p. I. Najjar, préf. J. Mestre, PUAM, 1999, p. 155, n° 255.

[275] **Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-11.224** ; *D.* 2001, somm. 3241, obs. D. Mazeaud.

[276] Nous soulignons.

[277] L. Boyer, *La clause de dédit*, préc., p. 59, n° 17 : « *l'avantage qui, par le fait de l'option, est accordé au bénéficiaire peut appeler une contre prestation, un prix* ; le droit au dédit *n'est pas autre chose que celui au prix du droit conventionnel de repentir* ».

[278] Pour une présentation générale des deux mécanismes et leur distinction *V.* O. Barret, Ph. Brun, *Rép. civ.* Dalloz, Vente : formation – Existence du consentement, n° 78 et suiv.

88. ***L'ancien cas des loteries publicitaires en droit de la consommation.*** De 1836 à 2014, il était interdit de réaliser une loterie publicitaire qui avait « *un caractère onéreux* »[279]. En effet, la loi du 21 mai 1836[280] interdisait toutes loteries à moins qu'elles ne soient destinées « *à des actes de bienfaisance* » et l'article L. 131-36 du Code de la consommation exigeait qu'elles ne soient soumises à « *aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit* »[281]. En d'autres termes, le législateur n'autorisait que les loteries publicitaires dont il était démontré « *la gratuité de la participation* »[282]. Ce contentieux nous intéresse à l'égard de la spécialité de la contrepartie convenue car la Cour de cassation a pu manifester dans un arrêt la dissociation de deux opérations liées, considérant que l'une était à titre gratuit et l'autre à titre onéreux. En effet, la spécialité de la contrepartie convenue de la seconde opération a permis de considérer que l'infraction d'organisation de loteries publicitaires prohibées n'était pas consommée.

Les faits à l'origine de l'affaire sont les suivants[283], en l'espèce la société La Redoute avait adressé à ses clients des documents publicitaires personnalisés, les invitant à participer à quatre jeux comportant l'attribution gratuite de nombreux lots tirés au sort. Le problème est survenu à l'occasion de l'attribution de ces différents lots car il était exigé par la société La Redoute, notamment pour le jeu « *Surprise de la chance* », que le gagnant verse la somme de 11 francs pour frais d'envoi s'il ne souhaitait pas se manifester par téléphone. L'affaire a été portée à la connaissance de la justice en considérant que le versement de cette somme constituait un « *sacrifice pécuniaire* » contraire à la législation car elle conférait « *un caractère onéreux à la loterie* ». Les juges du fond ont relaxé le directeur général de La Redoute car ils ont considéré que « *le lien commutatif nécessaire entre l'offre et le sacrifice pécuniaire n'existait pas* ». L'affaire a tout de même été portée à l'attention de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi considérant « *que les frais incombant au client pour entrer en possession de son lot ne conféraient pas en l'espèce* ***un caractère onéreux*** *à l'opération* »[284]. En somme, la haute juridiction a pris en compte la spécialité de la contrepartie convenue, qui visait à financer seulement la mise en possession du lot et non la participation à la loterie. En effet, seuls les gagnants pouvaient

---

[279] **Cass. crim., 21 nov. 1989, n° 88-85.357**. *Rappr.* **Cass. crim., 18 juill. 1985, n° 84-95.942**.

[280] Loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries, désormais codifiée dans le Code de la sécurité intérieure. *Rappr.* Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales.

[281] « *Les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants, aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit* ». Pour une application récente *V.* **Cass. com., 20 janv. 2015, *Bull. civ.* IV, n° 6, n° 13-28.521**, préc.

[282] **CA Montpellier, ch. 1, sect. D, 15 févr. 2000, n° 97/0001961, *Jurisdata* n° 2000-124061**. Dans le même sens *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 13, n° 24 ; F. Guerchoun, *Rép. civ.* Dalloz, Jeu-Pari-Droit spécial des jeux, n° 18.

[283] **Cass. crim., 21 nov. 1989, *Bull. crim.,* n° 432, n° 88-85.358** ; *RTD com.* 1990, p. 448, obs. B. Bouloc et p. 516, obs. P. Bouzat.

[284] Nous soulignons.

éventuellement être soumis à cette obligation financière. Or, étant donné que la législation en vigueur n'interdisait que l'existence d'une loterie à titre onéreux, le fait d'exiger un tel engagement ne rendait pas l'organisateur coupable du délit de loterie publicitaire prohibée.

89. ***Une spécialité source de division.*** Par ces trois cas jurisprudentiels particuliers, nous avons pu montrer que le lien caractéristique des notions de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux se veut spécial, c'est-à-dire qu'il circonscrit le rapport à titre onéreux. Cette donnée est essentielle car elle permet de distinguer plusieurs rapports contractuels qui se nouent entre les mêmes parties et à des moments très proches et de les qualifier de conventions à titre onéreux ou à titre gratuit de manière autonome. Concernant le bail rural, celui-ci était à titre onéreux indépendamment du fait que la convention ait été signée le même jour que la vente sous condition suspensive d'obtention de prêt. À propos de la faculté de dédit, celle-ci est à titre onéreux ou à titre gratuit quelle que soit la nature gratuite ou onéreuse de la convention dont elle est l'accessoire. Au sujet des loteries publicitaires, la loterie était à titre gratuit indépendamment de la livraison qu'elle pouvait supposer et qui était à titre onéreux. Dans l'ensemble de ces cas, ce qui a importé c'était de démontrer que l'avantage en cause avait sa contrepartie, c'est-à-dire qu'il était démontré une corrélation avec un avantage réciproque particulier.

Après avoir précisé l'effet dissociatif de la spécialité de la corrélation, nous allons voir par dans les développements suivants l'effet associatif de la spécialité de la corrélation. C'est-à-dire l'idée que la spécialité peut permettre de considérer plusieurs rapports contractuels matériellement distincts comme ne constituant qu'un unique rapport contractuel global.

B. Une spécialité facteur d'union

90. ***L'union de rapports apparemment distincts.*** Suivant les illustrations traditionnelles du contrat à titre onéreux, la contrepartie convenue s'envisage comme un avantage simple et aisément identifiable. Dans la vente, par exemple, la contrepartie convenue à la charge du vendeur n'est autre que la transmission de la propriété de la chose vendue et la contrepartie convenue à son profit n'est rien de plus que le paiement de son prix. Si cette analyse est régulièrement représentée dans la vie courante, elle n'est toutefois pas représentative de toute la réalité contractuelle, qui est très diverse et régulièrement plus complexe. La pratique donne ainsi à connaître de nombreuses opérations qui ne correspondent à aucune qualification, relevant de la sphère de l'innomé, et d'opérations dans lesquelles les contreparties convenues ne se résument pas à un seul avantage, mais à une agrégation de plusieurs avantages.

L'ensemble de ces situations, aussi diverses soient-elles, présentent malgré tout une constante,

un même axe de rotation, à savoir la notion de corrélation. En effet, cette notion est ce qui permet de concevoir l'existence de toutes ces opérations originales et éventuellement complexes, car elle assure leur unification. Rappelons-le, la corrélation est ce qui permet d'affirmer qu'un avantage a pour contrepartie cet autre avantage réciproque. Afin de rendre compte de cette unification assurée par la notion de corrélation à l'occasion de la qualification de contrepartie convenue, nous proposons d'évoquer différents cas jurisprudentiels qui les illustrent. Le premier cas rendra compte de l'association d'engagements réciproques apparemment distincts et à titre gratuit, et les autres manifesteront la matérialisation de contreparties convenues complexes composées de plusieurs avantages.

91. ***La corrélation de contrats apparemment distincts et à titre gratuit.*** La spécialité de la corrélation peut être le facteur d'union de différents avantages, révélant l'existence d'un unique rapport à titre onéreux au-delà de l'apparente indépendance des avantages convenus. Cette particularité de la corrélation s'est plusieurs fois illustrée en jurisprudence à l'égard de la qualification de bail rural, un contrat par nature à titre onéreux. Nous évoquerons essentiellement un arrêt rendu par la Cour de cassation.

L'arrêt a été rendu le 22 juillet 1992[285] au sujet de la mise à disposition de parcelles agricoles par une convention verbale. Constatant l'absence de tout loyer à cette mise à disposition, le propriétaire s'estimait alors lié par un contrat de commodat, gratuit par nature, excluant le régime protecteur du bail rural. Cependant, la Cour d'appel de Rouen a considéré au contraire qu'il était question d'un bail rural car l'exploitation des parcelles avait une contrepartie. Le propriétaire des parcelles a en effet bénéficié « *depuis le début de la mise à disposition des parcelles* » de « *travaux effectués régulièrement* » sur sa propriété privative entourée d'un jardin d'une surface de 5 000 mètres, sans l'octroi d'une rémunération spécifique. Un pourvoi a été introduit devant la Cour de cassation, qui a été rejeté considérant que les juges du fond ont légalement justifié leur décision.

Cette solution est intéressante car elle manifeste doublement la dimension spéciale de la corrélation. D'un côté, elle constate l'absence d'une contrepartie dédiée aux travaux effectués sur la propriété du bailleur et d'un autre côté elle constate la corrélation de ces travaux avec la mise à disposition des parcelles agricoles. En sommes, les deux avantages en nature ne formaient qu'un seul contrat. Dès lors, il n'était pas question d'un prêt à titre gratuit et de travaux à titre gratuit, mais bien d'un contrat à titre onéreux dont les contreparties étaient d'un côté la mise à disposition des parcelles agricoles et de l'autre la réalisation de différents travaux en faveur du bailleur.

[285] **Cass. civ. 3e, 22 juill. 1992, n° 90-19.086**.

92. ***La corrélation entre des contreparties complexes.*** À suivre les exemples les plus courants et les plus classiques de contrat à titre onéreux, la notion de contrepartie convenue suppose l'existence d'un avantage unique et identifiable. Dans la vente, par exemple, les contreparties convenues sont d'un côté la transmission de la propriété et de l'autre l'octroi de son prix, dans le bail, la situation est identique, d'un côté il y a la transmission d'un droit temporaire d'usage et de l'autre le paiement d'un loyer. Cependant, la réalité pratique invite à considérer que la notion de contrepartie convenue peut être bien plus complexe, et prendre en compte plusieurs avantages. La loi en donne même un exemple avec le bail emphytéotique de droit privé organisé aux articles L. 451-1 à L. 451-13 du Code rural. Ce contrat prévoit l'octroi par l'emphytéote d'un « *droit réel* »[286] au preneur qui en contrepartie doit accorder un loyer de faible valeur, appelé canon emphytéotique, accompagné d'une renonciation à toute indemnité d'accession en fin de bail[287]. La jurisprudence a également donné plusieurs exemples de cette pratique des plus diversifiée. Par exemple, la Cour de cassation a considéré qu'un bail commercial pouvait avoir une économie similaire à celle du bail emphytéotique en prévoyant à la fois l'octroi d'un loyer et la renonciation à toute indemnité d'accession en fin de contrat[288]. Par ailleurs, dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a considéré qu'un contrat à titre onéreux avait pu prévoir pour l'octroi de la propriété de deux parcelles une contrepartie consistant en « *la décharge des coûts de gardiennage, des frais d'entretien et des risques d'occupation sans titre ou de dégradations d'un bien libre de toute occupation depuis 2008, du coût de la destruction de la résidence universitaire, estimée à plus d'un million d'euros notamment en raison de la présence d'amiante et de l'obligation de réutilisation, dans des conditions conformes aux objectifs d'aménagement du territoire et de renouvellement urbain* »[289].

93. ***Une spécialité source d'union.*** Par ces quelques cas jurisprudentiels particuliers, nous avons cherché à montrer que le lien caractéristique des notions de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux se veut spécial et que celui-ci peut être un facteur d'unification de différents avantages convenus entre les mêmes parties. Cette unification est essentielle en ce qu'elle permet, comme en

---

[286] C. rur., art. L. 451-1.

[287] C. rur., art. L. 451-7. Pour un rappel récent, *V.* **Cass. civ. 3e, 8 sept. 2016, *Bull. civ.* III, n° 15-21.381, n° 15-22.374** ; *Loyers et copro.* n° 12, déc. 2017, comm. 240, note Ph.-H. Brault ; *JCP* N n° 43-44, 27 oct. 2017, 1299, obs. V. Zalewski-Sicard ; *Constr.-Urba.* n° 10, oct. 2016, comm. 135, obs. Ch. Sizaire. Ce qui est également admis pour le bail à construction : **Cass. civ. 1re, 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 481, n° 94-11.783**.

[288] **Cass. civ. 3e, 7 juill. 2015, n° 14-12.989** : « *Attendu qu'ayant relevé que la représentation par la même personne du bailleur et du preneur témoignait de l'imbrication de leurs intérêts, que les clauses du bail excluant toute indemnité pour le preneur en cas de reconstruction, réparation ou travaux de nature à perturber l'exploitation témoignaient de la volonté de ne pas entraver la propriété commerciale par une charge de loyer trop importante et que le prix modique du bail au regard des prix pratiqués pour des locaux environnant était compensé par les charges et taxes que le preneur devait supporter, qui confirmaient le caractère onéreux de l'occupation des lieux, la cour d'appel, a pu en déduire que le caractère dérisoire du loyer n'était pas démontré et que le bail n'était pas nul* ».

[289] **Cass. civ. 3e, 15 sept. 2016, n° 15-22.250**, préc.

matière d'ensemble contractuel[290], d'identifier un contrat à titre onéreux là où il pourrait sembler exister plusieurs contrats à titre gratuit. De même, elle permet l'identification d'un unique contrat à titre onéreux là où il pourrait exister un contrat à titre onéreux et des contrats à titre gratuit car l'une des parties accorde plusieurs avantages à l'autre qui n'en assume qu'un.

En définitive, il apparaît que la corrélation est une notion centrale pour la compréhension de la notion de contrepartie convenue qui permet soit de dissocier des avantages réciproques, identifiant en conséquence plusieurs rapports à titre onéreux et/ou à titre gratuit, soit d'associer différents avantages réciproques identifiant un unique rapport contractuel.

§2. L'origine de la spécialité : la volonté occasionnellement influencée par la législation appliquée

94. ***Le principe et les interférences.*** La corrélation est l'expression de la volonté des parties d'unir les avantages qu'elles s'accordent. En raison de cette nature volontaire la corrélation se présente comme une donnée fortement influencée par les stipulations des parties et qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[291] (**A**). Nous verrons par la suite que, pourtant, cette dimension volontaire n'épuise pas totalement la notion de corrélation. La loi l'influence en effet régulièrement[292]. D'un côté, la loi peut inciter à la spécialisation de la corrélation, contrairement à ce que pourraient vouloir les parties au contrat, et d'un autre côté, elle peut justifier une appréhension plus ou moins approfondie de la spécialisation de la corrélation (**B**).

A. L'origine volontaire de la spécialité

95. ***La stipulation expresse de la corrélation.*** La démonstration de la corrélation des avantages réciproques ne fait l'objet d'aucune restriction de principe[293] et peut être stipulée expressément comme tacitement. Lorsque celle-ci est expressément convenue, le contentieux est très faible car dans cette hypothèse les juges du fond n'ont d'autres choix que de respecter les attentes des

---

[290] *Rappr.* R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 335.

[291] Indirectement en ce sens *V.* **CA Aix-en-Provence, ch. 1-5, 25 mai 2022, n° 21/03648, n° 2022/264** : « *Bien qu'en matière de bail rural, les juges ne soient pas liés par les stipulations contractuelles, il n'est pas démontré, ni même allégué, que le fermage convenu dans le bail soit également applicable à la station de pompage, pas plus qu'il n'est établi qu'un fermage serait payé pour cette station.* »

[292] *Comp.* J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, th. préc., p. 434, n° 403 : l'auteur parvient à la même conclusion lors de son étude de la notion d'indivisibilité en matière d'acte juridique.

[293] Comme pour la conclusion du contrat pour laquelle le législateur exige occasionnellement une formalisation expresse. Par exemple, tel est le cas du cautionnement, qui, suivant l'article 2292 du Code civil : « *ne se présume point ; il doit être exprès* ».

parties[294]. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi introduit contre l'arrêt d'appel qui avait considéré que la convention était « *à titre onéreux* » compte tenu de « *l'indication par les parties dans la convention du 29 juin 1989 que la concession d'exploitation étant faite "en échange d'un service"* »[295]. Affirmant expressément l'existence d'une corrélation entre les avantages convenus, les juges se voyaient contraints d'admettre les qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux. Dans le cas contraire, ils se seraient exposés au grief de dénaturation[296]. Compte tenu de cette limitation, il se présente que l'essentiel du contentieux relatif à la corrélation se nourrit des questions de corrélation tacite qui nécessitent de la part des juges un effort d'interprétation car elle doit être « *révélée par d'autres moyens que les langages* »[297].

96. ***La stipulation tacite de la corrélation.*** La démonstration de la corrélation tacite n'est pas une chose aisée, toutefois, les arrêts relatifs à cette question sont très instructifs car ils précisent occasionnellement les indices qui sont à l'origine de leur prise de décision. En raison de cela il est alors possible de considérer à partir de la jurisprudence que la corrélation peut se déduire de trois types d'indices : l'unité d'*insturmentum*, l'unité temporelle et l'unité intellectuelle.

Tout d'abord nous pouvons évoquer l'unité d'*instrumentum* comme indice de corrélation. À titre d'illustration nous pouvons rappeler un arrêt précédemment évoqué[298] dans lequel la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir refusé la qualification de contrat à titre onéreux alors qu'ils avaient relevé l'existence d'avantages réciproques convenus dans le même contrat.

Ensuite nous pouvons évoquer l'unité temporelle des avantages réciproques comme indice de corrélation. À titre d'exemple, nous pouvons évoquer un arrêt d'appel récent rendu en matière de bail rural[299] dans lequel les juges du fond en ont retenu l'existence après le constat de « *la prise en charge de frais* » pendant l'exploitation agricole qui incombaient au propriétaire des parcelles, à savoir notamment des taxes foncières, des frais d'alimentation d'animaux, ou encore des frais d'eau et d'électricité. Dans le même ordre d'idée, nous pouvons mentionner un arrêt récent[300] dans lequel la qualification de bail a été retenue en raison du reversement concomitant d'un avantage qui devait être reçu d'un tiers. Plus précisément, le locataire a reversé au bailleur des aides dont ils bénéficiaient

---

294 *Rappr.* J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, th. préc., p. 444, n° 414.

295 **Cass. civ. 3e, 6 nov. 2001, n° 00-15.378** : « *Attendu qu'ayant retenu que l'indication par les parties dans la convention du 29 juin 1989 que la concession d'exploitation étant faite "en échange d'un service" établissait qu'elle était faite à titre onéreux* ».

296 Sur cette question *V.* M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 9e éd., 2018, p. 117 et suiv.

297 P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, Paris, PUF, 1977, p. 24, n° 14.

298 **Cass. civ. 3e, 17 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 179, n° 06-18.503**, préc.

299 **CA Toulouse, 4e ch. soc., 1re sect., 27 févr. 2015, n° 12/05742**

300 **CA Toulouse, 1re ch., 1re sect., 29 juin 2015, n° 14/02569** : « *Il en résulte que le versement de ces DPU à Patrick V. et non aux époux R., ce qui aurait dû normalement être le cas, équivaut à une contrepartie financière puisque les exploitants agricoles ont accepté de ne pas percevoir ces sommes au profit du propriétaire des terres.* »

en raison de l'exploitation agricole[301].

Enfin, et plus généralement, on peut évoquer l'unité intellectuelle des avantages réciproques comme indice de corrélation. À titre d'exemple, nous pouvons évoquer un arrêt d'appel récent rendu en 2015[302] qui a refusé la qualification de bail rural, et donc de contrat à titre onéreux, malgré le fait qu'il était rapporté la preuve d'avantages réciproques entre les parties. Selon les juges du fond, même si des travaux importants avaient été effectués par les usagers des parcelles agricoles au bénéfice du propriétaire[303], ces travaux étant « *en dehors de tout rapport avec un usage agricole* », ils ne pouvaient en constituer la contrepartie convenue de la mise à disposition des terres. En d'autres termes, même si ces travaux présentaient une certaine concomitance avec l'usage agricole, même s'ils étaient entre les parties au contrat de mise à disposition des terres agricoles, il est apparu aux yeux des juges du fond que ces avantages réciproques étaient indépendants. Dès lors, ils en ont déduit l'absence d'un unique rapport à titre onéreux.

D'une manière générale, il ressort des arrêts rendus par la Cour de cassation et des juridictions d'appel, notamment en matière de bail, que l'identification de la stipulation d'une contrepartie convenue s'effectue par la technique du faisceau d'indices concordants. Ce qui implique que les différents arguments que nous venons de répertorier sont régulièrement constatés ensemble dans les décisions afin d'emporter la conviction du juge[304].

97. ***La notion de prix et la corrélation.*** Dans les exemples précédents, il apparaît que les difficultés de démonstration d'une corrélation portent très couramment sur des relations économiques non monétaires. Ainsi, il a été question en matière de bail rural de la mise en relation d'un droit d'usage d'une parcelle agricole avec des travaux, ou avec la prise en charge de taxes relatives à l'exploitation agricole qui incombent normalement au propriétaire, ou encore avec la prise en charge de certains frais détachés de l'exploitation et qui incombent également au propriétaire agricole. Cette dimension non monétaire est à notre avis importante à relever car en présence d'une prestation monétaire la corrélation est plus aisée à démontrer[305]. Cela s'explique essentiellement par les spécificités de la monnaie.

Tout d'abord, cela s'explique par le fait que la monnaie est une unité de valeur, c'est-à-dire qu'elle

---

301 *Rappr.* **CA Toulouse, 1re ch., 2e sect., 11 mars 2019, n° 17/01622** : en l'espèce, il a été retenu que l'occupation d'un immeuble constitutive d'une libéralité avait eu pour contrepartie l'entretien concomitant du propriétaire sa vie durant. En conséquence il a été considéré que seul l'avantage indirect d'occupation du bien, auquel il a été retranché la contrepartie, était rapportable à la succession.

302 **CA Rennes, 1re ch., 17 févr. 2015, n° 13/06954**.

303 Il était question de travaux d'une valeur de 55 000 à 60 000 € pour un bien d'une valeur d'environ 10 000 €.

304 Il peut même être évoqué des éléments relevant de stipulations expresses et tacites. Pour une illustration *V*. **CA Bordeaux, 1re ch. civ., 21 juin 2021, n° 19/03957**.

305 M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 107, n° 152.

représente la valeur d'une prestation réelle rémunérée. Dès lors, la dépendance entre une prestation monétaire et réelle se démontre notamment par une correspondance de valeur. Ensuite, la facilité de preuve de la dépendance d'une prestation monétaire découle du fait qu'elle est une chose divisible et adaptable. C'est-à-dire que la monnaie peut se conformer aux caractères spécifiques de la prestation réelle qu'elle rémunère. Ainsi, en présence d'une prestation réelle unique, comme l'octroi d'un droit de propriété, la prestation monétaire sera également unique, consistant en un seul versement. En présence d'une prestation réelle successive, comme un droit d'usage sur un bien immeuble, la prestation monétaire sera également successive, consistant en des versements multiples par échéances déterminées. En présence d'une prestation réelle progressive, qui n'est ni régulière ni fixe comme la construction d'un immeuble, la prestation monétaire pourra se conformer au gré du temps à l'évolution de la prestation financée[306]. Enfin, la facilité de preuve de la dépendance d'une prestation monétaire découle du fait qu'elle est la contrepartie la plus courante dans l'économie occidentale. Elle est « *un pouvoir d'achat indifférencié* »[307], c'est-à-dire « *que la monnaie permet au détenteur d'acquérir ce qu'il désire, à son gré* »[308], dit encore autrement, « *elle est le moyen d'échange par excellence* »[309]. Du fait de cette caractéristique, la monnaie apparaît spontanément comme une contrepartie convenue. Cette position est même renforcée dans la société actuelle qui est fortement monétarisée. On le voit dans la pratique quotidienne avec l'invariable indication du prix des biens de consommation, mais également dans les législations spéciales qui ne cessent, notamment en droit de la consommation, de faire référence au prix des choses, et non à la notion plus large de contrepartie convenue.

En conclusion, il apparaît que la monnaie est la contrepartie convenue la plus courante dans notre société. Cela s'explique par ses caractères qui lui impriment une dépendance quasi-systématique envers une prestation réelle à rémunérer. De ce fait, en présence d'une prestation monétaire, la démonstration de la corrélation des avantages convenus prend un visage légèrement différent par rapport à des avantages en nature, et ainsi se prouve plus facilement.

---

306 Cette adaptabilité de la prestation monétaire est particulièrement bien illustrée par le droit du travail qui distingue la gratification complémentaire au salaire de la gratification distincte du salaire suivant des critères de généralité, de constance et de fixité. Pour une présentation générale *V*. G. Auzero, D. Baugard, É. Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 35e éd., 2021, p. 1242 et suiv., n° 990 et suiv. *Rappr.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., 2020, p. 234 à 236, n° 215 : l'auteur propose une lecture à partir de la qualification de contrepartie convenue plutôt que de corrélation. Pour une analyse critique *V*. *infra* n° 220 et suiv.

307 Fr.-A. Mann, *The legal aspect of money, with special reference to Comparative and Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 4e éd., 1982, p. 26 et suiv., cité par R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992, p. 26, n° 27.

308 R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, th. préc., p. 33, n° 39.

309 S. Bradburn, *Les systèmes d'échanges locaux – Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. Fl. Deboissy, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017, p. 69, n° 92.

98. ***La volonté influencée par la loi.*** La démonstration de la corrélation est une question centrale pour toute personne qui souhaite bénéficier de ses effets, à savoir l'union ou la division d'avantages réciproques. Cependant, comme nous avons essayé de le montrer, la démonstration de la corrélation est une question difficile, qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et qui est extrêmement dépendante des éléments de preuves rapportés. Si elle a été expressément stipulée, la démonstration est toujours acquise, en revanche, si elle ne l'a pas été, les parties doivent en rapporter la preuve et convaincre le juge, ce qui n'est pas toujours aisé.

Au-delà de cette conviction emportée par les éléments de preuve de la volonté des parties, il convient de souligner que la législation appliquée a son importance en matière de corrélation. En effet, la spécialité de la corrélation caractéristique de la contrepartie convenue est occasionnellement dans la dépendance de celle-ci, qui soit l'impose soit l'aménage.

B. Les influences de la législation appliquée sur la compréhension de la spécialité

99. ***Une spécialité exigée ou aménagée.*** Étant le fruit de la volonté des parties, la corrélation devrait en être sous la seule dépendance. Cependant, nous allons voir que cette déduction ne se vérifie que par principe. En effet, le droit objectif influence occasionnellement la spécialité de la corrélation.

Cette influence s'exprime de deux manières. La première consiste, suivant la législation en cause, à imposer l'octroi d'une contrepartie convenue et d'exiger de celle-ci d'être spécialisée, c'est-à-dire qu'il est interdit, dans certaines circonstances, de vouloir une corrélation produisant un effet associatif (**1**). La seconde influence consiste à justifier une appréhension particulière de la spécialité suivant la législation appliquée. C'est-à-dire que pour de mêmes contrats, des législations différentes appellent à une compréhension différente de la spécialité de la corrélation (**2**).

1. Une spécialité exigée : l'exemple de la clause de non-concurrence

100. ***L'exigence d'une contrepartie spéciale***. Nous avons vu précédemment que la spécialité de la corrélation d'avantages réciproques avait deux effets, un premier effet dissociatif, consistant à affecter de façon très précise des avantages à d'autres, et un second effet associatif, qui contrairement au premier consiste à globaliser les avantages, considérant qu'ils constituent un unique rapport à titre onéreux. Ces deux effets sont le fruit de la volonté des parties et sont donc nécessairement dans la dépendance de celle-ci. Cependant, il se présente des cas dans lesquels le droit objectif impose une spécialisation et contraint les parties à adapter leurs volontés à celle-ci.

Dans pareilles situations l'ordre public est particulièrement présent et vise à protéger une partie, tel est le cas dans le contentieux de la clause de non-concurrence post-contracutelle en droit du travail.

101. ***La clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail.*** La clause de non-concurrence post-contractuelle est, en dépit de son appellation courante, un véritable contrat qui produit ses effets consécutivement à la rupture du contrat de travail antérieur. L'objet de cette convention, très courante en pratique, est d'éviter que l'ancien salarié permette à un concurrent de profiter de ses connaissances et de son expérience acquise auprès de son ancien employeur. Étant fortement attentatoire à la liberté du travail, la clause de non-concurrence est à l'origine d'un important contentieux qui s'intéresse de près à son opportunité ainsi qu'à sa correcte application. Au-delà de ce contrôle strict, la clause de non-concurrence en droit du travail fait l'objet d'une appréhension occasionnellement particulière, faisant évoluer ses conditions de validité. À cet égard, il convient de rappeler que depuis trois arrêts de 2002, la jurisprudence exige de ces clauses de comporter « *une contrepartie financière* »[310] afin d'être valident en droit du travail[311]. Cette exigence[312] jurisprudentielle récente, qualifiée de véritable tsunami par la doctrine travailliste[313], a changé l'économie de la clause, faisant de celle-ci un véritable « *contrat synallagmatique* »[314]. Dans la continuité de cette appréhension particulière de la clause de non-concurrence en droit du travail, la Cour de cassation est venue préciser dans un arrêt fondateur du 7 mars 2007[315] que cette clause devait certes avoir une contrepartie convenue, mais que celle-ci devait en plus lui être spécialement attribuée, à peine de nullité[316]. En d'autres termes, il doit non seulement être prévu une contrepartie à l'obligation de non-concurrence, mais en plus elle doit être spéciale, c'est-à-dire exclusivement

---

[310] **Cass. soc., 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 239, n° 99-43.334, n° 99-43.336, n° 00-45.387, n° 00-45.135** ; *CCC* 2002, n° 141, obs. M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2002, p. 2491, note Y. Serra ; *D.* 2002, somm. p. 3111, obs. J. Pellissier ; *Defrénois* 2002, art. 37644, p. 1619, n° 94, obs. R. Libchaber ; *JCP* 2002, II, 10162, note Fr. Petit ; *JCP* 2003, I, 130, n° 1, obs. P. Morvan ; *JCP* éd. E 2002, p. 1511, note D. Corrignan-Carsin ; *RDC* 2003, p. 17 obs. J. Rochfeld ; *RDC* 2003, p. 142, obs. Ch. Radé.

[311] Fr. Buy, M. Lamoureux, J. Mestre, J.-Ch. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, LGDJ, coll. Les intégrales, 2e éd., 2019, p. 524, n° 1134.

[312] **Cass. soc., 17 déc. 2004, *Bull. civ.* V., n° 346, n° 03-40.008** ; *Dr. soc.* 2005, p. 123, obs. P. Sargos et p. 334, obs. B. Gauriau ; *D.* 2005, p. 2454, note A. Bugada ; *RTD civ.* 2005, p. 159, note P.-Y. Gautier et p. 625, obs. Ph. Théry : « *l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence* ».

[313] Y. Serra, « *Tsunami* sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491, note sous Cass. soc., 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 239, n° 99-43.334, n° 99-43.336, n° 00-45.387, n° 00-45.135.

[314] Y. Picod, Y. Auguet, M. Gomy, *Rép. civ.* Dalloz, Concurrence : Obligation de non-concurrence, n° 118.

[315] **Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511** ; *D.* 2007, p. 1798, note C. Lefranc-Hamoniaux ; *Dr. soc.* 2007, p. 657, note J. Mouly ; *D.* 2007, p. 2261, chron. M.-C. Amauger-Lattes ; *RDT* 2007, p. 308, note G. Auzero ; *D.* 2007, p. 1708, note A. Fabre ; *CSBP* 2007, p. 267, note H. Gillier. Dans le même sens *V.* **Cass. soc., 27 mars 2008, n° 06-45.752** ; **Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-44.291** ; **Cass. soc., 22 juin 2011, *Bull. civ.* V, n° 159 et 160, n° 09-71.567, n° 09-68.762**.

[316] Nous qualifions cet arrêt de fondateur car antérieurement la Cour de cassation admettait la possibilité d'un versement anticipé. En ce sens, *V.* **Cass. soc., 19 juin 1991, *Bull. civ.* V, n° 312, n° 87-43.488** ; *D.* 1992, somm. 52, obs. Y. Serra ; *RJS* 1991, n° 962.

corrélée à la non-concurrence. Cette exigence accrue de spécialité du lien de corrélation manifeste l'idée de puissance relativisée de la volonté dans ce domaine. Pour bien le comprendre, nous proposons d'approfondir l'arrêt à l'origine de cette exigence.

Les faits à l'origine de l'affaire sont les suivants, en l'espèce, Mme X… a été engagée en 1996 par la société Pierre Johanet et fils éditeurs en qualité de VRP et a été licenciée en 2002. La salariée a alors saisi la juridiction prud'homale afin de se voir, notamment, accorder des dommages-intérêts pour avoir respecté une clause de non-concurrence nulle, car dépourvue de contrepartie financière. Ce à quoi l'employeur s'est opposé en rappelant que le contrat de travail prévoyait à l'égard de la clause de non-concurrence post-contractuelle la phrase suivante : « *cette clause correspond à 7% de votre salaire et se trouve incluse dans votre fixe et dans les taux de commissions exprimés ci-dessus* ». En d'autres termes, l'employeur démontrait que l'engagement de non-concurrence faisait l'objet d'une contrepartie convenue qui était intégrée au salaire, c'est-à-dire qu'elle était versée à l'occasion de l'exécution du travail et non de l'obligation de non-concurrence. Les juges du fond ont donné raison à la salariée et ont condamné l'employeur à verser la somme de 6 000 euros à titre de dommages-intérêts pour l'exécution d'une clause de non-concurrence nulle, et ils lui ont refusé le remboursement de la majoration de salaire accordée à la salariée. L'affaire a été portée à l'attention de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi considérant que « *la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi ; que son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture* ».

La solution a pu être jugée dure envers l'employeur[317] car celui-ci s'est vu doublement condamné en l'espèce : il n'a pas pu obtenir la restitution de la majoration de salaire accordée et il a dû verser une indemnisation pour l'exécution de la clause de non-concurrence nulle. Néanmoins, elle est apparue intéressante aux yeux des auteurs car l'exigence d'une spécialité accrue de la contrepartie convenue peut être salutaire à plusieurs niveaux. Tout d'abord, en refusant une globalisation du contrat de travail et de la clause de non-concurrence, il est assuré une meilleure évaluation de l'indemnité de non-concurrence[318]. En l'espèce, l'indemnité de non-concurrence était en partie dépendante de la durée du travail[319] car elle était versée en même temps que le salaire. Ensuite, cette exigence assure une plus grande lisibilité de la clause de non-concurrence mais surtout une plus

[317] G. Auzero, « Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence », *RDT* 2007, p. 308, note sous Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511.

[318] M.-C. Haller, « Une majoration de salaire ne peut plus tenir lieu de contrepartie financière », *JS Lamy*, 27 mars 2007, n° 208, 18, note sous Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511.

[319] Même si elle a une nature salariale : **Cass. soc., 6 juill. 2000, n° 98-15.307** ; *RJS* 9-10/2000, n° 993.

grande équivalence[320], même s'il est acquis que l'indemnité de non-concurrence ne peut être dérisoire[321]. Enfin, cette exigence de spécialisation est salutaire car elle élude de nombreux problèmes pratiques. Si d'aventure l'indemnité versée pendant le travail venait à être excessive au regard de la durée réelle de l'obligation de non-concurrence, la spécialisation éviterait à l'ex-salarié et l'ex-employeur de communiquer après leur séparation pour rééquilibrer leur relation.

En définitive, il apparaît, comme le souligne le professeur Mouly que la haute juridiction a souligné le « *synallagmatisme de la clause, mais entendu non de façon abstraite, par référence à la seule structure du contrat, mais de manière concrète, dans le souci d'assurer avant tout l'efficacité de l'exigence posée en 2002* »[322] d'une contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence.

102. ***Les autres clauses.*** La clause de non-concurrence en droit du travail fait elle figure d'exemple ou d'exception pour toutes les autres clauses contractuelles ? Selon le professeur Dissaux « *la question est très sensible* ». Ne serait-ce que pour la clause de non-concurrence, l'exigence d'une contrepartie convenue spéciale « *n'est certaine que lorsque la clause est stipulée dans un contrat de travail* »[323]. Dans l'ensemble, les auteurs[324] sont d'avis que la stipulation d'une contrepartie convenue n'est pas nécessaire à la validité de toute clause. La Cour de cassation semble accorder sa faveur à cette analyse en considérant que toutes les clauses du contrat de travail n'ont pas à suivre le modèle de la clause de non-concurrence. En ce sens, la haute juridiction a récemment affirmé que la validité d'une clause de confidentialité « *n'ouvrait pas droit à une contrepartie financière* » car elle « *ne port(e) pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, mais se born(e) à imposer la confidentialité des informations détenues par lui et concernant la société* »[325]. La motivation de cette solution est très intéressante car elle fait écho aux solutions fondatrices de 2002, rendues en matière de clause de non-concurrence, qui s'étaient également rattachées au libre exercice d'une activité professionnelle

---

320 En ce sens, *V.* J. Mouly, « Clause de non-concurrence. Contrepartie financière. Possibilité d'inclure son montant dans la rémunération du salarié versée en cours de contrat (non) », *Dr. soc.* 2007, p. 657, note sous Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511.

321 *V.* not. **Cass. soc., 15 nov. 2006, *Bull. civ.* V, n° 341**, **n° 04-46.721** ; *Dr. soc.* 2007, p. 241, obs. J. Mouly ; *Rev. trav.* 2007, p. 85, obs. J. Pelissier ; *RDT* 2007, p. 95, obs. J. Pélissier ; *JCP* 2007. II. 10039, note D. Corrignan-Carsin ; *JCP* S 2007. 1057, note I. Beyneix ; *CCC* 2007, n° 21, note M. Malaurie-Vignal. Sur la question la contrepartie convenue dérisoire en général *V. infra* n° 390 et suiv.

322 J. Mouly, « Clause de non-concurrence. Contrepartie financière. Possibilité d'inclure son montant dans la rémunération du salarié versée en cours de contrat (non) », art. préc.

323 D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), *Le dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, p. 175 (*in fine*).

324 *V.* not. G. Chantepie, *La lésion*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2006, p. 127 et suiv., n° 187 et suiv. ; S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2021, p. 428 et suiv., n° 569 ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, p. 269 et suiv., n° 409 et suiv.

325 **Cass. soc., 15 oct. 2014, n° 13-11.524** ; *RDT* 2015, p. 39, obs. L. Gratton ; *SJ soc.*, n° 50, 9 déc. 2014, p. 1471, obs. H. Guyot.

pour justifier leur autonomie[326].

Compte tenu de cela, il ne faut pas considérer que toute clause se doit d'avoir sa propre contrepartie convenue, et que la stipulation d'une contrepartie globale est toujours possible pour la volonté des parties.

103. ***Une source volontaire largement de principe.*** En définitive, il apparaît à la suite de ces éléments que la volonté n'est pas toute puissante pour façonner la corrélation entre des avantages réciproques et que celle-ci peut être imposée par le droit objectif. Toutefois, cette restriction du pouvoir de la volonté que nous venons d'évoquer n'est pas générale et absolue, mais circonscrite et dépendante de la législation en cause. La volonté est donc, en principe, seule maître en matière de corrélation.

2. Une spécialité aménagée : l'exemple de la donation avec charge

104. ***Une illustration caractéristique.*** Dans les développements précédents, nous avons vu qu'il existe des cas de spécialité contrainte par le droit objectif, invitant à tempérer la toute-puissance de la volonté. Dans développements suivants nous allons voir qu'il existe également des cas de spécialité aménagée par le droit objectif. C'est-à-dire qu'il existe des situations où la corrélation n'est pas traitée de la même manière suivant la législation appliquée. Afin de l'illustrer, nous proposons de développer l'exemple particulier de la donation avec charge.

105. ***Le cas de la donation avec charge.*** Comme nous l'avons évoqué précédemment, la donation avec charge est classiquement définie comme une libéralité assortie d'une « *obligation imposée au gratifié par le disposant* »[327]. L'existence de cette charge ne retire pas en principe à la donation sa nature profonde de libéralité, toutefois, son existence influence à plusieurs égards son traitement juridique. Nous en évoquerons principalement trois.

La première influence, que nous avons évoquée précédemment, est liée à la possibilité d'obtenir l'annulation de la donation si la charge se révèle impossible, illicite ou immorale, et qu'elle a été la cause impulsive et déterminante de l'acte[328]. La seconde influence est la possibilité d'obtenir la révocation de la donation pour inexécution de la charge. Celle-ci est accordée, en application des

---

326 Il est probable que d'autres critères apparaissent dans d'autres domaines. À cet égard, nous pensons que la position de la Cour de cassation en matière de clause de non-concurrence pourrait s'imposer en propriété intellectuelle sur le fondement de l'article L. 213-2 du Code de la propriété intellectuelle qui précise que les conventions conclues par le producteur d'un phonogramme avec un éditeur de service « *ne peuvent comporter des clauses discriminatoires non justifiées par des contreparties réelles* ».

327 M. Bouyssou, *Les libéralités avec charge en droit civil français*, th. préc., p. 48.

328 **Req., 3 juin 1863, *Martal***, préc.

articles 953 et suivants du Code civil, une fois encore si la charge a été la cause impulsive et déterminante de la donation[329]. Enfin, la troisième influence concerne le rapport et la réduction de la libéralité, qui ne portent pas sur l'ensemble de ce qui a été accordé, mais seulement sur son émolument gratuit[330] ou « *net procuré* »[331]. C'est-à-dire que le rapport et la réduction ne pourront porter que sur la portion gratuite de la donation, c'est-à-dire le résultat de la soustraction de la charge à la donation[332].

106. ***La donation avec charge : un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux ?*** Face à cette notion de donation avec charge et son traitement jurisprudentiel, les auteurs se sont interrogés sur sa nature gratuite ou onéreuse. Trois thèses sont classiquement défendues. La première estime qu'il est question d'un contrat synallagmatique à titre gratuit, car la donation est « *par essence, gratuite* »[333]. La seconde thèse suggère plutôt qu'il est question d'un acte mixte[334], qui est à titre onéreux jusqu'à hauteur de la charge et à titre gratuit au-delà, car la charge réciproque est une contrepartie convenue. Ainsi, il faut considérer qu'au sein de l'*instrumentum* deux *negotium* sont identifiables. La troisième thèse postule quant à elle qu'il est question d'un contrat à titre onéreux dans son ensemble[335] car toute contrepartie convenue emporte la qualification de contrat à titre onéreux et écarte toute intention de ne pas recevoir de contrepartie.

Même s'il est affirmé à l'endroit de la donation avec charge que « *la question de sa gratuité semble ne pas faire de doute* »[336], à notre avis elle ne peut recevoir la qualification de contrat à titre gratuit du seul

---

329 **Cass. civ. 1re, 27 janv. 1981, *Bull. civ.* I, n° 32, n° 79-16.156**.

330 **Cass. civ. 1re, 24 nov. 1987, *Bull. civ.* I, n° 312, n° 86-11.682** ; *JCP G* 1989, p. 21193, note Fr.-X. Testu ; *Defrénois* 1988, art. 34149, note G. Morin ; **Cass. civ. 1re, 23 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 114, n° 92-15.191** ; *D.* 1995, p. 333, note B. Vareille. Il en est de même pour la donation déguisée : **Cass. civ. 1re, 11 juill. 2019, n° 18-19.415** : « *Attendu que le rapport d'une donation déguisée sous couvert d'une vente à moindre prix n'est dû que pour l'avantage ainsi conféré, correspondant à la différence entre la valeur du bien donné et le prix payé* » ; La même solution est retenue en matière de donation indirecte. Sur ce dernier point *V.* S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 449, n° 256 ; Pour la soumission du seul émolument net à la réduction *V.* **Cass. civ., 28 nov. 1938** ; *DH* 1939. 17.

331 **Cass. civ. 1re, 11 oct. 2017, *Bull. civ.* I, n° 16-21.692** ; *D.* 2017, p. 2097 ; *AJ fam.* 2017, p. 657, obs. N. Levillain.

332 Dès lors, si aucun émolument n'existe, le rapport et la réduction sont écartés. En ce sens, *V.* **Req., 21 déc. 1887** ; *DP* 1888. 1. 256 ; Plus récemment : **Cass. civ. 1re, 9 juill. 1991, *Bull. civ.* I, n° 230, n° 89-20.686** ; I. Najjar, *Rép. civ.* Dalloz, Donation, n° 68 : « *Si la charge est jugée équivalente ou supérieure à l'avantage recueilli par le donataire, l'acte n'est plus qu'à titre onéreux* » ; *Comp.* **Cass. com., 30 mai 1989, *Bull. civ.* IV, n° 173, n° 87-17.643**.

333 S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 55, n° 94.

334 R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, 1821, rééd., préf. J.-L. Halpérin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011, p. 11, n° 12 (*in fine*) : « *les contrats par lesquels celle des parties qui confère un bienfait à l'autre exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne, sont des contrats* mixtes *: telles sont les donations faites sous quelque charge imposée au donataire* ». Dans le même sens I. Najjar, *Rép. civ.* Dalloz, Donation, n° 68 ; A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 90, n° 54.

335 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 194, n° 206. Plus nuancé *V.* J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. M. Maury, Paris, LGDJ, 1955, p. 196, n° 179.

336 S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 55, n° 94.

fait de l'intention libérale. La qualification de contrepartie convenue s'y oppose[337]. En revanche, concernant sa nature mixte ou onéreuse, il ne peut être apporté de réponse unique et définitive car la donation avec charge fait l'objet d'une appréhension différente selon la législation appliquée[338]. Nous allons le voir, lorsqu'une donation avec charge est à l'origine d'une action en justice fondée sur des mécanismes successoraux comme le rapport ou la réduction, la donation avec charge « *a une nature mixte* »[339]. Celle-ci fait l'objet d'une décomposition avec d'un côté un contrat à titre onéreux et de l'autre un contrat à titre gratuit. Cependant, nous verrons également que lorsqu'une donation avec charge est à l'origine d'une action en justice fondée sur la fraude aux droits des créanciers, la donation avec charge est uniquement un contrat à titre onéreux. Aucune décomposition n'est admise, elle est traitée comme un tout unique.

107. ***La donation avec charge dans les contentieux du rapport et de la réduction.*** Le rapport et la réduction sont des mécanismes exclusivement successoraux qui intéressent l'ensemble de la succession. Le rapport, prévu à l'article 857 du Code civil, permet d'assurer l'égalité des vocations héréditaires légales en faisant en sorte que « *chacun des héritiers – le gratifié et les autres – ne reçoivent rien en sus de ce que la loi leur accorde dans la succession du disposant* »[340]. La réduction, organisée aux articles 920 et suivants du Code civil, assure quant à elle la plénitude des droits des héritiers réservataires, en leur permettant de faire respecter leurs droits légaux en dépit des libéralités réalisées par le *de cujus*. Ces deux institutions concernent exclusivement la succession et visent à assurer que la loi puisse produire effectivement ses effets en dépit de la volonté du *de cujus*.

De prime abord, ces institutions ne semblent pas intéressées par l'existence ou l'absence d'une charge au profit d'un donataire ne faisant aucunement référence à la notion ni même à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Toutefois, la jurisprudence a admis que la donation avec charge ne devait pas être traitée strictement de la même manière qu'une donation pure et simple. À cet égard, nous l'avons déjà précisé et nous le rappelons, la donation avec charge fait l'objet d'une décomposition afin que seul l'émolument net, c'est-à-dire le reliquat de la soustraction de la charge à la donation, soit soumis au rapport et à la réduction. De cette manière il est identifié un contrat à titre onéreux à hauteur de la charge, qui n'est pas concerné par le rapport et la réduction, puis un contrat à titre gratuit pour la partie excédant la charge, qui elle est soumise au rapport et à la réduction.

---

337 Sur la justification de cette position *V. infra* n° 170 et suiv.

338 Pour la résolution de cette question *V. infra* n° 194 et suiv.

339 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 126, n° 144. *Rappr.* La qualification est ancienne, en ce sens *V.* R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, *op. cit.*, p. 11, n° 12.

340 A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 122, n° 89.

108. ***La donation avec charge et le contentieux de l'inopposabilité paulienne.*** La fraude paulienne est un mécanisme qui permet au créancier de contrer la fraude du débiteur qui cherche à entraver l'exercice de ses droits généraux et spéciaux sur son patrimoine. Pour ce faire, la loi accorde à l'article 1341-2 du Code civil au créancier victime une action en inopposabilité dont le régime exige soit la preuve d'un concert frauduleux[341], si l'acte contesté par le créancier est « *à titre onéreux* », soit la preuve de la seule intention frauduleuse de son débiteur si l'acte est à titre gratuit[342]. Cette différence de traitement est importante et fait l'objet d'un contrôle strict par les juges du fond qui vérifient qu'il est rapporté la preuve d'un concert frauduleux seulement lors de la contestation d'un contrat à titre onéreux.

Compte tenu de cette différence de traitement, les juridictions ont été naturellement confrontées à la question de savoir comment il fallait traiter la donation avec charge : s'agit-il d'un contrat mixte, comme pour le droit des successions ou bien d'un contrat à titre onéreux ? Selon les professeurs Terré, Lequette et Gaudemet, étant donné « *le souci de protéger les créanciers du disposant* » on pourrait être incité « *à concevoir* ***largement*** *l'acte à titre gratuit* »[343] et donc défendre une analyse mixte, voire purement gratuite, de la donation avec charge. Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation et des juridictions d'appel invite plutôt à la conclusion opposée, adoptant une conception restrictive de l'acte à titre gratuit.

Tout d'abord à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il convient de relever deux arrêts de rejet dans lesquels la donation avec charge est envisagée comme « *un acte à titre onéreux* », à l'égard duquel il faut rapporter la preuve de « *la complicité du donataire* »[344]. Ensuite, concernant les juridictions du fond, la solution est identique et ne semble souffrir d'aucune exception. La « *donation avec charge* » est « *un acte à titre onéreux* » et par conséquent, il est nécessaire de rapporter la preuve de la « *complicité frauduleuse* »[345] du donataire. Indéniablement, la position est totalement différente de celle adoptée dans le contentieux du rapport et de la réduction. Dans ce contentieux, la donation avec charge n'est donc pas un acte mixte mais un contrat à titre onéreux, le contrat est inopposable

---

341 Cciv., art. 1341-2 : « *Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude* ». Pour un rappel jurisprudentiel récent *V.* **Cass. civ. 1re, 17 mars 2016, n° 14-30.091**.

342 **Cass. civ. 1re, 9 juin 2017, n° 16-14.096** : « *la complicité des tiers bénéficiaires n'est pas requise* ».

343 Fr. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 4e éd., 2013, p. 264, n° 265 (nous soulignons).

344 **Cass. civ. 1re, 29 juin 2016, n° 15-17.834** ; *BJS* 2016, n° 10, p. 607 ; **Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-15.275** : « *qu'ayant relevé que le donataire s'était substitué au donateur pour le remboursement de l'emprunt souscrit pour l'acquisition du bien litigieux, la cour d'appel en a exactement déduit que la donation contestée était un acte à titre onéreux et que la preuve de la complicité du donataire n'était pas rapportée* » (nous soulignons).

345 *V.* not. **CA Paris, 2e ch., sect. A, 19 mars 2008, n° 07/05548, *Jurisdata* n° 2008-359293**.

pour le tout et non uniquement pour la part gratuite[346]. Toutefois, il convient de souligner que cette qualification fait l'objet d'un contrôle concret de la part des juridictions du fond qui la refusent si la charge est dérisoire. Les juges du fait veillent en effet à ce que la charge soit suffisante pour considérer que la donation avec charge est un contrat à titre onéreux pour le tout[347], sinon elle est totalement à titre gratuit[348]. Cette solution est la même que pour les autres contrats à titre onéreux[349].

109. ***La donation avec charge dans la dépendance de la législation.*** L'exemple de la donation avec charge permet de voir que la spécialité de la corrélation n'est pas dans la seule dépendance de la volonté des parties, mais également de la législation appliquée. En effet, comme nous venons de l'exposer la spécialité de la corrélation prend un visage différent selon l'action introduite contre l'acte. S'il est question de rapport ou de réduction, la donation avec charge fait l'objet d'un dépeçage entre, d'un côté un contrat à titre onéreux à hauteur de la charge et de l'autre un contrat à titre gratuit pour la partie restante. Si, en revanche, il est question d'inopposabilité paulienne, voire des

---

346 Même s'il a déjà été admis une inopposabilité partielle par des juges du fond. En ce sens, pour l'inopposabilité partielle d'un acte unique *V.* **CA Grenoble, 1re ch. civ., 3 nov. 2015, n° 13/01550** : « *La reconnaissance de la fraude paulienne ne rend l'acte frauduleux inopposable au créancier demandeur que dans la mesure des droits de créance dont celui-ci se prévaut à l'égard de son débiteur au soutien de son action. L'acte de donation doit donc être déclaré inopposable à la SA MCS et Associés dans la limite de sa créance de 52.211,99 euros outre intérêts calculés au taux légal à compter du 5 juin 2000.* » (nous soulignons). Pour l'inopposabilité d'un acte à titre gratuit adjoint à un acte à titre onéreux *V.* **CA Douai, 8e ch. 1re, sect. 10 nov. 2011, n° 11/01093** : en l'espèce un père a vendu 60% d'un immeuble à ses deux enfants et leur a donné, le même jour, les 40% restants. Selon la Cour « *il apparaît ainsi que la donation et la vente intervenues le même jour et portant sur le même immeuble ont constitué les deux actes indissociables d'une même opération voulue par Monsieur Gilles S. pour organiser son insolvabilité […]. Qu'il s'ensuit que c'est à bon droit que le premier juge a déclaré l'acte de donation du 22 mars 2008 inopposable* ». (nous soulignons). Les juges du fond ont également déclaré la vente inopposable considérant l'acte frauduleux et les acquéreurs « *complices de la fraude* » reprochée au vendeur.

347 **CA Paris, 2e ch., sect. A, 19 mars 2008**, préc. : les juges ont précisé qu'en l'espèce « *cette charge n'était pas manifestement dérisoire au regard de la valeur des biens donnés, évalués dans l'acte de donation* » et par conséquent, elle devait être tenue pour onéreuse. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 15 janv. 2015, *Bull. civ.* I, n° 5, n° 13-21.174** ; *D.* 2015, p. 611, note J. François ; *RDC* 2015, n° 3, p. 479, note M. Latina : « *qu'en relevant que la créance du Trésor public sur le bien immobilier objet de la donation-partage, qu'Evelyne X... se serait engagée à rembourser en échange de celle-ci, était manifestement inférieure au montant des droits du donateur sur ce bien, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a nécessairement écarté l'existence d'une contrepartie propre à conférer à cet acte un caractère onéreux* » (nous soulignons).

348 Pour une même conclusion en matière de droit de préemption de l'exploitant agricole prévu à l'article L. 412-1 du Code rural *V.* **CA Reims, ch. soc., 19 févr. 2020, n° 18/02265 (n° 19/02266, n° 19/02267, n° 19/02268, n° 19/02269, n° 19/02270, n° 19/02271 et n° 19/02272)** : « *l'acte litigieux* (une donation notariée avec charge) *ne peut être qualifié d'acte à titre onéreux dans la mesure où il confère aux donataires indivisément des droits valorisés à plus de 60 000,00 euros alors que la charge, déduction faite des fermages qui seront encaissés, n'atteint pas 3 000,00 euros jusqu'à la fin du bail en 2023 ni 10 000,00 euros dans l'hypothèse la plus favorable d'une prolongation d'une fin de bail jusqu'à la date supposée du décès du plus jeune des deux époux donateurs* » (l'arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation **Cass. civ. 3e, 15 avr. 2021, n° 20-15.332, n° 20-15.334, n° 20-15.335, n° 20-15.336, n° 20-15.337, n° 20-15.339, n° 20-15.340, n° 20-15.342**). *V.* néan. **CA Besançon, ch. soc., 30 nov. 2018, n° 17/02029** : l'arrêt suggère que la charge doit être équivalente pour permettre l'application du droit de préemption en accord avec l'arrêt **Cass. soc., 26 janv. 1956, *Bull. civ.* IV, n° 80** ; *JCP* G 1956.II.9267, note P. Ourliac, M. De Juglart qui suggère qu'en présence d'une donation avec charge de verser une rente viagère, le droit de préemption ne peut s'exercer que si « *la rente viagère reconstituait l'équivalent de la valeur du bien* » (cité dans l'arrêt d'appel et par A. Walravens, *Le droit de préemption*, th. dactyl., Paris II, dir. M. Grimaldi, 2015, p. 179, n° 170, note 907).

349 Sur l'ensemble de la question du dérisoire et de la contrepartie convenue *V. infra* n° 390 et suiv.

nullités de la période suspecte[350], la donation avec charge est un tout unique traité comme un simple contrat à titre onéreux[351].

110. ***Des aménagements de la spécialité de la corrélation.*** En définitive, il apparaît que la spécialité de la corrélation est occasionnellement aménagée par le droit objectif qui, selon la législation en cause, envisage soit une approche globale de la spécialité soit une approche différenciée de celle-ci. Cette situation, dont la justification ne peut être trouvée que dans l'intervention de l'ordre public, invite à considérer que la corrélation n'est pas exclusivement sous la dépendance de la volonté des parties, mais également sous celle de la législation qui lui est appliquée. Cette dernière va alors soit imposer une spécialisation, contraire à celle voulue par les parties, soit aménager la spécialité recherchée au gré de la législation appliquée.

111. ***Conclusion de la section II.*** Suivant l'article 1107 du Code civil, un contrat est à titre onéreux lorsque « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage* ***en contrepartie*** *de celui qu'elle procure* »[352]. Cela signifie qu'il existe un lien particulier qui unit les avantages en eux. Dans la section précédente, nous avons évoqué l'intensité de ce lien, qui peut être de l'ordre de la corrélation réciproque ou bien seulement de la corrélation unilatérale. Dans la présente section, nous nous sommes intéressé à la spécialité de cette notion de corrélation, en d'autres termes à ses limites.

L'identification des limites de la corrélation des avantages emporte deux principaux effets, soit un effet dissociatif, soit un effet associatif. Le premier effet, que nous qualifions de dissociatif, est régulièrement présent en jurisprudence, il consiste à observer que des avantages réciproques constituent différents contrats. Il découle de cette situation une qualification spécifique de chacun de ces contrats, indépendamment les uns des autres, et le régime qui en découle. Par exemple, la clause de dédit est, indépendamment du contrat auquel elle est adossée, un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux. Le second effet, que nous qualifions d'associatif, consiste pour sa part à envisager différents avantages réciproques comme constituant un unique rapport à titre onéreux. Ainsi, par exemple, il a été jugé que la mise à disposition verbale de parcelles agricoles à un

---

350 Un seul arrêt d'appel a semble-t-il été rendu sur cette question : **CA Reims, ch. civ. sect. 1, 9 déc. 1987, *Jurisdata* n° 1987-050142** : « *Attendu, en effet, que si cette donation avec charge apparente, n'est pas entièrement gratuite, il apparaît de la comparaison entre sa valeur vénale de l'immeuble, telle que fixée dans l'acte, à 55.951 francs et le montant des charges (dont il n'est pas justifié d'ailleurs qu'elles aient été effectivement payées par le donataire) constitue bien une libéralité entrainant un appauvrissement du gage des créanciers, préjudiciable à ces derniers, et inopposable, de droit à la masse ; que c'est donc à bon droit que les Premiers Juges ont déclaré cet acte de donation inopposable à la masse des créanciers mais qu'ils auraient dû s'abstenir de le déclarer de nul effet* ».

351 En matière fiscale, la donation avec charge est gratuite pour le tout si la charge est inférieure à la donation. En ce sens, *V*. BOFIP, ENR – Mutations à titre gratuit de meubles ou d'immeubles – Donations – Conditions d'exigibilité du droit de donation – Principe, n° 30. *Rappr.* CGI, art. 758 et 761. Le notariat a demandé l'abrogation de cette règle (102e Congrès des notaires (Strasbourg) 2006, 4e proposition, *Defrénois* 2006, actualités, p. 119 : « *que le principe de la déductibilité des charges grevant une donation soit admis sur le plan fiscal, comme il l'est déjà en matière civile* »).

352 Nous soulignons.

particulier qui a réalisé des travaux à titre gratuit au bénéfice du propriétaire de ces terres constituait un bail rural, c'est-à-dire un contrat à titre onéreux. En effet, les juges du fond ont considéré que ces avantages étaient corrélés, comme constituant un unique rapport à titre onéreux.

Il se dégage de la jurisprudence que la spécialité de la corrélation est l'expression de la volonté des parties qui ont souhaité, soit, élaborer plusieurs conventions à titre gratuit et/ou à titre onéreux, soit, un unique rapport global à titre onéreux. Cette dimension subjective de la spécialité est importante à relever car elle influence directement les modalités de sa démonstration. Ou bien elle est expressément stipulée, et la preuve de l'*instrumentum* suffit à démontrer la corrélation des avantages, ou bien elle est tacitement stipulée, et sa preuve doit être rapportée à partir d'autres éléments que l'*instrumentum*, comme l'unité de valeur des avantages, leur concomitance temporelle, ou encore leur unité intellectuelle. Il convient de souligner que la volonté n'est pas toute puissante dans l'élaboration de la corrélation. En effet, dans différentes circonstances le droit objectif vient l'adapter suivant deux modalités. La première modalité est la contrainte, en ce que la corrélation est imposée à peine de nullité. Tel est notamment le cas de clause de non-concurrence en droit du travail qui doit bénéficier d'une contrepartie financière qui lui est spécialement dédiée, et non d'une contrepartie financière intégrée à la rémunération du travail. La seconde modalité est l'aménagement de la corrélation. Cela signifie que la corrélation est appréhendée d'une manière différente selon la législation qui est appliquée. Par exemple, la donation avec charge est appréhendée comme une dualité de conventions par le droit des successions — un contrat à titre onéreux à hauteur de la charge et à titre gratuit au-delà — et comme une unique convention dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte — le contrat est à titre onéreux si la charge n'est pas dérisoire —.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

112. ***La corrélation de la contrepartie convenue : une caractéristique sous-estimée.*** Suivant l'article 1107 du Code civil, le contrat à titre onéreux est celui par lequel « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage* ***en contrepartie*** *de celui qu'elle procure* »[353]. Cette définition traditionnelle[354] du contrat à titre onéreux manifeste l'existence d'un lien qui vient doubler la réciprocité de la contrepartie convenue : il faut que chaque avantage soit accordé « *en contrepartie* » de l'autre. Cette caractéristique légale de la contrepartie convenue est étrangement sous-estimée par les auteurs qui manifestent rarement une quelconque attention à cette caractéristique pourtant essentielle. En effet, sans elle, on ne saurait distinguer le croisement de deux contrats à titre gratuit, comme des donations mutuelles, et l'élaboration d'un contrat à titre onéreux, comme l'échange.

Malgré ce silence général, il apparaît quelques références doctrinales à la notion qui est alors assimilée à celle de cause de l'obligation, en ce que chaque avantage ne serait accordé « *qu'à condition de recevoir* »[355] un autre avantage. Cette approche séduisante de la corrélation, d'une intensité unique et dans la dépendance exclusive de la volonté des parties, nous apparaît toutefois critiquable en ce qu'elle ne traduit pas la diversité du droit positif. En effet, celui-ci manifeste l'existence d'une corrélation à intensité variable qui est occasionnellement sous la dépendance de la législation appliquée.

---

353 Nous soulignons.

354 N. Dissaux, Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2015, p. 7 et 8 : « *Certaines définitions sont même rigoureusement identiques. Celle du contrat synallagmatique, par exemple. Pour le reste, les modifications sont formelles* » ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 118, n° 101 : « *Par la définition qu'il retient, l'article 1107 "referme" le contrat à titre onéreux sur l'échange, témoignant ainsi de l'archaïsme de ses auteurs* ». Fr. Terré, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 6 : « *La formulation est classique* ». *Rappr.* G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Réciproque (sens 1) : « *se dit pour caractériser, entre deux personnes, les obligations de même nature qui les lient l'une envers l'autre* » ; (sens 2) : « *se dit pour caractériser, entre deux contractants, les obligations de même objet ou d'objet différent que chacun assume envers l'autre* » ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Les obligations (première partie)*, T. VI, *op. cit.*, p. 44, n° 37 : « *le contrat est intéressé ou à titre onéreux, lorsque chacune des parties a reçu ou reçoit […] un avantage qui est la contrepartie de celui qu'elle procure à l'autre* ».

355 J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1943, n° 930 : « *le* contrat à titre onéreux *est celui où chacune des parties n'entend faire une prestation qu'en échange d'une contre-prestation, n'entend donner qu'à condition de recevoir* » (nous soulignons). Dans le même sens *V.* J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 76, n° 85 : « *Le contrat* à titre onéreux *est celui où chacune des parties* reçoit quelque chose *de l'autre, n'entendant fournir une prestation qu'en échange d'un avantage* » (nous soulignons).

113. ***Une corrélation à intensité variable.*** Dans la très grande majorité des cas, la corrélation est d'une intensité égale, que l'on peut qualifier de réciproque. Celle-ci procure en sentiment d'unité totale des éléments du contrat qui se traduit par une interdépendance des avantages, en ce sens que si l'un des avantages venait à être annulé, l'autre suivrait le même sort. Dans une minorité de cas, la corrélation peut se révéler inégale, autrement dit hiérarchisée. On peut la qualifier de corrélation unilatérale, car il y a un ordre de priorité entre les avantages. Cette situation est bien connue de la jurisprudence qui admet de longue date, sur le fondement de l'article 900 du Code civil, que si la charge d'une donation n'a pas été « *la cause impulsive et déterminante de la libéralité* »[356] celle-ci peut être annulée sans inquiéter le reste de la libéralité. Cette solution a été généralisée à tous les contrats sur le fondement de l'ancien article 1172 du Code civil qui est devenu le nouvel article 1184 lors de la réforme du droit commun des contrats.

114. ***Une corrélation source de spécialité.*** Au-delà de l'intensité de la corrélation, il est important de relever sa spécialité, c'est-à-dire son champ d'action limité. Autrement dit, la spécialité est ce qui permet de déterminer si deux avantages réciproques sont ou non des contreparties constitutives d'un contrat à titre onéreux ou au contraire des avantages indépendants.

La spécialité trouve naturellement sa source dans la volonté des parties qui souhaitent ou non associer les avantages qu'elles s'accordent. Si cette réalité se vérifie dans la très grande majorité des cas, il convient de relever que la spécialité de la corrélation n'est pas dans la dépendance exclusive de la volonté. En effet, elle est occasionnellement sous l'influence du droit objectif. Ainsi, par exemple, la spécialité est exigée pour la clause de non-concurrence en droit du travail. La contrepartie convenue se doit d'être spécialement attribuée à la clause de non-concurrence et non intégrée au salaire sous la forme d'une majoration[357]. Par ailleurs, la spécialité de la contrepartie convenue est occasionnellement aménagée par le droit objectif, comme pour la charge d'une donation. Dans le contexte successoral du rapport et de la réduction, la donation avec charge est décomposée, la charge étant spécialement affecté à la part équivalente de donation, à l'exclusion du reste, comme s'il coexistait deux actes distincts[358]. Dans les contentieux de la fraude paulienne et

---

[356] *V.* **Req., 3 juin 1863, *Martal***, préc. ; **Civ., 7 juill. 1868**, préc. *Rappr.* M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, th. préc., p. 266 et suiv., n° 150 et suiv. pour le rappel des arguments *pro* et *contra* de ce courant. Toutefois, il convient de relever qu'occasionnellement les juges du fond rejettent la nullité totale alors même que l'élément a été déterminant du consentement car la charge ou la condition est particulièrement odieuse. Sur ce point *V.* S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, th. préc., p. 293, n° 572 ; M. Grimaldi, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, p. 166, n° 1220.

[357] **Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511**, préc. Dans le même sens *V.* **Cass. soc., 27 mars 2008, n° 06-45.752**, préc. ; **Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-44.291**, préc. ; **22 juin 2011, *Bull. civ.* V, n° 159 et 160, n° 09-71.567 et n° 09-68.762**, préc.

[358] **Cass. civ. 1re, 24 nov. 1987, *Bull. civ.* I, n° 312, n° 86-11.682**, préc. ; **Cass. civ. 1re, 23 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 114, n° 92-15.191**, préc. Il en est de même pour la donation déguisée : **Cass. civ. 1re, 11 juill. 2019, n° 18-19.415**,

des nullités de la période suspecte, le traitement est différent, la donation avec charge est traitée comme un tout unique, la charge étant spécialement attribuée à toute la donation[359], et pas seulement à la portion équivalente.

préc. : « *Attendu que le rapport d'une donation déguisée sous couvert d'une vente à moindre prix n'est dû que pour l'avantage ainsi conféré, correspondant à la différence entre la valeur du bien donné et le prix payé* » ; La même solution est retenue en matière de donation indirecte. Sur ce dernier point *V*. S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 449, n° 256 ; Pour la soumission du seul émolument net à la réduction *V*. **Cass. civ., 28 nov. 1938**, préc. ; *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 11 oct. 2017, *Bull. civ.* I, n° 16-21.692**, préc.

359 **Cass. civ. 1re, 29 juin 2016, n° 15-17.834**, préc. ; **Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-15.275** : « *qu'ayant relevé que le donataire s'était substitué au donateur pour le remboursement de l'emprunt souscrit pour l'acquisition du bien litigieux, la cour d'appel en a exactement déduit que la donation contestée était un acte à titre onéreux et que la preuve de la complicité du donataire n'était pas rapportée* » (nous soulignons).

CONCLUSION DU TITRE I

115. ***La dualité de la contrepartie convenue : une double implication légale et jurisprudentielle.*** La notion de contrepartie convenue est marquée du sceau de la dualité à laquelle la loi et la jurisprudence associent deux particularités : la réciprocité et la corrélation. Si ces deux particularités sont bien connues des juristes, en ce qu'elles intéressent plusieurs notions du droit des contrats et au-delà, il s'avère qu'elles font l'objet d'une attention particulière à l'endroit de la contrepartie convenue. Concernant la réciprocité, il se révèle une exploitation divisée en doctrine en ce que pour certains la réciprocité est de l'essence de la contrepartie convenue, alors que pour d'autres, la réciprocité est une caractéristique occasionnelle de la contrepartie convenue. Concernant la corrélation, il se révèle une exploitation faible en doctrine en ce que celle-ci est très rarement évoquée alors que celle-ci apparaît centrale en jurisprudence.

116. ***Une dualité réciproque : une première implication qui divise la doctrine.*** La doctrine est partagée sur la relation existante entre les notions de contrepartie convenue et de réciprocité : pour certains auteurs, la réciprocité est de l'essence de la contrepartie convenue et pour d'autres elle ne l'est pas. Cette division doctrinale importante trouve sa source dans la distinction doctrinale entre les contrats-échange et les contrats-organisation. Les auteurs favorables à cette distinction considèrent que les contrats-organisation sont fondés sur l'idée de mutualisation, d'intérêt commun, comme la société ou le mariage, contrairement aux contrats-échange, comme la vente ou le bail, qui sont fondés sur la notion de réciprocité qui véhicule une idée d'altérité, d'opposition d'intérêts.

À notre avis, le rejet de la réciprocité comme caractéristique essentielle de la contrepartie convenue est excessif. Certes, les contrats-organisation sont inspirés par l'idée de mise en commun, ce qui les distingue des contrats-échange, toutefois, ils ne sont pas étrangers à toute idée de réciprocité. Selon nous, il est possible de considérer qu'une dualité réciproque s'instaure dans ces contrats entre l'intérêt commun et ses membres, comme le suggère la jurisprudence relative à l'onérosité du contrat d'apport en société, qualifié de contrat-organisation en doctrine. Selon les juridictions, le contrat d'apport est un contrat à titre onéreux entre la société — qu'elle soit formée ou non — et l'apporteur : d'un côté l'apporteur accorde un avantage à la société et de l'autre la

société accorde un avantage à l'apporteur. Cette position nous semble donc légitime. Elle l'est d'autant plus en ce qu'elle est compatible avec l'analyse de la notion de partie au contrat que suggèrent la loi et la jurisprudence — qui ne nécessite pas la personnalité juridique — également en ce qu'elle est compatible avec l'analyse doctrinale de la cause des contrats-organisation — la cause de l'engagement d'un apporteur ne résidant pas dans l'apport des autres apporteurs mais dans les droits sociaux accordés par la société — qui interdit la résolution du contrat-organisation pour l'inexécution des obligations des co-apporteurs.

117. ***Une dualité corrélée : une seconde implication sous-estimée en doctrine.*** La doctrine envisage rarement la corrélation comme un caractère essentiel de la contrepartie convenue qui y voit plutôt la caractéristique du contrat synallagmatique et de ses contreprestations. Ce silence est à notre avis regrettable car la corrélation est une notion centrale pour la contrepartie convenue. Elle lui offre deux utilités essentielles.

La première utilité de la corrélation est de permettre l'admission de la qualification de contrat à titre onéreux. Sans la corrélation, la coexistence de deux avantages réciproques, comme des donations mutuelles, devrait recevoir la qualification de contrat à titre onéreux contrairement à la volonté des parties et aux enseignements de la jurisprudence. Selon les juridictions, il est indispensable que les avantages soient associés l'un à l'autre pour reconnaître l'existence d'un unique contrat à titre onéreux et non la coexistence de deux contrats à titre gratuit.

La seconde utilité de la corrélation est de permettre de limiter la qualification de contrat à titre onéreux. Sans la corrélation l'octroi d'un avantage isolé à la suite de relations onéreuses antérieures devrait recevoir la qualification de contrat à titre onéreux, contrairement à ce qu'enseigne la jurisprudence. Selon cette dernière, il faut considérer que l'avantage isolé crée un rapport nouveau, indépendant des relations onéreuses antérieures.

TITRE II

LE CONTENU AVANTAGEUX DE LA CONTREPARTIE CONVENUE

118. ***L'identification légale du contenu avantageux de la contrepartie convenue.*** En 1804 le Code civil définissait le contrat à titre onéreux à l'article 1106 comme « *celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ». Cette définition était unanimement contestée en doctrine car « *elle recouvrait exactement celle du contrat synallagmatique* »[360]. Ce contrat était en effet défini comme celui dans lequel « *les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »[361], ces obligations pouvant selon la loi contraindre « *à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* »[362]. Outre l'absence de l'obligation de ne pas faire, la définition du contrat à titre onéreux était le « *décalque du contrat synallagmatique* »[363].

Compte tenu de cette proximité de définitions les auteurs ont très tôt proposé d'adapter celle du contrat à titre onéreux en considérant qu'il se caractérise non pas par une réciprocité d'obligations, mais plutôt d'avantages[364]. Lors de la réforme du droit commun des contrats le législateur a rejoint cette position en renouvelant la définition du contrat à titre onéreux : le nouvel article 1107 du Code civil dispose désormais qu'un « *contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre* ***un avantage*** *en contrepartie de celui qu'elle procure* »[365]. Ce changement d'identification du contenu du contrat à titre onéreux « *a, en général, été approuvé par les commentateurs* »[366] : pour cause premièrement,

---

360 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 117, n° 125.

361 Cciv., art., anc. 1102 : « *Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.* »

362 Cciv., art., anc. 1101 : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.* »

363 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 117, n° 101. Dans le même sens anciennement *V.* not. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil – Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, Paris, Pichon, 2e éd., 1902, p. 298, n° 952.

364 *V.* not. en ce sens R. Houin, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, th. préc., p. 209 (l'auteur utilisait également les notions d'intérêt et d'utilité). *Rappr.* Ch. Aubry, Ch. Rau, *Cours de Droit Civil français*, t. 10, Paris, éd. Techniques, 6e éd. par P. Esmein, 1954, p. 391, n° 644 : le contrat à titre gratuit est celui par « *lequel une personne procure à une autre ou s'engage à lui procurer, un avantage sans avoir reçu d'elle, ou se faire promettre par elle un avantage qui en constitue la contrepartie* » (nous soulignons).

365 Nous soulignons.

366 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 117, n° 101.

celui-ci est en accord avec la position doctrinale ancienne que nous venons d'évoquer et secondement, ce changement distingue textuellement les contrats à titre onéreux et synallagmatiques — dont le centre de gravité est toujours l'existence d'obligations[367] —. En définitive, il apparaît donc selon le législateur que le contenu du contrat à titre onéreux, et donc d'une contrepartie convenue, est aujourd'hui un avantage.

119. ***Les caractéristiques de l'avantage : il résulte d'une obligation et il est indifférent à l'intention libérale.*** Le contenu avantageux de la contrepartie convenue, tel qu'évoqué à l'article 1107 du Code civil et développé en jurisprudence, présente deux caractéristiques : premièrement il est le résultat d'une obligation et secondement il est indifférent à l'intention libérale. Ces deux caractéristiques de l'avantage composant une contrepartie convenue sont largement contestées en doctrine, considérant que le droit positif ne s'y accorde pas. Cependant, à la suite de quelques auteurs, nous sommes convaincu de la solution inverse, et cela même au lendemain de la réforme du droit commun des contrats. Afin de le montrer, nous approfondirons chacune de ces caractéristiques.

120. ***Un avantage résultant d'une obligation : une caractéristique relativisée.*** Suivant la position doctrinale dominante, un avantage est souvent le résultat d'une obligation, comme l'est le paiement d'une somme d'argent ou encore la réalisation d'un service. Toutefois, cette nature obligationnelle, suivant le vocabulaire développé par le professeur Ancel[368], n'est pas systématique. Il existe selon les auteurs des avantages non-obligationnels, c'est-à-dire qui ne sont pas le résultat d'une obligation, comme l'octroi d'un droit d'option par une promesse unilatérale de contrat ou encore l'extinction d'une obligation par une remise de dette. En d'autres termes, il faut comprendre, suivant la position doctrinale majoritaire, que les notions d'avantage et d'obligation présentent un rapport hiérarchique en ce que toute obligation est un avantage et que tout avantage n'est pas une obligation. Hiérarchie que les auteurs confirment principalement par le fait qu'elle se retrouve à l'endroit des contrats à titre onéreux et synallagmatiques qui reposent respectivement sur ces notions d'avantage et d'obligation. En ce sens, les auteurs soutiennent que tout contrat synallagmatique est à titre onéreux, mais que tout contrat à titre onéreux n'est pas synallagmatique.

À notre avis, il n'est pas possible de soutenir l'existence d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation car le droit positif n'en offre pas de confirmation. En effet, on

---

[367] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 113, n° 118 : « *la définition du contrat synallagmatique n'a subi aucune modification, si ce n'est la suppression de la référence aux contrats bilatéraux, redondante et tombée en désuétude* ». *Comp.* Cciv., art. 1106 : « *Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.* » (nous soulignons).

[368] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

peut démontrer sur le plan du régime juridique que tout contrat synallagmatique est invariablement à titre onéreux. C'est pourquoi, nous pensons qu'il existence plutôt un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation qui implique que tout avantage est le résultat d'une obligation et que l'obligation est au service de l'avantage, c'est-à-dire qu'il est dans sa dépendance.

Afin de montrer la pertinence de cette position soutenue minoritairement en doctrine, nous proposons de montrer les limites de la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation pour ensuite présenter la légitimité de la thèse d'un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation, qui traduit à notre avis l'état du droit positif (**Chapitre I**).

121. ***Un avantage indifférent à l'intention libérale : une caractéristique contestée.*** Suivant une très large majorité doctrinale, la notion d'avantage constitutif d'une contrepartie convenue suppose la réunion de deux conditions : une première condition matérielle et une seconde condition intellectuelle. Cela implique que pour rejeter la qualification de contrat à titre onéreux, il ne suffit pas de constater qu'un avantage a été accordé « *sans contrepartie* »[369] au sens matériel du terme, faut-il encore démontrer qu'une intention libérale a motivé l'engagement du redevable.

Les auteurs qui défendent largement cette position invoquent à leur soutien deux principaux arguments. Premièrement, le fait que la donation est le modèle de référence de la gratuité, ce qui induit que cette dernière doit se construire autour de ses caractères, que sont la réunion d'une condition matérielle et d'une condition intellectuelle. Secondement, le fait que la lettre du nouvel article 1107, alinéa 2[d], du Code civil dispose qu'un contrat est à titre gratuit « *lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage* ***sans attendre*** *ni recevoir de contrepartie* »[370]. L'expression « *sans attendre* » souligne aux yeux des auteurs que les contrats à titre gratuit et à titre onéreux ne reposent pas seulement sur un critère matériel, mais également intentionnel.

Malgré sa large diffusion, nous sommes d'avis que cette conception dualiste de l'avantage constitutif d'une contrepartie convenue ne peut pas être soutenue. Pour cause, celle-ci n'est pas en mesure de décrire l'état du droit positif, et si elle venait à être suivie, elle entrainerait son bouleversement. À notre avis, notre droit positif prône l'existence d'un critère exclusivement matériel de l'avantage constitutif d'une contrepartie convenue. Afin de le démontrer, nous verrons dans un second chapitre les difficultés fondamentales des thèses dualistes de l'avantage et les atouts

---

[369] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V*. Gratuit : Sens 1 « *Sans contrepartie* » ; Sens 2 « ***(acte à titre)****. Acte juridique par lequel une personne fournit sans contrepartie un avantage à une autre* » ; *Rappr.* J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, p. 861, n° 1309 : « *les contrats à titre gratuit se caractérisent précisément par l'absence volontaire de contrepartie* » (nous soulignons) ; **Cass. civ. 1re, 27 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 553** : « *l'arrêt attaqué, pour statuer ainsi, se borne à énoncer que l'acte litigieux, qui ne comporte pas de contre-partie, ne peut constituer une donation déguisée puisqu'il ne se présente pas sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, et ne "rentre pas non plus dans la catégorie des donations indirectes"* » (nous soulignons).

[370] Nous soulignons.

de la thèse moniste de l'avantage en ce qu'elle permet de décrire plus fidèlement l'état du droit positif, mais également d'en assurer une présentation plus simple (**Chapitre II**).

CHAPITRE I

Un avantage résultant systématiquement d'une obligation

CHAPITRE II

Un avantage matériel indifférent à l'intention libérale

CHAPITRE I

UN AVANTAGE RÉSULTANT SYSTÉMATIQUEMENT D'UNE OBLIGATION

122. ***La dimension obligationnelle de l'avantage.*** La caractéristique obligationnelle de l'avantage divise principalement la doctrine en deux branches : suivant la première branche, qui est majoritaire, les notions d'avantage et d'obligation présentent un rapport hiérarchique, en ce que tout avantage ne serait pas nécessairement obligationnel ; suivant la seconde branche, les notions d'avantage et d'obligation présentent un rapport instrumental, en ce que tout avantage est le résultat d'une obligation qui en est le moyen. Ces deux thèses présentent des utilités indéniables, cependant, nous pensons que seule la thèse d'un rapport instrumental est pertinente pour décrire l'état du droit positif.

123. ***Le rejet de la thèse d'un rapport hiérarchique entre l'obligation et l'avantage.*** La position défendue par la doctrine majoritaire est séduisante, notamment en raison de l'exemple de la remise de dette qui justifie la thèse : l'effet produit par une remise de dette n'est pas assimilable à la création d'une obligation, mais c'est tout de même un avantage. Ce cas confirme que tout avantage n'a pas nécessairement une caractéristique obligationnelle. Une des confirmations avancées par les auteurs au soutien de cette thèse est que celle-ci trouve un écho dans la distinction des contrats à titre onéreux et synallagmatiques, qui reposent respectivement sur les notions d'avantage et d'obligation. C'est-à-dire que pour ces auteurs il est possible d'identifier en droit positif des contrats à titre onéreux non-synallagmatiques, c'est-à-dire qui véhiculent des avantages réciproques non obligationnel(s). L'exemple le plus illustratif est celui du prêt réel à intérêt. Ce contrat assure l'octroi d'un avantage non obligationnel — la mise à disposition de l'objet du contrat —, moyennant un avantage obligationnel — le paiement des intérêts —.

Malgré l'existence de ces cas illustratifs, nous pensons que la thèse du rapport hiérarchique ne peut pas être soutenue car elle n'est pas corroborée sur le plan du régime juridique. C'est-à-dire que l'on ne peut pas identifier, sur le plan du régime juridique, l'existence de contrats à titre onéreux non synallagmatiques. C'est en raison de cette difficulté que nous sommes d'avis que cette thèse doit être rejetée et qu'il convient de soutenir celle d'un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation (**Section I**).

124. ***Le soutien de la thèse d'un rapport instrumental entre l'avantage et l'obligation.*** Suivant les défenseurs de la thèse d'un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation, il faut considérer que l'obligation est « *le moyen* » de parvenir à l'avantage qui en est « *le résultat* »[371]. La pertinence de la thèse se révèle rapidement : elle explique la difficulté à distinguer les contrats synallagmatiques et à titre onéreux qui ne sont que deux désignations d'une même réalité.

À notre avis, cette position anciennement fondée sur la notion de cause de l'obligation, et depuis la réforme du droit commun des contrats sur celle d'interdépendance[372], est pertinente au regard du droit positif. Toutefois, les justifications avancées en doctrine à son soutien nous semblent doublement critiquables. La première critique est liée au fait que le régime associé au contrat synallagmatique ne confirme pas la thèse. La seconde critique porte sur la conception particulière qu'il est défendu de la notion d'obligation en tant qu'instrument de l'avantage. Selon les tenants de cette thèse, il faut en effet distinguer l'obligation qui naît du contrat, du respect des droits d'autrui. Ainsi, dans un contrat de prêt réel à titre gratuit, le prêteur est débiteur d'une obligation de mise à disposition de l'objet du prêt et l'emprunteur débiteur d'aucune obligation, la restitution n'étant « *que le respect* »[373] des droits du prêteur à l'expiration du terme. À nos yeux, cette distinction entre l'obligation et le respect des droits est excessive car nombre d'obligations sont le respect des droits d'autrui. Par exemple, lorsque les tenants de la nature instrumentale de l'obligation estiment qu'un prêteur[374] est débiteur d'une « *obligation **de laisser** la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* »[375], nous ne voyons ici que le signalement, sous une forme obligationnelle, du respect par le prêteur du droit personnel de jouissance de l'emprunteur. De la même manière que la restitution au terme du bail, qui ne serait pas une obligation mais seulement le respect du droit du bailleur.

Compte tenu de ces deux critiques, il serait tentant de rejeter cette thèse. Cependant, nous pensons qu'il doit en aller autrement en raison de la possibilité d'identifier un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation, indépendamment des notions de contrats

---

371 Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 26, n° 121.53 : « *le critère d'identification affiché est distinct. Ce n'est plus la présence ou l'absence d'"obligations" réciproques, mais la présence ou l'absence d'"avantages" réciproques, qui commande la qualification. Il reste que cette distinction peut apparaître quelque peu factice : tandis que le premier critère met en avant le moyen (l'obligation), le second se contente de mettre en relief le résultat (l'avantage)* ».

372 Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 25 et 26, n° 121.52 : pour l'auteur le contrat de cautionnement n'est pas synallagmatique malgré l'existence d'obligation réciproques car « *elles ne sont pas interdépendantes : je ne m'engage pas à garantir la dette d'autrui pour être informé de l'encours de sa dette et de son éventuelle défaillance* » (nous soulignons). Pour une assimilation plus nette *V.* p. 142, n° 128.52 : « *Sans aller jusqu'à imposer leur "interdépendance" l'obligation de l'un devant être la "cause" de l'obligation de l'autre)* ».

373 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 156, n° 173. *Rappr.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 65, n° 94.

374 Qu'il soit réel ou consensuel.

375 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 186, n° 200 (nous soulignons). Dans le même sens *V.* M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique*, th. préc., p. 226, n° 303 ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 121 et suiv., n° 172 et suiv.

synallagmatiques et à titre onéreux. En effet, il possible de relever l'existence d'un tel rapport dans l'étude du contrôle jurisprudentiel de la suffisance de la contrepartie convenue sur le fondement ancien de la cause de l'obligation (**Section II**).

Section I

Le rejet de la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation

Section II

Le soutien de la thèse d'un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation

SECTION I

LE REJET DE LA THÈSE D'UN RAPPORT HIÉRARCHIQUE ENTRE LES NOTIONS D'AVANTAGE ET D'OBLIGATION

125. ***Le principe de la thèse : l'avantage plus large que l'obligation.*** Selon les professeurs Deshayes, Genicon et Laithier, il existe un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation, en ce que la première inclut la seconde[376]. Cette position est doublement justifiée par les auteurs : premièrement en raison du vocabulaire employé et secondement par l'existence de la même hiérarchie entre les contrats synallagmatiques et à titre onéreux. Cette seconde justification est couramment retenue en doctrine lors de l'étude des contrats synallagmatiques[377] et à titre onéreux. On peut ainsi lire chez de nombreux auteurs que « *les contrats synallagmatiques relèvent de la catégorie des contrats à titre onéreux* »[378]. Nous en manifesterons la pertinence à travers différents exemples, comme le cas du prêt réel à intérêt (**§1**).

126. ***La critique des justifications de la thèse.*** Malgré ces justifications nous pensons que la thèse ne peut être retenue. Pour cause, nous estimons que la notion de contrat synallagmatique, telle qu'elle est défendue, n'est pas confirmée par son régime juridique. En effet, ni les règles

---

376 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70 : les auteurs estiment que le mot avantage est un « *terme plus évasif que l'obligation* ».

377 C'est un contrat dans lequel « *chacune des parties joue le double rôle de créancier et de débiteur* » : A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », art. préc., p. 777. *Rappr.* Cciv., art. 1106.

378 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70. Dans le même sens *V.* M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 219, n° 273 (*in fine*) : « *le contrat synallagmatique est toujours à titre onéreux* » (nous soulignons) ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Paris, Bruylant, coll. Paradigme, 6e éd., 2021, p. 106, n° 91 : « *Tout contrat synallagmatique est nécessairement un contrat à titre onéreux* » (nous soulignons) ; V. Larribau-Terneyre, Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil – Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Université Sirey, 15e éd., 2017, p. 293, n° 914 : « ***la réciprocité d'obligation qui caractérise le contrat synallagmatique correspond à une réciprocité d'avantages*** *qui caractérise le contrat à titre onéreux : le contrat synallagmatique est donc toujours un contrat à titre onéreux* » (en gras dans le texte) ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Paris, Économica, coll. Corpus droit privé, 9e éd., 2018, p. 133, n° 159 : « *Dans les contrats synallagmatiques, il y a toujours une contrepartie et cette contrepartie consiste en une obligation de chacune des parties envers l'autre* » (nous soulignons ; formulation spécifique à la 9e édition) ; Parmi les auteurs plus anciens *V.* not. H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923, p. 53, n° 26 : « *les contrats synallagmatiques sont tous à titre onéreux* » ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil – Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 298, n° 954 : « *tout contrat synallagmatique est nécessairement à titre onéreux : quand il y a réciprocité dans les obligations produites, il y a aussi, et par cela seul, réciprocité dans les avantages procurés par le contrat ; mais le caractère onéreux peut également appartenir à un contrat unilatéral.* » (nous soulignons).

probatoires, ni règles de fond associées à la qualification ne permettent de confirmer le rapport hiérarchique qui existerait entre les contrats à titre onéreux et synallagmatiques illustrant le rapport hiérarchique qui existerait entre les notions d'avantage et d'obligation. Ce qui nous invite à rejeter l'existence d'un tel rapport (**§2**).

§1. La présentation des justifications de la thèse

127. ***La première justification de la thèse : une hiérarchie de vocabulaire.*** Selon les auteurs favorables à la thèse d'un rapport hiérarchique entre l'avantage et l'obligation il peut être avancé une première justification de nature linguistique. Précisément, il est défendu que le terme avantage est « *plus évasif* »[379] que celui d'obligation, ce qui implique que le premier englobe le second. Le raisonnement se comprend parfaitement.

128. ***La deuxième justification de la thèse : l'identification de contrats à titre onéreux non synallagmatiques.*** La thèse d'un rapport hiérarchique entre l'avantage et l'obligation se confirme également sur le plan juridique par l'existence de contrats à titre onéreux non synallagmatiques — ou unilatéraux à titre onéreux —. C'est-à-dire que pour les auteurs favorables à cette thèse, il existe des contrats à titre onéreux qui ne créent d'obligations qu'à la charge de l'une des deux parties[380]. Traditionnellement, il est évoqué le cas du contrat de prêt réel à intérêt[381], auquel on peut associer celui de la remise de dette accordée en contrepartie d'une obligation.

Selon les auteurs favorables à la thèse d'un rapport hiérarchique entre l'avantage et l'obligation le contrat de prêt réel à intérêt à ceci d'original qu'il ne crée d'obligations qu'à la charge de l'emprunteur. Le prêteur n'est débiteur d'aucune obligation car la remise participe à la formation du contrat. L'emprunteur est débiteur de deux obligations, une première de restitution du capital et une seconde de paiement des intérêts. Il s'agit donc d'un contrat à titre onéreux, en raison de la stipulation d'un intérêt, mais non synallagmatique ou unilatéral, car seul l'emprunteur est obligé. Ce contrat est classiquement opposé au prêt consensuel à intérêt qui lui est un contrat

---

379 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70.

380 M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 219, n° 273 (*in fine*) : « *les nouvelles définitions du Code civil montrent bien désormais que si le contrat synallagmatique est toujours à titre onéreux, il peut y avoir des contrats à titre onéreux unilatéraux* ».

381 *V.* not. en ce sens : O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 76, n° 85 ; V. Larribau-Terneyre, Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 306, n° 941 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 211, n° 223 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 78, n° 81.

synallagmatique à titre onéreux[382]. Pour cause, dans ce contrat le prêteur est tenu d'une obligation de remise de la chose consécutive à la formation du contrat[383].

Aux côtés du contrat de prêt réel à intérêt, on peut évoquer le cas de la remise de dette accordée en contrepartie d'une obligation[384] qui est un contrat qui ne crée d'obligation qu'à la charge du bénéficiaire de la remise. En effet, par cette convention le créancier ne fait qu'éteindre une obligation préexistante au moment où il consent, et non de promettre la réalisation d'une prestation, contrairement au bénéficiaire de la remise de dette qui lui s'engage à une prestation. La situation est comparable à celle du contrat de prêt réel à intérêt : il y a onérosité sans synallagmatisme.

129. ***La troisième justification de la thèse : l'identification de contrats à titre gratuit non unilatéraux.*** La position consistant à admettre une hiérarchie entre les notions d'avantage et d'obligation n'a pas pour unique illustration la distinction des contrats synallagmatiques et à titre onéreux. On évoque également au soutien de cette thèse la distinction des contrats à titre gratuit et unilatéraux, qui reposent aussi sur les qualifications d'avantage[385] et d'obligation[386]. Selon les auteurs favorables à l'existence d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation, il existerait des contrats à titre gratuit non unilatéraux, c'est-à-dire, qui n'emportent pas la création d'obligation à la charge des parties[387]. L'exemple le plus caractéristique est celui de la remise de dette à titre gratuit : celle-ci produit un effet extinctif sans obligation de la part de celui qui accorde l'avantage convenu[388].

---

382 Selon la Cour de cassation, le contrat de prêt consensuel à intérêt crée une obligation à la charge du prêteur. En ce sens *V.* **Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 174, n° 06-19.753** ; *RDC* 2009, p. 1129, obs. Y.-M. Laithier ; LEDC, 2008, n° 3, p. 2, obs. G. Pillet ; *CCC* n° 11, nov. 2008, comm. 255, note L. Leveneur ; *JCP* G, n° 38, II.10150, note A. Constantin : « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause* » (nous soulignons).

383 Pour une analyse approfondie et critique, *V.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., Partie I, Titre I.

384 Pour une évocation jurisprudentielle de la notion *V.* **Cass. com., 2 oct. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 154, 98-19.694**, préc.

385 Cciv., art. 1107, al. 2 : « *Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* » (nous soulignons) ; Cciv., art. 1105 anc. : « *Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* » (nous soulignons).

386 Cciv., art. 1106, al. 2 : « *il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci* » (nous soulignons).

387 Dans ces cas, les auteurs favorisent la qualification de convention. Sur ce point *V.* not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 79, n° 79 : « *si les conventions avaient pour objet de créer des effets de droit quelconques, le contrat était la convention qui avait la caractéristique d'engendrer des obligations* ». Même si le législateur semble s'opposer à cette analyse. *V* not. Cciv., art. 1350. Dans le même sens par référence aux écrits de Pothier *V.* M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil – Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 293, n° 943 : « *Il y a d'autres conventions qui éteignent ou modifient une obligation préexistante ; en général, on ne leur applique pas le nom de contrat. Ainsi une remise de dette est une convention, ce n'est pas un contrat.* »

388 Pour l'évocation de la double qualification dans la jurisprudence manifestant leur éventuelle autonomie *V.* **CA Riom, 1re ch. civ., 16 déc. 2013, n° 12/01774, *Jurisdata* n° 2013-031407** : « *l'action tendant ainsi à la révocation de l'acte de reconnaissance de dette, consenti par Madame Marie-Claude B. étant unilatéral et à titre gratuit* » (nous soulignons).

§2. La critique des justifications de la thèse

130. ***L'impossible identification d'un critère du contrat synallagmatique.*** La thèse défendant l'existence d'un rapport hiérarchique entre l'avantage et l'obligation est justifiée en doctrine par deux arguments de différentes nature et intensité. Le premier argument est d'ordre linguistique, d'une intensité relative et peu contestable. Le second argument est d'ordre juridique, d'une intensité importante et contestable. Nous pensons, concernant ce second argument, que celui-ci ne se vérifie pas sur le plan du régime juridique du contrat synallagmatique. En effet, que ce soit sur le terrain des règles de preuve des articles 1375 et 1376 du Code civil (**A**) ou de l'exception d'inexécution des articles 1219 et 1220 du Code civil (**B**), le critère défendu du contrat synallagmatique n'est pas confirmé. Certes, il peut être relevé que l'interdiction du contrôle de l'équivalence des prestations de l'article 1168 du Code civil corrobore le critère défendu par les auteurs favorables à la thèse d'un rapport hiérarchique. Cependant, c'est à notre avis un argument peu déterminant car il convient de reconnaître que rien ne justifie de limiter la prohibition du contrôle de l'équilibre contractuel aux seuls contrats synallagmatiques (**C**).

A. L'impossible confirmation du critère du contrat synallagmatique à partir des règles de preuves édictées aux articles 1375 et 1376 du Code civil

131. ***Des critiques jurisprudentielles et conceptuelles.*** La conviction de l'existence d'un rapport hiérarchique entre l'avantage et l'obligation est principalement fondée sur l'existence de contrats à titre onéreux non synallagmatiques. À notre avis, cette justification est critiquable car il est impossible d'établir un critère du contrat synallagmatique à partir de son régime probatoire. En effet, comme nous le verrons, la jurisprudence est inconstante, confirmant et infirmant la thèse d'un rapport hiérarchique entre les contrats synallagmatiques et à titre onéreux (**1**). Nous allons même plus loin, nous pensons qu'il est impossibilité d'établir un critère du contrat synallagmatique car la finalité de ce régime probatoire n'a pas à être limitée au contrat synallagmatique. Au contraire, ce régime devrait n'être limité à aucun type contractuel (**2**).

1. L'inconstance jurisprudentielle des règles probatoires

132. ***Le formalisme de l'article 1375 du Code civil : le régime acquis du contrat synallagmatique.*** Selon la loi et l'unanimité des auteurs, l'article 1375 du Code civil prévoit une règle de régime spécifique au contrat synallagmatique. Selon ce dernier, l'acte sous seing privé qui

« *constate un contrat synallagmatique* »[389] doit être réalisé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties, chaque original devant mentionner le nombre d'exemplaires, à moins de faire conserver l'unique original par un tiers. Cette formalité, dite du « *double original* », emporte en cas d'insatisfaction la perte de sa force probante à l'*instrumentum*, qui ne devient qu'un simple commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1362 du Code civil. En raison de cet article, la Cour de cassation a été confrontée à la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, exigeant ou refusant que la formalité du « *double original* » ne soit attendue dans pareils cas. Ainsi, elle a considéré qu'un contrat de mandat de recherche d'appartement à titre onéreux est un contrat synallagmatique soumis à la formalité du double[390], tout comme un contrat de travail rémunéré[391], une promesse unilatérale de vente moyennant une contrepartie monétaire[392] ou encore un contrat d'assurance[393]. Corrélativement, et en toute rigueur conceptuelle, la Cour de cassation a écarté l'exigence du « *double original* » dès qu'il a été question d'un contrat unilatéral. Ainsi, n'est pas soumis à l'article 1375 du Code civil le contrat de cautionnement[394], la promesse unilatérale de vente à titre gratuit[395] ainsi que le contrat de prêt réel[396]. Concernant ce dernier cas, il est important de rappeler que les juridictions sont indifférentes à l'égard de l'éventuelle stipulation d'un intérêt : le prêt réel, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, est un contrat unilatéral[397].

133. ***Le formalisme de l'article 1376 du Code civil : le régime acquis de certains contrats unilatéraux.*** L'article 1376 du Code civil dispose que « *l'acte sous signature privée par lequel* ***une seule partie s'engage envers une autre*** *à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la*

---

389 L'article 1375 du Code civil prend la place de l'ancien article 1325 du Code civil dont la lettre est très proche. Sur le peu d'innovation dans ce texte *V.* not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 1078 et suiv., n° 1217 et suiv.

390 **Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-21.839**.

391 **Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 95-41.495**.

392 **Cass. com., 4 févr. 1965, *Bull. civ.* III, n° 90** ; **Cass. civ. 3e, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 444, n° 72-11.562**, préc.

393 **Cass. civ. 1re, 30 avr. 1970, *Bull. civ.* I, n° 141, n° 69-10.237**.

394 **Cass. com., 3 févr. 1998, n° 95-18.631** : « *le cautionnement étant un contrat unilatéral, il ne requiert pas l'établissement d'un double original* » ; **Cass. com., 2 juin 2021, *Bull. civ.* IV, n° 20-10.690** : « *le cautionnement étant un contrat unilatéral, un seul original était requis* ». Pour une position contraire par le passé *V.* la jurisprudence citée par I. Pétel-Teyssié, *J.-Cl. Civ.*, Art. 1375, Fasc. unique : Preuve des obligations. – Modes de preuve. – Actes sous seing privé synallagmatiques. – Formalité du double original, n° 29.

395 **Cass. civ. 1re, 30 oct. 1961, *Bull. civ.* I, n° 495** ; **Trib. civ. Bordeaux, 18 janv. 1944** ; *JCP G* 1944, II, 2687, note J. Carbonnier.

396 **Cass. civ. 1re, 28 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 120, n° 82-15.538** ; *RTD civ.* 1985, p. 386, obs. J. Mestre : « *le contrat du prêt, qui n'impose d'obligation qu'à l'emprunteur, n'a pas de caractère synallagmatique* ».

397 L'intérêt étant à la charge de l'emprunteur et la remise de la chose étant toujours une condition de formation du contrat et non de validité, l'onérosité ou la gratuité du contrat n'emporte pas l'application de l'article 1375 du Code civil.

somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres »[398]. Cette formalité, dite du « *bon pour* », est applicable à l'acte unilatéral et à certains contrats unilatéraux, à l'exclusion logique de tout contrat synallagmatique, comme le confirme la Cour de cassation[399]. Ainsi les auteurs affirment sans surprise que la « *formalité du double est inconciliable avec celle du bon pour* »[400]. En application de ce texte, les juridictions estiment que le contrat de cautionnement d'une somme d'argent est soumis à cette formalité[401], tout comme la garantie à première demande[402] ou encore l'engagement de codébiteur solidaire accordé huit ans après la formation du contrat liant le créancier et le débiteur initial[403], ainsi que le contrat de prêt réel, qu'il soit ou non à intérêt[404]. Corrélativement, n'est pas soumis à la formalité du « *bon pour* » le cautionnement à titre onéreux convenu à l'occasion d'une transaction[405] ou sous la forme d'une convention innommée[406]. De même, la Cour de cassation écarte la formalité du « *bon pour* » pour la promesse unilatérale de vente à titre onéreux[407], en adéquation avec la jurisprudence rendue en application de l'article 1375 du Code civil.

---

398 (nous soulignons). L'article 1376 du Code civil prend la place de l'ancien article 1326 du Code civil dont la lettre est très proche. Sur le peu d'innovation dans ce texte *V.* not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 1078 et suiv., n° 1217 et suiv. Pour une présentation du mécanisme, de ses origines et de ses excès sous l'empire de l'article 1326 du Code civil *V.* Ph. Letourneau, « Contre le "bon pour" », *D.* 1975, p. 187.

399 **Cass. req., 3 mai 1886** ; *S.* 1886. 1. 351, *DP* 1887. 1. 16 ; **Cass. civ. 1re, 23 févr. 1970, *Bull. civ.* I, n° 65, n° 68-14.471** ; **Cass. civ. 1re, 7 juin 1979, *Bull. civ.* I, n° 168, n° 78-11.777** ; **Cass. civ. 1re, 8 févr. 1984, *Bull. civ.* I, n° 57, n° 82-16.406** ; *RTD civ.* 1985, p. 386, obs. J. Mestre ; **Cass. civ. 1re, 19 avr. 1988, *Bull. civ.* I, n° 110, n° 86-12.449**. La Cour de cassation estime toutefois qu'il n'y a pas d'équivalence entre les formalismes des articles 1325 et 1326 (désormais 1375 et 1376). En effet, la reconnaissance de dette soumise à l'article 1326 du Code civil n'est pas conforme à cet article si elle respecte le formalisme de l'article 1325 du même code : **Cass. civ. 1re, 4 mars 1997, *Bull. civ.* I, n° 80, n° 94-17.754.**

400 R. Houin, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, th. préc., p. 302. C'est ainsi que l'auteur résume la position de la Cour de cassation qu'il conteste par la suite, considérant que son interprétation de l'article 1326 ancien du Code civil est erronée. Sur ce dernier point *V.* p. 303 et suiv.

401 *V.* not. **Cass. civ. 1re, 3 mars 1970, n° 68-11.240** ; *D.* 1970, p. 403, note J.-M. Etesse.

402 **Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-16.564** ; *RTD* civ. 1996. 183, M. Bandrac ; **Cass. com., 10 janv. 1995, *Bull.* civ. IV, n° 13, n° 93-10.787** ; *D.* 1995. 201, L. Aynès ; J*CP* 1995. II. 22397, M. Billau.

403 **Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-11.585**. *Comp.* **Cass. com., 3 mars 1987, *Bull. civ.* IV, n° 63, n° 85-17.981**.

404 Prêt sans intérêt : **Cass. civ. 1re, 16 sept. 2014, n° 13-19.917** ; **Cass. civ. 1re, 27 févr. 2013, n° 11-22.640** ; *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. 109, obs. L. Leveneur ; **Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-12.670** ; Prêt à intérêt : **Cass. civ. 1re, 24 juin 1997, *Bull. civ.* I, n° 210, n° 95-11.380** ; L'article est toutefois écarté lorsque la qualification de contrat synallagmatique est retenue : **Cass. civ. 1re, 19 mars 1996, n° 94-15.454** (aucune précision sur l'existence d'intérêt) ; **Cass. civ. 1re, 28 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 120, n° 82-15.538** (prêt à intérêt) ; **Cass. civ. 1re, 15 nov. 1994, n° 92-14.503** (admettant curieusement la qualification de contrat synallagmatique).

405 **Cass. com., 12 avr. 2005, n° 03-19.022**, préc. *V.* sur ce point M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, th. préc., p. 209, n° 225.

406 **Cass. civ. 1re, 2 févr. 1994, n° 92-11.835** ; *D.* 1995, p. 87, note R. Libchaber. *V.* sur ce point A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 36, note de bas de page n° 8.

407 **Cass. civ. 3e, 6 mars 1974, *Bull. civ.* III, n° 109, n° 73-10.363**. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 13 févr. 1968, *Bull. civ.* I, n° 63** : en l'espèce une promesse unilatérale de vente avait été accordée moyennant une indemnité égale au prix de vente et la Cour de cassation a admis l'application de l'article 1326 du Code civil. Cette solution ne semble plus admissible aujourd'hui, la Cour de cassation estimant qu'une telle promesse n'est plus unilatérale mais synallagmatique. Sur ce point *V. infra* n° 452

. *Rappr.* I. Pétel-Teyssié, *J.-Cl. Civ.*, Art. 1376, Fasc. unique : Preuve des obligations. – Modes de preuve. – Actes sous seing privé unilatéraux. – Mention de la somme ou de la quantité, n° 19.

134. ***Une difficulté dans le contentieux de l'article 1375 du Code civil : un critère incertain du contrat synallagmatique.*** Selon la Cour de cassation la formalité du « *double original* » n'est pas systématiquement exigible en présence d'un contrat synallagmatique. Cette formalité n'est en effet pas nécessaire si l'un des engagements est exécuté au moment de la signature de l'acte[408]. Cette position jurisprudentielle compréhensible trouve un écho intéressant dans l'article 1375 lui-même du Code civil qui précise que la violation de la formalité du « *double original* » ne peut être invoquée par celui qui a exécuté totalement ou partiellement son engagement[409]. On comprend à la lecture de ces exceptions au formalisme du double original que celui-ci n'est applicable qu'en présence d'obligations à exécuter. Compte tenu de ces deux particularités, il se déduit que l'on peut trouver sur le fondement de l'article 1375 du Code civil la confirmation de la thèse d'un rapport hiérarchique entre l'avantage et l'obligation. En effet, seul le contrat synallagmatique devrait être soumis à cette formalité à l'exclusion du contrat à titre onéreux, car seul le contrat synallagmatique présente des obligations sujettes à exécution. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation à l'égard du contrat de prêt réel à intérêt qui est invariablement un contrat unilatéral à ses yeux[410]. Que le prêt soit ou non à intérêt, seul l'emprunteur est en effet débiteur d'obligation(s).

Malgré l'existence de ce cas, il convient de ne pas conclure à l'existence d'un rapport hiérarchique entre les contrats synallagmatiques et à titre onéreux car la haute juridiction n'a pas une position constante. Par exemple, elle estime qu'une promesse unilatérale de vente à titre onéreux est un contrat synallagmatique soumis à la formalité du « *double original* »[411]. Cette solution est contraire à celle développée à l'endroit du contrat prêt réel car un droit d'option est un avantage non obligationnel. Certes, on pourrait nous rétorquer que le promettant est tenu d'une obligation de faire dont l'inexécution peut être sanctionnée[412], comme a pu l'affirmer la Cour de cassation[413].

---

[408] **Cass. civ. 3e, 19 oct. 1993, n° 91-21.097** ; *Contrats, conc. consom.* 1994, comm. 21, obs. L. Leveneur ; *RTD* civ. 1994, p. 610, obs. J. Mestre. Dans le même sens I. Pétel-Teyssié, JurisClasseur Code civil, Art. 1375, *op. cit.*, n° 31.

[409] L'ancien article 1325 du Code civil n'évoquait que l'exécution totale, contrairement au nouvel article 1375 du Code civil. Toutefois, la jurisprudence admettait déjà l'invocation de la seule exécution partielle mais à la condition que la convention ne soit pas contestée dans son contenu. Pour une analyse de la nouvelle formulation de l'article 1375 du Code civil concernant l'exécution partielle *V.* G. Lardeux, *Rép. civ.* Dalloz, Preuve : Modes de preuve, n° 175.

[410] Au visa de l'article 1326 du Code civil devenu l'article 1376 du Code civil : **Cass. civ. 1re, 16 sept. 2014, n° 13-19.917**, préc. ; Au visa de l'article 1325 du Code civil devenu l'article 1375 du Code civil : **Cass. civ. 1re, 28 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 120, n° 82-15.538**, préc.

[411] **Cass. com., 4 févr. 1965, *Bull. civ.* III, n° 90** ; **Cass. civ. 3e, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 444, n° 72-11.562**, préc.

[412] Initialement, la seule sanction possible était l'octroi de dommages et intérêts, cependant, la Cour de cassation a affirmé récemment que l'exécution forcée était possible en application des textes de 1804 (**Cass. civ. 3e, 23 juin 2021, *Bull. civ.* III, n° 20-17.554** ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 27, p. 34, obs. C. Berlaud). Pour une présentation de la position du Code civil au lendemain de la réforme *V.* not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 228, n° 264 et suiv.

[413] **Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174, n° 91-10.199** ; *D.* 1994. Somm. 230, obs. O. Tournafond ; *D.* 1994, p. 507, note Fr. Bénac-Schmidt ; *JCP* 1995. II. 22366, note D. Mazeaud ; *Defrénois*, 1994, art. 35845, p. 795, note

Cependant, cela irait à l'encontre de la position qu'elle soutient à l'égard du contrat de prêt réel dans lequel l'engagement de laisser l'emprunteur jouir de la chose jusqu'au terme du contrat n'est pas une obligation et consiste seulement à respecter la « *norme contractuelle* »[414]. Sur ce point, la haute juridiction est donc bien contradictoire. Dans le même ordre d'idée nous pouvons évoquer le cas du contrat de cautionnement qui selon la Cour de cassation est un contrat unilatéral lorsqu'il est à titre gratuit[415] et synallagmatique lorsqu'il est à titre onéreux[416]. Cela signifie que le cautionnement est un contrat qui met à la charge de la caution une obligation de garantir le créancier contre le risque d'inexécution du débiteur. Or, une telle analyse obligationnelle s'oppose à celle que la Cour de cassation défend à l'endroit du contrat de prêt réel car le seul fait que le prêteur respecte la norme contractuelle ne le rend pas débiteur d'une obligation.

Cette contradiction jurisprudentielle rend incertain le critère du contrat synallagmatique qui repose soit sur une conception stricte, soit sur une conception large de la notion d'obligation.

135. ***Une difficulté dans le contentieux de l'article 1376 du Code civil : un critère incertain du contrat synallagmatique.*** Selon la Cour de cassation il faut entendre par contrat synallagmatique, dans le contentieux des articles 1375 et 1376 du Code civil, celui qui fait « *naître en même temps deux obligations principales corrélatives dont l'une est la cause de l'autre* »[417]. Ainsi, le contrat synallagmatique imparfait, à savoir le contrat qui est unilatéral à sa formation et qui devient synallagmatique en cours d'exécution, échappe à la formalité du « *double original* » et est soumis à la formalité du « *bon pour* ». Selon la Cour de cassation, tel est le cas du « *mandat, dans lequel la seule obligation principale est celle du mandataire, l'obligation du mandant de rembourser les dépenses faites pour l'exécution du mandat n'étant qu'incidente, purement éventuelle et tout au plus une suite possible, mais non la cause de l'obligation principale du mandataire* »[418]. Ainsi il s'évince de cet arrêt fondateur, à la motivation très nette, que les formalités du « *bon pour* » et du « *double original* » ne s'intéressent qu'aux engagements dont l'exécution est attendue de façon certaine[419]. Ainsi, l'obligation de remboursement du

---

Ph. Delebecque ; *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 26 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 165, n° 94-16.326** ; *JCP* N 1997. II. 909 ; *Adde.* **Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11.721** ; *JCP* G 2008. II. 10147, note G. Pillet ; *Dr. et patr.*, févr. 2009, p. 120, obs. L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2008. 474, obs. B. Fages ; *RDC* 2008, p. 1239, obs. Fr. Collart-Dutilleul ; *RDC* 2009, p. 143, obs. Ph. Brun.

414 Pour une présentation générale de la position *V.* « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p. 771, n° 21 et 22. *Rappr.* H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », *in Mélanges François Terré. L'avenir du droit*, Paris, Dalloz - PUF - Éditions du juris-classeur, 1999, p. 656.

415 **Cass. civ. 1re, 3 mars 1970, n° 68-11.240**, préc. ; **Cass. com., 12 avr. 2005, n° 03-19.022**, préc. (cautionnement à titre onéreux).

416 **Cass. com., 3 févr. 1998, n° 95-18.631**, préc.

417 **Cass. req., 23 avr. 1877** ; *DP* 1877, 1, 366 ; *S.* 1878, 1, 399.

418 **Cass. req., 23 avr. 1877**, préc.

419 *Contra.* A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 35 et 36, n° 22 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, coll. Cours Droit privé, 13e éd., 2018, p. 39, n° 33 ; Ph. Delebecque, J. Pansier, *Droit des obligations – Contrat et quasi-contrat*, Paris, LexisNexis, 8e éd., 2018, coll. Objectif droit, p. 18, n° 31.

mandant, tout comme celle du déposant, n'est pas susceptible d'imposer le respect de la formalité du « *double original* ». Cependant, une fois encore, la Cour de cassation n'a pas une position constante à cet égard, tenant compte occasionnellement de telles obligations éventuelles pour exiger le respect de la formalité du « *bon pour* ». Le cas le plus frappant est celui du contrat de cautionnement qui, s'il est à titre gratuit, est soumis à la formalité du « *bon pour* »[420] car c'est un « *contrat unilatéral* »[421].

Cette position bien installée en jurisprudence et en doctrine pose difficulté à un double niveau. Pour mémoire, le contrat de cautionnement donne naissance, suivant la position majoritaire, à deux obligations, une première de couverture du risque d'inexécution et une seconde de règlement de la dette du débiteur principal. La difficulté est importante et pour la comprendre il faut décomposer le propos en deux temps. Premièrement, il convient de rappeler que selon la Cour de cassation l'article 1376 du Code civil est applicable uniquement aux dettes non éventuelles. Suivant cette considération, il faut envisager que si un contrat de cautionnement est soumis à ce formalisme c'est en raison de la dette de couverture, et non de règlement qui nécessite une inexécution dont la survenance est incertaine. Deuxièmement, il convient de rappeler que l'article 1376 du Code civil est applicable uniquement aux contrats unilatéraux dans lesquels une partie s'engage au paiement d'une somme d'argent ou à la livraison d'un bien fongible. Suivant cette particularité, il faut envisager que si un contrat de cautionnement est soumis à ce formalisme ce ne peut être qu'en raison de la dette de règlement. En effet, « *la couverture d'un risque* »[422] d'inexécution est une prestation de service qui ne rend que virtuellement la caution débitrice d'une obligation de somme d'argent ou de livraison d'un bien fongible. Dès lors, la formalité du bon pour apparaît inapplicable.

À la lumière de ces deux éléments, la situation apparaît totalement contradictoire : soit l'obligation éventuelle participe à la qualification de l'acte et le mandat est un contrat synallagmatique soumis à l'article 1375 du Code civil et le cautionnement est un contrat unilatéral soumis à l'article 1376 du Code civil ; soit l'obligation éventuelle ne participe pas à la qualification de l'acte et le contrat de mandat est unilatéral et non soumis à l'article 1376 du Code civil et le contrat de cautionnement à titre gratuit est non unilatéral et échappe à la formalité du « *bon pour* »[423].

---

[420] **Cass. civ. 1re, 3 mars 1970, n° 68-11.240**, préc.

[421] **Cass. com., 3 févr. 1998, n° 95-18.631**, préc. ; Plus récemment *V.* **Cass. com., 2 juin 2021, *Bull. civ.* IV, n° 20-10.690** ; *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 2 févr. 1994, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 92-11.835** ; *D.* 1995, p. 87, note R. Libchaber : Une garantie rémunérée est un contrat synallagmatique.

[422] Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 162, n° 177. Pour une étude générale de cette obligation et de ses spécificités *V.* V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2010.

[423] Que penser du contrat de gage avec dépossession ? S'agit-il d'un contrat synallagmatique donnant naissance à des obligations de remise et de restitution de la chose gagée, ou bien d'un contrat unilatéral, donnant naissance à une obligation de remise et potentiellement d'une obligation de restitution si la sûreté n'est pas réalisée ? En effet,

En conclusion, il y a une contradiction profonde dans les contentieux des formalités du « *bon pour* » et du « *double original* » ce qui fait que la qualification d'obligation manque de précision tout comme celle de contrat synallagmatique. En conséquence, on ne saurait déduire à partir de ces contentieux un éventuel rapport hiérarchique entre les contrats à titre onéreux et synallagmatiques qui ferait écho au rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation

2. L'inadaptation conceptuelle des règles probatoires

136. ***La finalité de la formalité du « double original » selon la Cour de cassation.*** Le « *fondement unanimement assigné à la règle du double écrit* »[424] est d'assurer « *un égal moyen de preuve* »[425] aux parties à un contrat synallagmatique. Selon la Cour de cassation, il s'agirait même plus précisément d'accorder un égal moyen de preuve *aux débiteurs* d'un contrat synallagmatique. La haute juridiction a pu en effet souligner en matière de vente que la formalité du « *double original* […] *cesse d'être applicable quand, au moment même de la rédaction de l'acte l'acheteur a pleinement exécuté ses obligations par le payement du prix et que le vendeur, n'ayant plus aucun droit à faire valoir, est sans intérêt à avoir un original en sa possession* »[426].

137. ***La critique de la restriction de l'article 1375 du Code civil au contrat synallagmatique au regard de sa finalité.*** À notre avis, cette position est critiquable en ce qu'elle manque de cohérence et de légitimité. Premièrement, cette position nous semble peu cohérente car le débiteur d'une obligation n'est pas la seule personne à avoir un « *droit à faire valoir* » *via* un original. Le créancier est tout autant titulaire de droits. Notamment, concernant l'interprétation de l'obligation pour déterminer s'il y a eu paiement ou non. Deuxièmement, cette position nous semble peu légitime. Comme le souligne monsieur Barbaud dans sa thèse, si l'objectif de l'article 1375 du Code civil est d'assurer un égal moyen de preuve aux parties dans un contrat source d'obligations, l'exclusion du contrat synallagmatique imparfait met curieusement le débiteur de l'obligation éventuelle « *à la merci de son cocontractant* »[427]. Il n'a pas d'original pour démontrer l'existence et le contenu de l'acte, ce qui engendre une forte inégalité. Or tout contrat unilatéral peut potentiellement devenir synallagmatique en cours d'exécution.

---

contrairement au contrat de prêt, la restitution de la chose gagée est dépendante de la réalisation de la sûreté (comme pour toute sûreté réelle avec dépossession). Dès lors, qu'elle qualification privilégier ? Au regard de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1376 du Code civil, l'incertitude est totale.

424 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 210, n° 408 et les références notées.

425 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 210, n° 407.

426 **Cass. civ. 1re, 12 févr. 1964, *Bull. civ.* I, n° 85** ; *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 5. Solution plusieurs fois répétée par la Cour de cassation. Pour un rappel récent *V.* **Cass. com., 22 mai 2002, n° 98-22.254**. Pour l'analyse de cette position jurisprudentielle *V.* G. Lardeux, *Rép. civ.* Dalloz, Preuve : Modes de preuve, n° 175. ; I. Pétel-Teyssié, JurisClasseur Code civil, Art. 1375, *op. cit.*, n° 31.

427 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 209, n° 406.

138. ***La proposition d'une refonte de l'article 1375 du Code civil.*** Compte tenu de ces deux critiques, nous pensons qu'il conviendrait mieux d'exiger un original pour chaque contractant dès qu'il existe une opposition d'intérêts[428]. Cette ouverture de l'article peut sembler excessive, néanmoins, elle s'accorde avec l'article 1353 du Code civil qui n'envisage pas seulement la preuve des obligations par le prisme du débiteur, mais par le prisme de « *celui qui* » agit, c'est-à-dire soit « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation* » soit « *celui qui se prétend libéré* »[429].

En définitive, si l'objectif de l'article 1375 du Code civil est d'assurer l'égalité des parties dans la preuve de la convention qui les lie, il paraît plus que discutable de limiter la formalité du double à l'existence d'un contrat synallagmatique et par voie de conséquence à la qualité de débiteur. Selon nous, il serait bien plus conforme au droit positif de plutôt exiger la réalisation d'un original pour toute partie contractante présentant un intérêt distinct. Nous espérons donc que cette exigence formelle fera l'objet d'une révision le jour où une réforme, en profondeur[430], du droit de la preuve sera entreprise[431].

139. ***L'inadaptation de l'article 1375 du Code civil pour déterminer le critère du contrat synallagmatique.*** Au regard des développements précédents, nous pensons que la formalité de l'article 1375 du Code civil ne peut pas un point de repère efficace pour déterminer le critère du contrat synallagmatique. Cela s'impose d'autant plus que la jurisprudence relative à cette formalité n'est pas suffisamment stable pour permettre de déduire l'existence d'un critère positif du contrat synallagmatique. Il convient donc de s'appuyer sur un autre contentieux pour effectuer une telle déduction. Cependant, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, une conclusion similaire s'impose lors de l'étude des règles de fond associées par la doctrine à la qualification de contrat synallagmatique.

---

[428] Pour une critique plus profonde et concordante *V.* M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 209 à 211, n° 406 à 408.

[429] Cciv., art. 1353 : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». Pour une présentation du texte et les conceptions qui y sont attachées *V.* not. J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale. Tome 2 : Droit de la preuve. Abus de droit, fraude et apparence*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 5e éd., 2020, p. 84 et suiv., n° 93 et suiv.

[430] Sur l'absence de réforme du droit de la preuve lors de la réforme du droit des obligations de 2016 *V.* not. G. Lardeux, « Commentaire du titre IV bis nouveau du livre III du code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, p. 850.

[431] Il convient de souligner que la Belgique a maintenu l'association du formalisme du « *double original* » au contrat synallagmatique dans son nouvel article 8.20 du Code civil entré en vigueur le 1er novembre 2020.

B. L'impossible confirmation du critère du contrat synallagmatique à partir de la règle de l'exception d'inexécution des articles 1219 et 1220 du Code civil

140. ***La notion d'exception d'inexécution.*** L'exception d'inexécution est « *une mesure de défense* »[432] qui relève du « *bon sens* »[433] et qui consiste simplement à refuser de s'exécuter tant que son cocontractant s'y refuse également. L'exception d'inexécution est connue depuis 1804, essentiellement dans la jurisprudence, et a fait l'objet d'une consécration généralisée en 2016 aux articles 1219 et 1220 du Code civil. De l'avis unanime des auteurs, l'exception d'inexécution trouve dans le contrat synallagmatique son terrain d'élection étant donné qu'il suppose une réciprocité d'obligations.

141. ***Le cas de la remise de dette à titre onéreux : une confirmation imparfaite.*** Malgré la position doctrinale unanime, il s'avère que les articles 1219 et 1220 du Code civil n'attribuent pas à l'exception d'inexécution de domaine expresse d'intervention. En effet, il n'est pas mentionné le type contractuel dans lequel le mécanisme aurait exclusivement vocation à s'exprimer. Cependant, les auteurs déduisent de la jurisprudence passée et des conditions textuelles de l'exception d'inexécution que le mécanisme ne peut s'épanouir que dans le contrat synallagmatique. Rapidement, la position se confirme lorsque l'on songe au contrat de remise de dette à titre onéreux. L'effet extinctif de la remise de dette n'étant pas une obligation, c'est-à-dire une prestation sujette à exécution, on ne saurait envisager sa soumission à l'exception d'inexécution. Nul ne peut envisager de retenir l'exécution de ce qui se réalise par le seul échange des consentements.

Compte tenu de ce cas, on pourrait croire que la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation trouve ici la preuve de sa pertinence. Cependant, ce serait à notre avis une conclusion hâtive car il n'est pas démontré que seule une obligation réciproque et corrélative, c'est-à-dire une contrepartie convenue, est susceptible de faire l'objet d'une exception d'inexécution. Ainsi, par exemple, que penser du refus du mandataire de restituer les choses qui lui ont été confiées pour la réalisation de sa mission tant qu'il n'a pas reçu le remboursement des « *avances et frais* »[434] qu'il a engagé ?

142. ***L'issue doctrinale tirée du droit de rétention.*** Selon de nombreux auteurs, ce cas du mandataire ne doit pas faire douter que l'exception d'inexécution n'est admissible qu'en matière de

---

[432] Ch. Atias, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 3e éd., 2006, p. 136, n° 176.

[433] A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 310, n° 369.

[434] Cciv., art. 1999 : « *Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiements, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.* »

contrepartie convenue obligationnelle. Pour cause, dans cette hypothèse, il n'est pas illustré la notion d'exception d'inexécution mais celle de droit de rétention, comme l'a laissé entendre la Cour de cassation en 1866[435]. Dans ce cas, le mandataire retient seulement la chose dont il a la possession afin de solliciter le paiement de sa dette au mandant[436]. Par ce changement de notion, le domaine d'intervention de l'exception d'inexécution est sauvé, étant nécessairement restreint aux contrats synallagmatiques dits parfaits, c'est-à-dire le contrat synallagmatique suivant la position des auteurs favorables à la thèse hiérarchique des notions d'avantage et d'obligation.

143. ***La critique du recours au droit de rétention.*** Effectivement, le recours au droit de rétention pour le cas du mandataire dépositaire d'une chose appartenant au mandant est imparable. De ce fait, on pourrait estimer que le rapport hiérarchique existant entre les notions d'avantage et d'obligation est confirmé car l'exception d'inexécution n'est admissible qu'en présence d'une contrepartie convenue obligationelle. Cependant, il convient de s'opposer à une telle conclusion. Selon nous, celle-ci est critiquable car il est possible d'identifier un cas théorique dans lequel l'exception d'inexécution pourrait intervenir pour une obligation qui n'est pas une contrepartie convenue et où le droit de rétention serait inenvisageable. Il s'agit du cas du mandataire qui refuse de « *rendre compte de sa gestion* »[437] tant qu'il n'a pas été indemnisé des avances et frais qu'il a engagés pour sa gestion. Dans ce cas, « *(s)eule l'exception d'inexécution p(ourrait) (…) recevoir application* »[438] car l'obligation ne porte pas sur une chose. Ce cas théorique qui ne se voit opposer aucune limite législative contredit la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'obligation et d'avantage. En effet, ce contrat ne peut être qualifié de synallagmatique — suivant le critère de la thèse d'un rapport hiérarchique — car l'obligation de rendre compte de sa mission n'est pas une contrepartie convenue au profit du mandant.

144. ***Une incertitude défavorable à la thèse d'un rapport hiérarchique.*** En définitive, il apparaît que l'exception d'inexécution est dans l'impossibilité de justifier la thèse d'un rapport

---

435 **Cass. civ., 17 janv. 1866** ; *DP* 1866. 1. 76 : selon la haute juridiction le mandataire use ici du droit de rétention reconnu pour tout dépositaire d'une chose, au sens de l'article 1948 du Code civil. *Rappr.* **Cass. com., 16 juin 1981, *Bull. civ.* IV, n° 276, n° 79-16.204** ; *JCP* 1981. IV. 318 : à notre avis dans cet arrêt il n'est pas question d'une exception d'inexécution pour refus d'exécuter l'obligation de rendre des comptes pour le mandataire, mais pour refus d'exécuter l'obligation de restitution de la chose mobilière remise au mandataire par le mandant pour l'exécution de la mission. Par conséquent, nous pensons que cet arrêt illustre seulement le droit de rétention accordé au mandataire et non l'exception d'inexécution.

436 *V.* nettement en ce sens D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 668, n° 942. Sur le domaine du droit de rétention, *V.* Cciv., art. 2286.

437 Cciv., art. 1993 : « *Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.* »

438 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 826, n° 767. *Rappr.* O. Deshayes, *Rép. civ.* Dalloz, Exception d'inexécution, n° 27. *Adde* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 69.

hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation car nous n'avons pas suffisamment d'éléments sur son domaine d'intervention. Il y a une incertitude qui bloque toute prise de position. Seule une intervention jurisprudentielle ou législative serait en mesure d'y parvenir. Dès lors, on ne saurait déduire à notre avis de cette règle de régime que les notions d'avantage et d'obligation présentent un rapport hiérarchique.

C. L'injustifiable confirmation du critère du contrat synallagmatique à partir de la règle de l'interdiction du contrôle de la lésion de l'article 1168 du Code civil

145. ***Une confirmation indiscutable.*** Suivant l'article 1168 du Code civil « *(d)ans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Unanimement, les auteurs estiment que cet article n'est rien de plus que la reformulation de l'ancien article 1118 du Code civil qui prévoyait que « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* »[439]. Cette association indiscutable vient confirmer la position retenue par les défenseurs d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantages et d'obligation : s'il est possible de contrôler l'équivalence des prestations d'un contrat synallagmatique, c'est indéniablement car celui-ci est à titre onéreux.

Pour le confirmer, il suffit d'envisager de contrôler l'équilibre d'un contrat synallagmatique imparfait, comme un mandat à l'issue duquel le mandant doit rembourser au mandataire les dépenses qu'il a effectuées dans la cadre de sa mission. Dans ce cas il est impossible de réaliser un tel contrôle car l'indemnisation attendue par le mandataire n'est pas évaluée en fonction de sa mission, c'est-à-dire l'avantage accordé au mandant, mais en raison des dépenses qu'il a effectuées, c'est-à-dire la perte qu'il a subie. L'équilibre visé n'est pas le même.

146. ***Une confirmation toutefois injustifiable.*** Si le contenu de l'article 1168 du Code civil vient confirmer le critère du contrat synallagmatique, tel que défendu par les auteurs favorables à l'existence d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation, il convient toutefois de tempérer le propos. À la suite de différents auteurs, il convient de s'interroger sur la

---

439 *V.* not. Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations - innovations - perspectives*, *op. cit.*, p. 75, n° 123.271 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 325 ; Th. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 139 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 400, n° 484 ; J. Julien, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 101, n° 84 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 372, n° 428 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 299, n° 319. *Rappr.* Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 332, n° 359 : selon les auteurs l'article 1118 est un texte « *non repris par le législateur de 2016. Aujourd'hui les articles 1168 du Code civil, propre aux contrats synallagmatiques, et 1169, applicable à tous les contrats à titre onéreux sont, certes, indirectement relatifs à la lésion du point de vue d'un principe général, mais on la trouve dans d'autres dispositions du code relatives à certains contrats ou concernant certaines personnes ainsi que dans des lois particulières.* » (nous soulignons).

légitimité de cette confirmation issue de l'article 1168 du Code civil, en d'autres termes sur sa justification. Est-il cohérent en effet d'avoir limité l'article 1168 du Code civil aux seuls contrats synallagmatiques ? Rien ne justifie une telle restriction qui occulte une partie des contrats à titre onéreux dans lesquels un contrôle de l'équivalence est possible théoriquement. Comme l'envisagent les professeurs Latina et Chantepie, il aurait été tout à fait cohérent de faire référence au contrat à titre onéreux, plutôt qu'au contrat synallagmatique, dans l'article 1168 du Code civil afin d'intégrer « *certains contrats unilatéraux qui sont à la lisière des contrats synallagmatiques* »[440] comme le prêt d'argent à intérêt. La stipulation d'un intérêt « *rend possible un contrôle de son équilibre* », à l'image de l'usure que l'on présente comme une forme de lésion, ce qui aurait légitimé l'élargissement de l'article 1168 du Code civil à tous les contrats à titre onéreux.

Compte tenu de cette restriction injustifiée aux contrats synallagmatiques, il nous semble une fois encore que la légitimité de la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation est anéantie.

147. ***Conclusion de la section I.*** La dimension obligationnelle de l'avantage constitutif d'une contrepartie convenue est généralement envisagée comme étant éventuelle. C'est-à-dire qu'un avantage n'aurait pas invariablement une dimension obligationnelle. Ou, pour le dire autrement, il faudrait considérer que l'avantage est une notion plus large que celle d'obligation. Deux raisons principales motivent le soutien de cette conception de la dimension obligationnelle de l'avantage : la première est que le terme avantage est « *plus évasif* »[441] que celui d'obligation ; la seconde est que tout contrat synallagmatique est à titre onéreux et qu'il existe des contrats à titre onéreux non synallagmatiques, comme la remise de dette moyennant une contrepartie convenue.

Ces deux justifications apparaissent, de prime abord, indéniables. Cependant, après l'étude du régime juridique du contrat synallagmatique, leur certitude apparaît bien discutable. En effet, il se manifeste que les trois règles de régime associées au contrat synallagmatique ne confirment pas la position de la thèse selon laquelle la hiérarchie des notions d'avantage et d'obligation se retrouve dans la distinction des contrats à titre onéreux et synallagmatiques.

Concernant la règle probatoire associée au contrat synallagmatique, il apparaît que celle-ci ne témoigne pas l'existence d'une compréhension constante du contrat synallagmatique. Si parfois le

---

[440] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 373, n° 429. *Rappr.* Th. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 45 (*in fine*) : « *il est regrettable de laisser entendre que le contrat à titre onéreux serait toujours un contrat synallagmatique : l'article 1107 du Code civil énonce en effet que le contrat est onéreux lorsque "*chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure*", alors qu'il ne fait aucun doute qu'un contrat unilatéral, dans lequel une seule partie s'engage, peut être conclu à titre onéreux* » (nous soulignons).

[441] O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70.

contrat synallagmatique est distingué du contrat unilatéral à titre onéreux, comme le prêt réel à intérêt, occasionnellement, la jurisprudence assimile l'un et l'autre comme dans la promesse unilatérale de vente à titre onéreux ou dans le cautionnement. Cette inconstance jurisprudentielle dans la compréhension du contrat synallagmatique rend difficile de justifier par cette règle probatoire la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation.

Concernant l'exception d'inexécution, les auteurs s'accordent largement à considérer que cette notion doit être associée au contrat synallagmatique. Si dans la majorité des cas jurisprudentiels il apparaît que le critère du contrat synallagmatique est confirmé, il se révèle que dans une minorité de cas, le doute est permis. Tel est le cas du refus de restitution de la chose remise au mandataire pour la réalisation de sa mission. Selon différents auteurs, ces cas marginaux ne sont pas décisifs car ils ne sont pas des illustrations de l'exception d'inexécution mais du droit de rétention dont le domaine d'intervention ne correspond pas au contrat synallagmatique. Si l'argument est décisif pour le cas que nous venons d'évoquer, il se révèle occasionnellement dépassé, comme pour le refus du mandataire de rendre compte de sa mission au mandant tant que ce dernier n'a pas remboursé ses dépenses au mandataire. Dans cette situation, il ne peut être envisagé la manifestation d'un droit de rétention. L'existence de ce cas théorique permet en conséquence de voir que, possiblement, l'exception d'inexécution pourrait s'épanouir en dehors du contrat synallagmatique tel qu'il est entendu par les défenseurs de la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation. Ce constat réduit une fois encore la légitimité de cette thèse.

Concernant la prohibition du contrôle de l'équivalence des prestations de l'article 1168 du Code civil, il apparaît indéniablement que le critère du contrat synallagmatique défendu par les auteurs favorables à l'existence d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation est confirmé. Nul ne peut douter que si on peut contrôler l'équilibre d'un contrat synallagmatique c'est parce qu'il est nécessairement à titre onéreux. Malgré cette certitude, nous pensons que cet argument est critiquable. En effet, rien ne justifie de limiter la prohibition du contrôle de l'équilibre contractuel aux seuls contrats synallagmatiques. Au contraire, tout invite à élargir la solution à tout contrat à titre onéreux, notamment l'usure pour le contrat de prêt d'argent qui est analysée comme une forme de lésion.

En conclusion, il apparaît qu'aucune règle apparemment spécifique du contrat synallagmatique n'est en mesure de justifier que tout contrat synallagmatique serait à titre onéreux, conformément à la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation. Compte tenu de cela, il se manifeste que peu d'arguments justifient de soutenir l'existence d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation, et qu'il convient donc d'envisager l'existence d'un rapport plutôt instrumental.

SECTION II

LE SOUTIEN DE LA THÈSE D'UN RAPPORT INSTRUMENTAL ENTRE LES NOTIONS D'AVANTAGE ET D'OBLIGATION

148. ***Le principe de la thèse : l'obligation au service de l'avantage.*** Parmi les rares auteurs à s'être penché sur la notion d'avantage composant une contrepartie convenue, l'un d'eux suggère que la notion présente un rapport instrumental avec celle d'obligation. Plus précisément, l'idée défendue est que l'obligation est « *le moyen* » d'obtenir l'avantage qui en est « *le résultat* »[442]. Les conséquences de cette position sont multiples et importantes.

La première conséquence est de clarifier immédiatement la notion d'avantage qui n'est rien de plus que le résultat de l'obligation, une notion que l'on connaît bien depuis longtemps. La deuxième conséquence de cette position est de clore définitivement la question de l'unilatéralisme ou du synallagmatisme de certains contrats à titre onéreux. L'avantage étant le résultat d'une obligation, tout contrat à titre onéreux est nécessairement synallagmatique et réciproquement, même le contrat de prêt réel à intérêt. Concrètement, suivant cette thèse, il faut considérer que l'emprunteur bénéficie de « *la somme prêtée* »[443] — c'est l'avantage promis par le prêteur — et qu'il est le créancier de l'obligation qui assure la réalisation de cet avantage, à savoir de « *laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* »[444]. La troisième conséquence de la thèse est d'expliquer la proximité, tant de nature que de régime, des contrats synallagmatiques et à titre onéreux. N'étant que deux approches d'une même réalité juridique[445], les distinguer est artificiel. Selon cette thèse, il

---

442 Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 26, n° 121.53 : « *le critère d'identification affiché est distinct. Ce n'est plus la présence ou l'absence d'"obligations" réciproques, mais la présence ou l'absence d'"avantages" réciproques, qui commande la qualification. Il reste que cette distinction peut apparaître quelque peu factice : tandis que le premier critère met en avant le moyen (l'obligation), le second se contente de mettre en relief le résultat (l'avantage)* ».

443 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 183, n° 197. *Rappr.* « *Le cœur du contrat* (de prêt) *est donc à chercher pour l'emprunteur dans cette possibilité, limitée dans le temps, de jouir pour lui-même de la chose transmise* » : G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 211, n° 335 ; *Rappr.* G. Pignarre, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, p. 41, spéc. n° 8 sur la définition de l'obligation de *praestare* comme la mise à disposition temporaire d'un droit qui suppose une remise et une restitution de son objet.

444 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 186, n° 200. Dans le même sens *V.* M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique*, Préf. L. Aynès, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 226, n° 303 ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 121 et suiv., n° 172 et suiv.

445 *Comp.* G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 114, n° 120 : les auteurs estiment à l'endroit du contrat synallagmatique qu'il y a une « ***Référence obsolète à***

conviendrait donc d'assimiler les deux notions, tout comme les contrats unilatéraux et à titre gratuit[446], même si cela « *constituerait une méconnaissance certaine de la vérité juridique* »[447].

149. ***La critique des justifications de la thèse.*** La présente thèse est à notre avis conforme au droit positif en ce que l'on peut identifier un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation. Cependant, nous nous opposons à la conception qui est retenue de cette thèse. Contrairement à ce que soutiennent les auteurs, nous pensons que, premièrement, la notion d'obligation ne doit pas être appréhendée d'une manière aussi restrictive, et que, secondement, le rapport instrumental des notions d'avantage et d'obligation n'est pas justifié par la distinction des contrats synallagmatiques et à titre onéreux (**§1**). À notre avis, il convient d'élargir la notion d'obligation à tout moyen assurant la réalisation de l'avantage, comme le laisse entrevoir la jurisprudence relative au contrôle de suffisance de la cause de l'obligation (**§2**).

§1. La critique de la conception doctrinale de la thèse

150. ***Deux difficultés : jurisprudentielle et conceptuelle.*** Malgré ses vertus non discutables, la présente conception du rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation nous semble devoir être rejetée car elle présente deux difficultés. La première difficulté est d'ordre jurisprudentiel, il s'agit d'une contradiction entre la jurisprudence et la thèse défendue (**A**). La seconde difficulté est d'ordre conceptuel, il s'agit d'une difficulté interne à la thèse qui propose de distinguer, à notre avis de manière excessive, l'obligation du respect du droit d'autrui (**B**).

A. Une difficulté jurisprudentielle

151. ***L'infirmation jurisprudentielle de la thèse instrumentale.*** Selon la thèse du rapport instrumental entre l'obligation et l'avantage, il convient d'assimiler les contrats synallagmatiques et à titre onéreux car l'obligation est l'instrument de l'avantage. Si la position est pertinente sur le

la création d'obligations » et que « *le caractère synallagmatique découle en effet moins de la réciprocité de la création d'obligations, que de la réciprocité des contreparties que les contractants doivent fournir* » (nous soulignons ; gras dans le texte). *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 13 janv. 2021, n° 19-15.450, n° 19-18.474** : dans cet arrêt la haute juridiction assimile les contrats synallagmatiques et à titre onéreux.

446 Discutant la pertinence de la qualification de contrat unilatéral : *V.* not. Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats – Commentaire article par article - Ordonnance 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 44 : « *Il est intéressant d'observer que, dans le corps de l'ordonnance, la notion de "contrat unilatéral" n'est pas utilisée. Une recherche sur le site Internet Légifrance révèle que cette notion n'est pas davantage utilisée dans d'autres textes de loi, de sorte que l'on peut légitimement s'interroger sur son utilité normative* ». *Adde.* M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., pour qui la notion de contrat unilatéral n'a pas de régime propre et n'a donc qu'une fonction définitoire.

447 L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II*, Paris, CNRS, 1984, p. 368, n° 292.

principe d'un rapport instrumental entre les notions d'obligation et d'avantage, celle-ci nous semble critiquable sur l'idée qu'un même rapport existerait entre les contrats synallagmatiques et à titre onéreux, la jurisprudence s'y opposant sur le fondement de l'article 1375 du Code civil.

152. ***Le rappel du contenu du formalisme de l'article 1375 du Code civil.*** L'article 1375 du Code civil prévoit que l'acte sous seing privé qui « *constate un contrat synallagmatique* »[448] doit être réalisé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties, chaque original devant mentionner le nombre d'exemplaires, à moins de faire conserver l'unique original par un tiers. Cette formalité, dite du « *double original* », emporte en cas d'insatisfaction la perte de sa force probante à l'*instrumentum*, qui ne devient qu'un simple commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1362 du Code civil. En raison de cet article, la Cour de cassation a été confrontée à la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, exigeant ou refusant que la formalité du « *double original* » ne soit attendue dans pareils cas. En ce sens, elle considère qu'un contrat de mandat de recherche d'appartement à titre onéreux est un contrat synallagmatique soumis à la formalité du double[449] tout comme un contrat de travail rémunéré[450]. Corrélativement, et en toute rigueur conceptuelle, la Cour de cassation écarte l'exigence du « *double original* » dès qu'il n'est pas question d'un contrat synallagmatique, mais unilatéral. Ainsi, n'est pas soumis à l'article 1375 du Code civil le contrat de cautionnement non rémunéré[451] ou encore la promesse unilatérale de vente à titre gratuit[452].

153. ***La formalité du double original à l'épreuve du contrat de prêt réel.*** Suivant la thèse du rapport instrumental entre l'avantage et l'obligation, il s'impose d'assimiler les contrats synallagmatiques et à titre onéreux. Ainsi, le contrat de prêt réel à intérêt est présenté comme un contrat à la fois à titre onéreux et synallagmatique. Sur le plan de la cause de l'obligation, la position est confirmée, comme nous l'avons évoqué précédemment, cependant, celle-ci est infirmée sur le plan du régime du contrat synallagmatique. La Cour de cassation distingue en effet sur le fondement de l'article 1375 du Code civil les deux qualifications. Selon cette dernière, le contrat de prêt réel[453],

---

[448] L'article 1375 du Code civil prend la place de l'ancien article 1325 du Code civil dont la lettre est très proche. Sur le peu d'innovation dans ce texte *V.* not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 1078 et suiv., n° 1217 et suiv.

[449] **Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-21.839**, préc.

[450] **Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 95-41.495**, préc.

[451] **Cass. com., 3 févr. 1998, n° 95-18.631** : « *le cautionnement étant un contrat unilatéral, il ne requiert pas l'établissement d'un double original* » ; **Cass. com., 2 juin 2021, *Bull. civ.* IV, n° 20-10.690** : « *le cautionnement étant un contrat unilatéral, un seul original était requis* ». Pour une position contraire par le passé *V.* la jurisprudence citée par I. Pétel-Teyssié, *J.-Cl. Civ.*, art. 1375, Fasc. unique : Preuve des obligations. – Modes de preuve. – Actes sous seing privé synallagmatiques. – Formalité du double original, n° 29.

[452] **Cass. civ. 1re, 30 oct. 1961, *Bull. civ.* I, n° 495**, préc. ; **Trib. civ. Bordeaux, 18 janv. 1944**, préc.

[453] **Cass. civ. 1re, 28 mars 1984, n° 82-15.538, *Bull. civ.* I, n° 120**, préc. : « *le contrat de prêt, qui n'impose d'obligation qu'à l'emprunteur, n'a pas de caractère synallagmatique* ».

qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, n'est pas soumis à l'article 1375 du Code civil car il « *n'a pas de caractère synallagmatique* »[454]. Il est unilatéral[455], comme le soutient la position majoritaire[456] qui estime que le contrat de prêt réel à intérêt est un contrat à titre onéreux non synallagmatique car le prêteur ne s'oblige à rien, la remise participant à la formation du contrat[457].

B. Une difficulté conceptuelle

154. ***L'assimilation critiquable des contrats synallagmatique et à titre onéreux.*** Selon le professeur Chénedé, le rapport instrumental existant entre les notions d'avantage et d'obligation impose l'assimilation des notions de contrats à titre onéreux et synallagmatiques. Selon lui « *c'est à tort* » que les auteurs continuent « *de défendre l'indépendance de ces deux qualifications contractuelles* »[458]. Précédemment nous avons montré que la position jurisprudentielle était opposée à cette analyse sur le fondement de l'article 1375 du Code civil. Désormais, nous voudrions montrer que d'un point de vue conceptuel la thèse pose également difficulté. En effet, celle-ci propose une conception de la notion d'obligation qui s'accorde à nos yeux difficilement avec le droit positif.

Afin de préciser cette difficulté, nous proposons dans un premier temps d'approfondir l'analyse du contrat de prêt réel proposée par les défenseurs de la thèse d'un rapport instrumental entre l'avantage et l'obligation pour dans un second temps formuler deux critiques.

155. ***L'unilatéralisme du contrat de prêt dans la thèse du rapport instrumental.*** Selon les tenants de la thèse du rapport instrumental entre les notions d'obligation et d'avantage, il faut considérer que le contrat de prêt à titre gratuit est un contrat unilatéral. L'idée est que ce contrat à titre gratuit, qu'il soit réel ou consensuel, ne fait naître qu'une seule obligation, à savoir celle « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* »[459]. Cette obligation se distingue de

---

454 **Cass. civ. 1re, 28 mars 1984, n° 82-15.538, *Bull. civ.* I, n° 120**, préc. : « *le contrat du prêt, qui n'impose d'obligation qu'à l'emprunteur, n'a pas de caractère synallagmatique* ».

455 *Rappr.* G. Lardeux, *Rép. civ.* Dalloz, Preuve : Modes de preuve, n° 173 : pour qui la formalité du double est désormais exigible en matière de prêt d'argent accordé par un professionnel du crédit étant un contrat synallagmatique. Comme le suggère la Cour de cassation *V.* not. **Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 174, n° 06-19.753**, préc.

456 *V.* not. en ce sens : A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 36, n° 22 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 219, n° 273 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 76, n° 85 ; V. Larribau-Terneyre, Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 306, n° 941 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 211, n° 223 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 78, n° 81. *Rappr.* Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 45.

457 *V.* les références citées *infra* n° 4.

458 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 195, n° 208.

459 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 186, n° 200. Dans le même sens *V.* M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique*, th. préc., p. 226, n° 303 ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 121 et suiv., n° 172 et suiv.

la restitution de la chose qui n'est pas une obligation née du contrat. Si l'emprunteur doit restituer « *ce n'est pas en vertu d'une obligation née du contrat de prêt, mais en raison de la "nécessaire remise en possession du propriétaire"* »[460]. La thèse est totalement à rebours de la position majoritaire qui soutient au contraire que l'unique obligation qui naît d'un contrat de prêt réel à titre gratuit est la restitution de la chose prêtée.

156. ***Deux critiques à l'encontre de l'assimilation des contrats synallagmatiques et à titre onéreux.*** À notre avis, la thèse d'un rapport instrumental entre l'avantage et l'obligation propose une conception critiquable de l'obligation née du contrat : la première critique que l'on peut formuler réside dans le fait qu'il est possible d'identifier l'existence d'une seconde obligation dans le contrat de prêt réel à titre gratuit, laissant penser qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique et non unilatéral ; la seconde critique réside dans l'excès de la distinction entre l'obligation et le respect du droit d'autrui qui, à bien y réfléchir, sont deux notions qui tendent à se confondre.

157. ***La première critique.*** La première critique porte sur le fait que le contrat de prêt ne fait naître qu'une seule obligation, à savoir celle, pour le prêteur, « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur* ». À notre avis, il y a là une analyse réductrice du contenu obligationnel du contrat de prêt dans lequel il peut être identifié une autre obligation, à savoir l'obligation de jouissance conforme de la chose prêtée. Comme le précise l'article 1880 du Code civil, la chose prêtée ne peut « *servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention* ». Confirmant notre position cette obligation est commune à tous les contrats de restitution, notamment le contrat de bail à l'article 1728 du Code civil qui dispose que « *le preneur est tenu de deux* ***obligations*** *principales : 1° d'user de la chose louée raisonnablement, et suivant la destination* ***qui lui a été donnée par le bail****, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention* »[461]. Il nous semble que cette obligation existe et qu'elle possède les mêmes caractères que l'obligation du prêteur de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur. En effet, cette obligation nait tout autant du contrat et porte sur l'avantage convenu.

Compte tenu de l'existence de cette obligation, reconnue par la loi, nous nous demandons si la thèse du rapport instrumental entre l'avantage et l'obligation est pertinente. Suivant cet exemple, le

---

460 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 156, n° 173. *Adde.* A. Sériaux, *Les contrats civils*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1re éd., 2001, p. 21, n° 5 : « *Ces contrats* (prêt, louage et dépôt) *se soldent par une obligation essentielle de restitution du bien lui-même. […] Avec ces contrats, l'obligation de* praestare *trouve son point logique d'application.* Praestare *peut ainsi se traduire par "mettre à disposition".*

461 La même conclusion est valable pour la convention d'usufruit. En effet, l'article 578 du Code civil précise que l'usufruit « *est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais <u>à la charge d'en conserver la substance</u>* » (nous soulignons). *Rappr.* **Cass. ch. civile, sect. soc., 10 févr. 1955** ; *S.* 1955, p. 379 : « *l'usufruitier doit jouir de la chose soumise à son usufruit, en bon père de famille, suivant l'usage auquel elle a été destinée et à charge d'en conserver la substance ; […] ne respecte pas <u>cette obligation</u> celui qui modifie la manière d'être particulière de la chose grevée d'usufruit* » (nous soulignons). Sur les rapprochements entre les contrats de prêt, de bail et d'usufruit *V.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 257 et suiv., n° 417 et suiv.

contrat de prêt réel semble synallagmatique, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, sans savoir pourquoi le fait de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme se distingue du fait de jouir de la chose conformément à sa destination contractuelle.

158. ***La seconde critique.*** Selon le professeur Chénedé la restitution dans le prêt ou le bail n'est pas tant une obligation née du contrat, au sens personnel, « *que le respect* »[462] du droit du prêteur. En d'autres termes, suivant la formule du professeur Cattalano-Cloarec, cette obligation « *n'est* ***qu'une conséquence mécanique*** *de l'échéance du terme* »[463] du droit de jouissance de l'emprunteur et c'est abusivement que l'on y voit une obligation. Compte tenu de cette nature originale, il convient de considérer que le contrat de prêt réel à titre gratuit est unilatéral en raison de la seule obligation du prêteur, à savoir « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur* ». La position de ces auteurs se comprend parfaitement, d'une différence de nature les auteurs déduisent une différence de traitement, à savoir que seule une obligation emporte la qualification de contrat synallagmatique.

Si la position doctrinale est claire, celle-ci nous interpelle néanmoins. Nous nous demandons notamment pourquoi la restitution à la charge de l'emprunteur n'est pas une obligation contrairement au fait « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* » pour le prêteur ? En quoi, en effet, le fait « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* » ne peut pas s'analyser comme le respect, par le prêteur, du droit de jouissance de l'emprunteur ? À nos yeux, aucune de ces natures ne s'impose plus que l'autre. Par conséquent, nous ne voyons pas pourquoi le fait « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* » serait la seule obligation de ce contrat et qu'il s'imposerait de le qualifier d'unilatéral. Compte tenu de cette difficulté, la thèse d'un rapport instrumental entre l'avantage et l'obligation perd à nos yeux l'essentiel de ses justifications.

Néanmoins, nous pensons que la thèse ne doit pas pour autant être rejetée. Comme nous le verrons ci-après, nous pensons que d'autres justifications peuvent la soutenir.

§2. La proposition d'une conception alternative de la thèse

159. ***La suggestion d'aménagements dans le but de mieux expliquer l'état du droit positif.*** À notre avis les notions d'avantage et d'obligation présentent un rapport instrumental, cependant, celui-ci est légèrement différent de celui qui est retenu en doctrine. Selon nous, l'obligation est tout moyen d'obtenir un résultat qui n'est rien d'autre qu'un avantage (**A**). Cette position peut sembler

462 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 156, n° 173. *Rappr.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 65, n° 94.

463 G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 184, n° 286 (nous soulignons).

radicale mais elle a le mérite d'éclairer la notion d'avantage telle qu'elle s'exprime à nos yeux dans ses rapports avec la notion d'obligation (**B**).

A. Les aménagements suggérés pour la conception doctrinale

160. ***L'élargissement de la notion d'obligation.*** Suivant la position du professeur Chénedé, il faut entendre par obligation un engagement qui ne serait pas le seul respect du droit d'autrui. Ainsi, le paiement de la contrepartie dans le bail ou le prêt à intérêt serait une obligation contrairement à la restitution qui ne serait que la manifestation du respect du droit du bailleur ou du prêteur. Comme nous l'avons souligné précédemment, nous pensons que cette conception de l'obligation est trop restrictive car à nos yeux toute obligation n'est que le respect du droit d'autrui. Par conséquent, nous proposons un élargissement de la notion d'obligation à tout moyen permettant de respecter, d'assurer la réalisation de l'avantage accordé à autrui par le contrat. En d'autres termes, l'obligation est le procédé permettant la réalisation matérielle de l'avantage qui lui est accordé sur le plan juridique. Ainsi, par exemple, il faut comprendre que la donation de la pleine propriété d'une chose est un contrat qui véhicule un avantage, le droit de propriété, par l'intermédiaire d'une obligation de délivrance, qui n'est rien d'autre que la reconnaissance de l'appropriation de la chose par le donataire.

161. ***Les conséquences de l'élargissement.*** En tant qu'instrument de l'avantage, l'obligation se retrouve dans sa dépendance. Suivant cette affirmation, on pourrait être tenté de croire que l'obligation serait l'accessoire de l'avantage convenu, cependant, ce serait un tort. Pour cause il n'existe pas d'obligation sans avantage, et il n'existe pas d'avantage sans obligation. Il faut comprendre la dépendance de l'obligation autrement, comme participant à la détermination des caractères de ou des obligations nécessaires à la réalisation de l'avantage convenu. Pour le dire autrement, étant donné que l'obligation est au service de l'avantage, les particularités de l'avantage influencent les particularités de l'obligation. Pour le comprendre, prenons un exemple.

Une promesse unilatérale de contrat est un contrat qui véhicule un avantage particulier qui est un droit d'option. Cet avantage a ceci de particulier qu'il ne nécessite aucune prestation positive pour intervenir. Cependant, cela n'implique pas pour autant que l'avantage n'est assorti d'aucune obligation. Celui-ci est assorti de l'obligation d'assurer la réalisation de l'avantage, autrement dit une obligation de respecter l'avantage[464]. Ce qui implique que l'irrespect de l'avantage accordé doit être analysé comme une inexécution[465]. Prenons maintenant l'exemple de la vente, il s'agit tout

[464] Tout comme une remise de dette.

[465] Ce que l'on retrouve à l'article 1124 du Code civil, même s'il n'est pas fait mention d'inexécution.

autant d'un contrat que la promesse unilatérale de contrat, mais dont l'avantage principal est l'octroi d'un droit de propriété sur une chose. L'originalité de cet avantage implique la création de plusieurs obligations visant à s'assurer l'attribution de la chose sur laquelle le droit s'exerce. Le vendeur doit ainsi s'assurer l'octroi de l'avantage promis aussi bien matériellement, par la transmission de la chose, que juridiquement, par la transmission du droit sur la chose.

Les implications de cette conception de l'obligation et de l'inexécution sont importantes. Notamment, nous considérons que les remèdes à l'inexécution doivent être analysés comme des garanties de réalisation de l'avantage dont on est le bénéficiaire[466], soit en permettant d'obtenir l'avantage convenu soit en assurant un avantage équivalent[467].

B. La portée explicative des aménagements suggérés

162. ***Une première utilité : expliquer l'absence occasionnelle de correspondance entre les débiteurs d'obligations et les redevables d'un avantage.*** Grâce à l'idée d'une dépendance de l'obligation à l'égard de l'avantage, on parvient à expliquer une première situation originale : la possibilité d'être débiteur d'une obligation sans pour autant être redevable d'un avantage. Trois principaux cas peuvent être avancés pour illustrer la situation.

Le premier cas est celui du contrat de bail sans stipulation de loyer. Selon différents auteurs, il s'agit d'un contrat consensuel duquel découlent deux obligations réciproques sans onérosité. Le bailleur doit remettre la chose entre les mains du preneur afin de lui permettre de la posséder, et au terme de la convention le preneur doit rendre la chose au bailleur[468] et ainsi faire cesser sa possession. Il y a réciprocité d'obligations sans réciprocité d'avantages, le bailleur ne recevant aucune contrepartie convenue, c'est-à-dire aucun loyer.

Le deuxième cas est celui du contrat de gage avec dépossession de la dette d'autrui. Il s'agit d'un contrat consensuel que l'on peut conclure à titre gratuit et qui supposera, comme pour le cas précédent, une réciprocité d'obligations sans réciprocité d'avantages. Pour ce contrat, il y a une

---

466 Nous privilégions la terminologie de bénéficiaire plutôt que de sujet actif de l'avantage (N. Hage-Chahine, *La distinction du devoir et de l'obligation en droit privé*, préf. Y. Lequette, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 108, n° 112), car elle est inspirée des propos de la Cour de cassation, qui désigne notamment le créancier garanti comme le « *bénéficiaire de la sûreté* » (*V.* **Cass. com., 17 juin 2020, *Bull. civ.* IV, n° 19-13.153**), même si cette terminologie n'est pas rigoureusement respectée par la Cour de cassation qui a pu qualifier le cessionnaire du constituant d'une sûreté réelle de « *débiteur du droit de suite* » (*V.* **Cass. civ. 2e, 19 févr. 2015, *Bull. civ.* II, n° 48, n° 13-27.691** ; **Cass. civ. 3e, 26 oct. 2017, n° 16-15.754**).

467 Sur la notion de garantie et son utilité pour une présentation renouvelée de celle d'obligation *V.* Fr. Rouvière, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1. Pour des études plus générales sur la notion de garantie *V.* P. Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie », *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, p. 303 et suiv. et V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, th. préc., p. 324 et suiv., n° 219 et suiv. (dans son rapprochement avec la notion d'obligation de couverture).

468 R. Cabrillac, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 39, n° 33

remise de la chose objet du gage par le constituant et sa restitution par le créancier gagiste au terme du gage sans le versement d'aucune contrepartie convenue. Il y a encore une réciprocité d'obligations sans réciprocité d'avantages.

Le troisième et dernier cas est celui du contrat de prêt réel sans stipulation d'intérêt. Il s'agit d'un contrat réel dans lequel le prêteur accorde un avantage à l'emprunteur à titre gratuit pour une durée déterminée à l'issue de laquelle l'emprunteur sera débiteur d'une obligation de restitution. Contrairement aux cas précédents il n'y a pas de réciprocité d'obligations, mais seulement l'existence d'une obligation à la charge de l'emprunteur et l'octroi d'un avantage par le prêteur, mais il y a réciprocité d'avantages.

Ces trois cas ont toujours posé difficulté en doctrine en raison de l'absence de correspondance entre les qualités de débiteurs d'obligations et de redevable de l'avantage, ce qui se traduisait par l'interrogation suivante : s'agit-il de contrats à titre gratuit unilatéraux ou synallagmatiques. À notre avis, cette difficulté n'en est pas une et elle peut s'expliquer par la nature instrumentale de l'obligation, c'est-à-dire le fait que l'obligation est au service de l'avantage convenu. Dans chacun de ces contrats il y a une dette de restitution qui est à la charge de la partie non redevable d'un avantage car l'avantage véhiculé par le contrat l'impose. Sans la dette de restitution les contrats de bail, de dépôt et de prêt seraient des donations. Ainsi, il faut comprendre que cette obligation n'est rien d'autre que la manifestation de l'extinction du droit de jouissance du bénéficiaire de l'avantage.

163. ***Une seconde utilité : expliquer le contrôle de l'avantage sur le fondement de la cause de l'obligation.*** Nous sommes d'avis qu'à l'occasion d'un contrôle sur le fondement de la cause de l'obligation, ce qui est contrôlé par les juridictions n'est pas une obligation du contrat mais un avantage. La position peut surprendre, néanmoins, elle est cohérente si l'on tient compte de la nature instrumentale de l'obligation pour l'avantage : finalement, lorsque l'on parle d'une obligation, ce n'est qu'un moyen détourné de désigner l'avantage convenu car il le sert. Afin de montrer cette portée explicative de notre analyse, nous proposons dans un premier temps de rappeler la conception jurisprudentielle de la cause de l'obligation sous l'empire du droit ancien, puis de montrer que son contrôle quantitatif ne porte pas sur l'obligation mais sur l'avantage convenu qu'elle sert.

164. ***La conception jurisprudentielle de la cause de l'obligation du contrat synallagmatique.*** Sous l'empire des textes de 1804, la Cour de cassation a élaboré, avec l'aide de la doctrine, une théorie de la cause dans laquelle il fallait distinguer deux entités : la cause de l'obligation et la cause du contrat. Cette dissociation est formellement apparue en jurisprudence à l'occasion d'un arrêt

fondateur du 12 juillet 1989[469] dans lequel la Cour de cassation a matérialisé cette distinction à l'endroit du contrat de vente. Selon elle, « *la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue* », alors que « *la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant* ». Cette distinction identifie donc d'un côté les obligations du vendeur, à savoir l'obligation de donner la propriété[470] et la délivrance de celle-ci, et d'un autre côté le but visé par l'acheteur, à savoir en l'espèce exercer la profession de parapsychologue grâce au matériel d'occultisme acheté.

À partir de cette décision, il a été acquis que la cause de l'ancien article 1131 du Code civil, dont ont contrôlait la suffisance et la réalité, était celle de l'obligation. La formulation est importante car elle met intimement en relation les notions de cause et d'obligation sans aucune référence à la notion d'avantage. Nous verrons toutefois dans le paragraphe suivant que dans la jurisprudence relative au contrôle de la cause de l'obligation[471], la situation est inversée, la notion d'obligation est ignorée contrairement à celle d'avantage.

165. ***Le contrôle de suffisance de la cause de l'obligation : un contrôle de suffisance de l'avantage.*** Dans le contrat de vente, la cause de l'obligation de l'acheteur réside, selon la Cour de cassation, dans les obligations à la charge du vendeur. Cette position classique permet d'associer la notion de cause à celle d'obligation qui est caractéristique du contrat synallagmatique. C'est ainsi que l'on connaît aujourd'hui l'expression de « *cause de l'obligation* ». Cependant, nous pensons que cette expression est trompeuse. En vérité, ce qui est appréhendé sous cette formule lors du contrôle de suffisance de la cause n'est pas tant l'obligation que l'avantage qui y est associé. Pour le voir, nous proposons d'illustrer la position à partir d'un exemple jurisprudentiel relatif à un contrat de vente.

Dans un arrêt récent rendu en matière de vente immobilière, il a été apprécié la suffisance de la cause de l'obligation d'un acheteur par référence à « *l'état du bien au jour de la vente* » et du montant du prix accordé, à savoir « *158 000 euros* »[472]. On constate dans ces propos qu'il n'est fait aucune référence aux obligations de donner, de délivrance ou de paiement du prix qui sont, selon la Cour

---

469 **Cass. civ. 1re, 12 juill. 1989, *Bull. civ.* I, n° 293, n° 88-11.443** ; *D.* 1991, p. 320, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990, p. 468, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1990, p. 245, obs. B. Bouloc ; H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 : Obligations, contrats spéciaux et sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 13e éd., 2015, n° 156, p. 90.

470 Qui n'est plus qualifiée d'obligation depuis la réforme du droit commun des contrats initiée en 2016. Pour une analyse approfondie de la nature obligationnelle de l'obligation de donner à l'époque *V.* not. M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85.

471 Pour une étude globale du contrôle de la suffisance de la contrepartie convenue *V. infra* n° 390 et suiv.

472 **Cass. civ. 3e, 14 févr. 2019, n° 17-30.942** : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'état du bien au jour de la vente ne rendait pas dérisoire, dès la formation du contrat, la contrepartie à l'obligation de M. X... de payer un prix de 158 000 euros, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (nous soulignons).

de cassation, la cause de l'obligation de l'acquéreur et du vendeur. Cela permet de comprendre que ce que désigne en vérité la cause de l'obligation ce sont les avantages, à savoir la chose objet du droit de propriété et le prix accordé[473], et non les obligations.

Cette position est économiquement logique. À bien y réfléchir, ce qui différencie deux contrats de vente c'est leur contenu concret, à savoir les biens vendus et les prix convenus, et non leur contenu abstrait, à savoir les obligations de donner, de délivrance de la chose et de payement du prix. Cette position peut sembler étrange sur le plan conceptuel. La cause dont la suffisance peut être contrôlée est, selon la Cour de cassation, celle de *l'obligation* et non de l'avantage. Cependant, ce n'est pas un problème si l'on considère que l'avantage est le résultat de l'obligation qui en est le moyen. L'un n'étant que l'instrument dont l'autre est le résultat, désigner l'un revient à désigner l'autre[474].

166. ***Conclusion de la section II.*** Après avoir rejeté dans la section précédente la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation, nous avons souligné le fait qu'à notre avis ces notions présentaient plutôt un rapport instrumental. En doctrine, le professeur Chénedé défend une thèse fondée sur le même principe, en considérant que l'obligation est « *le moyen* » d'obtenir l'avantage qui en est « *le résultat* »[475]. Cette thèse a une utilité indéniable et sa pertinence s'apprécie à plusieurs égards. Premièrement, cette thèse a l'utilité d'éclairer immédiatement le sens de la notion d'avantage qui n'est rien de plus que la notion d'obligation que nous connaissons depuis longtemps. Secondement, cette thèse permet d'expliquer pourquoi il a toujours été difficile de distinguer les contrats synallagmatiques et à titre onéreux. En effet, comme l'obligation est le moyen d'obtenir l'avantage qui en est le résultat, les deux contrats se révèlent n'être que deux approches distinctes d'une même réalité. Rappelons-le ces contrats sont respectivement caractérisés par les notions d'obligation et d'avantage.

Malgré ces utilités, nous sommes d'avis que la conception du professeur Chénedé du rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation est trop restrictive et qu'il convient de l'élargir pour au moins deux raisons principales. La première raison est d'ordre jurisprudentiel : la position de la Cour de cassation va à l'encontre de cette position en considérant qu'il faut distinguer les contrats synallagmatiques et à titre onéreux. La Cour de cassation défend en effet que l'article

---

473 À ne pas confondre avec l'objet de l'obligation, que l'article 1163 du Code civil qualifie de prestation.

474 Pour un constat comparable dans le contrôle de la suffisance du loyer dans le bail soumis à la loi de 1989, *V.* l'article 3-1 qui dispose que « *lorsque la surface habitable de la chose louée est inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans le contrat de location, le bailleur supporte, à la demande du locataire, une diminution du loyer proportionnelle à l'écart constaté* » (nous soulignons).

475 Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 26, n° 121.53 : « *le critère d'identification affiché est distinct. Ce n'est plus la présence ou l'absence d'"obligations" réciproques, mais la présence ou l'absence d'"avantages" réciproques, qui commande la qualification. Il reste que cette distinction peut apparaître quelque peu factice : tandis que le premier critère met en avant le moyen (l'obligation), le second se contente de mettre en relief le résultat (l'avantage)* ».

1375 du Code civil met en place une règle de régime spécifique aux contrats synallagmatiques inapplicable aux contrats à titre onéreux unilatéraux. Ainsi, le contrat de prêt réel à intérêt est un contrat à titre onéreux non synallagmatique qui n'est pas soumis au formalisme de l'article 1375 du Code civil. La seconde raison est d'ordre conceptuel. Selon cette thèse le contrat de prêt réel à titre gratuit est un contrat unilatéral du fait de l'obligation pour le prêteur « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* »[476], et non en raison de la dette de restitution, qui n'est « *que le respect* »[477] du droit du prêteur par l'emprunteur. Cette position pose à notre avis difficulté à un double niveau. D'une part, la loi prévoit que l'emprunteur est débiteur d'une obligation dans le prêt à titre gratuit, à savoir l'obligation de jouir de la chose conformément à sa destination. Face à l'existence légale de cette obligation, qui s'apparente nettement à celle du prêteur suivant la thèse d'un rapport instrumental, nous sommes d'avis qu'il est difficile de défendre l'unilatéralisme du contrat de prêt à titre gratuit. D'autre part, la conception de la notion d'obligation dans la thèse d'un rapport instrumental pose difficulté en ce qu'elle distingue l'obligation du respect du droit d'autrui, alors que les deux notions se confondent. Par exemple, selon les tenants de la thèse d'un rapport instrumental, le contrat de prêt à titre gratuit ne donne naissance qu'à une seule obligation, celle « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* ». La restitution au terme du prêt n'étant pas une obligation car elle n'est « *que le respect* » du droit du prêteur. Cette distinction nous semble excessive car à bien y réfléchir, ces notions ont une même nature : l'obligation de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du prêt n'est rien d'autre que le respect par le prêteur du droit de jouissance de l'emprunteur ; à l'image de la dette de restitution qui n'est pour l'emprunteur que le respect du droit du prêteur.

Compte tenu de cette identité entre les notions d'obligation et de respect du droit d'autrui, ainsi que de la distinction par la Cour de cassation des contrats synallagmatiques et à titre onéreux, nous sommes convaincu qu'il est nécessaire d'aménager légèrement la thèse doctrinale en se détachant de la distinction des contrats synallagmatiques et à titre onéreux. Pour ce faire, nous proposons d'élargir la conception de l'obligation qui n'est rien de plus que le moyen de réaliser l'avantage qu'il sert. Ainsi, dans le prêt, la restitution est tout aussi une obligation que le fait de laisser la jouissance de la chose pour l'emprunteur. La conséquence de cet élargissement de la notion d'obligation et un élargissement de la notion d'inexécution qui s'étend à tout échec contractuel, comme le fait de vendre un bien objet d'une promesse de vente. La portée explicative de cet élargissement de la

---

476 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 186, n° 200. Dans le même sens *V.* M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique*, th. préc., p. 226, n° 303 ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 121 et suiv., n° 172 et suiv.

477 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 156, n° 173. *Rappr.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 65, n° 94.

notion d'obligation est importante, spécifiquement à l'endroit de la cause de l'obligation. À bien regarder le contentieux, il apparaît que ce qui est contrôlé sur le fondement de la cause de l'obligation n'est pas tant l'obligation que l'avantage dont elle assure la réalisation. La question du contrôle de suffisance de la cause de l'obligation est flagrante : dans une vente immobilière ce qui importe ce ne sont pas les obligations de délivrance, de donner et de paiement du prix, mais « *l'état du bien au jour de la vente* »[478] et le montant du prix, c'est-à-dire les avantages convenus[479].

[478] **Cass. civ. 3e, 14 févr. 2019, n° 17-30.942**, préc. : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'état du bien au jour de la vente ne rendait pas dérisoire, dès la formation du contrat, la contrepartie à l'obligation de M. X... de payer un prix de 158 000 euros, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (nous soulignons).

[479] Dans la même veine, cet élargissement de la notion d'obligation pourrait être en mesure d'éviter l'appréhension restrictive de la nullité pour impossibilité, prévue à l'article 1163 du Code civil. Ainsi, ce texte pourrait assurer la reconduction du contrôle d'absence d'objet d'un engagement non obligationnel que ne semble pas reprendre l'article 1169 du Code civil. Pour l'évocation de l'absence d'objet d'un engagement non obligationnel *V.* not. **Cass. civ. 3e, 30 janv. 2020, 18-25.381** (nullité pour donation de la chose d'autrui). Sur les relations entre l'impossibilité et l'absence d'objet *V. infra* n° 294 et suiv.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

167. ***Deux conceptions du caractère obligationnel de la notion d'avantage.*** Selon l'article 1107 du Code civil, le contrat à titre onéreux est celui dans lequel « *chacune des parties reçoit de l'autre* ***un avantage*** *en contrepartie de celui qu'elle procure* »[480]. Suivant ce texte, la notion de contrepartie convenue se spécifie donc par la notion d'avantage. Cette notion d'avantage, qui est très large et avoisine la notion de droit subjectif, présente un caractère obligationnel de nature instrumental. C'est-à-dire qu'en droit positif, un avantage est toujours « *le résultat* » d'une obligation qui en est « *le moyen* »[481].

Cette position doctrinale est peu soutenue par les auteurs qui préfèrent envisager un rapport hiérarchique entre ces notions, en ce qu'un avantage n'a pas invariablement une dimension obligationnelle. Cette thèse majoritaire reçoit en doctrine une double justification : d'une part, elle se justifie sur le plan du vocabulaire, en ce que le terme avantage est « *plus évasif* »[482] que celui d'obligation ; d'autre part, elle se justifie sur le plan conceptuel en ce qu'il existe des contrats à titre onéreux non synallagmatiques, comme le prêt à intérêt ou encore la remise de dette à titre onéreux. À notre avis, au regard du droit positif il convient de rejeter cette seconde thèse et de soutenir la première, toutefois, après un aménagement.

168. ***La contestation de la thèse d'un rapport hiérarchique.*** Il convient de rejeter la thèse d'un rapport hiérarchique car celle-ci n'est pas confirmée par le droit positif. En effet, même s'il est possible d'identifier des contrats à titre onéreux non synallagmatiques, cela n'est vrai que sur le plan de la nature juridique. Sur le plan du régime juridique, cette identification n'apparaît pas.

Concernant premièrement les règles formelles des articles 1375 et 1376 du Code civil, il apparaît que la notion d'obligation qui soutient la qualification de contrat synallagmatique n'est pas systématiquement appréciée de la même manière, ce qui rend impossible la confirmation du rapport hiérarchique entre les notions. Dans certains cas l'obligation ne peut être qu'un engagement qui

---

480 Nous soulignons.

481 Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 26, n° 121.53 : « *le critère d'identification affiché est distinct. Ce n'est plus la présence ou l'absence d'"obligations" réciproques, mais la présence ou l'absence d'"avantages" réciproques, qui commande la qualification. Il reste que cette distinction peut apparaître quelque peu factice : tandis que le premier critère met en avant le moyen (l'obligation), le second se contente de mettre en relief le résultat (l'avantage)* ».

482 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70.

consiste en la réalisation d'une prestation positive comme le paiement d'une somme d'argent, mais occasionnellement il peut être un engagement plus passif comme l'octroi d'un droit d'option. Également, dans certains cas l'obligation doit être un engagement initial et définitif comme le paiement d'une somme d'argent, mais occasionnellement, il peut être éventuel et postérieur comme l'obligation de règlement dans le cautionnement. Cette indétermination empêche de confirmer la thèse hiérarchique des notions d'avantage et d'obligation.

Concernant deuxièmement la règle de l'exception d'inexécution des articles 1219 et 1220 du Code civil, il apparaît que la notion d'obligation qui soutient la qualification de contrat synallagmatique n'est pas susceptible d'être précisée. Il apparaît au regard des textes législatifs que l'on ne peut affirmer avec une totale certitude que l'exception d'inexécution n'est valable que pour le contrat synallagmatique parfait. Même avec le soutien du droit de rétention, il est possible d'identifier des cas dans lesquels l'exception d'inexécution pourrait être envisagée. Tel est le cas du mandataire qui refuse de rendre compte de sa mission tant qu'il n'a pas été remboursé par le mandant de ses avances et frais. À nos yeux, cette incertitude empêche une fois de plus de confirmer le rapport hiérarchique des notions d'avantage et d'obligation car on ne peut confirmer l'existence d'un même rapport entre les contrats à titre onéreux et synallagmatiques.

Concernant troisièmement la règle de l'interdiction du contrôle de l'équivalence du contrat synallagmatique à l'article 1168 du Code civil, il apparaît encore une fois une difficulté. Le problème est différent de précédemment. Celui-ci est lié au fait que l'on ne peut expliquer la restriction de cette règle aux seuls contrats synallagmatiques à l'exclusion des contrats à titre onéreux non synallagmatiques. En effet, qu'est-ce qui autorise de contrôler l'équilibre d'une remise de dette moyennant une obligation contrairement à une vente ? À suivre différents auteurs, ce domaine est trop restrictif et contraire à la position jurisprudentielle et à la règle ancienne de l'article 1118 du Code civil.

En définitive, il apparaît que si, théoriquement, on peut identifier des contrats à titre onéreux non synallagmatiques, ce qui confirme l'idée d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation, en pratique, cela ne se confirme pas. Sur le plan du régime juridique, nous ne pouvons donc affirmer qu'il existe en droit positif des contrats à titre onéreux non synallagmatiques. Compte tenu de cette absence de confirmation, nous pensons qu'il n'est pas possible de soutenir l'existence d'un tel rapport en droit positif.

169. ***Le soutien aménagé de la thèse d'un rapport instrumental.*** Suivant la thèse minoritaire défendue en doctrine il faut considérer que les notions d'avantage et d'obligation présentent un rapport instrumental et non hiérarchique. L'idée est que l'obligation est « *le moyen* » d'obtenir

l'avantage qui en est « *le résultat* »[483]. À notre avis, cette thèse rend compte du droit positif dans son principe, toutefois, la conception particulière qui est défendue par les auteurs ne nous semble pas y correspondre en application. C'est pourquoi nous proposons de l'aménager.

La conception doctrinale du rapport instrumental des notions d'avantage et d'obligation nous semble devoir être rejetée pour deux raisons principales. La première raison est l'opposition jurisprudentielle que l'on peut relever dans le contentieux de l'article 1375 du Code civil. Selon la Cour de cassation, un contrat de prêt réel est un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux qui n'est jamais synallagmatique, contrairement à ce que soutient la thèse qui propose une assimilation des deux qualifications en raison du rapport instrumental des notions d'avantage et d'obligation. La seconde raison est une difficulté interne à la thèse. Suivant le professeur Chénedé, il faut adopter une conception particulière de la notion d'obligation qui serait distincte du seul respect des droits d'autrui. Pour illustrer cette conception, l'auteur prend l'exemple du contrat de prêt réel à intérêt qui est selon lui à titre onéreux et synallagmatique. Dans ce contrat, l'auteur estime que la restitution n'est pas une obligation à la charge de l'emprunteur, mais seulement « *le respect* »[484] du droit du prêteur au terme du prêt. Ainsi, l'emprunteur est débiteur d'une unique obligation, celle de payer les intérêts. Dans ce même contrat, l'auteur estime aussi que le prêteur est tenu d'une obligation, en opposition à la position majoritaire. En effet, même si ce contrat présente un caractère réel, le prêteur est tenu de l'obligation « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* »[485]. Compte tenu de cette dualité d'obligations, le contrat est par conséquent aux yeux de l'auteur synallagmatique et à titre onéreux.

Selon nous cette distinction entre l'obligation et le respect du droit d'autrui est excessive et doit être abandonnée au profit d'une assimilation générale de ces deux notions. Pour cause, à bien y regarder, toute obligation n'est que le respect du droit d'autrui : dans le prêt, l'obligation « *de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme du contrat* » n'est rien d'autre que le respect par le prêteur du droit de jouissance temporaire de l'emprunteur. Compte tenu de cette proximité, nous sommes alors d'avis qu'il faut assimiler les deux notions et voir dans toute obligation le respect du droit d'autrui. Plus généralement, nous pensons que l'obligation est tout moyen permettant d'assurer la réalisation de l'avantage convenu. Ainsi, dans le prêt, la restitution est le moyen

---

483 Fr. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, *op. cit.*, p. 26, n° 121.53 : « *le critère d'identification affiché est distinct. Ce n'est plus la présence ou l'absence d'"obligations" réciproques, mais la présence ou l'absence d'"avantages" réciproques, qui commande la qualification. Il reste que cette distinction peut apparaître quelque peu factice : tandis que le premier critère met en avant le moyen (l'obligation), le second se contente de mettre en relief le résultat (l'avantage)* ».

484 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 156, n° 173. *Rappr.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 65, n° 94.

485 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 186, n° 200. Dans le même sens *V.* M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique*, th. préc., p. 226, n° 303 ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 121 et suiv., n° 172 et suiv.

permettant d'assurer la réalisation du droit temporaire de jouissance accordé à l'emprunteur. La portée explicative de cette thèse est double : d'un côté, elle permet de voir que l'on peut être débiteur d'une obligation sans être redevable d'un avantage, ce qui signifie que la réciprocité d'obligations n'est pas synonyme d'onérosité ; d'un autre côté, elle permet d'expliquer pourquoi lorsque les juridictions recourent à la notion de cause *de l'obligation* elles contrôlent les *avantages convenus*[486]. L'obligation étant le moyen d'assurer la réalisation de l'avantage convenu, désigner l'un revient à désigner l'autre.

[486] Lors du contrôle de la suffisance de la cause de l'obligation, ce dont on apprécie la suffisance n'est pas l'obligation mais l'avantage convenu : par exemple dans une vente, on va apprécier l'importance du prix et les qualités de la chose vendues et non les obligations de délivrance, de donner et de payer le prix.

CHAPITRE II

UN AVANTAGE MATÉRIEL INDIFFÉRENT À L'INTENTION LIBÉRALE

170. ***La réceptivité de l'avantage à l'intention libérale.*** Depuis 1804 les auteurs défendent majoritairement que l'avantage susceptible de composer une contrepartie convenue est sensible à l'intention libérale. L'idée est qu'en sa présence, il n'est pas question d'une contrepartie convenue, caractéristique du contrat à titre onéreux, mais d'une charge, caractéristique du contrat à titre gratuit. Cette position, largement soutenue en doctrine, est dite dualiste car elle suggère que la qualification de contrepartie convenue, et par voie de conséquence celle de contrat à titre onéreux, repose sur deux conditions : une première condition matérielle, c'est-à-dire l'avantage, et une seconde condition intellectuelle, c'est-à-dire l'intention libérale.

Pour une minorité d'auteurs, la position défendue est à l'opposé de la précédente en ce que l'avantage susceptible de composer une contrepartie convenue est insensible à l'intention libérale. L'idée est que sa présence, comme son absence, lui est indifférente ; l'avantage est toujours celui d'une contrepartie convenue, caractéristique du contrat à titre onéreux. Cette thèse est qualifiée de moniste, par opposition à la précédente, car elle ne repose que sur une condition matérielle, c'est-à-dire l'avantage.

Malgré son faible soutien, la thèse moniste doit à notre avis être soutenue, même au lendemain de la réforme du droit commun des contrats. Pour cause, celle-ci nous semble être la seule à même de décrire fidèlement l'état du droit positif.

171. ***Le rejet des thèses dualistes de l'avantage.*** Actuellement, les thèses dualistes de l'avantage sont principalement au nombre de deux. La première peut être qualifiée d'absolue, elle est minoritaire et soutient qu'un avantage ne reçoit jamais la qualification de contrepartie convenue si une intention libérale est exprimée. En d'autres termes, cette thèse postule l'existence d'une hiérarchie entre les conditions matérielle et intellectuelle, à savoir que la seconde condition l'emporte sur la première. La seconde thèse peut être qualifiée de relative, elle est majoritaire et soutient qu'un avantage peut être qualifié de contrepartie convenue lorsqu'une intention libérale est exprimée si cet avantage est équivalent à l'avantage réciproque. L'idée défendue dans cette thèse

est celle d'une hiérarchie relative des conditions matérielle et intellectuelle, c'est-à-dire que la condition intentionnelle ne l'emporte pas invariablement sur la condition matérielle de l'avantage.

Ces deux thèses, fort anciennes et largement défendues, présentent de nombreux arguments en leur faveur, aussi bien jurisprudentiels que législatifs. Cependant, nous sommes d'avis que ces deux thèses ne sont pas représentatives de l'état du droit positif qui ne voit pas dans l'intention libérale le critère du contrat à titre gratuit. Il s'agit uniquement du critère des libéralités qui ne sont pas nécessairement des contrats à titre gratuit. C'est pourquoi nous sommes d'avis qu'il convient de les rejeter et de soutenir la thèse moniste de l'avantage (**Section I**).

172. ***Le soutien de la thèse moniste de l'avantage.*** De 1804 à nos jours, une minorité d'auteurs défend que l'avantage susceptible de composer une contrepartie convenue est indifférent à l'intention libérale. Cette thèse est aujourd'hui critiquée, notamment en raison de la lettre de l'article 1107 du Code civil[487] qui associerait la gratuité à l'intention libérale[488]. Cependant, malgré cet argument législatif, il nous semble qu'en l'état du droit positif la gratuité n'a pas pour critère la notion d'intention libérale (**Section II**).

Section I

Le rejet des thèses dualistes de l'avantage : l'inadaptation de la condition intellectuelle

Section II

Le soutien de la thèse moniste de l'avantage : la suffisance de la condition matérielle

[487] Un contrat « *est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* » (nous soulignons).

[488] *Contra.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 218, n° 272. L'auteur en tire la conséquence suivante à la p. 219, n° 273 (*in fine*) : « *un contrat à titre gratuit est toujours unilatéral* ».

SECTION I

LA CRITIQUE DES THÈSES DUALISTES DE L'AVANTAGE : L'INADAPTATION DE LA CONDITION INTELLECTUELLE

173. ***Consensus et dissension des thèses en présence.*** Les deux thèses dualistes de l'avantage sont largement défendues en doctrine et l'ont été encore très récemment dans des travaux doctoraux[489]. Ces deux thèses présentent l'originalité d'être partiellement en accord et partiellement en désaccord : d'un côté elles sont en accord en ce qu'elles soutiennent une même conception de la condition matérielle de l'avantage ; d'un autre côté elles sont en désaccord en ce qu'elles soutiennent une conception différente de la condition intellectuelle de l'avantage. Cette originalité va guider notre propos sur la contestation de ces deux thèses dualistes. Dans un premier temps, nous proposons de montrer le consensus au sein des thèses dualistes sur la condition matérielle de l'avantage. Le but étant d'en saluer la pertinence au regard du droit positif (**§1**). Dans un second temps nous proposons de montrer les différentes conceptions du critère intellectuel des thèses dualistes et d'en montrer les difficultés pour traduire l'état du droit positif et justifier le soutien de la thèse moniste de l'avantage (**§2**).

§1. La justesse de la condition matérielle de l'avantage dans les deux thèses dualistes

174. ***Le rejet unanime de l'avantage légal, moral, ou espéré.*** Suivant les auteurs, la dimension matérielle de l'avantage peut se comprendre soit positivement, soit négativement. Positivement, cela signifie que l'avantage est pécuniaire[490], juridiquement exigible[491], en d'autres termes,

489 La première thèse est celle de M. Boisson (*Les libéralités à caractère collectif*, th. préc.) qui a été soutenue en décembre 2015 et publiée en 2019. La seconde thèse est celle de Mme. Hartman (*La notion de libéralité*, th. préc.) qui a été soutenue en 2018 et publiée en 2020.

490 Même si cela n'est pas expressément mentionné à l'article 1107. *V.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70.

491 F. Grua, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. dactyl., Paris I, 1978, p. 47, n° 26 et p. 49, n° 27 : « *c'est l'absence de force contraignante du droit qui fait l'acte gratuit* » (cité par N. Péterka, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2001, p. 106, n° 122) ; C. Goyet, « La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal », *RTD com.* 1975, p. 34, spéc., p. 38, n° 5 ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 182, n° 283.

convenu[492]. Négativement, cela signifie que celui-ci ne peut être ni légal (**A**), ni moral (**B**), ni espéré (**C**), c'est-à-dire être extérieur au champ contractuel. Nous proposons de rappeler ces trois caractères que défend unanimement la doctrine à l'appui d'arguments légaux, jurisprudentiels et techniques, auxquels nous souscrivons.

A. L'exclusion de l'avantage imposée par le droit objectif

175. ***La liberté de convenir à titre onéreux : les exemples légaux du prêt, du dépôt et de la donation.*** Depuis 1804, les textes du Code civil expriment sans l'ombre d'un doute que la notion d'onérosité ne peut pas découler de l'existence légale d'engagements réciproques. Trois exemples légaux particuliers illustrent parfaitement ce point. Il s'agit des contrats de prêt, de dépôt et de donation.

Tout d'abord, nous pouvons envisager le cas du contrat de prêt à usage ou commodat qui est, suivant l'article 1876 du Code civil, un contrat « *essentiellement gratuit* ». L'originalité de ce contrat est qu'il est dit depuis 1804 à titre gratuit et qu'il soumet l'emprunteur et le prêteur à divers engagements réciproques. En effet, les articles 1880 à 1887 du Code civil sont inscrits dans une section intitulée « *Des engagements de l'emprunteur* »[493], et les articles 1888 à 1891 sont inscrits dans une section intitulée « *Des engagements de celui qui prête à usage* »[494]. Compte tenu de ces dispositions légales, il apparaît que la notion de contrepartie convenue ne peut être accordée à un engagement légal, sinon, l'affirmation légale et jurisprudentielle selon laquelle le prêt à usage est un contrat à titre gratuit serait un non-sens.

Ensuite, nous pouvons mentionner le cas du contrat de dépôt qui est, tout comme le prêt, un contrat « *essentiellement gratuit* »[495]. Ce contrat présente la même originalité que le prêt, en témoignent les sections du Code civil qui s'intitulent « *Des obligations du dépositaire* »[496] et « *Des obligations de la personne par laquelle le dépôt a été fait* »[497].

Enfin, nous pouvons évoquer le cas du contrat de donation qui, quels qu'en soient les aménagements, impose un « *devoir de reconnaissance* »[498] au donataire envers le donateur aux articles 953 et suivants du Code civil. Cet engagement du bénéficiaire de la donation est important aux

---

[492] Cette terminologie nous semble la plus adéquate car celle-ci rassemble mieux toutes les conséquences tirées de la dimension matérielle de l'avantage. Étant convenu, l'avantage ne peut être ni légal, ni espéré (car par définition il est non convenu), ni être moral, (car l'on ne peut contraindre sa réalisation).

[493] L'intitulé est resté le même de 1804 à aujourd'hui.

[494] L'intitulé est resté le même de 1804 à aujourd'hui.

[495] Cciv., art. 1917 : « *Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit* ».

[496] L'intitulé est inchangé depuis 1804 : Cciv., art. 1927 à 1946.

[497] L'intitulé est inchangé depuis 1804 : Cciv., art. 1947 et 1948.

[498] Fr. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 520, n° 584.

yeux du législateur qui a prévu la possibilité pour le donateur ou ses ayants droit de révoquer la donation pour ingratitude si ce devoir n'est pas respecté. Une fois encore, on relève que la gratuité traditionnelle du contrat n'est en rien contredite par l'existence de cette obligation légale et que seuls rentrent en ligne de compte les engagements volontaires. Ces trois cas traduisent à notre avis l'indéniable impossibilité pour une contrepartie d'être d'origine légale[499].

176. ***Le renforcement croissant du contenu obligatoire des contrats spéciaux.*** En cette époque contemporaine « *(d')inflation des lois* »[500] et de spécialisation croissante du droit, il apparaît que le contenu de nombre de contrats ne cesse de croître du seul fait de la loi. Cette densification du contenu légal des contrats s'inscrit dans la droite ligne de ce que nous avons évoqué précédemment au sujet des contrats de prêt, de dépôt et de donation et ne vient donc pas perturber l'onérosité ou la gratuité des contrats. Toutefois, cette densification est si forte aujourd'hui que l'on pourrait croire à la disparition de la gratuité et à la conviction que la contrepartie n'est plus l'apanage de la volonté. Cependant, il faut se garder d'une telle conclusion car elle contreviendrait à la dimension conventionnelle des qualifications de contrat à titre gratuit et à titre onéreux que la jurisprudence et la doctrine rappellent couramment. Dernièrement, nous pouvons évoquer un arrêt rendu par la Cour de cassation qui a affirmé à l'endroit du contrat de cautionnement que « *les diverses obligations mises à la charge du créancier professionnel* ***ne sont que des obligations légales*** *sanctionnées par la déchéance du droit aux accessoires de la créance et* ***non la contrepartie de l'obligation de la caution*** »[501]. Également, nous pouvons évoquer les travaux doctrinaux du professeur Séjean, qui ont démontré que ces différentes obligations légales associées au contrat de cautionnement n'entrent pas en ligne de compte dans la détermination de l'onérosité ou de la gratuité de ce contrat[502].

B. L'exclusion de l'avantage moral

177. ***La distinction de l'avantage moral et de l'avantage matériel.*** Au XIX[e] siècle, les auteurs se sont interrogés sur la possibilité d'admettre la qualification de contrat à titre onéreux par la seule

---

[499] Situation à ne pas confondre avec la stipulation tacite ou présumée d'une contrepartie convenue, comme en matière de mandat professionnel, ou avec l'exclusion d'une obligation légale qui est une contrepartie convenue. En ce sens, *V*. par exemple **Cass. civ. 3[e], 14 janv. 2004, *Bull. civ.* III, n° 6, n° 02-12.663** : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la convention conclue le 29 août 1997 mettait à la charge de l'EARL de la Tour d'Aling "toutes les charges afférentes à l'exploitation du bien, notamment la taxe foncière", la cour d'appel, qui a souverainement déduit le caractère onéreux de la convention a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

[500] A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 109.

[501] **Cass. com., 8 avr. 2015, *Bull. civ.* IV, n° 63, n° 13-14.447** (nous soulignons).

[502] M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, th. préc., p. 249 et suiv., n° 273 et suiv. *Rappr.* F. Luxembourg, « Les incombances du créancier », *in* Le paiement, Paris, L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2014, p. 143, spéc. 144 ; B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. Sautonie-Laguionie, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2017.

expression d'un avantage moral. L'idée était que, considérant qu'une libéralité supposait « *la volonté de préférer autrui à soi-même* »[503], tout contrat motivé par l'orgueil ou la vanité ne pourrait être qu'à titre onéreux. Ainsi, obtenir un avantage d'ordre moral, comme la reconnaissance, l'amour ou encore l'admiration d'une personne aurait pu être qualifié de contrepartie. Si cette position a trouvé un écho en jurisprudence, celle-ci a été rapidement contestée par la doctrine, et a, semble-t-il, été abandonnée par les juridictions. Cependant, comme l'ont relevé différents auteurs[504], aussi acquise que semble être cette position, le législateur de 2016 s'est abstenu de toute précision à l'article 1107 du Code civil sur cette nature nécessairement matériel de l'avantage constitutif d'une contrepartie convenue. Néanmoins, nous sommes d'avis que cette solution s'impose sur le plan technique et elle semble, effectivement, en principe, acquise en jurisprudence.

178. ***Les motivations doctrinales pour l'exclusion de l'avantage moral.*** De nos jours, l'admissibilité d'une contrepartie morale permettant d'emporter la qualification de contrat à titre onéreux « *est unanimement dénoncée par la doctrine contemporaine* »[505]. Celle-ci lui adresse de multiples critiques techniques qui imposent d'y souscrire[506].

Principalement, on peut identifier trois arguments essentiels. Le premier est qu'une telle

---

503 J. Flour, H. Souleau, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1982, p. 24, n° 41.

504 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70.

505 N. Péterka, *Les dons manuels*, th. préc., p. 93, n° 110. *Adde* O. Deshayes, « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ? », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, N. Martial-Braz, C. Zolynski (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2013, p. 133, spéc., p. 134 : « *C'est banalité que d'affirmer que l'acte totalement désintéressé n'existe pas* ».

Les principaux auteurs à l'avoir défendu sont L. Josserand (*Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II*, *op. cit.*, p. 327 et suiv., n° 261 et 262), P. Esmein (*Cours de droit civil approfondi et comparé. Étude de l'acte juridique à titre gratuit*, Paris, 1933-19334, p. 117), J. Valloir (*La notion d'acte à titre gratuit*, th. Rennes, 1919, p. 99 et suvi., spéc., p. 120, cité par F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 211, n° 189), et M. Boitard, dans une moindre mesure (*Les contrats de services gratuits*, préf. P. Esmein, Paris, Sirey, 1941, p. 142 et suiv.). *Comp.* J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Préf. M. Maury, Paris, LGDJ, 1955, p. 127, n° 113 et p. 159, n° 143 sur la notion de sacrifice, éventuellement moral, qui pourrait emporter la qualification de contrat à titre onéreux pour une donation avec charge.

506 Chez les auteurs la question de l'avantage moral est traditionnellement étudiée lors de la définition de l'intention libérale considérant qu'il s'agit de sa conception subjective, qui est encore qualifiée d'affective. Nombre d'auteurs assimilent à l'intention libérale subjective la contrepartie morale. À nos yeux il doit être opéré une hiérarchisation entre les notions car elles n'ont pas exactement le même domaine. Lorsque l'avantage moral consiste en un avantage réciproque, dans ce cas il est question à la fois d'une contrepartie morale et d'une approche subjective de l'intention libérale. En revanche lorsque l'avantage moral n'est pas réciproque, comme n'étant que le but poursuivi par le contractant, dans ce cas l'idée est celle d'une conception subjective de l'intention libérale et non d'une contrepartie morale. Pour l'assimilation de la contrepartie morale et de l'analyse subjective de l'intention libérale *V.* N. Péterka, *Les dons manuels*, th. préc., p. 92 et suiv., n° 110 et suiv. ; *Rappr.* J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc. : l'auteur assimile également la contrepartie morale et la conception subjective de l'intention libérale (p. 35, n° 30 : « *retenir l'existence d'une contrepartie morale aboutissait à s'attacher à une conception pure de l'intention libérale* »), toutefois, l'auteur rappelle concernant l'avantage matériel que celui-ci doit être réciproque, ainsi, les retombées fiscales d'un contrat à titre gratuit ne sont pas de nature à lui accorder une contrepartie (p. 34, n° 28 : « *L'avantage fiscal associé à l'opération, les retombées économiques attendues par le mécène, ne sont pas consentis par le bénéficiaire de l'acte. La qualification de libéralité ne devrait donc pas être refusée au parrainage culturel sous prétexte de l'existence de retombées économies* »). Cette précision invite à considérer que l'auteur envisage également une hiérarchie entre l'avantage moral de la contrepartie morale.

conception emporte une réduction radicale du champ des libéralités[507], condamnant cette qualification à une disparition certaine. En effet, « *le désintéressement absolu est extrêmement rare, voire inexistant* »[508]. Le deuxième argument est qu'une telle conception est dangereuse car la recherche et la démonstration des aspirations profondes à l'origine d'un contrat sont très difficiles, si ce n'est impossible. Les auteurs n'hésitent pas à conclure que fonder une qualification sur une telle conception serait « *très hasardeux, voire arbitraire* »[509]. Enfin, le troisième argument est qu'une telle conception est incompatible avec notre droit qui admet occasionnellement un contrôle d'équivalence, notamment en matière de donation avec charge[510]. Comme l'a souligné le professeur Maury, il ne saurait y avoir « *d'équivalent juridiquement efficace que l'équivalent économique, c'est-à-dire pécuniairement appréciable* »[511]. À cette liste particulièrement convaincante, il nous semble possible d'ajouter un quatrième argument. Pour considérer qu'un avantage soit une contrepartie convenue, cela suppose qu'il puisse être stipulé et en conséquence soumis au régime des stipulations contractuelles ; or l'avantage moral semble incompatible avec celui-ci étant intimement personnel et subjectif. D'un côté, il paraît impossible de contrôler sa satisfaction et d'un autre, il paraît impossible d'en contraindre la réalisation. Nul ne peut croire à la possibilité d'une action en exécution forcée d'un avantage moral[512]. Dès lors, il nous apparaît encore nécessaire de croire qu'un avantage moral ne peut être qualifié de contrepartie convenue. Compte tenu de l'ensemble de ces arguments, il nous semble indéniable que l'avantage moral ne doit pas revêtir la qualification de contrepartie convenue, comme semble le suggérer la jurisprudence récente.

---

507 J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 38, n° 32 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charge en droit civil français*, th. préc., p. 12, n° 9 ; R. Cassin, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris, coll. les Cours de droit, 1939, p. 205 ; J. Flour, H. Souleau, *Droit civil. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 24, n° 41 ; D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, p. 639, spéc., p. 641 (spéc. Ch. Goldie-Genicon) ; M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, p. 14, n° 1006 ; F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 214 et suiv., n° 194 ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 255, n° 164 ; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, par P. Raynaud, Paris, Sirey, 1983, p. 237, n° 297. *Rappr.* En ce sens, des juges ont pu affirmer que « *le fait de donner pour une œuvre, pour une entreprise quelconque, emportant toujours pour celui qui fait un don un avantage d'ordre moral, une satisfaction intime, à raison d'une action généreuse […] si l'on admettait dans la circonstance actuelle, qu'il y ait eu contrat commutatif, il n'y aurait jamais de libéralité* » : **CA Paris, 24 juill. 1913** ; *D.* 1914, 2, p. 53, note H. L.

508 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 215, n° 195. *Rappr.* G. Cornu, « Du sentiment en droit civil », *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 71 et suiv.

509 S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 255, n° 164. Dans le même sens *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 120, n° 199.

510 J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 34, n° 29 ; C. Dupouey, *Essai sur la notion de contrepartie. Contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. dactyl, th. Toulouse I, 2007, p. 136, n° 198 ; H. Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1985, p. 46, n° 38. *Comp.* J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 266 et suiv., n° 295 et suiv.

511 J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. 1 *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Paris, Jouve & Cie éditeurs, 1920, p. 41, 68, 71 et 72.

512 Cet argument est à rapprocher de l'exclusion de l'avantage matériel espéré. Sur ce point *V. infra* n° 180 et suiv. Pour un rapprochement de la nature pécuniaire de l'avantage et de sa dimension convenue *V.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 182, n° 284 *in fine*.

179. ***Les faveurs jurisprudentielles pour l'exclusion de l'avantage moral.*** Au XIX^e^ siècle, la jurisprudence des juridictions du fond et de la Cour de cassation a rejeté à plusieurs reprises la qualification de libéralité au motif qu'était présente en l'espèce une contrepartie morale. Cette solution s'est particulièrement bien illustrée dans le domaine des « *offres de concours* » avec l'administration[513] notamment en matière de fabrique ou de réfection d'église[514], et plus généralement pour les donations à une personne publique. À titre d'exemple, la Cour d'appel de Nancy a pu considérer comme une contrepartie convenue le fait de bénéficier, notamment, d'une « *opinion publique plus indulgente* »[515].

De nos jours, les auteurs estiment que la jurisprudence tend à refuser à l'avantage moral la qualification de contrepartie convenue susceptible d'emporter celle de contrat à titre onéreux. À titre illustratif nous pouvons évoquer l'arrêt le plus significatif rendu par la Cour de cassation dans lequel elle a considéré, sous couvert de l'appréciation souveraine des juges du fond, que la qualification de libéralité ne pouvait être écartée en raison de l'existence d'un avantage moral. L'arrêt a été rendu le 5 octobre 2004[516] au sujet d'offrandes effectuées par des fidèles à l'association des Témoins de Jéhovah. Il a été défendu dans le moyen au pourvoi qu'il était question de contrat à titre onéreux car les fidèles tiraient une « *satisfaction morale* » de leur action et que par conséquent l'arrêt d'appel devait être annulé pour avoir admis la qualification de don manuel à titre gratuit. La Cour de cassation n'a pas été sensible à l'argumentation et a rejeté le moyen en considérant qu'il ne pouvait être considéré que « *l'exercice du culte était la contrepartie* » des offrandes religieuses et qu'il s'agissait de « *dons manuels* » motivés par « *une intention libérale que l'exercice d'un culte […] ne pouvait suffire à exclure* ».

Malgré cette tendance au refoulement de l'avantage moral, salué par la doctrine, les auteurs concèdent « *(qu'il) est difficile de préciser quelle est, en la matière, la position de la jurisprudence* »[517]. Pour cause, selon eux, cette situation ne pourra jamais définitivement se fixer tant qu'aucune directive ne sera

---

513 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V*. Offre – de concours : « *offre par laquelle un particulier ou une personne publique s'engage à l'égard d'une autre personne publique à participer […] à l'exécution d'une opération de travaux publics* ».

514 Il est classiquement évoqué l'arrêt Bardet (**Req., 14 avr. 1863** ; *D.* 1863. 1. 404 ; *S.* 1863. 1. 362) dans lequel la satisfaction retirée de la réfection d'une cloche suivant sa sonnerie originelle avait permis de qualifier la donation de contrat à titre onéreux échappant ainsi à la nullité de l'article 931 du Code civil.

515 **CA Nancy, 17 mars 1920** ; *D.* 1920, 2, 65, note Appleton (cite par S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 188, n° 117, note 702).

516 **Cass. com., 5 oct. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 178, n° 03-15.709** ; *D.* 2005, pan. 2114, obs. M. Nicod ; *RTD com.* 2005, p. 372, obs. L. Grosclaude ; *Defrénois* 2005, art. 38086, note A. Chappert.

517 Fr. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 256, n° 258 : « *Il est difficile de préciser quelle est, en la matière, la position de la jurisprudence. La difficulté de qualification se manifeste tout particulièrement lorsque l'on se demande dans quelle mesure un intérêt moral - et non pas matériel – peut constituer une contrepartie de nature à neutraliser la gratuité apparente d'un transfert de valeur. La jurisprudence est fluctuante, la Cour de cassation abandonnant la question aux juridictions du fond. Certains ont pris appui sur cette jurisprudence pour soutenir que la notion de libéralité présentait une certaine relativité* » ; dans le même sens *V*. M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2021, p. 1210, n° 355.62, N. Péterka.

apportée par la jurisprudence de la Cour de cassation[518] ou par la loi. À cet égard, la récente réforme du droit commun des contrats aurait pu être l'occasion d'une mise au point, cependant le législateur s'est abstenu d'une précision sur la nature de l'avantage susceptible d'être qualifié de contrepartie convenue. Comme l'ont relevé les professeurs Deshayes, Genicon et Laithier, la définition du contrat à titre onéreux posée à l'article 1107 nouveau du Code civil « *repose tout entier sur la "contrepartie", **sans que la nature de celle-ci (pécuniaire ? extra-pécuniaire ?) ne soit précisée*** »[519]. Cela est regrettable tant le consensus sur ce point paraît acquis en doctrine. Néanmoins, il peut être trouvé un soutien à cette analyse dans la dimension conventionnelle de la contrepartie qui est mentionnée à l'article 1169 nouveau du Code civil.

C. L'exclusion du but matériel

180. ***La faveur doctrinale pour la distinction du but matériel et de la contrepartie convenue.*** Les auteurs manifestent un large consensus sur l'impossibilité de qualifier de contrepartie convenue le simple motif matériel[520]. Cette position ne surprend pas. Elle n'est qu'un corollaire de la conception unanimement objective de l'intention libérale. En effet, si l'on considérait que tout motif matériel excluait l'intention libérale, cela reviendrait à soutenir la conception subjective de cette dernière, que la doctrine conteste tant.

Afin de manifester cette position, les auteurs emploient une terminologie variable parlant aussi bien de mobile, d'intérêt[521], que de vœu[522]. Mais ils s'accordent unanimement sur le fait que cet

---

[518] L'absence de directive permet ainsi aux juridictions d'occasionnellement sauver des libéralités en les faisant échapper au régime rigoureux des libéralités. Sur ce constat en matière de fondation de messe *V*. R. Cassin, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, *op. cit.*, p. 36.

[519] O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70 (nous soulignons).

[520] Toutefois, il n'y a pas de consensus sur l'admission de la qualification de contrat à titre gratuit ou onéreux sur ce point (D. Guevel, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 229 et suiv.). En ce sens, pour différents auteurs il devrait être question, par assimilation, de contrat à titre onéreux même s'il n'y a pas de contrepartie (N. Picod, *La remise de dette en droit privé*, th. préc., p. 117, n° 145 ; Plus nuancées *V*. F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 234 et suiv., n° 213 et suiv. ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 537 et suiv., n° 599 et suiv.) et pour d'autres il devrait être question de contrat à titre gratuit en raison de l'absence de contrepartie, même s'il y a un intérêt à l'octroi de l'avantage (S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 98 et suiv., n° 165 et suiv. ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 182 et 183, n° 284 ; F. Grua, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. préc., p. 47 et suiv., n° 26 ; N. Péterka, *Les dons manuels*, th. préc., p. 105 à 107, n° 121 à 124. *Rappr.* C. Dupouey, *Essai sur la notion de contrepartie. Contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrat*, th. préc., p. 166, n° 247 : « *Il est de l'essence du contrat conclu à titre onéreux que les engagements souscrits par les parties aient une contrepartie* »). Pour l'approfondissement de cette question *V*. *infra* n° 211 et suiv.

[521] J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 36, n° 31 : le titre coulé du paragraphe est intitulé « ***Intérêts et mobiles*** » ; F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 230, n° 208 : le paragraphe est intitulé « *l'intérêt matériel du disposant* ». *Rappr.* S. Bénilsi, *essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 90 et suiv., n° 153 et suiv.

[522] I. Najjar, Rép. Dalloz, *Donation*, n° 596 : « *La charge, au sens de l'article 954 du code civil, est assimilée à l'obligation imposée au donataire par le donateur. La charge diffère ainsi du "vœu", sans caractère obligatoire, dont l'inexécution n'est pas sanctionnée. Pour distinguer les deux notions, on affirme généralement que la recherche de l'intention des parties révélera si la modalité est obligatoire ou non,*

avantage matériel est non convenu et incertain[523]. C'est effectivement le point important, l'avantage matériel qualifié de contrepartie a la particularité d'avoir intégré « *le champ contractuel* »[524], c'est-à-dire d'être « *juridiquement obligatoire* »[525], contrairement au but matériel qui est extérieur au champ contractuel et donc non juridiquement obligatoire.

181. ***Une confirmation incertaine dans les articles du Code civil issus de la réforme du droit commun des contrats.*** Une fois encore, l'occasion de la réforme du droit commun des contrats aurait pu être celle de la consécration de la position doctrinale unanime. Cependant, il n'en a rien été. Pire encore, le législateur de 2016 semble avoir soufflé le chaud et le froid sur l'exclusion de l'avantage matériel incertain, laissant une place au doute[526]. En ce sens, il peut être décelé dans les articles du Code civil, soit une défaveur, soit une faveur, soit les deux positions à l'égard de la position doctrinale unanime.

Tout d'abord, à l'opposé de la position doctrinale unanime, il peut être évoqué l'article 1107, alinéa 2[d], du Code civil qui dispose qu'un contrat est à titre gratuit « *lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage* ***sans attendre ni recevoir de contrepartie*** »[527]. Ces deux dernières précisions, sur l'attente et la réception d'une contrepartie, sont de nature à faire douter de la consécration de la position doctrinale commune. Pour le voir, il suffit d'adopter une lecture *a contrario* de cet article : si le fait de ne pas attendre et de ne pas recevoir une contrepartie emporte la qualification de contrat à titre gratuit, alors l'attente ou la réception d'une contrepartie emporte la qualification de contrat à titre onéreux. Cette lecture suggère que l'espoir d'un avantage futur et éventuel peut être qualifié de contrepartie au sens de l'article 1107, alinéa 1[er], du Code civil. Au soutien de cette lecture *a contrario* il peut être souligné que l'attente et la réception d'une contrepartie sont formulées de manière purement unilatérale. Il n'est pas fait mention d'un concours de volontés mais seulement du souhait individuel, de la part de celui qui accorde l'avantage, de ne pas attendre de contrepartie. À croire que l'onérosité n'est pas une question contractuelle, commune et objective, mais plutôt

dans l'esprit du disposant, pour le donataire ». *Rappr.* J. Flour, H. Souleau, *Droit civil. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 92, n° 140 : « *il y a* charge *lorsqu'une* obligation *véritable – de faire ou de donner – est imposée au gratifié* ».

523 Une incertitude à ne pas confondre avec le contrat aléatoire qui, lorsque l'aléa produit son effet, rend obligatoire ce qui y a été associé par les parties.

524 N. Péterka, *Les dons manuels*, th. préc., p. 101, n° 114, *adde.* P. 105 à 107, n° 121 à 124.

525 C. Goyet, « La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal », art. préc., spéc., p. 38, n° 5. Dans le même sens *V.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 182 et 183, n° 284. *Rappr.* J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, ULB, 1962, p. 266, n° 423 : en droit romain la donation avec charge était, semble-t-il, à titre gratuit car la charge n'était pas obligatoire, le donateur était « *sans recours pour contraindre le donataire à exécuter la prestation exigée de lui* ».

526 *Rappr.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 71 : « *La difficulté – qui n'est pas nouvelle et que la définition donnée par l'article 1107 ne parvient pas à résoudre clairement – est de savoir si l'existence d'un intérêt de celui qui "procure à l'autre un avantage" disqualifie l'acte gratuit.* » (nous soulignons).

527 Nous soulignons.

factuelle, individuelle et subjective[528].

Ensuite, au soutien de la position doctrinale unanime, il peut être rappelé la lettre de l'article 1169 du Code civil, qui précise qu'un « *contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation,* ***la contrepartie convenue*** *au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* »[529]. À rebours du second alinéa de l'article 1107 du Code civil, ce texte s'inscrit, sans l'ombre d'un doute, dans la position doctrinale commune. Celui-ci s'intéresse à la stipulation d'une contrepartie et non à son attente unilatérale. Dès lors, nous sommes bien dans le giron du champ contractuel et non du but contractuel.

Enfin, à mi-chemin entre faveur et défaveur envers la position doctrinale unanime, il peut être mentionné l'article 1107, alinéa 1er, du Code civil qui dispose qu'un « *contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties* ***reçoit*** *de l'autre un avantage en contrepartie de celui* ***qu'elle procure*** »[530]. Premièrement, cet article peut être vu comme défavorable à la position doctrinale commune, en ce que celui-ci ne s'intéresse pas à la dimension convenue des avantages réciproques, mais seulement à leur dimension effective. C'est-à-dire sur le fait que les avantages ont été perçus[531]. Cette conception de la contrepartie permet potentiellement de considérer que le simple fait de bénéficier d'un avantage, même non convenu, pourrait emporter la qualification de contrat à titre onéreux[532]. Deuxièmement, cet article peut être vu comme favorable à la position doctrinale commune. À bien relire l'article, il apparaît que les avantages doivent être convenus. Selon ce dernier, un « *contrat est à titre onéreux*

---

528 À la manière de l'intention libérale. En ce sens, *V.* S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 246, n° 160 : « *l'intention libérale ne mérite pas d'être définie comme un accord de volontés puisqu'elle représente la manifestation de la seule volonté du donateur. Elle ne produira effet sur la scène juridique que si elle se concrétise ensuite par la conclusion d'un contrat de donation, fruit de la rencontre des deux volontés* ». *Contra* J. Champeaux, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, th. Strasbourg, 1931, p. 84 : l'auteur défend une analyse contractuelle de l'intention libérale.

529 Nous soulignons.

530 Nous soulignons.

531 À cet égard il est intéressant de noter que messieurs Aubry et Rau définissaient l'acte à titre gratuit comme celui dans « *lequel une personne procure à une autre ou s'engage à lui procurer, un avantage sans avoir reçu d'elle, ou se faire promettre par elle un avantage qui en constitue la contrepartie* » (nous soulignons) : Ch. Aubry, Ch. Rau, *Cours de Droit Civil français*, *op. cit.*, p. 391, n° 644.

532 Si l'avantage survient *a posteriori* et sans avoir été convenu, il serait toutefois curieux de conclure à l'onérosité de l'acte au regard du principe de qualification à la formation des contrats. Pour éviter cet écueil, nous pourrions défendre l'idée qu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux imparfait, à la manière du contrat synallagmatique. Cependant, cela serait contraire aux enseignements de la jurisprudence qui ne voit pas dans la vente dans laquelle le vendeur a renoncé *a posteriori* au versement du prix une donation déguisée, mais une donation indirecte distincte de la vente. Toutefois, il convient de souligner que cette position fait occasionnellement débat pour d'autres contrats spéciaux. À titre d'illustration *V.* **Cass. civ. 1re, 20 févr. 2008, *Bull. civ.* I, n° 56, n° 06-19.977** ; *RTD com.* 2008, p. 842, obs. B. Bouloc ; *AJDI* 2008, p. 666, obs. V. Zalewski ; *D.* 2009, p. 276, note L. Saenko ; *CCC* 2008, n° 6, comm. 150, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2009, n° 2, p. 549, obs. A. Bénabent (entre vente et bail à nourriture) ; **Cass. civ. 3e, 4 juill. 2007, *Bull. civ.* III, n° 125, n° 06-14.122** et **n° 06-14.156** ; *D* 2007, p. 2101 ; *Gaz. pal.* 2008, n° 64, p. 23 ; *JCP G* 2007, n° 37, IV, p. 2690 ; *JCP N* 2007, n° 29, act. 525 (entre rente viagère et bail à nourriture). Dans le même sens *V.* P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques », *Les cahiers de droit*, vol. 51, n° 1, mars 2010, p. 3, spéc., n° 33 : « *pour effectuer la qualification, le juriste devrait apprécier la situation telle qu'elle existait au moment de la formation du contrat puisque c'est à ce moment-là que la nature du contrat s'est cristallisée. Selon la jurisprudence québécoise, la nature du contrat doit s'apprécier à la date de formation de celui-ci* » (nous soulignons).

lorsque ***chacune des parties*** *reçoit de l'autre un avantage* ***en contrepartie*** *de celui qu'elle procure* »[533]. Or si les deux parties peuvent voir dans l'autre avantage la contrepartie de leur engagement, cela suppose que les deux parties sont dans la même situation. En d'autres termes, cet article suppose une forme d'instantanéité et de réciprocité des situations, qui supposent un accord de volontés, contrairement à l'article 1107, alinéa 2[d], du Code civil, qui propose une approche plus unilatérale.

En conclusion, il apparaît que le législateur de 2016 n'affiche pas clairement son positionnement. Selon les articles il peut sembler à la fois hostile et favorable à la thèse doctrinale unanime[534]. En tout état de cause, les auteurs favorables à une conception mixte de l'avantage susceptible d'être qualifié de contrepartie, c'est-à-dire à la fois matérielle et intellectuelle, postulent unanimement qu'il doit être convenu. Attention toutefois, certains de ces auteurs estiment malgré tout qu'il peut exister des cas dans lesquels il faut conclure à l'onérosité du contrat en raison d'un motif particulier. Mais cette onérosité n'est pas le fruit de l'existence d'une contrepartie, mais d'une absence de gratuité. En d'autres termes, ces auteurs défendent que ces cas « *doivent être assimilés* »[535] à des contrats à titre onéreux, même s'ils ne présentent pas de contrepartie convenue[536].

182. ***Un critère matériel nécessaire mais insuffisant.*** Pour nombre d'auteurs, la qualification de contrepartie convenue ne doit pas être accordée en raison du seul constat de la stipulation d'un avantage, mais également en raison d'une intention particulière. Cette dimension intellectuelle de l'avantage est très présente en doctrine mais elle ne fait pas, contrairement à la dimension matérielle de l'avantage, l'unanimité sur ses caractères. Deux approches se dégagent principalement des écrits doctrinaux, nous les étudierons tour à tour.

§2. La contestation de la condition intellectuelle de l'avantage dans les deux thèses dualistes

183. ***Deux thèses subjectives.*** Au lendemain de la réforme du droit commun des contrats, deux thèses principales manifestent leur faveur pour une appréhension dualiste de la contrepartie

[533] Nous soulignons.

[534] *Contra* J. Le Bourg, Chron. de contrats spéciaux, *LPA* 2017, n° 140/141, p. 5 et suiv., note sous Cass. civ. 1re, 13 juill. 2016, *Bull. civ.* I, n° 15-10.474 : pour l'auteur, l'article 1107 dans son entier est favorable à l'idée que l'onérosité suppose uniquement une contrepartie convenue et qu'un simple intérêt n'est pas de nature à faire basculer l'acte dans le champ de l'onérosité.

[535] N. Picod, *La remise de dette en droit privé*, th. préc., p. 117, n° 145. L'auteur distingue ce qu'elle nomme les remises-contreparties, qui sont à titre onéreux en raison d'une contrepartie (p. 101, n° 128), des remises-spéculatives, qui sont sans contrepartie mais intéressées, et qui donc « *doivent être assimilées à des actes à titre onéreux* » (p. 117, n° 145). *Rappr.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 234 et suiv., n° 213 et suiv. ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 537 et suiv., n° 599 et suiv.

[536] Pour l'approfondissement de cette question *V. infra* n° 211 et suiv.

convenue. Pour la première thèse, l'élément intentionnel est primordial et consiste en la preuve que l'avantage convenu est principal aux yeux des parties. C'est-à-dire, suivant la terminologie antérieure à la réforme du droit commun des contrats, que si l'avantage réciproque est la cause de l'engagement des parties, l'avantage est qualifié de contrepartie convenue. En revanche, si cet avantage n'est pas la cause de l'engagement des parties, celui-ci est qualifié de charge, et le contrat est alors considéré à titre gratuit (**A**).

Pour la seconde thèse, l'élément intentionnel est légèrement différent, il porte sur l'équivalence des avantages réciproques. Si les avantages sont objectivement équivalents, ces derniers sont qualifiés de contreparties convenues, et peu importe l'intention des parties. Cependant, si les avantages ne sont pas objectivement équivalents, il faut alors déterminer s'ils ne le sont pas subjectivement. Cela signifie que si les parties estiment que les avantages sont équivalents malgré tout, ces avantages sont des contreparties ; en revanche, si les parties n'estiment pas que les avantages sont équivalents, c'est-à-dire qu'il est exprimé une intention libérale, alors les avantages sont des charges, et le contrat est à titre gratuit (**B**).

A. La thèse de l'avantage subjectivement principal

184. ***La primauté du critère subjectif.*** Dans la première thèse dualiste de l'avantage, l'élément intentionnel est vu comme primordial, en ce que celui-ci s'impose, quel que soit le contenu du contrat. Ainsi, l'existence d'avantages réciproques ne doit pas conduire à la qualification systématique de contrat à titre onéreux. Il faut sonder l'intention des parties et déterminer, si oui ou non, l'avantage réciproque a été déterminant du consentement. Cette thèse est simple dans son principe (**1**) et suggère une approche purement subjectiviste de la gratuité. Néanmoins, même si cette thèse est régulièrement défendue elle nous semble en difficulté au regard du droit positif, notamment concernant les donations avec charge (**2**).

1. Le principe de la thèse

185. ***La nécessité de distinguer la charge et la contrepartie.*** Selon madame Hartman, qui a le plus récemment soutenu la présente thèse[537], il convient de distinguer deux types d'avantages convenus réciproques : la charge et la contrepartie[538]. L'utilité de cette distinction est de permettre d'expliquer pourquoi des contrats à titre gratuit et à titre onéreux peuvent présenter un même

[537] F. Hartman, *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque André Tunc, 2020.

[538] L'auteur estime que la contrepartie est une notion plus large que celle de contreprestation. Sur ce point *V*. F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 167, n° 149. Toutefois, le critère de distinction proposé est le même, la contreprestation étant une sous-catégorie de contrepartie.

contenu matériel, à savoir des avantages convenus réciproques, sans pour autant revêtir la même qualification. L'illustration la plus classique de cette situation est celle de la mutation d'un droit de propriété moyennant un avantage réciproque : selon les circonstances, il est question d'une donation avec charge, et par conséquent d'un contrat à titre gratuit, ou bien il est question d'un échange *lato sensu*, et par conséquent d'un contrat à titre onéreux.

186. ***Le critère intellectuel de distinction de la charge et de la contrepartie.*** Selon madame Hartman, la charge se distingue de la contrepartie en ce que la première est un avantage réciproque motivé par une intention libérale, alors que la seconde est un avantage réciproque motivé par une intention onéreuse[539], « *dont l'intention libérale est seulement une manifestation de l'absence* »[540]. Pour parvenir à distinguer les deux notions, l'auteur enseigne que « *la charge est accessoire* »[541] à l'engagement, elle n'est que « *ce sans quoi* »[542] la partie s'est engagée, contrairement à la contrepartie, qui est « *une prestation principale* »[543] et donc « *ce pour quoi* »[544] la partie s'est engagée.

De prime abord, ce critère peut paraître éminemment subtil et original, néanmoins, ce n'est qu'une impression car il est en réalité une formulation alternative et généralisée d'une thèse ancienne plusieurs fois soutenue. Ainsi, par exemple, H. Capitant, considérait qu'il fallait appliquer les articles relatifs aux libéralités, c'est-à-dire aux contrats à titre gratuit, tel que l'article 900 du Code civil, seulement lorsque la charge était « *un élément accessoire* » de la donation, contrairement à la situation où elle en serait « *la cause impulsive et déterminante* »[545] de l'engagement. En d'autres termes qu'elle en était un élément principal. Plus récemment, une thèse similaire a été soutenue par le professeur Rochfeld qui considère que si l'engagement constituant la charge « *apparaît rationnellement recherché par le disposant et qu'il s'inscrit, en ce sens, comme cette cause "impulsive et déterminante", la cause de cet acte ne peut plus être contrôlée selon les critères de celle qui est propre aux actes gratuits* »[546]. En d'autres termes, si la charge est la cause de l'engagement du donateur, celle-ci est contrôlée suivant les règles des

539 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 220, n° 201. Dans le même sens *V*. S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 231, n° 378 ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. préc., p. 175, n° 157 (de manière indirecte).

540 S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 231, n° 379. F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 221, n° 201 : l'auteur envisage ce même rapport entre les deux intentions considérant que « *l'intention libérale peut être définie par opposition à l'intention onéreuse.* » (nous soulignons).

541 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 166, n° 147 et p. 328, n° 306.

542 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 328, n° 306.

543 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 165 et 166, n° 146 et 147.

544 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 166, n° 147.

545 H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, *op. cit.*, p. 444, n° 204. Dans le même sens *V*. G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé. Étude sur la maxime "accessorium sequitur principale"*, th. préc., p. 253, n° 158 ; J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, Paris, Le Tenin, 1920, p. 205 (cité par J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 40, note 119).

546 J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 548, n° 607.

contrats à titre onéreux. Plus récemment encore, nous pouvons évoquer, avec une légère réserve, la thèse du professeur Chénedé, qui estime que « *si l'on considère, avec la doctrine unanime, que la donation avec charges est un contrat synallagmatique, on doit en conclure que l'obligation de l'un* ***est la cause*** *de l'obligation de l'autre, et que, par conséquent, le donateur s'est engagé* **pour** ***obtenir*** *le paiement de la charge. Or, si la charge est bien la cause de l'obligation du disposant […] la donation avec charges est donc un contrat "*intéressé de part et d'autre*", c'est-à-dire un contrat à titre onéreux* »[547]. La parenté de ces différentes thèses fait peu de doutes[548].

187. ***La pertinence de la distinction entre la charge et la contrepartie.*** La présente thèse se justifie principalement à deux égards : premièrement, à l'égard de la nullité partielle de la donation avec charge et deuxièmement, à l'égard de la nullité pour contrepartie convenue dérisoire.

Antérieurement à la réforme du droit commun des contrats initiée en 2016, cette thèse présentait pour principal atout de justifier le régime de nullité des charges de donation. L'idée était que si la charge était la cause impulsive et déterminante de l'engagement du donateur, le contrat était à titre onéreux et la nullité de la charge emportait celle du contrat dans son entier, conformément à l'ancien article 1172 du Code civil. En revanche, lorsque la charge n'était pas cette cause impulsive et déterminante de la donation, le contrat était à titre gratuit et la nullité qui frappait la charge n'inquiétait pas le reste de la convention, conformément à l'article 900 du Code civil spécifique aux libéralités[549]. Cette dualité de régime est intéressante car on y retrouve l'opposition entre charge et contrepartie, comme le suggère la thèse doctrinale. Il convient toutefois de noter que lors de la réforme du droit commun des contrats, le législateur n'a pas exactement reconduit cette règle. Celui-ci l'a généralisée à l'article 1184 du Code civil sans faire référence à la distinction des titres gratuit et onéreux, déniant ainsi à la thèse doctrinale sa principale utilité.

La question de l'étendue de la nullité n'est pas le seul atout de cette thèse doctrinale, il convient également de mentionner un effet qui a été développé sous l'empire des textes de 1804, à savoir, la justification de la validité du contrat présentant un avantage réciproque dérisoire. Suivant la jurisprudence classique, il faut considérer qu'un contrat qui présente un avantage réciproque dérisoire est nul pour absence de cause, à moins qu'il ne soit démontré l'existence d'une intention

---

[547] Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 195, n° 207 (nous soulignons). Nous précisons que l'auteur envisage seulement la situation dans laquelle la charge est la cause de l'engagement du donateur. Il ne prend pas explicitement position sur la question de la charge qui ne serait pas la cause de l'engagement du donateur.

[548] Toute proportion gardée. Semble-t-il, H. Capitant et le professeur Rochfeld ne défendent pas la requalification de l'acte en contrat à titre onéreux, ils constatent uniquement un même traitement, contrairement au professeur Chénedé qui conclut à la qualification de contrat à titre onéreux (sans toutefois se prononcer sur la situation où la charge ne serait pas la cause de l'engagement du donateur).

[549] Pour plus de développements sur ce point *V. supra* n° 77 et suiv.

libérale[550]. Suivant la thèse doctrinale que nous présentons, cette position jurisprudentielle s'explique par la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux[551] : s'il est question d'une contrepartie convenue, alors le contrat est à titre onéreux et il est annulable, comme le suggère le nouvel article 1169 du Code civil[552] ; s'il est question d'une charge, alors le contrat est à titre gratuit et celui-ci est valide[553].

2. Les difficultés de la thèse

188. ***Des difficultés générales communes et une difficulté spéciale.*** Malgré ses mérites, la présente thèse dualiste de l'avantage constitutif d'une contrepartie convenue présente des difficultés qui invitent à la rejeter. Ces difficultés sont de deux ordres : premièrement général et deuxièmement spécial. Concernant les difficultés générales, il convient de souligner qu'elles sont communes avec la seconde thèse dualiste, dès lors, afin de simplifier notre propos et d'éviter une répétition lors de la critique de la thèse suivante[554], nous limiterons la critique de la présente thèse à la seule difficulté qui lui est spéciale.

189. ***Une difficulté spécifique à la thèse.*** La présente thèse que nous venons d'exposer rencontre une difficulté centrale qui en limite le soutien en doctrine, à savoir qu'elle n'est pas en mesure de traduire exactement le traitement jurisprudentiel de la donation avec charge.

Suivant la présente thèse, il faut considérer qu'un avantage réciproque est une contrepartie convenue uniquement lorsque cet avantage a été déterminant du consentement des parties, peu importe leur équivalence. Or, la Cour de cassation estime de longue date que celle-ci est rapportable et réductible à hauteur de son seul émolument net[555], c'est-à-dire le résultat de la soustraction de la charge à la donation, indépendamment de la dimension déterminante de la charge. Ce qui contredit la position des auteurs favorables à la présente thèse. En témoigne leurs critiquent de cette solution qu'ils jugent « *difficilement justifiable* »[556] tant sur le terrain matériel qu'intentionnel. Également, la Cour de cassation semble considérer aux yeux des auteurs que « *si la charge est jugée équivalente ou supérieure*

---

[550] Notre position sur cette question *V. infra* n° 205 et suiv.

[551] F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 296, n° 278.

[552] « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

[553] Pour les utilités du critère intellectuel sur les questions dans lesquels il n'y a pas d'avantage réciproque *V.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., *V.* not. p. 234 et suiv., n° 215 et suiv.

[554] *V. infra* n° 193 et suiv.

[555] Décision fondatrice : **Req., 21 déc. 1887**, préc.

[556] F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., *V.* not. p. 334 et suiv., n° 310 et suiv.

à l'avantage recueilli par le donataire, l'acte n'est plus qu'à titre onéreux »[557] indépendamment, une fois de plus, du caractère éventuellement déterminant de la charge. En résumé, seule l'équivalence objective des avantages guide la qualification contractuelle.

Compte tenu de ces deux difficultés jurisprudentielles, nombre d'auteurs préfèrent suivre la seconde thèse dualiste que nous allons étudier ci-après.

B. La thèse de l'avantage subjectivement équivalent

190. ***Une limite objective au critère intellectuel de la qualification de contrepartie.*** La seconde thèse, qui est actuellement défendue à l'égard de l'avantage qui peut composer une contrepartie convenue, se distingue de la précédente sur un point précis, à savoir que la dimension intellectuelle ne prévaut pas systématiquement sur la dimension matérielle de l'avantage. Plus précisément, l'idée est que la dimension intellectuelle prévaut dans la limite de l'équivalence objective des avantages réciproques. Ainsi, lorsque des avantages réciproques sont objectivement équivalents, le contrat doit être considéré à titre onéreux, même s'il est motivé par une intention libérale.

Cette différence peut paraître anodine mais elle a une grande importance car elle permet de résoudre une des difficultés spécifiques de la thèse précédente (**1**). Toutefois, malgré cette adaptation, cette thèse soutenue par « *la majorité de la doctrine* »[558] présente des difficultés qui invitent à la rejeter et à privilégier une approche exclusivement matérielle de l'avantage pouvant composer une contrepartie convenue (**2**).

1. Le principe de la thèse

191. ***Le critère intellectuel de la distinction entre la charge et la contrepartie.*** Selon monsieur Boisson, qui a le plus récemment soutenu la présente thèse[559], il convient de distinguer la charge de la contrepartie[560] suivant le critère de l'équivalence, objective ou subjective, des avantages réciproques. S'il existe une équivalence objective, c'est-à-dire qu'il y a une équivalence acquise aux

---

[557] I. Najjar, *Rép. civ.* Dalloz, Donation, n° 68. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-16.270** (l'arrêt n'est pas mentionné par l'auteur) : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans aucune analyse des charges imposées à M. X… et sans rechercher, comme il lui était demandé, si leur importance n'était pas de nature à faire perdre à l'acte litigieux son caractère de libéralité* » (nous soulignons).

[558] J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 32, n° 27.

[559] J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc. La thèse a été soutenue en décembre 2015 et publiée en 2019. L'auteur a ainsi pu intégrer à son étude le droit issu de la réforme du droit commun des contrats initiée en 2016.

[560] Les auteurs favorables à cette thèse ne proposent pas de distinguer la contrepartie de la charge. Cependant, par commodité de présentation et de comparaison avec la précédente thèse, nous conserverons cette terminologie. Sur l'assimilation de la charge et de la contrepartie *V.* not. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 31, n° 25 : « *la charge n'est rien d'autre qu'une contrepartie* ». Sur la manifestation par l'auteur de son détachement de la thèse précédente *V.* p. 41, note 127.

yeux de tous, « *la libéralité doit être disqualifiée en acte à titre onéreux* »[561], peu importe l'intention libérale des parties[562]. En revanche, s'il n'y a pas d'équivalence objective, dans ce cas, il faut distinguer deux situations en tenant compte de la volonté des parties. Soit il y a une « *équivalence subjective* »[563] entre les avantages, c'est-à-dire que les avantages sont regardés par les parties comme étant équivalents[564], dans ce cas le contrat est à titre onéreux. On dit généralement que la convention est motivée par une « *intention onéreuse* »[565]. Soit il n'y a pas d'équivalence subjective entre les avantages, c'est-à-dire que les avantages sont vus comme inéquivalents par les parties, ce qui se traduit par l'existence d'une intention libérale[566], et dans ce cas le contrat est à titre gratuit[567].

192. ***La pertinence du critère de distinction de la charge et de la contrepartie.*** La présente thèse a sensiblement les faveurs de la majorité de la doctrine et peut indéniablement prétendre trouver son écho dans la jurisprudence civile, en témoigne cet arrêt ancien rendu au début du XX^e^ siècle dans lequel les hauts magistrats ont précisé que « *toute donation implique nécessairement que le disposant se dépouille de la chose sans rien recevoir en échange,* ***ou, du moins, sans recevoir un équivalent*** *qui fasse disparaître la gratuité essentielle du contrat* »[568]. Même s'il n'est pas fait référence à la distinction entre

---

561 J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 32, n° 27. Dans le même sens *V*. Ch. Aubry, Ch. Rau, *Cours de Droit Civil français*, *op. cit.*, p. 394, n° 644 ; S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 229 et suiv., n° 377 et suiv. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, th. préc., p. 185, n° 107 ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. préc., p. 25, n° 18 ; C. Dupouey, *Essai sur la notion de contrepartie. Contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. préc., p. 200, n° 201 et 202 ; M. Grimaldi, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1670, p. 493 ; Ph. Malaurie, Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p. 230, n° 284.

562 S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 230, n° 377 : « *l'équivalence objective permet de conclure à l'onérosité du contrat même en l'absence d'équivalence subjective* ».

563 J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 31, n° 25.

564 Par référence à l'ancien article 1104 du Code civil qui définissait le contrat commutatif comme celui dans lequel la contreprestation « *est regardé comme l'équivalent* ». En ce sens, *V*. S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 230 et suiv., n° 377 ; J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 31, n° 25 ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 186, n° 116. *Rappr.* J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1969, p. 187 : pour l'auteur la distinction du titre gratuit et du onéreux était mentionnée aux article 1105 et 1106, et son critère de distinction résidait dans l'article 1104 relatif au contrat commutatif.

565 J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. préc., p. 175, n° 157. Admettant son existence *V*. not. S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 230 et suiv., n° 377 ; Q. Guiguet-Schiélé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, préf. M. Nicod, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 146, 2015, p. 92 et suiv., n° 99 et suiv. ; M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, Thèse, Paris II, 1996, p. 79, n° 199.

566 Plus nuancé, comme suggérant que l'intention onéreuse suppose l'absence d'intention gratuite : Q. Guiguet-Schiélé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, th. préc., p. 94, n° 101 (l'intention libérale étant le « *grade ultime* » de l'intention gratuite : p. 92, n° 98). Pour une assimilation de l'intention libérale à l'intention gratuite *V*. S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 124, n° 204.

567 Sur ce point, deux thèses sont présentes : soit l'acte est à titre gratuit pour le tout (*V. not.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 230 et suiv., n° 377 ; J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 31, n° 25 ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 186, n° 116), soit l'acte est mixte, à titre onéreux à hauteur de la charge et gratuit pour le reste (*V*. not. R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, *op. cit.*, p. 11, n° 12 ; I. Najjar, *Rép. civ.* Dalloz, Donation n° 68 ; A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 90, n° 54).

568 **Cass. req., 24 janv. 1928** ; *DP* 1928. 1. 157 (nous soulignons).

les équivalences objectives et subjectives, cet arrêt est toutefois vu par les tenants de cette thèse comme sa reconnaissance jurisprudentielle.

Au-delà de ces échos jurisprudentiels, la présente thèse possède deux principaux avantages qui militent en faveur de son soutien. Premièrement, cette thèse a l'avantage, commun avec la thèse précédente, d'expliquer la validité jurisprudentielle du contrat motivé par une intention libérale et présentant une contrepartie dérisoire. Comme l'intention libérale emporte la qualification de contrat à titre gratuit, la nullité pour contrepartie convenue dérisoire du contrat à titre onéreux, édictée à l'article 1169 du Code civil, se retrouve logiquement inapplicable[569]. Secondement, cette thèse a l'avantage d'expliquer la jurisprudence relative à la donation avec charge qui limite le rapport à la hauteur de l'émolument net et la conclusion jurisprudentielle selon laquelle, en l'absence d'émolument, il n'y a pas de libéralité[570], ce qui signifie pour les auteurs qu'il n'y a pas de contrat à titre gratuit.

2. Les difficultés de la thèse

193. ***Des difficultés générales et communes avec la thèse précédente.*** Même si la thèse est soutenue par une très large majorité d'auteurs, celle-ci présente différentes difficultés qui invitent à la rejeter. Nous allons détailler ces difficultés qui sont communes avec la thèse précédente et qui sont de deux ordres : le premier ordre de difficulté porte sur le domaine d'intervention du critère intellectuel dans la distinction entre la charge et la contrepartie convenue ; le second ordre de difficulté porte quant à lui sur l'opportunité même du critère intellectuel pour emporter les qualifications de contrat à titre gratuit et à titre onéreux.

194. ***Les difficultés relatives au domaine du critère intellectuel en matière de donation avec charge.*** Les thèses dualistes de l'avantage postulent l'existence de deux conditions, une première condition matérielle et une seconde condition intellectuelle. Cette position est généralement soutenue car elle est en mesure d'expliquer efficacement le régime de la donation avec charge dans

---

569 Les auteurs parlent d'inapplicabilité nécessaire ou encore d'incompatibilité. En ce sens, *V.* R. Savatier, note sous Cass. civ. 1re, 16 juill. 1959, *Bull. civ.* I, n° 360, *D.* 1960, p. 185 ; A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 90, n° 54.

570 **Cass. civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-16.270**, préc. : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans aucune analyse des charges imposées à M. X… et sans rechercher, comme il lui était demandé, si leur importance n'était pas de nature à faire perdre à l'acte litigieux son caractère de libéralité* ». *Comp.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 185, n° 287 : l'auteur semble considérer qu'une contrepartie convenue non dérisoire serait suffisante pour exclure la qualification de libéralité. Cependant, cette solution nous semble trop radicale en ce que la recherche de l'émolument net n'exige pas la preuve d'une contrepartie convenue dérisoire. En matière de donation avec charge, l'émolument net représente toute la part gratuite de l'acte. *Rappr.* Manifestation de l'idée qu'un prix non dérisoire peut être un appauvrissement indirect susceptible d'être qualifié de libéralité *V.* **CA Angers, audience solennelle, 9 mai 1990, n° 2260/89, *Jurisdata* n° 1990-052288** ; **CA Douai, ch. 1, 31 mars 1992, n° 2260/89, *Jurisdata* n° 1992-041414** ; **CA Paris, pôle 3, ch. 1, 15 janv. 2020, n° 18/07275, *Jurisdata* n° 2020-000323**.

le contexte successoral. À savoir qu'en matière de rapport et de réduction[571], la jurisprudence n'y soumet pas la donation dans son ensemble, mais uniquement à hauteur de son émolument net.

À notre avis, cette portée explicative de la thèse doit être relativisée car en vérité cette thèse n'explique que le régime de la donation avec charge qui s'inscrit dans un contexte successoral. Cette thèse ignore en effet le traitement jurisprudentiel de la donation avec charge dans les contentieux de la fraude aux droits des créanciers. Pour rappel, sur le fondement de la fraude paulienne et de la période suspecte, la donation avec charge est considérée à titre onéreux si la charge n'est pas dérisoire[572], peu importe l'intention libérale des parties.

Il convient de rappeler que ce traitement original de la donation avec charge se dégage seulement dans deux arrêts de rejet de la Cour de cassation et de multiples arrêts d'appel. Pourtant elle nous semble conforme à la finalité de la fraude aux droits des créanciers qui appelle une approche plus objective de la gratuité que pour le contentieux du droit des successions[573]. Le but « *est d'empêcher le débiteur en difficulté de rompre l'égalité des créanciers ou de dépouiller le patrimoine* »[574], dès lors, la gratuité mérite d'être appréciée plus globalement et plus objectivement que dans un contexte successoral.

En conclusion, compte tenu du traitement de la donation avec charge dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte il nous semble contestable de fonder une thèse générale et absolue de la gratuité à partir de son seul traitement dans le contentieux successoral.

195. ***Les difficultés relatives à l'opportunité du critère intellectuel pour tout contrat à titre onéreux.*** Les thèses dualistes de l'avantage se sont construites sur la base d'un raisonnement par analogie avec la gratuité qui aurait pour modèle les libéralités. Ces dernières nécessitant une condition matérielle et une condition intellectuelle[575], la gratuité, tout comme l'onérosité qui en est

---

571 Sur ce point, nous rappelons tout de même que la seconde thèse mixte présente une plus-value par rapport à la première.

572 Pour les références *V. supra* n° 105 et suiv.

573 *V.* par exemple pour l'annulation d'un contrat à titre gratuit sans la démonstration de l'expression d'une intention libérale : **Cass. com., 20 sept. 2005, n° 04-11.789**.

574 G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 185, n° 288. Plus généralement, sur la finalité de la lutte contre la fraude paulienne, dont la période suspecte ne serait qu'une application particulière *V.* L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, th. préc., p. 73 et suiv., n° 114 et suiv. *Rappr.* J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. préc., p. 99 : « *Est-il besoin d'ajouter que sur le plan de l'action paulienne nul ne songe à exiger, pour qu'il y ait titre gratuit, un sentiment affectueux chez le débiteur aux abois* » ? L'auteur cite dans le même sens G. Ripert, *Cours*, p. 354 : « *Il est bien difficile, affirme M. Ripert, de croire que cette intention libérale ait ici beaucoup d'importance* ».

575 **Cass. civ. 1re, 18 janv. 2012, *Bull. civ.* I, n° 8, n° 09-72.542 ; n° 10-25.685 ; n° 10-27.325, n° 11-12.863** ; *D.* 2012, p. 2476, obs. M. Nicod ; *AJ fam.* 2012, p. 235, obs. A. Bonnet, p. 235, obs. É. Buat-Ménard ; *RTD civ.* 2012, p. 307, obs. J. Hauser, p. 353, obs. M. Grimaldi ; *JCP G* 2012, II, 51, note F. Sauvage ; *JCP N* 2012, II, n° 1187, note V. Barabé-Bouchard ; *Dr. fam.* 2012, comm. 50, B. Beignier ; *RLDC* 2012, n° 94, p. 43, note R. Mésa ; *Gaz. Pal.* avr. 2012, p. 21, note Ch. Lichtenberger : « *seule, une libéralité, qui suppose un appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier son héritier, est rapportable à la succession* ». Cet attendu est désormais reproduit régulièrement en attendu chapeau d'autres arrêts. *V.* not. en ce sens **Cass. civ. 1re, 2 avr. 2014, n° 13-14.767** et **Cass. civ. 1re, 22 juin 2016, n° 15-18.086**.

l'envers, devrait respecter cette même dualité.

À notre avis, au regard de notre droit positif, il est critiquable de considérer que la donation est le modèle de compréhension de la gratuité. Certes, « *on ramène instinctivement le titre gratuit au concept de donation* »[576], mais c'est un raisonnement réducteur, de l'ordre de la synecdoque. Pour le démontrer, nous proposons de rappeler puis de contester le principal argument technique invoqué par les auteurs au soutien de cette assimilation.

196. ***Le rappel de l'argument technique favorable à la généralisation de l'intention libérale.*** Les auteurs favorables à l'analyse subjective de la gratuité estiment que l'intention libérale est un élément catégorique, c'est-à-dire qu'il est le moyen d'identifier le contrat à titre gratuit. Au soutien de leur position, ils rappellent d'une part leur modèle de réflexion, la donation[577], et d'autre part, la jurisprudence de la Cour de cassation[578]. Plus précisément, les auteurs rappellent que pour la haute juridiction l'intention libérale est l'outil permettant d'expliquer la validité du contrat présentant un prix dérisoire.

En ce sens, par exemple, M. Boisson précise que par ce contentieux, la Cour de cassation manifeste « *(qu')à lui seul l'élément matériel est insuffisant. Faute d'intention libérale, le contrat sera nul sur le terrain de la contrepartie illusoire ou dérisoire* »[579]. Dans le même sens, Mme Hartman se demande « *comment distinguer l'acte à vil prix de la libéralité avec charges dans l'intérêt du disposant ?* ». Pour résoudre cette question, elle se fonde sur l'intention libérale en considérant que, si elle est absente, « *l'acte reçoit la qualification de contrat à titre onéreux à vil prix* », alors que, si elle est présente, « *l'acte est qualifié de libéralité* »[580].

En résumé, les auteurs estiment que la nullité anciennement fondée sur la cause de l'obligation est une nullité spécifique du contrat à titre onéreux, et que s'il est démontré une intention libérale l'acte est requalifié en donation, indirecte ou déguisée, et celle-ci échappe logiquement à la nullité.

---

576 L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II*, *op. cit.*, p. 320, n° 257. En témoigne l'ouvrage des professeurs Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 211, n° 222) qui, lors de l'étude de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, renvoient à l'ouvrage de droit des successions (Ph. Malaurie, Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p. 184 et 185, n° 222).

577 Qui suppose une intention libérale. En ce sens, *V.* **Cass. civ. 1re, 16 mars 1999, n° 97-13.149** : « *une donation indirecte suppose, comme toutes les donations, une intention libérale* » (nous soulignons).

578 Nous rappelons que la loi ne propose aucune analyse de l'intention libérale. Elle est seulement évoquée dans différents articles, notamment à l'article 1303-2 relatif à l'enrichissement injustifié et à l'article 2013 relatif à la fiducie. Sur le constat de cette absence *V.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 207 et suiv., n° 185 et suiv. ; Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc., p. 86 et suiv., n° 94 et suiv.

579 J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 37, n° 32, note 96. Dans le même sens *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 240, n° 394.

580 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 296, n° 277 : Il convient de préciser que l'auteur mentionne la qualification de libéralité, et non celle de contrat à titre gratuit. Toutefois, il convient d'assimiler les termes dans la mesure où pour l'auteur la contrepartie convenue est incompatible avec l'intention libérale. C'est pourquoi elle a développé la distinction entre la charge et la contrepartie convenue.

Cette solution veut pour témoignage depuis la réforme du droit commun des contrats la lettre de l'article 1169 du Code civil qui dispose que le contrat « *à titre onéreux* » qui présente une contrepartie convenue dérisoire est nul.

Cet argument est de poids et innerve toutes les thèses qui s'intéressent à la notion de contrat à titre gratuit. Cependant, il ne peut pas suffire à justifier la généralisation de l'intention libérale à toute hypothèse de gratuité car il ne concerne pas toute hypothèse de gratuité. L'intention libérale est en effet propre aux libéralités[581] qui supposent un appauvrissement.

197. ***La relativisation de l'argument : la dépendance de l'intention libérale à l'existence d'un appauvrissement.*** L'intention libérale est traditionnellement rapprochée de l'*animus donandi*[582], c'est-à-dire « *la volonté de donner* »[583], de « *se dépouiller* »[584], « *de s'appauvrir* »[585]. Ce rapprochement est à notre avis essentiel à relever car cela montre que l'intention libérale est intimement liée à la notion d'appauvrissement, qui n'est rien d'autre que le contenu matériel de la donation. En effet, en l'absence d'un tel contenu, la jurisprudence n'exige pas la preuve d'une intention libérale.

En témoigne, premièrement, les contentieux de la qualification et de la validité des contrats de service gratuit. Ces contrats, qui ne sont pas en principe des appauvrissements[586], ne nécessitent

---

581 *Pro.* S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 227 à 230, n° 143 à 147.

Contra J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 61, n° 48 : « *l'intention libérale, n'est pas propre aux libéralités, mais est un critère commun à tous les actes à titre gratuit* ». Dans le même sens J. Champeaux, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, th. Strasbourg, 1931, p. 243 (cité par S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 228, n° 144)

582 En ce sens, *V.* not. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Intention libérale.

583 S. Guinchard, G. Montagnier, *Locutions latines juridiques*, Paris, Dalloz, coll. *À savoir*, 2007, *V. Animus donandi.*

584 N. Péterka, *Les dons manuels*, th. préc., p. 43, n° 50.

585 M. Grimaldi, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, p. 14, n° 1006.

586 **Cass. civ. 1re, 11 oct. 2017, *Bull. civ.* I, n° 16-21.419**, préc. ; *Rappr.* Cciv., art. 894 : « *La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* » (nous soulignons). *Adde* Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 118, n° 101 : Les « *contrats de service gratuit ne se traduisent pas par un appauvrissement de celui qui s'engage mais par un manque à gagner* » ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 128, n° 149 (*in limine*) : « *Dans certains contrats à titre gratuit, le débiteur se dépouille d'un bien au profit de son créancier. Il y a transfert de propriété sans contrepartie. Par conséquent, il y a appauvrissement du débiteur et enrichissement du créancier. C'est le cas dans la libéralité entre vifs, encore appelée donation. Dans d'autres actes à titre gratuit, le débiteur rend service au créancier sans pour autant avoir la volonté de s'appauvrir à son profit. Ce peut être le cas du cautionnement lorsqu'une personne accepte, sans recevoir de contrepartie, de payer la dette du débiteur, dans le cas où ce dernier serait insolvable. C'est encore le cas dans le mandat non salarié.* » (nous soulignons). Il convient de préciser que la position de la Cour de cassation ne semble être qu'une position de principe et qu'il faut considérer qu'un service peut, suivant les circonstances, constituer un appauvrissement pour celui qui le consent. Cette solution est judicieuse à notre avis et doit être saluée, d'autant plus que les magistrats font une appréciation concrète et mesurée de la notion d'appauvrissement. *V.* par exemple en droit des successions concernant la mise à disposition d'un bien immeuble : **CA Rennes, 1re ch., 3 déc. 2019, n° 18/00224** (la privation volontaire de revenus nécessaires pour autrui est un appauvrissement) ; **CA Aix-en-Provence, 2e et 4e ch. réunies, 30 oct. 2019, n° 16/17546** (la mise à disposition d'un bien qui n'était pas loué par des propriétaires qui n'étaient pas dans le besoin ne constitue pas un appauvrissement) ; **CA Paris, pôle 3, ch. 1, 3 juill. 2019, n° 17/12331** (la mise à disposition d'un bien qui n'était pas loué par des propriétaires qui n'étaient pas dans le besoin ne constitue pas un appauvrissement) ; *Rappr.* pour une solution similaire dans le contentieux de la fraude paulienne : **CA Nîmes, 1re ch. civ., 11 oct. 2018, n° 16/00927, *Jurisdata* n° 2018-023394**. *Rappr.* pour une position concordante indirectement pour la haute juridiction : **Cass. civ. 1re, 5 juill. 1960,**

pas la preuve d'une intention libérale, ou gratuite[587], pour être qualifiés de contrats à titre gratuit et être considérés valides[588]. Il nous semble même que nul n'a jamais songé nécessaire de démontrer devant un juge une intention libérale en matière de mandat, de dépôt, ou encore de prêt[589].

En témoigne, secondement, la jurisprudence relative au don manuel. Dans ce domaine, la Cour de cassation considère que la présomption de l'article 2276 accorde une présomption de don manuel[590], qui serait même, selon les auteurs et la Cour de cassation, une « *présomption d'intention libérale* »[591]. Le point important à relever à notre avis est que la présomption d'intention libérale, ou de don, ne vaut que pour l'éventualité d'un transfert définitif de propriétaire. Il est acquis en effet de jurisprudence constante que s'il est démontré une détention précaire, en raison, par exemple, d'une remise en vertu d'un prêt, la présomption n'est plus en vigueur[592]. La réciproque est également vraie, s'il est démontré que la remise a été motivée par une intention libérale, alors la

***Bull. civ.* I, n° 365** et **Cass. civ. 3e, 3 nov. 1988, *Bull. civ.* III, n° 300, n° 87-13.319** ; *Defrénois* 15 avr. 1989, n° 34482, p. 442, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1989, obs. Ph. Rémy ; *JCP* G 1989, II, 21375, note Th. Hassler ; *RTD civ.* 1990, p. 700, obs. J. Patarin (Ces arrêts suggèrent que si l'emprunteur a la libre disposition des fruits il est question d'un prêt qui emporte un appauvrissement pour le prêteur).

587 Pour simplifier le raisonnement, nous assimilerons les deux termes dans la suite du propos. Malgré cela, il convient de reconnaître que cette distinction a éventuellement trouvée un écho dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris : **CA Paris, Pôle 3, ch. 1, 16 oct. 2019, n° 18/00631, *Jurisdata* n° 2019-018054** : « *Il en résulte que Jean-Claude B. n'a pas simplement voulu rendre service à son épouse, ce qui caractérise le contrat de bienfaisance, mais qu'il a voulu lui consentir un avantage. L'intention libérale est donc caractérisée* » (nous soulignons). En tout état de cause, il nous semble qu'il n'est pas nécessaire de distinguer l'intention gratuite de l'intention libérale car seule cette dernière est contrôlée.

588 En ce sens, *V.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 70 ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 228, n° 145.

589 En matière de bail rural, il n'est pas contrôlé l'existence d'une intention libérale pour considérer le contrat à titre gratuit, c'est-à-dire qu'il est question d'un prêt à usage. Toutefois, il semble possible qu'en présence d'une contrepartie convenue non dérisoire motivée par une intention libérale il soit interdit au propriétaire de demander la révision du fermage. Pour l'évocation de cette possibilité *V.* **CA Aix-en-Provence, 1re et 5e ch. réunies, 25 mars 2021, n° 19/01128**.

590 **Cass. civ. 1re, 25 juin 1996, n° 94-16.330** : « *Mais attendu, d'abord, que celui qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie de la présomption attachée à la possession, et qu'il n'a donc pas à faire la preuve de ce don ; qu'il appartient à celui qui revendique cette chose de rapporter la preuve de l'absence d'intention libérale, ou d'établir que la possession, dont se prévaut le détenteur de la chose, ne réunit pas les conditions légales pour être efficace ; qu'ayant constaté que Mme veuve X... ne rapportait aucune de ces deux preuves, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, sans être tenue de rechercher une intention libérale dont l'inexistence devait être démontrée par la demanderesse en revendication* » (nous soulignons).

591 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 272, n° 251. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 24 oct. 2000, n° 98-16.323** (rejet) : « *que la cour d'appel a pu estimer qu'il ne renversait pas la présomption d'intention libérale dont bénéficiait Mme Y..., justifiant ainsi sa décision de considérer que les fonds avaient été irrévocablement donnés ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* » (nous soulignons) ; **Cass. civ. 1re, 25 nov. 2015, n° 14-22.776** (rejet) : « *a souverainement estimé, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche et en présence d'éléments de fait contradictoires, que, le don manuel faisant présumer l'intention libérale sauf élément de preuve contraire, il n'était pas établi que cette remise avait eu lieu à titre de prêt ; que le moyen ne peut être accueilli* » (nous soulignons).

592 **Cass. civ. 1re, 10 oct. 2012, n° 11-19.997** : « *Qu'en se déterminant ainsi alors qu'il n'appartenait pas à Mme Y… d'établir l'intention libérale de M. Z…, mais à celui-ci de rapporter la preuve du contrat de prêt dont il se prévalait, la remise de fonds à une personne ne suffisant pas à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer, la cour d'appel a violé les texte susvisés* » ; **Cass. civ. 1re, 31 mai 1989, n° 86-13.693** : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait à Mme C… de démontrer l'existence du prêt par elle allégué* ».

qualification de libéralité est reconnue, excluant celle de prêt[593].

Ces deux positions issues de la jurisprudence de la Cour de cassation sont intéressantes car on remarque que l'intention libérale n'y est jamais questionnée lorsqu'il est question d'un prêt à l'origine de la détention précaire, qui est pourtant un contrat à titre gratuit. Dans la jurisprudence d'appel, cette situation apparait encore plus nettement. Selon les juges du fond il y a une contradiction entre les notions de prêt et d'intention libérale, car cette dernière suppose un appauvrissement, qui en principe est absent. Par exemple, la Cour d'appel de Poitiers[594] a considéré récemment que « *s'agissant des sommes susvisées, pour un total de 50 309,28 € la preuve d'un prêt est suffisamment rapportée* ***et exclut l'intention libérale*** *invoquée par M. Christophe H. pour prétendre être exonéré du remboursement* »[595]. De même, la Cour d'appel de Nouméa[596] a considéré que la qualification de prêt ne pouvait être écartée au profit de celle de don s'il n'était pas démontré une intention libérale « *qui procède d'une volonté actuelle de se dépouiller irrévocablement d'un bien* ». Enfin, la Cour d'appel de Bourges a affirmé très nettement la position que nous défendons dans un arrêt très récent. Selon elle « ***un commodat ne peut relever d'une intention libérale****, car le prêteur n'a aucune volonté de* ***s'appauvrir*** *et il n'est exigé aucune contrepartie de la part du tiers recevant le bien objet du prêt à usage. Il s'agit d'un contrat de service gratuit, conférant seulement à son bénéficiaire un droit à usage de la chose prêtée mais n'opérant aucun transfert d'un droit patrimonial à son profit, notamment de propriété sur la chose ou ses fruits et revenus, et il n'y a donc aucun appauvrissement du prêteur* »[597].

En conclusion, il nous semble que la jurisprudence associe intimement l'intention libérale à l'existence d'un appauvrissement. Dès lors, l'argument invoqué par les auteurs favorables à l'appréhension subjective de la gratuité nous paraît devoir être relativisé et la thèse rejetée au profit de la thèse moniste. En effet, sachant en définitive que seul l'élément matériel est commun à tous les contrats à titre gratuit, seul ce critère de principe doit assurer l'élaboration d'une théorie du

---

[593] **Cass. civ. 1re, 24 nov. 1965, *Bull. civ.* I, n° 644** : « *que l'arrêt constate que X..., en payant au vendeur le solde du prix de vente du par le fils de sa femme, a agi dans une intention libérale établie par des présomptions graves, précises et concordantes résultant du comportement des parties comme de leur correspondance ; qu'ayant admis que le payement effectué par X... constituait une libéralité, c'est à bon droit qu'ils lui ont refusé une action qui suppose que le tiers n'a payé le vendeur qu'en qualité de prêteur de deniers* » (nous soulignons).

[594] **CA Poitiers, 2e ch. civ., 11 avr. 2017, n° 16/01766, *Jurisdata* n° 2017-010561**.

[595] Nous soulignons.

[596] **CA Nouméa, ch. civ., 22 mars 2018, n° 16/00345, *Jurisdata* n° 2018-012329** : « *Qu'il appartient à celui qui invoque l'existence d'une libéralité de caractériser l'acte juridique qui, aux termes de l'article 893 du code civil, consiste à "disposer de ses biens à titre gratuit au profit d'une autre personne", la preuve de l'intention libérale du donateur pouvant être rapportée par tous moyens, même par de simples présomptions, s'agissant de la preuve d'un fait ; Que c'est en outre à celui qui revendique la propriété du bien ou prétend l'avoir remis à titre de prêt, de rapport la preuve de l'absence d'un tel don ; […] Que l'attestation de Madame Yolande D. non datée, produite par l'intimée, selon laquelle "Jean-Charles H. a toujours dit devant moi qu'il donnerait à Ariane cette parcelle de terre car le terrain est très grand et non inondable et que ses deux filles avaient largement de quoi faire avec le restant", ne suffit pas à caractériser l'intention libérale qui procède d'une volonté actuelle de se dépouiller irrévocablement d'un bien ; […] Qu'il échet de constater que ni la preuve d'un acte juridique de donation ni la preuve d'une intention libérale ne sont en l'espèce rapportés concernant le dit terrain dont Madame Ariane H. puisse se prévaloir et qui doit être déboutée de ce chef* ».

[597] **CA Bourges, 28 oct. 2021, n° 20/00759** (nous soulignons).

contrat à titre gratuit, qui serait l'envers du contrat à titre onéreux. C'est pourquoi nous en proposons le soutien dans la section suivante.

198. ***Conclusion de la section I.*** Prenant la donation pour modèle de réflexion du contrat à titre gratuit, les auteurs sont favorables à l'idée d'une notion fondée sur deux critères : matériel et intellectuel. Considérant également, comme le suggère l'article 1107 du Code civil, que la gratuité et l'onérosité sont des qualifications alternatives, le contrat à titre onéreux se doit de suivre cette même dualité de critère. C'est ainsi que se sont développées les thèses dualistes de l'avantage.

Actuellement, deux thèses dualistes sont principalement en présence en doctrine : elles défendent un critère matériel identique, et un critère intellectuel distinct.

Concernant le critère matériel, il est acquis que celui-ci doit être un avantage convenu. Cela signifie qu'il ne peut être légal, comme le devoir de reconnaissance dans la donation, il ne peut être moral, sinon aucun contrat ne serait à titre gratuit, et enfin, il ne peut être extérieur au contrat, c'est-à-dire relever du but contractuel. Certes, l'article 1107 du Code civil n'est pas limpide sur ces points, mais la doctrine unanime invite à respecter cette triple exclusion pour la compréhension de la jurisprudence relative à l'avantage susceptible de constituer une contrepartie.

Concernant le critère intellectuel, les thèses sont divisées sur un point précis. La première estime que, peu importe l'importance de l'avantage, dès lors qu'une intention libérale est exprimée, le contrat est à titre gratuit. Cette thèse est critiquée, notamment, en raison de sa contrariété avec le droit positif qui laisse entendre qu'une donation avec charge équivalente n'est pas une libéralité, et donc est nécessairement à titre onéreux. C'est pourquoi la seconde thèse suggère que l'intention libérale n'imprime un caractère gratuit au contrat qu'en l'absence d'équivalence objective des avantages réciproques. De cette manière, le droit positif est décrit fidèlement.

Ces deux thèses majoritaires en doctrine présentent à notre avis des difficultés qui invitent à les rejeter. Ces difficultés portent principalement sur les prémisses communes des deux thèses en présence, à savoir la nécessité du critère intellectuel.

La première difficulté à relever porte sur le fait de raisonner à partir du régime de la donation avec charge dans son contexte successoral. C'est-à-dire que les auteurs estiment que l'intention libérale est l'élément catégorique du contrat à titre gratuit car la donation avec charge est une libéralité tant qu'il existe un émolument net. Cette thèse est excessive à notre avis car elle explique le régime de la donation avec charge uniquement dans un contexte successoral, et non dans un contexte de fraude aux droits des créanciers. En effet, dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte, la donation avec charge est traitée différemment : elle est un contrat à titre onéreux dès lors que la charge est non dérisoire, quelle que soit l'intention des parties. Compte tenu de cette différence de traitement, il apparaît alors discutable de théoriser le contrat à

titre gratuit à partir d'un de ses traitements jurisprudentiels.

La seconde difficulté porte sur le fait de généraliser l'exigence d'une intention libérale à tout contrat à titre gratuit. Cette généralisation est critiquable car elle postule que tout contrat sans contrepartie est nul en l'absence de preuve d'une intention libérale. Or, cette conclusion est excessive car seuls les contrats emportant un appauvrissement de celui qui s'engage unilatéralement sont nuls en l'absence de preuve d'une intention libérale. En effet, aucun juge n'exige la preuve d'une intention libérale pour considérer un prêt, un mandat ou encore un dépôt valide lorsqu'aucune contrepartie n'est stipulée. Compte tenu de cette différence de régime, il apparaît une fois de plus discutable de théoriser le contrat à titre gratuit à partir d'une de ses manifestations particulières.

En conclusion, compte tenu des difficultés de ces arguments, il nous semble parfaitement envisageable de défendre une thèse moniste, à savoir exclusivement matérielle, de l'avantage, et par voie de conséquence de l'onérosité et de la gratuité. Pour ce faire, nous verrons donc dans la prochaine section que cette thèse présente des avantages sur la compréhension des libéralités avec charge, c'est-à-dire les cas de gratuité subjective, et sur la compréhension de la gratuité intéressée, c'est-à-dire les cas d'onérosité subjective.

SECTION II

LE SOUTIEN DE LA THÈSE MONISTE DE L'AVANTAGE : LA SUFFISANCE DE LA CONDITION MATÉRIELLE

199. ***Une conception objective de l'onérosité et de la gratuité.*** Les différentes théories du contrat à titre gratuit défendues actuellement en doctrine font toutes références au concept de donation et sont construites, dans leur grande majorité, à partir d'elle. Cet état de fait ne surprend guère. Comme le soulignait Josserand, « *on ramène instinctivement le titre gratuit au concept de donation* »[598] car le législateur y invite lui-même. En 1804, en effet, l'article 893 du Code civil précisait « *(qu')on ne pourra disposer de ses biens,* ***à titre gratuit****, que par donation entre vifs ou par testament* »[599] et depuis 2007 celui-ci énonce que « *la libéralité est l'acte par lequel une personne dispose* ***à titre gratuit*** *de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* »[600]. Malgré cette invitation légale, nous devons nous opposer à une telle assimilation car les notions de gratuité et de libéralité ne sont pas synonymes en droit positif.

En faveur du détachement de ces deux concepts, nous pouvons d'ores et déjà invoquer trois différents arguments de principe. Tout d'abord, à Rome, la gratuité était objective[601]. Ensuite, sous l'empire du Code de 1804, d'éminents auteurs ont refusé à l'intention libérale d'être la marque incontestée de la gratuité[602]. Enfin, depuis 2016, certains auteurs refusent de voir dans l'article 1107

---

598 L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II*, *op. cit.*, p. 320, n° 257. En témoigne l'ouvrage des professeurs Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 211, n° 222) qui, lors de l'étude de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, renvoient à l'ouvrage de droit des successions (Ph. Malaurie, Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p. 184 et 185, n° 222).

599 Nous soulignons. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 25 avr. 1967, *Bull. civ.* I, n° 144** ; *Defrénois* 1968, art. n° 29025, A. Breton : « *il résulte du second de ces textes (893 Cciv.) que la donation entre vifs est un acte de disposition à titre gratuit et qu'elle suppose un avantage procuré gratuitement à son bénéficiaire* ». Dans le même sens *V*. not. (littérature abondante) : C. Pérès, Ch. Vernières, *Droit des successions*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 1re éd., 2018, p. 309, n° 392.

600 Nous soulignons.

601 F. Grua, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. préc., p. 19 (cité par G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 178, note 65) ; J. Michel, *Gratuité en droit romain*, *op. cit.*, p. 237, n° 369 : « *en droit romain, c'est toujours du rôle économique qu'il faut partir pour décider si un contrat est gratuit ou onéreux* », p. 239 n° 373 : « *Dans le droit romain de la période classique, l'intention libérale, qui est l'aspect subjectif de la gratuité, ne joue pas de rôle appréciable. La volonté du concédant de gratifier le bénéficiaire du contrat gratuit n'entre pas en ligne de compte ; ce n'est pas un élément constitutif du contrat gratuit, en contre moins un de ses éléments essentiels* ».

602 J. Carbonnier, *Le régime matrimonial : sa nature sous le rapport des notions de société et d'association*, préf. J. Bonnecase, th. Bordeaux, 1932, p. 736 et suiv. : l'auteur défend notamment que l'intention libérale se confond avec le

du Code civil le siège d'une condition subjective des qualifications de contrats à titre gratuit et à titre onéreux[603]. Compte tenu de ces trois arguments, et des critiques que nous avons formulées dans la section précédente à l'égard des thèses dualistes, il nous semble possible de soutenir aujourd'hui une thèse exclusivement matérielle de l'avantage, qui implique une conception objective de la gratuité.

200. ***La proposition d'une conception renouvelée des cas traditionnels de gratuité et d'onérosité subjectives.*** Afin de soutenir la thèse moniste de l'avantage et convaincre de sa pertinence, nous voulons proposer une analyse renouvelée des cas de gratuité et d'onérosité subjectives qui sont invoqués au soutien des thèses dualistes. Pour ce faire, nous proposons de montrer le détachement de ces cas à l'égard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux et la possibilité de les justifier par d'autres notions de manière plus pertinente[604].

À cette fin, nous verrons dans un premier temps le renouvellement de la justification de la gratuité subjective (**§1**), en démontrant, notamment, que le droit des libéralités peut se comprendre indépendamment de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Dans un second temps, nous verrons le renouvellement de la justification de l'onérosité subjective (**§2**), en montrant, notamment, que le régime du contrat à titre onéreux n'est pas toujours spécifique au contrat à titre onéreux. En ce sens, nous verrons que certaines particularités de régimes attribuées à ce contrat ont en réalité pour critère d'application l'existence d'une justification légitime dont la contrepartie convenue est l'illustration la plus courante, n'excluant pas toute forme de gratuité.

---

consentement des parties. C'est pourquoi il estime que « *l'intention libérale est une pure tautologie : c'est l'intention de former le contrat de donation* » (p. 739). Au terme de son exposé l'auteur défend une approche objective qui lui permet de considérer que « *la donation n'est qu'un compartiment très particulariste dans le champ du titre gratuit* » et qu'il faut « *décider que la législation édictée pour ce compartiment ne saurait être appliquée ailleurs* » (p. 748) ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. préc., p. 178, n° 160 : « L'intention libérale, entendue comme élément autonome, n'existe pas ; *il est temps de réagir contre cette "mystique" de l'intention libérale que dénonçait avec éloquence M. Carbonnier* » ; F. Grua, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. préc., n° 31 (cité par Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc., p. 88, note 5) ; M. Planiol, *D.* 1891, 2, 113 (cité par J. Carbonnier, *Le régime matrimonial : sa nature sous le rapport des notions de société et d'association*, th. préc., p. 733) : « *Le caractère gratuit ou onéreux d'un contrat s'apprécie uniquement d'après les relations des parties entre elles ; il dépend de la réciprocité des prestations ou des engagements qu'elles échangent. Si chacune d'elles donne à l'autre quelque chose ou prend envers elle un engagement en retour de ce qu'elle reçoit, l'acte est à titre onéreux ; son résultat est caractéristique et facile à reconnaître. Vérifiez la valeur du patrimoine des deux parties avant et après l'opération : dans les conditions normales, vous devez trouver le même chiffre ou, du moins, les variations qui peuvent être constatées ne doivent pas dépasser les limites d'incertitude que comporte toujours une estimation de ce genre. Si cette réciprocité fait défaut, c'est-à-dire si l'une des parties donne ou fait quelque chose sans rien recevoir en retour, l'acte est à titre gratuit* ».

[603] *V.* not. O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 71 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 218, n° 272.

[604] La pertinence est ici entendue comme le développement d'un critère plus simple à mettre en œuvre et qui est en mesure de représenter plus le fidèlement l'état du droit positif. Sur les critères de pertinence d'une théorie *Rappr.* Fr. Rouvière, « Dualité des droits de jouissance ou unité de l'*intuitus personae* ? », *RTD civ.* 2018, p. 259 (*in fine*).

§1. La thèse moniste de l'avantage à l'épreuve des cas de gratuité subjective

201. ***L'indépendance des libéralités à l'égard de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.*** Les thèses dualistes de l'avantage constitutif d'une contrepartie convenue ont pour origine deux cas particuliers de gratuité subjective : le premier est celui de la donation avec charge, qui est qualifiée de contrat à titre gratuit dans la limite de l'équivalence objective des avantages réciproques[605] (**A**) ; le second est celui de la validité de la donation avec charge dérisoire qui est qualifiée de contrat à titre gratuit (**B**). Dans ces deux cas, nous verrons que l'implication de la qualification de contrat à titre gratuit peut être vue comme excessive car les notions au cœur de ces questions sont spécifiques aux libéralités.

A. La qualification de la donation avec charge : à titre gratuit ou onéreux selon le montant de la charge

202. ***L'origine du problème : l'essence gratuite de la donation avec charge.*** Traditionnellement, il est avancé en doctrine que la gratuité « *est de l'essence de la donation* »[606] et que, par conséquent, elle est un contrat à titre gratuit. Cette caractéristique évidente, inspirée de l'article 893 du Code civil, est au centre des thèses subjectivistes de la gratuité. En effet, comme la donation avec charge est une donation, celle-ci doit recevoir la qualification de contrat à titre gratuit, en dépit de la stipulation d'un avantage réciproque. Voilà donc la première utilité du critère subjectif, c'est de parvenir à expliquer la gratuité de la donation avec charge, alors que celle-ci est, suivant un critère exclusivement matériel, à titre onéreux lorsque la charge n'est pas dérisoire.

203. ***La critique de l'essence gratuite de la donation avec charge.*** À notre avis, il n'est pas nécessaire de qualifier la donation avec charge de contrat à titre gratuit. Certes, cela peut surprendre au regard de l'article 893 du Code civil, mais cela se justifie au regard de la jurisprudence rendue en matière de fraude paulienne et des nullités de la période suspecte[607]. En effet, dans ces contentieux, seul compte le caractère dérisoire ou non de la charge pour déterminer si elle est à titre gratuit ou

---

[605] Pour la critique de la thèse défendant la gratuité invariable de la donation avec charge *V. supra* n° 188 et suiv.

[606] Q. Guiguet-Schiélé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc., p. 90, n° 97 ; Dans le même sens *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 55, n° 94 ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 184, n° 115. *Rappr.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, p. 2, n° 3 et p. 163, n° 144. La réciproque étant « *(qu')il est de l'essence du contrat conclu à titre onéreux que les engagements souscrits par les parties aient une contrepartie* » : C. Dupouey, *Essai sur la notion de contrepartie. Contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrat*, th. préc., p. 166, n° 247.

[607] Concernant le droit de préemption du fermier *V.* les références *supra* n° 108 et *infra* n° 229.

à titre onéreux. « *La Cour de cassation n'exige pas que soit démontrée [une] intention libérale* »[608].

Au-delà de cet argument jurisprudentiel, il nous semble que l'ancien article 1105 du Code civil suggérait la même solution. Selon ce dernier article, le contrat était de bienfaisance lorsqu'une des parties procurait à l'autre « *un avantage* ***purement*** *gratuit* »[609]. Or, peut-on considérer qu'une donation avec charge est l'octroi d'un avantage purement gratuit, c'est-à-dire total ? À notre avis non, en témoigne la jurisprudence relative au rapport et à la réduction du seul émolument net, c'est-à-dire du montant résultant de la déduction de la charge à la donation[610]. Suivant ce contentieux, la donation avec charge n'est que partiellement à titre gratuit.

Au-delà de cet argument de texte, il nous semble enfin qu'il n'y a pas d'apport à considérer que la donation avec charge est un contrat à titre gratuit dans la limite de l'équivalence objective des avantages réciproques. La notion d'émolument net suffit en elle-même à expliquer le régime de la donation avec charge dans un contexte successoral. À notre avis, il convient ici d'abandonner toute référence à la gratuité de la donation avec charge. Cela éviterait cette double appréhension de la gratuité suivant le contexte dans lequel la donation avec charge s'inscrit : subjective dans un contexte successoral, et objective dans le contexte du droit de gage des créanciers.

204. ***La position défendue : l'onérosité de la donation avec charge non dérisoire.*** Selon une doctrine autorisée, la donation avec charge qui ne présente aucun émolument net « *n'est plus qu'à titre onéreux* »[611]. Cette position fermement défendue est motivée par l'idée simple qu'en l'absence d'émolument net il ne saurait y avoir de rapport ou de réduction, et par voie de conséquence de gratuité. Pour le dire autrement, cette solution est forgée à partir du traitement jurisprudentiel de la donation avec charge en matière successorale.

À nos yeux, cette position est critiquable en ce qu'elle est réductrice. Elle ne se fonde que sur le traitement successoral de la donation avec charge, excluant les autres fondements comme la fraude paulienne et les nullités de la période suspecte qui proposent un traitement différent. En conséquence, nous pensons qu'il convient mieux de suivre à la lettre la position de la Cour de cassation qui estime que l'évaluation de l'émolument net d'une donation ne permet que d'apprécier

---

608 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 364, n° 343 : « *S'agissant, ici encore, de préserver le patrimoine du disposant, la Cour de cassation n'exige pas que soit démontrée son intention libérale. Seul l'élément matériel est requis* ».

609 Nous soulignons.

610 À la rigueur, il peut être défendu qu'il y a ici un acte mixte, comme le suggérait Pothier (R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, *op. cit.*, p. 11, n° 12. Dans le même sens actuellement *V.* A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 90, n° 54 : « *De telles opérations constituent des actes mixtes, pour partie onéreux, pour partie gratuits* »), cependant, ce n'est pas la position retenue en matière de fraude aux droits des créanciers et cette solution semble peu compatible avec certains contentieux comme le bail rural. *V. néan.* la référence critiquable à cette thèse sur le terrain de la résolution judiciaire suivant les textes antérieurs à la réforme du droit commun des contrats : **Cass. civ. 1re, 13 janv. 2021, n° 19-15.450, n° 19-18.474**, préc. : « *Ce texte (l'article 953) est l'application, à des actes partiellement gratuits du principe général posé par l'article 1184 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* » (nous soulignons).

611 I. Najjar, *Rép. civ.* Dalloz, Donation, n° 68.

le « *caractère de libéralité* »[612] d'une donation, et non sa gratuité. Cette position nous semble d'autant plus pertinente que seule une libéralité est sujette au rapport ou à la réduction, et non tout contrat à titre gratuit[613].

En conclusion, nous sommes d'avis qu'il faut tempérer l'idée que les donations avec charge sont par essence à titre gratuit, dans la limite de l'équivalence objective des avantages réciproques. Selon nous, il convient mieux de considérer que les libéralités supposent un émolument net, c'est-à-dire une gratuité totale ou partielle, et qu'elles sont des contrats à titre gratuit seulement en l'absence d'une charge non dérisoire[614]. Pour cause, la qualification de contrat à titre gratuit suppose, suivant la formulation de l'ancien article 1105 du Code civil, une gratuité pure, en d'autres termes, une gratuité totale.

B. La validité de la donation avec charge dérisoire : une validité indépendante du titre gratuit

205. ***L'origine du problème : la justification de la validité de la contrepartie convenue dérisoire par la gratuité du contrat.*** L'une des motivations du développement des thèses dualistes de la contrepartie convenue est le courant jurisprudentiel de la validité du contrat présentant une contrepartie convenue dérisoire motivée par une intention libérale[615]. Le raisonnement doctrinal est le suivant : comme l'intention libérale est la marque de la gratuité, et que l'intention libérale permet de déjouer cette nullité, alors, il faut considérer que la nullité pour contrepartie convenue dérisoire est spécifique aux contrats à titre onéreux, comme le laisse entendre la lettre du nouvel article 1169 du Code civil[616]. En d'autres termes, les auteurs estiment que ce contentieux repose sur

---

612 **Cass. civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-16.270**, préc. : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans aucune analyse des charges imposées à M. X… et sans rechercher, comme il lui était demandé, si leur importance n'était pas de nature à faire perdre à l'acte litigieux son caractère de libéralité* ».

613 Nous sommes même tenté par une position encore plus radicale, à savoir que seule la notion d'émolument net importe. Pour cause, apparemment cette notion peut intervenir en matière d'avantage matrimonial à titre onéreux, à savoir la clause de prélèvement moyennant indemnité. En ce sens, *V.* Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc., p. 399, n° 433, l'auteur renvoie vers **Cass. civ. 1re, 19 nov. 1991, n° 90-14.216** ; *D.* 1992, p. 224, note M. Grimaldi. Cependant, la position ne semble pas totalement certaine au regard de cet arrêt, c'est pourquoi nous limitons notre position de principe aux libéralités.

614 Dans le même sens d'un point de vue général *V.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 185, n° 287 : « *une contrepartie dérisoire ne fait ainsi pas obstacle à la qualification d'acte gratuit, seule la contrepartie réelle et sérieuse faisant basculer l'acte vers le titre onéreux* ».

615 La position est ancienne et inchangée depuis un arrêt fondateur : **Cass. req., 3 déc. 1912** ; *DP* 1913. 1. 175 ; *S* 1914. 1. 388. Pour une critique de la position doctrinale antérieure sur ce point *V. not.* M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Donations et testaments*, T. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, Paris, LGDJ, 2e éd., 1957, p. 550 à 552, n° 425 bis.

616 J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 37, n° 32, note 96 ; F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 296, n° 277. Dans le même sens antérieurement à la réforme du droit commun des contrats *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 240, n° 394.

la distinction des contrats à titre onéreux et à titre gratuit en ce que, les premiers sont nuls et les seconds sont valides, car l'intention libérale rend inapplicable le régime des contrats à titre onéreux[617]. Voilà la seconde utilité du critère subjectif, c'est de parvenir à expliquer la validité de la donation avec charge dérisoire.

Nous sommes d'avis qu'il y a une fois de plus une référence excessive à la qualification de contrat à titre gratuit, et que suffit celle de libéralité. Afin de convaincre de cet excès, nous verrons dans un premier temps les limites de l'explication de la validité de la donation avec charge dérisoire fondée sur la gratuité du contrat (**1**). Puis, dans un second temps, nous proposerons une explication fondée sur les notions d'appauvrissement et d'intention libérale, c'est-à-dire les conditions jurisprudentielles de la notion de libéralité (**2**).

1. Les limites de la justification tirée de la gratuité subjective de la donation avec charge dérisoire

206. ***Le constat de la double gratuité de la donation avec charge dérisoire.*** À notre avis, la validité de la donation avec charge dérisoire ne peut être expliquée par sa gratuité car, dans le cas contraire, cela signifierait que tout contrat sans contrepartie serait à titre onéreux en l'absence de preuve d'une intention libérale. Or ce n'est pas la position de la Cour de cassation. Pour bien le comprendre, il convient de rappeler deux choses.

Premièrement, « *c'est parce qu'elle* ***équivaut à une absence totale de contrepartie****, et non parce qu'elle est trop faible et entraîne un déséquilibre économique au sein du contrat,* ***que la contrepartie dérisoire justifie l'annulation du contrat*** »[618]. En d'autres termes, cela signifie que le contrat qui ne présente aucune contrepartie convenue, c'est-à-dire qui est matériellement gratuit, est traité de la même manière que celui qui a une contrepartie convenue dérisoire. Pour cause, le quasiment absent est assimilé à l'absent. Cette première remarque permet de comprendre qu'un contrat qui présente une contrepartie convenue dérisoire est équivalent à un contrat qui ne présente aucune contrepartie convenue, c'est-à-dire qu'il n'est pas matériellement un contrat à titre onéreux. Dès lors, quand les auteurs estiment qu'un contrat présentant une contrepartie convenue dérisoire est à titre onéreux[619],

---

[617] Les auteurs parlent d'inapplicabilité nécessaire ou encore d'incompatibilité de la nullité en présence d'une contrepartie convenue dérisoire motivée par une intention libérale : R. Savatier, note sous Cass. civ. 1re, 16 juill. 1959, *Bull. civ.* I, n° 360, *D.* 1960, p. 185 ; A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 90, n° 54.

[618] P. Chauvin, Cl. Creton, *D.* 2007, p. 2327, chron., obs. sous Cass. civ. 1re, 31 mai 2007, *Bull. civ.* I, n° 211, n° 05-21.316 (les auteurs sont conseillers référendaires à la Cour de cassation) (nous soulignons). Sur l'ensemble de la question du dérisoire *V. infra* n° 390 et suiv.

[619] En ce sens, *V.* not. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 37, n° 32, note 96 : « *À lui seul, l'élément matériel est insuffisant. Faute d'intention libérale le contrat sera nul sur le terrain de la contrepartie illusoire ou dérisoire. L'intention libérale doit donc être caractérisée, c'est-à-dire, rapportée par les parties. Le contrat sera toujours présumé onéreux* ».

cela induit qu'ils postulent qu'un contrat sans contrepartie convenue est également à titre onéreux. Et réciproquement, ces auteurs estiment que seule la preuve d'une intention libérale permet d'emporter la qualification de contrat à titre gratuit. Ce qui nous paraît discutable, et nous amène à notre second rappel.

Deuxièmement, il convient de rappeler qu'il n'est pas nécessaire de démontrer une intention libérale pour considérer qu'un contrat de service est à titre gratuit. Que ce soit pour le prêt, le mandat ou encore le dépôt, la gratuité est acquise sans une telle preuve. Seul le contenu matériel importe. Dès lors, l'affirmation précédente selon laquelle en l'absence d'une intention libérale le contrat est à titre onéreux apparaît doublement excessive. Seul le contrat manifestant le contenu matériel d'une donation, c'est-à-dire un appauvrissement, doit être motivé par une intention libérale pour être valide. Voilà le point noueux de la thèse défendue en doctrine : il y a chez les auteurs un rapprochement excessif entre la qualification de contrat à titre gratuit et la validité du contrat motivé par une intention libérale.

Par conséquent, compte tenu du fait que l'intention libérale n'est pas le critère de la gratuité, mais celui de la libéralité, nous proposons de suivre l'analyse du professeur Cattalano-Cloarec selon laquelle la présence « *(d')une contrepartie dérisoire, prive l'engagement de toute cause objective et encourt la requalification en acte* ***à titre gratuit*** »[620].

207. ***La position défendue : une présomption d'erreur pour appauvrissement.*** Toute la difficulté de la question qui nous intéresse est de parvenir à expliquer deux choses : premièrement, pourquoi l'intention libérale permet d'emporter la validité du contrat présentant une contrepartie convenue dérisoire ; deuxièmement, pourquoi les contrats de service gratuit sont en principe valides sans avoir à démontrer l'existence d'une intention libérale. Pour parvenir à expliquer ces deux points, il est nécessaire de se positionner sur la nullité évoquée à l'article 1169 du Code civil selon lequel le contrat à titre onéreux présentant une contrepartie convenue dérisoire est nul.

À notre avis, cette nullité est une présomption d'erreur pour appauvrissement qui peut être déjouée par la preuve d'une intention libérale. Nous proposons d'étudier cette explication dans les développements suivants.

[620] G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 184, n° 287 (nous soulignons). *Rappr.* N. Péterka, *Les dons manuels*, th. préc., p. 30, n° 38 : « *l'acte juridique est […]* nul en tant qu'acte à titre gratuit » (italiques dans le texte).

2. La proposition d'une justification tirée de la seule intention libérale

208. ***L'intention libérale permet de déjouer une présomption d'erreur[621].*** La nullité pour contrepartie convenue dérisoire est admise uniquement pour les contrats matérialisant un appauvrissement à titre gratuit et dans lesquels aucune intention libérale ne peut être décelée. Cette précision du domaine d'intervention de la nullité est importante car elle permet de comprendre que l'intention libérale est la seule justification de la validité de la donation avec charge dérisoire[622]. Également, cette précision est importante car elle permet d'identifier le fondement de la nullité du contrat à titre gratuit emportant un appauvrissement. Selon nous, ce fondement n'est rien d'autre que l'existence d'une présomption d'erreur dont serait victime l'appauvri. Pour le confirmer, il convient de revenir à la définition de l'intention libérale.

209. ***La notion d'intention libérale.*** Selon différents auteurs, l'intention libérale doit être rapprochée du consentement en ce qu'elle n'est que la confirmation de l'élément matériel de l'engagement contractuel[623]. En ce sens, le professeur Méau-Lautour estime que « *l'élément intentionnel se contente de colorer l'élément matériel* »[624]. La même position se dégage de la définition de l'intention libérale retenue par le professeur Grimaldi. Selon ce dernier, l'intention libérale est « *la volonté et la conscience de s'appauvrir au bénéfice d'autrui* »[625]. Autrement dit, l'intention libérale est le témoignage du contenu matériel du contrat. Compte tenu de cette dimension confirmative de l'intention libérale, et de la nature d'ores et déjà gratuite de l'acte, nous sommes alors d'avis que l'explication de la nullité pour contrepartie convenue dérisoire ne peut être décelée que dans une présomption d'erreur de l'appauvri[626].

---

621 Pour une présentation plus approfondie et complète de notre position *V. infra* n° 284 et suiv.

622 Il convient de rappeler que lorsque la donation est solennelle, l'intention libérale est présumée contrairement à la donation indirecte ou déguisée dans laquelle elle doit être prouvée. C'est pourquoi, la donation solennelle avec charge dérisoire a toujours été considérée valide.

623 *Contra* F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 241 et suiv. n° 218 et suiv. ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 219 et suiv., n° 136 et suiv. ; Ch. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, th. dactyl, Paris II, 2012, p. 205 et 206, n° 216 (et les références associées).

624 H. Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, th. préc., p. 58, n° 63. Dans le même sens *V.* Fr. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, th. dactyl, Paris II, 1987, p. 32, n° 22. Dans le même sens mais parvenant à une conclusion différente *V.* J. Carbonnier, *Le régime matrimonial : sa nature sous le rapport des notions de société et d'association*, préf. J. Bonnecase, th. Bordeaux, 1932, p. 736 et suiv. ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. préc., p. 178, n° 160.

625 M. Grimaldi, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, p. 14, n° 1006.

626 Sur ce point nous nous détachons de la position doctrinale favorable au rapprochement de l'intention libérale au consentement en ce que cette intention n'est pas le consentement lui-même (pour une critique approfondie de cette question *V.* Ch. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, th. préc., p. 205 et 206, n° 216). Également sur ce point, nous nous rapprochons de la position doctrinale favorable à l'autonomie de l'intention libérale à l'égard du consentement, en ce que cette intention « *vient conforter l'élément matériel* » (Ch. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, th. préc., p. 206, n° 216). Cependant, notre position est tout de même distincte de cette dernière en ce que l'intention libérale n'est pas la confirmation du « *rattachement au titre gratuit* » (Ch. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, th. préc., p. 206, n° 216) de l'acte, mais le moyen de déjouer cette présomption d'erreur.

L'idée est la suivante. Étant donné que s'appauvrir au profit d'autrui sans contrepartie est contraire à l'intérêt de principe de toute personne[627], le droit objectif déduit naturellement l'existence d'une volonté de ne pas s'appauvrir. Par conséquent, le fait de s'appauvrir par contrat au bénéfice d'autrui ouvre droit à une action en nullité pour erreur, et cette nullité peut être déjouée par la preuve d'une intention libérale[628]. Pour cause, en rapportant la preuve d'une intention libérale on démontre qu'il y a eu la volonté, la conscience de s'appauvrir. En d'autres termes, la preuve que la personne n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a consenti au contrat l'appauvrissant[629].

210. ***L'indépendance de la nullité à l'égard de la qualification de contrat à titre gratuit.*** En conclusion, nous sommes d'avis que la validité de la donation avec charge dérisoire ne peut être justifiée par sa gratuité. Cette solution est critiquable car elle suppose que tout contrat à titre gratuit soit motivé par une intention libérale ; or, en principe, les contrats de service gratuit, qui n'emportent pas d'appauvrissement, ne nécessitent pas la preuve d'une telle intention. C'est pourquoi nous proposons une explication différente fondée sur une présomption d'erreur pour appauvrissement. Cette solution se dégage du double constat que la nullité pour contrepartie convenue dérisoire suppose un appauvrissement et que celle-ci est déjouée par l'intention libérale, qui n'est rien d'autre que la confirmation du souhait unilatéral de s'appauvrir. En d'autres termes, il nous semble que le contentieux de la nullité pour contrepartie convenue dérisoire est en lien avec la notion de libéralité, plus précisément encore avec les notions d'appauvrissement[630] et d'intention libérale, et non avec celle de contrat à titre gratuit.

---

627 Ce que confirme l'existence de la notion d'enrichissement injustifié dont les implications dépassent largement le domaine du quasi-contrat. *Rappr.* **Cass. com., 6 janv. 2021, n° 19-15.299** : « *La sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé n'est pas valide dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle est contraire à l'intérêt social* » (nous soulignons).

628 Tout comme sur le fondement quasi-contractuel de l'enrichissement injustifié. En ce sens, *V.* Cciv., art. 1303-1. Nous rappelons qu'en matière de libéralités solennelles, l'intention libérale est présumée, raison pour laquelle la nullité n'inquiète pas la donation solennelle avec charge dérisoire. Également, cette présomption d'intention libérale est la raison pour laquelle il y a un régime spécifique des libéralités dans la loi (qui ne concerne donc que les libéralités solennelles).

629 Preuve qui peut certainement être rapportée indirectement par l'existence d'un motif déterminant. Si celui-ci était recherché, la personne avait certainement conscience de s'appauvrir. C'est pourquoi en l'absence de tout motif déterminant manifeste, la nullité sera prononcée. En ce sens, sur l'ancien fondement de la cause de l'obligation *V.* not. **Cass. com., 23 oct. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 190, n° 11-23.376** ; *RTD civ.* 2012, p. 112, obs. B. Fages ; *Gaz. pal.* 2013, n° 024, obs. D. Houtcieff, n° 357, p. 21, obs. B. Dondero ; *BJS* 2013, n° 02, p. 108, note N. Ferrier ; *D.* 2013, p. 686, note D. Mazeaud, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *Rev. soc.* 2013, p. 160, note A. Raygrobellet ; *Dr et patr.* 2013, n° 226, p. 66, note L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck. Sur la parenté de l'absence de cause et de l'erreur *V. infra* n° 311 et suiv.

630 Et non de tout avantage, comme il peut être proposé par différents auteurs. En ce sens, *V.* not. F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 220 et suiv., n° 200 et suiv.

§2. La thèse moniste de l'avantage à l'épreuve des cas d'onérosité subjective

211. ***La notion d'onérosité subjective ou de gratuité intéressée.*** Les thèses dualistes de l'avantage, susceptible d'être qualifié de contrepartie convenue, invoquent à leur soutien l'existence de cas d'onérosité subjective, occasionnellement identifiés comme des cas de fausse gratuité. Ces cas sont ainsi appelés car ils reposent sur un critère exclusivement intellectuel d'onérosité : en apparence il est question de contrats à titre gratuit, car aucune contrepartie n'est convenue, mais en vérité ils sont à titre onéreux car ils ne sont pas motivés par l'intention caractéristique des contrats à titre gratuit.

Le cas le plus flagrant est celui des cadeaux faits aux consommateurs. Selon « *la majorité de la doctrine civiliste* »[631], il convient de refuser à ces contrats toute nature gratuite et de leur reconnaître « *la nature onéreuse* »[632] car la gratuité y est intéressée. En effet, celui qui s'engage ne le fait pas dans l'intérêt de son cocontractant, mais dans le sien. La conséquence de cette fausse gratuité est double pour les auteurs, d'un côté, ces contrats ne sont pas soumis au régime des libéralités, étant le modèle des contrats à titre gratuit. Et d'un autre côté ces contrats sont soumis au régime de l'onérosité, car celui-ci s'oppose à celui de la gratuité.

À notre avis, ces cas particuliers d'onérosité subjective, favorables aux thèses dualistes de la gratuité et de l'avantage, doivent être relativisés. Il y a, une fois de plus, des références excessives à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux qui desservent le propos et tendent à l'obscurcir. Nous proposons donc de montrer ces excès, qui se manifestent à deux égards, et de leurs substituer des justifications indépendantes de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux qui ont l'avantage d'être plus simples et plus représentatives de l'état du droit positif.

212. ***La dimension spéciale des libéralités à l'égard du titre gratuit.*** Le premier excès de référence à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux que nous allons contester réside dans l'assimilation de la gratuité aux libéralités. En effet, dans certains cas d'onérosité subjective, il est retenu la qualification de contrat à titre onéreux pour seulement permettre l'exclusion du régime des libéralités. Or cela est excessif car les libéralités n'épuisent pas la qualification de contrat à titre gratuit. Nous verrons que cette position se dégage indirectement des propos des auteurs et qu'elle pourrait permettre de justifier diverses solutions jurisprudentielles qui sont contestées en doctrine (**A**).

631 J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 537, note 152.

632 C. Goyet, « La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal », art. préc., spéc. p. 39, n° 8.

213. ***La dimension générale de certaines règles des contrats à titre onéreux.*** Le second excès de référence à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux que nous voulons contester réside cette fois dans l'appréhension limitative de la qualification de contrat à titre onéreux. C'est-à-dire que dans certains textes, la référence à la qualification de contrat à titre onéreux est vue comme restrictive, en d'autres termes, comme exclusive de la qualification de contrat à titre gratuit. Or, ces références légales sont en vérité descriptives en jurisprudence, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas exclusives de la qualification de contrat à titre gratuit.

En résumé, nous sommes d'avis qu'il existe des situations où la référence à la qualification de contrat à titre onéreux n'est pas totalement alternative de celle de contrat à titre gratuit. Nous verrons que cette compréhension des cas d'onérosité subjective permet d'expliquer pourquoi ces cas existent et de possiblement justifier certains excès jurisprudentiels contestés en doctrine dans ces domaines (**B**).

A. La gratuité intéressée non soumise au régime des libéralités : un contrat à titre gratuit non libéral

214. ***L'origine du problème : l'assimilation de la gratuité aux libéralités.*** Traditionnellement, le contrat à titre gratuit est vu comme relevant exclusivement de la vie civile, « *rest(ant) en dehors du droit commercial* », et plus généralement de la vie des affaires qui impliquent « *une idée d'échange et de spéculation qui n'est guère compatible avec la nature des actes à titre gratuit* »[633]. Dans ce domaine décrit comme le « *lac glacé des intérêts égoïstes* »[634], la gratuité ne saurait donc s'épanouir.

La conséquence de cette position est que malgré l'absence d'une contrepartie convenue l'acte juridique qui se manifeste en dehors de la vie civile doit se voir associer la qualification de contrat à titre onéreux. Par exemple, tel est le cas des cadeaux faits aux consommateurs dans lesquels il y a indéniablement une gratuité matérielle mais l'absence de toute gratuité intellectuelle. Selon les auteurs il faudrait même aller plus loin et considérer qu'il y a dans ces cas une onérosité du fait d'une intention onéreuse exclusive de toute intention libérale[635]. Cette intention serait déductible du fait que le coût de la gratuité est finalement « *supporté par la clientèle* »[636] via « *une hausse des prix des*

633 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 119, n° 102.

634 Y. Guyon, *Droit des affaires. Tome 1. Droit commercial général et sociétés*, *op. cit.*, p. 52, n° 56.

635 « *Quand on fait des affaires, on n'a pas d'intention libérale* » : Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 572, n° 635.

636 S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 256, n° 423.

biens ou des prestations »[637]. En d'autres termes, les auteurs considèrent que le professionnel qui ne supporte pas le poids de la gratuité agit à titre onéreux.

Dans le même ordre d'idée, la remise de dette sans contrepartie convenue, qui s'inscrit dans un contexte d'insolvabilité, doit, toujours selon la doctrine, être « *rattachée à la catégorie des remises à titre onéreux* ». Pour cause, celle-ci est réalisée dans un but « *purement stratégique* », et non afin « *de gratifier* »[638] le débiteur. La conséquence de ce rattachement de la remise-intéressée à la qualification des contrats à titre onéreux est de parvenir à l'exclusion du régime des libéralités. En effet, seulement « *lorsqu'elle constitue une donation indirecte, la remise de dette sera donc susceptible de révocation unilatérale […]. Dans toutes les autres hypothèses, la décharge ne pourra être révoquée que par le* contrarius dissensus *à l'instar de toute convention* »[639]. Dans la même veine, il ne saurait être admis l'application du régime des libéralités aux cadeaux faits aux consommateurs, ou encore à la gratification accordée par l'employeur à son salarié.

On perçoit par ces cas l'utilité de l'intention onéreuse à laquelle est associée la qualification de contrat à titre onéreux. L'objectif est de permettre l'exclusion de la qualification de contrat à titre gratuit et par voie de conséquence, d'emporter l'inapplication du régime des libéralités.

215. ***La critique de l'assimilation de la gratuité aux libéralités.*** À notre avis, il y a dans ces cas d'onérosité subjective un recours excessif à la qualification de contrat à titre onéreux. Celui-ci a seulement pour but d'exclure la qualification de libéralité et son régime et non d'identifier un cas d'onérosité.

Compte tenu de cela, il nous semble plus juste de retenir la qualification de contrat à titre gratuit non libéral[640] plutôt que celle de contrat à titre onéreux. De cette manière, la distinction du titre gratuit et du titre onéreux serait recentrée sur son critère matériel et cela éviterait le dévoiement incontrôlable de la qualification de contrat à titre onéreux qui perd toute rigueur. En effet, les cas d'onérosité subjective ne reposent que sur un critère intellectuel négatif, à savoir l'absence d'intention libérale, dont la définition positive est des plus incertaine.

À titre de confirmation de l'utilité de notre position nous proposons d'approfondir le cas des

---

637 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 238, n° 217, note 1153. *Rappr.* G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 302, n° 480. L'argument nous semble critiquable en ce qu'une activité promotionnelle ponctuelle peut ne pas donner lieu à une hausse des tarifs tout comme l'offre d'un service inédit. L'idée est pour le professionnel d'espérer compenser l'augmentation de ses dépenses par l'augmentation du nombre d'opérations économiques. Pour une illustration chiffrée de cette balance économique *V.* **Cass. crim., 21 nov. 1989, *Bull. crim.,* n° 432, n° 88-85.358**, préc. ; *RTD com.* 1990, p. 448, obs. B. Bouloc et p. 516, obs. P. Bouzat.

638 N. Picod, *La remise de dette*, th. préc., p. 114, n° 142. Dans le même sens *V.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc. p. 238, n° 217.

639 N. Picod, *La remise de dette*, th. préc., p. 126, n° 155.

640 Plutôt que celle de contrat à titre gratuit intéressé qui ne regroupe pas tous les cas de gratuité non libérale, comme les avantages matrimoniaux, que nous allons développer ultérieurement.

avantages matrimoniaux qui a l'originalité intéressante de ne pas s'inscrire pas dans le domaine des affaires.

216. ***Le cas des avantages matrimoniaux : présentation de la notion d'avantage matrimonial.*** L'avantage matrimonial est un « *profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial pour un époux* »[641]. Il en existe différentes sortes. Les exemples les plus courants sont, tout d'abord, la clause de préciput, qui est la faculté de prélever un bien dans la communauté sans avoir à l'indemniser, ensuite, la clause de partage inégal de la communauté, qui peut aller jusqu'à son attribution totale, et enfin, la clause commerciale, qui est la faculté de prélever un bien moyennant indemnité. L'originalité de l'avantage matrimonial est d'être exclu de la famille des libéralités par détermination de la loi. En ce sens, l'article 1516 du Code civil dispose que « *le préciput* ***n'est point regardé comme une donation****, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés* »[642], de même, l'article 1525 dispose que « *la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale* ***ne sont point réputées des donations****, ni quant au fond, ni quant à la forme, mais simplement des conventions de mariage et entre associés* »[643], enfin, l'article 1527 dispose que « *les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes,* ***ne sont point regardés comme des donations*** »[644].

Cette exclusion légale des avantages matrimoniaux de la famille des libéralités est à l'origine d'un important débat doctrinal sur leur nature. Plusieurs thèses ont été émises, encore récemment[645], pour expliquer cette exclusion. En tout état de cause, actuellement « *l'idée domine* »[646] que les avantages matrimoniaux font l'objet d'une « *présomption irréfragable d'onérosité* »[647], peu importe qu'ils soient motivés par une intention libérale, ou qu'ils aient, ou non, une contrepartie. La justification de cette position est simple : n'étant pas des libéralités pour le législateur, les avantages matrimoniaux ne peuvent être qu'à titre onéreux pour la doctrine.

Cette affirmation est toutefois tempérée par le fait que la qualification de libéralité, ou de contrat

---

641 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V*. Matrimonial (avantage).

642 Nous soulignons.

643 Nous soulignons.

644 Nous soulignons.

645 Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, préf. M. Nicod, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2015.

646 Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc., p. 20, n° 17.

647 I. Dauriac, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », *in Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, I. Dauriac, C. Grare-Didier, S. Gaudemet (dir.), Paris, Dalloz, 2010, p. 25, spéc. p. 32. Il existe d'autres thèses, plus marginales, pour une présentation *V*. B. Vareille, *Rép. civ.* Dalloz, Avantage matrimonial, n° 50 et suiv. ; Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc.

à titre gratuit, doit être admise en présence d'enfants d'un premier lit. À cette occasion, en effet, ces derniers bénéficient de l'action en retranchement, organisée à l'article 1527, alinéa 2[d], du Code civil. Cette action permet aux héritiers d'obtenir une compensation en argent pour tout empiètement de l'avantage matrimonial sur la réserve, à la manière de l'action en réduction des libéralités. Ce changement de régime, et par voie de conséquence de qualification permet de décrire le régime des avantages matrimoniaux, mais cela ne va pas sans créer un certain malaise en doctrine[648].

217. ***Le cas des avantages matrimoniaux : une manifestation de l'excès d'assimilation de la gratuité aux libéralités.*** Ce cas des avantages matrimoniaux manifeste à notre avis l'indéniable excès d'assimilation doctrinale de la gratuité aux libéralités et son effet néfaste sur la compréhension de la matière.

À bien y regarder, la notion d'avantage matrimonial ne gagne rien à être qualifiée d'onéreuse en présence d'enfants communs. Il s'agit ni plus ni moins d'une libéralité matrimoniale, si l'on nous permet l'expression, qui peut être à titre gratuit, comme le préciput, ou à titre onéreux, comme la clause commerciale[649], et dont la présence d'enfants d'un premier lit ouvre droit à une action autonome en réduction en valeur. C'est une forme particulière d'organisation patrimoniale qui se distingue des libéralités successorales en ce que celle-ci est un effet du régime matrimonial.

Cette nature particulière des avantages matrimoniaux emporte un régime spécifique, à savoir que les avantages matrimoniaux ne sont pas inquiétés par la réserve en présence d'enfants communs. Cette situation n'a rien de surprenant, car si les droits des héritiers réservataires sont déjoués lors de la dissolution du mariage, ce n'est qu'à titre temporaire ; leurs droits se concrétiseront au jour de l'ouverture de la succession de l'époux survivant. L'avantage matrimonial n'a donc rien de particulier qui justifie de lui reconnaître une onérosité par nature.

Compte tenu de cette absence d'intérêt d'une qualification onéreuse pour l'avantage matrimonial, il nous semble que notre droit devrait l'abandonner et promouvoir la qualification de libéralité matrimoniale[650]. Cette solution permettrait de dépasser cet artifice doctrinal consistant à voir dans

---

[648] B. Beignier, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », *in Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2010, p. 33, spéc. p. 43 : « *le législateur emprunte le procédé au droit des libéralités, mais il ne s'agit pas de réduire une libéralité, mais bien un avantage matrimonial* ».

[649] Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc., p. 20, n° 16.

[650] Voire la qualification de succession anomale.

l'avantage matrimonial un contrat à titre onéreux[651] et de simplifier la matière[652]. Au mieux, en effet, la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux en matière d'avantage matrimonial ne permet que de décrire la différence qui existe entre le préciput et la clause commerciale.

218. ***La position défendue : les libéralités sont un domaine spécial.*** À notre avis, il faut abandonner la conviction générale selon laquelle la gratuité suppose la qualification de libéralité car cela invite les auteurs et les juridictions à exploiter la qualification de contrat à titre onéreux là où elle n'est pas nécessaire. Le cas des avantages matrimoniaux est manifeste sur ce point, ils peuvent être aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux, et le seul point important est de savoir s'il y a une concurrence entre le conjoint survivant et des enfants d'un premier lit[653]. À cet égard, il serait à notre avis plus intéressant de distinguer les libéralités matrimoniales des libéralités successorales.

Plus généralement nous pensons qu'une terminologie spéciale devrait être développée pour les cas des remises de dette, des cadeaux aux consommateurs, des gratifications libérales en droit du travail ou encore des fondations de messes[654]. À savoir, celle de gratuité non libérale.

219. ***Le critère des libéralités.*** Compte tenu de la réduction du champ des libéralités à la faveur de la qualification de contrat à titre gratuit non libéral, il apparaît la difficulté de savoir à partir de quand la qualification de libéralité peut être admise. Sans prétendre résoudre cette question, il nous semble possible tout de même possible d'identifier deux éléments comme pouvant aider à approfondir cette question. Le premier est le rapport existant entre les parties et le second est le caractère exceptionnel de l'appauvrissement.

---

651 En raison de cela M. Guiguet-Schielé propose le développement de la notion de fiction disqualificative consistant à voir dans l'avantage matrimonial un contenu similaire à celui d'une libéralité mais auquel le droit refuse, pour des raisons qui lui sont propres, la qualification de libéralité (Q. Guiguet-Schielé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc.).

652 D'autant plus que libéralités successorales ne sont pas nécessairement à titre gratuit. Sur ce point *V. supra* n° 203 et suiv.

653 Outre les conséquences à l'occasion d'un divorce. Nous n'approfondirons pas cette question qui est étrangère notre propos.

654 René Cassin a démontré dans son cours de droit civil approfondi et comparé que la requalification en contrat à titre onéreux des fondations de messes dans la jurisprudence du XIXe siècle n'avait d'autre objectif que de les faire échapper à l'autorisation administrative posée à l'article 910 du Code civil (R. Cassin, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, *op. cit.*, p. 36). En d'autres termes, la requalification n'était pas guidée par l'onérosité de l'acte, mais par son absence de nature libérale. Au regard d'arrêts plus récents cette même idée pourrait être défendue, notamment en ce qui concerne la prise en compte (**Cass. civ. 1re, 1er mars 1988, *Bull. civ.* I, n° 52, n° 86-13.158** ; *RTD com.* 1988, p. 464, obs. E. Alfandari et A. Jeantin ; *JCP* 1988, II, 21373, obs. M. Behar-Touchais ; *Defrénois* 1988, art. 34373, obs. J. Honorat : le but était de déjouer l'interdiction de consentir une donation déguisée à une association non reconnue d'utilité publique et incapable de recevoir à titre gratuit) ou le rejet (**Cass. com., 5 oct. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 178, n° 03-15.709**, préc.) d'une contrepartie morale ou indirecte. Dans ces arrêts, l'objectif était également de déjouer les règles particulières et contraignantes des libéralités. Dès lors, à la suite de M. Delesalle (G. Delesalle, *Les apports aux associations*, Paris, Jouve, 1944, p. 33, n° 28 (cité par J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, th. préc., p. 164, note 854)), il convient d'éventuellement considérer que l'apport à une association est un contrat à titre gratuit qui n'est pas une libéralité. En effet, nul ne songe à admettre la révocation d'un apport pour survenance d'enfant ou pour ingratitude.

Concernant le rapport entre les parties, l'article 918 du Code civil est une première source d'inspiration. Celui-ci met en place une présomption irréfragable de libéralité[655] lorsqu'un propriétaire cède un bien « *soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe* ». Si ce texte est occasionnellement critiqué et fait l'objet d'une application stricte par la Cour de cassation, celui-ci invite tout de même à découvrir le domaine des libéralités dans les rapports entre les parties[656]. Dans le même sens, il convient de s'inspirer de la position doctrinale majoritairement défavorable à la qualification de libéralité pour les cadeaux faits aux consommateurs. Le rapport professionnel/consommateur est de nature à exclure immédiatement la qualification de libéralité, que l'acte soit à titre gratuit ou à titre onéreux.

Concernant la dimension exceptionnelle de l'appauvrissement, il nous semble là qu'il convient de suivre la position progressivement élaborée par la Cour de cassation à l'égard des usages. Selon la haute juridiction, avec le soutien de la législation[657], les présents d'usage ne sont pas des libéralités[658], à moins d'être excessifs au regard des facultés de l'appauvri[659]. Ainsi, il transparaît une idée de liberté ou de spontanéité à laquelle les libéralités s'opposent.

220. ***L'existence de gratuités spéciales.*** En définitive, il nous semble que notre droit ne connaît qu'une seule distinction du titre gratuit et du titre onéreux, et que celle-ci est fondée sur un critère matériel, à savoir l'existence d'une contrepartie convenue. Toutefois, notre droit reconnaît l'existence de gratuités spéciales qui se distinguent par leurs finalités éventuellement encadrées par notre droit. Ainsi, il existe la gratuité libérale qui concerne le droit successoral, mais également la gratuité commerciale, qui intéresse les rapports de professionnel à consommateur, par ailleurs, il y a la gratuité salariale, relative aux rapports entre l'employeur et le salarié[660], également, il y a la

---

655 Et non de gratuité, comme le suggèrent le Code civil des éditions LexisNexis et différents auteurs (*V.* not. Th. Douville, « Échange avec soulte transformée en rente viagère et présomption de gratuité », *D. Actualité*, 22 oct. 2013, obs. sous Cass. civ. 1re, 25 sept. 2013, *Bull. civ.* I, n° 190, n° 12-20.541 ; plus récemment *V.* M. Grimaldi, « La double présomption irréfragable de l'article 918 du code civil, qui répute donation préciputaire la vente avec réserve d'usufruit consentie à un descendant, peut être écartée par le consentement tacite des héritiers réservataires », *RTD civ.* 2022, p. 443, note sous Cass. civ. 1re, 26 janv. 2022, *Bull. civ.* I, n° 20-14.155 (*in limine*)). En faveur de l'idée d'une présomption de libéralité et non de gratuité *V.* not. F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 184, n° 164.

656 L'idée pourrait être d'assurer la plus grande égalité des héritiers entre eux. Ce qui expliquerait notamment certaines règles du droit des successions comme la révocation pour survenance d'enfant ou le rapport.

657 Ces biens ne sont pas rapportables par principe (Cciv., art. 852, al. 1er) et sont exemptés des droits de mutation à titre gratuit (doc. Adm. DGI 7 G-3162, §2, 20 déc. 1996).

658 La jurisprudence refuse l'application aux présents d'usage de la révocabilité des donations faites entre époux (**Cass. civ. 1re, 19 déc. 1979, *Bull. civ.* I, n° 331, n° 78-13.346** ; *D.* 1981, p. 339, note C.-I. Foulon-Piganiol), de la révocation pour cause d'ingratitude (**Cass. req., 10 déc. 1906** ; *S.* 1909, 1, p. 574). Dans les faits, il nous semble qu'ils ne sont pas intéressés par la réunion fictive des biens pour déterminer la masse successorale, le contraire serait très préjudiciable, en plus d'être peu praticable. Pour un avis favorable à l'égard de cette exclusion *V.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 309, note 1444.

659 À l'image de l'assurance-vie. Sur ce point *V. infra* n° 451.

660 Cette gratuité se manifeste à plusieurs égards, notamment au sujet des gratifications qui sont qualifiées de libérales : G. Auzero, D. Baugard, É. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1242 et 1243, n° 991.

gratuité humanitaire, qui consiste à aider une personne étrangère à circuler ou à séjourner irrégulièrement sur le territoire français[661]. Bref, il nous semble que le contrat à titre gratuit est une réalité matérielle unique mais que celui-ci se diversifie par les motifs qui en sont à l'origine et le contexte dans lequel il s'inscrit.

En somme, nous estimons qu'il existe des contrats à titre gratuit spéciaux. La position peut surprendre, toutefois, celle-ci n'est pas totalement inédite en doctrine[662] et surtout elle fait écho au contrat à titre onéreux. De nos jours il existe de multiples législations dont le domaine d'intervention est relatif à une contrepartie convenue spéciale, manifestant l'existence de contrats à titre onéreux spéciaux. L'exemple le plus flagrant est celui des droits de préemption de l'indivisaire et du fermier-preneur. Ces droits ne peuvent s'exercer que dans le cas d'une onérosité particulière, à savoir celle qui présente un prix. L'idée étant que le bénéficiaire du droit de préemption doit pouvoir accorder la contrepartie initialement promise au vendeur du bien objet de la préemption[663]. Dans le même ordre d'idée, il peut être évoqué les pouvoirs du juge-commissaire en liquidation judiciaire, qui ne peut réaliser d'autres actes que des ventes[664]. Ainsi, a été logiquement annulée la convention qui prévoyait la cession de trois aéronefs, d'un matériel d'exploitation, d'un stock et de deux créances pour un prix de 5 francs et l'obligation « *de reprendre certains contrats de travail* ». En l'espèce, le juge-commissaire avait outrepassé ses pouvoirs en ce que l'avantage en nature « *ne pouvait être considéré comme une contrepartie des biens cédés* »[665].

---

661 Cette aide à la circulation ou au séjour fait l'objet d'un encadrement pénal lorsqu'il n'est pas motivé par ce but humanitaire. *V.* en ce sens **Cass. crim., 26 févr. 2020, *Bull. crim.*, n° 19-81.561** : « *il ne résulte nullement de ces dispositions légales (L. 622-4, 3° anc. du CESEDA) que la protection dont bénéficient les auteurs d'actes accomplis dans un but exclusivement humanitaire soit limitée aux actions purement individuelles et personnelles et qu'en soit exclue une action non spontanée et militante exercée au sein d'une association* » (nous soulignons).

662 S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc. (l'auteur accorde tout de même une place primordiale aux libéralités dans son élaboration d'une définition du contrat à titre gratuit).

663 Concernant le droit de préemption de l'indivisaire prévu à l'article 815-14 du Code civil *V.* not. **Cass. civ. 1re, 21 mai 1997, *Bull. civ.* I, n° 164, n° 95-12.460** ; *JCP G* 1998, I, 133, obs. R. Le Guidec ; *RTD civ.* 1997, p. 973, obs. J. Patarin : « *Attendu que, pour décider que le droit de préemption pouvait être mis en œuvre en cas d'échange, l'arrêt attaqué énonce que, si la contrepartie est unique, le coïndivisaire préempteur a néanmoins la possibilité de s'adresser au co-échangiste étranger afin de se la procurer auprès de lui, pour être ensuite en mesure de satisfaire à sa place aux termes de l'échange ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'espèce M. Max Z... se trouvait dans l'impossibilité absolue de fournir aux cédants la prestation convenue, à savoir des appartements dont il n'était pas propriétaire, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé* » (nous soulignons). Pour le droit de préemption du fermier preneur de l'article L. 412-1 du Code rural, il n'y a pas d'affirmation similaire, toutefois, *V.* not. l'article L. 412-3 du même code qui précise que le droit de préemption « *n'existe pas lorsqu'il s'agit d'échange, même avec soulte, de parcelles de terre de l'exploitation contre d'autres parcelles ou biens ruraux* ». Pour une étude d'ensemble *V.* A. Walravens, *Le droit de préemption*, th. préc., p. 171 et suiv., n° 164 et suiv.

664 L'idée étant apparemment la possibilité de répartir les prix de vente entre les créanciers suivant les articles L. 622-16 et L. 622-18 du Code de commerce.

665 **Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-11.210** : « *Mais attendu qu'ayant constaté que le juge-commissaire avait statué au visa des articles 154 et 156 de la loi du 25 janvier 1985 relatifs à la vente des actifs immobiliers et mobiliers de l'entreprise en liquidation judiciaire dont l'objet est d'assurer le paiement des créanciers, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir relevé que le prix de 5 francs ne constituait pas un prix réel pour la cession respective de trois aéronefs, d'un matériel d'exploitation, d'un stock, de deux créances dont l'une pouvant atteindre 1 000 000 francs et de la billetterie dans la limite de 5 000 000 francs a retenu que l'engagement par le cessionnaire de reprendre certains contrats de travail ne pouvait être considéré comme une contrepartie des biens cédés et en a déduit qu'en autorisant de telles cessions qui ne constituaient pas des ventes, le juge-commissaire avait statué hors la limite de ses attributions* » (nous soulignons).

En conclusion, il nous semble aujourd'hui permis de croire que le contrat à titre gratuit est une réalité unique, générale et abstraite, et que celui-ci peut se diversifier en raison des motifs qui en sont à l'origine et du contexte dans lequel il s'inscrit. Il y a en quelque sorte des contrats à titre gratuit spéciaux[666]. La reconnaissance de cette situation permet alors de comprendre que l'emploi de la qualification de contrat à titre onéreux pour désigner ou exclure une gratuité spéciale, est excessive, tout comme la conviction selon laquelle le droit des libéralités serait le droit commun de la gratuité[667]. En sommes, nous pensons que les auteurs et la jurisprudence pêchent par excès de généralité. Considérant que la gratuité n'est pas celle en cause, il en est déduit l'existence d'une onérosité, or, elle n'est pas nécessairement présente.

B. La gratuité intéressée soumise au régime du titre onéreux : un régime indépendant de la distinction des titres gratuit et onéreux

221. ***L'origine du problème : l'assimilation de l'intérêt à l'onérosité.*** Madame Hartman a invoqué au soutien de la thèse dualiste de l'avantage l'existence de cas d'onérosité subjective qui non seulement ne sont pas soumis au régime des libéralités, comme évoqué précédemment, mais qui plus est sont soumis au régime des contrats à titre onéreux. Selon l'auteur, ces cas se caractérisent par l'existence d'une « *intention onéreuse* », constituée de l'intérêt retiré du contrat, qui est de nature « *à exclure la qualification de libéralité* » et à appeler celle de contrat à titre onéreux. Voilà donc l'utilité positive de l'intention onéreuse, c'est de justifier l'application du régime du contrat à titre onéreux à des contrats matériellement à titre gratuit.

À titre d'exemple l'auteur évoque le cas des gratifications en droit du travail, qui « *faute d'intention libérale* » et malgré « *l'absence de contreprestation* »[668], sont soumises au régime des contrats à titre onéreux, à savoir celui du salaire. Ce cas est particulièrement illustratif de l'analyse subjectiviste de l'onérosité. Cependant, nous allons voir que la justification de ce cas par la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux n'est pas idéale (**1**) et qu'il conviendrait de lui substituer une distinction autre, qui est plus précise, entre différentes gratuités spéciales. Cette position a plusieurs mérites, premièrement elle décrit plus simplement l'état de la jurisprudence, deuxièmement elle fait

666 En somme, nous récusons l'idée que le droit des libéralités puisse apparaître comme le droit commun des contrats à titre gratuit ou bien comme le régime subsidiaire du contrat à titre gratuit.

667 Cette position transparaît chez les auteurs lors de l'étude du régime du contrat à titre gratuit qui est décrit comme étant composé « *de tendances favorables au créancier et non de règles précises* » (A. Etienney de Sainte Marie, « Gratuit et contrat : le régime du contrat à titre gratuit est-il un régime ? », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *op. cit.*, p. 151, spéc., p. 155). En ce sens, le contrat à titre gratuit est généralement formaliste ou vu avec suspicion.

668 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 235, n° 215 : « *Ces avantages, lorsqu'ils sont ce pour quoi il a agi, conduisent à considérer que son intention est onéreuse et partant à exclure la qualification de libéralité, faute d'intention libérale, malgré l'absence de contreprestation* ».

écho à d'autres contentieux, et troisièmement elle éclaire la nature de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux (**2**).

1. Les limites de l'explication tirée de l'assimilation de la gratuité intéressée à l'onérosité

222. ***L'illustration des gratifications en droit du travail.*** Il est aujourd'hui reconnu l'existence de deux formes de gratifications en droit du travail. La première forme est « *la gratification-libéralité* »[669]. Elle se caractérise par un taux et des conditions fixés discrétionnairement[670], par une nature aléatoire[671], qui implique l'absence de droit au renouvellement pour le salarié, et par une nature égalitaire[672], c'est-à-dire que la gratification ne doit pas pouvoir être à l'origine d'une différence de traitement entre des salariés dans une situation comparable. La seconde forme de gratification est « *la gratification-complément de salaire* »[673]. Elle se distingue de la précédente par ses caractères fixe et périodique qui impliquent sa soumission au régime du salaire[674], c'est-à-dire la contrepartie du contrat de travail. En raison de ces caractères, l'employeur se doit de maintenir la gratification[675], et son montant est intégré aux calculs des indemnités de préavis, de licenciement ou encore de maladie[676].

Selon la doctrine travailliste, le moyen de distinguer ces deux gratifications réside dans le fait que

669 G. Auzero, D. Baugard, É. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1242, n° 991.

670 *V.* not. en ce sens **Cass. soc., 16 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 222, n° 86-45.428** : « *la cour d'appel a relevé que les avantages réclamés par la salariée avaient été discrétionnairement accordés par l'employeur aux autres salariés, à des dates différentes, à titre de récompense et sans aucune règle précise ; qu'elle a pu en déduire que leur octroi ne constituait pas un usage dans l'entreprise* » (nous soulignons).

671 *V.* not. en ce sens **Cass. soc., 2 juill. 1981, *Bull. civ.* V, n° 637, n° 79-42.750** : « *Que par ces constatations d'où il résulte que selon l'intention de l'employeur connue dès l'origine par les salariés, la prime avait un caractère aléatoire lié à des considérations financières, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions des salariés, a, sans encourir les griefs du pourvoi, légalement justifié sa décision* » (nous soulignons).

672 **CJCE, 21 oct. 1999, *Suzanne Lewen et Lothar Denda*, aff. C-333/97, Rec, I-3289** : Il a été retenu que la prime de Noël devait être regardée comme une rémunération au sens de l'article 119 du TCE afin de les intégrer au cercle de comparaison en matière de discrimination salariale.

673 G. Auzero, D. Baugard, É. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1243, n° 991.

674 Contrairement à la gratification libérale qui « *échappe au régime juridique du salaire* » (G. Auzero, D. Baugard, É. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1243, n° 991).

675 Pour le maintien de la prime de vacances et son octroi aux apprentis salariés *V.* **Cass. soc., 12 juill. 1999, *Bull. civ.* V, n° 342, n° 97-43.300** ; *Dr. soc.* 1999, p. 949, obs. J. Savatier.

676 Par conséquent, une clause ne saurait priver les salariés en cours de préavis du montant d'une prime de fin d'année. En ce sens, *V.* **Cass. soc., 5 juill. 1995, *Bull. civ.* V, n° 234, n° 93-46.720, n° 93-46.721**. *Rappr.* **Cass. soc., 20 avr. 2005, *Bull. civ.* V, n° 150, n° 03-42.721** : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'il s'agissait d'une prime "manifestant la reconnaissance de l'effort et/ou de la performance au cours de l'année passée", de sorte qu'elle présentait un caractère aléatoire exclusif de sa prise en compte dans le calcul du minimum conventionnel garanti, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

la première est motivée par une intention libérale[677], contrairement à la seconde. Selon madame Hartman, il est possible d'aller plus loin dans le raisonnement et de considérer que la gratification rémunératoire se distingue de la gratification-libéralité par le fait qu'elle est motivée par une intention onéreuse. C'est-à-dire que l'octroi de la gratification est motivé principalement par les avantages qui découlent de toute gratification, comme « *le recrutement d'un salarié aux compétences particulières, la conservation d'un salarié performant au sein de l'entreprise ou plus généralement la motivation des salariés pour davantage de productivité* »[678]. En somme, ces deux gratifications illustrent l'opposition des contrats à titre gratuit et à titre onéreux suivant le critère intellectuel défendu par les thèses dualistes de l'avantage.

223. ***Les critiques de l'assimilation de la gratuité intéressée à l'onérosité.*** À notre avis, il y a dans ce cas d'onérosité subjective un recours excessif aux qualifications de contrat à titre gratuit et à titre onéreux. Il n'est pas question de distinguer ces qualifications, mais seulement de déterminer le champ d'application du régime du salaire suivant la régularité ou la ponctualité de la gratification. Il nous semble que seuls ces critères importent et qu'ils sont étrangers aux notions de contrat à titre onéreux et d'intention libérale[679].

Selon les auteurs, la gratification-libéralité échappe au régime du salaire en raison de l'existence d'une intention libérale. Nous ne souscrivons pas à cette position car à nos yeux toutes les gratifications, libéralité comme rémunératoire, peuvent être dans l'intérêt du salarié et donc être motivées par une intention libérale. Rien n'empêche en effet d'accorder une gratification générale, fixe et constante dans un tel esprit. Madame Hartman a conscience de cette situation[680] et propose alors de distinguer les gratifications selon le caractère déterminant de l'objectif de remerciement ou de félicitations qui motive l'employeur. Si les retombées de la gratification sont *ce pour quoi* l'employeur a agi, alors la gratification est une libéralité ; en revanche, si les retombées sont *ce sans quoi* il n'aurait pas agi, alors la gratification est assimilée à une rémunération. La position est séduisante, mais elle ne traduit pas l'état à nos yeux l'état de la jurisprudence. L'étude invite plutôt à croire que seule compte la dimension exceptionnelle ou ponctuelle de la gratification pour lui

---

677 G. Auzero, D. Baugard, É. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1244, n° 992 ; F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 235, n° 215. La position peut se déduire négativement des arrêts rendus sur le fondement du paiement de l'indu : *V.* not. en ce sens **Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-41.016**.

678 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 235, n° 215 : l'auteur précise bien que ces avantages ne sont pas exclusivement obtenus en présence d'une gratification-rémunératoire mais également dans une gratification-libéralité, cependant, ils ne sont la motivation principale que de la première des gratifications.

679 Le cas des gratifications fait écho à la question des contrats de service à titre gratuit intéressés. Madame Hartman ne les envisage pas (certainement en raison de l'objet principal de son propos qui est la notion de libéralité), dès lors, nous ferons un rapprochement lors la proposition de notre analyse de l'onérosité subjective.

680 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 234 et 235, n° 215 : « *Les sommes versées par l'employeur lui procure toujours un certain avantage : le recrutement d'un salarié aux compétences particulières, la conservation d'un salarié performant au sein de l'entreprise ou plus généralement la motivation des salariés pour davantage de productivité.* » (nous soulignons).

appliquer ou non le régime du salaire[681]. En ce sens, il peut être évoqué un arrêt rendu par la Cour de cassation dans lequel elle a cassé l'arrêt d'appel qui a considéré qu'une gratification de 75 000 euros, accordée en raison notamment « *du surcroît de travail, des efforts et de la mobilisation* » des salariés, était une gratification-rémunération. Selon la haute juridiction, étant donné qu'il avait été « *constaté que le conseil d'administration de la société avait fixé* ***discrétionnairement*** *la liste des bénéficiaires ainsi que les montants des gratifications, et que celles-ci avaient été octroyées de façon* ***exceptionnelle*** *à l'occasion d'une opération de cession de capital* »[682], la gratification n'était pas soumise au régime de la rémunération. En d'autres termes, il faut comprendre, comme le souligne étonnamment madame Hartman, qu'une gratification est rémunératoire uniquement lorsque « *sont remplies les conditions de généralité, de constance et de fixité* »[683] de la gratification. En somme, peu importe le motif déterminant de l'engagement de l'employeur, seuls comptent les caractères de la gratification et sa forme !

Compte tenu de cela, il nous semble que dans ce contentieux il n'est pas question de distinguer entre les libéralités d'un côté et les contrats à titre onéreux de l'autre, mais plutôt de distinguer la gratuité ponctuelle, qui est extérieure au contrat de travail, de la gratuité continue, qui est intégrée au contrat de travail. En d'autres termes, la question est de savoir si la gratification consiste globalement en une modification du salaire *lato sensu* favorable au salarié, c'est-à-dire une modification du contrat à titre onéreux, ou bien simplement en un versement particulier, qui n'emporte pas de conséquences sur le salaire. En somme, l'approche est purement abstraite[684].

En définitive, la finalité de cette distinction des gratifications est simple : il s'agit seulement d'éviter que le régime protecteur du salaire soit déjoué trop facilement par l'employeur et se retourne éventuellement contre le salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail. La distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux est donc, à notre avis, étrangère à ce contentieux.

2. La proposition d'une explication fondée sur l'existence d'un régime indépendant de l'onérosité

224. ***La position défendue : un régime non exclusif de toute gratuité.*** À notre avis, il convient d'abandonner l'idée classique selon laquelle la gratuité est une notion unitaire synonyme de

---

681 **Cass. soc., 20 avr. 2005, *Bull. civ.* V, n° 150, n° 03-42.721**, préc. : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'il s'agissait d'une prime "manifestant la reconnaissance de l'effort et/ou de la performance au cours de l'année passée", de sorte qu'elle présentait un caractère aléatoire exclusif de sa prise en compte dans le calcul du minimum conventionnel garanti, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (nous soulignons).

682 Nous soulignons.

683 F. Hartman, *La notion de libéralité*, th. préc., p. 236, n° 215.

684 Selon les auteurs travaillistes, la jurisprudence repose sur un critère de liberté, et ils analysent ce critère comme un « *indice d'*animus donandi » (G. Auzero, D. Baugard, É. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1244, n° 992).

désintéressement. Pour cause, c'est là l'origine de tous les maux de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Considérant que le désintéressement contractuel existe, qu'il se manifeste indéniablement par la donation pure et simple, il en découle l'idée que toute gratuité contractuelle se doit d'en suivre l'exemple, que ce soit dans les caractères ou dans le régime. Or c'est là un raisonnement réducteur, voire utopique, car premièrement le désintéressement est une situation extrêmement rare, si ce n'est inexistante, et secondement la donation n'est pas le modèle de la gratuité. Éventuellement elle a pu l'être, mais indéniablement, de nos jours elle ne l'est plus.

En conséquence, nous pensons que seule peut être admise l'existence d'une gratuité de droit commun, dont le critère est le plus grand dénominateur commun de tous les cas de gratuité, à savoir le critère matériel. Une fois acquise cette position, la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux devient solide et il peut être envisagé que dans certains contentieux il est distingué, non pas entre la gratuité et l'onérosité, mais entre plusieurs gratuités spéciales. C'est ainsi que nous comprenons le régime de la gratification en droit social, il y a une distinction entre deux gratuités : la gratuité ponctuelle et la gratuité continue, qui seule est soumise au régime du salaire.

Cette solution peut surprendre tant l'on est habitué à une conception unitaire de la gratuité, mais elle n'est pas pour autant inédite. En ce sens, nous verrons dans les développements suivants que cette position est déjà présente dans le contentieux des contrats de service à titre gratuit intéressés où il est distingué entre différentes gratuités suivant un critère différent du droit du travail.

225. ***La confirmation de la thèse par le cas des contrats de service à titre gratuit intéressés.*** Les principaux contrats de service à titre gratuit sont les trois contrats spéciaux du Code civil que sont le prêt, le dépôt et le mandat[685]. Ces trois contrats présentent l'originalité commune de proposer une adaptation de la responsabilité contractuelle suivant des circonstances particulières, du fait soit de la loi soit de la jurisprudence. Le critère d'application de ces régimes aménagés de la responsabilité est le point qui nous intéresse, car celui-ci varie selon les contrats.

En résumé, les auteurs estiment, avec le soutien de la jurisprudence, que le critère est soit la distinction générale des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, soit, la distinction spéciale entre les contrats à titre gratuit désintéressés et les contrats à titre gratuit intéressés et onéreux. En somme, le curseur de distinction n'est pas invariablement placé entre le titre gratuit et le titre onéreux. Nous allons voir précisément où il se place pour ces trois contrats.

226. ***Les critères des régimes dérogatoires des contrats de prêt, de dépôt et de mandat.*** Tout d'abord, concernant le contrat de prêt, le régime dérogatoire de responsabilité est notamment prévu à l'article 1891 du Code civil qui dispose que « *lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer*

[685] Il existe d'autres comme la convention d'assistance bénévole ou encore le contrat de transport aérien.

du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur ». Selon les auteurs, la jurisprudence suggère que ce régime de responsabilité doit être admis uniquement en présence d'un contrat de prêt à usage, c'est-à-dire en présence d'une gratuité désintéressée, c'est-à-dire de « *pure bienfaisance* »[686]. Pour cause, si la mise à disposition de la chose est intéressée, il convient alors de recourir au droit commun de la responsabilité[687] et si la mise à disposition est à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant une contrepartie convenue, le régime est celui du contrat de bail[688], après requalification. Le critère d'application du régime dérogatoire du prêt à usage suppose donc de distinguer entre deux formes de gratuités, désintéressée, ou de bienfaisance, et intéressée[689].

Ensuite, au sujet du contrat de dépôt, le régime dérogatoire est prévu aux articles 1927 et 1928 du Code civil qui disposent que le « *dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent* », toutefois, cette disposition « *doit être appliquée avec plus de rigueur : 1° Si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt ; 2° s'il a stipulé* ***un salaire*** *pour la garde du dépôt ; 3° Si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire ; 4° S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute* »[690]. Selon les auteurs, la jurisprudence considère que le régime allégé de responsabilité de l'article 1927 du Code civil ne doit être admis qu'en présence d'un dépôt désintéressé. Ce qui signifie que si le dépôt est intéressé ou salarié, celui-ci échappe au régime de faveur de l'article 1927 du Code civil, en application de l'article 1928 du même code[691]. En ce sens, la Cour de cassation soutient les solutions rendues en appel dans lesquelles les juges du fond considèrent qu'en raison du caractère intéressé du dépôt, le dépositaire est fautif s'il n'a pas fait preuve d'une « *prudence normale* »[692]. On retrouve à l'égard de ce contrat la même idée que celle évoquée à l'endroit du contrat de prêt à usage : il est distingué entre deux gratuités, désintéressée d'un côté et intéressée de l'autre.

---

686 **Cass. civ. 1re, 9 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 272** : « *Mais attendu que le jugement, dont l'arrêt attaqué adopte les motifs sur ce point, relevé que le contrat intervenu, s'il revêt les apparences d'un commodat, n'est cependant pas un contrat de pure bienfaisance puisque le prêteur et le commodataire pouvaient l'un et l'autre éventuellement retirer un avantage de l'utilisation par Chardin du véhicule aux fins convenues* » (nous soulignons). *Rappr.* A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 14e éd., 2021 p. 335, n° 439 ; G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 339, n° 532 ; G. Cornu, obs. sous Cass. com., 24 nov. 1980, n° 79-10.233, *RTD civ.* 1981, p. 650.

687 Pour une illustration récente *V*. not. **Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-16.504** ; *RDC* 2010, n° 1, p. 141 : la Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel avait justement écarté la qualification de prêt et appliqué le régime de droit commun de la responsabilité.

688 Pour une étude approfondie *V*. G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 305 et suiv., n° 484 et suiv.

689 Solution que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, proposé par le ministère de la justice, suggère d'intégrer au Code civil aux articles 1876 et suivants.

690 Nous soulignons.

691 Le régime applicable est alors le droit commun.

692 **Cass. com., 12 nov. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 205, n° 85-11.730**. *Adde* **Cass. com., 10 févr. 1959, *Bull. civ.* III, n° 72**. *Rappr.* A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 526 et 527, n° 766 ; F. Leduc, « L'intensité juridique de l'obligation essentielle », *RRJ* 2011-3, p. 1253, spéc., p. 1281.

Enfin, concernant le contrat de mandat, le régime dérogatoire de responsabilité est envisagé à l'article 1992 du Code civil qui dispose que le « *mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Suivant la doctrine, la jurisprudence fait reposer l'application de ce régime spécifique de responsabilité sur la distinction classique des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Il n'y a donc aucune interférence de l'intérêt du mandataire. Sa responsabilité est appréciée de la même manière que le mandat soit intéressé ou désintéressé[693]. La situation est nettement différente des deux contrats précédents. Peu importe que le mandataire intervienne dans un domaine dans lequel il est compétent. Le curseur est placé entre les contrats à titre gratuit et à titre onéreux et non entre différentes gratuités.

Au regard de l'appréhension du régime dérogatoire de responsabilité de ces trois contrats, il apparaît principalement deux choses. La première est que l'analyse que nous avons proposée en droit du travail, consistant à distinguer entre différentes gratuités, n'est pas inédite en doctrine ou en jurisprudence. De manière très nette, la Cour de cassation a considéré que le régime dérogatoire du prêt à usage n'était pas applicable à la mise à disposition d'un bien assurée par un contrat qui n'était pas de « *pure bienfaisance* »[694]. La seconde est que l'étude du régime dérogatoire de ces trois contrats manifeste la possibilité de distinguer solidement entre différentes gratuités sans troubler la distinction du titre gratuit et du titre onéreux comme en droit du travail. À cet égard, nous pensons que le développement de cette terminologie propre à ces contrats est important à souligner car il gagnerait à intégrer d'autres domaines dans lesquels les auteurs préfèrent envisager l'existence d'une troisième catégorie de contrat plutôt qu'une spécialisation du contrat à titre gratuit. À titre d'exemple, nous regrettons que madame Picod envisage que la remise de dette intéressée n'est pas un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux, mais une « *catégorie intermédiaire, caractérisée par l'absence tant d'"*animus donandi*" que de contrepartie* »[695].

En définitive, il apparaît que la distinction générale du titre gratuit et du titre onéreux n'est pas toujours la distinction à l'œuvre dans le contentieux concerné et qu'il peut arriver que le curseur soit placé ailleurs. En droit du travail, il est placé entre la gratuité isolée et la gratuité continue, qui est soumise au même régime que l'onérosité. Dans les contrats de service le curseur est placé soit entre les contrats à titre gratuit et à titre onéreux, c'est le cas du mandat, soit entre la gratuité

---

693 En ce sens, *V.* not. **Cass. civ. 1re, 14 janv. 2000, n° 98-17.752** ; *CCC* 2000, n° 156, note L. Leveneur ; *RTD com.* 2000, p. 973, obs. B. Starck : en l'espèce, alors que le mandataire était en relation d'affaire avec le mandant. *Rappr.* A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 465, n° 673.

694 **Cass. civ. 1re, 9 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 272**, préc. : « *Mais attendu que le jugement, dont l'arrêt attaqué adopte les motifs sur ce point, relevé que le contrat intervenu, s'il revêt les apparences d'un commodat, n'est cependant pas un contrat de pure bienfaisance puisque le prêteur et le commodataire pouvaient l'un et l'autre éventuellement retirer un avantage de l'utilisation par Chardin du véhicule aux fins convenues* » (nous soulignons)

695 N. Picod, *La remise de dette*, th. préc., p. 90, n° 114 (*in fine*).

désintéressée et la gratuité intéressée, qui est soumise au même régime que l'onérosité[696]. Le constat de cette variabilité de placement du curseur invite alors à relativiser l'importance de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux et de considérer qu'il s'agit d'une distinction sans régime propre, car elle a une nature notamment descriptive.

227. ***La double nature de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux.*** Au terme de ces développements relatifs à l'onérosité subjective, et à la lumière des développements précédents, nous sommes d'avis que la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux a une double nature. D'un côté elle est descriptive, c'est-à-dire qu'elle n'est pas prescriptive, elle n'a pas de régime propre, et d'un autre côté, elle est primaire, en ce qu'elle est facile d'appréhension et aisément aménageable.

228. ***Une nature descriptive.*** Premièrement, la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux a une nature descriptive. Il s'agit d'une distinction proposée par le législateur et à laquelle n'est associé aucun régime général. Toutes les tentatives d'extrapolation de régimes identifiés de contrats à titre gratuit spéciaux aboutissent à un résultat insatisfaisant. « *Toutes conduisent à un ensemble de préceptes incertains que l'on ne semble pouvoir qualifier de "régime" que par commodité de langage* »[697]. Par exemple, l'allègement de la responsabilité de celui qui accorde un avantage à titre gratuit n'est qu'une apparence déduite à partir du seul contentieux des contrats de service à titre gratuit[698], la même conclusion s'impose à l'égard de l'affirmation du formalisme systématique de la gratuité[699]. C'est pourquoi nous pensons que cette distinction n'a « *(qu')une valeur descriptive* »[700].

---

696 Il convient de souligner que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux porté par l'Association Henri Capitant propose de généraliser le critère retenu pour le contrat de mandat. En ce sens, *V*. les articles 72 et 73 : « *Lorsque le contrat est conclu à titre onéreux, le prix est fixé conformément aux dispositions de l'article 1165. Lorsque le prix est fixé d'un commun accord, chaque partie peut en demander la révision au juge s'il est manifestement dérisoire ou excessif, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il était fixé forfaitairement. Le paiement s'opère une fois le service rendu, sauf si les parties sont convenues d'une avance ou d'un échelonnement des paiements. Lorsque son travail porte sur un meuble, le prestataire de service a le droit de retenir ce dernier tant qu'il n'a pas été payé.* » ; « *Lorsque le contrat est conclu à titre gratuit, la responsabilité du prestataire ne peut être engagée que par sa faute intentionnelle, dolosive ou lourde.* » (nous soulignons).

697 A. Etienney de Sainte Marie, « Gratuité et contrat : le régime du contrat à titre gratuit est-il un régime ? », art. préc., spéc., p. 154 (*in fine*).

698 Certes, l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux propose de généraliser cette règle, cependant, en l'état actuel de notre droit la position apparaît plutôt comme ponctuelle. En témoigne le régime du contrat de prêt de consommation organisé aux article 1898 et 1899 du Code civil qui ne distingue pas entre les contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Dans le même sens *V*. S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 95 et suiv., n° 162 et suiv.

699 Le formalisme dans les contrats à titre gratuit est également qu'une apparence. Certes, il est constant de relever que la donation, le prêt, le dépôt, le cautionnement et d'autres contrats sont soumis à un formalisme important, mais d'autres contrat y échappe. À titre d'exemple, le mandat n'est pas un contrat formel tout comme la donation indirecte. *V*. néan. G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, th. préc., p. 316, n° 501 ; D. Galbois, *La notion de contrat - Esquisse d'une théorie*, th. préc., p. 363 et 364, n° 468.

700 A. Etienney de Sainte Marie, « Gratuité et contrat : le régime du contrat à titre gratuit est-il un régime ? », art. préc., spéc., p. 163.

229. ***Une nature primitive.*** Deuxièmement, la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux a une nature primaire. Cela signifie qu'elle est fondamentale dans son principe et aisée à comprendre, mais qu'elle n'est pas nécessairement suffisante. En d'autres termes, c'est une distinction qui peut être exploitée en l'état ou bien avec des critères supplémentaires. Par exemple, il est fait une application stricte de la distinction dans les contentieux des différents baux spéciaux comme le bail rural ou le bail d'habitation ou encore du mandat. En revanche, la distinction fait l'objet de précisions dans certains contentieux. Ainsi, pour le droit de préemption de l'indivisaire, l'onérosité se doit de manifester une contrepartie interchangeable ou bien ne pas être marquée du sceau de l'*intuitu personae*. De même, pour le droit de préemption du fermier, le contrat à titre gratuit ne doit pas être motivé par la fraude[701], et pour le régime dérogatoire du dépôt, celui-ci ne doit pas être intéressé, comme nous venons de le voir.

On constate à travers ces exemples que la distinction est, selon les cas, suffisante ou minimale. Dimension qui peut occasionnellement apparaître au sein d'une même règlementation au fil du temps. Par exemple, en matière de ventes avec primes, initialement, le contrôle était opéré à partir de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, moyennant des exceptions précises[702], mais depuis 2011 celle-ci est contrôlée suivant un critère complémentaire de loyauté. Selon l'article L. 121-19 du Code de la consommation[703] actuellement en vigueur : « *Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit,* ***à titre gratuit****, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services* ***dès lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal*** *au sens de l'article L. 121-1* »[704].

230. ***Conclusion de la section II.*** Compte tenu des difficultés des thèses dualistes de l'avantage, relevées dans la première section, il est apparu nécessaire de soutenir la thèse purement matérielle de l'avantage. Pour emporter la conviction que le soutien de cette thèse est pertinent, nous avons alors entrepris de montrer dans la présente section que les cas favorables aux thèses dualistes pouvaient être expliqués indépendamment de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux et plus efficacement. Deux séries de cas étaient en présence.

Premièrement, il a été question des cas de gratuité subjective, qui sont essentiellement au nombre de deux. Le premier est celui de la donation avec charge, qui serait nécessairement un contrat à titre

---

701 En ce sens, dernièrement en matière de droit de préemption du fermier (alors que le texte ne le prévoit pas) : **Cass. civ. 3e, 15 avr. 2021, n° 20-15.332, n° 20-15.334, n° 20-15.335, n° 20-15.336, n° 20-15.337, n° 20-15.339, n° 20-15.340, n° 20-15.342**.

702 Comme la prime portant sur des produits identiques ou sur des objets/service de faible valeur, ou sur des échantillons.

703 Issu de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n° 0115 du 18 mai 2011.

704 Nous soulignons.

gratuit en raison de sa nature de libéralité. L'idée défendue est que la gratuité de ce contrat est nécessaire car elle justifie l'intégration de son émolument net à la succession. À notre avis, le recours à la qualification de contrat à titre gratuit est ici excessif. D'une part, celui-ci ne traduit que le régime de la donation avec charge dans un contexte successoral. D'autre part, celui-ci s'explique suffisamment par les notions de libéralité et d'émolument net. En effet, pourquoi qualifier la donation avec charge de contrat à titre gratuit ? À notre avis, cette qualification est nécessaire pour d'autres contentieux dans lesquels seule compte l'importance de la charge : si elle est dérisoire, le contrat est à titre gratuit, si elle ne l'est pas, le contrat est à titre onéreux. Le second cas de gratuité subjective est la validité du contrat présentant une contrepartie convenue dérisoire motivée par une intention libérale. Selon les auteurs, la validité de ce contrat est justifiée par sa gratuité induite par l'existence d'une intention libérale. À notre avis, il y a ici une fois de plus une référence excessive à la qualification de contrat à titre gratuit. Ces excès se manifestent à deux égards. D'une part, la référence à la qualification de contrat à titre gratuit est excessive en ce qu'elle suppose que tout contrat matériellement à titre gratuit est nul en l'absence de preuve d'une intention libérale. Cette position est contraire au droit positif qui n'exige pas une telle preuve pour les contrats de service à titre gratuit comme le prêt, le dépôt ou le mandat. D'autre part, la référence au contrat à titre gratuit est excessive car elle suppose que tout contrat sans contrepartie est à titre onéreux en l'absence de preuve d'une intention libérale ; or tel n'est pas le cas en droit positif. À nos yeux, ce contentieux de la nullité pour contrepartie convenue dérisoire n'est donc pas en lien avec la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Il s'agit d'une présomption d'erreur pour tout contrat emportant un appauvrissement unilatéral pour son auteur. Cette position est motivée par la corrélation existante entre l'intention libérale et la notion d'appauvrissement, à savoir que la première confirme la seconde. Cette position peut surprendre, néanmoins, elle nous semble expliquer ce contentieux plus clairement et plus simplement que par le recours à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux.

Secondement, il a été question des cas d'onérosité subjective, qui se présentent sous deux aspects. Le premier aspect de l'onérosité subjective est l'idée que la qualification de contrat à titre onéreux est utile pour exclure la qualification de libéralité. En ce sens, sont onéreux tous les contrats inspirés par l'esprit de lucre, caractéristique de la vie des affaires comme les cadeaux faits aux consommateurs ou les remises de dettes dans un contexte d'insolvabilité. Ces contrats ne sont pas conclus dans l'intérêt du bénéficiaire de la gratuité, mais de son auteur, c'est-à-dire le professionnel à l'égard du consommateur et le créancier à l'égard du débiteur. À notre avis, il y a dans ces cas une référence excessive à la qualification de contrat à titre onéreux. La notion réellement en jeu ici est celle de libéralité qui ne doit pas pouvoir imposer son régime rigoureux. En effet, nul n'envisage la

révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfant d'un cadeau fait par un professionnel. Le second aspect de l'onérosité subjective est l'idée que la qualification de contrat à titre onéreux est utile pour expliquer l'application d'un régime spécial à une forme particulière de gratuité. Par exemple, tel est le cas des gratifications en droit du travail, si la gratification est ponctuelle et discrétionnaire, celle-ci échappe au régime du salaire, contrairement à la gratification fixe, générale et continue. Selon les auteurs, il faut considérer que la première gratification est motivée par une intention libérale, contrairement à la seconde qui est soumise au même régime que le salaire. Une fois encore, nous sommes d'avis que la référence à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux n'est pas nécessaire dans ce contentieux. Les motivations à l'origine de ces deux gratifications peuvent être strictement identiques, alors qu'elles sont soumises à un régime différent. En vérité, il nous semble que seuls comptent les caractères de la gratification, à savoir sa dimension ponctuelle et discrétionnaire ou continue et générale.

En définitive, il nous apparaît que la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux gagnerait à exclure toute condition intellectuelle. La distinction serait plus solide, mais surtout plus simple car ils seraient écartés de la distinction les cas litigieux de gratuité et d'onérosité subjectives, qui peuvent être plus simplement justifiés par d'autres notions ou l'idée d'une spécialisation de ces qualifications.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

231. ***Deux conceptions de la réceptivité de l'avantage à l'intention libérale.*** Pour une très large majorité d'auteurs « *(l')intention d'agir gratuitement est évidemment une condition nécessaire pour qualifier un contrat de gratuit* »[705], ce qui implique qu'un avantage n'est constitutif d'une contrepartie convenue qu'en l'absence d'une telle intention libérale. Au soutien de cette position, les auteurs invoquent principalement trois arguments. Le premier est relatif au modèle du contrat à titre gratuit, à savoir la donation, qui suppose en jurisprudence de réunir une condition matérielle et une condition intellectuelle. Le second argument invoqué au soutien de cette thèse dualiste de l'avantage est le fait qu'une donation peut être assortie d'une charge, c'est-à-dire d'un avantage réciproque et corrélatif, qui n'empêche pas sa qualification de contrat à titre gratuit. Le troisième argument invoqué au soutien de cette thèse est la lettre du nouvel article 1107, alinéa 2[d], du Code civil qui dispose qu'un contrat est « *à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage* ***sans attendre*** *ni recevoir de contrepartie* »[706]. Les auteurs voient dans le fait de ne pas attendre de contrepartie la traduction légale de l'exigence d'une intention libérale pour emporter la qualification de contrat à titre gratuit.

À notre avis, cette conception dualiste de l'avantage, à la fois matérielle et intellectuelle, n'est pas représentative de l'état du droit positif qui manifeste plutôt une conception moniste de l'avantage, à l'image de la thèse doctrinale minoritaire. L'idée est que l'intention libérale n'est le critère que des libéralités qui ne sont pas nécessairement des contrats à titre gratuit. C'est pourquoi nous rejetons la thèse majoritaire pour soutenir la thèse minoritaire.

232. ***La contestation de la thèse dualiste de l'avantage.*** À notre avis, la thèse dualiste de l'avantage, qui est majoritairement soutenue en doctrine, doit être rejetée car elle n'est pas représentative de l'état du droit positif. Du moins, précisons-le, partiellement.

Concernant la dimension matérielle de l'avantage, la thèse dualiste est à notre avis conforme à l'état du droit positif. En effet, un avantage ne peut constituer une contrepartie convenue que s'il n'est pas imposé par le droit objectif, qu'il n'est pas moral et qu'il n'est pas extérieur au champ

[705] S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, *op. cit.*, p. 124, n° 204.

[706] Nous soulignons.

contractuel.

Concernant la dimension intellectuelle de l'avantage, la thèse dualiste est cette fois à notre avis non conforme à l'état du droit positif, que ce soit pour la thèse essentiellement intellectuelle ou quasi-essentiellement intellectuelle. En effet, le recours à la condition intellectuelle est doublement contestable. Premièrement, ce recours est contestable car une intention n'est exigée qu'en matière de libéralité, et non pour les autres contrats à titre gratuit, comme le prêt, le mandat ou encore le dépôt. Secondement, ce recours est contestable car la donation avec charge n'est pas invariablement un contrat à titre gratuit. Si dans le contentieux successoral cette solution peut se déduire de la recherche de l'émolument net, dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte, la Cour de cassation manifeste une position différente. Elle suggère qu'il est question d'un contrat à titre onéreux si la charge n'est pas dérisoire. Compte tenu de cela, il nous semble que la thèse dualiste doit être rejetée au profit de la thèse moniste de l'avantage.

233. ***Le soutien de la thèse moniste de l'avantage.*** Étant donné l'indépendance de l'intention libérale à l'égard de la gratuité, nous pensons que seule une thèse moniste de l'avantage peut être défendue au regard du droit positif. Cette solution peut sembler extrême, notamment en raison de la reconnaissance doctrinale de cas d'onérosité subjective, c'est-à-dire de contrats à titre onéreux qui présentent une intention onéreuse. Cependant, cette solution se justifie doublement. Premièrement, car ces cas sont à nos yeux abusivement rattachés à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Secondement, car ces cas peuvent s'expliquer plus simplement s'ils sont détachés de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux.

Le premier cas d'onérosité subjective qui peut être relativisé est celui des avantages matrimoniaux. Ces derniers sont considérés à titre onéreux car ils sont, par affirmation de la loi, distincts des libéralités. Cette conclusion est à notre avis excessive car d'une part les libéralités ne sont pas invariablement à titre gratuit et d'autre part, le recours à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux n'est d'aucun apport pour la compréhension de la distinction des avantages matrimoniaux et des libéralités. Ce qui distingue les deux notions c'est la masse d'exercice de l'avantage et l'éventuel concours avec des héritiers. Dès lors, le cas des avantages matrimoniaux ne peut pas motiver le développement d'une théorie dualiste de l'avantage.

Le second cas d'onérosité subjective qui peut être relativisé est celui des gratifications en droit du travail. Ces dernières sont de deux types, à titre gratuit pour les premières et à titre onéreux pour les secondes. Cette classification est une fois de plus excessive à notre avis car ce qui distingue véritablement ces deux types de gratifications en jurisprudence, ce n'est pas l'éventuelle expression d'une intention particulière, mais le fait que la gratification est ponctuelle ou non. Dès lors, le cas des gratifications ne peut pas motiver le développement d'une théorie dualiste de l'avantage.

CONCLUSION DU TITRE II

234. ***Les deux caractéristiques de l'avantage : il est le résultat d'une obligation et il est indifférent à l'intention libérale.*** Le contenu avantageux de la contrepartie convenue, tel qu'évoqué à l'article 1107 du Code civil et développé en jurisprudence, présente deux caractéristiques : premièrement il est le résultat d'une obligation et secondement il est indifférent à l'intention libérale. Ces deux caractéristiques de l'avantage composant une contrepartie convenue sont largement contestées en doctrine, considérant que le droit positif ne s'y accorde pas. Cependant, à la suite de quelques auteurs, nous sommes convaincu de la solution inverse, et cela même au lendemain de la réforme du droit commun des contrats.

235. ***Un avantage résultant d'une obligation : une caractéristique relativisée.*** La doctrine est divisée sur la dimension obligationnelle de l'avantage, suivant le vocabulaire développé par le professeur Ancel[707]. Pour une majorité d'auteurs, l'avantage a couramment une dimension obligationnelle, ce qui signifie qu'occasionnellement il peut exister des avantages non-obligationnels, comme la remise de dette ou la promesse unilatérale de contrat. Cette thèse est principalement motivée par deux arguments, premièrement le fait que le terme avantage est plus évasif que celui d'obligation et secondement le fait qu'il existe des contrats à titre onéreux non synallagmatiques. Cependant, nous sommes d'avis que cette thèse ne peut pas être suivie car elle n'est pas confirmée en droit positif. En effet, on ne trouve pas de règle de régime qui confirme l'existence de contrat à titre onéreux non synallagmatiques. C'est pourquoi nous soutenons plutôt la thèse minoritaire de la dimension invariablement obligationnelle de l'avantage.

Plus précisément, nous soutenons cette thèse doctrinale uniquement dans son principe, car nous contestons ses déductions. Nous sommes d'avis en effet qu'il ne peut pas être défendu l'assimilation des qualifications de contrats à titre onéreux et synallagmatiques qui ne recouvrent pas exactement la même réalité. Cependant, le principe reste valide en ce que l'obligation est le moyen d'assurer la réalisation de l'avantage. Cette position est confirmée par le contrôle d'absence de cause de l'obligation qui porte en vérité sur l'avantage du contrat à titre onéreux et non sur l'obligation.

[707] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

236. ***Un avantage indifférent à l'intention libérale : une caractéristique contestée.*** Les auteurs sont largement favorables à l'idée d'une conception dualiste de l'avantage, c'est-à-dire fondée sur un premier caractère matériel et un second caractère intellectuel. Cette position est essentiellement motivée par le fait que la gratuité, envers de l'onérosité, est construite sur le modèle de la donation qui présente ces deux caractères et par le fait que le nouvel article 1107, alinéa 2[d], du Code civil dispose qu'un contrat est à titre gratuit « *lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage* ***sans attendre*** *ni recevoir de contrepartie* »[708]. L'expression « *sans attendre* » souligne aux yeux des auteurs que les contrats à titre gratuit et à titre onéreux ne reposent pas seulement sur un critère matériel, mais également intentionnel.

Malgré ces arguments, nous sommes d'avis que la notion d'avantage, présente en droit positif, suit une conception moniste et matérielle. C'est-à-dire que l'avantage constitutif d'une contrepartie convenue est indifférent à tout critère intentionnel. Cette position est forgée à partir deux principaux arguments. Premièrement, le fait que les libéralités ne sont pas invariablement des contrats à titre gratuit. En effet, dans les contentieux de la fraude paulienne et des nullités de la période suspecte, la donation peut être un contrat à titre onéreux si la charge n'est pas dérisoire. Secondement, cette position est motivée par le fait que les cas d'onérosité subjective, c'est-à-dire les contrats à titre onéreux fondés sur un critère exclusivement intellectuel, invoqués par les défenseurs de la thèse dualiste de l'avantage, sont abusivement associés à la qualification de contrat à titre onéreux. En effet, les raisons qui motivent leur rattachement à la catégorie des contrats à titre onéreux sont contestables comme n'y ayant pas attrait. Dès lors, il nous semble que rien n'interdit d'envisager l'existence d'une thèse moniste et matérielle de l'avantage pour décrire l'état du droit positif.

[708] Nous soulignons.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

237. ***La mystification de la distinction des titres gratuit et onéreux.*** Depuis 1804, la distinction des titres gratuit et onéreux est présentée en doctrine comme « *une des clefs de voûte de notre droit* »[709], intéressant tous les contrats, tous les actes juridiques et même probablement tous les rapports d'obligation. Malgré cette omniprésence, qui a motivé depuis 1804 un grand nombre de recherches juridiques, il apparaît aux yeux des auteurs que cette distinction reste un mystère. En témoigne l'affirmation selon laquelle la gratuité est encore aujourd'hui « *cette "belle inconnue" qu'on ne rencontre jamais mais dont on parle toujours* »[710].

À notre avis, ce caractère fuyant de la gratuité, qui rend la certitude de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux douteuse, réside dans la mystification de cette distinction. C'est-à-dire dans le fait d'y voir une distinction naturelle et unitaire alors qu'elle est en réalité artificielle et plurale. Cette distinction légale est en vérité mise à disposition par notre système juridique qui peut choisir de s'en saisir ou non, avec ou sans aménagements.

Cette position peut paraître extrême, étant à contre-courant de la conception dominante, mais elle nous semble justifiée en raison de sa capacité à expliquer l'état du droit positif et sa compréhension doctrinale. Selon nous, c'est en raison de cette mystification que nombre de situations sont abusivement associées à la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux et rendent la distinction inintelligible. Par exemple, en raison de cette mystification nombre de cas sont associés à la distinction alors que celle-ci n'y est associée ni par la loi ni par la jurisprudence — tel est le cas notamment des avantages matrimoniaux et des gratifications en droit du travail —. Par exemple, également, c'est en raison de cette mystification que différents cas sont associés à la qualification de contrat à titre onéreux alors que la loi et la jurisprudence affirment le contraire — tel est le cas des loteries publicitaires en droit de la consommation —.

Ces associations abusives de cas à la distinction des contrats à titre gratuit et onéreux explique également l'impossible identification du critère de distinction de *la* gratuité et de *l'*onérosité. Étant

---

709 L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II*, *op. cit.*, p. 315, n° 254.

710 J.-L. Bergel, « Essai de synthèse sur "la gratuité" », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, N. Martial-Braz, C. Zolynski (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2013, p. 275, spéc., p. 281.

en proie à de multiples conceptions inspirées par des motifs extrêmement variés, la distinction perd toute rigueur et devient impossible à théoriser.

238. ***La démystification et le recentrage de la distinction des titres gratuit et onéreux autour de son critère de contrepartie convenue.*** Étant donné notre compréhension de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, nous proposons sa démystification et son recentrage autour de son critère légal de contrepartie convenue compris à l'aune de son exploitation jurisprudentielle. De cette manière la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux devient solide par un ancrage sur une notion de contrepartie convenue caractéristique du contrat à titre onéreux qui s'identifie suivant deux éléments.

Premièrement, la contrepartie convenue s'identifie par ses caractères, à savoir d'être le membre d'un diptyque réciproque et corrélé. En d'autres termes, la contrepartie convenue se caractérise par le fait d'être toujours accompagnée d'une autre contrepartie convenue qui se veut réciproque, c'est-à-dire tendue entre les mêmes parties à la convention, et corrélée, c'est-à-dire associée avec plus ou moins de vigueur à l'autre contrepartie convenue. Secondement, la contrepartie convenue s'identifie par son contenu qui est un avantage obligationnel indifférent à l'intention libérale. Cela signifie qu'une contrepartie convenue est toujours soutenue par une obligation, qu'elle soit à la charge d'une partie ou d'une autre, et qu'elle n'est pas influencée par l'existence d'une intention libérale. C'est-à-dire que l'intention libérale ne permet pas de conclure à l'existence d'un contrat à titre gratuit. Cette intention permet seulement de considérer que la contrepartie convenue s'inscrit dans un contexte successoral.

Par cette démystification et ce recentrage de la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, celle-ci devient également solide par le déclassement des cas qui y sont abusivement associés. Par exemple, les avantages matrimoniaux ne sont plus irréfragablement présumés à titre onéreux en l'absence de descendant d'un premier lit. Ils sont à titre gratuit ou à titre onéreux et ils sont sujets à une action en retranchement en présence de descendants d'un premier lit. Également, les loteries publicitaires en droit de la consommation ne sont plus qualifiées de contrat à titre onéreux mais de contrat à titre gratuit car aucune contrepartie n'est convenue.

PARTIE II

LE CONTRÔLE DE LA CONTREPARTIE CONVENUE : UNE ILLUSTRATION DE L'ABSENCE DE CAUSE

« *on ne doit pas admettre plus d'entités que ce qui est absolument nécessaire* »

G. d'Occam[711]

239. ***Le point de départ de la recherche.*** Sous l'empire du Code civil de 1804 le contrôle de la contrepartie convenue était notamment assuré par la notion de cause de l'obligation. Lors de la réforme du droit commun des contrats initiée en 2016 ce contrôle s'est précisé en se décomposant en deux entités. Le nouvel article 1169 du Code civil dispose ainsi que l'identification d'une contrepartie convenue « *illusoire ou dérisoire* »[712] emporte la nullité du contrat qui en est la source.

Cette décomposition du contrôle de la contrepartie convenue, entre l'illusoire et le dérisoire, fait l'objet d'une réception doctrinale globalement positive. En ce sens, on peut lire que le nouvel article 1169 du Code civil est « *(p)récis et ciselé* »[713] et de nature à « *simplifie(r) l'état du droit en le sécurisant* »[714]. Cela s'explique principalement par le fait que le texte consacre la formule doctrinale minutieusement forgée par le professeur Ghestin destinée à rendre compte des particularités jurisprudentielles du contrôle pour absence de cause de l'obligation. Toutefois, ce texte n'inspire pas seulement un sentiment de satisfaction ; il nourrit également un sentiment de déception. À l'égard du qualificatif illusoire, nombre d'auteurs estiment que le texte « *n'est pas à la hauteur* »[715].

---

711 Cité par G. Decauwert, *L'épistémologie*, Paris, Ellipses, coll. Apprendre à philosopher, 2018, p. 57 (*in fine*). *Rappr.* Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 182 et suiv., n° 308 et suiv.

712 Cciv., art. 1169 : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* »

713 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 377, n° 432.

714 Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats – Commentaire article par article – Ordonnance 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 141 (*in fine*).

715 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 328.

Cette déception provient du fait que la notion de cause de l'obligation avait pour domaine tous les contrats et que l'article 1169 « *cantonne (l'illusoire) au seul domaine des contrats à titre onéreux* »[716]. Cette déception est d'autant plus grande qu'elle contrevient « *à l'objectif affiché d'une codification à droit constant* »[717] et crée « *des lacunes* »[718] dans l'appareil conceptuel français. À l'égard du qualificatif dérisoire, les critiques sont moins fréquentes, toutefois on peut lire que l'article 1169 du Code civil « *suscit(e) la déception* »[719]. Celle-ci provient du fait que l'article 1168 qui le précède, censé reconduire la prohibition de principe de la prise en compte de la lésion, invite à considérer que l'article 1169 du Code civil « *vient infléchir* »[720] ce principe. Pour le dire autrement, cette succession d'articles fait du qualificatif dérisoire une forme de « *la lésion "énorme"* »[721]. Or cela est dérangeant car le contrôle pour contrepartie convenue dérisoire était distingué de la lésion dans le droit antérieur, ce qui contrevient une fois encore à l'objectif de codification à droit constant de la réforme.

Le point de départ de notre recherche est ainsi l'idée que, malgré les apparences, les qualificatifs illusoire et dérisoire inscrits dans l'article 1169 du Code civil ne sont pas pleinement source de satisfaction.

240. ***Les résultats de la recherche.*** À la lecture des écrits doctrinaux relatifs au contrôle de la contrepartie convenue, il apparaît que les difficultés précédemment évoquées de l'article 1169 du Code civil ne sont pas insurmontables. À l'égard du qualificatif illusoire, la réduction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue peut être contournée par le recours au concept d'erreur, éventuellement couplé à celui d'inexistence du contrat. Ainsi le contrôle pour absence de cause de l'obligation est totalement reconduit et la déception à l'égard du qualificatif illusoire est effacée. À l'égard du qualificatif dérisoire, l'opposition suggérée au droit ancien par un rapprochement avec

---

716 A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 97, n° 42.

717 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 328.

718 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 329.

719 R. Libchaber, « Les mésaventures de la contrepartie », *in Mélanges en l'honneur du professeur Claude Lucas de Leyssac*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 317, spéc., p. 318, n° 2 (*in limine*).

720 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 327. *Rappr.* A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 163 et 164, n° 190 : l'auteur envisage le contrôle de la contrepartie convenue illusoire ou dérisoire comme un cas de contrôle de l'équilibre financier du contrat à l'image de la lésion en matière de vente d'immeuble. *Adde* Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 332, n° 359 : « *Aujourd'hui les articles 1168 du Code civil, propre aux contrats synallagmatiques, et 1169, applicable à tous les contrats à titre onéreux sont, certes, indirectement relatifs à la lésion du point de vue d'un principe général, mais on la trouve dans d'autres dispositions du code relatives à certains contrats ou concernant certaines personnes ainsi que dans des lois particulières.* »

721 C. Grimaldi, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *D.* 2019, p. 388 (*in limine*) : « *En premier lieu, en toute matière, on sait que la lésion "énorme" emporte la nullité du contrat. La solution, naguère encore fondée sur l'exigence d'une "cause", est désormais consacrée par une disposition ad hoc : un "contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire" (art. 1169 c. civ.).* »

la lésion suggérée à l'article 1168 du Code civil peut également être contournée. Pour ce faire il suffit de reprendre le raisonnement qui était à l'œuvre sous l'empire de la cause de l'obligation : une contrepartie convenue dérisoire était assimilée à une absence de contrepartie, car ce qui était dérisoire « *confin(ait) à l'inexistence* »[722]. Grâce à ce raisonnement, le contrôle pour contrepartie convenue dérisoire est distingué du contrôle de la lésion, qui relève du déséquilibre contractuel, et la déception à l'égard du qualificatif dérisoire est effacée.

Ces différents procédés de contournement des difficultés du contrôle de la contrepartie convenue édicté à l'article 1169 du Code civil sont efficaces. Ils parviennent à résoudre les écueils précédemment évoqués. Cependant, nous pensons qu'ils présentent différentes difficultés qui invitent à chercher des solutions alternatives. À propos du contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire, les fondements complétifs identifiés par les auteurs paraissent idéaux, mais en vérité ils ne le sont pas car ils entrainent des changements de l'état du droit positif contraires à l'objectif de codification à droit constant. Par exemple, il est proposé de soumettre l'ancien contrôle d'absence de cause à la preuve d'une erreur, qui n'était pas exigée sous l'empire du droit ancien. Également, il est proposé de sanctionner certains cas d'absence de cause par l'inexistence, alors qu'ils étaient sanctionnés par la nullité sous l'empire du droit ancien. À propos du contournement du rapprochement légal du contrôle de la contrepartie convenue dérisoire et de la lésion, des difficultés se font également sentir. Pour un grand nombre d'auteurs, il suffit de raisonner de la même manière que la haute juridiction sous l'empire du Code civil de 1804, et ainsi considérer que le dérisoire n'est pas un cas de lésion. Le recours à ce raisonnement paraît idéal, mais en vérité il ne l'est pas car il fait de la lésion une notion distincte du dérisoire alors que le régime des deux notions est similaire. Dans les deux cas, en effet, il est question d'apprécier de manière absolue une équivalence au regard d'un critère forfaitaire.

241. ***Les conclusions tirées de la recherche.*** Compte tenu des différents problèmes évoqués précédemment, nous pensons qu'il peut être intéressant de trouver d'autres solutions pour contourner les difficultés du contrôle de la contrepartie convenue.

Concernant l'illusoire, nous pensons que l'unique solution pouvant pleinement satisfaire l'objectif législatif de codification à droit constant est de généraliser le contrôle de l'illusoire à l'échelle du contenu contractuel. C'est-à-dire qu'il faudrait considérer l'article 1169 du Code civil comme l'illustration du contrôle d'absence de cause de l'obligation, qui serait devenu en 2016 un

[722] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 379, n° 435.

contrôle général et non formulé du contenu contractuel[723]. Cette solution est efficace et a l'important mérite d'être simple d'application, même si elle suppose de reconnaître l'existence d'un contrôle en dehors des textes du Code civil.

Concernant le dérisoire, nous pensons qu'il faut abandonner l'idée d'une distinction de nature entre la lésion et le dérisoire et admettre qu'il y a une différence de degré entre les notions. La lésion n'étant qu'une application particulière du dérisoire, c'est-à-dire une illustration du contrôle pour absence de cause de l'obligation. Cette solution a le mérite de simplifier la matière et de mettre fin au débat sur le fondement de la lésion, qui est selon nous d'être une application particulière du raisonnement judiciaire qui assimile l'insuffisance à l'absence.

242. ***Le plan d'exposition des conclusions.*** Afin de présenter notre position à l'égard du contrôle de la contrepartie convenue nous proposons de suivre un plan simple et descriptif qui s'organisera autour des deux qualificatifs inscrits dans l'article 1169 du Code civil. Nous verrons ainsi dans un premier temps, le contrôle pour contrepartie convenue illusoire (**Titre I**) et dans un second temps, le contrôle pour contrepartie convenue dérisoire (**Titre II**).

TITRE I
Le contrôle pour contrepartie convenue illusoire

TITRE II
Le contrôle pour contrepartie convenue dérisoire

[723] *Comp.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 327 : les auteurs proposent, pour reconduire certaines solutions du droit antérieur, de reconnaître l'existence d'un concept similaire au notre qui serait celui « *d'absence de "contenu du contrat"* ».

TITRE I

LE CONTRÔLE POUR CONTREPARTIE CONVENUE ILLUSOIRE

243. ***Le constat d'une réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire.*** Il est acquis que lors de la réforme du droit commun des contrats initiée en 2016 le législateur a voulu formellement supprimer la notion d'absence de cause de l'obligation pour la remplacer par celle de contrepartie convenue illusoire. L'objectif était de simplifier la matière[724] et de maintenir les acquis jurisprudentiels du Code civil de 1804. Pour les auteurs la poursuite de cet objectif était judicieuse, cependant ces derniers constatent que sa satisfaction n'est pas complète. Cette transformation a en effet entrainé un changement conceptuel non-négligeable : il a réduit le contrôle pour absence de cause de l'obligation au seul contrat à titre onéreux. En effet, « *(l)à où la cause était une condition générale de validité de tout contrat et même de tout acte juridique, l'article 1169 ne vise que certains contrats : les "contrats à titre onéreux"* »[725].

244. ***La nécessité de contourner cette réduction légale.*** Selon les auteurs, il ne faut pas considérer cette réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire comme une réforme conceptuelle. Il faut plutôt y voir le signe d'une codification « *à droit constant* »[726] dont « *les nouveaux textes sont imparfaits* »[727]. En d'autres termes, il ne faut pas croire que

724 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035, 11 févr. 2016, texte n° 25. Pour une présentation des différents objectifs de la réforme *V.* not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 18 et suiv., n° 25 et suiv.

725 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 329.

726 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035, 11 févr. 2016, texte n° 25.

727 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, p. 1906, n° 3.

le « *silence du texte* »[728] implique que le droit français des contrats est devenu *a-causaliste*[729]. Les auteurs sont unanimes sur ce point[730].

245. ***Les procédés doctrinaux de contournement de la réduction légale.*** Ne comprenant pas « *pour quelle raison le contrôle de la justification minimale d'un engagement ne vaudrait que lorsque cet engagement* »[731] s'inscrit dans un contrat à titre onéreux, les auteurs ont cherché le moyen de « *remédier aux défauts de cette réduction légale de la cause à la seule contrepartie* »[732]. Deux types de procédés ont été identifiés.

Le premier type repose sur la spécialisation du contrôle de certains contrats. Pour résumer, l'idée est que le contrôle édicté à l'article 1169 du Code civil est spécifique aux contrats à titre onéreux et que le contrôle des autres contrats doit être spécialisé sur le fondement d'autres notions. Par exemple, le contrôle des contrats à titre gratuit serait fondé sur l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil en considérant que la référence aux libéralités pourrait être élargie à tous les contrats à titre gratuit. Le second type de procédé repose sur l'idée d'une extension du contrôle de l'erreur. En résumé, l'idée est que l'on pourrait compenser la réduction de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire en étendant le domaine de l'erreur. Par exemple, il est proposé d'induire à partir des différents contrôles de l'erreur l'existence d'un contrôle général d'erreur sur tout élément essentiel du contrat.

À notre avis il ne fait aucun doute que l'un de ces différents procédés doctrinaux de compensation de la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire pourrait séduire la haute juridiction et faire l'objet d'une consécration jurisprudentielle. Toutefois, nous pensons qu'il serait préférable d'adopter un autre procédé car, comme nous essayerons de le montrer, ces différents procédés doctrinaux présentent des difficultés qui en limitent le soutien (**Chapitre I**).

---

728 L. Andreu, N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Paris, Gualino, coll. Amphi LMD, 6e éd., 2021, p. 147, n° 354.

729 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 447, n° 402. Pour le dire autrement : les auteurs sont unanimement d'avis que le droit français ne peut être tenu pour favorable au « *principe de validité des actes abstraits* » : Th. Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p. 1551. *Adde* Th. Genicon, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », art. préc.

730 *V.* not. L. Andreu, N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Paris, Gualino, coll. Amphi LMD, 5e éd., 2020, p. 146, n° 354 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 331 ; Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats – Commentaire article par article - Ordonnance 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 141 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Paris, Paradigme, coll. Manuels, 5 éd., 2020, p. 350 et suiv., n° 419 et suiv. ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 312, n° 346 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 97, n° 42 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 448, n° 403 ; G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015, p. 1557.

731 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 330.

732 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 475, n° 419.

246. ***Un autre procédé de contournement de la réduction légale.*** À notre avis les différents procédés doctrinaux de contournement de la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire ont une principale difficulté commune : le fait de considérer le contrôle de l'illusoire réductible à la contrepartie convenue. Ce positionnement est une difficulté car ce n'est pas conforme au droit positif. Le contrôle de l'illusoire est irréductible à la contrepartie convenue.

Compte tenu de cela nous sommes d'avis que le seul procédé susceptible de contourner efficacement cette réduction légale est de déconnecter le contrôle de l'illusoire de la contrepartie convenue et d'élargir son domaine d'intervention à tout le contenu contractuel. Certes, ce procédé a pour principal défaut d'être non écrit, cependant, il permettrait de contourner plus efficacement la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire. Dans les développements suivants nous essayerons de montrer comment une telle extension du contrôle de l'illusoire peut être entreprise et comment elle peut être en mesure de reconduire plus fidèlement le droit positif au lendemain de la réforme du droit commun des contrats (**Chapitre II**).

CHAPITRE I
Un contrôle irréductible à la contrepartie convenue

CHAPITRE II
Un contrôle généralisable au contenu contractuel

CHAPITRE I

UN CONTRÔLE IRRÉDUCTIBLE À LA CONTREPARTIE CONVENUE

247. ***L'échec des procédés de compensation de la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire.*** Les auteurs ont identifié deux types de procédés permettant de « *remédier aux défauts de (la) réduction légale de la cause à la seule contrepartie* »[733]. Le premier type de procédés repose sur la spécialisation du contrôle de contrats extérieurs à l'article 1169 du Code civil (**Section I**). Le second type de procédés repose sur l'extension du champ de l'erreur afin de compléter le contrôle prévu à l'article 1169 du Code civil (**Section II**). Ces deux types de procédés sont séduisants en ce qu'ils se rapportent à des notions connues du droit positif et sont fondés sur des textes du Code civil. Toutefois, ils sont critiquables en ce qu'ils ne traitent pas tous les cas d'absence de cause de l'obligation extérieurs à l'article 1169 du Code civil et se fondent sur des notions qui ne sont pas conceptuellement équivalentes à l'ancienne notion d'absence de cause de l'obligation.

Section I

La réduction critiquable de l'illusoire à la contrepartie convenue par la spécialisation du contrôle de certains contrats

Section II

La réduction critiquable de l'illusoire à la contrepartie convenue par l'ouverture de l'erreur

[733] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 475, n° 419.

SECTION I

LA RÉDUCTION CRITIQUABLE DE L'ILLUSOIRE À LA CONTREPARTIE CONVENUE PAR LA SPÉCIALISATION DU CONTRÔLE DE CERTAINS CONTRATS

248. ***Le contrôle autonome de certains contrats.*** Les deux premiers précédés de contournement de la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire que nous allons évoquer consistent en l'isolement du contrôle de certains contrats. L'objectif est ainsi de compenser la limitation de l'article 1169 du Code civil à la contrepartie convenue en permettant au contrôle de ces contrats, anciennement assumé par la cause de l'obligation, ne de pas être « *orphelins d'une solution textuelle* »[734].

Le premier procédé consiste à isoler les contrats qui présentent un antécédent nécessaire. L'idée est que le contrôle de cet antécédent peut être reconduit par la théorie de l'inexistence et ainsi compenser la restriction de l'article 1169 du Code civil à la contrepartie convenue (**§1**). Le second procédé consiste à isoler les contrats à titre gratuit. L'idée est que le contrôle des motifs des libéralités prévu à l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil peut être étendu par analogie à tous les contrats à titre gratuit et ainsi reconduire l'ancien contrôle de la cause de l'obligation des contrats à titre gratuit et compléter l'article 1169 du Code civil qui est limité aux contrats à titre onéreux (**§2**).

§1. La critique du procédé fondé sur l'autonomisation des contrats nécessitant un antécédent

249. ***Principe et difficultés.*** Ce premier procédé de contournement de la réduction légale de l'absence de cause à la contrepartie convenue illusoire consiste en la reconnaissance d'une confusion entre la cause de l'obligation et la cause efficiente lors du contrôle de l'antécédent nécessaire de certains contrats. La conséquence de cette position est non négligeable : elle permet de relativiser la dimension réductrice de l'article 1169 du Code civil (**A**). Ce procédé a séduit plusieurs auteurs, notamment en raison de la consécration de la catégorie des contrats réels lors de

[734] O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 331.

la réforme du droit commun des contrats, cependant, nous pensons que ce procédé présente différentes difficultés qui invitent à en refuser le soutien (**B**).

A. Le procédé : la distinction de la cause de l'obligation et de la cause efficiente

250. ***Deux types contractuels nécessitant un antécédent.*** Les auteurs distinguent deux types de contrats qui supposent un antécédent nécessaire[735] et qui appellent un traitement particulier. Il s'agit d'un côté des contrats réels de restitution et de l'autre de la promesse de payer une dette préexistante. Comme nous allons le voir, ces deux types de contrats impliquent selon les auteurs un traitement spécifique car il y aurait de la part de la Cour de cassation une confusion entre la cause de l'obligation et la cause efficiente.

251. ***Le premier type : les contrats réels de restitution.*** Selon les professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénedé, il est possible de relativiser la restriction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue en reconnaissant l'existence d'une situation particulière à l'endroit des contrats réels de restitution. L'idée est que dans ces contrats la cause de l'obligation n'a pas lieu d'être invoquée, contrairement à ce qu'enseigne la Cour de cassation[736]. En effet, la cause dont il est question dans les contrats réels de restitution, à savoir « *la remise de la chose* »[737], n'est pas la cause *de l'obligation*, qui désigne « *la* finalité » de l'obligation de restitution, mais la « *cause efficiente* », qui désigne « *la* source »[738] de l'obligation de restitution.

La reconnaissance de cette confusion est non négligeable aux yeux des auteurs : en considérant que la cause de l'obligation n'a pas « *d'utilité dans les contrats réels* »[739] ils concluent que la restriction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue dans l'article 1169 du Code civil n'est pas décevante. Cette conclusion est d'autant plus justifiée que le contrôle de la cause efficiente, anciennement et abusivement assumé par la cause de l'obligation, peut être repris au lendemain de la réforme du droit commun des contrats par la notion d'inexistence.

---

735 Formule développée par le professeur Wicker (« De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., not. n° 23).

736 La position est ancienne, en ce sens *V.* not. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil – Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 322, n° 1038. Pour le soutien de cette position chez les auteurs modernes *V.* not. M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : Analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 125, n° 236 ; Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 174 à 176, n° 193 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2014, p. 267, n° 259 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 561, n° 870 ; J. Rochfeld, *Rép. civ.* Dalloz, Cause, n° 34.

737 **Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 175, n° 06-19.056**, préc.

738 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 465, n° 413.

739 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 124, n° 235 ; *Rappr.* J. Rochfeld, *Rép. civ.* Dalloz, Cause, n° 34 : « *Pourquoi l'emprunteur s'oblige-t-il à restituer la chose ? On ne le sait pas plus. On ne peut donc que rejoindre le mouvement de remise en question des contrats réels* ».

252. ***La manifestation de l'autonomie des contrats réels de restitution.*** L'autonomie des contrats réels de restitution est fondée en doctrine sur un principal argument technique à savoir le fait qu'il est question de contrats réels. Cela signifie que ces contrats ne sont formés qu'à partir du moment de la remise de la chose, ce fameux antécédent nécessaire. En d'autres termes, dans ces contrats le seul échange des consentements est insuffisant à les former, il faut réaliser une formalité complémentaire. Le législateur de 2016 n'est pas resté insensible à cette position doctrinale qu'il a reproduite fidèlement à l'article 1109 du Code civil en précisant que « *(l)e contrat est réel lorsque sa formation est* ***subordonnée à la remise d'une chose*** »[740]. Contrat qu'il oppose à la convention consensuelle qui « *se forme par* ***le seul échange des consentements*** *quel qu'en soit le mode d'expression* »[741].

On perçoit nettement dans ces deux définitions l'originalité des contrats réels pour lesquels la remise de la chose est la cause efficiente des obligations — elle est à la source des obligations, elle participe à la formation des contrats — et non la cause de l'obligation — qui est le résultat du contrat, telle une contrepartie convenue —.

253. ***La confirmation de l'autonomie des contrats réels de restitution.*** Compte tenu de l'originalité de nature des contrats réels de restitution, les auteurs déduisent que ces contrats présentent une originalité de régime : l'absence de cause ne doit pas être sanctionnée par la nullité du contrat, comme en matière de contrat à titre onéreux[742], mais par l'inexistence du contrat. C'est-à-dire que le juge ne doit que constater l'absence d'un élément essentiel qui a empêché la formation d'un contrat[743].

Cette position doctrinale, reprise par plusieurs auteurs, trouve depuis la réforme du droit commun des contrats un soutien textuel non négligeable aux articles 1109 et 1172 du Code civil qui distinguent les contrats réels et solennels. Dans le premier article le législateur précise que « *(l)e contrat est réel lorsque* ***sa formation*** *est subordonnée à la remise d'une chose* »[744] par opposition au contrat solennel qui est la convention dont la « ***validité*** *est subordonnée à des formes déterminées par la loi* »[745]. Dans le second article, le législateur dispose que « ***la validité*** *des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat* ***est nul*** »[746], par opposition aux contrats réels qui sont des conventions pour lesquels « *la loi subordonne* ***la formation*** »[747] à la remise

740 Nous soulignons.

741 Nous soulignons.

742 Solution que reproduit l'article 1169 du Code civil.

743 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 465, n° 413.

744 Nous soulignons.

745 Nous soulignons.

746 Nous soulignons.

747 Nous soulignons.

d'une chose. L'opposition entre formation et validité dans ces deux articles corrobore l'idée que l'absence de cause dans les contrats réels est sanctionnée par l'inexistence, par opposition aux contrats solennels pour lesquels l'absence de cause est sanctionnée par la nullité.

254. ***Le résumé de la position sur les contrats réels.*** Sous l'empire des textes de 1804 la remise de la chose dans les contrats réels de restitution était contrôlée sur le fondement de la cause de l'obligation. Compte tenu de la restriction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue en 2016 il est apparu logiquement un manque à l'endroit des contrats réels de restitution. Toutefois, ce manque doit être relativisé car, selon les auteurs, celui-ci est artificiel. Pour le voir, il faut décomposer le propos en deux temps. Premièrement, il convient de souligner qu'avant la réforme du droit commun des contrats les auteurs estimaient que la Cour de cassation contrôlait abusivement la remise de la chose sur le fondement de la cause de l'obligation. Elle aurait dû, selon eux, contrôler cette remise sur le terrain de la formation du contrat et la théorie de l'inexistence[748]. Secondement, il convient de voir que lors de la réforme du droit commun des contrats le législateur a consacré la notion de contrat réel pour lesquels la remise de la chose participe à la formation du contrat et est donc logiquement contrôlée sur le terrain de l'inexistence. Compte tenu de cela, les auteurs estiment qu'il faut relativiser la restriction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue car cette restriction n'a en rien rendu orphelin d'une solution textuelle le contrôle de la remise de la chose dans les contrats réels.

255. ***Le second type : la promesse de payer une dette préexistante.*** La promesse de payer une dette préexistante est un contrat particulier que l'on connait essentiellement par son illustration topique qu'est la reconnaissance de dette. Il s'agit du contrat par lequel une personne s'engage à régler une dette que le contrat constate. L'exemple le plus parlant est celui de la reconnaissance d'une dette de responsabilité.

Selon la Cour de cassation, un tel contrat présente une cause qui « *est constituée par l'obligation préexistante* »[749]. Cela implique que si la dette préexistante « *s'avère illusoire, par exemple parce que le promettant croyait à tort en être le débiteur, la promesse est dépourvue de cause* »[750]. Tel est le cas par exemple de l'exploitant d'un cinéma qui s'est engagé envers un artiste à réparer un dommage dont il s'était cru à tort responsable[751], ou bien d'une société qui s'est s'engagée à régler une dette dont il en était

---

748 Pour une présentation d'ensemble de cette critique *V.* not. Fr. Chénedé, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel (à propos de deux arrêts de la première chambre civile du 19 juin 2008), *D.* 2008, p. 2555, spéc. n° 6 et suiv.

749 **Cass. com., 14 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 66, n° 04-17.433** : décision rendue au sujet d'une reconnaissance de dette, la forme la plus courante des promesses de payer une dette préexistante.

750 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 127, n° 240.

751 **Req., 1er juill. 1924** ; *DH* 1924. 509 ; *Gaz. Pal.* 1924. 2. 420.

déjà acquis l'extinction[752], ou encore d'un homme qui s'est engagé à subvenir aux besoins d'un enfant dont il s'était cru à tort le père sur les déclarations de la mère[753].

Malgré le fait que cette position soit bien installée en jurisprudence, celle-ci fait régulièrement l'objet de critique en doctrine en ce que la Cour de cassation confondrait la cause de l'obligation avec la cause efficiente du contrat[754]. L'idée est proche de celle des contrats réels de restitutions, à ceci près que la cause efficiente de ce contrat ne réside pas dans un fait générateur du contrat lui-même, mais dans un élément sans lequel le contrat perdrait tout son sens. Pour le dire autrement, contrairement aux contrats réels de restitution, la promesse de payer une dette faussement préexistante est un contrat formé, mais dont il manque un élément essentiel.

En tout état de cause, le cas de la promesse de payer une dette préexistante s'apparente à celui des contrats réels de restitution en ce qu'il invite une fois de plus à relativiser le cantonnement de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue à l'article 1169 du Code civil. En effet, ce cas était abusivement contrôlé sur le fondement de la cause de l'obligation, ce qui implique qu'il n'est pas affecté par la restriction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue.

256. ***La justification de l'autonomie de la promesse de payer une dette préexistante.*** Selon quelques rares auteurs, il faut considérer que la promesse de payer une dette préexistante a une nature particulière, à savoir une nature recognitive non-obligationnelle[755]. C'est-à-dire que l'acte constate une dette, il n'en crée pas[756]. Ces auteurs déduisent en conséquence qu'en cas de fausseté de la dette reconnue il ne faut pas prononcer la nullité du contrat, « *il suffit de* constater *l'absence de l'obligation et de déchirer la reconnaissance faite par erreur* »[757]. Ce qui signifie à nos yeux[758] que le contrat est inexistant, à l'image des contrats réels de restitution[759].

En résumé, les auteurs estiment que la reconnaissance de dette a une nature originale qui appelle

---

752 **Cass. com., 8 juin 1999, n° 96-18.872**.

753 **Req., 7 juill. 1931** ; *DH* 1931. 445.

754 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 181, n° 195 (*in limine*).

755 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 180, n° 194 ; Fr. Chénedé, « La cause est morte… Vive la cause ? », *CCC*, 5 mai 2016, dossier 4, spéc. n° 15 ; Dans le même sens : *V*. J. Dabin, *La théorie de la cause (art. 1131-33 du Code civil.) – Étude d'Histoire et de Jurisprudence*, thèse, Bruxelles, éd. Van Fleteren, 1919, p. 261, n° 277 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 313, n° 347.

756 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 468 et 469, n° 416 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 313, n° 347.

757 J. Dabin, *La théorie de la cause (art. 1131-33 du Code civil.) – Étude d'Histoire et de Jurisprudence*, th. préc., p. 261, n° 277 ; Dans le même sens *V*. Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 180, n° 194.

758 Aucun auteur favorable à l'existence d'une nature recognitive n'affirme explicitement que l'acte doit être sanctionné par l'inexistence. Toutefois, le vocabulaire employé y invite par déduction.

759 *Contra.* M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 128, n° 241. Dans le même sens J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 267 et 268, n° 260.

un traitement original sur le fondement de l'inexistence. En conséquence, cela permet de considérer que la restriction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue à l'article 1169 du Code civil n'est pas problématique.

B. Les difficultés du procédé : un principe fondateur sujet à discussion et partiel

257. ***Deux difficultés.*** À nos yeux la théorie doctrinale de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue par la théorie de l'inexistence pose doublement difficulté. Premièrement, au regard de sa prémisse, à savoir que sous l'empire des textes de 1804 la Cour de cassation confondait la cause de l'obligation et la cause efficiente. Secondement, au regard de son efficience, à savoir que ce procédé de compensation de la réduction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue est partiel.

258. ***Une première difficulté : un procédé au principe sujet à discussion.*** À notre avis, il est excessif de considérer que la Cour de cassation confondait les causes efficiente et de l'obligation dans les contrats nécessitant un antécédent et que par conséquent il faut relativiser la réduction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue. Nous pensons au contraire que la Cour de cassation désignait bien la cause de l'obligation et que ces contrats devaient effectivement être sanctionnés sur le terrain de la nullité. Afin de montrer la cohérence de la position de la Cour de cassation nous proposons de reprendre l'analyse de chaque type contractuel évoqué précédemment.

Concernant les contrats réels de restitution, la position doctrinale corroborée par les articles 1109 et 1172 du Code civil, soutient qu'un accord de volontés destiné à créer un tel contrat n'est pas formé si la remise de la chose n'a pas eu lieu. Les auteurs tirent comme conséquence de ce raisonnement que le contrat n'est pas nul pour absence de cause de l'obligation mais inexistant pour absence de cause efficiente. La position est séduisante, toutefois, elle nous semble critiquable par la sanction qu'elle préconise. Certes, la loi affirme aujourd'hui que le contrat de prêt dont il manque la remise n'est pas formé, mais la jurisprudence antérieure ne suggérait pas que l'acte était en conséquence inexistant, mais nul. À notre avis, il est possible de justifier cette solution en considérant que l'objet de l'engagement de l'emprunteur est impossible. Dans la mesure où l'objet de l'engagement de l'emprunteur est de restituer ce qu'il a reçu, s'il est démontré que rien n'a été remis, alors, la dette de restitution est un engagement impossible. En effet, comment rendre ce qui n'a pas été transmis ? Par ce changement d'appréhension de l'opération, on parvient alors à considérer que la Cour de cassation n'opérait pas une confusion entre les causes efficiente et de

l'obligation et que le contrat était effectivement nul, mais pour absence d'objet[760].

Concernant la promesse de payer une dette préexistante, la situation est similaire. Étant donné la fausseté de la dette reconnue, le débiteur se trouve dans la même situation que celle que nous avons décrite précédemment, à savoir d'être débiteur d'un engagement incohérent, impossible. En conséquence, une telle convention est également nulle pour absence d'objet de l'obligation, à moins de démontrer que l'appauvri a été motivé par une intention libérale.

En conclusion, nous pensons que le procédé de relativisation de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue est excessif. Certes, on peut penser que la Cour de cassation confondait les causes efficiente et de l'obligation pour ces contrats et qu'il était question de cas d'inexistence, mais il nous semble préférable de penser qu'elle n'opérait aucune confusion, que sa position était cohérente et qu'il était bien question d'une nullité. Mais pour absence d'objet de l'obligation.

259. ***Une seconde difficulté : un procédé de compensation partiel de la réduction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue.*** Ce procédé de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue pose à notre avis difficulté en ce qu'il est partiel. C'est-à-dire qu'il ne permet pas de justifier l'exclusion du giron de la cause de l'obligation tous les contrats qui ne présentent pas une contrepartie convenue. En effet, restent dans l'ombre tous les autres contrats à titre gratuit, que sont les libéralités ou encore les sûretés. Cet aspect partiel nous invite en conséquence à rejeter ce procédé.

Cette conclusion peut toutefois être relativisée en admettant que ce premier procédé peut être complété par celui que nous allons détailler ensuite et qui consiste en la généralisation du régime des libéralités à tous les contrats à titre gratuit.

§2. La critique du procédé fondé sur l'extension du régime des libéralités

260. ***Principe et difficultés.*** Le second procédé de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue consiste en un élargissement de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil. Précisément l'idée est d'étendre la référence textuelle aux libéralités à tous les contrats à titre gratuit. Ce procédé présente des atouts, notamment de compléter harmonieusement l'article 1169 du Code civil relatif aux contrats à titre onéreux (**A**), cependant il nous semble contestable en ce qu'il suppose, notamment, d'assimiler les libéralités aux contrats à titre gratuit (**B**).

[760] Cette position n'est valable que dans la mesure où on a la certitude que l'engagement du débiteur a pour objet de restituer ce qui a été reçu. Dans le cas contraire, la nullité sera justifiée différemment. Sur ce point *V. infra* n° 377 et suiv.

A. Le procédé : une extension par analogie

261. ***Le principe du procédé : l'extension du régime des libéralités aux contrats à titre gratuit.*** L'article 1135 du Code civil est composé de deux alinéas. Le premier pose le principe selon lequel « *l'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement* ». Le second alinéa tempère ce principe en considérant que « *(n)éanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité* ». Selon les auteurs, l'exception formulée dans le second alinéa de l'article 1135 du Code civil, n'est « *que la reprise d'une jurisprudence ancienne qui annulait sur le terrain de la cause, les libéralités consenties sous l'empire d'un mobile trompeur* »[761]. En d'autres termes, il faut considérer ce texte comme « *une règle de substitution* »[762] à la cause de l'obligation dans les libéralités au lendemain de sa suppression. Fort de cette qualité, des auteurs ont alors envisagé l'extension de ce texte à tous les contrats à titre gratuit afin de couvrir tous les cas ignorés par l'article 1169 du Code civil relatif aux contrats à titre onéreux.

262. ***Les qualités du procédé : simplicité et légitimité.*** Ce procédé présente deux principales qualités. Premièrement, il est simple dans son principe en ce qu'il s'appuie sur la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux. Une distinction classique pour les juristes et habituelle pour tout un chacun. Secondement, ce procédé trouve un écho important dans la doctrine, aussi bien classique qu'actuelle : d'un côté ce procédé reprend la position ancienne qui rapproche nettement les contrats à titre gratuit des libéralités et de l'autre côté ce procédé fait écho au rapport remis au Président de la République sur la réforme du droit commun des contrats qui rapproche les libéralités des contrats à titre gratuit lors de l'évocation de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil[763].

---

761 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 328, n° 287. Dans le même sens O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 227 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 315, n° 349.

762 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 328, n° 287 (*in fine*) : « *le législateur a mis en place à l'article 1135 alinéa 2 une règle de substitution qui, sous couvert d'erreur sur les motifs, remplit exactement la fonction qui était dévolue à cette notion. Ainsi, malgré la suppression du mot cause, la réalité qu'elle recouvre continue à étendre son emprise sur le droit des libéralités* ».

763 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25 : « *L'erreur sur les motifs est indifférente, à moins que les parties n'en aient fait "expressément" un élément déterminant de leur consentement - réserve étant faite toutefois du cas des libéralités, pour lesquelles il est rappelé que l'erreur sur le motif est bien une cause de nullité, ce qui permet d'appréhender les situations qui étaient auparavant sanctionnées sur le fondement de l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit (article 1135).* » (nous soulignons).

263. ***La pertinence du procédé : un contrôle de la cause de l'obligation complémentaire de l'article 1169 du Code civil.*** Le présent procédé est intéressant à un double niveau. Le premier niveau d'intérêt réside dans la reconduction du régime des libéralités fondé sur la cause de l'obligation sur le terrain de l'erreur. Les auteurs estiment qu'il y a là une substitution de fondement sans changement conceptuel qui satisfait l'objectif de codification à droit constant de la réforme. Le second niveau d'intérêt réside dans l'élaboration d'un régime général des contrats à titre gratuit qui vient compléter celui des contrats à titre onéreux organisé à l'article 1169 du Code civil. Cette analyse permet en effet de promouvoir la distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, ainsi que de justifier la restriction de l'article 1169 du Code civil à la contrepartie convenue du contrat à titre onéreux.

B. Les difficultés du procédé : une double contrariété au droit positif

264. ***Deux points difficiles.*** L'extension de la référence aux libéralités de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil à tous les contrats à titre gratuit présente deux principales difficultés : la première se situe dans l'analyse des libéralités comme modèle de la catégorie des contrats à titre gratuit (**1**) ; la seconde difficulté réside dans la conviction que le législateur a entrepris dans cet article la reconduction fidèle du régime ancien des libéralités fondé sur la notion de cause de l'obligation (**2**).

1. L'extension critiquable du régime des libéralités à tous les contrats à titre gratuit

265. ***Une assimilation contestable.*** Afin de relativiser la restriction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue dans l'article 1169 du Code civil, différents auteurs proposent d'étendre « *par analogie* »[764] la référence aux libéralités à tous les contrats à titre gratuit. Pour cause, « *la* ratio legis *du texte ne vaut pas moins pour les contrats à titre gratuit en général que pour les libéralités en particulier* »[765].

Malgré la légitimité de ce raisonnement, celui-ci nous paraît, à la suite du professeur Wicker, « *très discutable* »[766]. Et cela, pour une raison qui nous est propre : les libéralités ne sont pas nécessairement des contrats à titre gratuit.

---

764 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 228. Pour une présentation détaillée du raisonnement par analogie *V.* S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2[e] éd., 2015, p. 41 et suiv.

765 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 29.

766 *Ibidem.*

266. ***La libéralité, un contrat éventuellement à titre gratuit : renvoi[767].*** Comme nous l'avons souligné précédemment, admettre invariablement qu'une donation est un contrat à titre gratuit est contestable, en témoigne notamment le cas de la donation avec charge dans le contentieux de la fraude paulienne.

2. L'assimilation critiquable de l'absence de cause de l'obligation à l'erreur

267. ***La neutralité affichée du passage de l'absence de cause à l'erreur.*** Selon nombre d'auteurs l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil n'est « *que la reprise d'une jurisprudence ancienne* »[768] rendue sur le terrain de la cause. Par conséquent, il faut considérer que la réduction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue dans à l'article 1169 du Code civil peut être relativisée par l'extension de la référence aux libéralités à tous les contrats à titre gratuit.

268. ***La neutralité discutable du passage de l'absence de cause de l'obligation à l'erreur.*** À notre avis cette conclusion suivant laquelle la différence entre l'ancien article 1131 du Code civil appliqué aux libéralités et le nouvel article 1135 du Code civil « *n'est que formelle* »[769] est doublement excessive.

Premièrement, le passage de l'absence de cause de l'obligation à l'erreur est excessif car les notions n'emportent pas la nullité du contrat suivant les mêmes conditions. L'erreur, contrairement à l'absence de cause de l'obligation[770], est en effet soumise une condition d'excusabilité qui, comme le souligne l'article 1132 du Code civil, empêche toute action en nullité si elle est démontrée[771]. Compte tenu de cette différence de régime, il apparaît en conséquence que la neutralité affichée du passage de l'absence de cause de l'obligation à l'erreur n'est qu'apparente.

Secondement, le passage de l'absence de cause de l'obligation à l'erreur est excessif car, sous l'empire des textes de 1804, l'erreur sur le motif d'une libéralité n'était pas soumise à la condition

---

767 *V. supra* n° 167 et suiv.

768 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 227. Dans le même sens *V.* Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 328, n° 287.

769 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 227.

770 **Cass. civ. 1re, 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 194, n° 92-10.736** ; *JCP* G 1996.I.3914, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; *Defrénois*, 1995, p. 1038, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1995, p. 580, obs. J. Mestre. *Rappr.* Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 17e éd., 2020, p. 382, n° 1144 : « *qu'adviendra-t-il de l'erreur sur la cause du contrat, puisque la cause du contrat n'existe plus ?* ». *Rappr.* **Cass. com., 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71, n° 08-12.691** ; *RTD civ.* 2009, p. 527, obs. B. Fages et **Cass. com., 24 sept. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 147, n° 01-11.504** ; *D.* 2003, p. 2683, note. Ch. Caron, p. 2762, obs. P. Sirinelli ; *RTD civ.* 2003, p. 703.

771 *Rappr.* G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 268, n° 313 : Suggérant que la condition d'excusabilité a pour domaine toute erreur, à moins de découvrir entre les textes la survivance de l'erreur-obstacle qui serait distincte de l'erreur-vice par son indifférence à la condition d'excusabilité.

d'excusabilité[772]. Situation qui se justifiait par l'existence d'un concours d'actions entre l'erreur et l'absence de cause de l'obligation[773] qui n'était pas spécifique aux libéralités[774]. Dès lors, en fondant exclusivement la nullité d'une libéralité sur l'erreur vice du consentement, on emporte un changement de l'état du droit positif.

En conclusion, compte tenu de ces deux changements de l'état du droit positif, il nous semble excessif de considérer que l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil « *consacre une fonction qui était jadis attribuée à la cause* »[775] et qu'il « *remplit exactement (cette) fonction.* ». Dès lors, il serait regrettable de relativiser la réduction de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue en soutenant l'extension de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil à tous les contrats à titre gratuit.

269. ***Conclusion de la section I.*** Contestant la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue les auteurs ont cherché à identifier différents procédés permettant de la contourner. Nous avons consacré cette première section à deux premiers procédés qui proposent de contourner cette difficulté par la spécialisation du contrôle de certains contrats.

Le premier procédé repose sur l'idée que certains cas d'absence de cause de l'obligation identifiés en jurisprudence n'en étaient pas réellement et que par conséquent, l'article 1169 du Code civil ne les a pas ignorés. Ces contrats sont ceux qui nécessitent un antécédent, tels que les contrats réels de restitution ou la promesse de payer une dette préexistante. À notre avis, il est doublement excessif de considérer que l'annulation de ces contrats ne reposait pas sur l'absence de cause de

---

[772] Sur le constat de l'indifférence de l'erreur sur le motif d'une libéralité à la condition d'excusabilité *V.* B. Grelon, « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.* 1981, p. 262, spéc. p. 273, n° 18 : « *Le caractère fautif et donc inexcusable de l'erreur ne peut résulter que de circonstances de fait particulières ayant entouré la commission de l'erreur et non de la qualité de la victime de l'erreur. Mais, en toute hypothèse, la prise en considération de la faute de l'auteur de l'erreur ne pourra être qu'exceptionnelle. En premier lieu, en effet, dans les libéralités purement grâcieuses, le bénéficiaire de celle-ci ne peut se plaindre d'une faute qui ne saurait réellement lui nuire. N'étant tenu d'aucune obligation l'annulation de la libéralité ne lui cause aucun préjudice. Il n'y a donc pas lieu en cette matière de faire un partage entre les intérêts des deux parties. Seule la protection du consentement de l'auteur de l'acte à titre gratuit a à être prise en considération. En second lieu dans les testaments, l'erreur du testateur n'est jamais invoquée par celui-ci, mais l'est toujours par les héritiers exhérédés. Dès lors retenir la faute du testateur pour rejeter la demande en nullité des héritiers conduirait à faire rejaillir sur ces derniers la faute de leur auteur. Il semble donc nécessaire d'admettre dans cette hypothèse que le caractère "inexcusable" de l'erreur commise par le disposant n'interdit pas l'action en nullité des héritiers. Et si aucune décision n'a posé un tel principe, aucun tribunal n'a non plus rejeté l'action des héritiers, en raison de la faute commise par leur auteur. Ces diverses particularités que connaît le régime de l'erreur en matière de libéralité tiennent essentiellement, à ce qu'en ce domaine, les juges n'ont pas à rechercher un équilibre délicat entre les prétentions et les intérêts des diverses parties, mais ont essentiellement à prendre en considération la volonté de l'auteur de la libéralité, véritable maître de l'acte à titre gratuit* ». L'auteur conclut quelques pages plus loin (p. 284, n° 32) qu'en « *définitive, que l'annulation soit poursuivie sur le fondement de l'article 1131 du code civil – pour fausse cause – ou sur celui de l'article 1110 du même code – pour erreur – les conditions exigées par la jurisprudence pour prononcer la nullité sont identiques.* » (nous soulignons).

[773] Solution corroborée par le fait que l'annulation était acquise aussi bien sur le fondement de l'erreur que de l'absence de cause de l'obligation. Sur ce point *V.* B. Grelon, « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.* 1981, p. 262, spéc. p. 281, n° 28 et 29 (l'auteur évoque les décisions qui se fondent soit sur l'erreur, soit sur la cause).

[774] « *Cette solution s'expliquait par le fait qu'en présence d'un cumul des causes de nullité (nullité pour erreur et nullité pour absence de cause), le régime de la nullité pour absence de cause – qui ne comportait pas la limite de l'agissement inexcusable –* » : O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 216.

[775] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 271 et 272, n° 318.

l'obligation. Premièrement, car défendre le contraire supposerait de changer la sanction qui leur serait appliquée, à savoir l'inexistence. Secondement, car défendre le contraire reviendrait à considérer que la Cour de cassation a confondu la cause de l'obligation avec la cause efficiente. Or, il est possible de considérer que l'annulation de ces contrats pouvait être fondée sur la cause de l'obligation. Par exemple, pour une reconnaissance de dette, la découverte de l'absence de la dette reconnue revient à considérer que le contrat présente un objet impossible. En effet, on ne peut reconnaître une chose qui n'existe pas.

Le second procédé de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue consiste en l'extension de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil à tous les contrats à titre gratuit. En somme, il faudrait considérer que la référence textuelle aux libéralités n'est pas limitative mais illustrative, les libéralités étant le modèle des contrats à titre gratuit. Ce procédé est simple à comprendre et séduisant en ce qu'il crée un complément harmonieux à l'article 1169 du Code civil. Cependant, ce procédé est doublement contestable. Premièrement, en ce qu'il défend l'idée que les libéralités sont invariablement des contrats à titre gratuit, ce que nous avons contesté dans notre première partie. Secondement, car ce procédé n'assure pas la reconduction fidèle du droit antérieur. Celui-ci reconduit en effet les anciens cas de nullité pour absence de cause sur le fondement de l'erreur dont l'action en nullité n'est pas soumise aux mêmes conditions : l'erreur, contrairement à l'absence de cause, est soumise à une condition d'excusabilité.

En conclusion, il nous semble que ces deux procédés identifiés en doctrine sont séduisants, toutefois, ils ne devraient pas être consacrés en droit positif car l'un comme l'autre est critiquable sur leur principe et leur efficience. C'est-à-dire qu'aucun des deux ne traite la totalité des cas d'absence de cause non reconduits par l'article 1169 du Code civil, à moins éventuellement de les cumuler.

SECTION II

LA RÉDUCTION CRITIQUABLE DE L'ILLUSOIRE À LA CONTREPARTIE CONVENUE PAR L'OUVERTURE DE L'ERREUR

270. ***La compensation de la réduction de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire par l'ouverture de l'erreur.*** Dans la présente section nous allons nous intéresser à deux procédés de contournement de la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire qui se caractérisent par l'idée commune d'une ouverture du champ de l'erreur mais suivant des modalités différentes. Le premier procédé propose d'ouvrir le champ de l'erreur en considérant que les textes du Code civil qui lui sont relatifs ne font qu'illustrer un principe plus général et non écrit d'erreur sur un élément essentiel (**§1**). Le second procédé suggère pour sa part que l'ouverture du champ de l'erreur n'a pas à être recherchée dans un principe général et non écrit d'erreur, mais dans l'espace laissé par l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil (**§2**).

§1. La critique du procédé fondé sur la généralisation de l'erreur à tous les éléments essentiels

271. ***Principe et difficultés.*** Le premier procédé que nous allons étudier consiste en un raisonnement par induction[776] à partir des cas d'erreurs présents dans la loi et la jurisprudence afin de déduire l'existence d'un principe général et non écrit de nullité pour erreur sur un élément essentiel du contrat. Ce procédé présente plusieurs avantages, notamment d'être simple d'application (**A**), mais également des difficultés qui en motivent le rejet, à savoir, notamment, de soumettre les anciens cas d'absence de cause au régime de l'erreur (**B**).

A. Le procédé : un raisonnement par induction

272. ***Le principe du procédé : des textes illustrant un principe général d'erreur.*** Ce premier procédé que nous proposons d'étudier est principalement défendu par les professeurs Larroumet

[776] J.-L. Aubert, É. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, *op. cit.*, p. 128, n° 127 (*in fine*).

et Bros dans leur traité de droit civil. Ces derniers considèrent que les nouveaux textes du Code civil relatifs à l'erreur « *sur les qualités essentielles* »[777] de la prestation due ou reçue[778] et sur celles « *du cocontractant* »[779] sont trop restrictifs et qu'il faut élargir le champ de l'erreur à tous les « *éléments essentiels du contrat* »[780]. Pour le dire autrement, ils proposent de dégager un « *principe général* »[781], non-écrit, de nullité de « *toute erreur sur un élément essentiel du contrat* »[782], dont on peut déduire la nullité de tous les « *cas d'erreur* »[783] non envisagés par les textes du Code civil.

Étant donné « *les rapports étroits qui existaient entre l'erreur et la cause* »[784], cette ouverture du champ de l'erreur aurait deux avantages : premièrement d'assurer la reconduction de la jurisprudence antérieure rendue sur le terrain de l'erreur ; secondement d'assurer la reconduction de celle rendue sur le terrain de la cause[785]. En effet, il serait possible de reproduire la nullité pour absence d'un antécédent nécessaire en considérant qu'il y a une erreur « *sur la raison d'être essentielle de la prestation* »[786]. Ainsi pourrait être traité le cas de la promesse de payer une dette préexistante qui n'entre pas dans le champ de l'article 1169 du Code civil relatif aux contrats à titre onéreux[787].

273. ***La qualité du procédé : la simplicité.*** Le présent procédé de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue présente la principale qualité d'être simple. En effet, elle assure, sur un fondement unique la reconduction globale du droit antérieur rendu aussi bien sur le terrain de l'erreur que sur celui de la cause[788].

---

777 Cciv., art. 1132 et 1133.

778 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 257 et 258, n° 297.

779 Cciv., art. 1134 ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 261, n° 300.

780 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 257, n° 296 et p. 262, n° 301.

781 C. Grimaldi, « La validité du contrat de révélation de succession au regard de la cause et de l'erreur », *Defrénois* 2009, n° 8, p. 828, note sous CA Bourges, ch. civ., 28 août 2008, n° 07/01780, spéc. n° 5.

782 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 262, n° 301.

783 C. Grimaldi, « La validité du contrat de révélation de succession au regard de la cause et de l'erreur », art. préc., n° 9.

784 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 253, n° 293. *Rappr.* Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 316, n° 342 : « *(l)es articles 1133, 1134, 1162, 1170, 1184 et 1186 trouvent leur origine dans la cause* ». *Comp.* L. Aynès, « La cause, inutile et dangereuse », *Droit et Patrimoine*, n° 240, 1er oct. 2014 ; C. Grimaldi, « La validité du contrat de révélation de succession au regard de la cause et de l'erreur », art. préc., n° 4 et suiv. ; X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p. 740, n° 12 (*in fine*).

785 *Comp.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 214 : « *il apparaît que la réforme, tout en supprimant la cause, n'a pas prévu cette extension de la théorie de l'erreur, ce qui crée en droit français une lacune regrettable.* »

786 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 261, n° 299.

787 *Comp.* Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats – Commentaire article par article - Ordonnance 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 141 et 142 pour qui il est apparemment superfétatoire d'avoir inscrit l'article 1169 du Code civil car il n'apporte rien de plus que ce que propose l'erreur.

788 *Contra.* G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 24.

B. Les difficultés du procédé : une double contrariété au droit positif

274. ***Une double contrariété.*** En dépit des qualités que présente ce procédé de compensation de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue, celui-ci est doublement critiquable : il entraine un double changement du droit positif en ajoutant deux conditions supplémentaires à l'obtention de la nullité d'un contrat anciennement fondée sur l'absence de cause.

275. ***Une première contrariété : l'ajout d'une condition à la nullité pour absence de cause de l'obligation.*** La découverte d'un principe général de nullité pour erreur sur un élément essentiel du contrat se présente, de prime abord, comme un véritable fondement de substitution à la cause de l'obligation. Cependant, à l'étude des cas anciennement fondés sur la cause de l'obligation et nouvellement fondés sur l'erreur, il se révèle que la substitution n'est pas totalement indolore. Suivant ce procédé il est attendu la démonstration systématique d'une erreur pour les cas de nullité pour absence de cause de l'obligation alors que celle-ci n'était pas exigée en jurisprudence. En effet, comme l'a précisé la Cour de cassation dans son arrêt de rejet du 26 mai 2009, en matière d'absence d'objet le juge n'est « *pas tenue d'établir l'existence d'un vice du consentement* »[789]. En d'autres termes, le seul constat extérieur de l'impossibilité de réaliser le projet voulu suffit à emporter la nullité du contrat.

Certes, il convient de rappeler qu'une erreur peut être à l'origine d'une absence de cause de l'obligation. C'est ainsi que le doyen Carbonnier distinguait l'absence de cause de la fausse cause — autrement appelée l'erreur sur la cause ou l'existence de la cause[790] — « *l'obligation sur une fausse cause est encore l'obligation sans cause, mais considérée à travers la psychologie du débiteur* ». C'est ainsi que se manifestait le contentieux des promesses de payer une dette préexistante qui étaient nulles pour absence de cause si l'on démontrait qu'elles avaient été fondées sur une croyance erronée[791].

En définitive, il faut reconnaître que ce procédé est critiquable en ce qu'il n'est pas en parfaite

---

[789] **Cass. com., 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71, n° 08-12.691**, préc. ; Dans le même sens *V.* **Cass. com., 24 sept. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 147, n° 01-11.504**, préc. *Adde.* Th. Genicon, « Dialogues entre la cause et la *consideration* : à propos de la promesse rémunérée d'exécuter une prestation déjà due. (Réflexion comparative à partir du *pre-existing duty rule* de la *common law*), *in Mélanges en l'honneur du professeur Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 447, spéc., p. 490, n° 37.

[790] *V.* not. Fr. Chénedé, « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *CCC* 2008, n° 10, étude 11, n° 9. *Adde.* J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 450 et suiv., n° 650 et suiv.

[791] *V.* par exemple : **Req., 1er juill. 1924**, préc. : en l'espèce, l'auteur de la reconnaissance de dette s'est cru à tort responsable du dommage que la dette était supposée réparer. Pour d'autres cas *V. supra* n° 255. *Rappr.* La même conclusion est admise pour l'annulation des contrats de révélation de succession. En ce sens, *V.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 213 (*in fine*) et 214 : pour les auteurs, l'absence de cause est admise dans ces cas car l'héritier « *ignorait que la succession serait normalement parvenue à sa connaissance sans l'intervention d'un généalogiste* ». Dans le même sens *V.* C. Grimaldi, « La validité du contrat de révélation de succession au regard de la cause et de l'erreur », art. préc., n° 6 et suiv.

adéquation avec le droit positif antérieur qui n'imposait pas invariablement la démonstration d'une erreur pour obtenir une nullité fondée sur le fondement de l'absence de cause[792].

276. ***Une seconde contrariété : l'ajout d'une seconde condition à la nullité pour absence de cause de l'obligation.*** Dans la continuité des développements précédents il convient de relever qu'en plus d'exiger la preuve d'une erreur pour obtenir la nullité des contrats anciennement fondés sur la cause, ce procédé impose également de démontrer que cette erreur est légitime. C'est-à-dire qu'elle n'est pas inexcusable, au sens du nouvel article 1132 du Code civil. Cette particularité est non négligeable car la cause était indifférente à la condition d'excusabilité, qu'il soit question d'un constat extérieur d'absence de cause ou à travers les yeux d'une partie au contrat, sous l'appellation de fausse cause[793].

Par conséquent, il faut conclure que ce procédé propose, certes, le moyen de retrouver les nullités anciennement fondées sur l'absence de cause de l'obligation, mais à condition de les soumettre à deux exigences non admises par le passé[794], à l'image du procédé fondé sur l'extension de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil[795].

§2. La critique du procédé fondé sur la rédaction large de l'article 1135, alinéa 1[er], du Code civil

277. ***Principe et difficultés.*** Nous présenterons dans les développements suivants le quatrième et dernier procédé identifié en doctrine pour contourner la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue. Celui-ci propose, à l'image du précédé précédent, de reconnaître que l'erreur peut emporter la nullité d'un contrat même lorsqu'elle ne porte pas sur une contreprestation ou une qualité de la personne. Toutefois, contrairement au procédé précédent, celui-ci propose de fonder cette extension sur la rédaction large de l'article 1135, alinéa 1[er], du Code civil (**A**). Cette solution est intéressante, notamment en ce qu'elle postule que les textes du Code civil contournent, en l'état, la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie

---

792 Il convient de souligner que les professeurs Larroumet et Bros reconnaissent cette particularité lorsqu'ils étudient le contenu du contrat en précisant que pour obtenir la nullité pour inexistence de l'objet il n'est pas nécessaire que les parties démontrent qu'elles « *aient cru à son existence* » (*Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 317, n° 345).

793 **Cass. civ. 1re, 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 194, n° 92-10.736**, préc.

794 À cet égard, il pourrait être défendu qu'il suffit de distinguer les qualités pour lesquelles la condition d'excusabilité est admise, c'est-à-dire seulement pour les conditions essentielles subjectives, et non pour les conditions essentielles objectives, c'est-à-dire relative à l'existence des conditions. Toutefois, ce raisonnement aurait pour conséquence de distinguer au sein de l'article 1132 du Code civil, là où le texte n'effectue aucune distinction. Mais, cette solution permettrait de mieux reproduire l'état du droit antérieur.

795 Pour sa présentation et sa critique *V. infra*, n° 264 et suiv.

convenue illusoire. Cependant, ce procédé est à notre avis critiquable en ce qu'il renouvelle la notion de cause de l'obligation par celle d'erreur (**B**).

A. Le procédé : le recours à l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil

278. ***Le principe du procédé : le recours complémentaire à l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil.*** Le quatrième et dernier procédé que nous étudions a été développé par le professeur Wicker qui part du constat commun que la reconduction « *des fonctions de la cause* »[796] lors de la réforme du droit commun des contrats est indéterminée et partielle. Premièrement, elle est indéterminée en ce qu'il est développé une nouvelle terminologie dont la charge conceptuelle est à découvrir. À l'endroit du contrat à titre onéreux l'auteur identifie la possibilité d'une interprétation stricte de la contrepartie convenue, entendue comme « *la contreprestation due* », en écho à l'article 1133 du Code civil, ou largement, entendue comme « *l'avantage attendu* »[797] en écho à l'article 1107 du même code. Secondement, l'auteur constate que les textes du Code civil « *sont lacunaires* », en ce qu'ils n'assurent pas le contrôle de tous les cas d'absence de cause, notamment « *l'hypothèse où la raison d'être de l'engagement réside non dans la contrepartie mais dans un élément antérieur à la conclusion du contrat et inhérent à sa nature* »[798]. Sur ce point, l'auteur propose d'identifier l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil comme le moyen d'assurer, sans artifice conceptuel, la reconduction des solutions rendues sur le terrain de la cause, car le texte n'est pas expressément limité à l'existence d'une cause particulière. En effet, l'article ne fait qu'affirmer que « *l'erreur sur un simple motif,* ***étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant****, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement* »[799]. Dès lors, « *si l'on veut bien admettre qu'il est inclus dans le champ du texte le motif que constitue l'antécédent nécessaire* »[800], le droit antérieur pourrait être fidèlement reconduit.

279. ***La pertinence du procédé : simplicité et absence d'artifice.*** Ce procédé présente deux principaux avantages.

Premièrement, nous pouvons souligner l'économie de moyens, et en conséquence, la simplicité du procédé. Celui-ci suggère en effet, contrairement aux précédents, que les textes du Code civil sont complets en l'état. Du moins, qu'ils peuvent assurer en l'état la complète reconduction du contrôle anciennement fondé sur la cause de l'obligation. Certes, d'autres auteurs sont parvenus à

796 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 1.

797 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 3.

798 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 21.

799 Cciv., art. 1135, alinéa 1er (nous soulignons).

800 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 26.

la même conclusion, toutefois, pour ce faire, le professeur Wicker ne suggère pas d'exécuter un raisonnement par induction, analogie ou par extension des nouveaux textes. Il propose seulement d'exploiter l'espace laissé par la lettre de l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil, et d'adopter une interprétation détachée « *des théories et opinions sur la cause* »[801]. En somme, la solution se découvre si l'on accepte de lire les articles du Code civil avec un regard neuf, seulement guidé par le besoin de fonder des solutions et non de reproduire à l'identique l'ancienne théorie de la cause.

Secondement, il faut reconnaître que ce procédé est sans artifice. Du moins il évite ceux des autres thèses. Le professeur Wicker souligne en ce sens qu'il évite le dévoiement des notions de qualités essentielles, contrairement au procédé fondé sur l'élargissement de l'erreur à partir des textes du Code civil, et le dévoiement de la notion de libéralité, contrairement au procédé fondé sur l'extension par analogie de l'article 1135, alinéa 2d, du Code civil[802].

B. Les difficultés du procédé : une contrariété au droit positif

280. ***L'assimilation excessive des actions pour erreur et absence de cause.*** Le professeur Wicker termine l'exposé de sa thèse sur la survivance de la cause au lendemain de la réforme du droit commun des contrats par un résumé de la répartition des actions à introduire pour obtenir la nullité d'un contrat. Il distingue pour ce faire « *trois catégories de motifs* »[803]. Tout d'abord, il y a les motifs nécessaires, c'est-à-dire ceux qui « *sont inhérents à la nature même du contrat considéré* », pour lesquels l'absence est sanctionnée sur l'article 1169 du Code civil si le contrat est à titre onéreux, et sur l'article 1135, alinéa 1er, « *dans les autres cas* ». Ensuite, il y a les motifs utiles, qu'il qualifie ainsi car « *ils viennent préciser les contours de la prestation afin qu'elle réponde précisément au besoin concret qui a déterminé l'engagement* ». Concernant ces motifs, leur absence est sanctionnée « *soit au titre de l'erreur sur les qualités essentielles de l'article 1133, soit au titre de la contrepartie illusoire ou dérisoire de l'article 1169* ». Enfin, il y a les motifs « *dit accidentels, car ils sont étrangers tant à la nature du contrat qu'aux caractères et qualités de la prestation* ». Pour cette catégorie de motifs, l'absence est sanctionnée qu'à la condition d'une stipulation expresse, à moins d'être en présence d'une libéralité conformément à l'article 1135, alinéa 2d, du Code civil.

Au terme de cet exposé de la position de l'auteur, nous remarquons qu'il place sur un pied d'égalité les actions fondées sur l'erreur et sur la contrepartie convenue[804], considérant que les

[801] G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 5.

[802] G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 24 (contrepartie convenue et qualités essentielles) et n° 29 (libéralités).

[803] G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 31.

[804] G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 20 (*in fine*).

fondements assurent communément la reconduction de la théorie de la cause au lendemain de la réforme. Cette considération nous pose cependant difficulté : d'une part, la jurisprudence ne fondait pas invariablement ses solutions sur l'existence d'une erreur, et surtout, lorsqu'elle le faisait, elle n'était pas soumise à la condition d'excusabilité. Certes, il peut être avancé que l'article 1132 du Code civil limite la condition d'excusabilité à l'erreur « *sur les qualités essentielles* », cependant, nous ne voyons pas pourquoi les qualités essentielles seraient les seules à être soumises à une telle condition.

En conclusion, si cette thèse évite différentes difficultés que nous avons relevées lors de l'étude des procédés précédents, celle-ci n'échappe pas à la difficulté d'assimiler l'erreur à l'absence de cause.

281. ***Conclusion de la section II.*** Dans la présente section nous nous sommes intéressé à deux procédés de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue qui reposent sur un élargissement de la nullité pour erreur.

Le premier procédé consiste à induire à partir des textes relatifs à l'erreur l'existence d'un principe général de prohibition de toute erreur sur un élément essentiel du contrat. Par l'identification de ce principe, il deviendrait alors possible de traiter tous les cas d'absence de cause de l'obligation sur le terrain de l'erreur. Ce procédé peut séduire en ce qu'il prend nettement acte de la disparition formelle de la cause de l'obligation et propose de mettre un terme à de nombreuses difficultés du droit antérieur Cependant, cette fondamentalisation de l'erreur qui permet de reconduire la cause de l'obligation pose difficulté dans son application technique. En substituant l'erreur à l'absence de cause de l'obligation ce procédé impose deux conditions nouvelles d'obtention de la nullité pour absence de cause. Tout d'abord, ce procédé impose de démontrer l'existence d'une erreur, ce qui n'est pas exigé pour toute absence de cause, qui peut résulter d'un simple constat extérieur. Ensuite, ce procédé impose que cette erreur soit excusable, alors que la cause de l'obligation a toujours été réfractaire à cette condition, tout comme l'est la nullité pour contrepartie convenue illusoire.

Le second procédé repose sur l'idée que l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil est capable en l'état de sa rédaction de reconduire les cas d'absence de cause de l'obligation qui sont extérieurs à l'article 1169 du Code civil. Ce procédé est simple d'application et respectueux de la lettre des articles du Code civil, néanmoins il pose difficulté sur le plan technique : il soumet certains cas d'absence de cause à la condition de démontrer l'existence d'une erreur, éventuellement excusable, à laquelle l'absence de cause n'était pas soumise et la nullité pour contrepartie convenue illusoire non plus.

En définitive, ces deux procédés, dont les modalités d'admission sont distinctes de celles présentées dans la section précédente, se révèlent à l'étude présenter des difficultés d'application pour assurer une reconduction fidèle du droit positif antérieur. Dès lors, nous sommes d'avis qu'il

n'est pas préférable d'admettre ces positions qui modifieraient bien plus le droit positif que ce qu'il n'y paraît.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

282. ***Quatre procédés de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue.*** La réforme du droit commun des contrats, initiée en 2016, a eu pour objectifs affichés d'entreprendre la codification du droit positif antérieur et la suppression formelle de la notion de cause de l'obligation. Au lendemain de cette réforme, les auteurs constatent à regret que ces objectifs n'apparaissent pas pleinement satisfaits. Du moins, ils estiment que par une lecture stricte des nouveaux articles du Code civil que la reconduction de la notion cause de l'obligation n'est que partielle. Ils en déduisent donc l'existence d'une réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue. Cependant, loin de se satisfaire de cette lecture primaire des textes du Code civil, les auteurs ont identifié différents moyens pour parvenir, en dépit de la lettre des textes, au maintien de la cause de l'obligation. L'étude des écrits doctrinaux laisse apparaître quatre procédés susceptibles d'assurer la satisfaction de cet objectif.

Le premier repose sur l'idée que les contrats nécessitant un antécédent nécessaire étaient contrôlés, à tort, sur le terrain de la cause de l'obligation. Dès lors, étant en vérité contrôlés sur le terrain de la cause efficiente, la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue se trouve relativisée. Le deuxième procédé consiste quant à lui en l'idée que l'on doit étendre la lettre de l'article 1135, alinéa 2^{d}, du Code civil à tous les contrats à titre gratuit. De cette manière, le contrôle d'absence de cause des contrats à titre gratuit est traité et la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue est relativisée. Le troisième procédé repose sur l'idée qu'il faut déduire des textes du Code civil relatif à l'erreur un principe général et non écrit de prohibition d'erreur sur un élément essentiel du contrat. De cette manière l'article 1169 du Code civil est complété. Le quatrième et dernier procédé consiste pour sa part sur l'idée que la rédaction de l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil est suffisamment large pour reconduire l'ancien contrôle d'absence de cause de l'obligation. Ainsi, la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue est contournée.

283. ***Des qualités et des difficultés.*** Le « *bilan de* »[805] la recherche d'un procédé permettant de contourner la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue est dans son

[805] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 474 et 475, n° 419.

principe positif car, manifestement, notre droit n'est pas dans l'impossibilité d'assurer « *la survie* »[806] du contrôle d'absence de cause de l'obligation. Les auteurs ont développé pas moins de quatre procédés pouvant y parvenir, même s'ils concèdent que le législateur a « *adopté une terminologie qui ne correspond pas aux acquis jurisprudentiels* »[807]. Cependant, nous devons reconnaître que ces procédés, ne parviennent pas à une reconduction fidèle du contrôle pour absence de cause de l'obligation. Le premier procédé laisse malheureusement dans l'ombre les cas des contrats à titre gratuit, notamment des sûretés et propose de changer la sanction à appliquer en cas d'absence de remise dans un contrat réel de restitution. Le deuxième procédé laisse dans l'ombre les contrats fondés sur un antécédent nécessaire, comme les contrats réels de restitution ou la promesse de payer une dette préexistante, et impose la preuve d'une erreur inexcusable pour obtenir une nullité pour absence de cause de l'obligation. Les troisième et quatrième procédés sont critiquables en ce qu'ils imposent également de démontrer l'existence d'une erreur, éventuellement excusable, pour obtenir une nullité pour absence de cause de l'obligation.

En conclusion, il apparaît à nos yeux que notre droit possède différentes notions qui pourraient permettre de singer l'ancien contrôle pour absence de cause de l'obligation. Toutefois, ces mécanismes ne parviennent pas à une reconduction fidèle et totale des solutions ignorées par l'article 1169 du Code civil.

[806] G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 1.

[807] Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 257, n° 296.

CHAPITRE II

UN CONTRÔLE GÉNÉRALISABLE AU CONTENU CONTRACTUEL

284. ***L'origine du problème : l'autonomie du contrôle de l'illusoire.*** Face à l'impossibilité pour les thèses doctrinales de parfaitement déjouer la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue il nous semble nécessaire de « *reprendre à la base* »[808] la réflexion. Pour ce faire il faut identifier « *le problème de fond* »[809], chercher à le résoudre et construire un procédé qui satisfait au maximum les impératifs de la réforme du droit commun des contrats.

Le problème de fond de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue est à notre avis de vouloir traiter les anciens cas d'absence de cause extérieurs à l'article 1169 du Code civil sur d'autres fondements que l'illusoire. En effet, l'absence de cause de l'obligation a pour seul équivalent conceptuel l'illusoire. Dès lors, toute compensation de la réduction de l'absence de cause par un concept autre que l'illusoire est vouée à l'échec. Étant donné ce problème nous pensons que le meilleur moyen de contourner la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue est de généraliser le contrôle de l'illusoire. C'est-à-dire de remettre en cause l'autonomie du contrôle de la contrepartie convenue que suggère l'article 1169 du Code civil.

Pour parvenir à ce résultat, deux solutions sont envisageables : soit entreprendre l'émancipation de l'illusoire à l'égard de la contrepartie convenue, soit entreprendre la fondamentalisation de l'illusoire à l'égard des différents contrôles du contenu contractuel.

285. ***La généralisation du contrôle de l'illusoire par son émancipation de la contrepartie convenue : une solution efficace mais regrettable.*** La première solution permettant d'entreprendre la remise en cause de l'autonomie du contrôle de l'illusoire consiste à le dissocier de la contrepartie convenue en le généralisant à l'échelle du contenu contractuel. Concrètement cela signifie qu'il faut voir dans l'article 1169 du Code civil qu'une illustration du concept d'absence de cause de l'obligation, qui est devenu à l'occasion de la réforme du droit commun des contrats, le contrôle pour contenu contractuel illusoire. De cette matière on ressuscite « *la matrice (qui) a été supprimée* »[810],

[808] G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 5.

[809] Fr. Rouvière, « De la cause vers les motifs : d'autres mots pour les mêmes concepts ? », *RTD civ.* 2021, p. 247, *in fine.*

[810] D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, p. 365, n° 87, spéc. p. 369 (spéc. J. Rochfeld).

ce qui permet de traiter tous les cas d'absence de cause de l'obligation qui n'entrent pas dans le champ de l'article 1169 du Code civil, tout en évitant les écueils des procédés évoqués dans le chapitre précédent.

Aussi satisfaisante que puisse sembler cette solution, celle-ci n'est pourtant pas idéale. Selon nous elle présente trois inconvénients qui limitent son soutien. Premièrement, cette thèse a l'inconvénient de reconstruire exactement le droit ancien, c'est-à-dire avec ses avantages mais aussi ses désavantages, tels que les concours d'actions entre les différents contrôles du contenu contractuel. Deuxièmement, cette thèse a l'inconvénient de reconstruire le contrôle pour absence de cause de l'obligation suivant une terminologie inédite. Troisièmement, cette thèse à l'inconvénient de reconstruire l'absence de cause de l'obligation sans le support d'un texte général. Étant donné ces trois inconvénients, adopter cette solution serait bien regrettable « *(p)our un droit qui se veut à la pointe de la modernité* »[811].

286. ***La généralisation du contrôle de l'illusoire par sa fondamentalisation : une solution préférable.*** La seconde solution permettant d'entreprendre la remise en cause de l'autonomie du contrôle de l'illusoire consiste à reconnaître l'existence d'un contrôle général et non écrit de satisfaction contractuelle qu'illustrent tous les contrôles du contenu contractuel[812]. De prime cette seconde thèse se confond avec la première. Mais en réalité, elle s'en distingue. Contrairement à la solution précédente, l'idée n'est pas de généraliser le seul contrôle de l'illusoire mais de généraliser et d'unifier les différents contrôles du contenu contractuel.

Les avantages de cette solution sont multiples : premièrement, on dépasse le problème terminologique de l'illusoire de la solution précédente, car la nouvelle terminologie rassemble toutes les terminologies existantes ; deuxièmement, on résout les problèmes de concours d'actions du droit ancien, car le nouveau concept est le fondement de toutes les actions ; troisièmement, on reconduit exactement le droit positif, car la notion d'absence de cause de l'obligation n'est pas restreinte à la contrepartie convenue.

En résumé cette solution consiste à « *repenser les relations qui unissent les catégories entre elles* »[813] afin de satisfaire les objectifs de la réforme du droit commun des contrats, que sont le maintien de l'état du droit positif et l'amélioration de l'appareil conceptuel[814].

Malgré ces avantages, il convient de reconnaître que cette solution ne s'impose pas avec évidence.

---

811 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 475, n° 419.

812 Pour une démarche similaire *V.* W. Dross, « La déception contractuelle. Proposition d'un droit commun », *RTD civ.* 2018, p. 787.

813 Fr. Rouvière, « De la cause vers les motifs : d'autres mots pour les mêmes concepts ? », art. préc.

814 Toutefois, celle-ci ne satisfait que partiellement les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité du droit étant donné que la notion centrale de notre position est non-écrite.

Il faut, pour l'admettre, réviser la compréhension de certains concepts et reconnaître l'existence d'une notion absente du Code civil. Toutefois, cette solution est à nos yeux la plus satisfaisante des deux voies de généralisation de l'illusoire. Afin de convaincre de sa pertinence, nous proposons de montrer dans les développements suivants comment cette généralisation peut être entreprise par sa fondamentalisation au regard des différents contrôles du contenu contractuel (**Section I**), et comment cette généralisation peut être en mesure de compenser efficacement la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire tout en déjouant les difficultés d'une généralisation sans fondamentalisation du contrôle de l'illusoire (**Section II**).

Section I

Une généralisation en accord avec l'état du droit positif

Section II

Une généralisation salutaire pour le droit positif

SECTION I

UNE GÉNÉRALISATION EN ACCORD AVEC L'ÉTAT DU DROIT POSITIF

287. ***Une généralisation par fondamentalisation.*** Afin de compenser la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire nous pensons qu'il convient d'identifier par induction l'existence d'un contrôle de satisfaction du contenu contractuel. Pour parvenir à ce résultat, nous proposons de montrer l'unité des différents contrôles du contenu contractuel admis en droit positif.

Afin de réaliser cet exposé, nous allons organiser notre propos autour de deux aspects de cette unité des différents contrôles du contenu contractuel. Premièrement, nous allons nous intéresser à l'unité fondamentale des différents contrôles du contenu contractuel, c'est-à-dire leur unité de finalité (**Sous-section I**). Secondement, nous allons nous intéresser à l'unité technique des différents contrôles du contenu contractuel, c'est-à-dire leur unité de traitement en droit positif (**Sous-section II**).

Sous-section I
L'unité fondamentale de l'illusoire et des autres contrôles du contenu contractuel

Sous-section II
L'unité technique de l'illusoire et des autres contrôles du contenu contractuel

SOUS-SECTION I

L'UNITÉ FONDAMENTALE DE L'ILLUSOIRE ET DES AUTRES CONTRÔLES DU CONTENU CONTRACTUEL

288. ***L'identité de finalité des différents contrôles du contenu contractuel.*** Afin de manifester l'unité fondamentale des différents contrôles du contenu contractuel nous proposons de préciser dans un premier temps quelle est la finalité du contrôle de la contrepartie convenue illusoire (**§1**). Pour dans un second temps montrer que les différents contrôles du contenu contractuel poursuivent une même finalité (**§2**).

§1. La finalité du contrôle fondé sur l'illusoire

289. ***Le sens de la qualification d'illusoire.*** De prime abord la qualification de contrepartie convenue illusoire consacrée en 2016 dans le Code civil apparaît incertaine en ce qu'elle est inédite dans la loi. Toutefois, il ne faut pas se fier à cette nouveauté qui n'est que partielle. En effet, cette terminologie a été forgée par le professeur Ghestin « *pour offrir une vue d'ensemble de la jurisprudence à la veille de la réforme* »[815] rendue sur le fondement de l'absence de cause. Il faut donc comprendre que cette terminologie n'est pas innovante comme identifiant des cas inédits d'absence de cause, mais innovante en ce qu'elle est fédératrice, elle rassemble toutes les hypothèses d'absence de cause identifiées en jurisprudence avant la réforme.

Afin d'identifier la finalité du contrôle fondé sur l'illusoire nous allons donc préciser ce que recouvre la qualification de contrepartie convenue illusoire, c'est-à-dire d'absence de « *contrepartie réelle* »[816]. Cette qualification recouvre deux situations distinctes : les contreparties convenues inexistantes et redondantes.

---

815 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 328.

816 Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 346, n° 374 : « *L'article 1169 donne donc aux parties une action en nullité destinée à tirer les conséquences de l'absence de contrepartie réelle (contrepartie illusoire) ou sérieuse (contrepartie dérisoire)* ». Dans le même sens *V*. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 379, n° 435 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 307, n° 343 (*in limine*).

290. ***La contrepartie convenue inexistante.*** Le caractère illusoire d'une contrepartie convenue est rapproché par les auteurs de la qualification d'inexistence[817], qui était employée par le passé pour caractériser l'objet ou la cause de l'obligation. Revêtaient ainsi cette qualification les situations où le droit promis par le contrat était absent[818], faisait défaut[819].

À titre d'exemple on peut citer la cession de clientèle pour une profession à laquelle « *aucune clientèle [n'était] attachée* »[820], ou encore la promesse de transmettre un savoir-faire sans en avoir la qualité[821], car elle appartenait « *à un tiers* »[822], voire également le fait de promettre la cession d'une chose inappropriable, qui par définition ne fait l'objet d'aucun droit[823].

291. ***La contrepartie convenue redondante.*** Outre les cas où la contrepartie convenue est inexistante, le qualificatif illusoire est admis par les auteurs lorsque la contrepartie convenue « *fait double emploi avec l'obligation qui résulte d'une autre convention* »[824]. Plus précisément, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une personne est débitrice d'une prestation identique à celle qu'elle offre déjà au créancier[825] au titre d'un autre contrat. Dans ces cas, les auteurs parlent de contrepartie convenue

---

817 *V.* not. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 454, n° 408 (*in limine*) ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 328.

818 Les auteurs estiment que le terme illusoire couvre toujours au minimum les cas de cause de l'obligation absente : O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 327 ; Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats – Commentaire article par article - Ordonnance 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 141 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 377, n° 432 ; Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations – À jour de la loi de ratification du 20 avril 2018*, Paris, LexisNexis, coll. Actualité, 2e éd., 2018, p. 26, n° 44.

819 **Cass. com., 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71, n° 08-12.691**, préc. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 25 avr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 88, n° 88-12.157, 88-12.296** ; *D.* 1990.IR.119 ; *RTD civ.* 1991, p. 562, obs. F. Zenati : pour une convention « *dépourvue de tout objet* ».

820 **Cass. civ. 1re, 25 avr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 88, n° 88-12.157, 88-12.296**, préc. ; *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 27 févr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 87, n° 05-21.962** : l'absence de titularité des droits d'auteur du cessionnaire prive de contrepartie le contrat de cession. *Contra* Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations – À jour de la loi de ratification du 20 avril 2018*, *op. cit.*, p. 26, n° 44.

821 **Cass. com., 17 mai 1988, n° 87-10.115**. Dans le même sens *V.* **Cass. com., 27 juin 1995, n° 93-18.698**. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 29 sept. 2004, *Bull. civ.* I, n° 216, n° 03-10.766** ; *Dr. fam.* n° 11, nov. 2004, comm. 206, note B. Beignier ; *AJ fam.* 2004, p. 458, note F. Bicheron : « *l'inclusion d'un bien propre à l'un des héritiers dans la masse à partager est de nature à entrainer la nullité d'un acte de* [donation-]*partage pour absence de cause* ».

822 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2* : *L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 487 et 488, n° 724 et 725.

823 Cciv., art. 714, al. 1er : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». Pour une étude d'ensemble *V.* M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2006.

824 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2* : *L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 488, n° 726 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 455, n° 408.

825 **Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084** ; *JCP* E 2010, 1995, note A. Viandier ; *D.* 2011, p. 57, note F. Marmoz ; **Cass. com., 23 oct. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 190, n° 11-23.376**, préc.

sans intérêt[826] ou redondante[827]. Cette situation avoisine la fraude, cependant, la nullité n'est pas acquise pour but illicite, mais bien pour absence d'objet ou de cause de l'obligation[828].

À titre d'exemple, la Cour de cassation a considéré que le dirigeant d'une société qui se voit accordé un salaire pour un contrat lui imposant de réaliser la mission qu'il remplissait déjà en sa qualité de dirigeant est nul car redondant. L'avantage promis par le dirigeant était déjà accordé au titre d'une précédente convention[829] ; pour le dire très simplement, il était payé deux fois pour une même mission. Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation a estimé qu'un contrat est nul lorsqu'une convention offre des droits identiques à ceux acquis par une convention précédente[830]. En effet, se voir attribuer un droit que l'on possède déjà est un non-sens. Concernant cette dernière affirmation, il faut toutefois faire preuve de mesure car toute convention redondante n'est pas systématiquement illusoire. En effet, il faut encore s'assurer que le service concrètement promis est accordé par le même débiteur. Par exemple, la double assurance, ou encore le double cautionnement[831], ne sont pas des conventions annulables car les avantages promis sont bien réels, chaque débiteur pouvant s'exécuter. En effet, un contrat d'assurance n'est pas nul si le risque garanti est déjà couvert par une précédente assurance, le risque est réparti entre les deux assureurs[832]. Également, il faut s'assurer que l'avantage ne peut pas être accordé plusieurs fois. Par exemple, en matière de produit de consommation l'acquisition de plusieurs produits n'est pas en principe redondante car chaque produit peut offrir l'avantage qu'il porte.

292. ***La finalité du contrôle de l'illusoire.*** À notre avis le contrôle de la contrepartie convenue illusoire a pour finalité de s'assurer la satisfaction contractuelle des parties. C'est-à-dire que ce contrôle consiste à déterminer si les stipulations contractuelles peuvent produire l'effet escompté. Pour le voir, reprenons les cas de contrepartie convenue illusoire.

---

826 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 454, n° 408 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 488, n° 726 : la contrepartie est illusoire si elle fait double emploi avec un autre engagement ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 379, n° 435 : l'engagement doit être sérieux.

827 E. Helesbeux, *Le contrat redondant*, Mémoire M2 DPG, Paris II, 2015 (cité par H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 : Obligations, contrats spéciaux et sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 13e éd., 2015, p. 94, n° 8).

828 *Rappr.* **Cass. com., 23 juill. 1985, n° 84-11.672** : la convention est annulée car le service rémunéré est dit fictif (cité par J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 489, n° 731).

829 Pour une présentation générale de ce montage et de ses utilités *V. not.* Ph. Merle, « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme », *D.* 1975. chron. 245 ; B. Dondero, « Coup d'arrêt à la pratique des management fees », *Gaz. Pal.* 22 déc. 2012, p. 21, n° 357, note sous Cass. com., 23 oct. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 190, n° 11-23.376 ; C. Coupet, « Contrat de management et organisation sociétaire », *AJ Contrat* 2017, p. 61.

830 **Cass. civ. 1re, 15 juin 1994, *Bull. civ.* I, n° 215, n° 92-15.174**. *V.* J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 489, n° 730.

831 Pour d'autres illustrations *V.* P.-Y. Gautier, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 797.

832 **Cass. civ. 1re, 29 juin 1959, *Bull. civ.* I, n° 320**.

Lorsqu'une contrepartie convenue est dite inexistante, qu'elle fait défaut, cette idée traduit le fait que la contrepartie ne peut être obtenue. Par exemple, le vendeur d'une chose qui n'en a pas le droit de propriété ne saurait satisfaire ma volonté de devenir propriétaire de la chose par le contrat. On voit par cet exemple que la preuve de l'inexistence du droit de propriété du vendeur permet de prouver que ma volonté ne peut pas être satisfaite. La même situation se retrouve pour la contrepartie convenue redondante. Lorsque cette qualification est retenue, on relève aussi l'insatisfaction prévisible de la volonté des parties qui ne peut se réaliser. Par exemple, lorsqu'une personne acquiert deux billets pour une représentation unique, l'acquisition du second billet est inutile car la personne n'a pas le don d'ubiquité[833]. La preuve de cette inutilité prouve également que ma volonté ne peut pas être satisfaite.

Cette analyse de la finalité du contrôle de l'illusoire est importante à nos yeux car elle est ce qui fait le lien avec les différents contrôles du contenu du contractuel qui ont également pour finalité la satisfaction contractuelle des parties.

§2. L'identité de finalité des autres contrôles du contenu contractuel

293. ***Une finalité commune aux différents contrôles du contenu contractuel.*** De 1804 à nos jours le droit positif nous enseigne que le contenu contractuel est une notion clef de notre droit dont le contrôle est assuré par différentes notions autonomes que sont l'illusoire, l'impossibilité, la privation de la substance, l'erreur[834] et l'illicéité. À notre avis cette diversité de fondements n'est qu'apparente et dissimule en vérité une unité fondamentale de contrôle de la satisfaction contractuelle des parties.

Afin de manifester cette unité fondamentale, nous proposons de rappeler le sens de chaque contrôle et d'en montrer la parenté avec l'illusoire, dont la finalité est le contrôle de la satisfaction contractuelle. À cette fin nous verrons successivement les contrôles pour impossibilité (**A**), privation de la substance (**B**), illicéité (**C**) et erreur (**D**).

A. La parenté de l'illusoire et de l'impossibilité

294. ***Un sens spécifique et une finalité commune.*** L'impossibilité s'entend juridiquement de la même manière que dans son sens courant, c'est-à-dire comme ce « *qui ne peut être ou ne peut se*

[833] À moins de démontrer qu'il y a eu une subjectivisation de la contrepartie convenue consistant en la possibilité d'être accompagné pour profiter de la représentation. *Rappr.* **T. com. Seine, 2 avr. 1943** ; Gaz. Pal. 1943. 2. Pan. 81, obs. critiques anonymes, relativement aux billets de théâtre (cité par J. Rochfeld, *Rép. civ.* Dalloz, Cause, n° 48).

[834] Nous n'approfondirons pas le dol considérant qu'il s'agit d'une erreur provoquée.

produire »[835]. Cette idée transparaît dans les cas légaux des condition et prestation impossibles (**1**), dont nous montrerons que la finalité n'est pas distincte de celle du contrôle de l'illusoire (**2**).

1. Les cas légaux des condition et prestation impossibles

295. ***L'hypothèse légale et ancienne de la condition impossible.*** Traditionnellement la condition impossible est illustrée par « *l'exemple mythique* »[836] d'une vente à la condition de toucher le ciel[837]. Nul ne pouvant y parvenir, la condition suspensive est qualifiée d'impossible et annulée par voie de conséquence. Cette position se retrouvait aux articles 900 et 1172 du Code civil de 1804 et les auteurs l'analysaient comme étant l'application de l'adage ancien « *à l'impossible nul n'est tenu* »[838]. Une « *règle de bon sens* »[839], qui « *s'impose même au législateur* »[840].

296. ***L'hypothèse légale et nouvelle de la prestation impossible.*** Suivant le deuxième alinéa du nouvel article 1163 Code civil, l'objet d'une prestation « *doit être possible* ». Cette caractéristique est analysée par les auteurs de la même manière que la condition impossible, c'est-à-dire comme étant une « *règle de bon sens* »[841] qui n'est que l'application de l'adage « *à l'impossible nul n'est tenu* »[842]. En conséquence, les auteurs n'illustrent pas la situation ou bien évoquent seulement un cas improbable tel que la proposition d'un « *voyage au centre de la terre* »[843]. En somme, l'exigence d'une prestation possible apparaît, dans les écrits doctrinaux, très logique, voire trop, en ce qu'elle ne saurait fonder des solutions[844].

---

835 TLF*i*, « Impossible », sens A, 1.

836 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1413, n° 1341.

837 S. Goltzberg, *Cent principes juridiques*, Paris, PUF, coll. « Hors collection », 2e éd., 2021, p. 41 et 42, n° 1 ; *Rappr.* G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 700 et 701, n° 767.

838 Qualifié de « *principe général de droit* » par la CJUE : **grande ch., 6 nov. 2018, affaires jointes C-622 et 624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori c/ Commission*** ; *RTD Eur.* 2019, p. 478, obs. L. Coutron.

839 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 317, n° 345.

840 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil - Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 312, n° 1006 ; Toutefois, il convient de préciser que la règle n'a pas de prise dans le BGB qui a abandonné sa référence lors de la réforme de 2002 et consacré à la place la règle selon laquelle « *la libération du débiteur de son obligation de fournir la prestation pour une cause existant dès la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à l'efficacité du contrat* » : Cl. Witz, *Le droit allemand*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2e éd., 2013, p. 114.

841 Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome. 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 317, n° 345 (*in limine*).

842 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 406, n° 364 ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 318, n° 345.

843 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 406, n° 364.

844 Toutefois, on trouve des références à l'impossibilité dans les Principes du droit européen des contrats, article 4 : 102, dans le Projet de cadre commun de référence à l'article II. – 7 : 102, ou encore dans l'avant-projet de code européen (Gandolfi) aux articles 25 et 27.

2. L'identité de l'illusoire et de l'impossibilité

297. ***Les contreparties convenues illusoire et impossible.*** Les articles du Code civil traitent séparément et distinctement des contrôles fondés sur l'illusoire et l'impossibilité ce qui invite à considérer qu'il s'agit de concepts distincts. Cependant, c'est à notre avis une position excessive car les notions sont en vérité identiques : si une stipulation « *se révèle* »[845] illusoire c'est parce qu'elle « *ne correspond pas à la réalité* »[846], ce qui signifie qu'elle n'est pas réalisable, qu'elle est impossible[847].

C'est en ce sens que s'orientent explicitement différents auteurs qui illustrent l'illusoire par l'impossibilité. Ainsi, on peut lire sous la plume du professeur Sériaux que « *(l)a contrepartie est* illusoire *quand celle-ci n'existe objectivement pas lors de la formation du contrat, même si l'une des parties, ou les deux, ont cru en son existence. Dans un contrat de bail, par exemple, la contrepartie des loyers est la jouissance de la chose louée ; que celle-ci soit d'emblée* ***impossible*** *et le bail sera nul* »[848]. Cette position doctrinale se confirme lorsque l'on se rappelle les cas que recouvre le contrôle de la contrepartie convenue illusoire.

298. ***La contrepartie convenue inexistante et l'impossibilité.*** Les auteurs rapprochent régulièrement la contrepartie convenue inexistante et la contrepartie convenue impossible, au point même de les confondre[849]. Cela est assez logique puisque l'existence est en quelque sorte le préalable à la réalisation. Ce rapport hiérarchique apparaît nettement dans les cas d'impossibilité juridique. Par exemple, lorsque l'on promet la cession d'un droit inexistant sur une chose hors commerce[850], il y a la transmission matérielle de la chose mais sans transmission juridique du droit sur cette même chose. Dans ce cas l'inexistence se confond avec l'impossibilité.

---

845 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 454, n° 408.

846 TLF*i*, « Illusoire », sens A.

847 En ce sens, *V.* G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 357, n° 412 (*in fine*) : « *Mais au fond, cela tient simplement à l'absence de tout engagement réel lorsque la prestation est impossible.* » (nous soulignons).

848 A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 97, n° 42, *in fine* : « *La contrepartie est* illusoire *quand celle qui n'existe objectivement pas lors de la formation du contrat, même si l'une des parties, ou les deux, ont cru en son existence. Dans un contrat de bail, par exemple, la contrepartie des loyers est la jouissance de la chose louée ; que celle-ci soit d'emblée impossible et le bail sera nul* » (nous soulignons) ; *Rappr.* C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, Paris, LGDJ, coll. Les intégrales, 2019, p. 187, n° 246 : « *on peut penser que la contrepartie sera tenue pour illusoire lorsqu'il est à peu près certain qu'un contractant ne pourra recevoir la contrepartie escomptée.* » (nous soulignons).

849 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 484 et suiv., n° 720 et suiv. ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, *op. cit.*, p. 318, n° 345 : « *un objet impossible est l'équivalent d'un objet qui n'existe pas* » ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations 2022*, *op. cit.*, p. 133, n° 226 : « *A l'existence de la prestation, peut être rattachée sa possibilité* ».

850 **Cass. civ. 1re, 3 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n° 237, n° 02-10.880** ; *D.* 2004, p. 3037 ; *RTD civ.* 2005, p. 125, obs. J. Mestre et B. Fages ; **Cass. civ. 1re, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n° 252, n° 85-15.947**. *V.* égal. **Cass. civ. 1re, 16 janv. 2007, *Bull. civ.* I, n° 24, n° 04-20.711**.

299. ***Les contreparties convenues redondante et impossible.*** Contrairement à l'inexistence, la contrepartie convenue redondante n'est pas rapprochée de l'impossibilité par les auteurs. Différents auteurs vont même jusqu'à expressément distinguer les qualificatifs[851]. Cependant, il nous semble qu'au regard des cas précédemment évoqués, l'impossibilité de réalisation peut être une explication de la nullité pour contrepartie convenue redondante. En ce sens, si une contrepartie convenue redondante peut justifier la nullité d'un contrat à titre onéreux c'est parce qu'il est impossible de la répéter.

Pour le comprendre prenons un exemple très matériel comme l'octroi d'un second bail sur un même local. Le second bail est indéniablement annulable car il porte sur une contrepartie convenue redondante. La situation se comprend parfaitement car, comme la Cour de cassation a pu le souligner à l'égard d'une notion différente, « *une chose délivrée en vertu d'un premier contrat de bail* ***ne peut matériellement faire l'objet*** *d'une seconde délivrance* »[852].

Pour définitivement convaincre de cette relation entre redondance et impossibilité, reprenons le cas de la double assurance. Dans cette situation le contrat est valide car il n'y a pas de redondance ; chaque contrat réalise un avantage distinct, à savoir la prise en compte d'une partie du dommage par un débiteur différent[853]. Cette validité se comprend parfaitement car chaque contrat fait l'objet d'une exécution qui lui est propre.

Au regard de ces éléments, nous sommes convaincu que le contrôle d'impossibilité est assimilable au contrôle de l'illusoire.

300. ***Notre explication de la distinction légale entre l'illusoire et de l'impossible.*** Pour clore l'étude du rapprochement de l'impossibilité et de l'illusoire, nous pensons qu'il convient de souligner pourquoi les deux notions sont habituellement distinguées. À notre avis, cette distinction provient du fait qu'il est possible d'analyser un même problème sous deux angles différents. Par exemple, la vente de la chose d'autrui est un contrat qui peut selon nous être traité tant sur le terrain de l'illusoire que de l'impossibilité : d'un côté, on peut relever un problème de constitution du contrat, qui est le constat de l'absence du droit de propriété et conclure à la nullité du contrat pour contrepartie convenue illusoire ; d'un autre côté, on peut relever un problème de réalisation du contrat, qui est le constat de l'impossible transmission du droit de propriété que le vendeur ne détient pas et conclure à la nullité du contrat pour obligation impossible.

---

851 *V.* not. en ce sens J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 484, n° 720 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 454, n° 408.

852 **Cass. civ. 3e, 19 mai 2010, *Bull. civ.* III, n° 96, n° 09-12.640** ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 154, p. 26 (nous soulignons).

853 S'il n'y avait qu'un seul débiteur la conclusion serait contraire (à moins de montrer qu'il soit question de deux services totalement distincts).

Voilà à notre avis pourquoi les contrôles de l'illusoire et de l'impossible sont distingués alors qu'ils contrôlent tous deux la satisfaction contractuelle des parties.

B. La parenté de l'illusoire et de la privation de substance d'une obligation

301. ***La loi actuelle et la jurisprudence antérieure.*** L'article 1170 du Code civil, issu de la réforme du droit commun des contrats, dispose que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». De prime abord cette situation apparaît distincte du contrôle de l'illusoire expressément envisagée par l'article 1169 qui le précède. Cependant, les auteurs qui analysent ce texte à la lumière de la jurisprudence qui en est à l'origine effectuent un léger rapprochement, à nos yeux légitime, avec la qualification d'illusoire[854]. Pour le comprendre, nous proposons de rappeler les circonstances de l'affaire *Chronopost*[855] dans laquelle une clause limitative de responsabilité a été réputée non écrite pour contradiction avec l'obligation essentielle du contrat[856].

Les faits à l'origine de l'affaire étaient relativement simples. En l'espèce, il était reproché à la société Chronopost d'avoir transmis un pli à son destinataire le surlendemain de sa remise, et non le lendemain, comme promis. À la suite de cette défaillance de célérité, la société de livraison n'a accordé en réparation que le montant prévu par les conditions générales, à savoir le prix de la livraison. Cependant, ce montant est apparu insuffisant pour le bénéficiaire du service qui a subi un préjudice bien plus lourd, à savoir en l'espèce de s'être retrouvé dans l'impossibilité de participer à une adjudication. L'affaire a été portée à l'attention de la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt d'appel considérant que la clause limitative de responsabilité devait être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1131 ancien du Code civil car la clause « *contredisait la portée de l'engagement pris* »

---

854 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 383, n° 438 : au sujet de l'article 1170 les auteurs précisent que le texte ne doit pas permettre « *de contester toute clause susceptible d'affecter l'obligation essentielle mais seulement celles qui réduiraient à rien son existence. Plus qu'un déséquilibre significatif, sanctionné dans les seuls contrats d'adhésion, l'article 1170 viserait plutôt une obligation illusoire ou dérisoire* » (nous soulignons) ; *Rappr.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 336 : « *Tel était du reste le raisonnement qui portait les jurisprudences* Chronopost *et* Faurecia II *: c'est seulement lorsqu'une clause a pour effet de contredire l'engagement qui fait le cœur du contrat qu'elle doit être mise à l'écart. Car en sa présence, le créancier n'obtient rien de réel* » (nous soulignons).

855 **Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, n° 93-18.632** ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux, 1997, chron. Ch. Larroumet, p. 145 ; *RTD civ.* 1997, p. 419, obs J. Mestre ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997.I.4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan, 1997.I.4025, obs. G. Viney, 1997.II.22881, obs. D. Cohen ; *CCC* 1997, n° 24, note L. Leveneur ; H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 : Obligations, contrats spéciaux et sûretés*, *op. cit.*, n° 157, p. 105.

856 Règle reprise à l'article 1170 du Code civil moyennant une reformulation : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Sur les conséquences de la reformulation *V.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 336 ; Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 142 et 143 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 383, n° 438.

par la société Chronopost.

Ce reproche était à notre avis cohérent et légitime. D'une part, le reproche était cohérent, car une telle pratique était connue de longue date en droit positif. La première apparition jurisprudentielle est identifiable en 1863[857], et la première application légale en 1804, avec l'exigence d'un dépouillement immédiat et irrévocable lors d'une donation conformément à l'adage de l'Ancien droit « *donner et retenir ne vaut* »[858]. D'autre part, le reproche était légitime, car le contenu contractuel était contradictoire. L'engagement était impossible dans sa formulation car la limitation contractuelle excessive de la réparation rendait l'obligation de célérité non obligatoire[859]. Or, peut-on être obligé sans l'être ? Indéniablement non[860].

302. ***La parenté de la privation de substance et de l'illusoire.*** À notre avis le contrôle de la contradiction entre une clause et une obligation essentielle, consacré à l'article 1170 du Code civil, peut se fondre dans le qualificatif d'illusoire car ils partagent une même finalité de contrôle de la satisfaction contractuelle. Cela transparaît dans l'exemple jurisprudentiel précédent. En l'espèce le projet était que la société Chronopost soit obligée à la célérité, or, les stipulations étaient telles que la société Chronopost n'y était pas réellement obligée. En d'autres termes, il y avait une stipulation dont la satisfaction était impossible, à savoir que le livreur soit obligé à la célérité.

303. ***Notre explication de la distinction de la privation de substance et de l'illusoire.*** À notre avis la distinction de la privation de substance et de l'illusoire provient du fait que la privation de substance a pour origine une stipulation contractuelle. Alors que l'illusoire est en général lié à un état de fait indépendant du contenu contractuel — comme ne pas avoir la propriété de la chose dont on propose la vente — la privation de substance est liée à un état du contenu contractuel lui-même, à savoir sa contradiction, ce qui explique l'originalité de sa sanction.

Voilà à notre avis pourquoi les contrôles de privation de substance et de l'illusoire sont distinguées alors qu'ils contrôlent tous deux la satisfaction contractuelle des parties.

---

857 **Req., 18 janv. 1863** ; *DP* 1863. 1. 248 ; *S*. 1863. 1. 185 ; *Rappr.* Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-en-Provence, 1981, p. 202, n° 169.

858 Sur cet adage *V*. not. A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 58, n° 31.

859 « *À travers cette décision, la Cour de cassation sanctionnait l'incohérence ou la contradiction entre, d'une part, l'engagement de fiabilité et de célérité assumé par la société Chronopost, et, d'autre part, le caractère dérisoire de l'indemnisation* » : Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 532, n° 465.

860 Cette situation n'est pas sans rappeler le cas de l'obligation soumise à une condition suspensive impossible qui est en conséquence non exigible.

C. La parenté de l'illusoire et de l'illicéité

304. ***L'autonomie légale du contrôle pour illicéité.*** De tout temps, l'illicéité apparait dans le Code civil comme une notion générale et distincte des différents contrôles du contenu contractuel. Sous l'empire des textes de 1804 on relève par exemple que l'illicite était distingué de l'absence de cause dans les articles 1131 et 1133 du Code civil. En effet, ces derniers prévoyaient, d'une part, que « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause,* ***ou*** *sur une cause illicite* »[861] ne pouvait avoir d'effet et, d'autre part, que « *la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* »[862]. Également, l'illicéité était distinguée de l'impossibilité en matière de condition aux articles 900 et 1172 du Code civil qui précisaient qu'une condition était nulle ou réputée non écrite si elle visait « *une chose impossible,* ***ou*** *contraire aux bonnes mœurs* »[863]. Au lendemain de la réforme du droit commun des contrats, l'illicéité est toujours distinguée des autres contrôles du contenu contractuel, toutefois, son affirmation est moins marquée que par le passé. On relève ainsi l'article 1128 du Code civil qui liste les conditions nécessaires à la validité d'un contrat et précise que son contenu doit être « *licite* ***et*** *certain* »[864]. Également, on relève les articles 1162 et 1163 du Code civil qui traitent respectivement de la contrariété « *à l'ordre public* » et du fait qu'une prestation contractuelle « *doit être possible* ».

305. ***Une distinction excessive.*** La distinction traditionnelle entre l'illicéité et les autres contrôles du contenu contractuel, et plus spécifiquement de l'illusoire, est à notre avis excessive car l'illicéité est un contrôle ayant la même finalité que l'illusoire. Toutefois, elle se caractérise par le fait de porter sur une insatisfaction d'origine juridique, c'est-à-dire issue de la loi, des bonnes mœurs et de l'ordre public[865]. Afin de démontrer l'existence de cette relation entre l'illicite et l'illusoire en

---

[861] Nous soulignons.

[862] La même distinction était admise pour l'objet de l'obligation qui était soit illicite, suivant l'article 1128 ancien du Code civil, soit absent, suivant l'article 1108 : **Cass. civ. 1re, 20 déc. 1960,** ***Bull. civ.*** **I, n° 554** ; **Cass. civ. 1re, 10 févr. 1965,** ***Bull. civ.*** **I, n° 116** (arrêts cités par J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 55, n° 65). *Rappr.* G. Loiseau, « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47, n° 1 : « *Évoquées dans différentes dispositions du code civil, les choses hors du commerce y sont appréhendées à travers leur régime : ce sont des choses qui ne peuvent être l'objet de conventions (art. 1128), qui ne sont à ce titre ni susceptibles d'être vendues (art. 1598) ni de nature à être prêtées (art. 1878) et dont la propriété, enfin, ne peut s'acquérir par prescription (art. 2226). De ces dispositions, on a coutume de retenir principalement la première et d'intégrer l'étude des choses hors du commerce dans celle de l'objet du contrat. On les présente, à cet égard, comme l'expression d'un interdit, faisant écho à l'exigence de la licéité de l'objet* ».

[863] Nous soulignons. Cciv., art. 1172 : « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.* » ; Cciv., art. 900 : « *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.* »

[864] Nous soulignons. Cciv., art. 1128 : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain.* »

[865] Dans un sens similaire *V.* D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 315, n° 378 : « *les cas d'impossibilité de l'objet se ravalent souvent à d'autres hypothèses, notamment d'illicéité* » ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1414, n° 1341 (en note) : « *La condition juridiquement impossible tend à se confondre avec la condition illicite* » ;

droit positif, nous proposons d'évoquer, premièrement, deux cas qui illustrent l'interchangeabilité des qualificatifs d'illicite et d'illusoire (**1**) et, secondement, d'évoquer un cas qui analyse une contrariété légale comme un cas d'impossibilité (**2**).

1. Les cas légaux et jurisprudentiels suggérant l'interchangeabilité de l'illusoire et de l'illicite

306. ***Deux cas.*** Afin de convaincre de la parenté des contrôles fondés sur l'illicéité et l'illusoire, nous voulons exposer deux cas qui s'analysent aussi bien comme relevant de l'illicéité et de l'illusoire. Le premier cas est jurisprudentiel et porte sur les cessions de clientèle civile, le second cas est légal et porte sur les conventions de procréation ou gestation pour le compte d'autrui.

307. ***Une nullité pour illicéité puis pour absence.*** Les cessions de clientèle civile ont été reconnues valides en droit positif dans un arrêt fondateur du 7 novembre 2000[866], à la condition qu'il soit assuré la liberté de choix du client. Antérieurement à cette décision, de telles cessions étaient invariablement nulles. Le fondement de cette nullité initiale est le point qui nous intéresse car il a évolué au fil du temps. Au départ, les arrêts[867] annulaient les cessions de clientèle civile pour objet ou cause illicite, car la clientèle civile était une chose hors commerce. En 1990, par deux arrêts rendus par la Cour de cassation, cette nullité n'était plus fondée sur l'illicéité de la chose mais sur l'absence d'objet et de cause[868]. Ce changement de fondement, qui aurait pu sembler n'être qu'une « *simple reformulation d'une solution classique* »[869], illustre à notre avis la parenté des contrôles fondés sur l'illicéité et sur l'illusoire.

Dans les deux cas on constate une impossibilité de satisfaire la volonté des parties. Dans le premier cas l'impossibilité est tirée de la loi, l'ordre public ou les bonnes mœurs, alors que dans le second l'impossibilité est d'un autre ordre[870]. En somme, entre ces deux fondements de nullité il

---

Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris, LGDJ, Lextensoéditions, coll. Droit civil, 6e éd., 2013, p. 306, n° 621 : « *l'absence de cause constitue souvent une cause illicite* ».

866 **Cass. civ. 1re, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 283, n° 98-17.731** ; *D.* 2001, p. 2400, note Y. Auguet, p. 3081, note J. Penneau ; *D.* 2002. 930, note O. Tournafond ; *JCP G* 2001.II.10452, note F. Vialla ; *JCP G* 2001.I.301, n° 16, note J. Rochfeld ; *JCP E* 2001, p. 419, obs. G. Loiseau ; *Defrénois* 2001. 431, obs. R. Libchaber ; *CCC* 2001, n° 18, obs. L. Leveneur ; *LPA* 14 juin 2001, note Desautel ; *RTD civ.* 2001, p. 130, obs. J. Mestre et Fages, p. 167, obs. Th. Revet ; *RDSS* 2001. 317, obs. G. Mémeteau.

867 **Cass. civ., 16 mars 1943** ; *JCP* 1943.II.2289 ; **Sect. com., 17 oct. 1951** ; *JCP* 1951.II.6584 ; **Sect. com., 29 juill. 1952** ; *JCP* 1952.II.7146 ; **Cass. civ. 1re, 23 janv. 1968, *Bull. civ.* I, n° 30** ; *D.* 1969.177 ; **Cass. civ. 1re, 31 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 160, n° 85-17.155** ; *Gaz. Pal.* 1988.650, note Flécheux.

868 **Cass. civ. 1re, 7 févr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 38, n° 88-18.441** ; *Defrénois*, 1990.1018, note J.-L. Aubert ; **Cass. civ. 1re, 25 avr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 88, n° 88-12.157, n° 88-12.296**, préc.

869 F. Zenati, « Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause », *RTD civ.* 1991, p. 560.

870 Implicitement en ce sens *V.* J. Penneau, *D.* 1986, note sous Cass. civ. 1re, 27 nov. 1984 (cité par H. Barbier et J. Heinich, *Rep. civ.* Dalloz, Clientèle, n° 32).

n'y a qu'une différence de degré[871]. Pour confirmer cette parenté entre ces deux contrôles, nous voudrions évoquer le cas légal des conventions de procréation ou gestation pour le compte d'autrui.

308. ***Les conventions de procréation ou gestation pour le compte d'autrui.*** Suivant l'article 16-7 du Code civil, « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Selon les auteurs, cette nullité absolue[872] est fondée sur l'illicéité de l'opération, car il y a la violation d'une règle « *d'ordre public* », comme le précise l'article 16-9 du Code civil[873]. Si cette nullité pour illicéité ne fait aucun doute en raison de l'impérativité de la règle violée[874], il convient de souligner que celle-ci se présente également nulle pour absence d'objet du fait d'une autre règle tout autant impérative. En effet, suivant l'article 16-1 du Code civil « *le corps humain, ses éléments et ses produits* ***ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*** »[875]. Ce qui signifie qu'une convention de mère porteuse est un contrat nul car le droit exploité pour sa réalisation n'existe pas. Faute de droit sur son corps, une femme ne peut accorder de droit dessus par contrat.

Face l'existence de ces deux causes de nullité pour une même convention le profane pourrait conclure à la confirmation que les contrôles fondés sur l'illicéité et sur l'illusoire sont distincts. Cependant, ce serait à notre avis une conclusion critiquable car ce cas manifeste plutôt que ces deux notions « *saisissent, sous deux formes différentes, une même réalité juridique* »[876], à savoir la violation du principe d'indisponibilité du corps humain[877]. La première nullité s'appuie sur la hiérarchie des normes, à savoir qu'un contrat ne peut pas contrevenir à une règle d'ordre public. La seconde suit une logique exclusivement contractuelle qui est qu'un contrat ne peut porter sur un droit inexistant.

---

871 *Comp.* F. Zenati, « Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause », art. préc. : « *Dire que la cession d'un bien est interdite c'est admettre implicitement que cette cession n'est pas impossible mais seulement non souhaitable et que son objet constitue un bien* ».

872 M.-A. Frison-Roche, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184, spéc. n° 16 et 17 : « *Nous sommes dans l'illicite absolu. Que la mère ait été rémunérée ou non, nous sommes dans l'illicite absolu* » ; *Rappr.* J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 843, n° 2149 : qui prennent comme premier exemple de nullité absolue pour illicéité la convention de gestation pour autrui.

873 « *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.* »

874 Sur l'impérativité des règles d'ordre public *V.* J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 199 et 200, n° 107 ; Sur la relation entre l'impérativité et l'ordre public *V.* A. Tani, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, préf. B. Beignier, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2020, spéc. p. 18 et suiv., n° 9.

875 Nous soulignons.

876 La formule est employée à l'égard du rapprochement entre l'erreur et la résolution pour inexécution : J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2013, p. 1050, n° 1274. Il convient de souligner que les auteurs concluent que l'existence de cette dualité d'appréhension d'une même chose ne doit pas inviter à les confondre mais plutôt à accorder une option au bénéficiaire des actions associées aux concepts.

877 **Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. AP*, n° 4, n° 90-20.105** : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

Et dans les deux cas, le résultat est le même : la convention est nulle car il ne peut y avoir de satisfaction de la volonté des parties[878].

309. ***L'enseignement de la définition du verbe interdire.*** Dans la vie courante, l'illicéité, ou contrariété à la loi, est rapprochée de la notion d'interdit. Si la loi ne l'autorise pas, c'est que c'est interdit. Ce parallèle avec l'interdit est à notre avis pas anodin. Pour le comprendre, reprenons la définition du mot interdire. Selon le dictionnaire Trésor de la Langue Française interdire signifie « *défendre absolument,* ***refuser le droit*** *(à l'usage, la pratique de quelque chose)* ***par un impératif d'ordre individuel ou collectif*** »[879]. On retrouve dans cette définition cette relation que nous pensons exister entre les contrôles fondés sur l'illicite et l'illusoire : alors que l'illicéité est la sanction d'une absence de droit liée à l'ordre public, la loi ou les bonnes mœurs, l'illusoire est la sanction d'une absence de droit non fondée sur ces sources.

En définitive, nous pensons que l'illicite est une forme particulière d'illusoire dont une des conséquences principales serait d'influencer la nature de la nullité sanctionnant l'impossibilité du contenu contractuel[880].

2. Le cas jurisprudentiel admettant une impossibilité pour illicéité

310. ***La condition légalement impossible.*** Dans un arrêt du 28 septembre 2016[881] la Cour de cassation a manifesté d'une manière encore plus flagrante la parenté des contrôles fondés sur l'illicite et l'illusoire. Il n'était pas question de sanctionner différemment une même situation, mais plutôt d'identifier un cas d'impossibilité en raison de l'existence d'une illicéité.

En l'espèce, un contrat d'installation de panneaux photovoltaïques a été conclu par des époux avec une société spécialisée, et financée par un contrat distinct auprès d'une banque. Probablement mécontents du résultat obtenu, les époux ont introduit une action en justice afin d'obtenir l'annulation des contrats d'installation et de financement. Ils ont été déboutés de leur demande et ont alors introduit un pourvoi devant la Cour de cassation qui a relevé d'office un moyen tiré de

878 Beaucoup d'autres exemples de concours entre l'illusoire et l'illicite existent en droit positif, toutefois, nous avons voulu nous limiter aux cas les plus manifestent. À titre d'exemple, on peut citer tous les cas d'absence de droit prévus dans la loi comme le contrat conclu en violation d'une promesse de contrat à l'article 1124 du Code civil, ou encore la vente de la chose d'autrui à l'article 1599 du même code, voire toutes les incapacités comme pour l'interdiction de donner un bien commun sans l'accord de son époux à l'article 1422 du Code civil.

879 *TLFi* (nous soulignons).

880 *Rappr.* Cciv., art. 1179 : « *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé.* »

881 **Cass. civ. 1re, 28 sept. 2016, n° 15-18.148** ; *CCC* n° 12, 2016, comm. 248, obs. L. Leveneur.

l'ancien article 1172 du Code civil[882], dont il résulte que « *toute condition d'une chose impossible est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ». La haute juridiction a cassé l'arrêt d'appel en considérant que « *l'aide aux énergies renouvelables, érigée en condition suspensive par les parties, ne pouvait légalement atteindre le montant mentionné dans le contrat d'installation, en sorte que l'accomplissement de cette condition, qui avait déterminé le consentement de M. X..., était impossible, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé le texte susvisé* ».

La formulation de cette solution est très instructive. Elle illustre à notre avis comment une impossibilité, c'est-à-dire une situation qualifiable d'illusoire, peut être causée par une illicéité. En l'espèce la haute juridiction estime qu'il y a une impossibilité qui consiste en ce que l'aide érigée en condition suspensive « ***ne pouvait légalement*** *atteindre le montant mentionné* »[883]. En d'autres termes, la condition était impossible en raison de sa contrariété à la loi. Dans cette affaire, la Cour de cassation manifeste donc de façon nette la parenté des qualificatifs d'illicite et d'impossibilité, et par voie d'extension d'illusoire, en montrant que l'illicéité n'est qu'une situation illusoire en raison d'une contrariété à un élément juridique.

D. La parenté de l'illusoire et de l'erreur

311. ***Trois types d'erreur pour une notion.*** Afin de manifester la parenté des contrôles fondés sur l'erreur et sur l'illusoire, comme on pu l'envisager différent auteurs[884], nous proposons dans un premier temps de rappeler les trois types d'erreur admis en droit positif que sont les erreurs vice, obstacle et sur la cause (**1**) pour dans un second temps en confronter les définitions à celle de l'illusoire dont la finalité est de contrôler la satisfaction contractuelle des parties (**2**).

1. La compréhension des erreurs vice, obstacle et sur la cause

312. ***Une invariable fausse représentation de la réalité.*** Comme nous l'avons souligné précédemment, il est aujourd'hui classique de distinguer trois types d'erreur. Il y a tout d'abord l'erreur-vice qui est classiquement présentée dans les ouvrages généraux comme une notion qui n'est pas « *spécifiquement juridique* »[885] et qu'il faut entendre dans un sens proche de celui du

882 « *toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend* ».

883 Nous soulignons.

884 *Comp.* J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 442 et suiv., n° 632 et suiv. : les auteurs admettent la possibilité d'un rapprochement, mais considèrent que celui-ci ne peut aboutir à la confusion des notions en raison d'obstacles principalement techniques. Sur le dépassement des obstacles techniques au rapprochement *V.* section suivante *infra* n° 320 et suiv.

885 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 309, n° 273.

vocabulaire courant[886]. Elle est donc généralement entendue comme le fait de considérer « *comme vrai ce qui est faux* » soit de considérer « *comme faux ce qui est vrai* »[887]. Ensuite il y a l'erreur-obstacle qui est définie comme un « *simple malentendu* »[888] qui a empêché la « *convergence des volontés* »[889]. L'on parle dans ce cas « *(d')erreur réciproque* »[890] en ce qu'il y aurait deux erreurs en raison desquelles les parties n'ont « *pas accordé leur volonté sur le même objet* »[891]. Lors de la réforme du droit commun des contrats le législateur n'a pas pris le parti de consacrer la notion autonome d'erreur-obstacle. Cependant, « *malgré le silence des textes* »[892] les auteurs estiment que la notion perdurera car l'erreur qui entache ces conventions est si profonde que l'on ne saurait l'ignorer[893]. En somme, l'erreur-obstacle est une situation très proche de l'erreur-vice dans sa compréhension, mais qui toutefois fait l'objet d'un traitement différencié en jurisprudence. Enfin, il y a la fausse cause, ou « *erreur sur la cause* »[894], qui est classiquement présentée par un double rapprochement. Premièrement, la fausse cause est rapprochée de l'erreur-vice et de l'erreur-obstacle en ce qu'il y a une erreur. Secondement, la fausse cause est rapprochée de l'absence de cause car l'erreur qui est sanctionnée a engendré une absence de cause. Dit d'une manière simple, il s'agit d'une absence de cause qui n'a « *pas été perçue par le cocontractant lors de la conclusion du contrat* »[895]. Pour le dire encore autrement, l'erreur sur la cause n'est rien d'autre qu'une erreur-vice qui porte sur un élément particulier qui engendre un régime spécifique.

En conclusion, l'erreur-vice, l'erreur-obstacle et la fausse cause sont trois mécanismes qui reposent sur la même idée d'une erreur, c'est-à-dire une conviction qui n'est pas « *conforme à la réalité* »[896], et dont le résultat est invariablement la nullité de la convention, mais suivant des conditions différentes.

---

886 TLF*i*, « Erreur », sens II, A : « *Action, fait de se tromper, de terni pour vrai ce qui est faux et inversement* ».

887 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 875, n° 1108 : les auteurs renvoient au vocabulaire Lalande et sa définition de l'erreur.

888 J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, th. préc., p. 4, n° 4.

889 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 311, n° 275.

890 M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 403, n° 517.

891 **Cass. civ. 3e, 1er févr. 1995, *Bull. civ.* III, n° 36, n° 92-16.729** ; *RTD civ.* 1995, p. 879, obs. J. Mestre.

892 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 252, n° 293 (*in fine*).

893 *V. not.* G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 252, n° 293 ; Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 87.

894 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 451, n° 650.

895 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 455, n° 408.

896 J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2014, p. 190, n° 193 (*in limine*). *Rappr.* J. Ghestin, Y.-M. Serinet, *Rép. civ.* Dalloz, Erreur, n° 1 : « *une opinion, un jugement contraire à la vérité* ».

313. ***La fausse représentation et l'illusoire.*** Après ce rappel de la conception doctrinale de l'erreur, il apparaît à notre avis que peu importe l'erreur dont il est question, il y a invariablement le constat d'un contenu contractuel illusoire. Pour le montrer, nous proposons de prendre différents exemples jurisprudentiels d'erreur-vice, d'erreur-obstacle et d'erreur sur la cause, ou de fausse-cause et de les confronter à la finalité du contrôle fondé sur l'illusoire[897].

2. L'identité de l'illusoire et de l'erreur

314. ***L'erreur-vice et l'illusoire.*** La notion d'erreur-vice sur les qualités essentielles de la prestation due, reçue ou du cocontractant est à l'origine d'un contentieux important dont les illustrations sont très variées. Toutefois, il apparaît à nos yeux une constante en ce que l'erreur est systématiquement le constat d'une insatisfaction de la volonté exprimée lors de la formation du contrat. Pour le monter, nous proposons de rappeler les contentieux de l'erreur en matière d'authenticité d'œuvre d'art et d'inconstructibilité.

Dans le contentieux des œuvres d'art, dès lors qu'il est acquis que les parties se sont accordées sur la cession d'une toile considérée comme authentique ou inauthentique, la révélation postérieure de la qualité inverse de l'œuvre démontre que ce qui a été promis ne pouvait se réaliser. En somme, l'erreur est d'avoir convenu d'une qualité essentielle qui n'existait pas. Suivant cette formulation on voit très bien l'identité avec l'illusoire[898]. La même conclusion peut être trouvée en raisonnant à partir du cas classique du terrain inconstructible. Si les parties se sont accordées sur le fait que le terrain vendu est constructible, la révélation postérieure de l'inconstructibilité du terrain démontrera que le contenu contractuel est impossible, prévoyant la livraison d'un terrain constructible[899]. En somme, on comprend que si une erreur est admise c'est que l'élément sujet de l'erreur n'est pas réalisable[900]. C'est pourquoi nous pensons que le contrôle fondé sur l'erreur a la

---

[897] Concernant les particularités techniques du contrôle fondé sur l'erreur *V.* section suivante.

[898] *Rappr.* J. Rochfeld, « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013, p. 1601, spéc., n° 7 : l'auteur envisage l'erreur comme un moyen d'invoquer en justice le motif qui a intégré le champ contractuel et dont on relève « *l'impossibilité de sa satisfaction* ab initio ».

[899] Pour une présentation générale de la jurisprudence et de cette question *V.* Fr. Rouvière, « L'inconstructibilité : entre non-conformité, erreur et vice caché », *RDI* 2010, p. 253. *Adde* « Le casse-tête de l'inconstructibilité », *D.* 2015, p. 60.

[900] C'est pourquoi les auteurs envisagent l'erreur comme une non-conformité à la réalité, ou à la vérité. En ce sens, *V.* not. W. Dross, « La déception contractuelle. Proposition d'un droit commun », *op. cit.*, spéc., n° 9 : « *Si en effet l'erreur est une représentation erronée de la réalité, que l'on tienne pour vrai ce qui est faux ou pour faux ce qui est vrai, il y faut toujours l'étalon d'une vérité* » ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 190, n° 193 (*in limine*) : « *La notion n'est cependant pas aussi simple que le laisser croire cette définition. C'est que le* vrai *et le* faux *sont souvent relatifs, et provisoires. Ce qui appelle une sanction, c'est le que la* croyance du contractant n'ait pas été conforme à la réalité. » (italiques dans le texte) ; J. Ghestin, Y.-M. Serinet, *Rép. civ.* Dalloz, Erreur, n° 1 : « *une opinion, un jugement contraire à la vérité* ».

même finalité que le contrôle fondé sur l'illusoire qui est de vérifier la satisfaction des stipulations contractuelles[901].

315. ***L'erreur-obstacle et l'illusoire.*** L'erreur-obstacle fait l'objet de peu de manifestations en jurisprudence, toutefois, il apparaît invariablement le même trait commun que pour l'erreur-vice, à savoir la manifestation d'une impossibilité de réalisation de la volonté, sans pour autant se confondre avec l'erreur-vice. Pour le montrer, nous proposons de rappeler un des exemples les plus connus d'erreur-obstacle[902], à savoir une affaire dans laquelle un acquéreur pensait s'approprier un bien immobilier d'un seul tenant alors que le propriétaire ne pensait vendre qu'une parcelle morcelée. La convention a été annulée car « *les parties n'avaient pas accordé leur volonté sur le même objet* »[903]. En effet, l'acquéreur espérait obtenir une propriété d'un seul tenant, comme elle lui avait été présentée sur un plan, alors que le vendeur n'envisageait que la cession d'une parcelle morcelée, comme il en était l'actuel propriétaire.

On perçoit bien dans cet exemple l'autonomie de l'erreur-obstacle qui repose sur deux visions distinctes de l'objet de l'acte, et non sur une même vision erronée, comme en matière d'authenticité d'œuvre d'art. Toutefois, il y a une impossibilité tout comme pour l'erreur-vice. Dans la présente affaire, l'impossibilité était liée à l'existence d'une opposition de points de vue des parties : l'acquéreur pensait acquérir une parcelle d'un seul tenant et le vendeur pensait vendre une parcelle morcelée[904].

316. ***La fausse cause et l'illusoire.*** La fausse cause, ou erreur sur la cause, n'échappe pas au constat précédent qu'une erreur constitue la révélation d'une insatisfaction contractuelle. Pour le montrer, nous prendrons l'exemple jurisprudentiel de la promesse de payer une dette préexistante fondée sur la fausse croyance d'un exploitant de cinéma d'être responsable du dommage causé à

---

901 Dans un sens similaire au sujet de la distinction de l'erreur et de la résolution pour inexécution *V.* M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 524, n° 668 : « *la nullité d'un contrat et sa résolution pour inexécution exigent toutes deux la preuve d'une qualité convenue entre les parties. Simplement si le débiteur était dans l'impossibilité d'assurer l'existence de cette qualité convenue, au sens que nous venons de rappeler, l'annulation du contrat sera prononcée pour erreur ou même parfois pour dol. Si, en revanche, le débiteur a promis une qualité qu'il pouvait parfaitement procurer, cette qualité s'est intégrée dans le champ contractuel par l'effet obligatoire de l'information, si bien que son absence sera sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle et, spécialement par la résolution du contrat pour inexécution* ». *Rappr.* O. Tournafond, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché) », *D.* 1989, chron. 237, n° 49-53.

902 Pour une présentation récente de l'ensemble de la jurisprudence *V.* P. Gaiardo, *Les théories objective et subjective du contrat – Étude critique et comparative (droit français et américain)*, préf. M. Fabre-Magnan, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2020, p. 49 et suiv., n° 56 et suiv.

903 **Cass. civ. 3e, 1er févr. 1995, *Bull. civ.* III, n° 36, n° 92-16.729**, préc. *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 16 déc. 2014, n° 14-14.168** : une erreur-obstacle en raison d'une mauvaise désignation du bien vendu.

904 C'est pour cette raison également que l'erreur-obstacle sur la nature du contrat emporte la nullité. Pour un exemple *V.* **Cass. civ. 3e, 18 mars 1980, *Bull. civ.* III, n° 65, n° 78-13.125**.

un artiste[905].

En l'espèce, la promesse a été annulée car l'exploitant de cinéma a démontré son erreur qui a été de croire qu'il était responsable du dommage causé. On retrouve ici le raisonnement classique développé en matière d'erreur, mais également celui développé en matière d'illusoire. En démontrant son erreur, c'est-à-dire sa fausse croyance, l'exploitant de cinéma a démontré qu'il voulait éteindre une dette qui n'existait pas, ce qui n'est rien d'autre que la preuve une insatisfaction contractuelle prévisible dès la conclusion du contrat. Par cette affaire, on perçoit comme précédemment l'existence d'un décalage entre l'effet voulu et l'effet qui peut se réaliser, c'est-à-dire l'existence d'une illusion[906].

317. ***Notre explication de la distinction légale entre l'illusoire et de l'erreur.*** Pour clore l'étude du rapprochement de l'erreur et de l'illusoire, nous pensons qu'il convient de souligner pourquoi les deux notions sont habituellement distinguées. À notre avis, cette distinction provient du fait qu'il est possible d'analyser un même problème sous deux angles différents. Par exemple, la vente de la chose d'autrui est un contrat qui peut selon nous être traité tant sur le terrain de l'illusoire que de l'erreur : d'un côté, on peut relever un problème de constitution du contrat, qui est le constat de l'absence du droit de propriété et conclure à la nullité du contrat pour contrepartie convenue illusoire ; d'un autre côté, on peut relever un problème de consentement au contrat, qui est le constat que le vendeur a pensé à tort être le propriétaire de la chose et conclure à la nullité du contrat pour erreur.

Compte tenu de cela nous pensons que la différence entre les deux fondements de nullités réside dans le fait que l'erreur s'intéresse à l'origine de l'insatisfaction contractuelle, qui est l'erreur elle-même, le fait de croire faux ce qui est vrai ou vrai ce qui est faux, alors que la contrepartie convenue illusoire s'intéresse à l'insatisfaction contractuelle elle-même, à savoir l'impossibilité de sa réalisation. En définitive, il faut comprendre que « *l'erreur ne fait (qu)'expliquer* »[907] l'insatisfaction contractuelle[908].

---

905 **Req., 1er juill. 1924**, préc.

906 *Rappr.* **Cass. com., 11 sept. 2012, n° 10-26.942** ; *D.* 2012, p. 3016, note J.-B. Perrier : Selon la haute juridiction, la transaction pénale relative à un délit douanier qui s'est « *révélé inexistant* » est nulle comme reposant « *sur une erreur […] relative à l'objet même de la contestation* ».

907 *Rappr.* Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 456, n° 408 (*in fine*) : Les auteurs expliquent qu'en présence d'une erreur sur la cause la nullité est admise sans contrôler l'excusabilité de l'erreur car la nullité est sanctionnée en raison de *« l'absence de contrepartie* » et non pour « *l'erreur qui ne fait que l'expliquer* ».

908 Concrètement cela signifie que l'erreur n'est rien d'autre que le moyen de démontrer qu'elle était la volonté de l'*errans* au moment de la conclusion du contrat et que celle-ci ne peut se réaliser. *Rappr.* Ch. Atias, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 3e éd., 2006, p. 202 et 203, n° 266.

Voilà à notre avis la raison principale de la distinction des contrôles de l'illusoire et de l'erreur alors même qu'ils ont une finalité identique[909].

318. ***Conclusion de la sous-section I.*** À notre avis la finalité du contrôle pour contrepartie convenue illusoire est de contrôler la satisfaction de la volonté des parties et cette finalité est commune aux différents contrôles du contenu contractuel que sont l'impossibilité, la privation de substance, l'illicite et l'erreur. Afin de démontrer cette position nous avons entrepris dans la présente sous-section de rappeler la compréhension des différents contrôles du contenu contractuel et de les comparer à celui fondé sur l'illusoire pour manifester leur parenté.

Premièrement, nous avons relevé l'identité de finalité qui existait entre l'impossibilité et l'illusoire. Sachant que l'impossibilité se comprend comme l'effet « *qui ne peut être ou ne peut se produire* »[910], celui-ci s'apparente sans difficulté à l'illusoire qui sanctionne le constat d'une insatisfaction contractuelle.

Deuxièmement, nous avons relevé l'identité de finalité qui existait entre la privation de substance et l'illusoire. Préalablement, il convient de rappeler que la privation de substance a été reconnue en jurisprudence sur le fondement de l'absence de cause, ce qui invite naturellement à le rapprocher de l'illusoire. Cette position se confirme ensuite lorsque l'on comprend que la privation de substance consiste à relever que « *le créancier n'obtient rien de réel* »[911]. En d'autres termes, qu'il y a une insatisfaction contractuelle.

Troisièmement, nous avons relevé l'identité de finalité qui existait entre l'illicéité et l'illusoire. D'une part, cette parenté est occasionnellement admise en doctrine et d'autre part, elle se constate en jurisprudence. En effet, on relève que pour la Cour de cassation les deux fondements sont interchangeables. Par exemple, on peut voir en jurisprudence qu'une même situation est sanctionnée aussi bien pour illicéité que pour absence de cause ou d'objet, devenu le contrôle fondé sur l'illusoire. Également, on peut voir en jurisprudence qu'une impossibilité peut prendre sa source dans une illicéité. En définitive, l'illicéité se présente comme un cas d'insatisfaction contractuelle dont l'origine est identifiée dans la loi, l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Quatrièmement, nous avons relevé l'identité de finalité qui existait entre l'erreur et l'illusoire. Cette identité est moins évidente que pour les cas précédents, toutefois, elle apparaît lorsque l'on reprend les cas d'erreur admis en jurisprudence. Suivant la conception classique, l'erreur est le fait

---

909 La seconde raison qui justifie la distinction de ces deux contrôles est que la découverte de l'erreur fixe le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité conformément aux articles 1144 et 2224 du Code civil.

910 TLF*i* « Impossible », sens A, 1.

911 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 336 : « *Tel était du reste le raisonnement qui portait les jurisprudences* Chronopost *et* Faurecia II *: c'est seulement lorsqu'une clause a pour effet de contredire l'engagement qui fait le cœur du contrat qu'elle doit être mise à l'écart. Car en sa présence, le créancier n'obtient rien de réel.* » (nous soulignons).

de considérer « *comme vrai ce qui est faux* » ou « *comme faux ce qui est vrai* »[912]. Cette conception est parfaitement illustrée par l'affaire Poussin dans laquelle la vente d'un tableau avec « *la conviction* »[913] de ne pas être authentique, alors qu'il s'est révélé l'être par la suite, a été annulée pour erreur. On voit parfaitement cette idée d'erreur en ce que la venderesse a considéré inauthentique un tableau authentique. Mais également on voit le rapprochement avec l'illusoire. Pensant vendre un tableau inauthentique, alors qu'il a toujours été authentique, les parties ont voulu une opération impossible. Suivant cette présentation de l'erreur, on perçoit immédiatement le rapprochement avec l'illusoire qui est le fait de vouloir une chose qui ne peut se produire.

[912] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 875, n° 1108 : les auteurs renvoient au vocabulaire Lalande et sa définition de l'erreur.

[913] **Cass. civ. 1re, 27 juin 2000, n° 98-15.483**.

SOUS-SECTION II

L'UNITÉ TECHNIQUE DE L'ILLUSOIRE ET DES AUTRES CONTRÔLES DU CONTENU CONTRACTUEL

319. ***La relativisation de l'autonomie technique des contrôles du contenu contractuel.*** La volonté de rapprocher les différents contrôles du contenu contractuel avec l'absence de cause de l'obligation, ou suivant la nouvelle formulation la contrepartie convenue illusoire, n'est pas un projet inédit. On en trouve la trace ancienne à l'égard de l'erreur dans les travaux des auteurs anti-causalistes, qui n'y voyaient qu'une application de l'absence de cause[914]. Cependant, invariablement il apparaissait des difficultés pour assurer cet alignement en ce que les notions présentaient des spécificités imposant l'existence d'actions en nullité autonomes. C'est ainsi que l'on peut lire à l'égard de l'erreur et de la cause de l'obligation que « *le demandeur en nullité pour absence de cause, à la différence de celui qui se fonde sur l'erreur, n'aura pas à établir son erreur, ni l'influence que celle-ci a exercée sur sa volonté* »[915].

Cependant, malgré ces particularités nous pensons qu'il y a tout de même une unité technique entre les différents contrôles du contenu contractuel et que celle-ci est dissimulée derrière une pluralité discutable de concepts distincts. Afin de montrer cette unité, nous proposons de rappeler ces particularités techniques puis d'expliquer en quoi elles ne sont pas un obstacle à l'unification des différents contrôles du contenu contractuel. Nous verrons donc dans un premier temps les spécificités de l'erreur (**§1**), dans un second temps les spécificités de l'illusoire, anciennement qualifié d'absence de cause ou d'objet (**§2**) et dans un troisième temps les spécificités de l'impossibilité (**§3**).

---

914 J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. 1 *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Paris Jouve & Cie éditeurs, 1920, p. 113 : « *l'erreur sur la qualité substantielle de la chose achetée, est une erreur sur la cause* ». Dans le même sens *V.* R. Célice, *L'erreur dans les contrats. Étude de jurisprudence française*, th. Paris, 1922 ; Tr. Ionasco, *L'évolution de la notion de cause dans les contrats à titre onéreux*, th. Paris, 1923 ; P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. Paris II, dir. Ph. Malaurie, 1981.

915 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 449, n° 647.

§1. Le renouvellement des spécificités de l'erreur

320. ***Les conditions d'admissibilité de l'erreur.*** Deux obstacles pourraient sembler s'opposer à la reconnaissance de l'unité fondamentale des contrôles du contenu contractuel. Le premier réside dans la condition d'excusabilité de l'erreur, qui consiste à refuser la prise en compte des erreurs trop légères, c'est-à-dire qui auraient pu être évitées par l'*errans*, et qui est spécifique à l'erreur-vice (**A**). Le second obstacle réside dans le caractère convenu de la qualité essentielle objet de l'erreur, qui consiste à refuser la prise en compte des erreurs sur des attentes trop personnelles à l'*errans*, et qui est commune à l'erreur-vice et à l'illusoire (**B**).

A. Le caractère excusable de l'erreur

321. ***La légitimité de l'erreur-vice.*** Suivant l'article 1131 du Code civil la reconnaissance d'une erreur-vice emporte la nullité de la convention qui est contestée. Cette annulation est de nos jours semblable à celle prononcée pour absence de cause ou contrepartie convenue illusoire, cependant, son obtention n'est pas soumise aux mêmes conditions. Notamment, l'erreur se doit d'être légitime, c'est-à-dire excusable, comme le souligne le nouvel article 1132 du Code civil.

À notre avis, cette condition de légitimité, qui est spécifique à l'erreur-vice, n'en est pas une. Il s'agit plutôt là d'une exigence probatoire consistant à voir si la partie a réellement pu attendre la satisfaction du motif litigieux. Afin de convaincre de cette analyse de l'excusabilité de l'erreur, nous présenterons dans un premier temps son sens acquis en doctrine (**1**) pour ensuite en présenter le sens que nous lui attribuons au regard de la jurisprudence rendue sur ce terrain (**2**).

1. La présentation classique de la condition d'excusabilité de l'erreur-vice

322. ***Une des trois limites à l'admission de la nullité pour erreur.*** L'erreur est classiquement envisagée en droit des contrats comme une altération du consentement consistant en « *une fausse représentation de la réalité* »[916] qui est sanctionnée par la nullité du contrat. Toutefois, afin de ne pas ruiner la sécurité juridique des opérations, le droit objectif limite l'intervention de la nullité aux erreurs qui satisfont trois conditions[917] : la première, est que l'erreur doit porter sur les qualités essentielles des prestations ou du contractant, c'est-à-dire, les qualités qui ont déterminé le contractant à s'engager ; la deuxième condition est que l'erreur ne doit pas avoir été écartée par le

[916] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 878, n° 1111.

[917] Cciv., art. 1132, 1133, et 1134.

contrat, c'est-à-dire, que l'on ne saurait, par exemple, reprocher à une convention l'erreur sur un résultat dont on a stipulé que le hasard le déterminerait ; la troisième condition est que l'erreur doit être excusable, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être reprochée à l'*errans*, attribuée à sa légèreté blâmable. En effet, on ne saurait admettre la nullité de la convention pour une erreur dont la victime est à l'origine.

323. ***La compréhension de la condition d'excusabilité.*** Pour illustrer ces trois conditions, nous pouvons utilement rappeler l'illustre affaire *Poussin*[918]. En l'espèce, un particulier pensait vendre un tableau avec la conviction assurée que celui-ci n'était pas authentique, or, plusieurs années après la vente, le tableau s'est révélé authentique. Considérant s'être trompé sur l'authenticité du tableau, qu'il ne pensait pas être de Nicolas Poussin, il a agi en justice et a obtenu l'annulation de la vente. Il y avait une erreur excusable sur une qualité essentielle du tableau, sans quoi les parties n'auraient pas consenti ou sous des conditions substantiellement différentes. En effet, une expertise antérieure à la vente avait affirmé la non-authenticité du tableau, prouvant la conviction des parties que le tableau était non authentique et qu'ils entendaient convenir d'une vente sur un tableau non authentique. Pour le dire autrement, il y avait une qualité déterminante d'inauthenticité du tableau et qui n'a pas fait l'objet d'une exclusion par le contrat. Également, l'erreur était excusable car la détermination de l'authenticité du tableau a été assurée par un professionnel qui n'a pas su déceler l'inauthenticité de l'œuvre. Autrement dit, l'erreur sur l'authenticité de l'œuvre n'était pas le fruit d'une faute de la victime, mais d'un tiers qui a induit les parties en erreur.

324. ***Une condition spécifique à l'erreur-vice.*** La condition d'excusabilité de l'erreur est une spécificité jurisprudentielle de l'erreur-vice qui est écartée pour les autres erreurs. En effet, l'erreur-obstacle en est affranchie[919], car le mal qui atteint ces conventions est trop profond pour limiter

---

[918] **Cass. civ. 1re, 22 févr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 74, n° 76-11.551** ; *D.* 1978, p. 601, note Ph. Malinvaud ; *Defrénois* 1978. 1346, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1979, p. 127, obs. Y. Loussouarn ; H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 : Obligations, contrats spéciaux et sûretés*, *op. cit.*, p. 29, n° 147-148.

[919] **Cass. civ. 3e, 16 déc. 2014, n° 14-14.168** ; *CCC* 2015, n° 54, note L. Leveneur, *AJDI* 2015, p. 310 : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'erreur portait sur l'objet même de la vente et faisait obstacle à la rencontre des consentements de sorte que, fût-elle inexcusable, elle entraînait l'annulation de la vente* » (nous soulignons). *V.* égal. **Cass. civ. 3e, 21 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 92, n° 07-10.772** ; *RDC* 2008, p. 716, obs. Th. Genicon ; *D.* 2008, p. 2970, pan. S. Amrani-Mekki ; *Dr. et patr.* 2008, n° 178, p. 123, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *CCC* 2008, comm. 10, obs. L. Leveneur.

l'intervention de la nullité[920]. Également, l'erreur sur la cause y est aussi insensible[921], car il intervient dans cette situation le concept de cause de l'obligation, qui y est tout autant insensible.

2. Une nouvelle présentation de la condition d'excusabilité de l'erreur-vice

325. ***D'une condition de fond à une condition de preuve.*** La condition d'excusabilité de l'erreur est envisagée en doctrine comme une condition de fond, c'est-à-dire qui est relative à l'admissibilité de l'erreur et non à sa qualification. Ainsi est-il affirmé en doctrine qu'il y a des erreurs excusables, auxquelles le droit objectif associe une action en nullité, et des erreurs inexcusables, auxquelles le droit objectif refuse d'associer une action en nullité.

Nous sommes d'avis que cette condition d'admissibilité de l'erreur est en réalité une condition d'ordre probatoire, non spécifique à l'erreur-vice. Ainsi, nous pensons qu'il n'y a pas d'erreurs excusables ou inexcusables, mais seulement des erreurs portant sur la recherche de motifs prouvés ou seulement allégués[922] (**a**). Cette différence d'approche de la condition d'excusabilité peut surprendre, mais elle nous semble importante à admettre car elle permet de comprendre autrement les notions d'erreur-obstacle et sur la cause (**b**), et confirme l'unité fondamentale des différents contrôles du contenu contractuel.

a. Une exigence probatoire

326. ***L'apparente autonomie de l'erreur-vice.*** Contrairement à la position doctrinale commune nous sommes d'avis que la condition d'excusabilité n'est pas une « *condition de fond de l'erreur* »[923], mais plutôt l'illustration d'une exigence probatoire relative à la détermination des motifs contractuels. Autrement dit, nous considérons que l'erreur inexcusable est une erreur sur un motif dont on ne parvient pas à démontrer l'accord de volontés, comme a pu l'envisager le professeur

---

920 Toutefois, des auteurs suggèrent que cette erreur devrait être sanctionnée par l'inexistence du contrat. En ce sens, *V. not.* A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 92, n° 93 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 403, n° 518 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 265, n° 310.

921 **Cass. civ. 1re, 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 194, n° 92-10.736**, préc. *Adde.* J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 449 et suiv., n° 646 et suiv. et p. 596, n° 917 (sur l'erreur en matière de promesse de payer une dette préexistante).

922 *Contra*. O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 247 : pour ces auteurs il faut distinguer l'erreur inexcusable et l'erreur non prouvée. *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150** ; *RTD civ.* 2014, p. 880, obs. H. Barbier, dans cet arrêt les juges estiment qu'il n'y a pas d'erreur car la « *venderesse ne pouvait ignorer* » les désordres invoqués.

923 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 1004, n° 1227 : La doctrine estime quasi-unanimement que la condition d'excusabilité de l'erreur est une condition de fond.

Ghestin dans sa thèse de doctorat[924]. En effet, ce dernier suggérait qu'il y avait un « *lien naturel* » entre « *la preuve de l'erreur et son caractère excusable* »[925].

Afin de démontrer la possibilité de ce changement de point de vue à l'égard de la théorie de l'erreur, nous proposons de retourner aux décisions fondatrices de cette exigence rendues dans les années 1950[926].

327. ***Un premier arrêt significatif.*** La première décision est bien connue de la doctrine[927], il s'agit d'une affaire dans laquelle un architecte demandait l'annulation de l'acquisition d'une maison en bord de mer pour erreur au motif que celui-ci ignorait au moment de la vente l'existence de servitudes qui rendaient impossible l'usage qu'il souhaitait en retirer. En l'espèce, « *les juges du fond ont refusé d'admettre que le consentement de Gervy ait été vicié par une erreur* » car l'architecte avait été informé de l'existence de ces servitudes avant la vente et que leurs caractéristiques avaient été consignées dans le plan local d'urbanisme, un document que tout architecte aurait naturellement consulté.

Cette affaire est doublement instructive. D'une part, on relève qu'il n'est pas fait mention d'une erreur inexcusable dans l'arrêt, mais d'une absence d'erreur. L'information est importante car elle permet de voir que la qualification d'erreur inexcusable dans cette affaire est le fruit de la doctrine. D'autre part, on constate que l'*errans* demande la nullité du contrat car il n'aurait appris l'incompatibilité des servitudes avec son projet immobilier qu'après la signature de l'acte authentique. Cependant, il ne parvient pas à démontrer que cette prise de connaissance est intervenue à ce moment-là, ni même qu'il n'aurait pu être renseigné qu'à ce moment-là. Autrement dit, l'on comprend que l'architecte ne fait qu'affirmer son erreur, sans la démontrer. Et c'est pour cela que nous pensons que la nullité est refusée par les juges fond qui précisent que la qualité d'architecte de l'*errans* aurait dû l'inciter à étudier les plans avant la signature de la vente et qu'il n'a donc pas pu vouloir réaliser un projet en contrariété avec eux. En d'autres termes, les juges présument légitimement que tout acquéreur architecte aurait, dans tous les cas, étudié le plan local

---

924 J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, th. préc., p. 164, n° 135 : « *Pour prouver son erreur, le demandeur devra démontrer l'existence de circonstances de nature à l'avoir provoquée. S'il ne peut invoquer aucune raison plausible, le juge considérera que l'erreur n'est pas établie. Mais il pourra également estimer que l'erreur est inexcusable.* » (nous soulignons).

925 J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, th. préc., p. 164, n° 135.

926 J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, th. préc., p. 147 et suiv., n° 120 et suiv. : « *Il est curieux de constater que pendant longtemps la notion d'erreur inexcusable est restée presque ignorée de la pratique judiciaire. En fait, jusqu'à ces dix dernières années, on ne rencontre, dans les recueils de jurisprudence, pas plus d'une demi-douzaine de décisions qui fassent état d'une faute de la victime de l'erreur pour refuser l'annulation. (…). Une fois procédé à cette élimination, la jurisprudence en la matière peut s'analyser chronologiquement en deux périodes distinctes. Dans une première période qui va de la rédaction du Code civil à ces dix dernières annes, les applications de la notion d'erreur inexcusable sont extrêmement rares. C'est à peine si une demi-douzaine des décisions citées dans les recueils en font application durant cette longue période. En revanche, au cours des dix dernières années, on peut relever, dans les recueils de jurisprudence, au moins huit applications de cette notion, dont cinq ont été soumises à la Cour de cassation.* ». Dans le même sens J. Ghestin, Y.-M. Serinet, *Rép. civ.* Dalloz, Erreur, n° 350 et 351 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 1003, n° 1227.

927 **Cass. civ. 1re, 2 mars 1964, *Bull. civ.* I, n° 122** ; *RTD civ.* 1965, p. 112, obs. J. Chevallier.

d'urbanisme qui l'aurait renseigné sur la possible réalisation du projet immobilier. La Cour de cassation suit la position des juges du fond en précisant que l'*errans* « *ne pouvait ignorer* » l'état de fait invoqué. Dit autrement, en ne pouvant prouver le motif erroné en raison des qualités personnelles de l'*errans*, les juges en ont déduit qu'il n'existait pas, et donc aucune erreur n'avait pu être commise à son égard[928]. Avec cet arrêt, on perçoit bien que la dimension excusable d'une erreur n'est pas un de ses caractères, mais la preuve du motif qui serait erroné[929].

328. ***Un second arrêt significatif.*** La seconde décision est également bien connue de la doctrine[930], il s'agit de l'affaire *de Courbet*. En l'espèce un amateur d'art a acquis dans une vente aux enchères publiques « *une peinture Marine signée G. Courbet, attribuée à Courbet* ». L'acheteur pensait acquérir une toile *de* Courbet, mais il découvre par la suite que l'œuvre n'est pas *de* Courbet mais *attribuée à* Courbet. L'acquéreur demande la nullité de la vente pour erreur car, pensant acheter un tableau *de* Courbet, il a en réalité acheté un tableau *attribué à* Courbet. Les juges n'ont pas admis l'erreur, ce que la doctrine a expliqué par son caractère inexcusable lié au fait que l'acquéreur était un amateur d'art [931].

Comme précédemment, nous sommes en présence d'un arrêt instructif. Premièrement, nous relevons encore une fois que la qualification d'erreur inexcusable est le fruit de la doctrine. En l'espèce, la Cour de cassation souligne seulement que l'*errans* « *ne rapportait pas la preuve de l'erreur* » sachant que l'*errans* était un « *amateur d'art, appartenant à un milieu social élevé, (qui)* ***ne pouvait ignorer*** *que la mention "signé courbet" ne s'appliquait qu'a la matérialité de la signature figurant sur le tableau et que la mention "attribué à courbet", si elle rendait vraisemblable l'identité du peintre auteur du tableau, n'en laissait pas moins subsister un doute sur cette identité* »[932]. En résumé la haute juridiction estime dans cet arrêt qu'il y a une absence de preuve d'une erreur par déduction des qualités personnelles de l'*errans*[933]. Le second enseignement de cet arrêt est qu'à l'image de l'arrêt précédent la preuve de l'erreur s'apprécie au regard des qualités de l'*errans*. En effet, celles-ci ont invité les juges à considérer que l'acquéreur n'a pas pu croire que l'œuvre était *de* Courbet et que par conséquent il ne peut prétendre qu'il

---

928 *Rappr.* Fr. Rouvière, « Le moment d'appréciation de l'erreur », *D.* 2014, p. 1782, n° 3 : « *Seule la preuve de l'erreur peut lui donner une existence au sens juridique du terme : comme le dit l'adage, "il revient au même de ne pas être ou de ne pas être prouvé"* ».

929 *Contra.* Y.-M. Serinet, *Observations : LPA* 4 sept. 2015, p. 59, n° 177 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 215.

930 **Cass. civ. 1re, 16 déc. 1964, *Bull. civ.* I, n° 575** ; *D.* 1965, p. 136.

931 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 1003, n° 1227.

932 Nous soulignons.

933 Attention, la présomption est simple. Pour preuve, il a été admis qu'un professionnel pouvait commettre une erreur excusable sitôt qu'il démontrait qu'il avait fondé sa conviction sur les indications du catalogue, la photographie de l'objet et les réponses données aux questions qu'il a posées : **Cass. civ. 1re, 8 déc. 2009, *Bull. civ.* I, n° 240, n° 08-16.471**. *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 9 avr. 2015, n° 13-24.772** ; *RDC* 2015/3, p. 440, note Y.-M. Laithier.

voulait acheter une toile *de* Courbet. Ainsi, le motif contractuel consistant à vouloir une toile *de* Courbet n'a pas pu entrer dans le champ contractuel car il n'a pas pu vouloir une toile *de* Courbet.

329. ***Un changement de perspective.*** À notre avis la théorie de l'excusabilité de l'erreur, telle qu'elle est enseignée, repose sur l'idée que toute erreur invoquée en justice est vraie et qu'il faut en apprécier l'admissibilité. Cependant, c'est un raisonnement complexe qui masque à notre avis une réalité plus simple : n'est vrai que ce qui est prouvé[934]. Dès lors, ce qui est envisagé comme une qualité d'admissibilité de l'erreur se révèle être en réalité une condition d'existence de l'erreur[935]. L'idée est en résumé la suivante : faute de démontrer la recherche d'un motif particulier, il ne saurait exister d'erreur à son égard. Ce point de vue trouve un écho saisissant dans la formule du Juge de Paix[936] dans l'affaire opposant Le Bihan à la Compagnie "La Paix" : « *Le Bihan se bornait* ***à alléguer*** *l'erreur qu'il aurait commise en contractant sans articuler aucun élément extérieur à sa volonté où il serait possible de trouver les présomptions et indices d'où se déduirait,* ***avec une vraisemblance suffisante, l'existence de l'erreur*** »[937].

Ce changement de perspective que nous proposons à l'égard de la notion d'excusabilité a plusieurs utilités. Premièrement, il permet d'être plus représentatif de l'état du droit positif, deuxièmement, il permet de renforcer l'unité de la théorie de l'erreur en expliquant pourquoi l'erreur-obstacle et l'erreur sur la cause sont indifférentes à la condition d'excusabilité, et troisièmement, il permet de renforcer l'unité fondamentale des contrôles du contenu contractuel autour de la notion d'insatisfaction contractuelle[938].

---

934 Ce qui semble le plus probable dans notre système judiciaire dans lequel le juge, un tiers impartial, doit être convaincu de la situation. Ce qui signifie à nos yeux qu'en l'absence de preuve d'une conviction erronée, celle-ci doit être considérée inexistante. Cela renvoie une fois de plus à l'adage selon lequel « *il revient au même de ne pas être ou de ne pas être prouvé* ».

935 Situation qui n'a pas échappé aux auteurs classiques qui reconnaissaient le lien entre excusabilité et preuve de l'erreur. Ainsi Larombière considérait que « *si l'erreur a été grossière, inexcusable, on n'y croira pas ; sa grossièreté même fait douter de sa réalité* » (nous soulignons) : *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil. Articles 1101 à 1386, t. 6, art. 1101 à 1145*, 2e éd., Durand et Pedone-Lauriel, 1885, art. 1110, p. 49, n° 6. Chez les auteurs modernes la position existe toujours, même si elle est marginale. En ce sens, *V.* P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. préc., n° 413 et 504 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 181, n° 202.

936 Cité par le professeur Ghestin dans sa thèse de doctorat : *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, th. préc., p. 164, n° 135.

937 Nous soulignons. *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 9 nov. 2005, *Bull. civ.* III, n° 219, n° 04-15.073** : « *la cour d'appel a pu en déduire* […] *que l'erreur invoquée par les acquéreurs, à la supposer avérée, était inexcusable et que ces derniers n'étaient pas fondés à fixer le point de départ du délai de prescription au jour de l'expertise judiciaire* » (nous soulignons).

938 Également cette analyse de l'excusabilité permet de contourner les critiques que nous avons formulés à l'égard de des procédés de compensation de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue par le recours à l'erreur.

b. Les conséquences de la position à l'égard des erreurs obstacle et sur la cause

330. ***L'apparente indifférence de l'erreur-obstacle à la condition d'excusabilité.*** L'erreur-obstacle est une erreur fondamentale et grossière, d'une importance telle que l'on estime qu'il n'y a pas eu de rencontre des volontés. De ce caractère particulier découle une spécificité de régime : contrairement à l'erreur-vice, l'erreur-obstacle est déchargée de la condition d'excusabilité. Cette originalité jurisprudentielle, relayée par la doctrine, suscite toutefois l'interrogation des auteurs : n'est-il pas contradictoire d'écarter la condition d'excusabilité pour l'erreur-obstacle — c'est-à-dire une erreur grossière — alors que cette condition a justement pour objectif d'en éviter la prise en compte en matière d'erreur-vice[939] ? En apparence, cette situation est contradictoire, mais elle peut faire sens si l'on adopte notre lecture de la condition d'excusabilité : une erreur-obstacle est toujours inexcusable car elle est prouvée. Pour s'en convaincre, il suffit de songer au cas précédemment évoqué sur l'erreur de désignation du bien objet de la vente[940].

En l'espèce un vendeur pensait céder le bien dont il était propriétaire, à savoir une parcelle morcelée, alors que l'acquéreur pensait acheter une parcelle d'un seul tenant. Selon les mots de la Cour de cassation il y a eu une erreur-obstacle car « *au moment des pourparlers* » il a été remis à l'acheteur « *un plan colorié et annoté* » qui « *donnait* ***l'impression*** *d'une propriété d'un seul tenant* »[941]. Le point clef de cette affaire réside dans ces éléments de preuve qui démontrent que les magistrats ont été convaincus du fait que l'acquéreur pensait acheter une parcelle d'un seul tenant, et non un terrain morcelé. Autrement dit, l'acquéreur a prouvé la recherche de son motif qui s'est révélé erroné lors de la réalisation de la vente. Par conséquent, nous pensons qu'à chaque fois qu'une erreur-obstacle a été admise c'est tout simplement parce que l'erreur avait été prouvée et pas seulement alléguée, ce qui explique son indifférence à la condition d'excusabilité[942].

---

939 En ce sens, *V.* O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 185 et 186 : « *on ne comprenait pas qu'une méprise aussi grossière, relative à la nature même du contrat ou à l'identité de la chose, fût traitée avec plus de bienveillance qu'une erreur simple* » ; Ph. Stoffel-Munck, « Les facteurs de fragilité de la formation des contrats » *Dr. et patr.* 2009, p. 120, n° 178 : l'auteur s'étonne de voir que « *la bêtise extrême* (erreur-obstacle) *se trouve mieux protégée que la bêtise moyenne* (erreur-vice) ».

940 **Cass. civ. 3e, 1er févr. 1995, *Bull. civ.* III, n° 36, n° 92-16.729**, préc.

941 Nous soulignons.

942 Cette analyse de la condition d'excusabilité s'accorde également avec la théorie du dol. Pour qu'un dol soit admis, faut-il encore démontrer l'existence d'une erreur, sans quoi il y aurait une « *prime à la mauvaise foi* » (Ch. Caron, O. Tournafond, « La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence », *D.* 2002, p. 927, n° 2, note sous Cass. civ. 3e, 21 févr. 2001, *Bull. civ.* III, n° 20, n° 98-20.817) de l'*errans* qui n'a qu'à démontrer l'intention dolosive de l'auteur du dol. C'est ainsi que nous comprenons l'arrêt *Baldus* (**Cass. civ. 1re, 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 131, n° 98-11.381** ; *Defrénois* 2000, p. 1110, obs. D Mazeaud et p. 1114, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G* 2001. II. 10510, note Ch. Jamin ; *CCC* 2000, n° 40, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. J. Mestre et B. Fages.) dans lequel le dol n'a pas été retenu car il n'a pas été rapporté la preuve d'une erreur. En effet, la seule démonstration de l'existence d'un prix dérisoire était insuffisante pour démontrer l'existence d'une erreur. *Rappr.* Cciv., art. 1112-1 nouv. : l'article exige l'ignorance légitime de la victime.

331. ***L'apparente indifférence de l'erreur sur la cause à la condition d'excusabilité.*** L'indifférence de l'erreur sur la cause à la condition d'excusabilité a été justifiée en doctrine par l'existence « *d'un cumul des causes de nullité* »[943], à savoir pour erreur-vice et pour absence de cause. L'absence de cause de l'obligation n'étant pas soumise à la condition d'excusabilité l'action en nullité pour erreur-vice suit le même régime.

À notre avis ce raisonnement compréhensible cache en réalité une position bien plus simple qui est que si la cause de l'obligation est déterminée et que celle-ci est absente, toute erreur à son sujet est nécessairement prouvée et ne peut qu'emporter la nullité du contrat. C'est une question purement probatoire. Nous sommes même d'avis qu'en réalité toute erreur, dont il a été démontré qu'elle portait sur le contenu du contrat, est une erreur sur la cause[944]. C'est pourquoi nous pensons que la Cour de cassation a pu considérer récemment que si un motif n'a pas « *pu entrer dans le champ contractuel* », il ne peut être admis l'existence « *(d')une erreur sur la cause* »[945].

B. Le caractère convenu des qualités essentielles objet de l'erreur

332. ***L'admissibilité de l'erreur-vice.*** Suivant l'article 1131 du Code civil la reconnaissance d'une erreur-vice emporte la nullité de la convention qui est contestée. Cette annulation est de nos jours semblable à celle prononcée pour absence de cause ou contrepartie convenue illusoire en raison de l'exigence commune que la qualité essentielle objet de l'erreur ou la contrepartie jugée illusoire ait été convenue[946]. Cette exigence, qui semble déductible du fait que le contenu contractuel ne peut être déterminé que par l'accord de volontés des parties[947], se révèle toutefois ne pas être une condition *sine qua non* de l'erreur. En effet, l'erreur-vice en matière de libéralité et l'erreur-obstacle n'y sont pas soumises.

Face à cette différence de traitement les auteurs considèrent que l'erreur-obstacle et l'erreur-vice en matière de libéralités doivent être considérées comme autonomes (**1**). Pour notre part, nous contestons cette analyse qui contredit l'unité de la notion d'erreur et ne correspond pas exactement à la position jurisprudentielle (**2**).

---

943 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 216.

944 Sur la dimension objective de la cause de l'obligation *V. infra* n° 342 et suiv.

945 **Cass. civ. 1re, 6 sept. 2017, *Bull. civ.* I, n° 185, n° 16-15.331** ; *AJ contrat* 2017, p. 496, note F. Jacomino ; *D.* 2018, p. 380, obs. M. Mekki.

946 Pour la contrepartie convenue *V.* Cciv., art. 1169 ; pour l'erreur *V.* Cciv., art. 1133. *Rappr.* **Cass. com., 22 juin 2022, *Bull. civ.* IV, n° 20-11.846**.

947 Cciv., art. 1101 : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

1. La justification traditionnelle du caractère convenu des qualités essentielles

333. ***La justification traditionnelle du principe.*** Le caractère convenu des qualités essentielles objet de l'erreur est largement reconnu par les auteurs, que ce soit expressément ou tacitement. La justification de cette restriction à laquelle la jurisprudence fait écho ainsi que les nouveaux textes du Code civil[948] est principalement identifiée dans l'impératif de sécurité juridique. L'idée est que si l'on venait à faire dépendre le sort d'un contrat de la satisfaction d'un motif déterminant et personnel, c'est-à-dire qui n'aurait pas fait l'objet d'un accord de volontés, alors « *(c)hacune des parties pourrait, en effet, se libérer aussitôt que la convention lui paraîtrait dépourvue de l'intérêt qui l'avait déterminée à s'engager* »[949]. Il convient de souligner que malgré cette justification, la jurisprudence ne semble pas toujours parfaitement en accord avec cette idée, laissant occasionnellement les motifs personnels pénétrer le champ contractuel[950]. C'est pourquoi les auteurs se félicitent de la position retenue par le nouvel article 1133 du Code civil qui devrait donner plus de rigueur à ce contentieux[951].

334. ***Les justifications traditionnelles des exceptions.*** Aussi centrale que soit l'exigence du caractère convenu des qualités essentielles il convient de souligner que cette exigence a des limites d'admission. En effet, elle n'est pas une constante de la théorie de l'erreur qui y est indifférente en matière d'erreur-obstacle et d'erreur-vice sur le motif d'une libéralité. Les auteurs sont généralement favorables à ces exceptions qu'ils justifient indépendamment l'un de l'autre.

Concernant l'erreur-obstacle l'exclusion du caractère convenu est acquise de longue date en jurisprudence[952] et est relayée par les auteurs qui y voient une conséquence logique de la nature particulière de l'erreur-obstacle. En effet, celle-ci se caractérisant par l'existence « *d'un malentendu radical* »[953], qui suppose que « *les volontés ne se sont pas réellement rencontrées* »[954], on ne saurait logiquement

---

948 Cciv., art. 1133 : « *Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.* »

949 J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014, p. 63, n° 62. Dans le même sens *V*. not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 262, n° 305 (*in fine*) ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 317, n° 281 (*in limine*).

950 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 262, n° 305.

951 Il convient de souligner que les conditions d'un accord tacite de volontés restent toutefois incertaines. Pour une analyse approfondie de cette difficulté et un exposé des différents « *instruments de mise en œuvre* » de cette question *V*. Th. Genicon, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », *in Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, W. Dross, Th. Favario (dir.), Paris, mare & martin, coll. Droit privé & sciences criminelles, 2014, p. 181, spéc. p. 214 et suiv.

952 Par *V*. récemment **Cass. civ. 3e, 21 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 92, n° 07-10.772**, préc. : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'erreur portait sur l'objet même de la vente et faisait obstacle à la rencontre des consentements de sorte que, fût-elle inexcusable, elle entraînait l'annulation de la vente, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (nous soulignons).

953 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 310, n° 275 (*in fine*).

954 J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *op. cit.*, p. 4, n° 4.

exiger la preuve d'un accord de volontés sur l'objet de l'erreur. Compte tenu de cette originalité, il apparaît à l'égard de l'erreur-obstacle la possibilité de prendre en compte la volonté personnelle et non convenue d'une partie[955]. Cette solution est généralement justifiée en doctrine par le caractère fondamental de ce vice. En effet, « *il manque au contrat une condition essentielle à sa formation* »[956].

Concernant l'erreur-vice en matière de libéralité, l'exclusion du caractère convenu est ancienne en jurisprudence et a été reprise lors de la réforme du droit commun des contrats initiée en 2016. En effet, l'article 1135 du Code civil précise que « *l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité* ». Cette solution fait l'objet d'une analyse plutôt favorable en doctrine en raison de sa double légitimité[957]. Premièrement, cette solution s'explique par le fait que le contrôle de l'intention libérale ne protège pas « *suffisamment le disposant* »[958]. Secondement, cette solution s'explique par le fait que « *l'exigence de sécurité juridique (est) moins prégnante dans le domaine des actes à titre gratuit que dans celui des actes à titre onéreux* »[959]. En effet, contrairement à la partie à un contrat à titre onéreux « *le gratifié lutte pour conserver un avantage pour l'acquisition duquel il n'a consenti aucun sacrifice corrélatif* »[960].

335. ***Les difficultés des explications traditionnelles.*** L'explication traditionnelle de la limitation de l'erreur-vice aux qualités essentielles convenues est largement diffusée en doctrine, ce qui peut se comprendre. Le principe de l'explication traditionnelle est peu discutable. Il est indéniablement favorable à la sécurité des opérations de limiter la prise en compte des motifs contractuels à ceux qui ont fait l'objet d'un accord de volontés. Toutefois, cette solution nous surprend en ce qu'elle n'est pas admise pour toute erreur. Si la sécurité juridique impose d'admettre uniquement la nullité pour erreur sur une qualité essentielle convenue, alors toute erreur devrait être soumise à cette condition. Face à cette conclusion, les auteurs défendent que l'erreur-obstacle et l'erreur en matière de libéralité échappent logiquement à cette exigence en raison de leur nature propre. Cependant ces justifications appellent des critiques.

Concernant l'erreur-obstacle, il faut reconnaître que le raisonnement est imparable. Étant donné qu'il n'y a pas d'accord de volontés sur l'objet de l'erreur, on ne saurait exiger une erreur sur une qualité convenue. Cependant ce raisonnement appelle une critique lorsque l'on songe à l'exigence

---

955 Toutefois, cette possibilité semble limitée aux seuls motifs intéressant directement l'objet du contrat et non les simples motifs qui en sont plus éloignés.

956 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 310 et 310, n° 275.

957 *V.* not. pour un avis partagé Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 328, n° 287 : « *Sans doute un tel glissement vers les motifs est-il de nature à altérer quelque peu la sécurité juridique.* »

958 *Ibidem.*

959 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 272, n° 318.

960 *Ibidem*

pour l'erreur-vice de porter sur une qualité essentielle convenue. En effet, qu'est-ce qui justifie que l'erreur-vice soit restreinte à cette condition contrairement à l'erreur-obstacle ? Selon les auteurs cela s'explique par les spécificités de l'erreur-obstacle : l'erreur-obstacle est la preuve d'une absence d'accord de volonté, par conséquent, le contrat n'est pas formé[961]. Selon nous cette justification est contestable. La jurisprudence ne considère pas aujourd'hui que l'erreur-obstacle est un défaut d'accord de volontés qui doit être sanctionnée par l'inexistence du contrat. Nous croyons donc plutôt que l'erreur-obstacle est la prise en compte d'un motif personnel et que le caractère convenu de la qualité essentielle objet de l'erreur n'est pas une condition d'admissibilité de l'erreur-vice.

Concernant les libéralités la critique est plus immédiate que pour l'erreur-obstacle. Selon nous, la référence à la nature particulière des libéralités est discutable car les libéralités ne sont pas invariablement des contrats à titre gratuit[962]. En conséquence, la justification tirée du fait que la sécurité juridique est moins prégnante en matière de contrat à titre gratuit apparaît inefficace.

2. Une nouvelle justification du caractère convenu des qualités essentielles

336. ***Avant et après la réforme du droit commun des contrats.*** À notre avis il convient de distinguer deux situations : avant et après la réforme. Avant la réforme, nous pesons que le caractère convenu des qualités essentielles n'était pas une restriction de fond de l'erreur, mais un indice de plus sur le contenu de la volonté de l'*errans* au moment de la conclusion du contrat (**a**). Depuis la réforme, nous pensons que la situation a changé et que cette explication n'est plus valable et qu'il faut désormais considérer que le caractère convenu des qualités essentielles est devenu une restriction de fond de l'erreur (**b**).

a. Un indice probatoire avant la réforme du droit commun des contrats

337. ***Une différence de degré entre l'erreur-obstacle et l'erreur-vice.*** Étant donné l'admission de l'erreur-obstacle par la jurisprudence nous pensons que la restriction de l'erreur-vice aux seules qualités essentielles convenues ne peut s'analyser comme une restriction de fond de l'erreur. Nous pensons plutôt qu'il s'agit d'un indice probatoire supplémentaire sur la détermination de la volonté de l'*errans* au moment de la conclusion du contrat. En effet, si l'on démontre que les parties se sont accordées sur une qualité essentielle, alors, il ne saurait y avoir un motif personnel différent. Également, si l'on démontre l'absence d'un accord de volontés, on peut s'interroger sur la réalité

961 En ce sens, *V. not.* A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 92, n° 93 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 265, n° 310 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 403, n° 518.

962 *V. supra* n° 170 et suiv.

de ce motif personnel au moment de la conclusion du contrat. En quelque sorte, nous comprenons que la preuve d'un accord de volontés prévaut sur la preuve d'une volonté unilatérale pour emporter la conviction du juge sur la volonté de l'*errans* lors de la conclusion du contrat[963]. C'est pourquoi lorsqu'une erreur-obstacle est admise, on constate que les juges ont relevé l'existence de preuves solides d'un désaccord des volontés.

338. ***Une différence de degré entre l'erreur sur les motifs d'une libéralité et l'erreur-vice de droit commun.*** Notre explication de l'erreur sur le motif d'une libéralité est dans la continuité de notre explication de l'erreur-obstacle. Le caractère convenu des qualités essentielles n'était pas un point invariant de l'erreur qui était seulement un indice supplémentaire sur la preuve de la volonté de l'*errans* au moment de la conclusion du contrat.

b. Une limite de fond au lendemain de la réforme du droit commun des contrats

339. ***L'incertitude initiale au lendemain de la réforme du droit commun des contrats.*** La réforme du droit commun des contrats est en principe une œuvre de consolidation qui n'a pas pour objectif de bouleverser radicalement le droit positif. Dès lors, au lendemain de celle-ci on doit s'attendre au maintien du droit positif. Toutefois, cette réforme s'est également destinée à renforcer la sécurité juridique en ne reprenant que les « *solutions bien ancrées dans le paysage juridique français* »[964] et « *en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes en pratique* »[965]. En conséquence, il est difficile, voire impossible, de considérer que les nouveaux textes du Code civil ne font que reprendre la position de la jurisprudence antérieure. Compte tenu de cela, il apparaît une relative incertitude sur l'analyse à adopter concernant le caractère convenu des qualités essentielles. Pourtant même s'il y a une incertitude nous sommes d'avis qu'il est possible

---

963 Cette dimension probatoire du caractère convenu des qualités essentielles explique pourquoi dans les arrêts qui rejettent l'annulation du contrat pour erreur, il peut être relevé le caractère inexcusable de l'erreur. En ce sens, *V.* **Req., 24 juin 1873** ; *DP* 1874. 1. 17 : « *si la Compagnie demanderesse avait eu imprudemment, sur la foi de renseignements erronés, confiance dans le maintien d'un état de choses qui a été abrogé, cette erreur, qui n'existait que dans les prévisions de l'une des parties, relativement à des points accessoires du marché, n'était pas de nature à vicier la convention.* »

964 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25 (première partie) : « *La sécurité juridique impose également la prise en considération de la jurisprudence développée depuis deux cents ans. Force est de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, a contrario, voire* contra legem. *La compréhension de nombreuses dispositions passe ainsi nécessairement par la consultation des décisions rendues par les tribunaux, voire par l'interprétation qu'en fait la doctrine. Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites.* »

965 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25, Chapitre II, Section 1.

de considérer que désormais le contenu contractuel n'est composé que de ce qui est le fruit de l'accord de volontés.

340. ***L'incertitude potentielle des textes du Code civil.*** Depuis la réforme du droit commun des contrats il apparaît une éventuelle incertitude sur le contrôle du contenu contractuel. Celui-ci comprend-il uniquement ce qui a fait l'objet d'un accord de volontés ou non ?

À suivre l'article 1101 du Code civil relatif à la notion de contrat le contenu contractuel ne peut être composé que de ce qui a fait l'objet de « *(l')accord de volontés* »[966]. Cette solution s'évince aussi de l'article 1133 du Code civil qui prévoit que les qualités essentielles « *sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues* »[967]. Également, cette solution se retrouve dans l'article 1162 du Code civil qui distingue le but du contrat de « *ses stipulations* »[968], c'est-à-dire les « *éléments de l'accord* »[969]. Aussi, cette conclusion s'évince de l'article 1169 du Code civil relatif au contrôle de « *la contrepartie convenue* »[970]. De la même manière, une conclusion identique s'évince de l'article 1186 du Code civil qui prévoit que la caducité n'intervient en matière d'ensemble contractuel « *que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* »[971]. Enfin, cette solution s'évince indirectement du fait que l'erreur-obstacle n'a pas été consacrée lors de la réforme du droit commun des contrats.

Cependant, à suivre la lettre de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil l'accord de volontés n'apparaît pas avec certitude comme le point commun de tous les contrôles du contenu contractuel. En effet, le texte dispose que « *l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité* » sans faire référence à l'idée d'un accord de volontés. La référence à la notion de motif tend à confirmer cela, en accord avec la jurisprudence passée.

341. ***Le soutien de la généralisation de la condition de l'accord de volontés.*** À notre avis, il serait judicieux de considérer que l'accord de volontés est la condition *sine qua non* du contrôle du contenu contractuel. Cela permettrait de satisfaire les objectifs de la réforme du droit des contrats que sont le renforcement de la sécurité juridique des opérations, l'objectif d'attractivité de la

---

966 Cciv., art. 1101 : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

967 Cciv., art. 1133 : « *Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.* »

968 Cciv., art. 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

969 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 13e éd., 2020, *V.* Stipuler (sens 2). *Adde* sens 1 : « *Usuellement, convenir.* »

970 Cciv., art. 1169 : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* »

971 Cciv., art. 1186, al. 3 : « *La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.* ».

réforme ainsi que l'impératif de cohérence des textes du Code civil. Également, cette position nous semble légitime car l'interprétation de l'article 1135, alinéa 2[d], du Code civil comme étant ouvert à tous les motifs déterminants des parties ne s'impose pas invariablement. La seule référence au terme motif ne suffit pas à considérer qu'une stipulation n'est pas imposée. En témoigne l'article 1135, alinéa 1[er], du Code civil qui envisage la stipulation expresse d'un « *simple motif* »[972]. Enfin, cette position pourrait être intéressante à retenir car elle pourrait entrainer la refonte de l'erreur-obstacle sur un élément fondamental. Il ne serait plus question d'une erreur, qui par définition doit porter sur un élément convenu, mais un cas d'inexistence contractuelle. Inexistence au sens d'un acte juridique non contractuel inopposable aux parties qui empêche l'application des règles de droit des contrats et impose l'application de celles des quasi-contrats[973].

En définitive, nous pensons au lendemain de la réforme du droit des contrats que le contenu contractuel n'est composé que des stipulations expresses ou tacites des parties et que, par conséquent, le contrôle du contenu contractuel ne peut porter que sur ce qui a fait l'objet d'un accord de volontés.

§2. La relativisation de l'éventuelle objectivité spécifique de la contrepartie convenue

342. ***L'objectivité de la contrepartie convenue en question.*** Au lendemain de la réforme du droit commun des contrats se pose la question de savoir si la contrepartie convenue doit être appréhendée d'une manière objective ou non. D'un côté l'objectivité pourrait sembler acquise en raison de l'objectivité traditionnelle de la cause de l'obligation que la contrepartie convenue est censée reconduire[974]. D'un autre côté l'objectivité pourrait sembler éventuelle car l'article 1169 du Code civil « *reste neutre* »[975] sur ce point, rendant possible la consécration prochaine de toutes les

---

[972] Cciv., art. 1135, al. 1[er] : « *L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.* »

[973] Toutefois, si le point qui ne fait pas l'objet d'un accord de volontés n'est pas fondamental, alors il faudrait considérer le contrat formé en utilisant une interprétation standard, objective, du contenu contractuel.

[974] En ce sens, *V.* not. C. Grimaldi, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p. 814 : « *le projet d'article 1167 indique qu"'[u]n contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire". C'est là reprendre l'exigence d'une cause objective, autrement nommée...* » ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 348, n° 375 : « *Le nouvel article 1169, en attachant la nullité à la stipulation d'une contrepartie illusoire ou dérisoire, interdit ce raisonnement, car il implique une appréciation objective* » ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 97, n° 42, *in fine* : « *La contrepartie est* illusoire *quand celle qui n'existe objectivement pas lors de la formation du contrat, même si l'une des parties, ou les deux, ont cru en son existence.* » (nous soulignons) ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 461, n° 410 : « *La "contrepartie" exigée par l'article 1169 s'entend donc bien de la contrepartie immédiate, objective ou abstraite, sauf à ce que les parties aient expressément "convenu" d'ériger la satisfaction d'un motif ou la réalisation d'un objectif plus lointain en condition de leur engagement.* »

[975] O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 328.

analyses de la jurisprudence, aussi bien objectiviste que subjectiviste[976].

Face à cette situation, la question de l'objectivité de la contrepartie convenue apparaît bien incertaine et difficilement soluble. Pourtant nous pensons qu'il est possible de dépasser cette incertitude tirée de la loi nouvelle et de la jurisprudence antérieure en s'intéressant aux justifications conceptuelles de l'objectivité de la cause de l'obligation. Par ce biais, nous sommes parvenu à comprendre deux choses : premièrement, l'objectivité de la cause de l'obligation ne peut plus être expliquée par ces justifications classiques ; secondement, la contrepartie convenue doit être appréhendée de manière subjective.

Afin de montrer la possibilité du dépassement que nous envisageons, nous proposons dans un premier temps de rappeler ce qu'il faut entendre, suivant la doctrine, par l'objectivité de la cause de l'obligation et ce qui en serait à l'origine (**A**). Dans un second temps, nous proposons de montrer comment l'incertitude sur l'objectivité de la contrepartie convenue peut être dépassée en raison de l'unité fondamentale des concepts d'erreur sur les qualités essentielles et de contrepartie convenue illusoire (**B**).

A. La compréhension de l'objectivité de la cause de l'obligation et ses justifications

343. ***La compréhension de l'objectivité de la cause de l'obligation.*** Afin de proposer le dépassement du problème de l'objectivité incertaine de la contrepartie convenue il s'impose de rappeler dans un premier temps ce qu'il est entendu par l'objectivité de la cause de l'obligation en doctrine.

L'objectivité de la cause de l'obligation doit se comprendre comme l'objectivité de « *son identification* »[977]. Concrètement, cela signifie que face à un contrat le juge doit déterminer objectivement « *ce que le créancier peut exiger du débiteur contractuel* »[978]. Négativement, cela signifie que le juge ne doit pas tenir compte des motifs des parties, dans la limite toutefois du respect des

---

976 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 329 : « *un contrôle plus concret et plus incarné de l'intérêt qu'offre le contrat n'est pas à exclure, l'intérêt considéré devra au moins être entré dans le champ contractuel.* ». Dans le même sens *V.* not. Th. Douville (dir.), *La réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 141 ; J. Ghestin, « L'annulation d'une cession de créance reposant sur une fausse cause », *D.* 2013, p. 2146, note sous Cass. civ. 1re, 10 juillet 2013, n° 12-17.407, n° 9 ; A. Hontebeyrie, « Article 1167 : la contrepartie illusoire ou dérisoire », *RDC* 2015/3, p. 757, spéc. n° 9 ; G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015, p. 1557, n° 22 et « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 18 (*in fine*).

977 A. Bénabent, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 16e éd., 2017, p. 133, n° 160.

978 J.-L. Aubert, Fr. Collart-Dutilleul, *Le contrat. Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 89. Sur la distinction de la détermination objective de la cause de l'obligation et le contrôle objectif d'inexistence de la cause de l'obligation *V.* J. Rochfeld, *Rép. civ.* Dalloz, Cause, n° 14 et 15.

stipulations expresses du contenu contractuel[979]. Ainsi, lorsque des parties ont convenu d'un contrat de bail, il convient de retenir que les contreparties sont, pour le bailleur, la mise à disposition de la chose louée, et pour le preneur le paiement du loyer, à moins qu'il n'en ait été expressément convenu autrement.

344. ***Les justifications de l'objectivité de la cause de l'obligation.*** Suivant les auteurs l'objectivité de la cause de l'obligation s'impose pour deux raisons principales : premièrement en raison de la distinction de la cause de l'obligation, du consentement et du motif et secondement en raison de l'impératif de sécurité juridique.

345. ***La première justification : la distinction de la cause, du consentement et du motif.*** Depuis l'apparition du Code civil, et même avant, il est acquis que la cause de l'obligation est objective du seul fait qu'elle est distincte du motif[980]. Ce dernier étant intrinsèquement subjectif, la cause de l'obligation ne peut être qu'objective[981]. La conséquence de cette objectivité est alors que « *pour un type de contrat, la cause de l'obligation est* ***toujours la même*** »[982]. En ce sens, depuis Domat il est habituel de classer les actes juridiques selon la cause qui s'exprime. Ainsi pour l'illustre juriste dans le contrat synallagmatique « *l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre* » et dans le prêt d'argent « *l'obligation de celui qui emprunte a été précédée, de la part de l'autre, de ce qu'il devait donner pour former la convention* ». Les auteurs classiques et modernes reprendront cette méthode proposant par exemple que « *pour un acheteur, la cause de son obligation au prix* ***est toujours*** *l'acquisition de la chose* »[983].

346. ***La seconde justification : l'impératif de sécurité juridique.*** Positivement l'objectivité de la cause de l'obligation s'entend de son identité par type contractuel. Négativement celle-ci s'entend

---

979 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 461, n° 410 : « *La "contrepartie" exigée par l'article 1169 s'entend donc bien de la contrepartie immédiate, objective ou abstraite, sauf à ce que les parties aient expressément "convenu" d'ériger la satisfaction d'un motif ou la réalisation d'un objectif plus lointain en condition de leur engagement.* » ; *Rappr.* J. Rochfeld, *Rép. civ.* Dalloz, Cause, n° 3.

980 Avant l'apparition du Code civil *V.* H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, *op. cit.*, p. 157, n° 79 (citant Domat) ; D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Économica, coll. Corpus histoire du droit, 2e éd., 2012, p. 342 à 344. Après l'apparition du Code civil *V.* not. H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, *op. cit.*, p. 7, 8 et 9, n° 2 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil - Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, Paris, Pichon, 2e éd., 1902, p. 320, n° 1033. Dans le même sens *V.* J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 265, ° 255.

981 H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, *op. cit.*, p. 157, n° 79 (citant Domat) : « *il reste toujours la volonté de celui qui a donné, et qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés* ».

982 A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 178 (gras dans le texte). En ce sens, avant le Code civil *V.* J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, partie I, livre I, titre I, section I, § I. Dans ce sens depuis l'apparition du Code civil *V.* not. (la littérature est très abondante) Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 303, n° 341 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3e éd., 2018, p. 100, n° 42.

983 *V.* not. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil - Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 320, n° 1032 (nous soulignons). *Adde* H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, *op. cit.*, p. 29 et suiv., n° 13 et suiv.

comme n'étant pas influencée par les stipulations tacites des parties[984]. Cette conception négative de l'objectivité s'explique par le fait qu'admettre la subjectivisation tacite de la cause de l'obligation troublerait la sécurité juridique des opérations, ouvrant la porte à une remise en cause des conventions fondée sur une recherche parfois hasardeuse de la volonté des parties par le juge[985].

B. La proposition d'un dépassement de l'incertitude d'une éventuelle spécificité de la contrepartie convenue

347. ***La révision des justifications classiques.*** Considérant que les justifications classiques apportées au soutien de l'objectivité invariable de la cause de l'obligation sont sujettes à critique (**1**) nous voudrions proposer une justification alternative (**2**) qui serait valable aussi bien à l'endroit du contrat à titre onéreux que gratuit (**3**).

1. La critique des justifications de l'objectivité de la cause de l'obligation

348. ***La critique d'une objectivité déduite de la distinction entre cause et motif.*** Suivant la position défendue par Domat, et reprise par les auteurs postérieurs au Code civil, la cause est objective car « *par nature les motifs sont subjectifs* »[986]. Cette affirmation fait à notre avis difficulté car à notre avis tout dans le contrat est motif[987]. Ainsi, que ce soit la cause de l'obligation, l'objet de l'obligation, les qualités essentielles de la prestation, il faut comprendre que l'on est invariablement en présence de motifs, c'est-à-dire d'éléments subjectifs. En conséquence, nous pensons que l'on ne saurait déduire l'existence d'un caractère objectif pour la cause de l'obligation à partir de sa distinction avec le motif.

Face à cette affirmation, il pourrait être rétorqué que le motif dont il est question n'est pas le motif convenu, mais le motif individuel des parties. Pour le dire autrement, il ne serait pas question du contenu contractuel mais du but contractuel, suivant la terminologie suggérée par l'actuel article 1162 du Code civil. À notre avis, cette adaptation de l'affirmation ne rend pas plus plausible l'objectivité de la cause de l'obligation. Le motif est par nature subjectif, qu'il soit convenu ou

984 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 461, n° 410.

985 Fr. Labarthe, Chron. Droit des obligations, *JCP G* 1997. I. 4015, n° 5 et 6, note sous Cass. civ. 1re, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* III, n° 286, n° 94-14.800 ; J. Mestre, « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996, p. 901, note sous Cass. civ. 1re, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* III, n° 286, n° 94-14.800 ; J. Moury, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, p. 382, n° 17.

986 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 30.

987 Sous réserve des éléments complétifs imposés par la loi.

non[988]. En conséquence, une fois encore, nous pensons qu'il ne saurait être déduit l'existence d'un caractère objectif pour la cause de l'obligation à partir de sa distinction avec le motif, étant entendu que l'objectivité serait le signe que seule une stipulation expresse pourrait adapter le contenu de la cause de l'obligation[989].

349. ***La critique d'une objectivité nécessaire en raison de l'impératif de sécurité juridique.*** Suivant les auteurs, l'objectivité de la cause de l'obligation n'est pas seulement le fruit d'une nécessité conceptuelle et spécifique, mais également le fruit de l'impératif général de sécurité juridique. Il est ainsi possible de lire que l'objectivité de la cause de l'obligation permet « *de garantir la sécurité des échanges* »[990].

À notre avis, l'argument avancé n'est pas de nature à justifier l'objectivité de la contrepartie convenue au lendemain de la réforme du droit commun des contrats. Certes la sécurité juridique suggère de limiter les raisons de remettre en cause des conventions, toutefois, conclure à l'idée que seule une stipulation expresse peut permettre de l'aménager nous semble excessive, et même contredite par les textes actuels du Code civil. En effet, l'article 1132 du Code civil admet l'annulation d'un contrat pour erreur sur les qualités essentielles « *qui ont été expressément ou* ***tacitement*** *convenues* »[991]. Compte tenu de cette position, il nous semble difficile de défendre l'obligation de stipuler expressément tout motif pour lui faire intégrer la contrepartie convenue. Cette position nous semble d'autant plus critiquable qu'il nous semble que les contractants ont le choix d'agir soit sur le terrain de l'erreur soit sur le terrain de l'absence de cause[992]. Par conséquent si un contractant veut défendre l'impossibilité de réaliser un motif tacitement convenu, il lui suffit d'agir sur le terrain de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation reçue plutôt que sur le terrain de la contrepartie convenue et son exigence de stipulation expresse pour obtenir la nullité

---

988 À moins de suivre la position doctrinale selon laquelle il faut qualifier les qualités essentielles d'objectives car elles sont le fruit de la commune intention des parties (en ce sens *V*. J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *op. cit.*, p. 190, n° 158 (*in limine*)). Toutefois, cette conception de l'objectivité ne saurait changer quelque chose à la situation car l'objectivité qui caractériserait la cause de l'obligation est censée impliquer que pour un même type contractuel la cause de l'obligation est identique.

989 Position défendue par les principaux défenseurs de conception objective de la contrepartie convenue. En ce sens, *V*. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 461, n° 410.

990 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 459, n° 410.

991 Nous soulignons.

992 **Cass. com., 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71, n° 08-12.691**, préc. : « *Mais attendu qu'est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption ; qu'ayant retenu que la cession portait sur des actions de la société SNP disparue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'établir l'existence d'un vice du consentement, en a justement déduit qu'à défaut d'objet, ces conventions de cession étaient nulles* » (nous soulignons). *Rappr.* **Cass. com., 24 sept. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 147, n° 01-11.504**, préc. : « *Attendu que pour rejeter la demande de la société CCP en annulation de la vente, l'arrêt retient qu'il n'est pas établi que la société Ginger ait commis des manœuvres dolosives pour persuader sa cliente de lui acheter les vêtements contrefaits ou que celle-ci a commis une erreur sur la propriété du modèle, qui aurait été déterminante de son consentement ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* » (Cciv. anc., art. 1128 et 1598).

du contrat. Compte tenu de cela, défendre l'objectivité de la contrepartie convenue nous semble peu souhaitable.

En définitive, l'étude de l'argument tiré de la sécurité juridique nous invite à considérer, au regard du droit positif, que la contrepartie convenue doit être vue comme subjective.

2. Le moyen de dépasser l'incertitude sur l'objectivité de la contrepartie convenue

350. ***La subjectivité de la contrepartie convenue.*** À notre avis, l'objectivité de la contrepartie convenue ne peut être admise au lendemain de la réforme du droit commun des contrats initiée en 2016. Deux éléments nous orientent en ce sens.

351. ***Premier élément : la subjectivité des qualités essentielles convenues.*** Comme nous l'avons souligné précédemment, le législateur de 2016 a choisi d'adopter une « *conception subjective* »[993] des qualités essentielles convenues. C'est-à-dire qu'il admet que ces qualités puissent être expressément ou tacitement convenues. Compte tenu de cette subjectivité et de l'absence d'exclusivité entre les actions en nullités pour erreur sur les qualités substantielles et pour absence de cause de l'obligation sous l'empire du Code civil de 1804, il nous semble nécessaire de reconnaître la subjectivité de la contrepartie convenue.

352. ***Second élément : la règle générale d'interprétation subjective des contrats.*** À notre avis même si l'article 1169 du Code civil ne souligne pas que la contrepartie peut être convenue expressément ou tacitement, à l'image de l'article 1132 du Code civil, cette précision peut être retenue par référence à l'article 1188 du Code civil relatif à l'interprétation des contrats.

L'article 1188 du Code civil dispose que « *(l)e contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ». Suivant ce texte, il faut comprendre que le législateur a fait le choix de privilégier une « *interprétation subjective* »[994] du contrat[995], à laquelle une « *interprétation objective* »[996] doit se substituer en cas d'échec, c'est-à-dire qui intervient « *à titre subsidiaire* »[997].

À nos yeux l'existence de ce texte est doublement importante. Premièrement, cet article est

---

[993] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 317, n° 281.

[994] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 448, n° 501 et p. 450, n° 503.

[995] Tout comme le suggérait l'ancien article 1156 du Code civil : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.* »

[996] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 448, n° 501 et p. 450, n° 503.

[997] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 687, n° 608.

important car il généralise la position jurisprudentielle adoptée pour l'interprétation de l'erreur sur les qualités essentielles. En effet, dans un premier temps le juge recherche la volonté commune des parties pour déterminer ce qui a été réellement voulu — interprétation subjective —. Et dans un second temps, si cette volonté ne peut être déterminée, le juge adopte une conception standardisée qui prend la forme « *(d')une présomption* »[998] de la volonté commune des parties — interprétation objective —[999]. Ainsi, par exemple, en matière d'œuvre d'art, si le vendeur ou l'acquéreur d'une œuvre d'art découvre qu'elle est authentique ou inauthentique, la nullité n'est admise par le juge que s'il parvient à découvrir que cette qualité est entrée dans le champ contractuel. Pour cause, l'authenticité ou l'inauthenticité d'une œuvre d'art n'est pas objectivement une qualité essentielle[1000]. Secondement, cet article est important car il relève du droit commun de l'interprétation des contrats ce qui permet d'y recourir pour appréhender le terme convenu associé à la contrepartie dans l'article 1169 du Code civil.

353. ***Les avantages de l'admission de la subjectivité de la contrepartie convenue.*** À notre avis, il serait judicieux à plus d'un titre d'adopter cette approche subjective de la contrepartie convenue. Premièrement, cette analyse renforce l'unité d'appréhension du contenu contractuel. Celui-ci serait invariablement le fruit de l'accord, démontré ou présumé, des volontés. Deuxièmement, cette analyse renforce l'unité fondamentale des contrôles du contenu contractuel. Les contrôles porteraient sur la même notion de contenu contractuel. Troisièmement, cette analyse permet de déjouer la concurrence qui existait entre l'erreur sur les qualités essentielles et l'absence de cause de l'obligation. L'erreur ne serait plus le moyen de contourner l'objectivité de principe de l'absence de cause de l'obligation. Quatrièmement, cette analyse peut expliquer le rapprochement croissant et constant de l'erreur sur les qualités essentielles et l'absence de cause de l'obligation. Étant deux expressions d'une même réalité, il s'explique qu'aujourd'hui les deux notions sont sanctionnées par la nullité relative dont le point de départ du délai de prescription est fixé au jour de la découverte

---

998 J. Rochfeld, *Rép. civ.* Dalloz, Cause, n° 18.

999 En ce sens, *V.* J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *op. cit.*, p. 194, n° 161 : « *Lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur une certaine qualité, le juge se réfère aux usages pour suppléer à cette lacune. Mais une telle référence n'est admissible qu'en l'absence de stipulation contraire. Elle doit même être exclue lorsque les circonstances de l'espèce font apparaître que les parties ont voulu faire figurer dans l'économie du contrat une qualité à laquelle l'opinion générale n'accorde qu'une importance tout à fait secondaire.* » ; J. Ghestin, Y.-M. Serinet, *Rép. civ.* Dalloz, Erreur, n° 275 : « *Toute référence à l'opinion générale n'est donc pas exclue (J. GHESTIN, thèse préc., nos 161 s. – G. VIVIEN, article préc., n° 72). Mais, d'une façon générale, une telle référence n'est qu'un moyen de preuve permettant, par l'interprétation du contrat, de dégager les qualités que les parties avaient incorporées dans leur accord (TGI Argentan, 15 oct. 1970, D. 1971. 718, note J. Ghestin). Elle ne sera donc retenue que comme un élément parmi d'autres en tant que présomption* juris tantum *(J. MAURY, article préc., no 5). Au demeurant, elle n'est légitime qu'en l'absence de stipulation contraire. Elle doit même être exclue, lorsque les circonstances de l'espèce font apparaître que les parties avaient fait figurer dans l'économie du contrat une qualité à laquelle l'opinion générale n'aurait accordé qu'une importance secondaire.* »

1000 *V.* les références jurisprudentielles données par J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, *op. cit.*, p. 983 et 984, n° 1204.

de son origine. Cinquièmement, cette analyse peut expliquer les dissemblances passées entre l'erreur sur les qualités essentielles et l'absence de cause. L'erreur étant subjective par principe, elle exige de prouver la volonté des parties, contrairement à l'absence de cause de l'obligation qui, du fait de son objectivité de principe, se voit prouvée immédiatement par présomption et l'absence de preuve d'une volonté commune contraire. Finalement, si l'absence de cause n'avait pas à être excusable, déterminante ou erronée c'était tout simplement en raison de l'objectivité de principe qui lui était associée, par opposition à l'erreur qui était par principe subjective[1001].

§3. La modération des spécificités de l'impossibilité

354. ***Prestation et condition impossibles.*** La prestation et la condition impossibles semblent présenter deux particularités qui vont à l'encontre de l'unité fondamentale envisagée précédemment. De son côté, la prestation impossible est présentée en doctrine comme faisant l'objet de deux sanctions distinctes suivant la nature de l'impossibilité. Suggérant qu'il n'y a pas d'unité dans la notion d'impossibilité. Concernant la condition impossible il y a également une dualité de traitement, celle-ci est toutefois plus radicale. Les anciens articles du Code civil prévoyaient que la condition impossible emportait la nullité du contrat uniquement s'il n'était pas question d'une condition de ne pas faire une chose impossible. Cette particularité est importante à relever car elle suggère que toute impossibilité n'est pas source de nullité du contrat.

À notre avis, ces particularités ne doivent pas être envisagées comme s'opposant à l'unité fondamentale évoquées précédemment. Pour cause, de son côté la particularité de la prestation impossible ne nous semble pas justifiée au regard du droit positif, relevant exclusivement du discours doctrinal (**A**). Concernant la particularité de la condition impossible, celle-ci est justifiée mais elle ne s'oppose pas réellement à l'unité fondamentale du contenu contractuel (**B**).

[1001] *Comp.* J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *op. cit.*, p. 283, n° 238 : « *l'erreur sur l'existence de la contrepartie se distingue essentiellement de l'erreur sur une qualité substantielle, précisément en ce que le défaut objectif et total de la contrepartie évite toute recherche de caractère substantiel de l'élément absent*. » (nous soulignons).

A. La contestation de la dualité de sanctions de l'obligation impossible

355. ***Les impossibilités absolues et relatives.*** Pour nombre d'auteurs l'impossibilité est susceptible de degrés et il faut en tenir compte dans le contentieux de l'obligation impossible. Ainsi les auteurs distinguent d'un côté l'impossibilité relative, c'est-à-dire la situation où un « *débiteur a souscrit une obligation qui excède ses possibilités, mais qui peut être exécutée par un autre* »[1002]. Du fait de sa relativité les auteurs considèrent que cette obligation impossible doit être sanctionnée par la responsabilité contractuelle[1003]. D'un autre côté, les auteurs distinguent l'impossibilité absolue, c'est-à-dire l'obligation qui serait impossible pour « *n'importe quel débiteur* »[1004], et pas seulement l'actuel débiteur. Du fait de sa nature absolue les auteurs considèrent que la sanction de cette impossibilité ne doit pas être l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur mais la nullité du contrat.

En raison de cette distinction doctrinale, soutenue par plusieurs auteurs, il pourrait sembler que l'impossibilité n'est pas une notion unitaire et que par conséquent on ne saurait soutenir l'existence d'un contrôle unitaire d'insatisfaction contractuelle. Cependant, nous nous opposons à cette conclusion car, à notre avis, la distinction doctrinale proposée est contestable. D'un côté, la différence de régime associée à cette distinction est difficile à justifier. D'un autre côté, la distinction nous semble contredite par le cas légal de la vente de la chose d'autrui.

356. ***La prévalence difficilement justifiable de la responsabilité contractuelle.*** La position considérant qu'une impossibilité relative n'emporte pas la nullité du contrat, mais seulement l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur, nous paraît non justifiée à deux égards : tout d'abord parce que la responsabilité n'apporte pas une meilleure réponse à l'impossibilité d'une obligation que la nullité ; ensuite, la responsabilité n'est pas une conséquence plus légitime que la nullité en présence d'une obligation impossible.

Tout d'abord, il nous semble que l'intervention de la seule responsabilité n'est pas particulièrement préférable à la nullité. Certes, il convient de reconnaître que le débiteur est reconnu responsable de l'impossibilité et l'intervention de la responsabilité pourrait aboutir à une meilleure compensation que les seules restitutions consécutives à la nullité[1005]. Cependant, nous ne voyons

---

1002 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 406, n° 364.

1003 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil - Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 312, n° 1006 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 472, n° 610 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 406, n° 364.

1004 J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2014, p. 246, n° 238.

1005 Si l'on considère que les restitutions sont une compensation. Sur la question de la distinction entre indemnisation et restitution *V.* not. Fr. Rouvière, « La distinction entre restitution et indemnisation », *D.* 2015, p. 657, note sous Cass. civ. 3e, 28 janv. 2015, *Bull. civ.* III, n° 9, n° 13-27.397.

pas pourquoi la nullité serait invariablement écartée. Au contraire, nous sommes d'avis que la nullité devrait toujours être une issue possible pour le créancier. Pour cause, la nullité peut s'associer à une action en responsabilité délictuelle[1006], ce qui permet d'obtenir une compensation au moins égale, si ce n'est plus forte, que par l'engagement de la seule responsabilité du débiteur.

Ensuite, il nous semble que l'intervention de la responsabilité contractuelle n'est pas plus légitime que la nullité. Certes en sanctionnant une impossibilité d'exécution la responsabilité pourrait sembler plus appropriée, car elle est en lien avec la phase d'exécution du contrat. Cependant, l'argument n'est pas significatif car il est tout à fait transposable à l'impossibilité absolue[1007]. Dès lors, rien ne semble justifier d'écarter la nullité en présence d'une impossibilité relative.

357. ***Une nullité légale de la vente de la chose d'autrui.*** La position doctrinale consistant à distinguer les impossibles relatives et absolues nous semble non seulement difficile à justifier mais également contredite par le cas légal de la vente de la chose d'autrui[1008]. Le législateur prévoit explicitement cette question à l'article 1599 du Code civil qu'il résout, sans l'ombre d'un doute, par la nullité de la vente. En effet, le texte précise que « *la vente de la chose d'autrui est nulle* »[1009]. Compte tenu de ce cas légal d'impossibilité relative nous pensons que l'impossibilité ne fait pas l'objet d'une dualité de traitement et que par conséquent il y a bien lieu d'assimiler l'impossibilité de l'obligation aux autres contrôles du contenu contractuel.

1006 Cciv., art. 1178. *Adde* Cciv., art. 1599 (l'Avant-Projet de Réforme des Contrats Spéciaux projette de supprimer l'affirmation de ce cumul).

1007 *Rappr.* G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 357, n° 412 : « *Classiquement, étaient distinguées l'impossibilité absolue, qui empêcherait tout débiteur d'exécuter le contrat, et l'impossibilité relative, propre à la personne du débiteur. À la nullité du premier contrat, s'opposerait la validité du second, le débiteur engageant seulement sa responsabilité contractuelle, quoiqu'on puisse envisager une action en nullité fondée sur les vices du consentement. Mais au fond, cela tient simplement à l'absence de tout engagement réel lorsque la prestation est impossible.* » (nous soulignons).

1008 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil - Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 312, n° 1007 : « *L'impossibilité relative, purement personnelle à l'obligé, qui résulterait de ce qu'il n'est pas le propriétaire de la chose et n'en peut pas disposer, n'altérerait en rien la validité de son engagement. Voyez, cependant, ce qui est dit de la vente de la chose d'autrui, que la loi considère comme nulle (art. 1599).* ». Dans le même sens *V.* J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 247, n° 238 : les auteurs voient dans cette nullité « *une exception* » à la distinction doctrinale.

1009 L'action ne peut être introduite que par l'acquéreur et non par le *verus dominus* qui ne peut agir qu'en revendication : **Cass. civ. 3e, 16 avr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 303, n° 72-11.276**.

B. La justification de la validité de la condition de ne pas faire une chose impossible

358. ***La dualité de régime de la condition impossible.*** Sous l'empire des textes de 1804 il était acquis à l'article 1172 du Code civil que la condition impossible emportait la nullité du contrat qui en était la source[1010]. Toutefois, ce principe était immédiatement tempéré par l'article suivant qui précisait que « *(l)a condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition* »[1011]. Compte tenu de ce tempérament il pourrait sembler que le contrôle pour impossibilité ne peut pas relever d'un contrôle général de la satisfaction contractuelle et que notre position est critiquable. Cependant ce serait à notre avis une conclusion contestable car la validité de la condition de ne pas faire une chose impossible peut s'expliquer tout en s'accordant à l'idée qu'il peut être induit l'existence d'un contrôle général pour insatisfaction contractuelle.

359. ***La validité justifiée par la possibilité de l'obligation conditionnée.*** À notre avis, la validité de la condition de ne pas faire une chose impossible n'est en rien une exception au principe de l'ancien article 1172 du Code civil qui déclare nulle toute condition impossible. Pour cause, l'impossibilité d'une condition de ne pas faire n'est pas un cas d'insatisfaction contractuelle. Si une telle condition vient en effet à être stipulée, certes il y a une contradiction qui engendre une impossibilité mais l'obligation conditionnée n'en subit aucune conséquence. Le créancier a la certitude d'obtenir la satisfaction de l'obligation conditionnelle[1012].

Pour bien le voir, prenons un exemple. Admettons la stipulation d'une obligation sous la condition résolutoire de ne pas toucher le ciel, pour reprendre un exemple doctrinal[1013]. L'impossibilité absolue de cet évènement saisi par la condition n'a pas à inquiéter les parties au contrat car elle est d'une réalisation certaine. En effet, cette obligation conditionnelle, qui n'en est pas réellement une[1014], va nécessairement être satisfaite car personne ne peut toucher le ciel. D'une certaine manière l'obligation a été stipulée pure et simple[1015] comme il en est par principe.

1010 Cciv., anc., art. 1172 : « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.* »

1011 Cciv., anc., art. 1173.

1012 Ce qui rappelle la nature accessoire de la condition.

1013 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1415, n° 1341, note 1.

1014 La condition est classiquement définie comme une « *modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un évènement futur et incertain* » (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* condition ; Cciv., art. 1304). Dans la mesure où la condition porte sur un évènement impossible, cela signifie que la modalité n'est pas une condition car l'évènement est certain de ne pas arriver. *Rappr.* Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.* p. 1414, n° 1341.

1015 En vérité, nous pensons que le contrôle de la condition impossible n'existe pas réellement. En soi, l'expression de condition impossible est un non-sens car une condition se doit d'être relative à un évènement futur et incertain. Dès

360. ***Conclusion de la sous-section II.*** Dans la présente sous-section nous avons cherché à montrer que l'unité fondamentale des contrôles du contenu contractuel se confirmait sur le plan technique. Pour ce faire, nous avons étudié les obstacles qui pourraient être invoqués au soutien d'une absence d'unité des contrôles du contenu contractuel et montré qu'ils n'en constituaient pas.

Tout d'abord, nous nous sommes attardé sur les spécificités de régime de l'erreur-vice que sont ses caractères excusable et convenu. Concernant la condition d'excusabilité, nous sommes parvenu à la conclusion qu'il n'était pas question d'une condition de fond mais d'une condition d'ordre probatoire. Ce changement de perspective permet alors d'empêcher cette caractéristique de contredire l'unité fondamentale reconnue dans la sous-section précédente. Concernant le caractère convenu des qualités essentielles nous sommes parvenu à la conclusion que ce caractère n'est pas spécifique à l'erreur-vice. Celui-ci est directement exigé dans la loi pour la contrepartie à l'article 1169 du Code civil et indirectement pour les autres notions. En effet, le contrat est le fruit d'un accord de volontés et il est composé des stipulations contractuelles, c'est-à-dire de ce sur quoi il y a eu un accord de volontés.

Ensuite, nous nous sommes intéressé à l'éventuelle objectivité de la contrepartie convenue. Les auteurs sont divisés sur son existence aussi bien en mémoire de la cause de l'obligation que suivant les nouveaux textes du Code civil. À notre avis cette objectivité, qui est entendue comme ne permettant pas de stipuler tacitement à l'endroit de la contrepartie convenue, n'est pas admissible au regard des nouveaux textes du Code civil. Pour cause rien ne semble interdire de stipuler tacitement au sujet de la contrepartie convenue.

Enfin nous nous sommes penché sur les spécificités de la prestation et de la condition impossible. Concernant la prestation impossible les auteurs estiment que celle-ci fait l'objet d'un traitement qui varie selon qu'il est question d'une impossibilité absolue ou relative. À notre avis cette dualité de traitement est exclusivement doctrinale et n'inquiète pas l'unité fondamentale étudiée dans la précédente sous-section. Pour cause cette dualité de traitement ne nous semble pas justifiée et est contredite par le cas légal de la vente de la chose d'autrui. Il s'agit en effet d'une impossibilité relative qui est sanctionnée par la nullité. Concernant la condition impossible les anciens articles 1172 et 1173 du Code civil prévoyaient que toute condition impossible rendait le contrat qui en était la source nul, sauf en présence d'une condition de ne pas faire une chose impossible. Cette particularité contraire à l'unité fondamentale précédemment étudiée ne l'est pas

lors, nous pensons que le contrôle de la condition impossible est en vérité un contrôle de la prestation impossible. Cela explique son régime : si la condition d'une chose impossible rend l'obligation illusoire, comme l'obligation de payer un prix sous condition suspensive de toucher le ciel, l'obligation est nulle tout comme la convention qui en est à l'origine ; en revanche, la condition de ne pas faire une chose impossible rend l'obligation pure et simple, comme le cas évoqué précédemment, et l'obligation est valide, tout comme la convention qui en est à l'origine.

réellement à notre avis. Pour cause une obligation assortie d'une telle condition est l'équivalent d'une obligation pure et simple, ce qui signifie que le créancier peut obtenir l'effet escompté. En d'autres termes être satisfait contractuellement.

En définitive, nous pensons que les éventuelles spécificités de régime de certaines notions ne s'opposent pas à l'identification par induction d'un contrôle général de la satisfaction contractuelle. Nous verrons dans la section suivante que l'identification de ce contrôle ne permet pas seulement une simplification de notre droit, il permet également de reconduire fidèlement le contrôle pour absence de cause du contrat à titre gratuit.

361. ***Conclusion de la section I.*** Dans la présente section nous avons cherché à montrer la possibilité d'induire à partir des différents contrôles existant du contenu contractuel à sa formation l'existence d'un contrôle général de satisfaction du contenu contractuel. Pour parvenir à ce résultat nous avons cherché à montrer dans un premier temps l'unité fondamentale qui existe entre les différents contrôles du contenu contractuel. C'est-à-dire l'unité de finalité des différents contrôles du contenu contractuel, qui est de contrôler la satisfaction contractuelle des parties. Dans un second temps, nous avons cherché à montrer l'unité technique qui existe entre ces différents contrôles. C'est-à-dire que nous avons exposé les différentes spécificités des contrôles du contenu contractuel et montré qu'elles ne contredisent pas leur unité fondamentale.

Les bénéfices d'une telle induction sont à notre avis de deux ordres. Premièrement, cette induction permet une meilleure compréhension du droit positif qui est simplifié et unifié. Secondement, cette induction permet de contourner la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire. Comme nous le verrons dans la section suivante, le contrôle général de satisfaction contractuelle est en mesure de reconduire fidèlement le contrôle pour absence de cause de l'obligation du contrat à titre gratuit.

SECTION II

UNE GÉNÉRALISATION SALUTAIRE POUR LE DROIT POSITIF

362. ***L'induction d'un contrôle général de satisfaction contractuelle.*** Dans la section précédente, nous nous sommes intéressé à la possibilité d'induire à partir des différents contrôles du contenu contractuel à sa formation l'existence d'un contrôle général de satisfaction contractuelle. Nous sommes parvenu à la conclusion qu'à nos yeux une telle induction était possible et qu'il pouvait donc être induit l'existence d'un contrôle général et non écrit de satisfaction contractuelle qui accorde une action en nullité aux parties pour l'insatisfaction d'un élément déterminant du contenu contractuel. Le contenu contractuel s'entendant comme l'ensemble des stipulations expresses ou tacites des parties.

363. ***La déduction d'une reconduction du contrôle d'absence d'un élément essentiel pour les contrats étrangers à l'article 1169 du Code civil.*** Compte tenu de l'induction d'un contrôle général de satisfaction contractuelle il nous semble possible de déduire la reconduction du contrôle d'éléments contractuels qui n'entrent pas dans la notion de contrepartie convenue de l'article 1169 du Code civil. Nous verrons dans les propos suivants qu'une telle déduction est effectivement possible et qu'elle permet la reconduction du contrôle anciennement fondé sur la cause de l'obligation des contrats à titre gratuit (**§1**) et le contrôle des contrats présentant un antécédant (**§2**).

§1. La reconduction du contrôle des contrats à titre gratuit

364. ***La déduction d'une reconduction du contrôle pour absence de cause du contrat à titre gratuit.*** Nous pensons que si l'on induit l'existence d'un contrôle général et non écrit de satisfaction contractuelle il est alors possible de déduire la reconduction fidèle et totale du contrôle pour absence de cause de l'obligation dans les contrats à titre gratuit. Pour le dire autrement, si l'on induit l'existence du contrôle général de satisfaction contractuelle il est possible de contourner la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire.

Afin de convaincre de la possibilité d'une telle déduction, nous proposons dans un premier temps de rappeler l'identification jurisprudentielle de la cause des contrats à titre gratuit (**A**). Pour

dans un second temps montrer comment le contrôle de l'absence de cause des contrats à titre gratuit peut être reconduit sous l'égide du contrôle général de satisfaction contractuelle (**B**).

A. L'identification jurisprudentielle de la cause des contrats à titre gratuit

365. ***Une identification par type contractuel.*** Sous l'empire des textes de 1804 la Cour de cassation a identifié la cause de quatre types de contrats à titre gratuit que sont les contrats réels de restitution, la reconnaissance dette, les sûretés personnelles et enfin les donations. Afin de rendre compte de la position de la jurisprudence nous proposons de la rappeler en suivant cette même présentation par chaque type contractuel.

366. ***La cause dans les contrats réels de restitution.*** Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, relayée par les enseignements majoritaires de la doctrine[1016], la cause de l'obligation de la dette de restitution née d'un prêt réel[1017] ou d'un dépôt[1018] est « *constituée par la remise de la chose* »[1019] sujette à restitution. Cette position est fortement critiquée en doctrine car, comme nous l'avons souligné précédemment[1020], elle opèrerait une confusion entre la cause efficiente et la cause finale[1021]. Malgré cela, la Cour de cassation maintient le cap.

1016 *V.* not. A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 180 ; A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 2001, p. 50 et 51, n° 71 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 562, n° 870 ; Ch. Larroumet, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Paris, Économica, coll. Corpus droit privé, 5e éd., 2003, p. 449 et 450, n° 455 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 311, n° 346 ; D. Mazeaud, « La cause » *in 1804-2004. Le Code civil. Un passé. Un présent. Un avenir*, Université Panthéon-Assas, Paris, Dalloz, 2004, p. 451, spéc., p. 455 et 456 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 464, n° 413.

1017 **Cass. civ. 1re, 20 nov. 1974, *Bull. civ.* I, n° 311, n° 72-13.177** ; *JCP* 1975, II, 18109, note J. Calais-Auloy ; **Cass. civ. 1re, 20 déc. 1994, n° 92-21.317** ; *Defrénois* 1995, p. 1040, obs. D. Mazeaud ; **Cass. com., 5 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 75, n° 93-20.778** ; *D.* 1996, somm. P. 327, obs. R. Libchaber ; *CCC* 1996, com., n° 135, note L. Leveneur ; **Cass. civ. 1re, 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 55, n° 96-16.093** ; *CCC* 1996, comm. n° 70, obs. L. Leveneur ; **Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 175, n° 06-19.056**, préc.

1018 **Cass. com., 30 janv. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 26, n° 97-17.784** ; *D.* 2001, p. 1238, obs. X. Delpech.

1019 **Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 175, n° 06-19.056**, préc.

1020 *V. supra*, n° 254 et suiv.

1021 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil – Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, *op. cit.*, p. 322, n° 1038 : « *Dire que la prestation reçue est la cause de l'obligation dans les contrats réels est donc* jouer sur le double sens *du mot "cause"* ». Dans le même sens chez les auteurs modernes *V.* not. M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : Analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 125, n° 236 ; Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 174 à 176, n° 193 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil – Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2014, p. 267, n° 259 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 561, n° 870 ; J. Rochfeld, *Rép. civ.* Dalloz, Cause, n° 34.

367. ***La cause dans la promesse de payer une dette préexistante[1022].*** L'identification de la cause de l'obligation de la promesse de payer une dette préexistante « *est unanime* »[1023] : elle « *est constituée par l'obligation préexistante* »[1024]. La conséquence de cette position est que si la dette préexistante « *s'avère illusoire, par exemple parce que le promettant croyait à tort en être le débiteur, la promesse est dépourvue de cause* »[1025]. Tel est le cas lorsque l'exploitant d'un cinéma s'est engagé envers un artiste à réparer un dommage dont il s'était cru à tort responsable[1026], ou encore lorsqu'une société s'engage à régler une dette dont il en est d'ores et déjà acquis l'extinction[1027], également lorsqu'un homme s'est engagé à subvenir aux besoins d'un enfant dont il s'était cru à tort le père sur les déclarations de la mère[1028]. Cette position bien installée en jurisprudence est critiquée en doctrine par les auteurs qui estiment, comme nous l'avons souligné précédemment, que la Cour de cassation opèrerait une confusion entre la cause finale et la cause efficiente[1029]. Toutefois, la position ne semble pas abandonnée.

368. ***La cause dans les sûretés personnelles.*** La présentation doctrinale de la cause dans les sûretés personnelles s'effectue habituellement par analogie avec « *leur modèle* »[1030] : le contrat de cautionnement. Étant donné cette pratique et le fait que la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer sa pertinence,[1031] nous la suivrons également. Ainsi nous présenterons la cause des sûretés personnelles à partir du modèle du cautionnement.

Longtemps la doctrine s'est interrogée sur le fait de savoir si le cautionnement était ou non un acte abstrait, supposant alors de ne pas en rechercher la cause[1032]. En 1972, dans l'arrêt *Lempereur*[1033], la Cour de cassation est venue lever cette interrogation en affirmant que le cautionnement n'était

---

1022 Pour différents auteurs la promesse de payer une dette préexistante est un contrat à titre onéreux. *V.* not. Ch. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Paris, Économica, coll. Corpus droit privé, 9e éd., 2018, p. 140, n° 170 (position abandonnée dans la 10e éd.).

1023 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 127, n° 240.

1024 **Cass. com., 14 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 66, n° 04-17.433** : décision rendue au sujet d'une reconnaissance de dette, la forme la plus courante des promesses de payer une dette préexistante.

1025 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 127, n° 240.

1026 **Req., 1er juill. 1924**, préc.

1027 **Cass. com., 8 juin 1999, n° 96-18.872**, préc.

1028 **Req., 7 juill. 1931**, préc.

1029 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 181, n° 195.

1030 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 470, n° 417.

1031 **Cass. com., 19 avr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 278, n° 02-17.600** ; *D.* 2005, Pan., p. 2086, obs. P. Crocq ; *JCP* G 2005. II. 20075, note S. Piedelièvre et I. 185, n°9, obs. Ph. Simler (la cause de la garantie à première demande) ; **Cass. com., 27 oct. 2009, n° 08-10.391** ; *JCP* 2010, n° 90, note N. Dissaux (la cause de la convention de ducroire).

1032 Pour une présentation historique de cette interrogation doctrinale *V.* A.-S. Barthez, D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2010, p. 324 et suiv., n° 445 et suiv.

1033 **Cass. com., 8 nov. 1972, Lempereur, *Bull. civ.* IV, n° 278, n° 71-11.879**, préc.

pas un acte abstrait. « *Le cautionnement a donc une cause* »[1034]. Selon la Cour de cassation la cause est constituée par « *la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier* », c'est-à-dire dans « *(l')avantage réel consenti par le créancier* »[1035] au débiteur principal. Ainsi en « *l'absence d'un avantage consenti par le créancier* »[1036] le cautionnement est nul. Cette analyse fait l'objet d'un accueil plutôt favorable en doctrine considérant que certes dans la majorité des cas le rôle de la cause ne fait que confirmer le caractère accessoire de la sûreté, mais à la marge la cause commande des solutions que l'accessorité est en peine à justifier. En effet si l'avantage accordé par le créancier est l'obligation cautionnée, alors la cause réside dans l'obligation principale dont le régime remplit le même rôle que l'accessoire. Mais lorsque le cautionnement n'est pas concomitant à la formation du contrat il ne peut avoir pour motivation qu'un avantage autre, comme « *l'octroi d'un nouveau crédit ou le maintien d'un crédit au débiteur* »[1037]. Dans ces cas la cause s'émancipe du champ de l'accessoire et fonde une action en nullité spécifique car l'avantage n'est pas constitué par l'obligation cautionnée.

369. ***La cause dans les donations.*** Selon les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet la cause de l'obligation dans les donations est « *le parent pauvre de la doctrine contemporaine* » et s'inspire pour l'essentiel de la thèse de Jacques Maury « *fondée sur la prise en considération des motifs déterminants* »[1038]. Pour le dire autrement, l'idée est la suivante : une fois admis que la cause première de tout contrat à titre gratuit réside dans l'abstraite intention libérale[1039] il peut être identifié une cause secondaire pour les donations qui réside dans le motif déterminant du donateur[1040]. C'est ainsi que se positionne la Cour de cassation qui admet la nullité pour absence de cause d'une donation dont le

---

1034 A.-S. Barthez, D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, p. 327, n° 448.

1035 **Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11.229**.

1036 **Cass. com., 17 mai 2017, *Bull. civ.* IV, n° 15-15.746**, préc.

1037 M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 155, n° 235. Dans le même sens *V.* A.-S. Barthez, D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, p. 328 et 329, n° 451 ; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2016, p. 94 et 95, n° 100.

1038 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 682, n° 1063 et p. 685, n° 1067.

1039 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 681 et 682, n° 1062 (Position développée par J. Maury en 1970. Pour une présentation *V.* p. 684, n° 1065) ; p. 678, n° 1060 : « *ce qui caractérise le contrat à titre gratuit c'est l'*animus donandi*, c'est-à-dire la volonté de l'une des parties de procurer à l'autre un avantage purement gratuit, autrement dit dépourvu de contrepartie. À défaut d'une telle volonté, le contrat qui procure à l'autre partie un avantage purement gratuit peut être annulé pour absence de cause.* » ; *V.* égal. L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé. Essais de téléologie juridique II*, *op. cit.*, p. 370, n° 293 : « *Pour qu'un acte soit conçu sur le mode gratuit, la première condition de toutes — et presque la seule — c'est qu'il procède d'une intention de libéralité. Nos anciens auteurs voyaient juste lorsqu'ils disaient que la cause d'une donation réside dans la volonté de donner, dans l'*animus donandi ». Dans le même sens *V.* not. Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 314, n° 349. *Rappr.* G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 118, n° 125.

1040 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 686, n° 1068 ; L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II*, *op. cit.*, p. 372 et suiv., n° 295 et suiv. ; Ch. Jubault, *Les successions, les libéralités*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 2005, p. 415 et suiv., n° 700 ; Ph. Malaurie, Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p. 221, n° 269 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil – Tome 5 : Donations et testaments*, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, Paris, LGDJ, 2e éd., 1957, p. 361 et suiv., n° 264.

motif déterminant se révèle illusoire dans une jurisprudence réduite[1041].

Cette position largement diffusée en doctrine se révèle toutefois régulièrement contestée par les auteurs à plusieurs niveaux. Premièrement, cette position est contestée car elle confond la cause de l'obligation et la cause du contrat[1042]. Deuxièmement, l'identification de la cause de l'obligation dans le motif déterminant est « *trop imprécise* » pour être opératoire. En effet « *elle ne renseigne pas sur les conditions auxquelles le mobile déterminant sera accepté comme une cause valable de l'engagement* »[1043]. Troisièmement l'identification de la cause première de l'obligation de tout contrat à titre gratuit dans l'intention libérale est critiquée car ce n'est pas une cause finale, mais plutôt l'objet de l'engagement[1044]. Quatrièmement l'identification de la cause de l'obligation de tout contrat à titre gratuit dans l'intention libérale est doublement contraire aux enseignements de la jurisprudence, comme nous l'avons souligné précédemment[1045].

370. ***La cause du contrat à titre gratuit : une notion protéiforme.*** Malgré l'emploi du singulier dans la désignation de la notion de cause il apparaît que la notion n'est pas unitaire à l'endroit du contrat à titre gratuit. Au contraire, elle y est plutôt protéiforme, laissant penser qu'il y a plusieurs causes pour plusieurs contrats à titre gratuit. Cette particularité est critiquée par les auteurs qui estiment qu'elle « *rend vaine […] toute tentative de définition* »[1046] de la notion.

B. La compatibilité de l'identification avec le contrôle généralisé du contenu contractuel

371. ***L'unité derrière la diversité.*** Malgré les critiques des auteurs et la diversité manifeste des conceptions de la cause pour les différents types de contrats à titre gratuit, nous pensons qu'il est possible d'identifier une constante dans la notion de cause pour les contrats à titre gratuit. Cette constante est que pour toute absence de cause dans un contrat à titre gratuit on relève l'existence

1041 *V.* not. **Cass. civ. 1re, 11 févr. 1986, *Bull. civ.* I, n° 25, n° 84-15.513** ; *Defrénois* 1986, art. 33825, p. 1523, obs. G. Champenois ; *JCP* 1986, IV, 109 ; *RTD civ.* 1987, p. 586, obs. J. Patarin ; *D.* 1986, I.R., p. 220 ; *JCP* 1988, I, 21027, note C. David : annulation de la donation-partage dont le motif déterminant a disparu rétroactivement, à savoir en l'espèce un bénéfice fiscal.

1042 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 172 et 173, n° 191.

1043 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 131, n° 247. *Rappr.* J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 259, n° 287 : « *Constater la présence d'une intention libérale, et en conséquence l'existence de la cause, clôt effectivement le contrôle de l'acte sans qu'on en ait compris ni examiné les buts. La libéralité devient un acte abstrait dont la cause apparaît secondaire et se confond avec l'intention qui la porte, l'intention libérale* ».

1044 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 172 et 173, n° 191.

1045 *V. supra* n° 167 et suiv.

1046 M.-O. Barbaud, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, th. préc., p. 115, n° 220.

d'un appauvrissement pour le débiteur de l'obligation sans cause[1047] (**1**). Grâce à l'identification de cette constante, il nous semble alors possible de reconduire ce contrôle pour absence de cause au lendemain de la réforme du droit commun des contrats (**2**).

1. Le constat préalable d'une constante dans le contrôle d'absence de cause des contrats à titre gratuit

372. ***Le principe de l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit.*** À notre avis, malgré la diversité dans l'identification de la cause dans les contrats à titre gratuit nous pensons qu'il est possible d'identifier une constante dans ce contentieux. Cette constante réside dans le fait qu'en l'absence de cause chaque contrat réalise en principe un appauvrissement[1048]. Pour le montrer, nous proposons de reprendre chaque type contractuel.

373. ***Les contrats réels de restitution sans cause.*** Suivant la position jurisprudentielle, la cause de l'obligation de restitution dans le prêt réel et le dépôt réside dans la remise préalable. Cela signifie qu'en l'absence de remise un contrat de prêt réel ou de dépôt est un contrat sans cause. Cette version négative de la position jurisprudentielle est le point clef de notre analyse : s'il vient à être démontré qu'une dette de restitution n'est pas consécutive à une remise préalable cela implique que la dette de restitution emporte un appauvrissement pur et simple pour le débiteur. En effet, celui-ci n'est pas en situation de restituer quelque chose, c'est-à-dire de réaliser un service qui ne l'appauvrit pas, mais en situation d'enrichir autrui en s'appauvrissant.

374. ***La promesse de payer une dette préexistante sans cause.*** Selon la Cour de cassation, la cause de l'obligation d'une promesse de payer une dette préexistante réside dans la dette à régler, qui est civile ou naturelle. Cela signifie qu'en l'absence de dette préexistante la promesse est sans cause. Une fois encore cette présentation négative de la cause de l'obligation d'une promesse de payer une dette préexistante est la clef : s'il est démontré que l'engagement promis n'est pas le paiement d'une dette cela suggère que le promettant ne fait que s'appauvrir. En effet il n'est pas en situation de réaliser le paiement d'une obligation naturelle ou civile légale, qui n'emporte pas d'appauvrissement, il ne fait qu'enrichir le créancier tout en s'appauvrissant[1049].

[1047] Sur la notion d'appauvrissement en droit des contrats *V. supra* n° 197.

[1048] Nous précisons qu'il s'agit seulement d'une position de principe car un contrat de service gratuit peut emporter l'appauvrissement de celui qui octroie le service si cela se révèle concrètement. *V. supra* n° 197.

[1049] Pour une illustration de cette question *V.* **CA Bordeaux, 2 ch. civ., 4 juill. 2019, n° 16/07034** : l'attribution d'un bien immeuble sans contrepartie ne doit pas être analysée comme un appauvrissement susceptible d'être qualifié de donation s'il est démontré que cette attribution « *a eu pour objectif d'éteindre la dette contractée* » par le propriétaire.

375. ***Le cautionnement sans cause.*** Selon la Cour de cassation, la cause de l'obligation du cautionnement réside dans l'avantage accordé au débiteur principal par le créancier. Cela signifie qu'en l'absence d'un tel avantage le cautionnement est sans cause. Tout comme précédemment c'est cette approche par l'absence de cause qui permet d'identifier une constante dans la cause des contrats à titre gratuit : s'il vient à être démontré que le cautionnement n'apporte pas d'avantage au débiteur principal, cela suggère que la caution s'appauvrira à l'occasion du paiement de la dette du débiteur. En effet en l'absence d'intérêt pour le débiteur principal, la caution ne bénéficie pas du recours personnel en remboursement fondé sur la gestion d'affaires[1050]. Comme le souligne l'article 1301-2 du Code civil, celui dont l'affaire a été gérée « *rembourse au gérant les dépenses faites dans* ***son intérêt*** *et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion* »[1051]. Certes il faut reconnaître que la caution bénéficie toujours du recours subrogatoire[1052] et d'un recours personnel fondé sur l'enrichissement sans cause[1053]. Cependant ces recours ont une assiette plus restreinte que le recours personnel fondé sur la gestion d'affaires[1054], ce qui matérialise un appauvrissement[1055].

376. ***La donation sans cause.*** De Domat à nos jours il est enseigné que la cause primaire de toute donation est l'intention libérale. Cette position doctrinale trouve un écho en jurisprudence avec l'idée qu'en présence d'un appauvrissement motivé par une intention libérale le contrat est valide sur le terrain de la cause. Tel est le cas par exemple d'une vente à prix dérisoire qui est valide lorsque « *la modicité du prix trouve* ***sa cause*** *dans l'intention libérale elle-même* »[1056]. Si l'on adopte une

---

1050 *Contra* Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, Paris, LexisNexis, coll. Traités, 2015, p. 20, n° 15 : « *l'engagement en qualité de caution envers le créancier est indéniablement un acte utile au débiteur* ».

1051 Nous soulignons.

1052 Sur le fondement de l'article 2306 du Code civil.

1053 Cciv., art. 1301-5 : « *Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié* ».

1054 Pour une présentation précise et comparative des recours *V.* not. M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 253 et suiv., n° 335 et suiv.

1055 Contrairement à la situation où la caution bénéficie du recours personnel sur le fondement de la gestion d'affaires. En ce sens, indirectement *V.* **Cass. civ. 1re, 27 janv. 1982, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 80-17.124** : « *un cautionnement, même s'il constitue un contrat de bienfaisance, ne peut être assimilé à un acte de disposition à titre gratuit ; qu'en effet, le cautionnement, qui ne comporte pas de dessaisissement immédiat et définitif d'un bien patrimonial, ne confère pas à l'engagement qu'il exprime le caractère d'une libéralité* ». *Rappr.* S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 327, n° 199 : « *Lorsque la caution a acquitté la dette du débiteur auprès du créancier, celle-ci dispose à l'encontre du débiteur d'un recours subrogatoire. Ce dernier exclut l'existence d'un transfert de valeur au profit du débiteur.* »

1056 **Cass. civ. 1re, 6 janv. 1969, *Bull. civ.* I, n° 8** : « *constituait une donation indirecte, la modicité du prix trouvant sa cause dans l'intention libérale elle-même, qu'en déclarant ensuite que la libéralité portait sur le prix et qu'ainsi le moyen tiré de la vileté de celui-ci devait être écarté, ils ont répondu aux conclusions prétendument délaissées* » (nous soulignons). Dans le même sens pour la donation déguisée *V.* not. **Cass. civ. 1re, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, n° 91-11.648** ; J. Patarin, « Validité de la donation déguisée sous forme de vente malgré le caractère dérisoire du prix stipulé », *RTD civ.* 1996, p. 218, note sous Cass. civ. 1re, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, n° 91-11.648.

lecture négative de cette position, on en conclut qu'en l'absence d'intention libérale le disposant s'appauvrit purement et simplement comme pour les autres contrats à titre gratuit sans cause[1057].

2. La possible reconduction du contrôle d'absence de cause des contrats à titre gratuit par le contrôle général du contenu contractuel

377. ***Le principe de la nullité : un appauvrissement contraire à la volonté des parties.*** Afin de reconduire le contrôle pour absence de cause des contrats à titre gratuit sous l'égide du contrôle induit du contenu contractuel il faut considérer que tout engagement contractuel est *a minima* et de manière présomptive, en application de l'article 1188 du Code civil[1058], motivé par la volonté d'enrichir une partie sans appauvrir l'autre.

Ce principe peut surprendre. Toutefois, il est la clef de cette reconduction du contrôle d'absence de cause dans les contrats à titre gratuit. Pour mémoire, le contrôle que nous avons induit dans la première section est que l'insatisfaction de l'accord de volontés emporte la nullité du contrat. Dans la mesure où nous pensons que, de manière présomptive, tout contrat suppose *a minima* la volonté d'enrichir une partie sans appauvrir l'autre, s'il vient à être démontré un appauvrissement alors le contrat est annulable. Cette conclusion est strictement identique à celle à laquelle aboutit l'ancien contrôle pour absence de cause des contrats à titre gratuit. Pour le confirmer, nous proposons de montrer comment la validité des contrats à titre gratuit peut être reconduite sous l'égide du contrôle induit de satisfaction contractuelle.

378. ***Les principes de la validité : une absence d'appauvrissement ou une volonté différente.*** Une fois formulé le principe de la nullité il s'impose de formuler les principes de la validité des contrats à titre gratuit. Nous disons *les principes* de la validité car ils sont, contrairement à la nullité, au nombre de deux. Le premier principe est la preuve d'une absence d'appauvrissement et donc d'insatisfaction. Le second principe est la preuve d'une subjectivisation de la volonté présumée. Afin de justifier cette position, nous allons approfondir et illustrer ces deux principes.

379. ***Le premier principe de la validité : une absence d'appauvrissement.*** À la lumière de la jurisprudence rendue sous l'empire du Code civil de 1804 il nous semble que la validité d'un contrat à titre gratuit peut être obtenue suivant deux voies. La première voie est de démontrer qu'il n'y a pas d'appauvrissement pour la partie qui enrichit l'autre. Dans ce cas, la validité du contrat est reconnue car la volonté des parties d'en enrichir une sans appauvrir l'autre est satisfaite. Cette

[1057] Sur l'indépendance de la gratuité et de l'intention libérale *V. supra* n° 170.

[1058] Sur l'implication de l'article 1188 dans la théorie de la cause *V. supra* n° 342 et suiv.

position peut surprendre mais elle permet à notre avis de reconduire la validité de tous les contrats de service à titre gratuit sous l'égide du contrôle de satisfaction contractuelle. Pour le montrer, nous proposons d'appliquer notre raisonnement à chaque type contractuel.

Tout d'abord, cette position permet d'expliquer la validité des contrats réels de restitution. Pour cause, s'il est démontré que l'obligation de restitution née de ces contrats n'a pas été précédée d'une remise il faut conclure à la nullité du contrat car celui-ci emporte un appauvrissement et un enrichissement[1059]. En revanche s'il est démontré qu'une remise a eu lieu il faut conclure à la validité du contrat car il n'y a pas d'appauvrissement et donc aucune insatisfaction.

Ensuite, cette position permet d'expliquer la validité de la promesse de payer une dette préexistante. Pour cause s'il est démontré qu'un versement a été effectué sans dette préalable il faut admettre la nullité du contrat car il y a un appauvrissement contraire à la volonté présomptive d'enrichir une partie sans appauvrir l'autre[1060]. En revanche s'il est démontré qu'une dette préexistait au paiement il faut alors déduire la validité du contrat car il n'y a pas d'appauvrissement et donc d'insatisfaction.

Également, cette position permet d'expliquer la validité du contrat de cautionnement. S'il est démontré que le débiteur principal n'a pas reçu un avantage à la conclusion du cautionnement alors le cautionnement est nul car il y a un appauvrissement de la caution contraire à la volonté présomption d'enrichir une partie sans appauvrir l'autre. En revanche s'il est démontré que le débiteur principal a reçu un avantage il faut alors conclure à la validité du contrat car il n'y a pas d'appauvrissement de la caution et donc d'insatisfaction[1061].

Enfin, cette position permet d'expliquer la validité du contrat à titre onéreux qui présente une contrepartie convenue dérisoire compensée par des avantages périphériques[1062]. S'il est démontré qu'il n'y a pas d'avantages annexes alors il faut conclure à l'appauvrissement du bénéficiaire de la

---

1059 Sur ce point il convient de souligner que la nullité peut être obtenue de deux manières différentes. La première possibilité est de démontrer l'existence d'un appauvrissement contraire à la volonté présomptive d'un enrichissement sans appauvrissement. La seconde possibilité est de démontrer que les parties se sont accordées sur la création d'une dette de restitution. Dans cette hypothèse, l'insatisfaction ne porte pas sur la volonté présumée d'une absence d'appauvrissement, mais d'une impossibilité d'effectuer une restitution. Pour déterminer la voie d'accès à la nullité qui doit être emprunter, il faut se reporter à la volonté des parties. S'il est possible de démontrer la stipulation précise d'une dette de restitution, alors la seconde voie va s'imposer. En revanche, si l'on ne parvient pas à démontrer la volonté des parties (car, par exemple, on ne relève que l'existence d'un versement de somme d'argent entre les parties) alors dans ce cas la première manière s'imposera.

1060 Comme précédemment la nullité sur ce point peut être obtenue de deux manières différentes. Tout dépend si l'on arrive à déterminer la volonté exacte des parties.

1061 Cette position permet également d'expliquer la validité du contrat de mandat à titre gratuit qui est un contrat de service sans appauvrissement du débiteur en raison de l'obligation de restitution des dépenses du mandataire par le mandant à l'article 1999 du Code civil.

1062 L'APRDCS envisage cette question dans le droit de la vente à l'article 1606. Celui-ci dispose que « *La vente conclue pour un prix vil ou symbolique n'est pas nulle pour défaut de prix sérieux si ce prix n'est pas la seule contrepartie du transfert de propriété.* ».

Pour une illustration *V*. not. l'arrêt *Chiaffi* **Cass. civ. 3e, 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 28, n° 91-15.613** ; *RTD civ.* 1994, p. 124, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP* G 1994, I, 3744, note M. Fabre-Magnan

contrepartie convenue dérisoire et donc à la nullité du contrat. En revanche s'il est démontré que le bénéficiaire de cette contrepartie convenue dérisoire bénéficie d'avantages connexes alors il faut conclure à la validité du contrat car il ne subit pas d'appauvrissement[1063].

380. ***Le second principe de la validité : la volonté de s'appauvrir.*** Après avoir envisagé le premier principe de validité, qui est la preuve d'une absence d'appauvrissement, nous envisageons le second principe de validité qui se déduit de la jurisprudence rendue sous l'empire du Code civil de 1804. Ce second principe consiste à démontrer un renversement de la présomption d'enrichir une partie sans appauvrir l'autre. En d'autres termes, ce principe consiste à admettre l'existence d'une subjectivisation du contenu contractuel. Le raisonnement est totalement différent du premier principe. Celui-ci permet de reconduire la validité des autres contrats à titre gratuit que ne justifie pas le premier principe. Pour le montrer, nous proposons d'appliquer notre raisonnement à ces autres contrats à titre gratuit.

D'un côté, cette position permet d'expliquer la validité des donations directes. S'il n'est pas démontré l'existence d'une intention libérale cela signifie qu'il y a un enrichissement d'une partie qui emporte l'appauvrissement de l'autre, ce qui va à l'encontre de la volonté présomptive des parties. En conséquence, le contrat est annulable. En revanche s'il est démontré l'existence d'une intention libérale cela signifie qu'il y a une volonté « *de s'appauvrir* »[1064] qui vient déjouer la volonté présomptive des parties qu'il n'y ait pas d'appauvrissement. Dans pareil cas il faut conclure à la validité du contrat car l'appauvrissement est accord avec la volonté des parties.

D'un autre côté, cette position permet d'expliquer la validité du contrat présentant une contrepartie convenue dérisoire motivée par une intention libérale. C'est-à-dire la validité des donations déguisées et indirectes. S'il n'y a pas d'intention libérale il y a l'appauvrissement d'une partie et l'enrichissement de l'autre ce qui emporte la nullité du contrat pour insatisfaction contractuelle. En revanche s'il est démontré une intention libérale cela signifie que la volonté présomptive d'enrichir une partie sans appauvrir l'autre n'est pas admissible. En effet en présence d'une intention libérale il y a la preuve d'une volonté d'appauvrir une partie et d'enrichir l'autre, en opposition à la volonté présomptive de ne pas appauvrir une partie[1065].

1063 Dans ce cas la réciprocité des avantages n'est pas toujours présente (*V*. not l'arrêt précédemment évoqué du 3 mars 1993, n° 91-15.613) ce qui est logique car la validité n'est pas liée à l'éventuelle onérosité du contrat.

1064 M. Grimaldi, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, p. 14, n° 1006.

1065 Cette position permet également de justifier la validité des contrats à titre gratuit qui s'inscrivent dans un contexte particulier comme la remise de dette dans le cadre d'une procédure collective. Pour une analyse *V*. N. Picod, *La remise de dette*, th. préc., p. 114, n° 142.

§2. La reconduction du contrôle des contrats nécessitant un antécédent

381. ***Un fondement pour le contrôle de l'antécédent nécessaire.*** Au-delà des contrats à titre gratuit nous pensons que le contrôle général de satisfaction contractuelle pourrait être un outil pour de nombreux autres contrats. Nous songeons ici aux contrats accessoires dont le contrôle du principal ne peut être fondé sur le contrôle de la contrepartie convenue[1066]. Par exemple, en l'état de notre droit, le contrôle de « *l'existence d'un litige né ou à naître* »[1067] éteint par une transaction n'est prévu par aucun texte. Il en est de même pour la dette principale dans les opérations sur obligation, comme la novation, la modification, la remise et les sûretés.

Le contrôle de cet antécédant pourrait être rendu possible par le contrôle de satisfaction contractuelle car la notion de contenu contractuel, qui en est le domaine, est en mesure d'accueillir cet antécédant qui n'est pas dans la contrepartie convenue.

382. ***L'avantage de la solution : un fondement commun.*** L'avantage de cette solution est de proposer un fondement unique et commun à tous ces contrats. Dès lors qu'il serait démontré l'intégration au contenu contractuel d'un antécédent, celui-ci pourrait être contrôlé sur ce fondement, à l'image de la contrepartie convenue ou de tout autre effet juridique contractuel. Cette solution est d'autant plus appréciable qu'elle emporte une simplification du droit.

383. ***Conclusion de la section II.*** Après avoir induit l'existence d'un contrôle de satisfaction du contenu contractuel dans une première section nous avons entrepris, dans une seconde section, de montrer qu'il est possible de déduire de ce contrôle général et non écrit la reconduction du contrôle pour absence de cause des contrats à titre gratuit et de fonder le contrôle des contrats dépendants. Pour convaincre de ces possibles déductions nous avons décomposé le propos entre, dans un premier temps les contrats à titre gratuit et dans un second temps les contrats dépendants.

Concernant les contrats à titre gratuit nous avons raisonné en deux temps.

Premièrement, nous avons rappelé quelle était la position de la Cour de cassation en matière de cause des contrats à titre gratuit. Nous avons relevé à la suite des auteurs que la position de la haute juridiction semblait diversifiée donnant le sentiment d'une notion de cause protéiforme.

Secondement, nous avons montré que cette position pouvait être reproduite sur le fondement du contrôle induit de satisfaction contractuelle. Pour ce faire, nous avons dû relever au préalable l'existence d'une constante dans le contrôle d'absence de cause des contrats à titre gratuit qui est que tout contrat à titre gratuit nul pour absence de cause emporte un appauvrissement. Ensuite,

---

1066 G. Wicker, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », art. préc., n° 23 et 24.

1067 *Ibidem.*

nous avons pu montrer comment le contrôle induit de satisfaction contractuelle pouvait reconduire le contrôle d'absence de cause. Trois idées sont à l'œuvre. La première est que tout contenu contractuel comporte de manière présomptive l'accord des volontés sur le fait qu'une partie s'enrichit sans appauvrir l'autre. Grâce à cette position, on reconduit tous les cas de nullité pour absence de cause car, dès qu'il est démontré l'existence d'un appauvrissement, la volonté présomptive est insatisfaite ce qui justifie l'annulation du contrat. La deuxième idée est que si l'on démontre qu'il n'y a pas d'appauvrissement le contrat est valide en raison de la satisfaction de la volonté présomptive de tout contenu contractuel. Ainsi les contrats réels de restitution, la reconnaissance de dette, ou encore le cautionnement sont valides conformément à la jurisprudence passée. La troisième idée est que la volonté présomptive peut être adaptée par les parties et consister en la volonté d'enrichir une partie et d'appauvrir l'autre. Ainsi la validité des donations directes, indirectes et déguisées est justifiée tout comme la validité de la vente à prix symbolique moyennant des avantages périphériques.

Concernant les contrats dépendants, nous avons rappelé l'absence de texte susceptible de fonder spécifiquement le contrôle de l'antécédent des contrats qui en nécessitent, telle que la transaction ou encore les opérations sur obligations ainsi que les sûretés. Ensuite nous avons rappelé que la notion de contenu contractuel peut accueillir ces antécédents, contrairement à la contrepartie convenue, et permettre de les contrôler sur le même fondement que la contrepartie convenue. Cette solution nous semble salutaire à un double titre, d'une part elle permet de fonder des solutions qui semble avoir été ignorées par le législateur de 2016, et d'autre part elle permet de simplifier notre droit en offrant un fondement unique à cette question de l'antécédent et commun avec la contrepartie convenue.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

384. ***Un procédé alternatif de contournement de la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue.*** Face à la réduction légale du contrôle pour absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire il apparaît des lacunes dans l'appareil conceptuel du droit français. Afin d'éviter cet écueil nous avons proposé un procédé conceptuel susceptible de reconduire la totalité du contrôle pour absence de cause de l'obligation. Afin de montrer la capacité de notre procédé à atteindre son but nous avons décomposé notre propos en deux temps.

385. ***L'induction d'un contrôle général de satisfaction contractuelle.*** Premièrement, nous avons exposé notre procédé qui est la reconnaissance d'un contrôle général et non écrit de satisfaction contractuelle. L'idée est qu'à notre avis il est possible d'induire à partir des différents contrôles du contenu contractuel que sont l'erreur, la prestation impossible, le contenu contractuel illicite et la contrepartie convenue illusoire l'existence d'un contrôle de satisfaction contractuelle. Pour ce faire nous avons montré l'unité fondamentale de ces différents contrôles qui est de s'assurer la satisfaction de la volonté des parties. Puis nous avons montré l'unité technique de ces différents contrôles en expliquant en quoi les spécificités de ces contrôles n'en sont pas réellement. En définitive nous considérons qu'il est possible d'induire l'existence d'un contrôle général et non écrit de la satisfaction de la volonté des parties intégrées au contenu contractuel.

386. ***La déduction de la reconduction du contrôle pour absence de cause des contrats à titre gratuit.*** Deuxièmement, nous avons montré la capacité du contrôle induit de satisfaction contractuelle à reconduire le contrôle pour absence de cause de l'obligation des contrats à titre gratuit. Pour ce faire nous avons d'abord rappelé la position de la Cour de cassation à l'égard de la cause dans les contrats à titre gratuit. Ensuite nous avons montré l'existence d'une constante dans la position de la Cour de cassation qui permet au contrôle de satisfaction contractuelle de le reconduire. Cette constante est qu'en l'absence de cause tout contrat à titre gratuit emporte l'enrichissement d'une partie et l'appauvrissement de l'autre. Ainsi pour reproduire le contrôle pour absence de cause des contrats à titre gratuit nous pensons qu'il faut considérer que tout contenu contractuel comporte la volonté présomptive, en application de l'article 1188 du Code civil, qu'une

partie s'enrichisse sans appauvrir l'autre. De cette manière la nullité pour absence de cause est reconduite.

CONCLUSION DU TITRE I

387. ***Un problème technique lors de la réforme du droit commun des contrats.*** La réforme du droit commun des contrats initiée en 2016 a eu pour objectif à l'endroit de la cause de l'obligation d'être une codification à droit constant et simplificatrice. Toutefois, les auteurs ont relevé que tel n'a pas été le cas. Certes la disparition du concept de cause de l'obligation n'a été que formelle, le concept ayant été reconduit dans différents textes du Code civil, cependant cette reconduction s'est révélée incomplète. Techniquement en effet aucun texte n'assure la reconduction du concept de cause à l'endroit des contrats à titre gratuit. Face à cette difficulté technique les auteurs ont proposé différents procédés permettant de dépasser cette réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire.

388. ***Des solutions doctrinales sujettes à critiques.*** Nous avons relevé en doctrine l'existence de quatre procédés de contournement de la réduction légale de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire. Ces quatre procédés apparaissent parfaitement possibles à mettre en place en droit positif toutefois ils nous semblent critiquables en ce qu'ils proposent une modification de l'état du droit positif. Pour l'essentiel ces procédés proposent de recourir aux notions d'inexistence et d'erreur pour reproduire les solutions autrefois admises sur le fondement de l'absence de cause de l'obligation. Ces procédés pourraient parvenir à reproduire ces solutions cependant il apparaît que ce serait au prix de certaines modifications. Par exemple, il est proposé de reconduire les solutions du droit positif à l'égard du contrat de prêt réel sur le terrain de l'inexistence, alors qu'actuellement la sanction est celle de la nullité. Également il est proposé de reconduire les solutions du droit positif à l'égard de la reconnaissance de dette sur le terrain de l'erreur sur les qualités essentielles, or actuellement cette erreur n'est pas soumise à la condition d'excusabilité.

389. ***La proposition d'un procédé alternatif.*** À notre avis la source principale des difficultés des procédés de contournement de la réduction légale de l'absence de cause à la contrepartie convenue illusoire est le fait d'associer irrémédiablement l'illusoire à la contrepartie convenue. Nous pensons que si l'on entreprend de déconnecter l'illusoire de la contrepartie convenue en l'élargissant au contenu contractuel il est alors possible de reproduire plus fidèlement les solutions

rendues sur le fondement de la cause de l'obligation et ainsi satisfaire l'objectif de codification à droit constant de la réforme du droit commun des contrats. Il convient de reconnaître que si ce procédé a des avantages il a l'indéniable inconvénient de reposer sur l'existence d'un contrôle non écrit du contenu contractuel dont l'article 1169 du Code civil serait une des illustrations.

TITRE II

LE CONTRÔLE POUR CONTREPARTIE CONVENUE DÉRISOIRE

390. ***Le constat d'un rapprochement légal entre la contrepartie convenue dérisoire et la lésion.*** Sous l'empire du Code civil de 1804 les notions de lésion et de cause étaient matériellement et conceptuellement distinctes. Premièrement, les notions étaient matériellement distinctes en ce que chacune était envisagée dans une section différente du Code civil. La lésion était traitée à l'article 1118 du Code civil, qui relevait de la première section relative au consentement. La cause était traitée quant à elle dans les articles 1131, 1132 et 1133 du Code civil qui relevaient de la quatrième section qui lui était exclusivement dédiée. Secondement, les notions étaient conceptuellement distinctes en raison d'une « *différence de nature* »[1068]. La lésion était très largement envisagée comme « *un déséquilibre contractuel* »[1069] dont la sanction était admise en raison de l'impératif « *(d)'égalité de l'échange* »[1070]. La cause dérisoire, elle, était envisagée comme un avantage si faible qu'il était « *équiva(lant) à une absence totale de contrepartie* »[1071] au sens de l'article 1131 du Code civil[1072]. Cette fois, la sanction était prononcée en raison de l'atteinte à « *l'utilité du contrat* »[1073], c'est-à-dire qu'il n'y avait pas de « *véritable contrepartie* »[1074], et non en raison d'un problème de « *rapport d'équivalence* »[1075].

Lors de la réforme du droit commun des contrats les deux notions ont fait l'objet de changements textuels qui ont, aux yeux de certains auteurs, changé la nature de ces deux notions. Le premier changement textuel à relever est que les notions sont désormais inscrites dans la même

---

1068 Ph. Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, th. Paris I, 2002, p. 406, n° 438 (cité par J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Le contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 302, n° 395).

1069 G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 64, n° 94.

1070 G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 502, n° 793.

1071 P. Chauvin, Cl. Creton, *D.* 2007, p. 2327, chron., obs. sous Cass. civ. 1re, 31 mai 2007, *Bull. civ.* I, n° 211, n° 05-21.316.

1072 Il convient de souligner qu'*a priori*, à Rome, l'assimilation n'était pas acquise et que l'onérosité du contrat était admise pour toute contrepartie, quel qu'en soit son importance. En ce sens, *V*. J. Michel, *La gratuité en droit romain*, *op. cit.*, p. 243, n° 382 : l'auteur précise bien que cette position est incertaine car « *aucune source ne nous le dit expressément* ».

1073 G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 43, n° 61.

1074 A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 50, n° 37.

1075 G. Lardeux, « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », *in L'équilibre du contrat*, G. Lardeux (dir.), Aix-en-Provence, coll. du laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de l'université d'Aix-Marseille, PUAM, 2012, p. 59 (*in limine*) : « *Et si l'article 1131 exige une contrepartie, ce n'est que pour poser le principe de son existence et non imposer l'exigence d'un rapport d'équivalence.* »

section du Code civil et qu'elles relèvent d'articles qui se suivent immédiatement. Ainsi, la lésion est encadrée à l'article 1168 et la contrepartie convenue dérisoire à l'article 1169. Le deuxième changement textuel à noter est la suppression du mot lésion au profit de l'expression de « *défaut d'équivalence des prestations* ». Le troisième changement textuel à considérer est la suppression du concept d'absence de cause au profit de celui de contrepartie convenue dérisoire.

En raison de ces différents changements textuels, il est apparu sous la plume de quelques auteurs l'idée que l'article 1168 du Code civil est le nouveau siège de la prohibition du contrôle de la lésion en droit français[1076] et que l'article 1169 du Code civil en est une exception[1077]. C'est-à-dire que le contrôle de la contrepartie convenue dérisoire serait un cas de lésion. Cette position a de quoi surprendre au regard du droit ancien néanmoins elle peut s'expliquer. Tout d'abord, la position se comprend en raison de la succession immédiate des deux articles. Cela suggère que le second relatif à la contrepartie convenue dérisoire « *est soumis* »[1078] au premier relatif à la lésion. Ensuite, la position se comprend en raison du fait que la contrepartie convenue dérisoire est textuellement sanctionnée pour elle-même et non par assimilation à la contrepartie convenue absente. Cela inspire que la contrepartie convenue dérisoire n'est plus une absence d'équilibre, mais un grave « *défaut d'équivalence* », au sens du nouvel article 1168 du Code civil[1079]. Enfin, la position se comprend en raison du fait que la lésion et le dérisoire ont toujours eu pour point commun d'entreprendre la mesure de la contrepartie convenue en « *considération de la contre-prestation* »[1080].

391. ***Le contournement doctrinal du rapprochement légal entre la contrepartie convenue dérisoire et la lésion.*** Pour un grand nombre d'auteurs, le rapprochement légal des notions de lésion et de contrepartie convenue dérisoire ne doit pas être analysé comme le signe d'un rapprochement conceptuel. Pour justifier leur position, ces auteurs estiment qu'en accord avec

---

1076 En ce sens, *V*. not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 372, n° 428 : « *La solution retenue par l'article 1168 du Code civil ne surprendra pas. Elle confirme le principe d'indifférence de la lésion en droit commun* » ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 325 : Selon les auteurs, cet article « *signifie que la lésion n'est pas admise comme cause générale de nullité en droit français* ».

1077 A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 163 et 164, n° 190 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 327 (*in limine*) ; C. Grimaldi, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », art. préc. ; R. Libchaber, « Les mésaventures de la contrepartie », *in Mélanges en l'honneur du professeur Claude Lucas de Leyssac*, *op. cit.*, p. 317, spéc., p. 318, n° 2 (*in limine*).

1078 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 327 (*in limine*).

1079 *Comp.* V. Larribau-Terneyre, « Le contenu du contrat : le renouvellement de l'objet et de la cause », *in Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, V. Larribau-Terneyre, S. Pellé (dir.), Pau, coll. « Le droit en mouvement », 2016, p. 97, spéc. 107.

1080 D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 363, n° 433 (*in fine*) : « *C'est que la lésion n'est qu'exceptionnellement sanctionnée : par principe, le défaut d'équivalence ne peut donc être stigmatisé. Il n'en reste pas moins que la qualification de prix non sérieux suppose la considération de la contre-prestation : le prix est dérisoire en contemplation de la chose transférée et de l'appréciation qu'en font les parties.* » (nous soulignons).

l'objectif de codification à droit constant la jurisprudence antérieure doit « *servir de guide* »[1081]. Ainsi il faut considérer qu'en présence d'une contrepartie convenue dérisoire « *le contrat sera toujours nul pour absence et non pour insuffisance de contrepartie* »[1082]. En somme, il ne faut pas se méprendre sur la proximité des articles 1168 et 1169 du Code civil qui n'est pas le signe d'une parenté conceptuelle.

392. ***Une autre conception de la distinction de la lésion et de la contrepartie convenue dérisoire.*** Face à cette alternative, le juriste pourrait se croire contraint de choisir entre ces deux options. Soit la contrepartie convenue dérisoire est un cas particulier de lésion, soit la contrepartie convenue dérisoire n'a pas la même nature que la lésion. Pourtant tel n'est pas le cas à notre avis. Il est possible d'emprunter une troisième voie qui considère la lésion comme un cas particulier de contrepartie convenue dérisoire.

L'idée que nous défendons est que le raisonnement à l'œuvre en matière de contrepartie convenue dérisoire est un raisonnement général de nature interprétative qui n'est pas spécifique à la contrepartie convenue dérisoire et qui peut parfaitement être appliqué à la lésion[1083]. Cette application peut surprendre de prime abord en raison de sa contrariété à l'histoire des concepts, mais elle se comprend lorsque l'on constate l'importante proximité technique des notions de lésion et de contrepartie convenue dérisoire. Pour ces deux concepts, il est toujours question de mesurer de manière objective et forfaitaire l'équivalence de deux éléments en balance. Les conséquences d'une telle position sont multiples. Elle permet de simplifier la matière et de la rendre plus cohérente, le contrôle de la lésion n'étant plus une dérogation au droit commun, mais une de ses applications particulières[1084].

393. ***La transposabilité du raisonnement et la proximité technique des notions.*** Afin d'exposer notre position et les raisons qui la motivent, nous procèderons en deux temps. Premièrement, nous dévoilerons la dimension interprétative du raisonnement appliqué à la contrepartie convenue dérisoire sous l'empire du droit ancien. Pour ce faire, nous montrerons que

---

1081 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 379, n° 435.

1082 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 458, n° 409. Dans le même sens *V.* not. L. Andreu, N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 145, n° 350 (*in fine*) ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 482, n° 1406 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 379, n° 435 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 489, n° 635 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 363, n° 433.

1083 Sous l'empire du droit ancien cela signifierait que la lésion est fondée sur la notion d'absence de cause de l'obligation. Pour la défense de cette position sous l'empire du Code civil de 1804 *V.* J.-E.-M. Portalis, Locré, t. XIV, p. 76 (cité par Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 457, n° 409) : « *il n'y a de cause dans la vente que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose vendue* ».

1084 Suivant la position défendue dans le chapitre précédent, cela signifierait que la lésion est une illustration du contrôle de satisfaction contractuelle.

la contrepartie convenue dérisoire n'est qu'une illustration parmi d'autres de ce raisonnement. Le but de cette démarche est de manifester la capacité de la contrepartie convenue dérisoire à être un concept parent de la lésion (**Chapitre I**). Secondement, nous montrerons la proximité technique des notions de contrepartie convenue dérisoire et de lésion. L'objectif étant cette fois de déterminer la parenté qui existe entre les notions (**Chapitre II**).

CHAPITRE I
Un contrôle indépendant de la contrepartie convenue

CHAPITRE II
Un contrôle parent de la lésion

CHAPITRE I

UN CONTRÔLE INDÉPENDANT DE LA CONTREPARTIE CONVENUE

394. ***Un contrôle caractéristique mais non spécifique de la contrepartie convenue.*** Pour une majorité d'auteurs la nullité pour contrepartie convenue dérisoire se distingue de la lésion en raison du fait qu'elle n'est pas un contrôle d'équivalence des contreparties convenues mais un contrôle d'existence de la contrepartie convenue. Pour le dire autrement, l'idée est que la contrepartie convenue dérisoire n'est qu'un cas d'absence de contrepartie. Cette particularité du dérisoire est ancienne et se constate dans le raisonnement judiciaire qui assimile la contrepartie convenue dérisoire à une absence de contrepartie.

À notre avis, ce raisonnement caractéristique de la contrepartie convenue dérisoire peut être transposé à la lésion qui n'en serait qu'une manifestation particulière. En somme, nous pensons que si la lésion justifie une réaction du droit objectif c'est en raison du fait qu'il n'y a pas de contrepartie convenue. Afin de justifier cette transposabilité du raisonnement à l'œuvre pour la contrepartie convenue dérisoire nous voudrions montrer dans ce premier chapitre que ce raisonnement lui est caractéristique mais en rien spécifique. Pour le dire autrement, nous verrons que ce raisonnement est indépendant de la contrepartie convenue dérisoire et qu'il relève de l'interprétation judiciaire. Ce qui explique qu'il soit apparu « *sans le support d'aucun texte* »[1085].

395. ***Un raisonnement général et judiciaire.*** Afin de montrer cette dimension générale de l'assimilation de l'insuffisance à l'absence nous voudrions montrer dans un premier temps que cette assimilation est acquise en principe pour la contrepartie convenue. C'est-à-dire que ce raisonnement est appliqué à plus d'un titre à la contrepartie convenue sans pour autant l'être systématiquement (**Section I**). Dans un second temps, nous voudrions montrer que ce raisonnement est très général en ce qu'il n'est pas seulement illustré par la contrepartie convenue. En ce sens, nous manifesterons l'existence d'une grande diversité d'application de ce raisonnement qui va bien au-delà de la contrepartie convenue. Par ailleurs, nous montrerons que ce raisonnement

[1085] A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 50, n° 37.

général n'est pas systématique et évoquerons différents cas pour lesquels le raisonnement a été refusé en jurisprudence (**Section II**).

Section I

Un contrôle de principe pour la contrepartie convenue

Section II

Un contrôle de principe au-delà de la contrepartie convenue

SECTION I

UN CONTRÔLE DE PRINCIPE POUR LA CONTREPARTIE CONVENUE

396. ***Une admission quasi-systématique.*** Le raisonnement consistant à assimiler la contrepartie convenue dérisoire à la contrepartie convenue absente est classiquement envisagé à propos de son application sur le fondement de la cause de l'obligation. L'ancien article 1131 du Code civil sanctionnant l'absence de cause, il en a été la terre d'élection. Cette présentation, qui donne le sentiment d'une spécificité de la nullité pour contrepartie convenue dérisoire, se révèle ne pas en être une. Certes, ce raisonnement lui est caractéristique toutefois il ne lui est pas spécifique. Comme nous essayerons de le montrer dans les développements suivants, nous verrons que ce raisonnement a été admis sur d'autres fondements que la cause de l'obligation (**§1**) et qu'il n'est pas systématiquement appliqué en matière de contrepartie convenue (**§2**).

§1. La généralité du contrôle

397. ***Des applications générales.*** L'assimilation de la contrepartie convenue dérisoire à la contrepartie convenue inexistante fait l'objet d'applications très générales en droit positif. Classiquement les auteurs évoquent et illustrent cette assimilation par ses applications sur le terrain de la cause de l'obligation (**A**). Si ces applications sont des illustrations pertinentes de ce raisonnement il convient de ne pas en restreindre le champ à ce fondement. Comme nous le montrerons dans les développements suivants, ce raisonnement consistant à assimiler la contrepartie convenue dérisoire à la contrepartie convenue absente n'est pas seulement admis sur le fondement de la cause de l'obligation (**B**).

A. L'exemple classique du prix dérisoire sur le fondement de la cause de l'obligation

398. ***Du prix dérisoire ou non sérieux à la contrepartie convenue dérisoire.*** Cela fait plus de cent ans que la jurisprudence annule ventes[1086] et baux[1087] qui présentent un prix dérisoire, sans référence au concept de lésion[1088]. À l'origine le raisonnement était primitif et intuitif, le prix devant exprimer la valeur de la contrepartie reçue[1089], le constat de son insuffisance radicale imposait de lui refuser cette qualification. Toutefois, le raisonnement n'était pas absolu. La qualification de prix était limitée à l'absence de tout autre élément susceptible de le justifier. C'est ainsi que la Cour de cassation considérait que la cession de la nue-propriété d'un immeuble rural moyennant le prix d'un franc et l'obligation d'assumer toutes les réparations de l'immeuble était un « *contrat innomé à titre onéreux* » qui ne pouvait pas « *être qualifié de vente et annulé pour insuffisance de prix* »[1090]. Au fil des décisions ce raisonnement centré sur la notion de prix a été critiqué[1091] considérant que le prix n'a pas le monopole du minimum d'équivalence. Restreindre en effet l'assimilation du dérisoire à l'inexistence à la notion de prix serait quelque peu artificiel[1092]. Le raisonnement de la haute juridiction a donc évolué en ce sens[1093] admettant le contrôle de tous les contrats à titre onéreux,

---

1086 **Req., 1er mai 1911** ; *DP* 1911. 1. 353.

1087 **Req., 20 juill. 1893** ; *DP* 1893. 1. 598.

1088 La Cour de cassation a récemment réaffirmé l'autonomie de l'action en nullité pour prix dérisoire à l'égard de l'action en rescision pour lésion dans la vente immobilière : **Cass. civ. 1re, 18 juill. 2001, *Bull. civ.* III, n° 101, n° 99-17.496** ; *D.* 2002, p. 930, note G. Paisant ; *AJDI* 2002, p. 804, obs. Fr. Cohet-Cordey, *CCC* n° 12, comm. 171, obs. L. Leveneur ; **Cass. civ. 3e, 15 déc. 2010, *Bull. civ.* III, n° 224, n° 09-16.838** ; *RLDC* 2011, n° 79, p. 14, obs. Ch. Paulin ; *Gaz. Pal.* 7 avr. 2011, no 97, p. 17, note D. Houtcieff ; *AJDI* 2011. 890 obs. Fr. Cohet-Cordey. *Rappr.* **Cass. com., 29 juin 1948** ; *RTD civ.* 1948, p. 480 obs. J. Carbonnier (cité par J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 378, note 314) : Sous l'empire dans l'ancien Code de procédure civile, la demande de lésion en appel était une demande nouvelle par rapport à la vileté du prix.

1089 Sur le rapprochement du prix et de la valeur *V. not.* J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse préc., p. 74 et suiv., n° 69 et suiv. ; *V. égal.* **Cass. civ. 2e, 24 sept. 2015, n° 14-22.407** ; **Cass. civ. 3e, 25 mai 2011, n° 10-14.464** et **n° 10-14.875** ; **Cass. civ. 1re, 5 avr. 1993, n° 91-11.576** ; *Rappr.* R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992, p. 41, n° 49 : « *Le prix s'exprime en unités de valeur, mais ce n'est pas parce qu'il renvoie à la valeur de la chose vendue. Plus subtilement, ces unités font référence au service que représente la chose vendue.* » (nous soulignons). *V. égal.* p. 278, n° 342.

1090 **Cass. civ. 1re, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n° 292**.

1091 À raison, mais cette solution trouvait dans l'article 1658 du Code civil un soutien important : « *indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix* ». *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 29 avr. 1998, *Bull. civ.* III, n° 88, n° 96-18.449** ; *RDI* 1998, p. 388, obs. J.-C. Groslière ; *AJDI* 1998, p. 946, obs. D. Talon ; *D.* 1999, p. 14, note G. Paisant et 2000, p. 504, note M.-C. Cauchy-Psaume.

1092 En ce sens, *V.* J. Moury, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950 ; G. Trébulle, « Des limites à la vente d'un terrain pour un prix symbolique », *RDI* 2008, p. 87, note sous Cass. civ. 3e, 72007, *Bull. civ.* I, n° 90, n° 06-13.639 ; Ch. Freyria, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, p. 51 ; B. Garrigues, « La contreprestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459 ; *Comp.* D. Chilstein, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

1093 L'hypothèse d'un prix dérisoire est toutefois bien plus courante en droit positif que tout autre engagement. C'est pourquoi la doctrine parle alors plus volontiers de prix dérisoire que de contrepartie dérisoire, alors même que le

sans limiter l'appréciation du dérisoire au seul prix. Ainsi les magistrats du Quai de l'Horloge ont considéré qu'un loyer dérisoire ne justifiait pas la nullité d'un bail commercial lorsqu'il « *était compensé par les charges et taxes que le preneur devait supporter* »[1094]. En somme de l'assimilation du prix dérisoire à l'absence de prix la jurisprudence a admis que toute contrepartie convenue dérisoire pouvait être « *assimilée à* »[1095] une contrepartie convenue absente[1096].

399. ***Le fondement de la nullité consécutive à l'assimilation.*** « *Par glissements progressifs, l'absence de cause* totale *s'(est) étend(ue) à l'absence de cause* dérisoire »[1097] permettant ainsi de fonder les solutions consistant à annuler les conventions dont la contrepartie convenue était dérisoire[1098]. La haute juridiction le précisait régulièrement. Par exemple, on a pu lire à plusieurs reprises « *(qu')un contrat de vente conclu pour un prix dérisoire ou vil est nul* ***pour absence*** *de cause* »[1099]. Étant donné cette précision

---

contrôle de l'équilibre n'est pas limité à la notion de prix. *V.* not. en ce sens Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, Paris, Dalloz, 12e éd., 2019, p. 456, n° 409.

1094 **Cass. civ. 3e, 7 juill. 2015, n° 14-12.989**, préc. : « *Attendu qu'ayant relevé que la représentation par la même personne du bailleur et du preneur témoignait de l'imbrication de leurs intérêts, que les clauses du bail excluant toute indemnité pour le preneur en cas de reconstruction, réparation ou travaux de nature à perturber l'exploitation témoignaient de la volonté de ne pas entraver la propriété commerciale par une charge de loyer trop importante et que le prix modique du bail au regard des prix pratiqués pour des locaux environnant était compensé par les charges et taxes que le preneur devait supporter, qui confirmaient le caractère onéreux de l'occupation des lieux, la cour d'appel, a pu en déduire que le caractère dérisoire du loyer n'était pas démontré et que le bail n'était pas nul* » ; dans le même sens *V.* **Cass. civ. 3e, 19 avr. 1989, n° 87-16.313** ; *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 481, n° 94-11.783** sur l'appréciation de l'équilibre d'un bail à construction ; **Cass. civ. 3e, 15 sept. 2016, n° 15-22.250** ; *D.* 2017, p. 375, obs. M. Mekki ; *JCP G* 2016, p. 1257, note Y.-M. Laithier, sur l'appréciation de l'équilibre de la vente d'un terrain que le propriétaire se doit de dépolluer ; *Rappr.* **Cass. com., 10 oct. 2018, n° 17-12.564**.

1095 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 328 : « *le prix absurdement bas est assimilé à une absence de prix ; la cause dérisoire est assimilée à l'absence de cause – d'où se déduit la nullité* ».

1096 Pour la recherche du caractère réel et sérieux d'avantage non constitutif d'un prix *V.* not. deux arrêts rendus en matière de cautionnement intéressés **Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11.229**, préc. : les cautionnements ont été accordés moyennant le maintien d'encours, le report de l'exigibilité de dettes et la réduction d'un taux d'intérêts ; **Cass. com., 25 oct. 2017, *Bull. civ.* IV, n° 16-16.839** ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 22, note Ch. Gijsbers ; *AJ Contrat* 2018, p. 47, note E. Mouial Bassilana : le cautionnement a été accordé moyennant le renouvellement de concours financiers pour une durée de quelques mois. *V.* égal. en matière de distribution exclusive **Cass. com., 8 févr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 21, n° 03-10.749** ; *CCC* 2005. comm. 104, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2005, p. 684, obs. D. Mazeaud, et p. 771, obs. M. Béhar-Touchais ; *D.* 2005. Pan. 2841, obs. S. Amrani-Mekki ; *D.* 2006. Pan. 515, obs. D. Ferrier ; *RTD. com.* 2005, p. 825, obs. B. Bouloc ; *JCP* E 2005, n° 31-34, p. 1326, obs. D. Mainguy : L'approvisionnement exclusif avait pour contrepartie convenue le cautionnement d'un prêt à hauteur de 20% qui a été jugé dérisoire. *V.* égal. en matière de bail à ferme **CA Toulouse, 4e ch., 1re sect., 23 mai 2007, n° 06/03330, *Jurisdata* n° 342407** : il a été jugé que « *recevoir durant deux années successives la livraison d'un agneau […] valablement évaluée à 100 €, n'était pas dérisoire au regard des minima des loyers* » ; **CA Pau, ch. soc., 18 déc. 2014, n° 14/00308** : « *Qu'en l'espèce, compte tenu de la superficie des parcelles considérées, soit 3 ha 75 ca, de leur nature (prairie) et de leur situation en zone de montagne, la contrepartie consistant en fourniture au propriétaire de 10 tonnes de fumier et de canards gras n'apparaît pas dérisoire* » (nous soulignons).

1097 M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2004, p. 846, n° 881.

1098 Au terme dérisoire il convient d'assimiler les termes anciens de symbolique, vil ou non sérieux. Sur la fongibilité des termes *V.* not. **Cass. civ. 1re, 12 oct. 1977, *Bull. civ.* I, n° 367, n° 76-14.177** (vileté et sérieux) ; **Cass. civ. 1re, 8 déc. 1998, *Bull. civ.* I, n° 353, n° 96-19.645** (dérisoire et sérieux) ; *D.* 1999, Jur. p. 521, note Y. Dagorne-Labbe.

1099 *V.* not. **Cass. civ. 3e, 24 oct. 2012, n° 11-21.980** (nous soulignons). *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 20 déc. 1971, *Bull. civ.* III, n° 644, n° 70-13.450** : L'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée, implique la stipulation d'un prix sérieux ; **Cass. civ. 1re, 4 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n° 303, n° 93-16.198** ; *D.* 1996, somm. p. 11, obs. G. Paisant, 1997, p. 206, obs. A.-M. Luciani ; *CCC* 1995, n° 181, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. Mestre : « *Mais attendu que la*

dans le raisonnement de la Cour de cassation on a compris que cette situation n'était définitivement pas un cas de lésion. La contrepartie convenue dérisoire était un cas de nullité pour absence de cause[1100]. Ce que la haute juridiction a confirmé en précisant que l'action en nullité pour vileté du prix ne se confond pas avec l'action en rescision pour lésion en matière immobilière[1101] ou en matière de propriété intellectuelle[1102].

400. ***L'appréciation du caractère dérisoire.*** Selon la Cour de cassation, l'appréciation de la contrepartie convenue dérisoire, qui « *équivaut à une absence de contrepartie* »[1103], relève du pouvoir souverain des juges du fond[1104]. Ces derniers sont dans l'obligation de justifier leur position[1105] qu'ils forgent à partir des éléments fournis par les parties[1106], comme une expertise[1107], sans devoir se limiter à la stipulation formelle de la contrepartie convenue[1108].

---

cour d'appel relève, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le prix de 101 556 francs n'apparait nullement dérisoire ; qu'elle en a justement déduit que, même si la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé, la vente n'était pas nulle pour absence de cause ».

1100 Les auteurs contemporains sont unanimement en ce sens *V*. not. G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 43, n° 61 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., p. 378, n° 418 *in fine* : « *le cadre contractuel est touché dans ses éléments essentiels, l'un d'eux se révélant inexistant* ».

1101 **Cass. civ. 1re, 18 juill. 2001, *Bull. civ.* III, n° 101, n° 99-17.496**, préc. ; **Cass. civ. 3e, 15 déc. 2010, *Bull. civ.* III, n° 224, n° 09-16.838**, préc. ; *Rappr.* **Cass. com., 29 juin 1948**, préc.

1102 **TGI Seine, 16 mai 1969** ; *D.* 1969, p. 630, 2e esp. ; *RIDA* 1970, p. 213, n° 1, note D. Schmidt : « *pourcentage de 2,5 % pour la rédactrice de la quasi-totalité des textes ne peut apparaître comme sérieux et s'apparente nécessairement à une fraude à la loi* » (nous soulignons). *Rappr.* art. L. 131-4, I. CPI. *Rappr.* Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 487, n° 433 : « *le fondement est alors non la lésion mais la nullité pour prix dérisoire* ».

1103 **Cass. soc., 15 nov. 2006, *Bull. civ.* V, n° 341, n° 04-46.721** ; *Dr. soc.* 2007, p. 241, obs. J. Mouly ; *Rev. trav.* 2007, p. 85, obs. J. Pelissier ; *RDT* 2007, p. 95, obs. J. Pélissier ; *JCP* 2007. II. 10039, note D. Corrignan-Carsin ; *JCP* S 2007. 1057, note I. Beyneix ; *CCC* 2007, n° 21, note M. Malaurie-Vignal : « *une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie* ». Dans le même sens *V*. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, p. 456, n° 409 : « *Hier nuls pour absence de cause, ces contrats seront annulés demain pour absence de contrepartie* ».

1104 **Cass. civ. 1re, 4 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n° 303, n° 93-16.198**, préc. : « *Mais attendu que la cour d'appel relève, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le prix de 101 556 francs n'apparait nullement dérisoire ; qu'elle en a justement déduit que, même si la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé, la vente n'était pas nulle pour absence de cause* ».

1105 **Cass. civ. 1re, 22 nov. 2017, n° 16-18.696**.

1106 **Cass. civ. 1re, 15 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 535**.

1107 **Cass. com., 21 janv. 2004, n° 00-14.211** ; **Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-28.787**. *Rappr.* Le notaire qui n'informe pas les parties d'un risque d'annulation lorsqu'il instrumente un contrat qui présente une contrepartie convenue dérisoire manque à son obligation d'information (**Cass. civ. 1re, 20 mars 2014, *Bull. civ.* I, n° 56, n° 13-12.287**).

1108 À cet égard, il convient de préciser que les juges ne s'arrêtent pas à la stipulation formelle de la contrepartie convenue. Ils recherchent la contrepartie réellement convenue et donc payée. Sur ce point *V*. **CA Paris, Pôle 4, ch. 1, 16 juin 2011, n° 10/06863** : les juges d'appel estiment en l'espèce que la vente au prix affiché de 300 000 € n'est pas nul pour prix dérisoire, cependant, étant donné qu'il « *ressort des éléments précités que le prix effectivement payé de 85 000 francs (12 958, 17 €) est dérisoire, de sorte que la vente du 24 novembre 2000 doit être annulée* » (nous soulignons).

B. L'exemple de contrepartie convenue dérisoire sur le fondement de la fraude paulienne

401. ***L'assimilation du dérisoire à l'inexistant indépendamment de la cause de l'obligation.*** L'assimilation de l'avantage dérisoire à l'avantage absent a trouvé dans l'ancien article 1131 du Code civil et la nullité qui y était associée son lieu d'expression privilégié[1109]. Toutefois, la cause n'est pas le seul fondement à l'égard duquel l'assimilation du dérisoire à l'inexistant a été exploité. Celui-ci s'est également manifesté sur le fondement de la fraude paulienne.

402. ***La contrepartie convenue dérisoire et la fraude paulienne.*** Selon une doctrine autorisée, il faut rapprocher en matière de fraude paulienne « *la catégorie des actes à titre gratuit* » des contrats dont la contrepartie convenue est « *manifestement inférieure à la valeur du bien* »[1110] cédé. Cette position aux conséquences importantes trouve écho dans un arrêt de la Cour de cassation et dans plusieurs arrêts d'appel.

Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il convient de noter l'existence essentiellement d'un arrêt de rejet dans lequel la haute juridiction a manifesté l'assimilation de la contrepartie convenue dérisoire à son absence[1111]. En l'espèce, il était question d'un dirigeant de société qui s'était porté caution de cette dernière à hauteur de 457 354 euros et qui a transmis par donation-partage à son épouse et ses deux enfants des droits immobiliers. Le créancier suspectant une fraude paulienne a introduit une action aux fins de rendre la donation-partage inopposable. La Cour d'appel a accédé à sa demande et l'affaire a été portée à l'attention de la Cour de cassation notamment au moyen que la donation-partage était à titre onéreux car l'épouse s'était « *engagée à rembourser* » une dette fiscale du donateur. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en considérant notamment qu'il devait être écarté « *l'existence d'une contrepartie propre à conférer à cet acte un caractère onéreux* » car, comme l'avait relevé la Cour d'appel, la dette que reprenait l'épouse « *était manifestement inférieure au montant des droits du donateur sur ce bien* ». La position est à nos yeux nette et confirme l'idée que l'onérosité ne s'accommode pas d'une contrepartie convenue dérisoire. Cependant, il convient de tempérer la force de cette affirmation car, dans cette affaire, il n'a pas été fait application, à proprement parler, du régime de la fraude paulienne des contrats à titre gratuit. Comme l'a souligné le professeur Latina la Cour de cassation a retenu dans la troisième partie de son attendu « *que les*

1109 Sous réserve de la preuve d'une intention libérale. Sur le contournement de la nullité par la preuve d'une intention libérale *V.* l'arrêt fondateur **Cass. req., 3 déc. 1912** ; *DP* 1913. 1. 175 ; *S* 1914. 1. 388. Des auteurs s'opposent toutefois par principe à cette validité marginale. En ce sens, *V.* B. Garrigues, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459 ; A. Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, th. dactyl., Sirey, 1946, p. 185 et suiv.

1110 L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, th. préc., p. 362, n° 524.

1111 **Cass. civ. 1re, 15 janv. 2015, *Bull. civ.* I, n° 5, n° 13-21.174**, préc. ; *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 29 juin 2016, n° 15-17.834**, préc. ; **Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-15.275**.

donataires ***étaient complices de la fraude*** »[1112], ce qui correspond au régime des contrats à titre onéreux.

Malgré cela, nous pensons que ce raisonnement est bien admis sur le fondement de la fraude paulienne, comme l'ont indéniablement admis différentes juridictions du fond.

Dans plusieurs arrêts des cours d'appel ont admis ouvertement l'équivalence entre la contrepartie convenue dérisoire et la contrepartie convenue absente, permettant ainsi de soumettre les actes au régime des contrats à titre gratuit. En ce sens, l'on peut citer un premier arrêt du 8 décembre 1993 rendu par la Cour d'appel de Poitiers qui a considéré, suivant l'ancien article 1167 du Code civil, « *(qu')il est de droit que l'action paulienne ainsi instituée n'est pas subordonnée à la preuve de la complicité du tiers bénéficiaire de l'acte frauduleux lorsqu'elle tend à la révocation d'un acte à titre gratuit ; qu'en la cause il ressort que la cession litigieuse du 1er octobre 1990 a été réalisée* ***à un prix aussi dérisoire qu'elle doit être tenue pour un acte à titre gratuit*** »[1113]. Ensuite, l'on peut évoquer un arrêt plus récent du 12 mai 2017 rendu par la Cour d'appel de Versailles dans lequel les juges du fond ont considéré qu'un apport effectué pour un « *prix dérisoire* » est un acte qui « *s'apparente à un acte gratuit* ». En conséquence, les juges ont considéré « *(qu')il n'(était) pas nécessaire d'établir que le groupement représenté par Mme Marie-Françoise D. (…)* ***avait (eu) connaissance de la fraude*** »[1114]. Enfin, on peut mentionner un arrêt de la Cour d'appel de Bourges rendu le 22 juin 2017. En l'espèce, les juges d'appel ont confirmé la position des premiers juges qui ont considéré que la cession des parts sociales de la SCI Damarie « *apparaissait dérisoire* » tout comme la cession des parts sociales de la SCI Davron, qui également « *était dérisoire* », et que par conséquent il était question « *d'actes* ***à titre gratuit*** » pour lesquels « *la preuve de la complicité du tiers dans la fraude commise par le débiteur* ***n'était pas exigée*** »[1115].

Au terme de cet inventaire, il nous semble permis de croire qu'en matière de fraude paulienne il se manifeste la même position que dans la jurisprudence de la cause de l'obligation : la contrepartie convenue dérisoire équivaut à une absence de contrepartie convenue[1116].

1112 M. Latina, « Le régime de l'action paulienne », *RDC* 2015, n° 3, p. 479, spéc., n° 7, note sous Cass. civ. 1re, 15 janv. 2015, *Bull. civ.* I, n° 5, n° 13-21.174.

1113 **CA Poitiers, ch. civ., 2e sect., 8 déc. 1993, n° 2208/92, *Jurisdata* n° 1993-050385** : Ailleurs dans l'arrêt, les juges du fond ont considéré qu'il fallait « *qualifier l'acte litigieux à titre prétendument onéreux d'acte à titre gratuit* » (nous soulignons).

1114 **CA Versailles, 1re ch., 1re sect., 12 mai 2017, n° 15/06073, *Jurisdata* n° 2017-016796** (nous soulignons).

1115 **CA Bourges, ch. civ., 22 juin 2017, n° 16/00994, *Jurisdata* n° 2017-014613** (nous soulignons). *Rappr.* **CA Paris, 2e ch., sect. A, 19 mars 2008, n° 07/05548, *JurisData* n° 2008-359293** ; *JCP* G, n° 18-19, 2008.IV.1850 : « *la donation avec charge consentie par Madame M. à sa fille constitu(ait) un acte à titre onéreux* » dont la « *charge n'était pas manifestement dérisoire au regard de la valeur des biens donnés, évalués dans l'acte de donation à 74 700 euros* » (la charge était de 62 000 euros) (nous soulignons).

1116 Ce que confirme également la nullité de la période suspecte, qui est présentée comme une application spéciale de la fraude paulienne (L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, th. préc., p. 274, n° 409) et qui soumet, à l'article L. 632-1, I, 2° du Code de commerce, au même régime les contrats à titre gratuit et les contrats commutatifs dans lesquels « *les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* » (nous soulignons).

§2. Les limites du contrôle

403. ***Des exceptions diverses.*** En dépit de la généralité de l'assimilation du dérisoire à l'absent, il convient de reconnaître qu'il ne s'agit pas d'une assimilation permanente. Il est à noter en effet diverses exceptions dans lesquelles l'existence d'un avantage dérisoire a suffi à emporter les qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux. Nous verrons ces exceptions qui sont pour certaines pleinement acquises (**A**) et pour d'autres sujettes à débat (**B**).

A. Des exceptions jurisprudentielles certaines

404. ***Le formalisme des donations.*** Depuis 1804 le Code civil traite la donation comme un contrat solennel prévoyant à l'article 931 que « *tout acte portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ». Cependant la jurisprudence admet de longue date que toutes les donations n'ont pas à satisfaire cette exigence. Seule la donation directe le doit[1117]. Cette position est généralement expliquée par la théorie développée par Ripert[1118] dite du « *formalisme de substitution* »[1119]. Cette théorie consiste à regarder le formalisme de l'article 931 du Code civil comme satisfait chaque fois qu'un autre formalisme est réalisé et permet de garantir les finalités qu'il poursuit, à savoir l'irrévocabilité et l'actualité de la donation[1120]. C'est ainsi que se justifie la validité du don manuel[1121], la manifestation la plus courante de la donation, qui se traduit par l'idée d'une transmission par tradition, c'est-à-dire de « *la main à la main* ». Cette tradition assure en elle-même l'irrévocabilité et l'actualité de la donation. De même, c'est ainsi que se justifie la validité de la donation déguisée[1122] sous l'apparence d'un acte différent. En respectant le formalisme de l'acte apparent, l'article 931 du Code civil est nécessairement satisfait[1123]. Enfin, il en est de même pour la donation indirecte[1124] qui échappe à la nullité de l'article

---

1117 Les auteurs la qualifient alors de « *donation notariée* » : Ph. Malaurie, Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p. 243, n° 300. Pour une illustration de la nullité d'une donation directe pour non-respect du formalisme de l'article 931 *V.* **Cass. civ. 1re, 23 mai 1973, *Bull. civ.* I, n° 178, n° 72-10.190** ; *Gaz. Pal.* 1971.2.894, note D. Martin.

1118 G. Ripert, *Étude critique de la notion de libéralité,* Cours de doctorat, Paris, 1930-1931, p. 113 et s.

1119 M. Grimaldi, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1278, note 74 : Ripert n'a pas utilisé directement l'expression de « *formalisme de substitution* », mais l'idée ressort très clairement de son cours de doctorat.

1120 X. Lagarde, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *RTD civ.* 1997, p. 26 et s.

1121 Pour une présentation approfondie *V.* N. Péterka, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2001, p. 306, n° 630.

1122 Pour une présentation approfondie *V.* H. Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, th. préc.

1123 Pour une présentation générale de la question *V.* J.-F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989.

1124 Pour une présentation approfondie *V.* A. Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, th. dactyl., Sirey, 1946. *V.* plus récemment R. Libchaber, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, n° 24, p. 1409.

931 étant réalisé sous la forme d'un acte neutre, comme la renonciation au recours subrogatoire de la caution[1125].

405. ***Le problème de la donation déguisée sous les traits d'une vente à prix dérisoire.*** La théorie du formalisme de substitution est régulièrement dénoncée par les auteurs considérant, d'une manière générale, que la satisfaction des finalités de l'article 931 par le formalisme substitutif n'est pas toujours réelle[1126]. Également, cette théorie fait l'objet de critiques spécifiques dans son application à la donation déguisée sous les traits d'une vente à prix dérisoire. Le problème est le suivant : peut-on croire qu'une donation est déguisée lorsqu'elle prend la forme d'une vente à prix dérisoire ? Pour bien comprendre ce problème, rappelons les régimes du formalisme de substitution et de la vente à prix dérisoire ainsi que le raisonnement à l'origine de la difficulté.

Suivant la Cour de cassation, le régime du formalisme de substitution est le suivant : « *les libéralités faites sous le couvert d'actes à titre onéreux sont valables lorsqu'elles réunissent les conditions de forme requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence, les règles auxquelles elles sont assujetties quant au fond étant celles propres aux actes à titre gratuit* »[1127]. Selon la Cour de cassation le régime de la vente à prix dérisoire est qu'elle est nulle pour absence de cause, à moins de rapporter la preuve d'une intention libérale[1128]. Connaissant le régime de ces deux notions différents auteurs ont posé la question suivante : sachant qu'un prix dérisoire équivaut à un prix absent, peut-on considérer qu'une donation soit déguisée sous les traits d'une telle vente ? D'un côté des auteurs ont répondu favorablement à cette question[1129] considérant la stipulation d'une contrepartie dérisoire comme une simulation conforme à l'ancien article 1321 du Code civil[1130]. D'un autre côté des auteurs ont répondu défavorablement à cette question au soutien de deux arguments. Premièrement, les auteurs estiment qu'il manque la contre-lettre caractéristique de la simulation, c'est-à-dire cette

---

1125 **Cass. civ. 1re, 12 mai 1982, *Bull. civ.* I, n° 173, n° 81-11.446** ; *D.* 1983, p. 320, note J. Mestre ; *Defrénois* 1983, art. 33027, n° 25, obs. J.-L. Aubert.

1126 Pour une étude récente *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, *op. cit.*, p. 212 et suiv., n° 352 et suiv.

1127 Formule reproduite dans plusieurs arrêts : **Cass. civ. 1re, 29 mai 1980, *Bull. civ.* I, n° 164, n° 79-11.378** ; *D.* 1981, p. 273, obs. I. Najjar ; **Cass. civ. 1re, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, n° 91-11.648** ; *RTD civ.* 1996, p. 218, J. Patarin.

1128 **Cass. civ. 1re, 18 janv. 2012, *Bull. civ.* I, n° 8, n° 09-72.542, n° 10-25.685, n° 10-27.325, n° 11-12.863**, préc. : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, nonobstant l'absence de paiement de loyers, le règlement par les époux Z… des dépenses alléguées ne constituaient pas la contrepartie de leur hébergement, excluant ainsi toute libéralité, dont la reconnaissance exige, en outre, la preuve d'une intention libérale, la cour n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

1129 *V.* not. A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, par L. Julliot de la Morandière, t. 3, Paris, Dalloz, 19e éd., 1950, n° 1263 ; H., L., J. Mazeaud, A. Breton, *Leçons de droit civil*, t. 4, 2e vol., *Successions, libéralités*, Paris, Montchrestien, 3e éd., 1980, n° 1483.

1130 Devenu l'article 1201 du Code civil : « *Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir.* »

seconde convention qui altère ou rend simulé l'acte apparent[1131]. Par conséquent le recours à la simulation paraît compromis. Secondement, les auteurs observent qu'il n'y a pas de simulation[1132]. La vente à prix dérisoire est « *un mensonge cousu de fil blanc* »[1133] qui ne crée aucune apparence[1134]. Dès lors, il semble artificiel de croire que la nullité de l'article 931 du Code civil puisse être écartée par la satisfaction du formalisme du contrat à titre onéreux dont elle ne prend pas réellement l'apparence[1135]. Cependant, ce n'est pas l'analyse de la Cour de cassation qui refuse d'exercer un contrôle sur la suffisance de la contrepartie convenue car c'est une question spécifique au fond du contrat de vente et à la notion de cause[1136] et non à sa forme.

À notre avis, la position de la Cour de cassation ne peut pas être justifiée ainsi car la qualification même de contrat à titre onéreux est critiquable dans ce cas. Il vaudrait mieux chercher une solution du côté du formalisme lui-même de l'article 931 du Code civil plutôt que de prétendre que l'assimilation de la contrepartie convenue dérisoire à l'absence de contrepartie convenue relève exclusivement des règles de fond du contrat de vente. En tout état de cause, il convient de reconnaître que ce cas fait exception au principe général d'assimilation du dérisoire à l'inexistant.

1131 C. Ophèle, *Rép. civ.* Dalloz, Simulation, n° 14 : l'analyse la plus restrictive de la simulation exige « *un accord de volontés apparent, auquel s'ajoute concomitamment un accord réel et secret* », qui n'a pas l'obligation d'être matériel selon la Cour de cassation : **Cass. civ. 3e, 5 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 51, n° 95-14.838** ; *Defrénois* 1997, n° 11, p. 744, obs. Ph. Delebecque.

1132 Il y a bien une vente annulable mais non une donation dissimulée sous les traits d'une vente comme dans une cession dont le prix convenu ne sera jamais payé : X. Henry, *La technique des qualifications contractuelles*, th. dactyl., Nancy, 1992, t. 1, p. 643, n° 582.

1133 G. Champenois, *Defrénois* 1980, art. 32503, n° 120, p. 1562, note sous. Cass. civ. 1re, 29 mai 1980, *Bull. civ.* I, n° 164, n° 79-93.508, spéc. p. 1564 ; R.-Th. Troplong parlait de « *vêtement menteur* » : *Des donations entre vifs et des testaments*, Ch. Hingrays, 1855, p. 921, n° 2742 ; *Rappr.* **Cass. civ. 3e, 15 sept. 2010, *Bull. civ.* III, n° 160, n° 09-68.656** ; *RDC* 2011/1, p. 43, obs. Y.-M. Laithier ; *JCP G* 2010, n° 1112, note Y. Dagorne-Labbé ; *RTD civ.* 2010, p. 781, obs. B. Fages ; *AJDI* 2011, p. 438, obs. N. Damas : « *la cour d'appel, qui, en l'absence d'invocation d'un écrit, n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a pu en déduire, abstraction faite d'un motif surabondant et sans dénaturation, que l'absence de rigueur au cours de l'exécution du bail ne permettait pas de dire que les parties avaient passé une convention simulée* » (nous soulignons).

1134 J. Flour, *Droit civil, 4e année, 1962-1963,* Les cours de droit, p. 140 (cité par. J.-F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, th. préc., p. 126, n° 213) : « *c'est oublier que la mention d'un prix sérieux dans l'acte est nécessaire à lui donner l'apparence onéreuse, donc à réaliser le déguisement* ».

1135 B. Garrigues, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459, spéc. p. 467 : « *L'acte qui laisse transparaître l'intention libérale viole ouvertement les termes de l'article 931 du code civil […]. De fait, la crédibilité du mensonge dépend du prix qui est stipulé : le prix est l'élément déterminant de la qualification formelle de l'acte* ».

1136 **Cass. civ. 1re, 29 mai 1980, *Bull. civ.* I, n° 164, n° 79-11.378**, préc. : la Cour de cassation rejette le pourvoi introduit contre l'arrêt d'appel qui a admis la validité de la donation déguisée sous les traits d'une vente présentant un prix dérisoire considérant que « *les libéralités faites sous le couvert d'actes à titre onéreux sont valables lorsqu'elles réunissent les conditions de forme requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence, les règles auxquelles elles sont assujetties quant au fond étant celles propres aux actes à titre gratuit* » (nous soulignons). Il est également avancé qu'il ne faudrait probablement pas créer, sous couvert d'une action en nullité, un nouveau cas de révocation des donations : en ce sens *V.* I. Najjar, « La validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé », *D.* 1995, p. 115 (*in fine*), note sous Cass. civ. 1re, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, n° 91-11.648.

406. ***Les ventes avec prime.*** Une loi du 20 mars 1951[1137] est venue réprimer le professionnel qui tente le consommateur d'acquérir plus de marchandises qu'il en a besoin par l'octroi apparent de cadeaux. Une telle pratique était réprimée car elle était préjudiciable aux consommateurs mais également à la concurrence. À la faveur d'une ordonnance du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix, cette prohibition ancienne a été introduite dans le Code de la consommation à l'article L. 121-35. Ce texte punissait d'une contravention « *toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit,* ***à titre gratuit****, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation* »[1138]. Les auteurs qualifiaient ces contrats litigieux de ventes ou prestation de service avec prime. Cette situation a donné lieu à un cas particulier que l'on nomme les primes autopayantes.

407. ***Le cas des primes autopayantes.*** Afin de contourner l'infraction, les professionnels ont fait preuve d'ingéniosité en prenant aux mots le Code de la consommation. Étant donné que seule la prime « *à titre gratuit* » était incriminée il suffisait d'accorder une prime à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant le versement d'une contrepartie. En pratique cela se manifestait par le paiement d'un franc ou d'un euro pour éviter de vider la prime de toute utilité et motiver les consommateurs. Les auteurs ont qualifié ces primes d'autopayantes car elles constituaient une relation à titre onéreux autonome et en principe étrangère à l'article L. 121-35 du Code de la consommation. Face à cette indéniable fraude à la loi il s'est alors posé la question de savoir si l'on pouvait étendre l'article L. 121-35 aux primes à prix dérisoire, considérant que le prix dérisoire équivaudrait à une absence de prix. Une réponse ministérielle est intervenue sur ce point et a considéré que « *le fait de vendre deux produits, l'un à prix "normal" et l'autre* ***au prix symbolique de 1 F ne constitue pas une vente avec prime illicite****, la vente du produit principal ne donnant pas droit à une prime remise "à titre gratuit", interdite par l'article L. 121-35* »[1139]. La justification avancée par la réponse ministérielle fût que le l'article L. 121-35 était « *de nature pénale et, par conséquent, d'interprétation stricte* »[1140]. La position était donc claire, la prime à prix dérisoire n'équivalait pas à une prime à titre gratuit car l'article ne pouvait faire l'objet d'une extension[1141].

Ce cas est indéniablement une exception au principe général d'assimilation du dérisoire à

[1137] Loi n° 51-356 du 20 mars 1951 portant interdiction du système de vente avec timbres-primes ou tous autres titres analogues ou avec primes en nature.

[1138] Nous soulignons.

[1139] Nous soulignons.

[1140] Rep. min. n° 15532, JOAN Q, 16 nov. 1998, p. 6306.

[1141] En ce sens, *V.* **Cass. crim., 7 mai 2002, *Bull. crim.*, n° 109, n° 01-83.412** ; CCC 2002, no 166, obs. J. Raymond ; *RTD com.* 2002. 738, obs. B. Bouloc ; *D.* 2003. 1033, obs. Fr. Chopin : vente d'une connexion internet et d'un modem pour 1 euro de plus.

l'inexistant. La référence à la nature pénale du texte est intéressante et invite à considérer que l'assimilation du dérisoire à l'inexistant n'est pas une règle invariable de la contrepartie convenue, mais seulement une règle générale d'interprétation qui peut s'effacer au grès des particularités des règles interprétées. Au terme de l'étude de cette exception, il convient toutefois de noter que depuis une loi du 17 mai 2011[1142], qui a réformé l'article L. 121-35 du Code de la consommation, les auteurs estiment que ce refus d'extension en droit de la consommation « *est devenu obsolète* »[1143].

B. Des exceptions jurisprudentielles incertaines

408. ***Le prix dérisoire et l'existence de l'aléa.*** Le contrat aléatoire est un contrat à titre onéreux singulier que l'on oppose au contrat commutatif et que l'on définit comme celui par lequel « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un évènement incertain* »[1144]. Cette qualification ancienne et courante en droit français emporte une conséquence de principe non négligeable, à savoir que le contrat aléatoire ne peut « *faire l'objet d'une rescision pour cause de lésion* »[1145]. Toutefois, celui-ci peut faire l'objet d'un contrôle pour prix dérisoire. Précisons cependant que l'application de ce mécanisme est particulière en cette matière : elle ne permet pas un contrôle du prix pour lui-même mais pour vérifier l'existence de l'aléa. Comme la précisément rappelé la Cour d'appel de Fort-de-France un contrôle peut toujours « *être opéré par le juge, qui vérifiera dans ce cas si tout aléa n'était pas éliminé en raison du caractère dérisoire du prix* »[1146].

Pour le comprendre, prenons un exemple : le contrat habituel qui nourrit le contentieux est celui de la rente viagère, une vente moyennant le versement périodique d'une somme d'argent la vie durant du vendeur. La question s'est posée de savoir si ce contrat était toujours aléatoire si la rente était d'un montant inférieur aux revenus du bien cédé. Selon la Cour de cassation l'aléa fait défaut dans ce cas, ce qui est cohérent, car l'acquéreur bénéficie des revenus du bien qui permettent « *de payer la rente due* »[1147]. En d'autres termes le coût de la rente est couvert par les fruits produits par la chose vendue ce qui assure le vendeur de réaliser des pertes et l'acquéreur de faire des bénéfices. Le contrat n'est donc pas aléatoire faute d'un possible appauvrissement pour l'acquéreur, ou

---

1142 Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

1143 C. Ambroise-Castérot, *Rép. pén. et pr. pén.*, Dalloz, Consommation, n° 70.

1144 Cciv., art. 1108, al. 2.

1145 **Cass. civ. 1re, 14 juin 1977, *Bull. civ.* I, n° 279, n° 76-11.458**.

1146 **Cass. civ. 3e, 16 déc. 1998, *Bull. civ.* III, n° 256, n° 97-11.541** ; *D.* 2000, p. 504, note M.-C. Cauchy-Psaume. *Rappr.* Pour une même position en matière de vente avec réserve d'usufruit : **Cass. civ. 3e, 3 oct. 1991, *Bull. civ.* III, n° 219, n° 90-12.591** ; *JCP* 1999.IC.1277 ; *D.* 1999. IR 36 ; *D.* 1992, p. 197, note G. Palisant ; *D.* 1992, p. 218, note E. S. de la Marnierre ; *RTD civ.* 1992, p. 578, obs. P.-Y. Gautier, *Defrénois* 1992, p. 387, note G. Vermeille.

1147 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 552, n° 859.

autrement appelé le débirentier. Dans cette situation on comprend alors que le contrôle du prix dérisoire est quelque peu particulier en ce qu'il n'a pas la même finalité que précédemment, il sert à vérifier l'existence d'un aléa, peu importe sa suffisance, et non l'existence d'un prix[1148].

409. ***Le prix dérisoire et la suffisance de l'aléa.*** Pour qu'il y ait un contrat de rente viagère il suffit que le montant de la rente dépasse les revenus du bien cédé, sans quoi il n'y a pas d'aléa. Ainsi il apparaît dans le contrat de rente viagère que la fraction de la rente qui dépasse les revenus du bien cédé constitue le prix de vente et dont l'importance sera déterminée par la durée de vie du vendeur. S'agissant de ce prix, il se pose la question de savoir si celui-ci doit être d'un montant minimum, à l'image de vente non aléatoire. Sur ce point, la position de la Cour de cassation n'est pas bien nette.

D'un côté, nous avons un arrêt rendu en date du 7 décembre 1971[1149] dans lequel il était question d'une rente viagère d'un montant de 2 000 francs pour l'acquisition d'un bien dont les revenus nets étaient estimés à 1928,19 francs. Selon la Cour de cassation l'évaluation des revenus de l'immeuble étant « *inférieure au montant de la rente […] la vente ne pouvait être déclarée nulle* » pour défaut de prix. La solution apparaît sans appel. Il faut donc conclure que dans ce cas le prix dérisoire n'est pas assimilable à une absence de prix[1150]. Cependant, d'un autre côté, nous avons un arrêt rendu en date du 17 décembre 1980[1151] dans lequel la Cour de cassation a annulé une vente moyennant une rente viagère qui dépassait « *de peu le revenu annuel net de l'immeuble, ce dépassement étant insignifiant* ». Selon les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet, ce prix était dérisoire, ce qui a justifié la nullité de la vente[1152]. Cette solution contredit directement la précédente.

À notre avis, rien ne semble empêcher d'apprécier la suffisance de l'aléa d'un contrat dont le

---

1148 Il convient de souligner que dans pareil cas le contrat reste annulable pour défaut de prix. Une fois admis l'absence d'aléa, le contrat peut alors très faire l'objet d'un contrôle de suffisance de contrepartie et ainsi être annulé pour absence de cause. En ce sens, *V.* not. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 462 à 464, n° 412.

1149 **Cass. civ. 3e, 7 déc. 1971, *Bull. civ.* III, n° 605, n° 70-11.581** ; *Defrénois* 1976, art. 31198, p. 1074, n° 26, obs. J.-L. Aubert.

1150 Favorable à cette analyse en matière de retrait litigieux : F. Pollaud-Dulian, « Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances », *D.* 2012, p. 834 : « *A notre avis, le même principe pourrait s'appliquer même si la cession globale avait été opérée pour un euro, ce que justifierait le caractère aléatoire de la cession de créances litigieuses* » (nous soulignons). *Rappr.* **Cass. civ. 1re, 22 avr. 1992, n° 90-18.672** : « *Attendu, ensuite, qu'en énonçant que la somme de un franc constituait le prix approprié de la cession, eu égard au caractère aléatoire de celle-ci, selon les écritures mêmes de la CERP de Lorraine, la cour d'appel a répondu en les écartant aux conclusions invoquées et a justifié sa décision sans violer aucun des textes visés au moyen* » (nous soulignons).

1151 **Cass. civ. 3e, 17 déc. 1980** ; *Gaz. Pal.*, 11 juin 1980, *panorama* (cité par J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 553, n° 859).

1152 J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, p. 553, n° 859.

caractère minime pourrait être assimilé à un aléa absent[1153]. Toutefois, nous pensons qu'il serait hasardeux de postuler la faveur des juridictions pour cette position. Plusieurs raisons motivent cette affirmation. D'une part la Cour de cassation est réticente à apprécier la réalité d'un aléa à l'aune du seul âge de celui dont l'espérance de vie va déterminer l'équilibre du contrat[1154]. D'autre part la Cour de cassation admet de prendre en compte l'état de santé du crédirentier décédé plus de vingt jours après la formation du contrat[1155] lorsque le débirentier avait connaissance de l'imminence de son décès[1156]. En conclusion, nous n'avons pas la certitude que nous sommes en présence d'une exception à l'assimilation du dérisoire à l'absent.

410. ***La prohibition spéciale des ventes à prix abusivement bas.*** Les libertés contractuelle et du commerce offrent aux professionnels la possibilité de vendre biens et services aux prix qu'ils leur conviennent. Cependant le législateur européen est soucieux de préserver le jeu de la concurrence et a donc limité ces libertés en prohibant les ventes à prix abusivement bas aux consommateurs. Le droit français a intégré cette prohibition à l'article L. 420-5 du Code de commerce en considérant que « *sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits* ». La question a été portée à l'attention de juges du fond de savoir s'il pouvait être assimilé l'absence de prix à un prix abusivement bas, comme il peut l'être sur le fondement de la cause de l'obligation. Cette question est intéressante mais néanmoins troublante sachant que « *les cadeaux offerts gratuitement au consommateur et sans condition*

1153 En ce sens, en matière de vente avec réserve d'usufruit *V*. **Cass. civ. 3e, 3 oct. 1991, *Bull. civ.* III, n° 219, n° 90-12.591**, préc. : « *Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel qui, par motifs propres et adoptés, a relevé que la valeur vénale de l'immeuble excédant de plus de cinq fois le prix de vente, la lésion pouvait être établie en dehors même de l'aléa que pouvait constituer la réserve d'usufruit, a ainsi souverainement apprécié que cette réserve était de trop minime importance, par rapport aux valeurs retenues, pour conférer à la vente un caractère aléatoire* » (nous soulignons). Dans le même sens pour un droit d'usage et d'habitation jugé « *de trop minime importance pour conférer à la vente un caractère aléatoire* » : **Cass. civ. 3e, 25 janv. 1978, *Bull. civ.* III, n° 55, n° 76-15.199.**

1154 **Cass. civ. 1re, 23 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 231, n° 80-12.997** ; *Defrénois* 1982, p. 1091, note approbative J.-L. Aubert.

1155 Avant 20 jours, le contrat de rente viagère est toujours annulable (Cciv., art. 1975), même si le débirentier ignorait l'état de santé du crédirentier : **Req., 15 juill. 1824** ; *S.* 1825. 1. 46.

1156 **Cass. civ. 1re, 2 mars 1977, *Bull. civ.* I, n° 115, n° 75-14.556** ; *Defrénois* 1977, p. 1597, obs. J.-L. Aubert : « *mais attendu que l'article 1975 du code civil n'interdit pas de constater, pour des motifs tirés du droit commun des contrats, la nullité d'une vente consentie moyennant le versement d'une rente viagère, même lorsque le décès du crédirentier survient plus de vingt jours après la conclusion de la vente ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits de la cause, que la cour d'appel, après avoir relevé, non seulement que Desangles était un familier de Ransan, qu'il voyait tous les jours, mais aussi qu'il n'ignorait pas la nature de sa maladie et qu'il pouvait en constater les progrès foudroyant, en a déduit, sans dénaturer le rapport d'expertise, que Desangles n'ignorait pas, le jour de la conclusion de la vente, que le décès de Ransan était imminent, ce qui enlevait tout caractère aléatoire au contrat, dont le prix n'était plus réel et sérieux* ».

d'achat sont cependant possibles depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986[1157] »[1158]. Les faits à l'origine de l'espèce sont simples. Une société exploitant un supermarché avait fait paraître une annonce indiquant qu'elle distribuerait gratuitement 5 000 baguettes de pain à raison d'une par personne, sans aucune obligation d'achat. Selon la Cour d'appel de Riom[1159] cette pratique n'était pas de nature à constituer une concurrence déloyale dès lors que l'offre avait un « *caractère unique* ». La solution est intéressante car elle reconnaît d'une part qu'il est question d'une distribution gratuite, et non d'une vente à prix abusivement bas, mais surtout elle admet d'autre part l'éventualité d'une atteinte à la libre concurrence sur le marché du pain en raison d'une action répétée. En d'autres termes, « *la distribution gratuite de prestations pourrait donc, selon cet arrêt, caractériser une désorganisation constitutive de concurrence déloyale dès lors que l'offre est fréquente* »[1160]. Ainsi il faudrait considérer que la vente à prix abusivement bas et assimilable à un contrat à titre gratuit. Cependant, un auteur s'oppose à cette analyse considérant que la gratuité est nécessairement exclusive de ce texte qui vise explicitement le prix abusivement bas. Néanmoins, il n'est pas pour autant hostile à l'incrimination des offres gratuites sur le marché mais il estime qu'il est nécessaire de développer un critère autonome[1161]. En tout état de cause, cette solution envisage de traiter de la même manière le prix abusivement bas et l'absence de prix ce qui est le point qui nous importe. En conclusion, si en principe un prix abusivement bas n'est pas assimilable à une absence de prix nous constatons que cet arrêt isolé envisage d'assimiler l'absence de prix à un prix abusivement bas.

411. ***La contrepartie convenue dérisoire et le bail à ferme.*** Selon l'article L. 411-1 du Code rural le bail à ferme, également appelé bail rural, se définit comme la « *mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole* ». Cette qualification, qui peut être prouvée « *par tous moyens* »[1162], nourrit le contentieux sur son critère d'onérosité caractérisé par l'existence d'une contrepartie dont la nature est indifférente. L'identification de cette contrepartie convenue n'est pas toujours aisée et il ressort des arrêts rendus en appel une attention particulière à l'égard de son caractère dérisoire. Deux positions se dégagent dans l'appréhension de ce caractère dérisoire.

La première position consiste à voir dans l'existence d'un avantage dérisoire celle d'une contrepartie convenue, et par voie de conséquence d'un bail rural. Cette position se dégage

---

1157 Ord. n° 86-1243, 1er décembre 1986 : Ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence.

1158 S. Retterer, *Rép. com.* Dalloz, Ventes réglementées, n° 71. Dans le même sens *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 271, n° 449.

1159 **CA Riom, 6 juin 1990, *Jurisdata* n° 1990-604598** ; *D.* 1992 n° 4, p. 47, obs. M.-L. Izorche.

1160 B. Lecourt, « La gratuité en droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455, *in fine.*

1161 S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 494 et suiv., n° 810 et suiv.

1162 **Cass. civ. 3e, 9 mars 1994, no 91-14.560** ; *RD rur.* 1994, p. 262, note P. Ourliac.

nettement d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims qui admet « *le caractère onéreux* » de la mise à la disposition d'immeuble « *quand bien même* ***le prix convenu serait dérisoire*** »[1163]. La solution est claire[1164] et est en adéquation avec celle de la Cour de cassation en matière de donation déguisée, confirmant la variabilité de l'exigence d'un avantage sérieux pour emporter la qualification de contrepartie convenue. Cependant, il se dégage de différents arrêts d'appel la position inverse, à savoir de refuser la qualification de bail rural en présence d'un avantage dérisoire. La solution ressort très distinctement d'un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Angers qui estime que « *seule* ***l'absence de contrepartie*** *à la mise à disposition des terres* ***ou le paiement d'un fermage dérisoire*** *peut exclure l'existence d'un bail rural* »[1165]. La position est indéniable[1166] et s'inscrit dans la droite ligne de celle de la Cour de cassation sur le fondement de la cause de l'obligation.

À la lumière de ces arrêts d'appel il se dégage une incertitude patente sur l'admission ou le rejet de l'assimilation du dérisoire à l'inexistant dans ce contentieux. Plus généralement, cela illustre que cette assimilation n'est pas d'une application aussi systématique que l'on pourrait le croire et qu'elle est probablement dépendante de la règle en cause car il s'agit d'une règle d'interprétation.

412. ***Conclusion de la section I.*** Rapidement, on est invité à croire que l'avantage dérisoire est toujours assimilable à l'avantage absent et qu'il ne saurait exister d'exception au principe. En effet, sa large admission sur le fondement de la cause de l'obligation et son admission de principe sur le fondement de la fraude paulienne orientent vers cette conclusion. Cependant, le droit français offre à considérer que cette assimilation n'est pas systématique et qu'il existe des cas dans lesquels la qualification de contrepartie convenue doit être retenue en dépit du caractère non sérieux de

---

1163 **CA Reims, ch. soc., 25 nov. 2015, n° 15/00003, *Jurisdata* n° 2015-026752** : « *Que les premiers juges ont mis en exergue les éléments constitutifs de la promesse de bail valant bail, le caractère onéreux, quand bien même le prix convenu serait dérisoire, étant patent, ce qui est la cause licite du contrat, et l'action en révision ouverte en application de l'article L. 411-1 du Code rural garantissant les droits des parties à la fixation du juste prix* » (nous soulignons).

1164 Pour d'autres admission moins nette *V*. **CA Orléans, ch. civ., 9 nov. 2015, n° 14/02503** : la juridiction s'intéresse dans un premier temps à « *la conclusion d'un bail rural* », dont l'onérosité est un critère déterminant pour ensuite s'intéresser au « *caractère dérisoire du montant du fermage du bail rural* » (nous soulignons) ; **CA Riom, 1re ch. civ., 15 déc. 2020, n° 19/01927** : « *la requalification ordonnée par la cour d'appel de Poitiers, fondée sur l'existence d'une contrepartie onéreuse dans la convention du 11 novembre 2002, consistant dans le règlement des taxes et impôts, n'implique nullement la fixation définitive du montant du fermage à cette dérisoire contribution* » (nous soulignons) ; *Adde.* **CA Riom, ch. civ. et soc. réunies, 8 nov. 2005, n° 04/02222, *Jurisdata* n° 2005-290930** : « *le paiement d'une somme, dont la modicité par rapport au prix habituel d'un fermage n'est pas discutée, qui correspond, en fait, à une participation aux charges du fond, fait disparaître le caractère gratuit de la mise à disposition et démontre la réalisation d'une contre partie onéreuse permettant de qualifier le contrat verbal de bail à ferme* ».

1165 **CA Angers, ch. A, 9 juin 2015, n° 13/01000** : « *Cependant, seule l'absence de contrepartie à la mise à disposition des terres ou le paiement d'un fermage dérisoire peut exclure l'existence du bail rural* » (nous soulignons).

1166 Pour une position similaire *V*. **CA Toulouse, 4e ch. soc., 1re sect., 24 juin 2016, n° 14/04962, *Jurisdata* n° 2016-014563** : « *Le caractère onéreux de la mise à disposition des terres est établi lorsque l'exploitant s'acquitte de charges incombant au propriétaire et notamment les taxes foncières, même si le montant de ces charges n'équivaut pas au prix du fermage fixé par l'arrêté préfectoral dès lors que celui-ci n'est pas dérisoire* » (nous soulignons) ; **CA Riom, ch. soc., 11 mars 1997, 2141/96, *Jurisdata* n° 1997-041582** : « *Attendu, dès lors, que, comme le soutiennent à bon droit les appelants, il n'y a pas commune mesure entre l'avantage résultant pour l'agriculteur de la jouissance d'une telle propriété, et celui procuré aux propriétaires par la simple occupation de leur fonds, qui ne peut s'apparenter au paiement d'une redevance de fermage ; D'où il suit qu'à défaut de caractère onéreux, la mise à disposition considérée ne constitue pas une convention soumise au statut des baux ruraux* » (nous soulignons).

l'avantage convenu. Ces cas sont exceptionnels, pas toujours justifiables et pas systématiquement certains. Par exemple, la Cour de cassation estime qu'une donation peut être efficacement déguisée sous les traits d'une vente à prix dérisoire alors même que ce prix rend la vente nullement crédible. Cette solution peine à être justifiée techniquement toutefois, elle est raisonnable en ce qu'elle participe à la réduction du champ de la nullité de l'article 931 du Code civil. Un autre exemple peut être tiré du droit de la consommation qui interdit les ventes avec prime gratuite, et non celles avec une prime de 1 franc ou 1 euro. Il y a indéniablement une fraude à la loi cependant une réponse ministérielle est venue justifier cette position en considérant que ce texte avait une nature pénale et qu'il ne pouvait faire l'objet d'une extension. Dès lors, il faut entendre la gratuité strictement. En outre, il peut être évoqué deux autres exemples dans lesquels le caractère dérisoire du prix ne pourrait peut-être pas être assimilé à une absence de prix. Il y a tout d'abord le cas de la rente viagère dont la fraction de la rente qui dépasse le montant des revenus du bien vendu fait l'objet d'un contrôle inconstant. Dans un arrêt, il semble indifférent que la rente dépasse de peu le montant des revenus et dans un autre la faiblesse de ce décalage justifie la nullité de la convention. Dès lors, il ressort un sentiment d'incertitude à l'égard de l'assimilation du dérisoire à l'absent en matière de contrat de rente viagère. Pour terminer, nous pouvons évoquer la situation de la concurrence déloyale pour vente à prix abusivement bas. Il s'est posé la question de savoir s'il pouvait être considéré que la distribution gratuite de biens pouvait constituer une concurrence déloyale. Sur ce point, un arrêt ancien de la Cour d'appel de Riom semble avoir admis l'idée toutefois elle est discutée en ce qu'elle paraît peu crédible.

En conclusion, il apparaît indéniablement des exceptions à l'assimilation du dérisoire à l'inexistant toutefois celles-ci apparaissent exceptionnelles et justifiées par des impératifs particuliers qui invitent à croire que l'assimilation du dérisoire à l'inexistant est un réel principe dans l'interprétation de la qualification de contrepartie convenue.

SECTION II

UN CONTRÔLE DE PRINCIPE AU-DELÀ DE LA CONTREPARTIE CONVENUE

413. ***Un contrôle général pour les actes et les faits juridiques.*** Comme nous l'avons montré précédemment ce « *peu de choses réputé n'être rien* »[1167] se manifeste particulièrement bien à l'endroit de la contrepartie convenue caractéristique du contrat à titre onéreux. Dans la présente section nous voudrions montrer que cette assimilation n'est pas spécifique à la contrepartie convenue caractéristique du contrat à titre onéreux. Cette assimilation déborde largement ce cadre. À titre d'exemple nous pouvons évoquer le cas de la location meublée de l'article 25-4 de la loi du 6 juillet 1989[1168]. Dans cet article il est précisé que la qualification de logement meublé ne peut être admise que s'il est rapporté la preuve que le logement est « *équipé d'un mobilier en nombre et en qualité suffisants* ». Les juridictions d'appel considèrent que si tel n'est pas le cas, le logement « *ne saurait recevoir la qualification de logement meublé* » et doit être soumis, « *s'agissant d'un bail non meublé* », au titre 1er de la loi du 06 juillet 1989[1169]. On retrouve exactement le même raisonnement qu'évoqué dans la section précédente et qui consiste à assimiler l'insuffisant à l'inexistant. Dans les développements suivants, nous voudrions montrer la diversité des applications de ce raisonnement qui peut intéresser des manifestations de volontés autres qu'une contrepartie convenue ou une partie d'une contrepartie convenue (**§1**). Également, nous voudrions montrer dans les développements suivants que d'importantes exceptions à ce raisonnement existent, notamment en matière de fait juridique, et qu'elles peuvent être certaines comme incertaines (**§2**).

1167 G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 380, n° 435 : les auteurs font référence à l'ouvrage de J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 10e éd., LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2001, p. 84, spéc. p. 89.

1168 L. n° 89-462, Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

1169 **CA Nîmes, 2e ch. civ., sect. A, 10 févr. 2022, n° 20/00615**. Dans le même sens *V.* **CA Aix-en-Provence, 1re et 7e ch. réunies, 18 févr. 2021, n° 19/17961** ; **CA Montpellier, 5e ch. civ., 1er juin 2021, n° 19/02235, *jurisdata* n° 2021-019765**.

§1. Un contrôle admis pour le contenu d'autres actes juridiques

414. ***Deux types d'illustration.*** L'assimilation de l'insuffisance à l'absence n'est pas l'apanage de la contrepartie convenue caractéristique du contrat à titre onéreux. Nous verrons dans les développements suivants que cette assimilation s'est également illustrée en matière de clauses contractuelles (**A**) et de justification d'actes juridiques (**B**)[1170].

A. Des illustrations en matière de clauses contractuelles

415. ***Trois cas.*** L'assimilation du dérisoire à l'absent s'est présentée en jurisprudence principalement à l'égard de trois clauses : la clause créant un déséquilibre significatif en droit de la concurrence (**1**), la clause léonine en droit des sociétés (**2**) et la clause limitative de responsabilité en droit commun des contrats (**3**). Pour chacun de ces cas, nous verrons comment il a pu se manifester la même assimilation de l'insuffisant à l'absent que pour la contrepartie convenue dérisoire.

1. Le cas de la clause créant un déséquilibre significatif en droit de la concurrence

416. ***L'assimilation du dérisoire à l'absent en matière de déséquilibre significatif.*** L'article L. 442-1, I du Code de commerce, anciennement L. 442-6, I, dispose « *(qu')engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait […] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Cette exigence légale rigoureuse, qui a des homologues dans le Code de la consommation[1171] et le Code civil[1172], n'est pas insurmontable pour le défendeur. La jurisprudence considère en effet que l'auteur d'un déséquilibre significatif peut échapper à une sanction s'il démontre que l'insertion de la clause dans l'acte était « *nécessaire à l'équilibre de la convention ou que ce déséquilibre est compensé par d'autres dispositions du contrat* »[1173]. Parmi les causes justificatives d'un déséquilibre significatif[1174] les plus courantes sont la réciprocité

[1170] Nous nous limitons aux manifestations positives de l'assimilation, car les manifestations négatives sont très rares. *V.* not. sur ce point **Cass. com., 5 oct. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 178, n° 03-15.709**, préc. : la modicité de la donation n'a pas empêché la qualification de libéralité.

[1171] Cconso., art. L. 212-1.

[1172] Cciv., art. 1171.

[1173] *V.* not. **Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043** ; *RTD com.* 2016, p. 81, note M. Chagny ; *D.* 2016, p. 964, obs. cD. Ferrier. Sur les spécificités de l'appréciation du déséquilibre significatif entre les trois dispositifs du droit français *V.* S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, th. préc., p. 144 et suiv., n° 170 et suiv., pour l'identification du déséquilibre significatif et p. 407 et suiv., n° 533 et suiv., pour les justifications du déséquilibre significatif.

[1174] Sur la nécessité de parler de justification du déséquilibre et non d'absence de déséquilibre *V.* S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, th. préc., p. 408 et suiv., n° 533 et suiv.

et l'octroi d'une contrepartie à la clause créant le déséquilibre significatif. À l'égard de cette contrepartie justificative d'un déséquilibre significatif, la jurisprudence a manifesté la volonté de contrôler son caractère sérieux, c'est-à-dire non dérisoire, à l'image de la contrepartie convenue dérisoire sur le fondement de la cause de l'obligation. Cette position ressort nettement d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en date du 4 juillet 2013[1175] qui opposait le ministre de l'Économie et la société EMC Distribution.

En l'espèce à la suite d'une enquête des services de la DGCCRF le ministre de l'Économie a assigné la société EMC sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, devenu l'article L. 442-1, I, 2°, pour avoir imposé deux clauses créant des déséquilibres significatifs dans les contrats conclus avec ses fournisseurs. Une de ces clauses portait sur le retour d'invendus suivant laquelle les fournisseurs s'engageaient à reprendre dans leur intégralité les stocks des produits invendus en fin d'exercice et/ou de période de commercialisation saisonnière. Il était reproché à cette clause d'imposer aux fournisseurs une obligation excessivement lourde en ce qu'elle mettait à leur charge la totalité de la mévente d'un produit ainsi que le coût de leur reprise alors que, comme le relève la Cour d'appel, « *le distributeur dét(enait) presque tous les leviers lui permettant, à ce stade, d'agir sur le niveau des ventes* ». De plus la Cour a relevé que les fournisseurs n'avaient aucune visibilité sur l'étendue de leur obligation de reprise tant que le distributeur n'en demandait pas l'exécution et qu'ils ne pouvaient agir pour favoriser la revente des produits qu'il avait déjà cédés au distributeur. Toutefois, en dépit d'autres griefs à l'égard de cette clause, la société EMC a considéré que le déséquilibre créé par celle-ci était justifié par le fait qu'elle permettait « *d'inciter le distributeur à continuer de stocker jusqu'au dernier jour de l'année ou de la saison de vente, permettant ainsi au fournisseur de bénéficier de commandes et de l'exposition de leurs produits en fin d'exercice* ». Cependant la Cour d'appel de Paris a estimé qu'il s'agit là « *(d')un* ***intérêt mineur*** *qui ne constitu(ait) pas une* ***contrepartie sérieuse*** *à la charge que représente l'obligation de prise des invendus* »[1176]. Par conséquent le déséquilibre significatif n'a pas pu être considéré comme justifié et la société EMC a été condamnée à ne pas réintroduire ces clauses dans les contrats la liant à ses futurs fournisseurs ainsi qu'à payer une amende civile de 600 000 € au ministre de l'Économie.

2. Le cas des clauses léonines en droit des sociétés

417. ***L'assimilation du dérisoire à l'absent en matière de clauses léonines.*** La liberté contractuelle fait l'objet d'une limite particulière en droit des sociétés que l'on nomme

[1175] **CA Paris, 4 juill. 2013, n° 12/07651**.

[1176] Nous soulignons.

communément la prohibition des clauses léonines. Il s'agit d'un mécanisme classique très largement connu notamment en raison de ses élégantes illustrations par Phèdre[1177] et La fontaine[1178]. Pour les besoins de notre étude, nous en rappelons le principe suivant les articles du Code civil.

Une clause léonine est selon l'article 1844-1 du Code civil une stipulation par laquelle les associés attribuent à l'un d'entre eux « *la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes* » ou bien la stipulation « *excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ». Applicable dans les sociétés commerciales et civiles[1179], et au-delà[1180], ce mécanisme général est envisagé comme une nécessité dans les opérations distributives[1181]. Pour cause il ne saurait exister d'associé prenant part à l'actif ou au passif de l'opération distributive sans prendre part réciproquement au passif ou à l'actif. Ce mécanisme doit ainsi être rapproché des clauses réputées non écrites pour contrariété à l'obligation essentielle car il s'agit dans les deux cas de rechercher la cohérence, la possibilité de respecter son engagement. Autrement dit en se considérant membre d'une distribution il est nécessaire d'y participer activement et passivement au risque de voir son engagement, suivant l'ancienne terminologie, privé de cause[1182].

La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si la qualification de clause léonine nécessite invariablement la preuve d'une exclusion totale dans les bénéfices ou les pertes, conformément à la lettre de l'article 1844-1 du Code civil. Ou bien si elle peut se satisfaire d'une exclusion quasi totale. En somme les auteurs se sont interrogés sur la possibilité de raisonner par analogie avec la cause de l'obligation dans les opérations commutatives contractuelles.

Peu d'auteurs se sont interrogés sur ce point néanmoins deux positions existent : La première position, fondée sur une doctrine ancienne empreinte d'un principe d'égalité entre les associés[1183], considère qu'une clause est léonine même en présence d'une exclusion quasi totale des bénéfices

---

1177 Fable V : La génisse, la chèvre, la brebis et le lion.

1178 Fable 6 du 1er livre : La génisse, la chèvre, et la brebis, en société avec le lion.

1179 **Cass. civ. 3e, 6 juill. 1994, *Bull. civ.* III, n° 140, n° 92-12.839**.

1180 Cciv., art. 1521 pour la communauté conjugale ; Crur., art. L. 417-1, L. 417-3 et L. 417-4 pour les baux à métayage ; Cciv., art. 1804, 1811, 1817, 1819, ,1820, 1828 et 1830 pour les baux à cheptel.

1181 En ce sens, *V.* G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 281 et suiv., n° 421 et suiv. Pour une présentation générale de la qualification d'opération distributive *V. supra* n° 34 et 53 et suiv.

1182 En ce sens, *V.* Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé - Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 308, n° 327 ; J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, *op. cit.*, p. 349, n° 499 ; R. Secnazi, *Le contrat léonin*, thèse, Paris I, 2000, p. 175, n° 224. *V.* égal. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., n° 162 (cité par M. Caffin-Moi, *J.-Cl. Civ.*, Fasc. 15-30 : Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines, n° 8). *Rappr.* A. Sériaux, *Droit des obligations*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 1998, p. 117, n° 30 : « *Rien n'empêche d'utiliser la même qualification* (de pacte léonin *NDLR*) *à propos de toute convention qui organise un déséquilibre radical des prestations réciproques. L'un des cocontractants profite à peu près de tous les avantages, tous les inconvénients ou presque pesant sur l'autre partie.* »

1183 J. Mestre, « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », *Rev. soc.*, 1989, p. 399 et suiv.

ou des pertes[1184]. Selon les partisans de cette position il ne faut pas prendre l'article 1844-1 du Code civil « *au pied de la lettre* » et laisser place à « *(l')interprétation des juges du fond* »[1185] pour sanctionner le dérisoire qui confine à l'absence. La seconde position, plus récente, s'est forgée à partir d'un scepticisme à l'égard du principe d'égalité des associés[1186]. Les auteurs estiment donc à rebours de la position précédente que la qualification de clause léonine exige une exclusion invariablement totale des bénéfices ou des pertes[1187]. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une lésion or celle-ci est prohibée par principe[1188]. Dès lors il ne saurait être admis une extension de la qualification de clause léonine aux stipulations accordant une vocation quasi nulle ou quasi totale. Cependant nous sommes d'avis que la première position peut être soutenue pour deux raisons. Tout d'abord du fait de ce qui a été évoqué précédemment pour la contrepartie convenue et ensuite du fait de deux décisions qui laissent entrevoir la possibilité d'admettre l'assimilation du quasi inexistant à l'inexistant.

418. ***Une apparente première assimilation jurisprudentielle.*** La première décision a été rendue le 16 octobre 1990[1189] au sujet de la création d'une société entre la Société française de production cinématographique (SFPC) et la Société française de production et de création audiovisuelle (SFP) avec le Groupement des éditions de films (GEF) pour réaliser et produire un film et une série télévisée. En l'espèce le pacte social prévoyait que le GEF assumerait 51% et la SFPC et la SFP les 49% restants tant pour les apports initiaux que pour « *les dépassements* ». Cependant le jour de la constitution de la société un acte intitulé « additif n° 1 » est venu plafonner

---

1184 P. Didier, « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *JCP E* 1994, Cah. dr. ent., 1994/5, p. 24 ; D. Velardocchio, *Rép. com.* Dalloz, Sociétés, n° 159 ; J. Mestre, D. Velardocchio, A.-S. Mestre-Chami, *Lamy sociétés commerciales*, Paris, Lamy, 2020, n° 346 ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial, Tome 1*, Paris, LGDJ, 1996, p. 508, n° 779 ; *V.* égal. Ch. Aubry, Ch. Rau, *Cours de droit civil français, T. IV*, Paris, Litec, 4e éd., 1871, n° 377 ; M. Germain, V. Magnier, *Traité de droit commercial, T. 2, Les sociétés commerciales*, vol. 2, Paris, LGDJ, 20e éd. 2011, n° 1056-46 ; H. Roland, L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4e éd., 1998, V° *Societas leonina*, cités par M. Caffin-Moi, *J.-Cl. Civ.*, Fasc. 15-30 : Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines, n° 28.

1185 J. Mestre, D. Velardocchio, A.-S. Mestre-Chami, *Lamy sociétés commerciales*, *op. cit.* n° 346.

1186 *V.* spéc. J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, *op. cit.*, p. 146, n° 203 : « *si le principe d'égalité entre alliés n'a jamais pu acquérir une quelconque fermeté et s'est toujours avéré vague voire inconsistant, c'est parce qu'il n'existe pas* ». *Rappr.* M. Ndiaye, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, th. dactyl., Paris I, 2017, p. 382, n° 759 : « *un faux principe du droit positif qui ne saurait constituer un obstacle à la réception de l'inégalité entre associés* ».

1187 J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, th. préc., p. 345 et suiv., n° 492 et suiv. (implicitement).

1188 Fr. Chénedé, *Les commutations en droit privé - Contribution à la théorie générale des obligations*, th. préc., p. 307 et 308, n° 326 ; J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, th. préc., p. 346, n° 494. Visant tous deux l'ancien article 1118 du Code civil devenu, selon les auteurs, le nouvel article 1168 du Code civil. *V.* en ce sens G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 372, n° 428 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 325 ; Th. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article – Double table de concordance*, *op. cit.*, p. 139. Sur la succession des articles 1118 et 1168 du Code civil et le rapport avec la contrepartie convenue dérisoire *V. infra*, n° 439 et suiv.

1189 **Cass. civ. 1re, 16 oct. 1990, n° 87-15.467** ; *Bull. Joly* 1990, p. 1029, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1991, p. 395, note Cl. Champaud.

la contribution du GEF en mettant à la charge des deux autres sociétés les dépassements éventuels soit à titre principal soit à titre de garantie. Un contentieux s'est noué autour de cet additif n° 1 que la SFPC et la SFP estiment léonin car il accorde au GEF une vocation quasi exclusive aux bénéfices et une exonération quasi totale des pertes. La SFPC et la SFP obtiennent gain de cause en première instance mais le jugement est infirmé en appel et le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation considérant « *qu'après avoir exactement énoncé que l'article 1844-1 du Code civil n'interdit pas aux associés de fixer un partage des bénéfices et des pertes dans une proportion différente des apports, la cour d'appel retient que l'additif, en limitant le risque du GEF à une certaine somme,* ***n'a pas prévu*** *une exonération* ***quasi totale*** *des pertes et* ***ne lui a pas conféré*** *une vocation* ***quasi exclusive*** *aux bénéfices* »[1190]. Même si la qualification de clause léonine n'est pas retenue, il est intéressant de voir la Cour de cassation relever que les juges du fond ont constaté l'absence d'une exclusion quasi totale des pertes et l'absence d'une attribution quasi exclusive des bénéfices. Alors que la qualification de clause léonine est *a priori* celle d'une exclusion totale suivant l'article 1844-1 du Code civil, ici il est proposé une lecture plus souple de cette qualification similaire à l'assimilation du dérisoire à l'inexistant.

419. ***Une apparente seconde assimilation jurisprudentielle.*** La seconde décision a été rendue le 29 octobre 2003[1191] au sujet de la société Alma, créée en 1986, dont le capital était réparti entre messieurs X, Y, Z, la société Harpax et la société Ark conseils. En l'espèce une assemblée générale extraordinaire de 1987 est venue modifier la clef de répartition des bénéfices réalisés par la société Alma. Désormais jusqu'à 20 millions de francs de chiffre d'affaires, les bénéfices seraient distribués entre les associés X et Y et au-delà entre tous à proportion des parts sociales. Une seconde assemblée générale extraordinaire de 1989 a décidé, en contrariété avec la clef de répartition votée en 1987[1192], de répartir autrement les bénéfices à raison de 10% pour M. Z et la société Ark conseils, à raison de 2,5% pour la société Harpax et à raison de 87,5% aux associés X et Y. Opposée à la nouvelle clef de répartition la société Harpax a notamment demandé en justice que soit qualifiée de léonine la clause organisant la nouvelle clef de répartition de 1989. Pour cause elle estime que « *la stipulation n'attribuant à un associé qu'****une fraction dérisoire*** *des bénéfices est une clause léonine réputée non écrite* »[1193]. En l'espèce, la société Harpax, alors détentrice de 10% du capital, n'a reçu que 2,5% des bénéfices enregistrés alors que messieurs X et Y, respectivement détenteurs de 30% et 18% du capital, ont reçu 87,5% des bénéfices. La Cour d'appel refuse la qualification de clause léonine et la Cour de cassation suit sa position en considérant « *que par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient que*

1190 Nous soulignons.

1191 **Cass. com., 29 oct. 2003, n° 00-17.538**.

1192 Dans l'arrêt il est rapporté que la société Alma n'a jamais atteint 20 millions de francs de chiffre d'affaires.

1193 Nous soulignons.

l'attribution de 2,5 % des bénéfices à la société Harpax décidée en 1989 ***apparait tout à fait normale****, compte tenu de sa participation au capital et de son absence de toute contribution dans les activités de la société Alma* »[1194]. Comme pour l'affaire précédente il n'est pas admis la qualification de clause léonine en présence d'une vocation quasi nulle aux bénéfices de la société. Néanmoins, l'arrêt présente la même originalité que précédemment en évoquant la recherche d'un équilibre minimum dans la répartition des bénéfices pour qualifier la clause de léonine. On peut donc considérer en l'espèce, en accord avec le professeur Caffin-moi, « *(qu')avec toute la prudence que requièrent les raisonnements* a contrario*, que si la fraction avait été dérisoire, la clause aurait été sanctionnée* »[1195].

3. Le cas des clauses limitatives de responsabilité

420. ***L'assimilation du dérisoire à l'absent en matière de clause limitative de responsabilité.*** L'article 1170 du Code civil dispose que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Cette règle consécutive à la nullité du contrat à titre onéreux pour contrepartie convenue dérisoire est un autre vestige de l'ancienne notion de cause dont la réforme du droit commun des contrats s'est donnée pour objectif d'assurer la disparition. La consécration de cette règle a globalement eu deux vocations : d'une part, généraliser une règle ancienne et ponctuelle, dont la première application légale date de 1804 avec l'exigence d'un dépouillement immédiat et irrévocable du donateur[1196]. D'autre part cet article a eu vocation à consacrer la jurisprudence rendue en matière de clause limitative de responsabilité, dont la première apparition jurisprudentielle est identifiable en 1863[1197]. Cette seconde vocation est ce qui nous intéresse car il est apparu dans ce contentieux une assimilation du dérisoire à l'absent justifiant l'exclusion d'une clause limitative de responsabilité. Cette assimilation a fait l'objet de plusieurs illustrations. Nous nous limiterons à ses deux manifestations les plus caractéristiques, l'arrêt Chronopost[1198] et l'arrêt Faurecia II[1199].

421. ***L'affaire Chronopost.*** Les faits à l'origine de la première affaire sont relativement simples. En l'espèce il était reproché à la société Chronopost d'avoir transmis le pli à son destinataire le

---

1194 Nous soulignons.

1195 M. Caffin-Moi, *J.-Cl. Civ.*, Fasc. 15-30 : Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines, n° 28.

1196 Conformément à l'adage de l'Ancien droit « *donner et retenir ne vaut* » : A. Sériaux, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p. 58, n° 31.

1197 **Req., 18 janv. 1863**, préc. ; *Rappr.* Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-en-Provence, 1981, p. 202, n° 169.

1198 **Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, n° 93-18.632**, préc.

1199 **Cass. com., 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115, n° 09-11.841** ; *JCP* 2010, n° 787, note D. Houtcieff ; *CCC* 2010, comm. 220, obs. L. Leveneur ; *D.* 2010, p. 1832, note D. Mazeaud ; *RDC* 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier et p. 1253, obs. O. Deshayes.

surlendemain de sa remise, et non le lendemain comme promis. À la suite de cette défaillance de célérité la société de livraison n'a accordé comme réparation que le montant prévu par les conditions générales, à savoir le prix de la livraison. Or le bénéficiaire du service a subi un préjudice bien plus lourd en l'espèce il s'était retrouvé dans l'impossibilité de participer à une adjudication. L'affaire a donc été portée à l'attention de la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt d'appel considérant que la clause limitative de responsabilité devait être réputée non écrite suivant l'article 1131 ancien du Code civil car elle « *contredisait la portée de l'engagement pris* » par la société Chronopost. La société Chronopost avait en effet limité de manière excessive la réparation à laquelle pouvait prétendre son créancier si elle ne respectait pas son obligation de célérité. Or compte tenu de cette limitation l'obligation de célérité était comme non obligatoire. Cette solution, plus critiquée pour son fondement que pour sa réalisation, est présentée d'une manière intéressante par les professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénedé : selon eux la clause limitative de responsabilité a été jugée contraire à l'obligation essentielle en raison du « *caractère dérisoire de l'indemnisation* ». En effet l'indemnisation était si faible qu'elle exonérait « *peu ou prou* » la société Chronopost « *de toute sanction en cas d'inexécution* »[1200]. On retrouve ici le raisonnement évoqué plus haut : l'indemnisation conventionnelle étant dérisoire celle-ci était équivalente à une absence d'indemnisation.

422. ***L'affaire Faurecia.*** La seconde affaire est un peu plus complexe que la précédente. En l'espèce la société Faurecia, équipementier automobile sous-traitant de PSA, a voulu déployer sur l'ensemble de ses sites un logiciel intégré couvrant la gestion de production et la gestion commerciale. Pour ce faire elle a signé plusieurs conventions avec la société Oracle sur la base d'un logiciel non finalisé dont la livraison d'une version définitive était à prévoir ultérieurement. À la suite de divers dysfonctionnements de la version non finalisée et en l'absence de livraison de la version définitive la société Faurecia a cessé de verser ses redevances et la société Oracle a en conséquence résilié les contrats. À la suite de cela la société Faurecia a réclamé le remboursement des redevances et une indemnisation substantielle ce à quoi la société Oracle s'est opposée en visant une clause limitative de responsabilité. L'affaire est portée devant la Cour de cassation à deux reprises après résistance de la Cour d'appel de Paris. Au terme de ce litige la haute juridiction a considéré que la clause litigieuse ne devait pas être réputée non écrite car l'indemnisation qu'elle prévoyait « *n'était pas dérisoire* ». Ainsi elle ne contredisait pas « *la portée de l'obligation essentielle* ». La référence à cette dimension non dérisoire est essentielle à nos yeux, celle-ci manifeste ce qui transparaissait dans l'affaire Chronopost à savoir que si l'indemnisation avait été dérisoire, alors la clause aurait été réputée non écrite car l'obligation qu'elle spécifiait était dépourvue de sanction.

[1200] Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 532, n° 465.

B. Des illustrations en matière de justification d'un acte juridique

423. ***Deux cas.*** L'assimilation du dérisoire à l'absent se présente principalement à l'égard de deux justifications : la justification du licenciement (**1**) et la justification de l'action en justice (**2**).

1. Le cas de la cause du licenciement en droit du travail

424. ***L'assimilation du dérisoire à l'absent dans l'exercice d'une prérogative contractuelle.*** Il existe plusieurs prérogatives contractuelles à l'égard desquelles le législateur semble manifester l'assimilation du dérisoire à l'absent. Notre but n'étant pas d'étudier l'ensemble de ces cas nous proposons d'en évoquer qu'un seul qui illustre suffisamment notre propos à savoir le licenciement sans cause réelle et sérieuse dans le contrat de travail à durée indéterminée[1201].

Le licenciement est le moyen pour l'employeur d'exercer son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée[1202]. Depuis une loi 13 juillet 1973[1203] le licenciement prend la forme d'un acte de volonté qui se doit être causé ce qui signifie que l'employeur ne doit plus seulement vouloir rompre le contrat il doit également justifier la rupture du contrat. Cette exigence a été introduite dans le Code du travail à l'article L. 1232-1 qui dispose de manière générale que « *tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et* ***sérieuse*** »[1204]. Voilà le point qui nous intéresse, le licenciement doit avoir une cause sérieuse. Ce terme n'est pas anodin, il est commun avec les contentieux précédemment évoqués comme la vente. En effet pour qu'il soit question d'une vente il faut que le prix soit sérieux, c'est-à-dire « *non négligeable,* ***non dérisoire*** »[1205]. Pour le droit du travail, le sens attribué à ce terme n'est pas bien différent. En témoigne la retranscription des débats parlementaires qui rapportent les propos du ministre du Travail de l'époque qui avait défini la cause sérieuse comme étant une cause « *qui présente une gravité* ***suffisante*** *pour justifier la rupture du contrat de travail* »[1206]. La jurisprudence a adopté une vision similaire considérant qu'il y a « *une mesure de l'intensité* »[1207] de la cause du

---

1201 Comme autre cas, nous pouvons évoquer, par exemple, le motif sérieux pour non renouvellement du bail d'habitation envisagé à l'article 15-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

1202 **Cass. soc., 13 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 89, n° 98-46.411** ; *Dr. soc.* 2001, p. 624, note Ch. Radé : « *l'employeur qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat* ». *Rappr.* **Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-41.494**.

1203 Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

1204 Nous soulignons.

1205 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V*. Sérieux (sens 4).

1206 A. Fabre, *Rép. civ.* Dalloz, Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – notion de cause réelle et sérieuse, n° 150.

1207 E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail 2022*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 15e éd., 2021, p. 437, n° 657.

licenciement[1208] en mettant « *en balance le grief reproché au salarié et la rupture du contrat de travail* »[1209]. Ainsi une cause sérieuse de licenciement est « *plus que la faute légère – un retard isolé par exemple – et moins que la faute grave* »[1210]. Par exemple, n'est pas une cause sérieuse de licenciement le fait pour une salariée d'une concession automobile Renault d'acheter une voiture Peugeot[1211].

L'identification d'une cause de licenciement non sérieuse peut emporter plusieurs conséquences dont la première est logiquement son inefficacité avec « *la réintégration du salarié dans l'entreprise* »[1212]. En somme, cette position manifeste l'idée que l'existence d'une cause non sérieuse au licenciement est assimilable à une absence de cause. Toutefois, compte tenu de la spécificité de la relation de travail il est considéré que cette réintégration est non contraignante pour les parties au contrat et le juge. Pour cause, croire que les parties peuvent « *retisser le fil contractuel qui a été injustement rompu* » est une vision des choses « *exagérément optimiste, voire naïve* »[1213]. C'est pourquoi une autre issue est généralement envisagée, la rupture accompagnée de l'indemnisation du salarié.

2. Le cas de l'intérêt à agir en procédure juridictionnelle

425. ***L'assimilation du dérisoire à l'absent dans une procédure juridictionnelle.*** Comme précédemment il convient de reconnaître qu'il existe plusieurs situations dans lesquelles se manifeste apparemment l'assimilation du dérisoire, ou symbolique, à l'absent dans les différentes procédures juridictionnelles. Sachant notre projet de seulement manifester la généralité de ce principe au-delà de la contrepartie convenue du contrat à titre onéreux, nous proposons alors d'exposer que le cas spécifique de l'intérêt à agir en procédure civile[1214].

L'action en justice est classiquement soumise à la condition d'avoir un « *intérêt légitime* »[1215]. Cette exigence est générale et traditionnelle comme l'illustre l'adage de l'Ancien droit selon lequel « *pas*

1208 En matière disciplinaire, l'article 1333-2 du Code du travail évoque directement l'idée que la sanction doit être « *proportionnée à la faute commise* ».

1209 A. Fabre, *Rép. civ.* Dalloz, Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – notion de cause réelle et sérieuse, n° 150.

1210 F. Bergeron-Canut, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 7e éd., 2020, p. 279, n° 323.

1211 **Cass. soc., 22 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n ° 30, n° 90-42.517** ; *Dr. soc.* 1992. 329, note J. Savatier.

1212 Ctrav., art. L. 1235-3.

1213 A. Fabre, *Rép. civ.* Dalloz, Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – notion de cause réelle et sérieuse, n° 291.

1214 À titre d'exemple, nous pouvons évoquer la condition d'absence de caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité. Le rapport de la commission des lois du Sénat sur le projet de la loi organique indique que cette condition vise « *à écarter les questions prioritaires fantaisistes dont l'objet n'a souvent qu'un caractère dilatoire* » et précise qu'il « *s'agit seulement de s'assurer que la question n'est pas manifestement infondée* ». Les juridictions du fond sont donc censées opérer un contrôle minimal en s'assurant que la question « *présente un véritable intérêt en droit, sans porter d'appréciation sur le fond de la question* » (nous soulignons).

1215 CPC, art. 31. *Rappr.* CPC, art. 546.

d'intérêt, pas d'action »[1216]. La notion d'intérêt a fait l'objet d'importants approfondissements par les auteurs et la jurisprudence considère aujourd'hui, en matière de recevabilité des prétentions, que l'intérêt a plusieurs caractères : il « *doit être "direct et personnel", mais aussi "né et actuel" et* ***"sérieux*** *et légitime"* »[1217]. La dimension sérieuse de l'intérêt est rapprochée par le professeur Cayrol de l'idée de « *prétention dérisoire* » qui « *n'est pas une prétention en justice* »[1218]. L'auteur propose en conséquence de rapprocher cette situation de la maxime *de minimis non curat praetor*, déduite du *Corpus juris civilis*, pour justifier l'irrecevabilité d'une prétention soutenue par un intérêt à agir dérisoire. En outre il convient de relever que l'auteur fait aussi écho, dans les développements relatifs à l'intérêt à agir dérisoire, à l'article 35 §3, b de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui dispose que « *la cour déclare irrecevable toute requête individuelle […] lorsqu'elle estime que le requérant n'a subi aucun* ***préjudice important*** »[1219].

En tout état de cause, que ce soit concernant l'intérêt à agir ou les références associées, on retrouve ici le point développé dans ce chapitre à savoir une assimilation du dérisoire à l'absent.

§2. Un contrôle variable dans la sphère extracontractuelle

426. ***Un cas certain et un cas incertain.*** Dans la sphère extracontractuelle, il est difficile de déterminer si l'assimilation du dérisoire à l'inexistant est admis de manière générale. Néanmoins, il est possible d'évoquer un cas certain de refus d'assimilation de l'insuffisant à l'absent (**A**) et un cas incertain d'assimilation de l'insuffisant à l'absent (**B**).

A. Le cas certain de l'empiètement minime pour la propriété immobilière

427. ***Le refus d'assimilation du minime à l'absent en matière d'empiètement.*** La question est très largement connue et nécessite peu de développements. Toutefois, elle mérite d'être signalée car elle est un cas manifeste de non-assimilation de l'insignifiant à l'absent, ce qui souligne que cette assimilation est un raisonnement de principe non permanent.

L'empiètement est le « *fait d'occuper, sans droit, une partie d'un immeuble contigu* »[1220]. L'origine d'une telle situation peut être très diverse mais généralement il est question d'une construction qui

---

1216 H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4e éd., 1999.

1217 N. Cayrol, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 3e éd., 2020, p. 72, n° 169 (nous soulignons).

1218 N. Cayrol, *Rép. civ.*, Action en justice, n° 250.

1219 N. Cayrol, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 98, n° 231 (nous soulignons).

1220 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V.* Empiètement (sens 1). Pour l'admission de la qualification d'empiètement pour l'occupation d'un immeuble par un meuble *V.* **CA Aix-en-Provence, 1-5 ch. A, 7 oct. 2019, n° 17/20852, n° 2018/550**.

déborde sur la propriété voisine soit au niveau du sol[1221], soit en sursol ou surplomb[1222], soit en sous-sol ou tréfonds[1223]. Face à cette situation, la Cour de cassation fait preuve d'une rigueur célèbre qui consiste à prononcer la destruction de tout empiètement censurant systématiquement les décisions qui s'y opposent au motif du caractère négligeable de l'empiètement[1224]. Face à cette situation, les auteurs estiment, non pas que le caractère minime de l'empiètement mérite d'être assimilé à l'empiètement inexistant, mais que celui-ci doit être résolu par l'octroi de dommages et intérêts[1225]. Au-delà de la question de la sanction il convient de retenir de l'existence de ce cas l'idée que l'empiètement minime n'est pas assimilé à une absence d'empiètement. Il est ici manifestement fait exception au raisonnement qui intéresse ce chapitre qui assimile le dérisoire à l'inexistant.

B. Le cas incertain du préjudice minime

428. ***L'assimilation incertaine du préjudice minime au préjudice absent.*** Depuis 1804 il est acquis que la responsabilité civile se caractérise par la réunion de trois conditions, que sont l'existence d'un préjudice, d'un fait générateur et d'un lien de causalité entre les deux. De nos jours, le préjudice se présente au sein de ce triptyque comme l'élément primordial de la responsabilité civile car elle exprime sa fonction indemnitaire première[1226]. C'est-à-dire que la responsabilité civile vise principalement à assurer la réparation du préjudice subi[1227]. Curieusement, aussi centrale que puisse être cette condition d'un préjudice, la notion n'est pas définie par le législateur. Toutefois, les auteurs proposent de longue date des définitions et l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile projette de pallier cette carence. Celui-ci propose dans son article 1235 de définir le préjudice comme « *la lésion d'un intérêt* ». Si cette définition comble un espace législatif celle-ci laisse toutefois

---

1221 **Cass. civ. 3e, 21 déc. 2017, *Bull. civ.* III, n° 144, n° 16-25.406** : partie d'un bâtiment et d'un mur de clôture édifiés sur le fonds voisin.

1222 **Cass. civ. 3e, 6 juill. 2017, *Bull. civ.* III, n° 15-17.278** : bris de toiture et chéneau débordant sur le mur mitoyen.

1223 **Cass. civ. 3e, 10 nov. 2009, *Bull. civ.* III, n° 248, n° 08-17.526** : installation de tirants d'ancrage dans le sous-sol du voisin.

1224 *V.* not. **Cass. civ. 3e, 20 mars 2002, *Bull. civ.* III, n° 71, n° 00-16.015** ; *D.* 2002, jur., p. 2075, note Ch. Caron ; somm., p. 2057, obs. B. Mallet-Bricout ; *JCP G.* 2002, 10189, note V. Bonnet ; I, 176, n° 6, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP N* 2002, 1648, note J.-Cl. Planque ; *RTD civ.*, 2002, p. 333, obs. Th. Revet (empiétement de 5 millimètres) ; **Cass. civ. 3e, 1er déc. 1971, *Bull. civ.* III, n° 594, n° 70-11.006** (empiétement de 4 centimètres) ; **Cass. civ. 3e, 4 juin 1998, n° 96-19.904** ; *JCP G*, 1999, I, 120, n° 2, chron. H. Périnet-Marquet (empiétement de 2 centimètres) ; **Cass. civ. 3e, 18 févr. 1998, *Bull. civ.* III, n° 43, n° 95-19.106** ; *AJPI* 1998, p. 853, note G. Teillas ; *JCP G*, 1999, I, 120, n° 2, chron. H. Périnet-Marquet (« empiétement » de la demi- épaisseur du mur mitoyen en remplacement duquel avait été édifiée la construction litigieuse.)

1225 L'avant-projet de réforme du droit des biens propose de créer un statut spécial pour l'empiètement minime à l'article 539 qui est d'enfermer l'action en démolition dans un délai restreint.

1226 Sur le recul de la faute et l'avancée du préjudice *V.* not. Ph. Le Tourneau, *Rép. civ.* Dalloz, Responsabilité : généralités, n° 20 et suiv.

1227 **Cass. civ. 2e, 28 oct. 1954, *Bull. civ.* II, n° 328** ; *RTD civ.* 1955, p. 324, obs. H. et L. Mazeaud : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ».

entière la question de la suffisance de la lésion pour admettre l'existence qu'un préjudice. Doit-on recherche une lésion suffisante ou bien toute lésion est en mesure d'être qualifiée de préjudice ? À cette question la jurisprudence n'apporte pas une réponse unique.

429. ***L'assimilation refusée de l'insuffisant à l'absent.*** D'un côté, on peut relever en jurisprudence le refus manifeste d'une assimilation du préjudice minime au préjudice absent. En 1994 la Cour de cassation l'a affirmé sans détour en considérant « *que tout préjudice, **même minime**, doit être réparé* »[1228]. Cette affirmation sous la forme d'un principe laisse présager que le préjudice minime est invariablement un préjudice. En accord avec cette position, la Cour de cassation a formulé le même principe à l'égard du préjudice spécial de la perte de chance. Ainsi elle a affirmé en 2014 que « *la perte certaine d'une chance **même faible**, est indemnisable* »[1229] et en 2016 « *que **toute perte de chance** ouvre droit à réparation* »[1230]. Au regard de ces différentes décisions qui refusent d'assimiler le préjudice minime au préjudice absent, ainsi que celles qui l'illustrent depuis de nombreuses années[1231], il ressort le net sentiment que le préjudice fait exception à l'assimilation du dérisoire à l'inexistant[1232].

430. ***L'assimilation admise de l'insuffisant à l'absent.*** D'un autre côté, on peut relever en jurisprudence l'admission manifeste d'une assimilation du préjudice minime au préjudice absent. Ainsi en 1966 la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui contestait le refus d'admettre l'existence d'un préjudice en raison de la suppression d'une partie de la chose objet d'un bail[1233]. Pour cause, selon la haute juridiction, les juges du fond ont relevé que cette suppression « *était minime et n'affectait pas l'essentiel de la chose louée* » et donc n'ouvrait pas droit à une indemnisation. Également en 1989 la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui contestait le refus d'accorder une indemnisation pour perte d'ensoleillement et qui défendait que « *tout préjudice si minime soit-il doit être réparé* »[1234]. La haute juridiction a considéré que la Cour d'appel avait souverainement retenu le « *caractère négligeable* » de la perte d'ensoleillement et qu'elle avait « *justement exclu l'indemnisation d'un élément négligeable* ». Plus

---

1228 **Cass. civ. 3e, 22 juin 1994, n° 92-20.033** : « *Qu'en statuant ainsi, alors que tout préjudice, même minime, doit être réparé, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (nous soulignons).

1229 **Cass. civ. 1re, 16 janv. 2014, *Bull. civ.* I, n° 2, n° 12-14.439** (nous soulignons).

1230 **Cass. civ. 1re, 12 oct. 2016, *Bull. civ.* I, n° 15-23.230** : « *que toute perte de chance ouvre droit à réparation ; qu'ayant retenu que la faute commise par l'avocat avait fait perdre à M. X... une chance, même minime, de voir écarter les prétentions du prêteur, les juges d'appel ont, à bon droit, admis sa demande d'indemnisation* » (nous soulignons).

1231 *V.* not. **Cass. com., 17 juin 1964, *Bull. civ.* IV, n° 314** : une indemnisation de 17 326 francs en réparation du « *préjudice minime* » de la victime ; **Cass. civ. 2e, 25 mai 2022, *Bull. civ.* II, n° 20-16.351** : « *En statuant ainsi, alors que toute perte de chance ouvre droit à réparation, la cour d'appel, qui a exigé de la victime qu'elle démontre l'existence de la perte d'une chance sérieuse de participer aux Jeux olympiques, a violé le texte et le principe susvisés* ».

1232 C'est ainsi qu'une victime a pu se voir accorder une réparation de 1 franc pour son préjudice : **Cass. crim., 16 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 178, n° 73-91.139**.

1233 **Cass. com., 18 mai 1966, *Bull. civ.* IV, n° 261**.

1234 **Cass. civ. 3e, 18 mai 1989, n° 88-10.397**.

récemment, la Cour de cassation a considéré par deux fois qu'un préjudice de perte de chance ouvrait droit à réparation uniquement s'il était démontré « *la perte* ***d'une chance raisonnable*** »[1235]. Dès lors, sachant que dans la première espèce la perte de chance « *était minime* », il n'a pas pu être accordé d'indemnisation[1236].

Au terme de cet exposé de la jurisprudence, il apparaît que l'assimilation de l'insuffisant à l'absent en matière de préjudice n'est pas parfaitement acquise pour la Cour de cassation[1237].

431. ***Conclusion de la section II.*** Lorsque l'on connait uniquement le cas de la contrepartie convenue dérisoire on peut penser que l'assimilation du dérisoire à l'inexistant lui est spécifique et systématique. Toutefois, l'étude de la jurisprudence apprend rapidement au juriste que tel n'est pas le cas. L'assimilation du dérisoire à l'inexistant est un raisonnement judiciaire général qui se manifeste dans différentes branches du droit. Par exemple, la jurisprudence a eu l'occasion d'en manifester l'existence en matière de clauses contractuelles limitatives de responsabilités, léonines en droit des sociétés ou créant un déséquilibre significatif en droit de la concurrence. Également, ce raisonnement a été admis dans le contrôle de la cause d'un licenciement, qui se doit d'être sérieuse, ou encore dans le contrôle de l'existence d'un intérêt à agir en justice. Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence permet aussi d'apprendre que ce raisonnement judiciaire assimilant l'insuffisant à l'inexistant n'est pas systématique. On peut en effet relever dans certains contentieux une

---

1235 **Cass. civ. 1re, 30 avr. 2014, n° 13-16.380** ; F. Leduc, *RCA* 2014, comm. N° 215 ; O. Sabard, *LEDC*, 12 juin 2014, n° 6, p. 6 : « *Mais attendu qu'après avoir retenu une faute à l'encontre du notaire, l'arrêt relève que la perte de chance de choisir un autre régime matrimonial était minime, dès lors que la préoccupation principale des époux lors de la signature du contrat de mariage était d'assurer la protection du conjoint survivant et non d'envisager les conséquences d'une rupture du lien matrimonial, et que les parties avaient tenu compte des modalités de la liquidation du régime matrimonial pour fixer le montant de la prestation compensatoire ; qu'en l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a pu estimer que M. X... ne justifiait pas d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance raisonnable d'adopter un autre régime matrimonial ; que le moyen n'est pas fondé* » ; **Cass. civ. 1re, 25 nov. 2015, *Bull. civ.* I, n° 540, n° 14-25.109** : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, de ses constatations et appréciations, il résultait que M. X... ne justifiait pas d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance raisonnable de succès de ses prétentions tendant à voir écarter la solidarité entre les auteurs d'abus de confiance et de recel pour défaut de connexité de ces délits, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (nous soulignons). Anciennement *V*. **Cass. civ. 1re, 7 mai 2008, n° 06-14.836** : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser une chance sérieuse dont la perte était ainsi réparée, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard du texte susvisé* ».

1236 Pour une présentation générale de la question et du contentieux *V*. L. Vitale, *La perte de chance*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2020, p. 263 et suiv., n° 492 et suiv.

1237 Sur le plan européen il est intéressant de noter des échos à cette question.

Concernant l'Union Européenne, il convient de relever l'existence du considérant 35 de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « *Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement.* ». *Rappr.* **CJUE, 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi c/ Nokia Danemark*, n° C-463/12** ; *RTD com.* 2016, p. 114, obs. Fr. Pollaud-Dulian ; *RLDI* avr. 2015, p. 19, note L. Coste ; *CCE* 2015, n° 30, note Ch. Caron ; *LEPI* 5/2015, p. 2, note C. Bernault ; *Propr. intell.* 2015, n° 56, p. 288, note C. Bernault.

Concernant la Convention Européenne des Droits de l'Homme, il convient de mentionner l'article 35, §3, b) qui dispose que « *la cour déclare irrecevable toute requête individuelle […] lorsqu'elle estime que le requérant n'a subi aucun préjudice important* » (nous soulignons). Selon la Cour européenne des droits de l'homme cette condition d'un préjudice important doit être entendue comme « *la violation d'un droit (qui) doit atteindre un seuil minimum de gravité* » (**CEDH, 7 janv. 2014, *Cusan et Fazzo c/ Italie*, n° 77/07 § 36**) dont l'appréciation « *est, par nature, relative et dépend des circonstances de l'espèce* » (**CEDH, 1er juill. 2010, *Korolev c/ Russie*, déc. n° 25551/05**).

réticence forte à une telle assimilation. À titre d'exemple, nous pouvons évoquer le contentieux de l'empiètement pour lequel le caractère minime n'empêche jamais une réaction judiciaire. Une même opposition se fait jour dans le droit de la responsabilité civile avec l'affirmation explicite par la Cour de cassation que tout préjudice, même minime, est réparable. Toutefois, il convient de tempérer cette affirmation car il se révèle dans plusieurs arrêts qu'un préjudice minime a pu être assimilé à une absence de préjudice justifiant de refuser toute indemnisation à la victime.

En conclusion, il apparaît que l'assimilation de l'insuffisant à l'absent est un raisonnement judiciaire général, c'est-à-dire qui va au-delà de la seule contrepartie convenue caractéristique du contrat à titre onéreux, et qui n'est pas d'une application systématique, se révélant incertain ou refusé dans certains contentieux.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

432. ***L'assimilation générale de l'insuffisant à l'absent : un raisonnement admis à l'endroit de la contrepartie convenue.*** Sous l'empire du Code civil de 1804 la jurisprudence nous enseigne qu'une contrepartie convenue dérisoire équivaut à une absence de contrepartie. Cette position ressort immédiatement de la jurisprudence rendue par la Cour de cassation sur le fondement de la cause de l'obligation qui estime qu'un prix dérisoire n'est pas un prix et le contrat litigieux est nul pour absence de cause. Ce raisonnement n'est toutefois pas limité à la notion de prix. Au contraire celui-ci est généralisé à l'échelle de la cause de l'obligation, de façon à toucher tout engagement. Également ce raisonnement n'est pas spécifique à la contrepartie convenue sur le fondement de la cause de l'obligation celui-ci est également admis sur le fondement de la fraude paulienne.

Aussi général que puisse paraître ce raisonnement il convient de reconnaître que celui-ci n'est systématique. La jurisprudence donne en effet à connaître des cas dans lesquels l'assimilation de l'avantage dérisoire à l'avantage absent n'est pas admise considérant qu'un avantage dérisoire n'empêche pas les qualifications de contrepartie convenue et de contrat à titre onéreux. L'exemple le plus parlant est celui de la donation déguisée sous les traits d'une vente à prix dérisoire. La haute juridiction considère que ce prix dérisoire donne une apparence de contrat à titre onéreux alors même qu'elle estime qu'il n'en est rien sur le terrain de la cause de l'obligation.

433. ***L'assimilation générale de l'insuffisant à l'absent : un raisonnement illustré par la contrepartie convenue.*** La contrepartie convenue caractéristique du contrat à titre onéreux est un lieu privilégié d'expression de l'assimilation du dérisoire à l'inexistant mais ce n'en est pas pour autant le seul. En effet l'assimilation du dérisoire à l'inexistant s'est également illustrée en matière de clauses contractuelles en droit commun des contrats, ou encore en dans le droit des sociétés avec la qualification de clause léonine. Également cette assimilation s'est illustrée en matière de justification d'actes juridiques non contractuels comme en droit du travail avec le licenciement ou encore en procédure juridictionnelle avec l'intérêt à agir. Par ailleurs il convient de souligner que cette assimilation n'est pas systématique. On a pu relever en effet que ce raisonnement était refusé en matière d'empiètement et d'une application incertaine en responsabilité civile.

En définitive il apparaît au terme de ce chapitre deux conclusions principales. D'une part

l'exigence d'un avantage non dérisoire pour emporter la qualification de contrepartie convenue est variable. Certes dans de nombreux cas il est attendu l'identification d'un avantage non dérisoire mais cela ne l'est pas systématiquement. D'autre part l'assimilation du dérisoire à l'inexistant n'est pas spécifique à la contrepartie convenue. Certes la contrepartie convenue illustre idéalement cette assimilation toutefois elle n'en est pas le domaine exclusif d'expression. Cette assimilation s'exprime dans bien d'autres domaines sans toutefois être systématique, ce qui permet d'envisager qu'il peut le raisonnement à l'œuvre en matière de lésion.

CHAPITRE II

UN CONTRÔLE PARENT DE LA LÉSION

434. ***La proximité des contrôles : des caractéristiques techniques similaires.*** Considérant que la lésion et la contrepartie convenue dérisoire, analysée comme une absence de cause, sont des notions d'inspirations différentes il a toujours été conclu que leur similarité technique n'est que factuelle. Ainsi les auteurs considèrent que « *ce n'est qu'incidemment* »[1238], « *par ricochet* »[1239] que la contrepartie convenue dérisoire permet de remettre en cause un contrat déséquilibré. Autrement dit, la contrepartie convenue dérisoire a l'apparence d'une lésion sans en avoir l'essence.

À nos yeux cette similarité ne doit pas être analysée comme une coïncidence mais plutôt comme le signe d'une parenté entre les notions. Cela nous apparaît d'autant plus envisageable depuis que nous avons vu que le raisonnement à l'œuvre en matière de contrepartie convenue dérisoire n'est pas spécifique à la contrepartie convenue et est donc parfaitement transposable à la lésion. Afin de convaincre de l'existence de cette parenté nous proposons de montrer dans une première section la proximité technique des notions de lésion et de contrepartie convenue dérisoire (**Section I**).

435. ***La hiérarchie des contrôles : une spécialisation courante de la lésion.*** Si la lésion et la contrepartie convenue dérisoire présentent des caractères communs il convient de reconnaître qu'il n'y a pas d'identité parfaite entre les concepts. On constate, en effet, une spécialisation de la lésion, qui fait l'objet d'un contrôle plus encadré et/ou de sanctions spécifiques. Face à cette situation, la tentation est alors grande d'envisager l'autonomie de la lésion à l'égard de la contrepartie convenue dérisoire et de soutenir l'existence d'une différence de nature entre les notions. Toutefois, nous pensons qu'il faut relativiser l'importance de cette autonomie et en limiter les incidences sur l'identification de la nature des concepts. Il n'est en effet pas question de concepts totalement différents, mais partiellement différents, ce qui manifeste à notre avis une relation de général à spécial. Pour nous la lésion est donc un cas particulier de contrepartie convenue dérisoire, même si cela va à l'encontre de l'ordre d'apparition des concepts de contrepartie convenue dérisoire et de

[1238] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 379, n° 435 (*in limine*).

[1239] G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 43, n° 61.

lésion.

Pour convaincre de la fécondité de cette analyse, nous montrerons dans une seconde section l'originalité courante de la lésion et la nécessité de la rattacher à la contrepartie convenue dérisoire en raison de leur distinction commune avec d'autres concepts (**Section II**).

Section I
La proximité des notions

Section II
La hiérarchie des notions

SECTION I

LA PROXIMITÉ DES NOTIONS

436. ***Les similitudes techniques entre la lésion et la contrepartie convenue dérisoire.*** La lésion et la contrepartie convenue dérisoire sont classiquement distinguées comme étant des notions aux résultats occasionnellement similaires mais répondant à des fonctions différentes. Cette répartition des tâches, rappelée par de nombreux auteurs, pose néanmoins question sur le plan technique car les notions partagent des mêmes caractéristiques.

Afin de manifester cette proximité technique des notions nous proposons de montrer que les trois caractéristiques censées souligner l'autonomie de la lésion se retrouvent dans la contrepartie convenue dérisoire. Nous verrons ainsi dans un premier temps les dimensions relative et forfaitaire communes des notions (**§1**) et dans un seconde temps la dimension objective commune des notions (**§2**).

§1. Des contrôles relatifs et forfaitaires

437. ***Une dimension relative commune.*** La lésion est définie de manière générale comme « *l'inégalité originaire des prestations réciproques* »[1240]. Il ressort de cette définition une dimension relative pour la lésion. C'est-à-dire qu'elle n'est pas un préjudice absolu, dont on pourrait déterminer une valeur invariable, mais un préjudice relatif déterminé par la comparaison des prestations réciproques. Comme l'a justement précisé le professeur Chantepie la lésion est une atteinte à « *l'égalité de l'échange économique projeté* » qui se révèle « *dans l'inadéquation du prix à la prestation principale* »[1241].

Cette dimension relative de la lésion n'est pas spécifique à cette dernière et se retrouve à l'endroit de la contrepartie convenue dérisoire. Celle-ci n'est pas déterminée de manière absolue, par référence à un minimum général, mais de manière relative. Chaque contrepartie est appréciée « *en*

[1240] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *V*. Lésion.

[1241] G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 502, n° 793 et p. 64, n° 94.

contemplation »[1242] de l'autre. Ainsi est dérisoire la contrepartie convenue qui « *est hors de toute proportion* »[1243] avec l'autre contrepartie convenue. Par exemple, la Cour de cassation a considéré que l'acquisition d'actions « *sans valeur* »[1244] pour un prix d'un franc n'était pas nulle. L'opération était intrinsèquement équilibrée, même si les prestations étaient dérisoires aux yeux de tous. De même, la haute juridiction a considéré la cession de droits immobiliers pour un prix de 5 000 francs était dérisoire[1245], même si ce prix n'est pas dérisoire dans l'absolu.

En conclusion, on constate que la contrepartie convenue dérisoire et la lésion partagent la caractéristique d'être des contrôles relatifs c'est-à-dire consistant à comparer deux éléments subjectifs entre eux, et non un élément subjectif par référence à un élément objectif.

438. ***Une dimension forfaitaire commune.*** La lésion, envisagée comme un « *déséquilibre des prestations* », est dite par nature forfaitaire. Cette nature s'exprime de deux manières différentes dans les textes. Soit, « *la lésion est mathématiquement déterminée* »[1246], c'est-à-dire que la lésion est quantifiée par une référence arithmétique. Tel est le cas par exemple dans la vente d'engrais, semences ou plants destinés à l'agriculture où une action est accordée à l'acquéreur qui a subi une lésion de plus du quart[1247]. Il en est de même dans l'exemple classique de la vente immobilière où une action est accordée au vendeur qui a subi une lésion de plus des sept douzièmes[1248]. Soit, la lésion est laissée à l'appréciation du juge qui détermine « *le seuil à partir duquel l'inégalité entre les prestations devient suffisamment grave pour justifier une sanction* »[1249]. C'est-à-dire que le seuil n'est pas fixé de manière arithmétique, mais de manière linguistique avec les idées d'excès ou d'iniquité. Tel est le cas par exemple dans les conventions d'assistance maritime où il est fait référence à l'équité[1250] ou encore

---

1242 D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 363, n° 433 (*in fine*) « *Il n'en reste pas moins que la qualification de prix non sérieux suppose la considération de la contre-prestation : le prix est dérisoire en contemplation de la chose transférée et de l'appréciation qu'en font les parties.* » (nous soulignons).

1243 A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 50, n° 37.

1244 **Cass. com., 3 janv. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 8, n° 83-15.520** ; *RTD com.* 1986, p. 521, obs. Cl. Champaud.

1245 **Cass. civ. 1re, 20 oct. 1981, *Bull. civ.* I, n° 301, n° 80-14.741**.

1246 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 495, n° 438.

1247 Loi du 8 juillet 1907 concernant la vente des engrais Loi du 8 juillet 1907 concernant la vente des engrais (action en réduction de prix et dommages-intérêts en cas de lésion) JORF n° 0184, modifiée par la loi n° 79-595 du 13 juillet 1979 : « *La lésion de plus du quart dans l'achat des engrais ou amendements qui font l'objet de la loi n° 79-595 du 13 juillet 1979, des semences et plants destinés à l'agriculture, et des substances destinées à l'alimentation des animaux de la ferme, donne à l'acheteur une action en réduction de prix et dommages-intérêts.* »

1248 Cciv., art. 1674 : « *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.* »

1249 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 495, n° 438.

1250 Loi n° 67-434 du 7 juillet 1967 relative aux règlements de mer (art. 15) faisant suite à une loi du 29 avril 1916 (art. 7) : « *Tout fait d'assistance ayant eu un résultat utile donne lieu, dans ce cas seulement, à une rémunération équitable dont le montant ne peut dépasser la valeur des choses sauvées.* » (texte abrogé en 2010). Ctrans., art. L. 5132-6 : « *Un contrat ou certaines de ses clauses peuvent être annulés ou modifiés, si : 1° Le contrat a été conclu sous une pression abusive ou sous l'influence du danger et que ses*

dans les relations d'affaires à l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce où il est question de disproportion manifeste[1251], voire enfin dans le bail d'habitation à l'article 17-2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 où la lésion ouvre droit à une action si le loyer est « *manifestement sous-évalué* ».

Cette dimension forfaire essentielle de la lésion se retrouve à l'endroit de la contrepartie convenue. Celle-ci est en effet assimilée à une absence de contrepartie si elle est dérisoire. Ce qualificatif détermine un seuil de manière non arithmétique à l'image de certains cas de lésion.

§2. Des contrôles objectifs

439. ***Une dimension objective commune.*** La lésion est envisagée comme un vice objectif ce qui signifie qu'elle est admise en faisant « *abstraction de ses causes* »[1252]. Techniquement, cette caractéristique se manifeste par le fait que « *la preuve de l'absence d'un vice de consentement ne fait pas obstacle à la lésion* »[1253]. Comme l'a souligné la Cour de cassation, la lésion constitue « *en soi une cause de rescision, indépendamment de tout vice du consentement* »[1254]. Toutefois, cette objectivité cède lorsqu'il est exprimé une intention libérale. Sur le fondement de l'article 1674 du Code civil la Cour de cassation a en effet considéré que « *la lésion ne saurait se concevoir dans un transfert de propriété déterminé par une intention libérale* »[1255]. Cette exception a fait l'objet de peu de contentieux[1256] mais les auteurs sont favorables à son admission dans d'autres cas[1257], sauf pour le mineur qui est dans « *(l')incapacité totale de donner* »[1258] entre vifs[1259].

---

clauses ne sont pas équitables ; ou 2° Si le paiement convenu en vertu du contrat est beaucoup trop élevé ou beaucoup trop faible pour les services effectivement rendus. »

1251 Le contrat peut être annulé s'il est obtenu un avantage « *manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ». Pour la qualification de lésion à l'égard de ce texte *V.* M. Béhar-Touchais, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *JCP E* 2019, n° 29, p. 1363.

1252 G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 502, n° 793.

1253 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 494, n° 437. *Rappr.* **Req., 28 déc. 1932** ; *DP* 1933. 1. 87, rapp. Dumas ; *S.* 1933. 1. 377 : « *la lésion légalement constatée est par elle-même et à elle seule une cause de rescision, indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance* ».

1254 **Cass. civ. 1re, 19 oct. 1960, *Bull. civ.* I, n° 448**.

1255 **Cass. req., 3 juin 1863, *Martal***, préc. ; Pour un rappel récent *V.* not. **Cass. civ. 1re, 16 juill. 1959, *Bull. civ.* I, n° 360** ; note R. Savatier, *D.* 1960, p. 185. Cette solution reçoit différentes justifications en doctrine. Soit, elle est attribuée à la dimension spéciale de la vente, qui se distingue de la donation (*V.* en ce sens Fr. Collart-Dutilleul, *J.-Cl. Civ.*, Fasc. unique : Vente. – Nullité et résolution. – Rescision pour cause de lésion, n° 10), soit elle est attribuée à la gratuité des libéralités qui est par nature étrangère à la lésion (*V.* en ce sens G. Chantepie, *La lésion*, th. préc., p. 323 et suiv., n° 487 et suiv.).

1256 Pour le bail rural *V.* l'arrêt suivant laisse envisager que si une intention libérale avait été prouvée la révision du montant du fermage aurait été refusée : **CA Aix-en-Provence, 1re et 5e ch. réunies, 25 mars 2021, n° 19/01128**.

1257 En ce sens, concernant la lésion dans la cession de droits d'exploitation (L. 131-5 CPI) : *V.* É. Vergès (dir.), *Contrats sur la recherche et l'innovation*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2018, p. 461, n° 144.151.

1258 Y. Flour, Ch. Donzel-Taboucou, M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2018-2019, p. 838, n° 312.101.

1259 Cciv., art. 903, 904 (*a contrario*) et 1146. *Rappr.* Cciv., art. 387-2 et 408, al. 1er.

Cette dimension objective caractéristique de la lésion se retrouve à l'endroit de la contrepartie convenue qui, sur le fondement de la cause, justifie la nullité du contrat sans la preuve d'un vice du consentement[1260], à moins qu'il soit rapporté la preuve d'une intention libérale[1261]. Une fois encore la contrepartie convenue dérisoire et la lésion partagent la même caractéristique technique.

440. ***Conclusion de la section I.*** Alors que les auteurs défendent l'autonomie conceptuelle de la lésion, nous sommes d'avis qu'il est possible de voir dans la lésion une notion parente à la contrepartie convenue dérisoire. Au soutien de cette position il est intéressant de noter que le traitement de chaque notion est particulièrement proche. Tout d'abord la lésion comme la contrepartie convenue dérisoire sont des contrôles relatifs, c'est-à-dire qui visent à mettre en relation deux éléments résultants de l'accord de volontés entre eux et non un de ces éléments à l'épreuve d'un seuil objectif. Ensuite la lésion comme la contrepartie convenue dérisoire établissent un forfait, c'est-à-dire qu'il y a un seuil à partir duquel la remise en cause de l'acte est admise. Ce seuil est soit déterminé arithmétiquement en visant une fraction mathématique, soit d'une manière non arithmétique par référence à un seuil linguistique tel que l'excès ou l'iniquité. Enfin la lésion comme la contrepartie convenue dérisoire sont objectives, elles sont indépendantes de la preuve d'un vice du consentement.

1260 **Cass. com., 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71, n° 08-12.691**, préc. : « *Mais attendu qu'est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption ; qu'ayant retenu que la cession portait sur des actions de la société SNP disparue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'établir l'existence d'un vice du consentement, en a justement déduit qu'à défaut d'objet, ces conventions de cession étaient nulles* » (nous soulignons). Il en est de même sur le fondement des nullités de la période suspecte. En ce sens très nettement *V.* **CA Nîmes, 4e ch. com., 7 nov. 2019, n° 19/01064**, préc. : la qualité de « *professionnel averti et expérimenté qui a eu accès à toutes les informations* […] *n'entrent pas en ligne de compte dans l'appréciation du déséquilibre notable d'un contrat commutatif* » sur le fondement de la nullité de droit de l'article L. 632-1 du Code de commerce.

1261 La position est ancienne et inchangée depuis un arrêt fondateur : **Cass. req., 3 déc. 1912** ; *DP* 1913. 1. 175 ; *S* 1914. 1. 388. Pour un rappel récent *V.* not. **Cass. civ. 1re, 6 janv. 1969, *Bull. civ.* I, n° 8** : « *constituait une donation indirecte, la modicité du prix trouvant sa cause dans l'intention libérale elle-même, qu'en déclarant ensuite que la libéralité portait sur le prix et qu'ainsi le moyen tiré de la vileté de celui-ci devait être écarté, ils ont répondu aux conclusions prétendument délaissées* ». Pour une critique de la position doctrinale antérieure *V. not.* M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Donations et testaments*, T. V, *op. cit.*, p. 550 à 552.

SECTION II

LA HIÉRARCHIE DES NOTIONS

441. ***Des particularités spécifiques à la lésion et communes avec la contrepartie convenue dérisoire.*** Même si la lésion et la contrepartie convenue dérisoire sont des contrôles qui s'intéressent tous deux à la proportion forfaitaire et absolue de deux prestations, il ne faut pas conclure à l'identité des concepts. La proximité des notions est plutôt l'indice d'un rapport hiérarchique entre elles où la contrepartie convenue dérisoire est le genre général et la lésion le cas spécial.

Afin de montrer cette hiérarchie des notions, nous proposons de montrer que la lésion présente régulièrement des spécificités (**§1**) et que celles-ci ne remettent pas en cause la part d'identité qui existe entre les notions de lésion et de contrepartie convenue dérisoire (**§2**).

§1. La spécialisation de la lésion par rapport à la contrepartie convenue dérisoire

442. ***Trois principaux lieux de spécialisation.*** La spécialisation de la lésion par rapport à la contrepartie convenue dérisoire se manifeste principalement à trois niveaux. Premièrement, celle-ci se fait sentir à l'endroit de la dimension forfaitaire de la lésion. Deuxièmement, celle-ci se fait sentir à l'égard de l'appréciation de la lésion. Troisièmement, celle-ci se fait sentir à l'endroit de la sanction associée à la lésion.

443. ***La spécialisation du seuil.*** Premièrement, la lésion se spécialise par rapport à la contrepartie convenue dérisoire à l'égard de sa dimension forfaitaire. Deux spécialisations sont à noter.

La première est dans la formulation du seuil à partir duquel la lésion est acquise. Il s'avère en effet que la lésion peut être exprimée soit par l'intermédiaire d'un seuil non arithmétique, comme pour la contrepartie convenue dérisoire, soit par l'intermédiaire d'un seuil arithmétique, comme pour la lésion dans la vente immobilière ou la cession de droits d'exploitation. Dans ces deux domaines, la lésion est des sept douzièmes[1262].

La seconde spécialisation du seuil de la lésion qui doit être signalée est relative à son importance.

[1262] Cciv., art. 1674 ; CPI, art. L. 131-5.

On remarque que la lésion a généralement un seuil plus facile à atteindre que la contrepartie convenue dérisoire. La situation est particulièrement manifeste pour le bail rural. Suivant l'article L. 411-13 du Code rural le bail « *contracté à un prix supérieur ou inférieur d'au moins un dixième à la valeur locative* » est lésionnaire et ouvre droit à une action pour sa victime. Concernant cette spécialisation par l'élévation du seuil de contestation du contrat il convient de souligner que la différence avec la contrepartie convenue dérisoire, qui est de l'ordre du degré, n'est pas toujours facile à déterminer. Par exemple, l'article L. 5132-6 du Code des transports prévoit qu'un contrat est lésionnaire « *(s)i le paiement convenu en vertu du contrat est beaucoup trop élevé ou beaucoup trop faible pour les services effectivement rendus* ».

444. ***La spécialisation de l'appréciation.*** Deuxièmement, la lésion se spécialise par rapport à la contrepartie convenue dérisoire au sujet des modalités d'appréciation du déséquilibre. Alors que pour la contrepartie convenue dérisoire l'appréciation relève du pouvoir souverain de juges du fond, qui peuvent recourir à des éléments d'appréciation apportés par les parties, la lésion peut faire l'objet d'une appréciation plus encadrée. Par exemple, en matière de vente immobilière l'article 1678 du Code civil impose la réunion de trois experts qui établissent un procès-verbal qui participe à la démonstration de la lésion. Certes, le juge n'est pas tenu de suivre le résultat de l'expertise, comme pour la contrepartie convenue dérisoire, mais contrairement à cette dernière il est dans l'obligation d'obtenir cette expertise. Également, il peut être évoqué le cas de la lésion dans le bail rural pour laquelle l'article L. 411-11 du Code rural prévoit que l'évaluation du loyer doit se faire par référence à un arrêté de l'autorité administrative compétente qui fixe des *minima* et des *maxima* de valeur.

445. ***La spécialisation de la sanction.*** Troisièmement, la lésion se spécialise par rapport à la contrepartie convenue dérisoire sur le terrain de la sanction du déséquilibre. Alors que pour la contrepartie convenue dérisoire la sanction est seulement la nullité relative[1263] qui se prescrit par cinq ans, la lésion est sanctionnée principalement de deux manières. La première manière est proche de celle de la contrepartie convenue dérisoire, mais elle est spéciale à la marge. Par exemple, pour la lésion en matière immobilière il est possible d'obtenir la nullité du contrat mais sous des conditions plus strictes que pour la contrepartie convenue dérisoire[1264]. Ainsi l'article 1676 du Code civil prévoit que la nullité est assortie d'un délai de forclusion de deux ans. La seconde manière est

[1263] **Cass. com., 22 mars 2016, *Bull. civ.* IV, n° 1172, n° 14-14.218** ; *RTD civ.* 2016, p. 343, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2016, p. 317, obs. B. Bouloc ; *CCC* n° 6, comm. 136, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2016, p. 435, obs. Y.-M. Laithier ; *Gaz. pal.* 2016, n° 17, p. 23, obs. D. Houtcieff ; *JCP E* 2016, p. 1251, note N. Dissaux.

[1264] La nullité n'est pas seulement admise pour la vente immobilière, elle est également prévue pour l'assistance maritime à l'article L. 5132-6 du Code des transports.

nettement différente de la sanction de la contrepartie convenue dérisoire, il s'agit de la possibilité de réviser le contrat. Cette révision peut présenter plusieurs caractéristiques : elle peut être pour le passé[1265] ou seulement pour l'avenir[1266] et peut être au bénéfice d'une seule partie[1267] ou les deux[1268].

446. ***La hiérarchie de la lésion et de la contrepartie convenue.*** Compte tenu de la dimension régulièrement spéciale de la lésion par rapport à la contrepartie convenue nous sommes d'avis qu'il est possible de voir dans la lésion une forme de contrepartie convenue dérisoire. Afin de confirmer cette position nous verrons dans le paragraphe suivant que cette hiérarchie identifiée entre ces notions peut être en mesure de classer les différents contrôles d'équivalence du droit positif.

§2. La spécificité commune de la lésion et de la contrepartie convenue dérisoire

447. ***La lésion et la contrepartie convenue dérisoire : des contrôles spécifiques au contrat à titre onéreux ?*** Il apparaît principalement en doctrine l'idée que la lésion est une notion exclusivement relative à l'équilibre du contrat à titre onéreux. L'analyse des textes qui emploient l'expression laisse peu de place au doute. Cependant pour une minorité d'auteurs cette exclusivité n'est pas réelle étant donné que d'autres contrôles de suffisance relative de l'engagement existent en droit positif. Ainsi plusieurs auteurs associent la qualification de lésion à d'autres contrôles d'équivalence qui ne portent pas sur les contreparties convenues d'un contrat à titre onéreux. Par exemple, les professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénedé estiment que le contrôle de proportionnalité du cautionnement à l'égard des revenus et du patrimoine de la caution est un cas de lésion[1269].

Sous l'empire des textes de 1804 cette position semblait aisément admissible étant donné le fait que la lésion ne pouvait être définie que par ses cas d'applications. Cependant depuis la réforme du droit commun des contrats de 2016 il faut admettre que la donne a changé car l'article 1118 a été réformé. Désormais il n'est plus question d'une prohibition du contrôle de la lésion mais du « *défaut*

1265 Tel est le cas, notamment, pour la vente immobilière (Cciv., art. 1674 et suiv.), l'assistance maritime (Ctrans., art. L. 5132-6) et probablement la cession de droits d'exploitation (CPI, art. L. 131-5).

1266 Tel est le cas, notamment, pour le bail rural (Crur., art. L. 411-13) et le bail d'habitation (L. du 6 juillet 1989, n° 89-462, art.17-2).

1267 Tel est le cas, notamment, pour la vente immobilière (Cciv., art. 1674 et suiv.), la cession de droits d'exploitation (CPI, art. L. 131-5) et le bail d'habitation (L. du 6 juillet 1989, n° 89-462, art.17-2).

1268 Tel est le cas, notamment, pour le bail rural (Crur., art. L. 411-13) et de l'assistance maritime (Ctrans., art. L. 5132-6).

1269 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 488, n° 433. *Rappr.* D. Mazeaud, M. Latina, *Rép. civ.* Dalloz, Lésion, n° 43 : pour les auteurs, le contrôle de proportionnalité, tel que manifesté en droit positif à l'égard du cautionnement, assure la promotion de la lésion ; J. Mestre, « Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », *RTD civ.* 1998, p. 100 (*in fine*), note sous Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188, n° 95-14.105.

d'équivalence des prestations » dans le contrat synallagmatique. Compte tenu de ce changement des textes, il apparaît aujourd'hui difficile de voir dans le contrôle de proportionnalité du contrat unilatéral de cautionnement un cas de lésion. Néanmoins, il reste vrai que dans le contrôle de proportionnalité du cautionnement il se manifeste un contrôle d'équivalence qui n'est pas sans rappeler celui de la lésion. Dès lors, il est permis de se demander quoi penser. Est-ce que l'article 1168 du Code civil est limitatif, autorisant par un raisonnement *a contrario* tout contrôle d'équivalence en dehors de son champ d'action, ou bien est-il illustratif, mentionnant le domaine habituel de la prohibition du contrôle de la lésion ?

448. ***La tentation de voir dans la lésion et la contrepartie convenue dérisoire des contrôles spécifiques du contrat à titre onéreux.*** De prime abord, il apparaît cohérent de croire à la restriction de ces contrôles au contrat à titre onéreux[1270]. Trois arguments orientent vers cette conclusion. Premièrement, cette restriction s'évince de la formulation de l'article 1168 du Code civil qui fait référence à l'équilibre des prestations, et seules des contreparties convenues peuvent être en équilibre. Deuxièmement, cette restriction se déduit de la limitation du contrôle de la contrepartie convenue dérisoire au contrat à titre onéreux. Sachant la proximité technique de la lésion et de la contrepartie convenue dérisoire il peut être déduit une identité de domaine d'intervention. Troisièmement, cette restriction peut se déduire du fait que l'on peut rattacher ces contrôles particuliers d'équivalence à d'autres notions que la contrepartie convenue dérisoire. Notamment en matière de contrôle d'excès, comme pour le cautionnement, il est envisageable d'y voir une application particulière du contrôle de possibilité d'un engagement et non de contrepartie convenue dérisoire. En effet, si la caution n'a pas les moyens d'assumer son engagement, celui-ci est excessif et permet de prédire une probable inexécution future.

Afin de préciser ce dernier argument, nous allons montrer que pour plusieurs contrôles d'excès il est possible d'envisager un rattachement systématique à d'autres notions que la contrepartie convenue dérisoire. Nous verrons ainsi les contrôles d'excès du cautionnement, de la reconnaissance de dette, de l'assurance-vie et de l'indemnité d'immobilisation en matière de promesse unilatérale de vente.

449. ***Le cautionnement excessif.*** Le contrôle de proportionnalité du cautionnement s'entend de l'adéquation de l'engagement de la caution avec ses revenus et son patrimoine. Ce contrôle, qui s'est forgé progressivement et est désormais prévu à l'article 2300 du Code civil, n'est pas envisagé suivant les termes de lésion ou de déséquilibre. La terminologie est différente, on exploite plutôt l'expression de proportionnalité. À notre avis, cette particularité terminologique n'est pas anodine

[1270] Sur la relation entre les contrats synallagmatiques et à titre onéreux *V. supra* n° 118 et suiv.

et doit laisser envisager une originalité à l'égard de la lésion. Nous pensons en effet qu'il n'est pas question d'une lésion, c'est-à-dire d'un cas particulier contrepartie convenue dérisoire, mais, comme le suggère un auteur d'un cas d'impossibilité de l'objet de l'engagement de la caution[1271]. C'est-à-dire que la caution assume une forme d'engagement illusoire. Cette solution s'évince assez logiquement : étant donné que la caution doit être en mesure d'assumer la dette du débiteur principal afin de libérer le créancier, il est indispensable que son patrimoine le lui permette, sans quoi le créancier est le bénéficiaire d'un engagement illusoire[1272].

En rapprochant le contrôle de proportionnalité du cautionnement du contrôle de possibilité de l'engagement il apparaît immédiatement la différence avec la lésion. Certes dans les deux cas il s'agit de vérifier si l'engagement du débiteur est suffisant mais les éléments mis en balance et les finalités des deux contrôles ne sont pas identiques.

450. ***La reconnaissance de dette excessive.*** La Cour de cassation a admis sur le fondement de la cause de l'obligation la possibilité de réduire la reconnaissance de dette excessive à hauteur du montant de la dette reconnue[1273]. Cette solution est pour le moins hétérodoxe à deux égards : premièrement, il est envisagé un contrôle original d'équivalence entre la reconnaissance de dette et la dette reconnue ; secondement, le contrat est sanctionné de manière originale à savoir que la reconnaissance de dette est réduite à la mesure de la fraction subsistante.

Compte tenu de ces deux particularités, il serait tentant d'envisager ici une forme de lésion. Toutefois, ce rapprochement ne semble pas envisagé en doctrine, les auteurs privilégiant l'idée d'absence de cause de l'obligation[1274] ou du contenu contractuel[1275], ce qui renvoie à l'idée de contrepartie convenue illusoire. À nos yeux nous sommes bien en face d'un cas d'engagement illusoire mais qui est traité d'une manière originale et similaire au cautionnement : l'engagement est réduit à sa part non illusoire[1276].

1271 Fr. Juredieu, « La décharge de la caution », *RTD civ.* 2021, p. 821 (II/ A/) : « *En vérifiant le caractère manifestement excessif ou non du contrat au jour de sa conclusion, le juge ne cherche-t-il pas à savoir si l'objet du cautionnement est possible, au sens de l'article 1163, alinéa 2 ?* ».

1272 Il convient de préciser qu'il n'est pas question d'un cas général d'impossibilité mais d'un cas particulier sanctionné d'une manière originale : le cautionnement n'est pas annulé mais réduit à la part que peut assumer la caution.

1273 **Cass. civ. 1re, 11 mars 2003, *Bull. civ.* I, n° 67, n° 99-12.628** ; *RTD civ.* 2003. 287, obs. J. Mestre, B. Fages ; *RDC* 2003, p. 39, obs. D. Mazeaud ; *JCP* G 2003. I. 142, obs. J. Rochfeld. Pour une évocation récente *V.* **Cass. civ. 1re, 23 févr. 2012, *Bull. civ.* I, n° 36, n° 11-11.230** ; *D.* 2012. 635. Chron. Cour de cass., obs. Cl. Creton ; *JCP* G 2012, n° 561, § 8, obs. J. Ghestin.

1274 Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 469, n° 416.

1275 O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 332 (*in fine*).

1276 Concernant cette sanction nous nous demandons s'il ne serait pas possible d'induire l'existence d'une sanction originale pour l'engagement unilatéral partiellement illusoire. Celui-ci serait réduit, comme le sont le cautionnement et la reconnaissance de dette, et non annulé dans son ensemble comme pour les contrats à titre onéreux. Telle pourrait être également le cas de la donation partiellement impossible, du mandat partiellement impossible ou encore du dépôt partiellement impossible.

451. ***Les cotisations excessives à une assurance-vie.*** Suivant l'article L. 132-13, alinéa 1er, du Code des assurances le bénéfice d'une assurance-vie n'est pas soumis aux règles du rapport et de la réduction des libéralités. Toutefois, le second alinéa de l'article tempère le principe en soulignant que cette exemption est écartée si les primes versées par le cotisant sont « *manifestement exagérées eu égard à ses facultés* ».

Indéniablement ce contrôle des cotisations d'assurance-vie ressemble à s'y méprendre à celui admis à l'endroit du cautionnement. Toutefois, malgré cette proximité, il n'est pas envisagé en doctrine de rapprochement avec la lésion. Ce qui est parfaitement cohérent à nos yeux car il n'est pas question d'une application particulière de la contrepartie convenue dérisoire. Pour nous ce cas doit être rapproché de la qualification de libéralité fondée sur la notion d'appauvrissement. À l'image des présents d'usage nous pensons qu'ici la loi suggère que des cotisations d'un montant raisonnable ne sont pas des libéralités car elles n'emportent pas d'appauvrissement du cotisant. En revanche, s'il est démontré un excès dans l'évaluation des cotisations alors il faut déduire l'existence d'un appauvrissement qui implique la qualification de donation.

À la lumière de ce cas, il nous semble qu'une fois encore le contrôle de l'excès peut être aisément distingué du contrôle de la contrepartie convenue dérisoire et être rattaché à un autre contrôle. Cela confirme la position doctrinale qui suggère que la lésion se distingue de la proportionnalité.

452. ***L'indemnité d'immobilisation excessive.*** La Cour de cassation a considéré dans un arrêt récent qu'une promesse unilatérale de vente accordée moyennant une indemnité d'immobilisation d'un montant proche du prix de vente devait être requalifiée en promesse synallagmatique de vente[1277]. Le raisonnement a été le suivant : étant donné l'importance de l'indemnité stipulée le bénéficiaire de la promesse ne jouissait pas d'un droit d'option, qui suppose une « *liberté d'acheter ou de ne pas acheter* », mais d'un engagement définitif de vente similaire à celui qui caractérise une promesse synallagmatique de vente. Ce raisonnement est cohérent et nous intéresse en raison du fait, qu'à l'image du cautionnement, il manifeste une forme de contrôle de proportionnalité qui ne s'apparente pas au contrôle de la contrepartie convenue dérisoire.

En l'espèce ce contrôle s'apparente à ceux du cautionnement, de la reconnaissance de dette et des cotisations d'une assurance-vie car il n'est pas question de contrôler l'équivalence de deux contreparties convenues. Il n'est pas question, en effet, de vérifier l'équivalence de l'indemnité avec

[1277] **Cass. civ. 3e, 26 sept. 2012, n° 10-23.912** ; *AJDI* 2012, p. 782 ; *RTD civ.* 2012, p. 723, obs. B. Fages ; Dans le sens contraire *V.* **Cass. civ. 1re, 1er déc. 2010, n° 09-65.673** ; *D.* 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *AJ fam.* 2011, p. 160, obs. P. Hilt ; *RTD civ.* 2011, p. 111, obs. J. Hauser, p. 346, obs. B. Fages, et p. 379, obs. B. Vareille ; *RDC* 2011, p. 420, obs. Y.-M. Laithier.

le droit d'option accordé[1278] mais plutôt de vérifier l'importance de l'indemnité d'immobilisation « *par rapport au prix de vente* »[1279].

Étant donné ce cas, nous pensons une fois de plus que tout contrôle d'équivalence ne peut pas être entendu comme un cas de lésion.

453. ***La conviction d'un détachement de la lésion et de la contrepartie convenue dérisoire du contrat à titre onéreux.*** Il peut paraître justifié de rattacher la lésion et la contrepartie convenue dérisoire au contrat à titre onéreux. Les articles 1168 et 1169 du Code civil y invitent largement et il est possible, comme nous l'avons vu, de fonder les contrôles d'équivalence indépendants des contreparties du contrat à titre onéreux, sur d'autres notions[1280]. Toutefois, nous pensons qu'il s'agirait-là d'un choix regrettable pour au moins trois raisons.

Premièrement, ce choix nous paraît regrettable car il nous semble contredit par le contrôle d'équivalence de la clause pénale. Il s'agit en effet d'un contrôle similaire à celui opéré à l'endroit de la contrepartie convenue sans pour autant porter sur l'équivalence de contreparties convenues. Deuxièmement, ce choix nous paraît discutable car il repose sur l'idée que l'on doit distinguer les contrôles du dérisoire et de l'illusoire. Or, il s'agit-là d'une distinction excessive car suivant notre position le dérisoire est un cas d'illusoire[1281] : la stipulation d'une contrepartie convenue dérisoire est assimilable à une absence de contrepartie convenue, ce qui signifie que l'engagement est censé ne pas appauvrir celui qui l'assume, or si tel est le cas, le contrat est annulable pour insatisfaction contractuelle[1282]. Troisièmement, ce choix nous paraît regrettable car l'assimilation du dérisoire à l'absent n'est pas une spécificité de la contrepartie convenue. Comme nous l'avons montré dans le chapitre précédent, il s'agit d'un raisonnement judiciaire qui dépasse largement la contrepartie convenue. Dès lors vouloir le limiter à la contrepartie convenue, tout comme la lésion, serait contradictoire.

Compte tenu de ces trois arguments, nous pensons qu'il ne faut pas voir dans la lésion et le

---

[1278] Si telle avait été le cas il aurait été question d'une lésion. Cependant, nous pensons qu'un tel contrôle ne peut être envisagé en droit positif car la promesse unilatérale de vente à titre gratuit n'est pas nulle en l'absence de contrepartie convenue. Pour cause, un droit d'option n'est pas un appauvrissement.

[1279] **Cass. civ. 3e, 26 sept. 2012, n° 10-23.912**, préc.

[1280] Pour la critique de la référence au contrat synallagmatique, et non du contrat à titre onéreux, à l'article 1168 *V. supra* n° 145 et suiv.

[1281] *Contra V.* not. V. Larribau-Terneyre, « Le contenu du contrat : le renouvellement de l'objet et de la cause », *in Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, *op. cit.*, p. 97, spéc. 107 : Pour l'auteur le contrôle pour contrepartie convenue illusoire ou dérisoire procède d'une même notion qui est celle de contrôler le « *déséquilibre structurel majeur qui ne permet pas au contrat d'assurer sa fonction économique d'échange* ». L'auteur souligne que ce contrôle se rapproche de celui de la lésion en ce que le contrôle pour contrepartie convenue illusoire ou dérisoire « *s'inscrit par ailleurs dans une conception identique de l'équilibre contractuel* » qu'elle estime « *commandé par la notion de justice commutative, qui implique l'équivalence des prestations* ».

[1282] Sur notre position à l'égard de l'illusoire et son rattachement à la notion de satisfaction contractuelle *V. supra* n° 284 et suiv.

contrôle de la contrepartie convenue dérisoire l'apanage de la contrepartie convenue mais plutôt la manifestation d'un contrôle général appliqué à la notion spécifique de contrepartie convenue[1283]. En définitive, nous pensons que tout contrôle d'équivalence n'est qu'une manifestation particulière du contrôle fondamental d'insatisfaction contractuelle. Par ce biais, tous les contrôles d'équivalence que nous avons évoqués seraient l'expression d'une même idée : à savoir d'être l'extension d'un contrôle premier. Ainsi, la proportionnalité, l'excès, la lésion ou encore le dérisoire serait des concepts parents sans pour autant être parfaitement identiques. Voilà pourquoi nous pensons définitivement que la lésion est un concept parent du contrôle de la contrepartie convenue dérisoire sur le fondement de l'article 1169 du Code civil.

454. ***Conclusion de la section II.*** À notre avis ce qui fait l'originalité de la lésion c'est d'être une application particulière du contrôle pour contrepartie convenue dérisoire. Cette originalité se confirme à nos yeux à deux égards.

Premièrement, en raison de l'existence courante de particularités de régime dans le contrôle des cas de lésion. On constate ainsi que le seuil de contestation du contrat peut être identifié de manière arithmétique ou suivant un seuil plus radical que pour la contrepartie convenue dérisoire. On relève également que la sanction associée à la lésion est souvent plus énergique que celle de la contrepartie convenue dérisoire. Elle peut ainsi être une nullité assortie d'un délai de forclusion plus court ou sanctionnée par la révision du contrat.

Secondement, en raison du fait que l'on peut analyser tout contrôle d'équivalence comme un contrôle de la satisfaction contractuelle. Que ce soit la lésion du contrat synallagmatique, telle qu'envisagée par l'article 1168 du Code civil, ou la lésion en tant qu'excès comme dans le contrat de cautionnement ou encore la reconnaissance de dette.

En conclusion, nous pensons que le contrôle d'équivalence n'a pas réellement d'autonomie et qu'il est toujours l'expression d'un contrôle premier qui peut être celui de l'existence d'une contrepartie convenue ou d'un appauvrissement caractéristique d'une libéralité.

[1283] Nous considérons donc que le contrôle du dérisoire n'est pas un contrôle spécifique du contrat à titre onéreux.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

455. ***La parenté de la contrepartie convenue dérisoire et de la lésion.*** Classiquement et de manière générale, la lésion est distinguée de la contrepartie convenue dérisoire car il s'agirait de notions d'inspiration distinctes. Cependant, nous avons proposé de voir dans ce chapitre que cette opposition ne s'impose pas nécessairement en raison de l'existence de caractéristiques techniques communes aux deux notions. Nous avons ainsi montré tout d'abord que la dimension relative de la lésion se retrouve à l'endroit de la contrepartie convenue dérisoire. Si une contrepartie convenue est considérée dérisoire, c'est au regard de l'autre contrepartie convenue. Ensuite, nous avons montré que la dimension forfaitaire de la lésion se retrouve également à l'endroit de la contrepartie convenue dérisoire. Si une contrepartie convenue est contestable, c'est en raison de sa dimension dérisoire. Enfin, nous avons montré que la dimension objective de la lésion se retrouve aussi à l'endroit de la contrepartie convenue dérisoire. La qualification de la contrepartie convenue dérisoire est indépendante de ses causes à l'image de la lésion mais elle est sensible à l'existence d'une intention libérale tout comme, *a priori*, la lésion. Compte tenu de ces similarités techniques, le rapprochement des notions apparaît très envisageable.

456. ***La hiérarchie de la contrepartie convenue dérisoire et de la lésion.*** Si la lésion et la contrepartie convenue dérisoire sont des notions proches, il ne faut pas pour autant conclure à l'identité des notions. À notre avis, il faut considérer que les notions sont hiérarchisées. La lésion est un cas particulier de contrepartie convenue dérisoire. En ce sens, nous avons montré dans un premier temps que la lésion présente régulièrement des points de spécialisation par rapport à la contrepartie convenue dérisoire. Et dans un second temps, nous avons montré que ces spécificités ne remettent pas en cause leur parenté.

Premièrement, nous avons souligné la spécialisation courante de la lésion par rapport à la contrepartie convenue dérisoire. Ainsi nous avons relevé que la lésion présente couramment un seuil exprimé différemment de la contrepartie convenue dérisoire et qui est souvent plus contraignant. Également, nous avons constaté que la lésion fait souvent l'objet d'une sanction plus spécifique que la contrepartie convenue dérisoire ou d'une sanction spéciale, à savoir la révision.

Secondement, nous avons souligné que la spécialisation de la lésion ne remet pas en cause sa

parenté avec la contrepartie convenue dérisoire. Pour ce faire, nous avons montré que tout contrôle d'équivalence se rapporte à un contrôle premier qui peut être, notamment, celui de la satisfaction contractuelle.

CONCLUSION DU TITRE II

457. ***Le rapprochement légal de la contrepartie convenue dérisoire et de la lésion.*** Sous l'empire du Code civil de 1804 il était généralement admis que la lésion était une notion distincte de l'absence de cause de l'obligation en présence d'une contrepartie convenue dérisoire. Alors que cette dernière s'intéressait à l'existence d'une contrepartie convenue, susceptible d'élaborer un équilibre, la lésion s'intéressait à l'équivalence de l'équilibre existant.

Lors de la réforme du droit commun des contrats, des auteurs ont considéré que la donne avait changé. Désormais, la lésion ne doit plus être envisagée comme conceptuellement distincte de la contrepartie convenue. Plusieurs auteurs s'opposent toutefois à cette lecture considérant que la contrepartie convenue dérisoire doit toujours être distinguée de la lésion, conformément aux enseignements de la jurisprudence que la réforme s'est donnée pour objectif de consacrer.

458. ***Une autre lecture du rapprochement légal de la contrepartie convenue dérisoire et de la lésion.*** À notre avis, il est possible de défendre une autre analyse du rapprochement de la contrepartie convenue dérisoire et de la lésion. On peut considérer que la lésion est un cas particulier de contrepartie convenue dérisoire. Cette position peut surprendre mais elle peut s'admettre pour deux raisons principales.

459. ***La première raison : la possibilité d'expliquer la lésion par l'assimilation de l'insuffisant à l'absent.*** Tout d'abord, nous pensons que l'on peut comprendre la lésion comme un cas de contrepartie convenue dérisoire car le raisonnement à l'œuvre dans la contrepartie convenue dérisoire est parfaitement transposable à la lésion. Nous avons constaté en effet que ce raisonnement, consistant à assimiler l'insuffisant à l'inexistant, n'est pas spécifique à la contrepartie convenue dérisoire. Celui-ci est admis dans de nombreux domaines des actes juridiques et occasionnellement dans les relations extracontractuelles. Cela s'explique par le fait que ce raisonnement est judiciaire et non spécifiquement conceptuel. Compte tenu de cette généralité du raisonnement, rien n'empêche, à notre avis, de le voir à l'œuvre dans la lésion.

460. ***La seconde raison : la proximité de la lésion et de la contrepartie convenue dérisoire.*** Ensuite, nous pensons que l'on peut comprendre la lésion comme un cas de contrepartie convenue

dérisoire car la lésion est techniquement très proche de la contrepartie convenue dérisoire. On a pu relever en effet qu'elle présente des mêmes caractéristiques. Premièrement, elle partage une même dimension relative, c'est-à-dire qu'elles contrôlent deux éléments l'un par rapport à l'autre. Deuxièmement, elle partage une même dimension forfaitaire, c'est-à-dire qu'elles contrôlent une proportion quantifiée. Troisièmement, elle partage une même dimension objective, c'est-à-dire qu'elles contrôlent l'équivalence des éléments indépendamment des circonstances de leurs existences. Cette proximité n'est toutefois pas synonyme d'identité des concepts. Nous avons en effet souligné que la lésion fait l'objet régulièrement de modalités particulières d'application. Ainsi, notamment, la lésion peut être sanctionnée par la révision de l'équilibre, contrairement à la contrepartie convenue dérisoire. Cette spécialisation n'est toutefois pas synonyme d'autonomie conceptuelle. Nous avons aussi relevé que la lésion et la contrepartie convenue dérisoire pouvait partager une même finalité qui les distingue d'autres contrôles d'équivalence. Par exemple, le contrôle de proportionnalité du cautionnement, même s'il ressemble à la lésion en ce qu'il apprécie une équivalence, il s'en distingue en ce qu'il s'apparente à un contrôle de l'engagement impossible.

Pour le dire autrement, nous avons montré que les cas généralement admis de lésion ressemblent fortement au contrôle pour contrepartie convenue dérisoire et que les autres contrôles d'équivalence, dont le rapprochement avec la lésion est discuté, peuvent aisément être rapprochés d'autres notions aussi fondamentales que le contrôle pour contrepartie convenue dérisoire. En ce sens, nous avons montré que le contrôle de proportionnalité du cautionnement s'apparente nettement au contrôle de possibilité de l'engagement sans pour autant s'y confondre. Il y a, à l'image de la lésion pour la contrepartie convenue dérisoire, un même rapport de général à spécial. Ce qui renforce notre position suivant laquelle la lésion est une application particulière de la contrepartie convenue dérisoire.

En définitive, il nous semble permis de considérer que la lésion est un cas particulier de contrepartie convenue dérisoire que ce soit sous l'empire du Code civil de 1804 ou au lendemain de la réforme du droit commun des contrats.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

461. ***L'autonomie du contrôle de la contrepartie convenue.*** Sous l'empire du Code civil de 1804 la notion de cause de l'obligation servait de fondement à certains contrôles de la contrepartie convenue. Lors de la réforme du droit commun des contrats la notion de cause de l'obligation a été supprimée et remplacée à l'article 1169 du Code civil par un double contrôle spécifique à la contrepartie convenue. Ce texte dispose en effet « *(qu')un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Cette décomposition a été dans l'ensemble bien reçue en doctrine, les auteurs félicitant la simplicité et l'efficacité de la nouvelle terminologie. Toutefois, ce texte a malgré tout été critiqué car il ne semble pas parfaitement correspondre aux acquis du droit ancien.

Premièrement, le texte a été critiqué à l'égard du qualificatif de contrepartie convenue illusoire. Même si le terme illusoire paraît idoine, la restriction de son intervention au seul domaine de la contrepartie convenue est contestable. Pour cause, sous l'empire du droit ancien, ce contrôle n'était limité à la contrepartie convenue. Secondement, le texte a été critiqué à l'égard du qualificatif de contrepartie convenue dérisoire. La difficulté cette fois n'est pas dans le domaine d'intervention du terme dérisoire mais dans son rapprochement avec la notion de lésion. En inscrivant ce contrôle à l'article 1169 du Code civil, qui prend immédiatement la suite de l'article 1168 relatif à la lésion, cela invite à déduire l'existence d'un lien entre ces contrôles. Or, sous l'empire du droit ancien ces contrôles étaient distincts.

462. ***La relativisation de l'autonomie du contrôle de la contrepartie convenue.*** Une fois formulé ces critiques les auteurs n'en sont pas restés là et ont proposé de résoudre ces difficultés. Concernant l'illusoire l'idée est d'utiliser des concepts connexes pour compenser la réduction légale de la cause de l'obligation à la contrepartie convenue. Ces solutions sont efficaces cependant elles présentent des difficultés qui en limitent le soutien. C'est pourquoi nous avons proposé une solution alternative consistant à généraliser le contrôle de l'illusoire à l'échelle du contenu contractuel par induction à partir des différents contrôles de celui-ci. Cette solution a le défaut d'identifier un contrôle qui n'est pas inscrit dans le Code civil mais elle a l'avantage de simplifier l'état du droit positif et de contourner pleinement la réduction légale de la cause de l'obligation à la

contrepartie convenue illusoire. Concernant le dérisoire l'idée des auteurs, pour contourner le rapprochement de la contrepartie convenue dérisoire à la lésion, est de reprendre le raisonnement jurisprudentiel développer sous l'empire du Code civil de 1804 : alors que la lésion est un contrôle de l'équilibre contractuel, la contrepartie convenue dérisoire est un contrôle de l'existence même d'un équilibre. L'un est en quelque sorte un préalable de l'autre. Si cette solution permet de déjouer le risque de confusion des notions, en raison de leur rapprochement matériel dans le Code civil, celle-ci n'explique pas pourquoi les notions sont très proches techniquement. C'est pourquoi nous proposons de garder le raisonnement suggéré à l'endroit de la contrepartie convenue dérisoire et de l'étendre à la lésion qui en devient un cas particulier d'application. De cette manière, la proximité des notions est justifiée et le droit positif est simplifié.

CONCLUSION GÉNÉRALE

463. ***La contrepartie convenue : une notion à la fonction incertaine.*** À l'orée de ce travail nous avons relevé l'existence d'un problème d'actualité : au lendemain de la réforme du droit commun des contrats la notion de contrepartie convenue est tiraillée entre deux fonctions incompatibles, soit identifier le contrat à titre onéreux, soit reconduire la cause de l'obligation. Face à cette incompatibilité problématique, il nous est apparu indispensable de refuser toute appréhension bifonctionnelle de la contrepartie convenue et d'en favoriser une appréhension monofonctionnelle. Pour parvenir à ce résultat il s'est révélé nécessaire de choisir entre deux possibilités : soit considérer que la contrepartie convenue identifie le contrat à titre onéreux, et ne fait qu'illustrer la cause de l'obligation ; soit la contrepartie convenue remplace la cause de l'obligation, et n'est pas en lien avec le contrat à titre onéreux. Face à cette alternative, nous avons pris le parti de soutenir la première branche de l'option considérant que celle-ci est plus simple d'application et surtout plus fidèle aux objectifs de la réforme du droit commun des contrats[1284]. Afin de convaincre de cette prévalence de la conception de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux nous avons alors entrepris le présent essai. Dans celui-ci, nous nous sommes efforcé, dans un premier temps, à montrer que la qualification de contrepartie convenue pouvait être appréhendée comme le critère du contrat à titre onéreux. Dans un second temps, nous nous sommes évertué à montrer que le contrôle de la contrepartie convenue pouvait être utilement considéré comme une illustration de l'absence de cause.

464. ***La qualification de contrepartie convenue comme critère du contrat à titre onéreux.*** De prime abord, le choix de la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux peut sembler être celui de la facilité. Le vocabulaire courant envisage cette association tout comme les ouvrages juridiques généraux. Cependant, cette simplicité se révèle rapidement n'être qu'un leurre. L'onérosité est en vérité envisagée comme une notion plurale dont le critère d'identification serait plutôt l'absence de gratuité, ce que les auteurs traduisent couramment par une absence d'intention libérale. Finalement donc, l'onérosité ne serait que l'envers de la gratuité dont on verrait l'essence

[1284] Ces objectifs sont principalement, et en résumé, les suivants : réaliser une codification à droit constant, assurer la suppression formelle de la cause de l'obligation, entreprendre une simplification du droit et accroitre son accessibilité.

à travers la notion énigmatique d'intention libérale.

À nos yeux cette conception doctrinale de l'onérosité n'est pas représentative de l'état du droit positif et est de nature à complexifier notre droit, notamment, en contrevenant aux sens courant et juridique du terme contrepartie. Il convient alors de considérer la qualification de contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux. En voici exposé les principales raisons.

Tout d'abord, l'onérosité n'est pas une qualification de principe en droit positif dont « *la gratuité [est] l'exception* »[1285]. Même si cela a pu être affirmé par une Cour d'appel dans un arrêt isolé, l'onérosité et la gratuité sont des catégories équivalentes qui se distinguent par l'existence ou l'absence d'une contrepartie convenue. C'est-à-dire par l'existence ou l'absence d'avantages réciproques et corrélés. Ensuite, l'onérosité ne se caractérise pas par l'absence d'intention libérale mais seulement par l'existence d'une contrepartie convenue. Il est à notre avis excessif de considérer que la gratuité s'identifie par l'intention libérale. En témoignent le fait que la gratuité n'est pas « *de l'essence de la donation* »[1286] et le fait que l'intention libérale n'intervient pas pour la qualification et le contrôle de validité des contrats de service gratuit. Enfin, l'onérosité n'est pas une qualification aussi fondamentale et fondatrice de notre droit que semble le considérer les auteurs. Celle-ci est très générale, en effet, mais elle est dépourvue de tout régime général. En vérité, la qualification de contrat à titre onéreux est premièrement descriptive et secondairement le déclencheur de règles spécifiques. Il est alors excessif de vouloir rattacher certaines règles de régime à cette qualification. Cela ne fait que contribuer à la complexité de la matière et à l'obscurcissement de la qualification de contrat à titre onéreux.

En définitive, nous pensons qu'en considérant la contrepartie convenue comme le critère du contrat à titre onéreux, plutôt que l'absence d'intention libérale, le droit des contrats devient plus simple et plus clair. Plus simple car la qualification de contrat à titre onéreux est plus conforme à la lettre de l'article 1107 du Code civil et repose sur un critère identifiable de contrepartie convenue. Plus clair car le critère de la contrepartie convenue rend mieux compte de l'état du droit positif et la qualification de contrat à titre onéreux ne vient plus s'insinuer dans des questions qui lui sont étrangères.

[1285] **CA Nancy, 3e ch. civ., 13 janv. 2012, n° 10/00309** : « *Qu'à défaut, la gratuité étant l'exception, il ne pourra qu'être considéré que la jouissance du domicile conjugal lui a été reconnue à titre onéreux* ».

[1286] Q. Guiguet-Schiélé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux – Essai sur une fiction disqualificative*, th. préc., p. 90, n° 97 ; Dans le même sens *V.* S. Bénilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. préc., p. 55, n° 94 ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, th. préc., p. 184, n° 115. *Rappr.* F. Hartman, *La notion de libéralité*, p. 2, n° 3 et p. 163, n° 144. La réciproque étant « *(qu')il est de l'essence du contrat conclu à titre onéreux que les engagements souscrits par les parties aient une contrepartie* » : C. Dupouey, *Essai sur la notion de contrepartie. Contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrat*, th. préc., p. 166, n° 247.

465. ***Le contrôle de la contrepartie convenue comme illustration de l'absence de cause.*** Au lendemain de la réforme du droit commun des contrats la tentation est très grande de s'opposer à l'idée que le contrôle de la contrepartie convenue n'est qu'une illustration de l'absence de cause. D'un côté, l'opposition est motivée par l'autonomie du vocabulaire du contrôle de la contrepartie convenue illusoire et l'existence de mécanismes de compensation à la disparition de la cause à l'endroit des contrats à titre gratuit. D'un autre côté, l'opposition est motivée par la position de l'article 1169 du Code civil qui prend immédiatement la suite de l'article 1168 qui fait du contrôle de la contrepartie convenue dérisoire un cas de lésion.

Malgré ces éléments concordants, orientés vers cette même solution légitime, nous pensons qu'il serait préjudiciable à notre droit des contrats d'être appréhendé ainsi. Il convient plutôt de considérer le contrôle opéré à l'endroit de la contrepartie convenue comme ne lui étant pas spécifique et illustrant celui d'absence de cause. En voici exposé les principales raisons.

D'un côté, il ne faut pas donner trop de crédit à l'autonomie de vocabulaire du contrôle de la contrepartie convenue illusoire. Conceptuellement, l'illusoire s'apparente nettement à d'autres contrôles présents dans la loi et auxquels les auteurs font régulièrement référence. Typiquement le contrôle pour impossibilité de la prestation s'incorpore dans le contrôle de l'illusoire. Il est même possible d'aller plus loin et de considérer que l'erreur sur une qualité essentielle de la prestation s'incorpore également dans le contrôle de l'illusoire tout comme l'illicite. Par conséquent, si l'on venait à autonomiser le contrôle de la contrepartie convenue en raison de l'existence d'un vocabulaire spécifique on viendrait à distinguer là où cela n'est pas conceptuellement nécessaire. Dans la même veine, nous pensons qu'il ne faut pas donner trop de crédit à l'existence de mécanismes de compensation de la disparition de la cause à l'endroit des contrats à titre gratuit. Même s'il est indéniable que l'on peut créer des contrôles proches de celui qu'était l'absence de cause de l'obligation, il convient d'admettre que la parfaite identité ne peut pas être atteinte. Pour ce faire, l'unique solution est de généraliser le contrôle de la contrepartie convenue à l'échelle du contenu contractuel et ainsi reproduire le domaine du contrôle d'absence de cause de l'obligation. De cette manière les difficultés de la réduction de l'absence de cause de l'obligation à la contrepartie convenue illusoire seraient totalement dépassées et notre droit des contrats privé serait parfaitement reconduit.

D'un autre côté, il ne faut pas donner trop de crédit à l'autonomie de la lésion et à sa prohibition de principe à l'article 1168 du Code civil. Techniquement la lésion se présente plutôt comme un cas particulier de dérisoire avec des aménagements de seuil, de modalités de contrôles ou encore de conséquences du contrôle. Conceptuellement on en vient alors à admettre que la lésion peut, comme le dérisoire, consister en un raisonnement par extension qui assimile l'insuffisant à l'absent

et dont le contrôle est assuré sur le fondement d'une autre notion, telle que notamment l'illusoire. De cette manière on parvient alors à expliquer pourquoi la lésion et le dérisoire partagent les mêmes caractères, à savoir d'être des contrôles objectifs, forfaitaire et relatifs. Également, on parvient à clarifier la matière en unifiant la lésion et le dérisoire qui ne seraient que des applications par extension d'autres contrôles.

En définitive, nous pensons qu'en voyant le contrôle de la contrepartie convenue dérisoire comme une illustration de l'absence de cause, plutôt que comme un contrôle autonome, le droit des contrats privés devient plus simple et plus clair. Plus simple car la généralisation de l'illusoire à l'échelle du contenu contractuel permet d'éviter l'éclatement du contrôle d'absence de cause en plusieurs concepts distincts et non fidèle au droit ancien. Plus clair car le rattachement de la lésion au dérisoire et du dérisoire à un contrôle premier, on parvient à unifier ces contrôles et à les hiérarchiser, ce qui en favorise la compréhension.

466. ***L'identification d'une fonction pour la contrepartie convenue : une nécessité.*** En conclusion nous pensons que la notion de contrepartie convenue peut parfaitement être envisagée comme le critère du contrat à titre onéreux et comme une illustration de l'absence de cause. Cette conception est même judicieuse à nos yeux car elle rend mieux compte de l'état du droit positif et est de nature à en simplifier l'appréhension et la compréhension. Compte tenu de cela, nous pensons que si un problème existe actuellement à l'endroit de la contrepartie convenue, il faut le résoudre et cette résolution peut être l'occasion d'une amélioration de notre droit à un double niveau. Premièrement à l'égard de la contrepartie convenue, en évitant une période d'incertitude où la notion oscillerait entre ces deux fonctions auxquelles elle pourrait se vouer. Secondement à l'égard du droit des contrats privé en général, en offrant à celui-ci les moyens d'atteindre les objectifs que s'était donnés le législateur lors de la réforme du droit commun des contrats, à savoir de rendre notre droit plus clair, plus simple et plus efficace.

INDEX

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS DE PARAGRAPHES)

- A -

Appauvrissement
- Donation, *V. Libéralités*
- (et) Intention libérale, *V. Intention libérale*
- Notion, *V. Intention libérale*
- Services gratuit, *V. Intention libérale*

Apport en société
- Contrat à titre onéreux/gratuit, **57 et suiv., 402**
- (et) Distinction des commutations et distributions, **55 et suiv.**
- (et) Fraude paulienne et nullités de la période suspecte, **57 et suiv., 402**

Assimilation du dérisoire à l'inexistant
- (et) Clause léonine, **417 et suiv.**
- (et) Clause limitative de responsabilité, **420 et suiv.**
- (et) Clause créant un déséquilibre significatif, **416**
- (et) Empiètement, **427**
- (et) Intérêt à agir, **425**
- (et) Licenciement sans cause réelle et sérieuse, **424**
- (et) Préjudice, **428 et suiv.**

Assurance-vie, *V. Libéralités*

Avantage (et obligation)
- Rapport hiérarchique (critique), **125 et suiv.**
- Rapport instrumental, **148 et suiv.**

Avantage matériel
- Distinction avec l'avantage imposé, **175 et suiv.**
- Distinction avec l'avantage moral, **177 et suiv.**
- Distinction avec le but matériel, **180 et suiv.**

Avantages matrimoniaux
- Contrats à titre onéreux (critique), **216 et suiv.**

- B -

Bail commercial
- Contrat à titre onéreux, **39**

Bail à ferme
- (et) Contrepartie convenue dérisoire, *V. Dérisoire (contrepartie convenue)*
- (et) Corrélation, **86, 91 et suiv., 96**

Bail fiscal
- Contrat avec soi-même, **50**

Bail d'habitation meublé
- Ameublement dérisoire, **413**

- C -

Cause
- Absence de cause du contrat à titre gratuit, **365 et suiv.**
- Absence de cause du contrat à titre onéreux, *V. Illusoire*
- Confusion entre cause de l'obligation et cause efficiente, **249 et suiv.**
- (des) Contrats réels de restitution, **366**
- (de la) Donation, **369**
- (de la) Reconnaissance de dette, **367**
- Réduction de l'absence de cause à la contrepartie convenue illusoire, *V. Réduction de l'absence…*
- (des) Sûretés, **368**

Cautionnement
- Avec soi-même, **51**
- Cause de l'obligation, *V. Cause*
- Excessif, **449**
- Nature gratuite/Absence de réciprocité, **40**

Clause de dédit
- (et) Corrélation, **87**

Clause limitative de responsabilité
- Engagement dérisoire, *V. Assimilation du dérisoire à l'inexistant*
- Obligation illusoire, *V. Illusoire (contrôle)*

Clause de non-concurrence
- Corrélation, **100 et suiv.**

Condition impossible
- (et) Illusoire, *V. Illusoire (contrôle)*
- Notion, **295**
- Régime, **354 et suiv.**

Connexité, *V. Corrélation*

Contrat aléatoire, *V. Dérisoire (contrepartie convenue)*

Contrat d'entreprise
- Contrat à titre onéreux, **39**

Contrat à titre gratuit
- Cause, *V. Cause*
- Contrepartie convenue dérisoire, *V. Contrepartie convenue*
- Donation avec charge, *V. Donation avec charge*
- Gratuité subjective (critique), **201 et suiv.**

Contrat à titre onéreux
- Apport en société, *V. Apport en société*

- Avantages matrimoniaux (critique), *V. Avantages matrimoniaux*
- Bail à ferme, *V. Bail à ferme*
- Cautionnement, *V. Cautionnement*
- Clause à titre onéreux, *V. Clause de non-concurrence, Clause de dédit, Déséquilibre significatif*
- Corrélation, *V. Corrélation*
- Contrat synallagmatique, *V. Contrat synallagmatique*
- Donation avec charge, *V. Donation avec charge*
- (et) Intérêt commun/Distribution/Coopération/Alliance, **53 et suiv.**
- Onérosité subjective (critique), **211 et suiv.**
- Transaction, *V. Transaction*

Contrat synallagmatique
- (et) Contrat à titre onéreux, **156 et suiv.**
- (et) Lésion, **146 et suiv.**
- (et) Exception d'inexécution, **140 et suiv.**
- (et) Formalisme, **44, 131 et suiv.**

Contrepartie convenue
- Caractères réciproque, *V. Réciprocité*
- (et) Clause pénale, **453**
- Contenu avantageux, *V. Avantage*
- Dimension dérisoire, *V. Dérisoire (Contrepartie convenue)*
- Dimension illusoire, *V. Illusoire (Contrepartie convenue)*
- Dimension monétaire, *V. Corrélation (Stipulation tacite)*
- Inexistante, *V. Illusoire (Contrepartie convenue)*
- Redondante, *V. Illusoire (Contrepartie convenue)*

Corrélation
- Caractère essentiel de la contrepartie convenue, **69 et suiv.**
- Corrélation réciproque, **76**
- Corrélation unilatérale, **77**
- (et) Donation avec charge, *V. Libéralité avec charge*
- Source extra-volontaire (de la corrélation), **99 et suiv.**
- Source volontaire (de la corrélation), **95 et suiv.**
- Spécialité (de la corrélation), **82 et suiv.**
- Stipulation expresse (de la corrélation), **95**
- Stipulation tacite (de la corrélation), **96 et suiv.**

- D -

Dérisoire (contrepartie convenue)
- Appréciation souveraine, **400**
- Assimilation à l'absence (cause), **398 et suiv.**
- Assimilation à l'absence (fraude paulienne), **401 et suiv.**
- Assimilation incertaine à l'absence (aléa), **408 et suiv.**
- Assimilation incertaine à l'absence (vente à prix abusivement bas), **410**
- Assimilation incertaine à l'absence (bail à ferme), **411**
- (et) Contrat à titre onéreux, **447**
- (et) Distinction avantage/obligation, **165**
- (et) Lésion, *V. Lésion*
- (et) Intention libérale, **208 et suiv.**
- Refus d'assimilation à l'absent (donation déguisée), **405 et suiv.**
- Refus d'assimilation à l'absent (vente avec prime), **406 et suiv.**

Distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux
- (et) Contrats de service gratuit (prêt, dépôt et mandat), **225 et suiv.**
- (et) Gratifications en droit du travail, **222 et suiv.**
- (et) Libéralités, *V. Intention libérale*
- Nature de la distinction, **227 et suiv.**

Donation avec charge
- Corrélation unilatérale/réciproque, **105 et suiv.**
- Fraude paulienne/nullités période suspecte, **108**
- Gratuité (critique), **201 et 203**
- Onérosité, **204**
- Rapport et réduction, **107**
- Validité de la donation avec charge dérisoire sur le fondement de la cause, **205**

Droit de préemption
- Préemption de l'indivisaire, **220**
- Préemption du fermier, **220**

- E -

Enrichissement, *V. Avantage*
Équilibre, *V. Dérisoire*
Erreur
- Contrat à titre gratuit, *V. Réduction de l'absence de cause à la contrepartie convenue*
- Caractère excusable, **321 et suiv.**
- Caractère convenu, **332 et suiv.**
- Erreur-obstacle, *V. Erreur-obstacle et sur la cause*
- Erreur sur la cause, *V. Erreur-obstacle et sur la cause*
- Fausse cause, *V. Erreur sur la cause*
- (et) Illusoire, *V. Illusoire (contrôle)*
- Notion, **311 et suiv.**

Erreur-obstacle et sur la cause
- Indifférence à la condition d'excusabilité (critique), **330 et 331**

- F -

Fausse cause, *V. Erreur sur la cause*
Formalités
- Bon pour, *V. Contrat synallagmatique (formalisme)*
- Double original, *V. Contrat synallagmatique (formalisme)*

- I -

Illicite
- (et) Illusoire, *V. Illusoire (contrôle)*
- (et) Impossibilité, **310**

Illusoire (contrôle)
- Parenté avec la clause privant de sa substance une obligation, **301 et suiv.**

- Parenté avec l'erreur, **314 et suiv.**
- Parenté avec l'illicite, **304 et suiv.**
- Parenté avec l'impossibilité, **294 et suiv.**

Illusoire (contrepartie convenue)
- Finalité, **292**
- Notion, **289 et suiv.**
- Objectivité (critique), **342 et suiv.**

Impossibilité
- Condition, *V. Condition impossible*
- (et) Illusoire, *V. Illusoire (contrôle)*
- Impossibilité pour illicéité, *V. Illicite*
- Notion, **395**
- Régime (critique), **354 et suiv.**

Indivisibilité, *V. Corrélation*

Intention libérale
- (et) Appauvrissement, **197, 379 et suiv.**
- Cause de la donation, *V. Cause*
- Fonctions, **208 et suiv.**
- (et) Gratuité, **183 et suiv.**

Interdépendance, *V. Corrélation*

Intérêt, *V. Partie au contrat*

- L -

Lésion
- Caractère forfaitaire commun avec le dérisoire, **438**
- Caractère objectif commun avec le dérisoire, **439**
- Caractère relatif commun avec le dérisoire, **437**
- (et) Contrat à titre onéreux, **453**
- Dimension spéciale/hiérarchie par rapport au dérisoire, **442 et suiv**.
- Finalité commune avec le dérisoire, **447 et suiv.**

Libéralité(s)
- Appauvrissement, *V. Intention libérale*
- Assurance-vie (cotisations excessive), **451**
- Avec charge, *V. Donation avec charge*
- Critère, **219**

Loteries publicitaires
- (et) Corrélation, **88**

- O -

Obligation
- Avantage, *V. Avantage (et obligation)*
- (et) Force obligatoire (assimilation), **159 et suiv.**
- (et) Dérisoire, *V. Dérisoire*

- P -

Partie au contrat
- (et) Personne consentante, **43**
- (et) Intérêt, **46 et suiv.**

Prêt réel
- Appauvrissement, *V. Intention libérale*
- Cause, *V. Cause*
- Contrat synallagmatique, *V. Avantage (et obligation)*

Promesse unilatérale de vente
- Formalisme des articles 1375 et 1376, *V. Formalités*
- Indemnité d'immobilisation excessive, **452**

- R -

Rapport des libéralités
- *V. Donation avec charge*
- *V. Libéralités (assurance-vie)*

Réciprocité
- Mouvement de la réciprocité, **38 et suiv.**
- Acteurs de la réciprocité (parties), **42 et suiv.**
- (et) Distribution (alliance/coopération/intérêt commun), **53 et suiv.**

Reconnaissance de dette (promesse de payer une dette préexistante)
- Cause, *V. Cause*
- Excès, **450**

Réduction de l'absence de cause à la contrepartie convenue illusoire
- Constat de la réduction, **243 et suiv.**
- Contournement par l'autonomisation du contrôle de l'antécédant (critique), **249 et suiv.**
- Contournement par l'extension du régime des libéralités (critique), **260 et suiv.**
- Contournement par la fondamentalisation de l'illusoire à l'échelle du contenu contractuel, **286 et suiv.**
- Contournement par la généralisation de l'erreur à tous les éléments essentiels (critique), **271 et suiv.**
- Contournement par la généralisation de l'illusoire au-delà de la contrepartie convenue (critique), **285**
- Contournement par l'ouverture de l'erreur à l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil (critique), **277 et suiv.**

Réduction des libéralités
- *V. Donation avec charge*
- *V. Libéralités (assurance-vie)*

- S -

Succession
- *V. Libéralités*
- *V. Rapport des libéralités*
- *V. Réduction des libéralités*
- Masse successorale (et partie au contrat), **49**

- T -

Transaction
- Nature onéreuse/Réciprocité, **40**

- V -

Vente à prix abusivement bas, *V. Dérisoire (contrepartie convenue)*

BIBLIOGRAPHIE

Plan de bibliographie

- OUVRAGES GÉNÉRAUX -

A. EXTRA-JURIDIQUE
B. JURIDIQUE

- OUVRAGES SPÉCIAUX -

A. OUVRAGES DÉDIÉS À LA RÉFORME DU DROIT COMMUN DES CONTRATS
B. MONOGRAPHIES
C. THÈSES
D. OUVRAGES COLLECTIFS
E. TRAITÉS

- ARTICLES -

A. DANS UN OUVRAGE COLLECTIF
B. DANS UNE ENCYCLOPÉDIE
C. DANS UNE REVUE

- INDEX DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS SUPRÊMES -

- TABLE DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS SUPRÊMES -

1RE CHAMBRE CIVILE
2E CHAMBRE CIVILE
3E CHAMBRE CIVILE
CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE
CHAMBRE SOCIALE
CHAMBRE CRIMINELLE
ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE – CHAMBRE MIXTE
CHAMBRE CIVILE
CONSEIL D'ÉTAT
COUR DE JUSTICE

- INDEX DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS DU FOND -

- TABLE DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS DU FOND -

- LOIS, RAPPORTS ET PROJETS -

- OUVRAGES GÉNÉRAUX -

A. EXTRA-JURIDIQUE

Descartes (R.), *Les méditations métaphysiques*, Paris, Flammarion, coll. Poche, 2009

Decauwert (G.), *L'épistémologie*, Paris, Ellipses, coll. Apprendre à philosopher, 2018

Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 3e éd., 2016

Mauss (M.), *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, préf. Weber, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2e éd., 2012

B. JURIDIQUE

Andreu (L.), Thomassin (N.), *Cours de droit des obligations*, Paris, Gualino, coll. amphiLMD, 5e éd., 2020 et 6e éd., 2021

Aubert (J.-L.), Collart-Dutilleul (Fr.), *Le contrat. Droit des obligations*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5e éd., 2017

Aubert (J.-L.), Savaux (É.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2016

Auzero (G.), Baugard (D.), Dockès (É.), *Droit du travail*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 35e éd., 2021

Bénabent (A.),

- *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 14e éd., 2021
- *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 16e éd., 2017 et 19e éd., 2021

Bergeron-Canut (Fr.), *Droit du travail*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 7e éd., 2020

Bosse-Platière (H.), Collard (Fr.), Grimonprez (B.), Tauran (Th.), Travely (B.), *Droit rural. Entreprise agricole. Espace rural. Marché agricole*, Paris, LexisNexis, coll. Droit professionnels, 2013

Bourassin (M.), Brémond (V.), *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 7e éd., 2020

Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 15e éd., 2017 et 17e éd., 2020

Cabrillac (M.), Mouly (Ch.), *Droit des sûretés*, Paris, Litec, coll. Manuels, 7e éd., 2004

Cabrillac (R.), *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, coll. Cours Droit privé, 13e éd., 2018

Capitant (H.), Terré (Fr.), Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1 : Introduction, Personnes-Famille-Biens. Régimes matrimoniaux-Successions*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2007, 12e éd. et 2015, 13e éd.

Capitant (H.), Terré (Fr.), Lequette (Y.), Chénedé (Fr.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 : Obligations, contrats spéciaux et sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 13e éd., 2015

Carbonnier (J.), *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1re éd., 2004

Cayol (A.), *Le droit des contrats en tableaux*, préf. Ph. Delebecque, Paris, Ellipses, coll. Le droit en fiches et en tableaux, 2e éd., 2021

Cayrol (N.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 3e éd., 2020

Collart-Dutilleul (Fr.), Delebecque (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 10e éd., 2015

Constantin (A.), *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, coll. Les mémentos Dalloz, 6e éd., 2014

Cornu (G.),

- *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 13e éd., 2007
- (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 13e éd., 2020

Courbe (P.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Mementos Dalloz, 11 éd., 2009

Delebecque (Ph.), Pansier (J.), *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, Paris, Lexisnexis, 8e éd., coll. Objectif droit 2018

Fabre-Magnan (M.),

- *Droit des obligations. Tome 1. Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 6e éd., 2021
- *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4e éd., 2018

Fages (B.), *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 11e éd., 2021

Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (É.),

- *Droit civil. Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 16e éd., 2014
- *Droit civil. Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 9e éd., 2015

Grimaldi (C.), *Leçons pratiques de droit des contrats*, Paris, LGDJ, coll. Les intégrales, 2019

Guyon (Y.), *Droit des affaires. Tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, Paris, Économica, coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, 12e éd., 2003

Guinchard (S.), Montagnier (G.), *Locutions latines juridiques*, Paris, Dalloz, coll. *À savoir*, 2007

Houtcieff (D.), *Droit des contrats*, Paris, Bruylant, coll. Paradigme, 5e éd., 2021

Jubault (Ch.), *Les successions, les libéralités*, Paris, Montchrestien, coll. Précis Domat, 2005

Julien (J.), *Droit des obligations*, Paris, Bruylant, coll. Paradigme, 5e éd., 2021

Kenfack (H.), Ringler (S.), *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2017

Lachièze (Ch.), *Droit des contrats*, Paris, Ellipses, coll. Mise au point, 5e éd., 2020

Magnier (V.), *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, coll. Le cours Dalloz, 9e éd., 2019

Mainguy (D.), *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, coll. Le cours Dalloz, 12e éd., 2020

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Stoffel-Munck (Ph.),

- *Les obligations*, Paris, LGDJ, Lextensoéditions, coll. Droit civil, 6e éd., 2013
- *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. Droit civil, 11e éd., 2020

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Gautier (P.-Y.),

- *Les contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 3e éd., 2007
- *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit civil, 11e éd., 2020

Malaurie (Ph.), Brenner (Cl.), *Droit des successions et des libéralités*, Paris, LGDJ, coll. Droit civil, 9e éd., 2020

Malinvaud (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Lexisnexis, coll. Manuel, 12e éd., 2008

Malinvaud (Ph.), Mekki (M.), Seube (J.-B.), *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, coll. Manuels, 16e éd., 2021

Mazeaud (D.), Boffa (R.), Blanc (N.), *Dictionnaire du contrat*, Paris, LGDJ, coll. Les dictionnaires LGDJ, 2018

Mazeaud (H., L., J.), Breton (A.), *Leçons de droit civil*, t. 4, 2e vol., *Successions, libéralités*, Paris, Montchrestien, 3e éd., 1980

Mestre (J.), Pancrazi (M.-E), Arnaud-Grossi (I.), Merland (L.), Tagliarino-Vignal (N.), *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 29e éd., 2012

Mestre (J.), Velardocchio (D.), Mestre-Chami (A.-S.), *Lamy sociétés commerciales*, Paris, Lamy, 2020

Pérès (C.), Vernières (Ch.), *Droit des successions*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 1re éd., 2018

Porchy-Simon (S.), *Droit des obligations 2022*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 14e éd., 2021

Ramparany (H.), Scattolin (A.), *Le droit des obligations en tableaux*, Paris, Ellipses, coll. Le droit en fiches et en tableaux, 1re éd., 2019

Sériaux (A.),

- *Les contrats civils*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1re éd., 2001
- *Le droit. Une introduction*, Paris, Ellipses, 1997
- *Droit des obligations*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 1998
- *Manuel de droit des obligations*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3e éd., 2018 et 4e éd., 2020
- *Les successions. Les libéralités*, Paris, Ellipses, coll. Manuel – Universités – Droit, 2e éd., 2018

Simler (Ph.), Delebecque (Ph.), *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2016

Terré (Fr.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 8e éd., 2009

Terré (Fr.), Lequette (Y.), Gaudemet (S.), *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 4e éd., 2013

Terré (Fr.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), Chénedé (Fr.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 12e éd., 2019

Tranchant (L.), Égéa (V.), *Droit des obligations 2022*, Paris, Dalloz, coll. Les mémentos Dalloz, 25e éd., 2021

Voirin (P.), Goubeaux (G.), *Droit civil. Tome 1 : Introduction au droit – Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 39e éd., 2019

Witz (Cl.), *Le droit allemand*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2e éd., 2013

Peskine (E.), Wolmark (C.), *Droit du travail 2022*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 15e éd., 2021

Zenati-Castaing (Fr.), Revet (Th.), *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1re éd., 2014

- OUVRAGES SPÉCIAUX -

A. OUVRAGES DÉDIÉS À LA RÉFORME DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

Ancel (Fr.), Fauvarque-Cosson (B.), Gest (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2017

Chénedé (Fr.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations - innovations - perspectives*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2e éd., 2018

Deshayes (O.), Genicon (Th.), Laithier (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, « Hors collection », 2e éd., 2018

Dissaux (N.), **Jamin (Ch.)**, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2015

Douville (Th.) (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, Gualino, « Hors collection », 2e éd., 2018

Latina (M.), Chantepie (G.), *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2e éd., 2018

Simler (Ph.), *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations – À jour de la loi de ratification du 20 avril 2018*, Paris, LexisNexis, coll. Actualité, 2e éd., 2018

Terré (Fr.), *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2016

B. MONOGRAPHIES

Atias (Ch.),

- *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2002
- *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 3e éd., 2006

Aynès (L.), *Le cautionnement*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1991

Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, Paris, PUF, coll. Thémis droitprivé, 3e éd., 2018

Beudant (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 12, 2e éd., par R. Rodière et A. Percerou, Paris, 1947, Rousseau

Capitant (H.), *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923

Carbonnier (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 10e éd., LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2001, p. 84

Cassin (R.), *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris, coll. les Cours de droit, 1939

Deroussin (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Économica, coll. Corpus histoire du droit, 2e éd., 2012

Domat (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Chez Le Breton, 1745

Esmein (P.),

- *Cours de droit civil approfondi et comparé. Étude de l'acte juridique à titre gratuit*, Paris, 1933-1934
- *Les entraves apportées aux libéralités. Cours de doctorat*, D.E.S droit privé, 1950-1951

Flour (J.), *Droit civil, 4e année, 1962-1963,* Les cours de droit

Ghestin (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, « Hors collection », 2006

Goltzberg (S.),

- *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2e éd., 2015
- *Cent principes juridiques*, Paris, PUF, coll. « Hors collection », 2e éd., 2021

Grimaldi (M.), *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris, Litec, coll. Manuel, 1re éd., 2000

Huc (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, Paris, 1899

Josserand (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II*, Paris, CNRS, 1984

Larombière (L.-J), *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil. Articles 1101 à 1386, t. 6, art. 1101 à 1145*, 2e éd., Durand et Pedone-Lauriel, 1885

Mann (Fr.-A.), *The legal aspect of money, with special reference to Comparative and Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 4e éd., 1982

Michel (J.), *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, ULB, 1962

Mourlon (Fr.), *Répétitions écrites sur troisième examen du Code Napoléon*, t. III, Paris, 4e éd., 1856

Picod (Y.), *Leçons de droit civil – Sûretés, Publicité foncière*, Paris, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil par Henri, Jean et Léon Mazeaud, 7e éd., 1999

Planiol (M.),

- *Traité élémentaire de droit civil – Tome 2 : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, Paris, Pichon, 2e éd., 1902
- *Traité élémentaire de droit civil – Tome 5 : Donations et testaments*, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, Paris, LGDJ, 2e éd., 1957

Pothier (R.-J.),

- *Traité des obligations*, 1821, rééd., préf. J.-L. Halpérin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2011

Ripert (G.), *Étude critique de la notion de libéralité,* Cours de doctorat, Paris, 1930-1931

Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2e éd., 2013

Supiot (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005

Troplong (R.-Th.), *Des donations entre vifs et des testaments*, Ch. Hingrays, 1855

C. THÈSES

Ancel (M.-É.), *La prestation caractéristique*, préf. L. Aynès, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2002

Ansault (J.-J.), *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Paris, Lextenso, coll. Doctorat & Notariat, 2009

Arzalier (S.), *La connexité en droit civil*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002

Bénilsi (S.), *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. dactyl, dir. M.-L. Mathieu-Izorche, Montpellier, 2006

Blaise (H.), *L'apport en société*, th. Rennes, 1955

Bloch (C.), *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, préf. R. Bout, a.-p. Ph. Le Tourneau, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008

Boisson (J.), *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2019

Boitard (M.), *Les contrats de services gratuits*, préf. P. Esmein, Paris, Sirey, 1941

Boulan (Fr.), *La transaction en droit privé positif*, th. dactyl., th. Aix-Marseille, 1971

Bouyssou (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. Marty, Paris, Sirey, 1947

Boyer (L.), *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. Maury, Sirey, 1947

Bradburn (S.), *Les systèmes d'échanges locaux – Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. Fl. Deboissy, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017

Cabrillac (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1990

Carbonnier (J.), *Le régime matrimonial : sa nature sous le rapport des notions de société et d'association*, préf. J. Bonnecase, th. Bordeaux, 1932

Cattalano-Cloarec (G.), *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2015

Célice (R.), *L'erreur dans les contrats. Étude de jurisprudence française*, th. Paris, 1922

Cermolacce (A.), *Cause et exécution du contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 2001

Chagny (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2004

Champeaux (J.), *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, th. Strasbourg, 1931

Chantepie (G.), *La lésion*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2006

Chardeaux (M.-A.), *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2006

Chaudouet (S.), *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2021

Chauvel (P.), *Le vice du consentement*, th. Paris II, dir. Ph. Malaurie, 1981

Chénedé (Fr.), *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Paris, Économica, coll. Recherches juridiques, 2008

Cottet (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2013

Dabin (J.), *La théorie de la cause (art. 1131-33 du Code civil.) – Étude d'Histoire et de Jurisprudence*, thèse, Bruxelles, éd. Van Fleteren, 1919

Deboissy (Fl.), Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017

Delebecque (Ph.), *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-en-Provence, 1981

Delesalle (G.), *Les apports aux associations*, Paris, Jouve, 1944

DO (V. D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, préf. J. Mestre, PUAM, 2004

Dondero (B.), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2006

Douville (Th.), *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Paris, Fondation Varennes, coll. Collection des thèses, 2014

Dupeyroux (J.-J.), *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. M. Maury, Paris, LGDJ, 1955

Dupouey (C.), *Essai sur la notion de contrepartie. Contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats*, th. dactyl, th. Toulouse I, 2007

Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992

Freleteau (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. Sautonie-Laguionie, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2017

Gaiardo (P.), *Les théories objective et subjective du contrat – Étude critique et comparative (droit français et américain)*, préf. M. Fabre-Magnan, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2020

Gaillard (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Paris, Économica, coll. Droit civil, 1985

Galbois (D.), *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. dactyl., dir. Y. Lequette, Paris II, 2018

Gaudemet (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Paris, Économica, coll. Recherches juridiques, 2006

Ghestin (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014

Godé (P.), *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, Paris, PUF, 1977

Goubeaux (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé – Étude sur la maxime accessorium sequitur principale*, préf. D. Tallon, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1969

Grua (Fr.), *L'acte gratuit en droit commercial*, th. dactyl., Paris I, 1978

Guiguet-Schiélé (Q.), *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative*, préf. M. Nicod, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 146, 2015

Hage-Chahine (N.), *La distinction du devoir et de l'obligation en droit privé*, préf. Y. Lequette, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017

Hamel (J.), *La notion de cause dans les libéralités – Étude de la Jurisprudence Française et Recherche d'une Définition*, thèse Paris, Sirey, 1920

Hamelin (J.-Fr.), *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2012

Hartman (F.), *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque André Tunc, 2020

Helesbeux (E.), *Le contrat redondant*, Mémoire M2 DPG, Paris II, 2015

Henry (X.), *La technique des qualifications contractuelles*, th. dactyl., Nancy, 1992, t. 1

Hontebeyrie (A.), *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. L. Aynès, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2004

Houin (R.), *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse, Paris, 1937

Ionasco (Tr.), *L'évolution de la notion de cause dans les contrats à titre onéreux*, th. Paris, 1923

Jouary (Ph.), *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, th. Paris I, 2002

Lambert (S.), *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. Putman, PUAM, 2006

Lequette (S.), *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. Brenner, Paris, Économica, coll. Recherches Juridiques, 2012

Libchaber (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992

Lucet (Fr.), *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, th. dactyl, Paris II, 1987

Luxembourg (Fr.), « Les incombances du créancier », *in* Le paiement, Paris, L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2014

Maury (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. 1 *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Paris Jouve & Cie éditeurs, 1920

Mazeaud (D.), *La clause pénale*, préf. F. Chabas, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992

Mazeaud (V.), *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, Paris, IRJS, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2010

Méau-Lautour (H.), *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1985

Mekki (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004

Montredon (J.-Fr.), *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989

Ndiaye (M.), *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Dactyl., Paris I, 2017

Nicod (M.), *Le formalisme en droit des libéralités*, Thèse, Paris II, 1996

Ould Aklouche (Y.), *La qualité d'héritier*, préf. M. Nicod, postface R. Le Guidec, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2017

Overstake (J.-Fr.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1969

Pellé (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle – Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer, M.-L. Demeester, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007

Péterka (N.), *Les dons manuels*, préf. P. Catala, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2001

Picod (N.), *La remise de dette*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013

Ponsard (A.), *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse dactyl., Sirey, 1946

Poughon (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, a.-p. J. Ghestin, préf. J.-P. Baud, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1987

Rochfeld (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1999

Rouast (J.), *La notion juridique d'apport en nature*, th. dactyl., Paris, 1949

Sautonie-Laguionie (L.), *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008

Secnazi (R.), *Le contrat léonin*, thèse, Paris I, 2000

Séjean (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2011

Seube (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, Paris, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999

Simler (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1969

Tani (A.), *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille – Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, préf. B. Beignier, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2020

Valiergue (J.), *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. Wicker, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2019

Valloir (J.), *La notion d'acte à titre gratuit*, th. Rennes, 1919

Valory (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, a.-p. I. Najjar, préf. J. Mestre, PUAM, 1999

Vernières (Ch.), *Les libéralités à trois personnes*, th. dactyl, Paris II, 2012

Vitale (L.), *La perte de chance*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2020

Walravens (A.), *Le droit de préemption*, th. dactyl., Paris II, 2015, dir. M. Grimaldi

D. OUVRAGES COLLECTIFS

Aubry (Ch.), Rau (Ch.),

- *Cours de Droit Civil français*, t. 10, Paris, éd. Techniques, 6e éd. par P. Esmein, 1954
- *Cours de droit civil français, T. IV*, Paris, Litec, 4e éd., 1871

Colin (A.), Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, par L. Julliot de la Morandière, t. 3, Paris, Dalloz, 19e éd., 1950

Dross (W.), Mallet-Bricout (B.) (dir.), *La transaction – Propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, coll. Perspectives sur la justice, 2014

Flour (Y.), Donzel-Taboucou (Ch.), Grimaldi (M.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2018-2019

Flour (Y.), Pansier (F.-J.), « Les libéralités ordinaires : Règles de fonds des donations : objet et cause », *in Droit patrimonial de la famille*, M. Grimaldi (dir.), Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 5e éd., 2014

Flour (J.), Souleau (H.), *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1982

Germain (M.), Magnier (V.), *Traité de droit commercial, T. 2, Les sociétés commerciales*, vol. 2, Paris, LGDJ, 20e éd. 2011

Grimaldi (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2021

Jobard-Bachellier (M.-N), Bachelier (X.), Buk Lament (J.), *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 9e éd., 2018

Marty (G.), Raynaud (P.), *Droit civil. Les successions et les libéralités*, par P. Raynaud, Paris, Sirey, 1983

Planiol (M.), Ripert (G.),

- *Traité pratique de droit civil français. Donations et testaments*, T. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, Paris, LGDJ, 2e éd., 1957
- *Traité pratique de droit civil français. Les obligations (première partie)*, T. VI, avec le concours de P. Esmein, Paris, LGDJ, 1re éd., 1930
- *Traité pratique de droit civil français. Le cautionnement*, T XI, par J. Savatier, Paris, LGDJ, 2e éd., 1954

Reygrobellet (A.), Denizot (Ch.), *Fonds de commerce*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2e éd., 2012/2013

Ripert (G.), Roblot (R.), *Traité de droit commercial, Tome 1*, Paris, LGDJ, 1996

Roland (H.), Boyer (L.)

- *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4e éd., 1999
- *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4e éd., 1998

Vergès (É.) (dir.), *Contrats sur la recherche et l'innovation*, Paris, Dalloz, « Hors collection », 2018

E. TRAITÉS

Barthez (A.-S.), Houtcieff (D.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2010

Buy (Fr.), Lamoureux (M.), Mestre (J.), Roda (J.-Ch.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, LGDJ, coll. Les intégrales, 2e éd., 2019

Ghestin (J.), Barbier (H.), *Introduction générale. Tome 2 : Droit de la preuve. Abus de droit, fraude et apparence*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 5e éd., 2020

Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.),

- *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2013
- *La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2013

Larroumet (Ch.), Bros (S.), *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, Paris, Économica, coll. Corpus droit privé, 9e éd., 2018, 10e éd., 2021

Simler (Ph.), *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, Paris, LexisNexis, coll. Traités, 5e éd., 2015

- ARTICLES -

Ne sont répertoriés ici que les notes, observations, conclusions et chroniques utilisées dans l'argumentation.

A. DANS UN OUVRAGE COLLECTIF

Bergel (J.-L.), « Essai de synthèse sur "la gratuité" », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, N. Martial-Braz, C. Zolynski (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2013, p. 275

Beignier (B.), « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », *in Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2010, p. 33

Boyer (L.), « La clause de dédit », *in Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41

Cabrillac (M.), « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », *in Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 235

Cayla (O.), « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », *in La qualification*, Paris, PUF, coll. *Droits*, *Revue Française de théorie juridique*, 1994, n° 18, p. 1

Chénedé (Fr.), « La lésion », *in Hommage à Robert Leballe*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, association H. Capitant, 2016, p. 73

Cornu (G.), « Du sentiment en droit civil », *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 71

Dauriac (I.), « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », *in Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, I. Dauriac, C. Grare-Didier, S. Gaudemet (dir.), Paris, Dalloz, 2010, p. 25

Deshayes (O.), « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat ? », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, N. Martial-Braz, C. Zolynski (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit&Économie, 2013, p. 133

Didier (P.), « Brèves notes sur le contrat organisation », *in Mélanges François Terré. L'avenir du droit*, Paris, Dalloz - PUF - Éditions du juris-classeur, 1999, p. 635

Etienney de Sainte Marie (A.), « Gratuit et contrat : le régime du contrat à titre gratuit est-il un régime ? », *in La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, N. Martial-Braz, C. Zolynski (dir.), Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Droit & Économie, 2013, p. 151

Fréchette (P.), « La qualification des contrats : aspects théoriques », *in Les cahiers de droit*, vol. 51, n° 1, mars 2010, p. 3

Genicon (Th.),

- « Dialogues entre la cause et la *consideration* : à propos de la promesse rémunérée d'exécuter une prestation déjà due. (Réflexion comparative à partir du *pre-existing duty rule* de la *common law*), *in Mélanges en l'honneur du professeur Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 447
- « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », *in Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, W. Dross, Th. Favario (dir.), Paris, mare & martin, coll. Droit privé & sciences criminelles, 2014, p. 181

Guevel (D.), « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 229

Hamelin (J.-Fr.), « La réforme du droit commun des contrats et le contrat d'association », *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, L. Andreu, M. Mignot (dir.), Paris, LGDJ, coll. Colloques & Essais, 2017, p. 261

Jourdain (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie », *in Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, p. 303

Lardeux (G.), « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », *in L'équilibre du contrat*, G. Lardeux (dir.), Aix-en-Provence, coll. du laboratoire de droit privé et de sciences criminelles de l'université d'Aix-Marseille, PUAM, 2012, p. 59

Larribau-Terneyre (V.), « Le contenu du contrat : le renouvellement de l'objet et de la cause », *in Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, V. Larribau-Terneyre, S. Pellé (dir.), Pau, coll. « Le droit en mouvement », 2016, p. 97

Lécuyer (H.), « Le contrat, acte de prévision », *in Mélanges François Terré. L'avenir du droit*, Paris, Dalloz - PUF - Éditions du juris-classeur, 1999, p. 656

Libchaber (R.),

- « La société, contrat spécial », *in Mélanges Jeantin. Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, paris, Dalloz, 1999, p. 281
- « Les mésaventures de la contrepartie », *in Mélanges en l'honneur du professeur Claude Lucas de Leyssac*, Paris, Lexisnexis, 2018, p. 317

Macorig-Venier (Fr.), « Octroi de sûretés et EIRL », *in Les structures individuelles*, N. Jullian, S. Tisseyre, A. De Bissy (dir.), PUT, 2021, p. 151

Mazeaud, **(D.)** « La cause » *in 1804-2004. Le Code civil. Un passé. Un présent. Un avenir*, Université Panthéon-Assas, Paris, Dalloz, 2004, p. 451

Sériaux (A.), « La notion de contrat synallagmatique », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014, p. 777

Thibierge (L.), « Le juste prix », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès. Liberté, justesse, autorité*, Paris, LGDJ, 2019, p. 483

B. DANS UNE ENCYCLOPÉDIE

Ambroise-Castérot (C.), *Rép. pén. et pr. pén.*, Dalloz, Consommation

Barret (O.), Brun (Ph.), *Rép. civ.* Dalloz, Vente : formation – Existence du consentement

Caffin-Moi (M.), *J.-Cl. Civ.*, Fasc. 15-30 : Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines

Cayrol (N.), *Rép. civ.*, Action en justice

Collart-Dutilleul (Fr.), *J.-Cl. Civ.*, Fasc. unique : Vente. – Nullité et résolution. – Rescision pour cause de lésion

Deshayes (O.), *Rép. civ.* Dalloz, Exception d'inexécution

Fabre (A.), *Rép. civ.* Dalloz, Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – notion de cause réelle et sérieuse

Ghestin (J.), Serinet (Y.-M.), *Rép. civ.* Dalloz, Erreur

Guerchoun (Fr.), *Rép. civ.* Dalloz, Jeu-Pari-Droit spécial des jeux

Lardeux (G.), *Rép. civ.* Dalloz, Preuve : Modes de preuve

Massart (Th.), *Rép. civ.* Dalloz, Contrat de société – Caractère essential du contrat de société

Mazeaud (D.), Latina (M.), *Rép. civ.* Dalloz, Lésion

Najjar (I.), *Rép. civ.* Dalloz, Donation

Ophèle (C.), *Rép. civ.* Dalloz, Simulation

Pétel-Teyssié (I.), *J.-Cl. Civ.*, Art. 1375, Fasc. unique : Preuve des obligations. – Modes de preuve. – Actes sous seing privé synallagmatiques. – Formalité du double original

Picod (Y.), Auguet (Y.), Gomy (M.), *Rép. civ.* Dalloz, Concurrence : Obligation de non-concurrence

Piette (G.), *Rép. civ.* Dalloz, Cautionnement

Pignarre (G.), *Rép. civ.* Dalloz, Prêt – Prêt à usage

Retterer (S.), *Rép. com.* Dalloz, Ventes réglementées

Rochfeld (J.), *Rép. civ.* Dalloz, Cause

Simler (Ph.), *J.-Cl. Civ.*, Fasc. 60 : Cautionnement. – Extinction par voie accessoire

Thibierge (L.), *Rép. civ.* Dalloz, Transaction

Tourneau (Le) (Ph.), *Rép. civ.* Dalloz, Responsabilité : généralités

Vareille (B.), *Rép. civ.* Dalloz, Avantage matrimonial

Velardocchio (D.), *Rép. com.* Dalloz, Sociétés

C. DANS UNE REVUE

Ancel (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771

Andreu (L.), « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », *RTD com.* 2009, p. 655

Auzero (G.), « Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence », *RDT* 2007, p. 308, note sous Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511

Aynès (L.), « La cause, inutile et dangereuse », *Droit et Patrimoine*, n° 240, 1er oct. 2014

Barbier (H.), « La transition en douceur vers la contrepartie, et l'entrée en scène de "l'équilibre général du contrat" », *RTD civ.* 2016, p. 614, note sous Cass. com., 7 juin 2016, *Bull. civ.* IV, n° 14-17.978 et Cass. civ. 1re, 12 mai 2016, *Bull. civ.* I, n° 15-12.360

Barbiéri (J.-J.), « Prêt à usage et promesse de vente : les risques de requalification », *JCP* N 2008, p. 1066, note sous Cass. civ. 3e, 17 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 179, n° 06-18.503

Béhar-Touchais (M.), « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *JCP E* 2019, n° 29, p. 1363

Bénilsi (S.), « Clair-obscur sur le cautionnement souscrit en période suspecte », *Bull. Joly Entreprises en difficultés* 2014, n° 2, p. 97, note sous Cass. com., 19 nov. 2013, *Bull. civ.* IV, n° 168, n° 12-23.020

Boffa (R.), « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 335

Borga (N.), « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJE* mars 2011, n° JBE-2011-0007, p. 76

Bourg (J. Le), Chron. de contrats spéciaux, *LPA* 2017, n° 140/141, p. 5, note sous Cass. civ. 1re, 13 juill. 2016, *Bull. civ.* I, n° 15-10.474

Brun (Ph.), « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et Patrimoine*, mai 1998, p. 78

Calvez (J. Le), « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », *D.* 2000, p. 151

Cabrillac (S.), « EIRL et sûretés personnelles : faute de grives, on mange des merles », *Cahier de droit de l'entreprise n° 3*, mai 2011, doss. 16

Caron (Ch.), Tournafond (O.), « La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence », *D.* 2002, p. 927, n° 2, note sous Cass. civ. 3e, 21 févr. 2001, *Bull. civ.* III, n° 20, n° 98-20.817

Chauvin (P.), Creton (Cl.), *D.* 2007, p. 2327, chron., obs. sous Cass. civ. 1re, 31 mai 2007, *Bull. civ.* I, n° 211, n° 05-21.316

Champenois (G.), *Defrénois* 1980, art. 32503, n° 120, p. 1562, note sous. Cass. civ. 1re, 29 mai 1980, *Bull. civ.* I, n° 164, n° 79-93.508, spéc. p. 1564

Chénedé (Fr.),

- « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *CCC* 2008, n° 10, étude 11, n° 9
- « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel (à propos de deux arrêts de la première chambre civile du 19 juin 2008), *D.* 2008, p. 2555
- « La cause est morte… Vive la cause ? », *CCC*, 5 mai 2016, dossier 4

Chilstein (D.), « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663

Coupet (C.), « Contrat de management et organisation sociétaire », *AJ Contrat* 2017, p. 61

Le Corre (P.-M.), « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficultés », *D.* 2011, p. 91

Corre-Broly (E. Le), « Actions en revendication ou en reprise et EIRL », *Bull. Joly Entreprises en difficulté* mars-avr. 2011, p. 68

Didier (P.),

- « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.* Nov. 1995, numéro spécial, « L'échange des consentements », p. 75
- « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité ? », *JCP E* 1994, Cah. dr. ent., 1994/5, p. 24

Dondero (B.), « Coup d'arrêt à la pratique des management fees », *Gaz. Pal.* 22 déc. 2012, p. 21, n° 357, note sous Cass. com., 23 oct. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 190, n° 11-23.376

Douville (Th.),

- « Échange avec soulte transformée en rente viagère et présomption de gratuité », *D. Actualité*, 22 oct. 2013, obs. sous Cass. civ. 1re, 25 sept. 2013, *Bull. civ.* I, n° 190, n° 12-20.541
- « Nature irréfragable de la présomption de gratuité des ventes avec réserve d'usufruit faite à un successible », *D. Actualité*, 17 févr. 2014, obs. sous Cass. civ. 1re, 29 janv. 2014, *Bull. civ.* I, n° 16, n° 12-14.509

Dross (W.),

- « La saisine successorale », *Defrénois* 2004, p. 471
- « La déception contractuelle. Proposition d'un droit commun », *RTD civ.* 2018, p. 787

Dubarry (J.), Flume (J.), « Patrimoine + Publicité = Responsabilité limitée. Une démystification de l'EIRL », *RLDC* n° 85, 1er sept. 2011

Fabre-Magnan (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85

Fages (B.), « Faut-il avoir de la cause une vision étriquée ou… plus de vision du tout ? », *RTD civ.* 2012, p. 113, obs. sous Cass. com. 25 oct. 2011, *Bull. civ.* IV, n° 173, n° 10-23.538

Fin-Langer (L.), « Transaction et autorité de la chose jugée », *JCP Soc.*, n° 26, 23 juin 2009, p. 1284, note sous Cass. soc., 31 mars 2009, *Bull. civ.* V, n° 98, n° 06-46.378

Freyria (Ch.), « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, p. 51

Frison-Roche (M.-A.), « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184

Garrigues (B.), « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459

Gautier (P.-Y.), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 797

Geninet (M.), « Les quasi-apports en société », *Rev. soc.* 1987, p. 29

Genicon (Th.),

- « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, n° 3, p. 625
- « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p. 1551

Ghestin (J.), « L'annulation d'une cession de créance reposant sur une fausse cause », *D.* 2013, p. 2146, note sous Cass. civ. 1re, 10 juillet 2013, n° 12-17.407

Goyet (C.), « La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal », *RTD com.* 1975, p. 34

Grelon (B.), « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.* 1981, p. 262

Grimaldi (C.),

- « La validité du contrat de révélation de succession au regard de la cause et de l'erreur », *Defrénois* 2009, n° 8, p. 828, note sous CA Bourges, ch. civ., 28 août 2008, n° 07/01780
- « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p. 814
- « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *D.* 2019, p. 388

Grimaldi (M.), « La double présomption irréfragable de l'article 918 du code civil, qui répute donation préciputaire la vente avec réserve d'usufruit consentie à un descendant, peut être écartée par le consentement tacite des héritiers réservataires », *RTD civ.* 2022, p. 443, note sous Cass. civ. 1re, 26 janv. 2022, *Bull. civ.* I, n° 20-14.155

Guesma (A.), « EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives », *D.* 2011, p. 104

Juredieu (Fr.), « La décharge de la caution », *RTD civ.* 2021, p. 821

Haller (M.-C.), « Une majoration de salaire ne peut plus tenir lieu de contrepartie financière », *JS Lamy*, 27 mars 2007, n° 208, 18, note sous Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511

Hamelin (J.-Fr.), « Les classifications du contrat », in *Blog Réforme du droit des obligations,* M. Latina, G. Chantepie (dir.), Dalloz, avril 2015

Hontebeyrie (A.), « Article 1167 : la contrepartie illusoire ou dérisoire », *RDC* 2015/3, p. 757

Kilgus (N.), « Le contrat conclu entre le dirigeant et la société : quelques remarques autour d'un "contrat avec soi-même" », *AJ contrat* 2018, p. 455

Labarthe (Fr.), Chron. Droit des obligations, *JCP G* 1997. I. 4015, n° 5 et 6, note sous Cass. civ. 1re, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* III, n° 286, n° 94-14.800

Lagarde (X.),

- « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p. 740
- « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *RTD civ.* 1997, p. 26

Lardeux (G.), « Commentaire du titre IV bis nouveau du livre III du code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, p. 850

Latina (M.), « Le régime de l'action paulienne », *RDC* 2015, n° 3, p. 479, spéc., n° 7, note sous Cass. civ. 1re, 15 janv. 2015, *Bull. civ.* I, n° 5, n° 13-21.174

Lecourt (B.), « La gratuité en droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455

Leduc (Fr.), « L'intensité juridique de l'obligation essentielle », *RRJ* 2011-3, p. 1253

Lequette (S.),

- « Le champ contractuel – Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016, n° 01, p. 135
- « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêts commun », *D.* 2016, p. 1148

Tourneau (Le) (Ph.), « Contre le "bon pour" », *D.* 1975, p. 187

Libchaber (R.),

- « Est un contrat synallagmatique la convention de garantie rémunérée en raison du caractère réciproque des obligations des parties », *D.* 1995, p. 87, note sous Cass. civ. 1re, 2 févr. 1994, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 92-11.835
- « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, n° 24, p. 1409

Loiseau (G.), « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47, n° 1

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Gautier (P.-Y.), « La transaction », *Defrénois*, n° 5, p. 543, 15 mars 2010

Martin-Serf (A.), « Période suspecte – Remise de dette consentie dans le cadre d'une transaction – Acte gratuit (non) – Acceptation pour solde de tout compte par le bailleur du versement par le locataire d'une somme inférieure au montant facturé – Économie pour le bailleur », *RTD com.* 2002, p. 164, note sous Cass. com, 2 oct. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 154, n° 98-19.694

Mathieu-Izorche (M.-L.), « Une troisième personne bien singulière, ou 2+1 = tout autre chose », *RTD civ.* 2003, p. 51

Merle (Ph.), « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme », *D.* 1975. chron. 245

Mestre (J.),

- « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », *Rev. soc.*, 1989, p. 399 et suiv.
- « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996, p. 901, note sous Cass. civ. 1re, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* III, n° 286, n° 94-14.800
- « Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », *RTD civ.* 1998, p. 100, note sous Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188, n° 95-14.105

Mignot (M.), « L'EIRL et les sûretés », *RRJ* 2011, p. 1455

Mouly, **(J.)**, « Clause de non-concurrence. Contrepartie financière. Possibilité d'inclure son montant dans la rémunération du salarié versée en cours de contrat (non) », *Dr. soc.* 2007, p. 657, note sous Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511

Moury (J.),

- « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994, p. 255
- « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, p. 382
- « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950

Najjar (I.), « La validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé », *D.* 1995, p. 115, note sous Cass. civ. 1re, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, n° 91-11.648

Neuville (S.), « La transaction suspecte (Observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte) », *D.* 2000, p. 571

Patarin (J.), « Validité de la donation déguisée sous forme de vente malgré le caractère dérisoire du prix stipulé », *RTD civ.* 1996, p. 218, note sous Cass. civ. 1re, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, n° 91-11.648

Penneau (J.), *D.* 1986, note sous Cass. civ. 1re, 27 nov. 1984

Pérochon (Fr.), « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre », *Revue des procédures collectives n° 2*, mars 2011, dossier 25

Pignarre (G.), « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, p. 41

Planiol (M.), *D.* 1891, 2, 113

Pollaud-Dulian (Fr.), « Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances », *D.* 2012, p. 834

Rochfeld (J.), « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013, p. 1601

Rouhette (G.), « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, n° 4

Rouvière (Fr.),

- « L'inconstructibilité : entre non-conformité, erreur et vice caché », *RDI* 2010, p. 253
- « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1
- « Le moment d'appréciation de l'erreur », *D.* 2014, p. 1782
- « Le casse-tête de l'inconstructibilité », *D.* 2015, p. 60
- « La distinction entre restitution et indemnisation », *D.* 2015, p. 657, note sous Cass. civ. 3e, 28 janv. 2015, *Bull. civ.* III, n° 9, n° 13-27.397
- « Dualité des droits de jouissance ou unité de l'*intuitus personae* ? », *RTD civ.* 2018, p. 259
- « De la cause vers les motifs : d'autres mots pour les mêmes concepts ? », *RTD civ.* 2021, p. 247

Savatier (R.), note sous Cass. civ. 1re, 16 juill. 1959, *Bull. civ.* I, n° 360, *D.* 1960, p. 185

Serinet (Y.-M.), *Observations : LPA* 4 sept. 2015, p. 59, n° 177

Serra (Y.), « *Tsunami* sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491, note sous Cass. soc., 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 239, n° 99-43.334, n° 99-43.336, n° 00-45.387, n° 00-45.135

Seube (J.-B.), « Commodat ou bail ? Variations sur l'onérosité d'une convention », *RDC* 2008, n° 2, p. 383, obs. sous Cass. civ. 3e, 17 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 179, n° 06-18.503

Stoffel-Munck (Ph.), « Les facteurs de fragilité de la formation des contrats », *Dr. et patr.* 2009, p. 120, n° 178

Tournafond (O.), « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché) », *D.* 1989, chron. 237, n° 49-53

Trébulle (G.), « Des limites à la vente d'un terrain pour un prix symbolique », *RDI* 2008, p. 87, note sous Cass. civ. 3e, 23 mai 2007, *Bull. civ.* I, n° 90, n° 06-13.639

Wicker (G.),

- « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015, p. 1557
- « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, p. 1906

Zenati (Fr.), « Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause », *RTD civ.* 1991, p. 560

- INDEX DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS SUPRÊMES -

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS DE LA TABLE DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS SUPRÊMES)

À l'impossible nul n'est tenu

- Principe général de droit : **334**

Aide à circulation des étrangers

- Protection de l'aidant uniquement lorsqu'il a agi dans un but exclusivement humanitaire **: 297**

Apport

- Contrat entre l'apporteur et la société/contrat fortement déséquilibré conclu en période suspecte/apport nettement supérieur aux droits sociaux accordés/nullité (oui) : **248**
- Contrat à titre onéreux conclu en période suspecte/contrat équilibré frauduleux/nullité : **253**
- Contrat à titre onéreux non assimilable à une vente : **265**

Avantage matrimonial

- Clause commerciale/clause de prélèvement moyennant indemnité/avantage à hauteur de l'émolument net : **54**

Bail

- Chose objet de deux baux distincts/deux obligations de délivrance de la chose/obligation de délivrance du second bail impossible : **171**
- Loyer dérisoire/stipulation d'avantages accessoires/nullité (non) : **140**, **182**
- Prix sérieux/stipulation nécessaire pour tout bail, quelle qu'en soit la durée : **129**
- Suppression d'une partie du bien loué/perte minime/aucune affectation de l'essence de la chose louée/absence de preuve d'un préjudice consécutif à la perte de cette partie : **199**
- Prix dérisoire/absence d'avantages accessoires/nullité (oui) : **313**
- Bail avec soi-même/extinction (non)/neutralisation (oui) : **322**

Bail à construction

- Loyer dérisoire/contrepartie convenue sérieuse/obtention de la propriété des constructions en fin de bail par le propriétaire du bien loué/validité sur le fondement de la cause de l'obligation : **66**

Bail emphytéotique

- Loyer dérisoire/contrepartie convenue sérieuse/avantages annexes/absence de renouvellement et accession sans indemnité en fin de bail : **183**

Bail fiscal

- Bail entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel/loyers non fictif/imposition : **329**, **330**, **331**

Bail rural

- Avantages réciproques/avantages non corrélés/contrat à titre onéreux (non)/bail rural (non) : **155**

- Avantages réciproques/avantages corrélés/corrélation expresse/bail rural : **160**

- Avantages réciproques/loyer dérisoire/avantages annexes/contrat à titre onéreux : **163**

- Contrat à titre onéreux/contrepartie convenue : **181**

- Mise à disposition des terres/absence de loyer/travaux du locataire en faveur du propriétaire/ absence de rémunération pour les travaux/contrat global à titre onéreux (oui) : **145**

- Preuve de l'existence du bail/preuve par tous moyens : **149**

- Promesse unilatérale de vente/exploitation rurale pendant le délai d'option/indemnité d'immobilisation/contrat à titre onéreux/bail rural (oui) : **166**

- Stipulation d'une contrepartie convenue/élément essentiel du contrat : **189**

Cause

- Avantage accordé par le contrat faisant double-emploi avec l'exercice des fonctions de son débiteur/avantage redondant/absence de cause/nullité : **246**, **250**

- Cause impulsive et déterminante/charge impossible ou illicite/article 900 du Code civil/nullité partielle : **306**, **308**

- Cause impulsive et déterminante du consentement/illicéité ou impossibilité/article 900 du Code civil/nullité totale : **304**, **307**

- Cession de clientèle civile/cause illicite/chose hors commerce : **17**, **47**, **324**, **326**, **327**

- Cession de clientèle civile/ liberté de choix du patient sauvegardée (non)/cause illicite : **79**

- Cession de clientèle civile/absence de cause : **50**, **51**

- Cession de droits d'auteur/absence de titularité des droits/absence de contrepartie/nullité pour absence de cause : **90**

- Clause contraire à l'obligation essentielle/clause réputée non écrite : **222**, **245**, **302**

- Contrat de dépôt/remise de la chose : **227**

- Contrat de prêt à intérêt consenti par un professionnel/contrat consensuel/cause/obligation de l'autre partie : **93**

- Contrat de prêt réel/remise de la chose : **24**, **62**, **73**, **94**, **221**

- Contrat de cautionnement/considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier : **204**, **258**

- Contrat synallagmatique/obligation de l'autre : **46** ; **194** ; **260**

- Convention de ducroire/intérêt personnel de celui qui s'est porté ducroire : **244**

- Convention relative à un service rémunéré fictif/absence de cause/nullité : **210**

- Dissociation entre la cause de l'obligation (objective) et la cause du contrat (subjective) : **49**

- Distribution exclusive/approvisionnement exclusive/cautionnement à hauteur de 20%/ avantage dérisoire/absence de cause : **235**

- Donation/motif fiscal/disparition rétroactive/nullité (oui) : **40**

- Donation-partage/intégration d'un bien propre à l'héritier dans la masse à partager/nullité pour absence de cause : **84**

- Garantie à première demande/intérêt économique du donneur d'ordre à la conclusion du contrat : **237**

- Promesse de cession de droits de diffusion d'un match de football/promesse sans détention desdits droits/nullité pour absence de cause : **220**

- Promesse de payer une dette préexistante/dette déjà éteinte/absence de cause/nullité : **225**

- Promesse de transmettre un savoir-faire/promettant sans la qualité de transmettre ce savoir-faire/nullité pour absence de cause : **215**

- Reconnaissance de dette/absence partielle de cause/réduction à la mesure de la fraction subsistante : **83, 99**

- Reconnaissance de dette/cause identifiée dans l'obligation préexistante : **239**

- Reconnaissance de dette/croyance fausse de responsabilité/absence de cause/nullité : **318**, **320**

Cautionnement

- Acte à titre gratuit/contrat de bienfaisance/libéralité (non)/consentement des deux époux (non) : **36**

- Appréciation du caractère réel et sérieux de l'avantage accordé au débiteur : **259**

- Cautionnement intéressé/recherche du caractère réel et sérieux de l'intérêt (oui) : **240**

- Cautionnement intéressé/validité en période suspecte : **252**

- Contrat à titre gratuit pour le tout/contentieux des nullités de la période suspecte : **196, 201**, **207**, **211**

- Contrat conclu entre le créancier et la caution/le débiteur n'est pas partie : **214**

- Obligations légales sanctionnées par la déchéance/contrepartie de l'engagement de la caution (non) : **255**

Clause de dédit

- À titre onéreux ou à titre gratuit : **226**

Clause léonine

- Exonération quasi-totale des pertes (non)/exonération quasi-totale des bénéfices (non)/clause léonine (non) : **52, 231**

- Interdiction applicable aux sociétés civiles : **151**

Clause de non-concurrence

- Contrepartie convenue/paiement anticipé sous la forme d'un supplément de salaire/validité (oui) : **274**

- Contrepartie convenue/versement à raison et à l'occasion du travail/indemnité compensatrice de salaire/soumission à cotisations de sécurité sociale : **279**

- Contrepartie convenue/versement obligatoire en droit du travail : **281**, **283**

- Contrepartie convenue dérisoire/équivalence à une absence de contrepartie : **285**

- Contrepartie convenue/interdiction d'un versement anticipé/interdiction de faire dépendre son montant de la durée d'exécution du contrat de travail : **286, 287**, **288**, **290**

Clause de confidentialité

- Droit à contrepartie (non)/absence d'atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle : **291**

Chose hors commerce

- Vente/nullité sans avoir à démontrer l'existence d'une erreur ou d'un dol : **230**

Contrats distributifs

- Copropriété/inexécution de l'obligation de payer les charges d'un copropriétaire/impossible exception d'inexécution d'un autre copropriétaire par refus de payer les charges : **134**, **137**
- Copropriété/inexécution des travaux des parties communes/impossible exception d'inexécution du copropriétaire par refus de payer les charges : **167**
- Intérêt commun plus réalisable/libération des membres de leurs obligations : **25**

Contrat synallagmatique

- Engagements réciproques et corrélatifs/inexécution/restitution partielle : **41** ; **206**
- Interdépendance des obligations/exécution des obligations dans un délai similaire : **130**
- Interdépendance des obligations : **218**, **268**

Contrat unilatéral

- Contrats unilatéraux simultanés/absence de lien de dépendance entre les contrats/inapplicabilité de l'exception d'inexécution : **202**, **205**
- Contrats unilatéraux entre les mêmes parties/absence de liaison certaine entre les obligations des contrats/inapplicabilité de la résolution du second contrat pour inexécution du premier : **203**

Contrepartie convenue dérisoire

- Appréciation souveraine des juges du fond/preuve : **7**
- Donation/charge dérisoire/contrat à titre onéreux (non)/fraude paulienne : **106**
- Intention libérale/donation indirecte : **19**
- Nullité fondée sur l'absence de cause avant la réforme du droit commun des contrats : **3**
- Retrait litigieux/prix de un franc/contrat aléatoire/prix approprié : **55**
- Rente viagère/prix dérisoire/connaissance de l'imminence du décès par le débirentier : **26**
- Rente viagère/mort du crédirentier dans les 20 jours du contrat : **301**
- Rente viagère/grand âge du crédirentier/contrat aléatoire : **34**
- Rente viagère/rente dépassant de peu le revenu annuel de l'immeuble/nullité : **138**
- Rente viagère/rente dépassant de peu les revenus de l'immeuble/validité : **128**

Contrepartie convenue illusoire

- Avantage redondant/cession de droits incorporels déjà détenus/nullité du contrat pour absence de cause : **60**
- Double assurance/répartition du risque/validité **1**
- Nullité fondée sur l'absence de cause avant la réforme du droit commun des contrats : **3**

Convention de mère porteuse

- Nullité/violation du principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain/violation du principe d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes : **298**

Dépôt

- Dépôt intéressé/dépositaire fautif seulement s'il n'a pas fait preuve d'une prudence normale : **195**, **212**

Déséquilibre significatif

- Clause non compensée par d'autres engagements contractuels/nullité : **256**

Dol

- Dol du copartagé/invocation possible : **121**

Don manuel

- Don manuel/présomption d'intention libérale/renversement de la présomption par la preuve d'une détention précaire (non) : **78**, **108**

- Présomption de don manuel attachée à la possession/renversement par la preuve d'une absence d'intention libérale (non)/renversement par la preuve d'une détention précaire (non)/qualification de prêt (non) : **68**

Donation

- Article 893 du Code civil/titre gratuit/avantage gratuit : **15**

- Dépouillement du donateur/dépouillement partiel/donation (oui) : **319**

- Donation/méconnaissance de la vente convenue sur le bien donné/fraude des droits de l'acquéreur/nullité (oui) : **190**

- Donation à une association/avantage moral et religieux pour le donateur/absence d'intention libérale/validité de l'acte : **44**

- Donation modique : **234**

- Intention de gratifier/appauvrissement de celui qui s'engage : **98**, **103**, **111**

- Inexécution des conditions/révocation/article 954 du Code civil/cet article est l'application, à des actes partiellement gratuits, du principe général posé à l'article 1184 du Code civil : **122**

- Motif/satisfaction personnelle à la réfection d'une cloche/contrat à titre onéreux/inapplicabilité de la nullité pour violation du formalisme des donations : **303**

- Nullité pour non-respect du formalisme de l'article 931 du Code civil : **23**

Donation avec charge

- Absence d'émolument net/rapport et réduction (non) : **53** ; **312**

- Contrat à titre onéreux (oui)/fraude paulienne/preuve complicité du tiers : **82**, **112**

- Émolument net/rapport et réduction (oui) : **118**, **322**

- Fiscalité/gratuité suivant l'équivalence de la charge : **217**

- Inexécution de la charge/charge cause impulsive et déterminante du consentement (non)/ révocation pour inexécution (non) : **33**

- Mesure de la charge/si équivalence perte du caractère de libéralité : **96**

- Rapport et réduction/déduction de la charge/émolument net (gratuit) : **43** ; **59**

- Rapport et réduction/déduction de la charge/émolument net (gratuit)/donation déguisée avec charge : **120**

Donation déguisée

- Billet reconnaissant une part patronale/apparence de contrat à titre onéreux (non)/donation indirecte : **8**

- Donation avec charge/rapport et réduction/émolument net (gratuit) : **120**

- Vente prix dérisoire/apparence de contrat à titre onéreux (oui)/Donation déguisée valable : **32** ; **57**

Donation indirecte

- Nécessité d'une intention libérale (oui) : **74**

- Renonciation recours subrogatoire de la caution : **37**

Droit de préemption

- Donation avec charge/manœuvre frauduleuse/intention de contourner le droit de préemption des preneurs (à ferme)/nullité : **192**

- Droit de préemption de l'indivisaire/application à la contrepartie convenue interchangeable/ contrepartie convenue non interchangeable/inapplication du droit de préemption : **70**

- Droit de préemption du fermier/donation avec charge/inapplicabilité si la charge n'est pas équivalence à la donation : **267**

Empiètement

- Empiètement/démolition entrainant des conséquences graves/indemnisation (non) : **170**

- Empiètement minime/assimilation à l'empiètement absent (non) : **127**, **161**, **156**, **158**, **185**, **187**

Erreur

- Aléa/œuvre d'art : **29**

- Caractère excusable : **10**, **11**, **164**

- Conviction au moment de la formation du contrat : **77**

- Erreur/nécessité pour admettre la qualification de dol : **76**

- Erreur-obstacle/erreur sur la nature du contrat : **136**

- Erreur-obstacle/les parties n'avaient pas accordé leur volonté sur le même objet : **152**

- Erreur-obstacle/insensibilité à la condition d'excusabilité/nullité du contrat : **169**, **180**

- Erreur sur la valeur/indifférence : **56**

- Erreur sur la cause/insensibilité à la condition d'excusabilité/nullité du contrat : **63**

- Erreur sur un motif/absence d'intégration d'un motif dans le champ contractuel/absence d'erreur sur la cause : **116**

- Erreur de la venderesse (non)/la venderesse ne pouvait ignorer que les terrains pouvaient devenir constructibles : **179**

- Erreur uniquement dans les prévisions d'une partie/contrat indifférent à cette erreur : **309**

- Professionnel/appréciation de l'erreur/qualités personnelles : **95**, **107**

- Stipulation tacite ou expresse d'une qualité essentielle/éligibilité à un dispositif de défiscalisation : **266**

Formalité du double original

- Contrat d'assurance/contrat synallagmatique : **22**
- Contrat entre deux groupes de personnes/chaque groupe a un intérêt différent/contrat synallagmatique/un exemplaire par groupe de personnes : **200**
- Contrat de travail/contrat synallagmatique : **277**
- Inéquivalent au formalisme du bon pour : **69**
- Mandat à titre gratuit/obligation éventuelle de remboursement/contrat non synallagmatique/inapplicabilité de la formalité du double original : **309**
- Mandat à titre onéreux de recherche d'appartement/contrat synallagmatique : **251**
- Obligation exécutée/formalité non obligatoire : **9**, **147**, **229**
- Prêt réel à intérêt/contrat unilatéral : **39**
- Promesse unilatérale de vente à titre gratuit/contrat unilatéral : **6**
- Promesse unilatérale de vente moyennant une indemnité/contrat synallagmatique : **198**
- Violation de la règle du double original/nullité du titre/validité de la convention : **132**, **142**, **143**

Formalité du bon pour

- Cautionnement de somme d'argent/contrat unilatéral : **21**, **224**, **264**
- Contrat synallagmatique/inapplication de la formalité : **20**, **30**, **38**, **45**, **311**, **58**
- Contrat d'échange/contrat synallagmatique/inapplication de la formalité : **269**, **270**, **271**
- Engagement séparé de codébiteur solidaire/contrat unilatéral : **213**, **241**
- Garantie à première demande/contrat unilatéral : **219, 223**
- Prêt réel/contrat synallagmatique : **61**, **67**
- Prêt réel/contrat unilatéral : **39**
- Prêt réel sans intérêt/contrat unilatéral : **101, 105** ; **81**
- Prêt réel à intérêt/contrat unilatéral : **71**
- Promesse unilatérale de vente à titre onéreux/contrat synallagmatique : **133**
- Promesse unilatérale de vente/dédit équivalent au prix/contrat unilatéral : **18**

Fraude paulienne

- Contrat à titre gratuit/preuve de la complicité non requise : **2, 58, 110**
- Contrat à titre onéreux/concert frauduleux : **110**

Gratification en droit du travail

- Gratification-complément/caractère régulier-fixe : **278**
- Gratification-complément/illicéité de la clause d'exclusion de bénéfice en cours de préavis : **276**
- Gratification-libéralité/caractère aléatoire : **272**, **284**
- Gratification-libéralité/caractère discrétionnaire : **273**
- Prime de noël/rémunération au sens de l'article 119 du TCE : **332**

Interdiction de se porter contrepartie

- Cciv., art. 1596/extension à l'acquisition du bien qui n'est pas la propriété du mandant/nullité du contrat : **65**

Lésion

- Aléa insuffisant/contrat non aléatoire/vente avec réserve d'usufruit : **144**
- Aléa insuffisant/contrat non aléatoire/droit d'usage et d'habitation : **135**
- Impossible pour le contrat aléatoire/rente viagère : **28**, **159**
- Intention libérale/exclusion sanction : **2**
- Vice objectif : **4**, **321**

Licenciement

- Cause tirée de la vie privée du salarié/acquisition d'un véhicule personnel d'une marque autre que celle de l'entreprise employer/licenciement sans cause réelle et sérieuse : **275**
- Droit de résilier unilatéralement par voie de licenciement pour l'employeur/impossibilité pour l'employeur de demander la résiliation judiciaire du contrat, en dehors des cas où la loi en dispose autrement : **280**, **282**

Loteries publicitaires

- Espérance d'un gain/tirage au sort/licéité uniquement si sans contrepartie : **254**, **293**, **295**
- Interdiction d'une loterie à titre onéreux : **294**

Mandat

- Droit de rétention du mandataire : **208, 305**
- Responsabilité/régime allégé en l'absence de contrepartie/prise en compte de l'intérêt à consentir un mandat (non) : **75**

Masse successorale

- Bénéficiaire d'une créance indemnitaire à l'issue d'un procès postérieur au décès : **86**
- Bénéfice d'un versement postérieur au décès : **299**
- Saisine des héritiers légaux/absence d'indivision entre les héritiers légaux : **191**

Objet de l'obligation

- Cession de clientèle illicite/chose hors commerce : **17**, **47**, **324**, **326**, **327**
- Cession de clientèle civile/absence d'objet : **50**, **51**
- Défaut d'objet/cession de part d'une société ayant disparu par l'effet d'une fusion par absorption/inutilité de rapporter la preuve d'un vice du consentement/nullité (oui) : **242**
- Illicite ou absent/cause de nullité : **5**, **12**

Paiement indu

- Intention libérale/exclusion du droit à restitution : **289**

Préjudice

- Fonction indemnitaire de la responsabilité civile/fonction principale : **123**
- Perte de chance non sérieuse/préjudice (non)/réparation (non) : **92**, **104**, **109**
- Perte de chance non sérieuse/préjudice (oui)/réparation (oui) : **102**, **114**, **126**
- Préjudice minime/réparation (oui) : **141**, **150**, **197**, **292**

- Préjudice minime/réparation (non) : **199**, **333**, **335**, **336**

Présent d'usage

- Inapplicabilité de la règle de révocation des libéralités entre époux : **31**
- Inapplicabilité de la règle de révocation pour cause d'ingratitude : **314**

Prestation illicite/impossible

- Prestation portant sur une chose hors commerce/cause illicite/nullité : **85** ; **89**
- Prestation prévoyant un résultat impossible/impossibilité en raison de l'illicéité du résultat : **113**
- Prestation qui ne peut avoir d'effet/nullité : **42**

Prêt à usage

- Apparence de prêt/faculté d'usage par les deux parties/contrat qui n'est pas de pure bienfaisance : **14**
- Contrat à titre gratuit/contrat de service gratuit/absence de transfert d'un droit patrimonial/appauvrissement (non)/rapport (non) : **117**
- Libre disposition des fruits/appauvrissement/libéralité rapportable : **3**, **139**
- Preuve existence d'un prêt/remise effectuée/charge de la preuve : **48** ; **100**
- Remise matérielle motivée par une intention libérale/libérale/absence de prêt : **13**
- Prêt intéressé/responsabilité de droit commun : **243**

Primes auto-payantes

- Prime symbolique/1 franc/prime non-équivalente à prime à titre gratuite/licéité (oui) : **296**

Promesse unilatérale de vente

- Abandon partielle de l'indemnité d'immobilisation/acte à titre gratuit/période suspecte/nullité : **238**
- Indemnité d'immobilisation/indemnité presqu'égal au prix/qualification : **97**, **175**
- Levée d'option/vente parfaite : **153**, **168**
- Obligation de faire/levée d'option postérieure à la rétractation/indemnisation : **148**
- Rétractation du promettant/formation du contrat toujours possible/levée de l'option/vente parfaite : **193**

Réciprocité d'avantages

- Réciprocité (non)/contrat à titre gratuit : **177**

Simulation

- Absence de rigueur au cours de l'exécution du contrat/preuve d'une simulation (non) : **172**
- Acte secret/nécessité d'une existence matérielle (non) : **154**

Sûreté réelle

- Cessionnaire du constituant débiteur du droit de suite : **124**, **186**

- Garantie accordée par une société civile/dette d'un associé/compromission de l'existence de la société/contrariété à l'intérêt social/nullité : **263**

- Nantissement/absence d'engagement personnel du constituant/créance garantie non-admise au passif de la procédure collective du constituant : **262**

Transaction

- Absence de concession/octroi d'une servitude de passage sans contrepartie convenue : **178**

- Concessions réciproques/remise de dette/caractère onéreux : **87**, **228**

- Concessions réciproques/cautionnement/caractère onéreux : **236**

- Concessions réciproques/concessions émanant de chacune des parties au bénéfice de chacune des parties : **88**, **317**

- Concessions réciproques/promesse unilatérale de vente/exclusion du formalisme de l'article 1804 A du CGI (1589-2 Cciv.) : **162**, **300**

- Contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou à naître en se consentant des concessions réciproques : **216**

- Contrat à titre onéreux : **247**

- Transaction relative à un délit douanier/délit inexistant/erreur relative à l'objet de la contestation/ nullité de la transaction : **249**

Usufruit

- Obligation d'usage conforme à la destination du bien/obligation de conservation de la substance de la chose : **328**

Vente

- Chose d'autrui/1599/action en nullité offerte uniquement à l'acquéreur/action en revendication pour le véritable propriétaire : **131**

- Prix d'un euro/prix compensé par des engagements périphériques/engagement de prendre en charge du passif du cédant : **261**

- Prix dérisoire/prix nécessairement monétaire/pouvoir du juge-commissaire d'accomplir uniquement des ventes/dépassement de pouvoir : **233**

- Prix dérisoire/intention libérale/validité du contrat (oui) : **316**

- Prix dérisoire/reprise du passif d'une entreprise du vendeur/nullité (non) : **146**

- Prix dérisoire/action en rescision pour lésion (non)/action en nullité : **80**, **173**, **325**

- Prix dérisoire/obligation d'assumer des réparations/refus de qualification de vente/refus de nullité pour insuffisance de prix : **16**

- Prix dérisoire/vente immobilière/prix de 5 000 francs/nullité pour prix non sérieux : **35**

- Prix dérisoire/vente judiciaire/réévaluation du prix par le juge de l'exécution/comparaison à la valeur vénale du bien saisi et les conditions du marché : **125**

- Prix dérisoire/non suffisant/non sérieux/vil (interchangeabilité du vocabulaire) : **28** ; **72**

- Prix dérisoire/obligation de dépolluer le terrain vendu/nullité (non) : **184**

- Prix dérisoire ou vil/nullité du contrat pour absence de cause/nullité relative : **176**, **257**, **315**

- Prix dérisoire au jour de la formation du contrat/appréciation suivant l'état du bien acheté le jour de la formation du contrat : **188**

- Prix objectivement dérisoire/prix pour des actions sans valeur/prix sérieux : **209**

- Prix sérieux/appréciation des juges du fond à partir de celle de l'expert-comptable/validité : **232** ; **248 bis**

- Prix stipulé sérieux/validité du contrat : **157**

- Prix suffisant/valeur objective de comparaison/validité de la vente : **64** ; **174**

- Prix vil/absence de compensation par une obligation de nourriture/qualification de bail à nourriture (non)/nullité (oui) : **91**

- Prix vil ou dérisoire/obligation de motivation judiciaire : **119**

- Prix vil/devoir de conseil du notaire : **102 bis**

- Vente avec réserve d'usufruit/prix sérieux/rente viagère : **165**

- TABLE DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS SUPRÊMES -

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS DE PARAGRAPHES)

1re chambre civile

1. Cass. civ. 1re, 29 juin 1959, *Bull. civ.* I, n° 320 **§291**
2. Cass. civ. 1re, 16 juill. 1959, *Bull. civ.* I, n° 360 **§439**
3. Cass. civ. 1re, 5 juill. 1960, *Bull. civ.* I, n° 365 **§197**
4. Cass. civ. 1re, 19 oct. 1960, *Bull. civ.* I, n° 448 **§439**
5. Cass. civ. 1re, 20 déc. 1960, *Bull. civ.* I, n° 554 **§304**
6. Cass. civ. 1re, 30 oct. 1961, *Bull. civ.* I, n° 495 **§132, 152**
7. Cass. civ. 1re, 15 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 535 **§400**
8. Cass. civ. 1re, 27 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 553 **§121**
9. Cass. civ. 1re, 12 févr. 1964, *Bull. civ.* I, n° 85 **§136**
10. Cass. civ. 1re, 2 mars 1964, *Bull. civ.* I, n° 122 **§327**
11. Cass. civ. 1re, 16 déc. 1964, *Bull. civ.* I, n° 575 **§328**
12. Cass. civ. 1re, 10 févr. 1965, *Bull. civ.* I, n° 116 **§304**
13. Cass. civ. 1re, 24 nov. 1965, *Bull. civ.* I, n° 644 **§197**
14. Cass. civ. 1re, 9 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 272 **§230**
15. Cass. civ. 1re, 25 avr. 1967, *Bull. civ.* I, n° 144 §**199**
16. Cass. civ. 1re, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n° 292 **§398**
17. Cass. civ. 1re, 23 janv. 1968, *Bull. civ.* I, n° 30 **§307**
18. Cass. civ. 1re, 13 févr. 1968, *Bull. civ.* I, n° 63 **§133**
19. Cass. civ. 1re, 6 janv. 1969, *Bull. civ.* I, n° 8 **§376, 439**
20. Cass. civ. 1re, 23 févr. 1970, *Bull. civ.* I, n° 65, n° 68-14.471 **§133**
21. Cass. civ. 1re, 3 mars 1970, n° 68-11.240 **§ 133, 134, 135**
22. Cass. civ. 1re, 30 avr. 1970, *Bull. civ.* I, n° 141, n° 69-10.237 **§132**
23. Cass. civ. 1re, 23 mai 1973, *Bull. civ.* I, n° 178, n° 72-10.190 **§404**
24. Cass. civ. 1re, 20 nov. 1974, *Bull. civ.* I, n° 311, n° 72-13.177 **§36**
25. Cass. civ. 1re, 17 nov. 1976, *Bull. civ.* I, n° 356, n° 75-12.646 **§61**
26. Cass. civ. 1re, 2 mars 1977, *Bull. civ.* I, n° 115, n° 75-14.556 **§409**
27. Cass. civ. 1re, 14 juin 1977, *Bull. civ.* I, n° 279, n° 76-11.458 **§408**
28. Cass. civ. 1re, 12 oct. 1977, *Bull. civ.* I, n° 367, n° 76-14.177 **§399**
29. Cass. civ. 1re, 22 févr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 74, n° 76-11.551 *Poussin* **§323**
30. Cass. civ. 1re, 7 juin 1979, *Bull. civ.* I, n° 168, n° 78-11.777 **§133**
31. Cass. civ. 1re, 19 déc. 1979, *Bull. civ.* I, n° 331, n° 78-13.346 **§219**
32. Cass. civ. 1re, 29 mai 1980, *Bull. civ.* I, n° 164, n° 79-11.378 **§404**
33. Cass. civ. 1re, 27 janv. 1981, *Bull. civ.* I, n° 32, n° 79-16.156 **§105**
34. Cass. civ. 1re, 23 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 231, n° 80-12.997 **§409**
35. Cass. civ. 1re, 20 oct. 1981, *Bull. civ.* I, n° 301, n° 80-14.741 **§437**
36. Cass. civ. 1re, 27 janv. 1982, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 80-17.124 **§41, 376**
37. Cass. civ. 1re, 12 mai 1982, *Bull. civ.* I, n° 173, n° 81-11.446 **§404**
38. Cass. civ. 1re, 8 févr. 1984, *Bull. civ.* I, n° 57, n° 82-16.406 **§133**

39. Cass. civ. 1re, 28 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 120, n° 82-15.538 **§132, 133, 134, 153**
40. Cass. civ. 1re, 11 févr. 1986, *Bull. civ.* I, n° 25, n° 84-15.513 **§369**
41. Cass. civ. 1re, 16 déc. 1986, *Bull. civ.* I, n° 301, n° 85-11.396 **§75**
42. Cass. civ. 1re, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n° 252, n° 85-15.947 **§298**
43. Cass. civ. 1re, 24 nov. 1987, *Bull. civ.* I, n° 312, n° 86-11.682 **§105, 114**
44. Cass. civ. 1re, 1er mars 1988, *Bull. civ.* I, n° 52, n° 86-13.158 **§218**
45. Cass. civ. 1re, 19 avr. 1988, *Bull. civ.* I, n° 110, n° 86-12.449 **§133**
46. Cass. civ. 1re, 25 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 149, n° 86-15.683 **§74**
47. Cass. civ. 1re, 31 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 160, n° 85-17.155 **§307**
48. Cass. civ. 1re, 31 mai 1989, n° 86-13.693 **§197**
49. Cass. civ. 1re, 12 juill. 1989, *Bull. civ.* I, n° 293, n° 88-11.443 **§164**
50. Cass. civ. 1re, 7 févr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 38, n° 88-18.441 **§307**
51. Cass. civ. 1re, 25 avr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 88, n° 88-12.157, 88-12.296 **§290, 307**
52. Cass. civ. 1re, 16 oct. 1990, n° 87-15.467 **§418**
53. Cass. civ. 1re, 9 juill. 1991, *Bull. civ.* I, n° 230, n° 89-20.686 **§105**
54. Cass. civ. 1re, 19 nov. 1991, n° 90-14.216 **§204**
55. Cass. civ. 1re, 22 avr. 1992, n° 90-18.672 **§409**
56. Cass. civ. 1re, 5 avr. 1993, n° 91-11.576 **§398**
57. Cass. civ. 1re, 27 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 300, n° 91-11.648 **§376, 405**
58. Cass. civ. 1re, 2 févr. 1994, *Bull. civ.* I, n° 46, n° 92-11.835 **§75, 133, 135**
59. Cass. civ. 1re, 23 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 114, n° 92-15.191 **§105, 114**
60. Cass. civ. 1re, 15 juin 1994, *Bull. civ.* I, n° 215, n° 92-15.174 **§291**
61. Cass. civ. 1re, 15 nov. 1994, n° 92-14.503 **§133**
62. Cass. civ. 1re, 20 déc. 1994, n° 92-21.317 **§366**
63. Cass. civ. 1re, 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 194, n° 92-10.736 **§268, 276, 324**
64. Cass. civ. 1re, 4 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n° 303, n° 93-16.198 *Cartier* **§399, 400**
65. Cass. civ. 1re, 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 474, n° 93-10.582 **§45**
66. Cass. civ. 1re, 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 481, n° 94-11.783 **§92, 398**
67. Cass. civ. 1re, 19 mars 1996, n° 94-15.454 **§133**
68. Cass. civ. 1re, 25 juin 1996, n° 94-16.330 **§197**
69. Cass. civ. 1re, 4 mars 1997, *Bull. civ.* I, n° 80, n° 94-17.754 **§133**
70. Cass. civ. 1re, 21 mai 1997, *Bull. civ.* I, n° 164, n° 95-12.460 **§220**
71. Cass. civ. 1re, 24 juin 1997, *Bull. civ.* I, n° 210, n° 95-11.380 **§133**
72. Cass. civ. 1re, 8 déc. 1998, *Bull. civ.* I, n° 353, n° 96-19.645 **§399**
73. Cass. civ. 1re, 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 55, n° 96-16.093 **§366**
74. Cass. civ. 1re, 16 mars 1999, n° 97-13.149 **§196**
75. Cass. civ. 1re, 14 janv. 2000, n° 98-17.752 **§226**
76. Cass. civ. 1re, 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 131, n° 98-11.381 *Baldus* **§330**
77. Cass. civ. 1re, 27 juin 2000, n° 98-15.483 *Poussin* **§318**
78. Cass. civ. 1re, 24 oct. 2000, n° 98-16.323 **§197**
79. Cass. civ. 1re, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 283, n° 98-17.731 **§307**
80. Cass. civ. 1re, 18 juill. 2001, *Bull. civ.* III, n° 101, n° 99-17.496 **§398, 399**

81. Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-12.670 **§133**
82. Cass. civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 00-15.275 **§108, 114, 402**
83. Cass. civ. 1re, 11 mars 2003, *Bull. civ.* I, n° 67, n° 99-12.628 **§450**
84. Cass. civ. 1re, 29 sept. 2004, *Bull. civ.* I, n° 216, n° 03-10.766 **§290**
85. Cass. civ. 1re, 3 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n° 237, n° 02-10.880 **§298**
86. Cass. civ. 1re, 12 oct. 2005, *Bull. civ.* I, n° 393, n° 04-06.045 **§49**
87. Cass. civ. 1re, 24 oct. 2006, n° 05-19.792 **§38, 52**
88. Cass. civ. 1re, 7 nov. 2006, n° 05-14.883 **§38, 52**
89. Cass. civ. 1re, 16 janv. 2007, *Bull. civ.* I, n° 24, n° 04-20.711 **§298**
90. Cass. civ. 1re, 27 févr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 87, n° 05-21.962 **§290**
91. Cass. civ. 1re, 20 févr. 2008, *Bull. civ.* I, n° 56, n° 06-19.977 **§181**
92. Cass. civ. 1re, 7 mai 2008, n° 06-14.836 **§430**
93. Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 174, n° 06-19.753 **§128, 153**
94. Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 175, n° 06-19.056 **§4, 251, 366**
95. Cass. civ. 1re, 8 déc. 2009, *Bull. civ.* I, n° 240, n° 08-16.471 **§328**
96. Cass. civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-16.270 **§190, 192, 204**
97. Cass. civ. 1re, 1er déc. 2010, n° 09-65.673 **§452**
98. Cass. civ. 1re, 18 janv. 2012, *Bull. civ.* I, n° 8, n° 09-72.542, n° 10-25.685, n° 10-27.325, n° 11-12.863 **§195, 405**
99. Cass. civ. 1re, 23 févr. 2012, *Bull. civ.* I, n° 36, n° 11-11.230 **§450**
100. Cass. civ. 1re, 10 oct. 2012, n° 11-19.997 **§197**
101. Cass. civ. 1re, 27 févr. 2013, n° 11-22.640 **§133**
102. Cass. civ. 1re, 16 janv. 2014, *Bull. civ.* I, n° 2, n° 12-14.439 **§429**
102 bis. Cass. civ. 1re, 20 mars 2014, *Bull. civ.* I, n° 56, n° 13-12.287 **§400**
103. Cass. civ. 1re, 2 avr. 2014, n° 13-14.767 **§195**
104. Cass. civ. 1re, 30 avr. 2014, n° 13-16.380 **§430**
105. Cass. civ. 1re, 16 sept. 2014, 13-19.917 **§133, 134**
106. Cass. civ. 1re, 15 janv. 2015, *Bull. civ.* I, n° 5, n° 13-21.174 **§108, 402**
107. Cass. civ. 1re, 9 avr. 2015, n° 13-24.772 **§328**
108. Cass. civ. 1re, 25 nov. 2015, n° 14-22.776 **§197**
109. Cass. civ. 1re, 25 nov. 2015, *Bull. civ.* I, n° 540, n° 14-25.109 **§430**
110. Cass. civ. 1re, 17 mars 2016, n° 14-30.091 **§56, 108**
111. Cass. civ. 1re, 22 juin 2016, n° 15-18.086 **§195**
112. Cass. civ. 1re, 29 juin 2016, n° 15-17.834 **§2, 108, 114, 402**
113. Cass. civ. 1re, 28 sept. 2016, n° 15-18.148 **§310**
114. Cass. civ. 1re, 12 oct. 2016, *Bull. civ.* I, n° 15-23.230 **§429**
115. Cass. civ. 1re, 9 juin 2017, n° 16-14.096 **§2, 56, 108**
116. Cass. civ. 1re, 6 sept. 2017, *Bull. civ.* I, n° 185, n° 16-15.331 **§331**
117. Cass. civ. 1re, 11 oct. 2017, *Bull. civ.* I, n° 16-21.419 **§4, 197**
118. Cass. civ. 1re, 11 oct. 2017, *Bull. civ.* I, n° 16-21.692 **§105, 114**
119. Cass. civ. 1re, 22 nov. 2017, n° 16-18.696 **§400**
120. Cass. civ. 1re, 11 juill. 2019, n° 18-19.415 **§105, 114**

121. Cass. civ. 1re, 7 oct. 2019, n° 18-22.769 **§44**
122. Cass. civ. 1re, 13 janv. 2021, n° 19-15.450, n° 19-18.474 **§148**

2e chambre civile

123. Cass. civ. 2e, 28 oct. 1954, *Bull. civ.* II, n° 328 **§428**
124. Cass. civ. 2e, 19 févr. 2015, *Bull. civ.* II, n° 48, n° 13-27.691 **§161**
125. Cass. civ. 2e, 24 sept. 2015, n° 14-22.407 **§398**
126. Cass. civ. 2e, 25 mai 2022, *Bull. civ.* II, n° 20-16.351 **§429**

3e chambre civile

127. Cass. civ. 3e, 1er déc. 1971, *Bull. civ.* III, n° 594, n° 70-11.006 **§427**
128. Cass. civ. 3e, 7 déc. 1971, *Bull. civ.* III, n° 605, n° 70-11.581 **§409**
129. Cass. civ. 3e, 20 déc. 1971, *Bull. civ.* III, n° 644, n° 70-13.450 **§399**
130. Cass. civ. 3e, 13 févr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 125, n° 73-10.311 **§75**
131. Cass. civ. 3e, 16 avr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 303, n° 72-11.276 **§357**
132. Cass. civ. 3e, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 444, n° 72-11.562 **§44, 132, 134**
133. Cass. civ. 3e, 6 mars 1974, *Bull. civ.* III, n° 109, n° 73-10.363 **§133**
134. Cass. civ. 3e, 16 mars 1976, *Bull. civ.* III, n° 118, n° 74-13.169 **§61**
135. Cass. civ. 3e, 25 janv. 1978, *Bull. civ.* III, n° 55, n° 76-15.199 **§409**
136. Cass. civ. 3e, 18 mars 1980, *Bull. civ.* III, n° 65, n° 78-13.125 **§315**
137. Cass. civ. 3e, 6 mai 1980, *Bull. civ.* III, n° 91, n° 78-16.390 **§61**
138. Cass. civ. 3e, 17 déc. 1980 ; *Gaz. Pal.*, 11 juin 1980, *panorama* **§409**
139. Cass. civ. 3e, 3 nov. 1988, *Bull. civ.* III, n° 300, n° 87-13.319 **§197**
140. Cass. civ. 3e, 19 avr. 1989, n° 87-16.313 **§398**
141. Cass. civ. 3e, 18 mai 1989, n° 88-10.397 **§430**
142. Cass. civ. 3e, 23 janv. 1991, *Bull. civ.* III, n° 35, n° 89-15.519 **§44**
143. Cass. civ. 3e, 13 févr. 1991, *Bull. civ.* III, n° 58, n° 89-14.861 **§44**
144. Cass. civ. 3e, 3 oct. 1991, *Bull. civ.* III, n° 219, n° 90-12.591 **§408, 409**
145. Cass. civ. 3e, 22 juill. 1992, n° 90-19.086 **§91**
146. Cass. civ. 3e, 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 28, n° 91-15.613 *Chiaffi* **§379**
147. Cass. civ. 3e, 19 oct. 1993, n° 91-21.097 **§134**
148. Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174, n° 91-10.199 **§134**
149. Cass. civ. 3e, 9 mars 1994, n° 91-14.560 **§411**
150. Cass. civ. 3e, 22 juin 1994, n° 92-20.033 **§429**
151. Cass. civ. 3e, 6 juill. 1994, *Bull. civ.* III, n° 140, n° 92-12.839 **§417**
152. Cass. civ. 3e, 1er févr. 1995, *Bull. civ.* III, n° 36, n° 92-16.729 **§312, 315, 330**
153. Cass. civ. 3e, 26 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 165, n° 94-16.326 **§134**
154. Cass. civ. 3e, 5 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 51, n° 95-14.838 **§405**
155. Cass. civ. 3e, 3 avr. 1997, n° 95-13.764 **§72**
156. Cass. civ. 3e, 18 févr. 1998, *Bull. civ.* III, n° 43, n° 95-19.106 **§427**
157. Cass. civ. 3e, 29 avr. 1998, *Bull. civ.* III, n° 88, n° 96-18.449 **§398**
158. Cass. civ. 3e, 4 juin 1998, n° 96-19.904 **§427**

159. Cass. civ. 3e, 16 déc. 1998, *Bull. civ.* III, n° 256, n° 97-11.541 **§408**
160. Cass. civ. 3e, 6 nov. 2001, n° 00-15.378 **§95**
161. Cass. civ. 3e, 20 mars 2002, *Bull. civ.* III, n° 71, n° 00-16.015 **§427**
162. Cass. civ. 3e, 26 mars 2003, *Bull. civ.* III, n° 71, n° 01-02.410 **§85**
163. Cass. civ. 3e, 14 janv. 2004, *Bull. civ.* III, n° 6, n° 02-12.663 **§175**
164. Cass. civ. 3e, 9 nov. 2005, *Bull. civ.* III, n° 219, n° 04-15.073 **§329**
165. Cass. civ. 3e, 4 juill. 2007, *Bull. civ.* III, n° 125, n° 06-14.122 et n° 06-14.156 **§181**
166. Cass. civ. 3e, 17 oct. 2007, *Bull. civ.* III, n° 179, n° 06-18.503 **§86, 96**
167. Cass. civ. 3e, 19 déc. 2007, *Bull. civ.* III, n° 227, n° 06-21.012 **§64**
168. Cass. civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11.721 **§134**
169. Cass. civ. 3e, 21 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 92, n° 07-10.772 **§324, 334**
170. Cass. civ. 3e, 10 nov. 2009, *Bull. civ.* III, n° 248, n° 08-17.526 **§427**
171. Cass. civ. 3e, 19 mai 2010, *Bull. civ.* III, n° 96, n° 09-12.640 **§299**
172. Cass. civ. 3e, 15 sept. 2010, *Bull. civ.* III, n° 160, n° 09-68.656 **§405**
173. Cass. civ. 3e, 15 déc. 2010, *Bull. civ.* III, n° 224, n° 09-16.838 **§398, 399**
174. Cass. civ. 3e, 25 mai 2011, n° 10-14.464 et n° 10-14.875 **§398**
175. Cass. civ. 3e, 26 sept. 2012, n° 10-23.912 **§452**
176. Cass. civ. 3e, 24 oct. 2012, n° 11-21.980 **§399**
177. Cass. civ. 3e, 24 avr. 2013, *Bull. civ.* III, n° 54, n° 12-12.677 **§41**
178. Cass. civ. 3e, 4 juin 2013, n° 12-17.550 **§38**
179. Cass. civ. 3e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150 **§325**
180. Cass. civ. 3e, 16 déc. 2014, n° 14-14.168 **§315, 324**
181. Cass. civ. 3e, 17 févr. 2015, n° 13-22.002 **§2**
182. Cass. civ. 3e, 7 juill. 2015, n° 14-12.989 **§92, 398**
183. Cass. civ. 3e, 8 sept. 2016, *Bull. civ.* III, n° 15-21.381, n° 15-22.374 **§92**
184. Cass. civ. 3e, 15 sept. 2016, n° 15-22.250 **§73, 92, 398**
185. Cass. civ. 3e, 6 juill. 2017, *Bull. civ.* III, n° 15-17.278 **§427**
186. Cass. civ. 3e, 26 oct. 2017, n° 16-15.754 **§161**
187. Cass. civ. 3e, 21 déc. 2017, *Bull. civ.* III, n° 144, n° 16-25.406 **§427**
188. Cass. civ. 3e, 14 févr. 2019, n° 17-30.942 **§165, 166**
189. Cass. civ. 3e, 23 janv. 2020, n° 18-10.771, n° 18-25.746 **§2**
190. Cass. civ. 3e, 30 janv. 2020, 18-25.381 **§166**
191. Cass. civ. 3e, 28 mai 2020, n° 19-13.150 **§49**
192. Cass. civ. 3e, 15 avr. 2021, n° 20-15.332, n° 20-15.334, n° 20-15.335, n° 20-15.336, n° 20-15.337, n° 20-15.339, n° 20-15.340, n° 20-15.342 **§109, 229**
193. Cass. civ. 3e, 23 juin 2021, *Bull. civ.* III, n° 20-17.554 **§134**

Chambre commerciale, financière et économique

194. Cass. com., 3 déc. 1952, *Bull. civ.* IV, n° 376 **§74**
195. Cass. com., 10 févr. 1959, *Bull. civ.* III, n° 72 **§226**
196. Cass. com., 12 juin 1963, *Bull. civ.* III, n° 298 **§41**
197. Cass. com., 17 juin 1964, *Bull. civ.* IV, n° 314 **§429**

198. Cass. com., 4 févr. 1965, *Bull. civ.* III, n° 90 **§132, 134**
199. Cass. com., 18 mai 1966, *Bull. civ.* IV, n° 261 **§430**
200. Cass. com., 4 janv. 1967, *Bull. civ.* III, n° 13 **§44**
201. Cass. com., 4 nov. 1969, *Bull. civ.* IV, n° 324 **§41**
202. Cass. com., 12 janv. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 11, n° 67-11.816 **§32, 84**
203. Cass. com., 17 avr. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 109, n° 69-13.282 **§84**
204. Cass. com., 8 nov. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 278, n° 71-11.879 *Lempereur* **40, 52, 368**
205. Cass. com., 26 nov. 1973, *Bull. civ.* IV, n° 340, n° 72-11.965 **§32**
206. Cass. com., 16 juill. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 297, n° 78-15.956 **§75**
207. Cass. com., 13 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n° 228, n° 79-15.574 **§41**
208. Cass. com., 16 juin 1981, *Bull. civ.* IV, n° 276, n° 79-16.204 **§142**
209. Cass. com., 3 janv. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 8, n° 83-15.520 **§438**
210. Cass. com., 23 juill. 1985, n° 84-11.672 **§291**
211. Cass. com., 25 févr. 1986 ; *D.* 1986, *IR* p. 241, obs. A. Honorat **§41**
212. Cass. com., 12 nov. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 205, n° 85-11.730 **§226**
213. Cass. com., 3 mars 1987, *Bull. civ.* IV, n° 63, n° 85-17.981 **§133**
214. Cass. com., 26 janv. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 49, n° 85-17.662 **§40**
215. Cass. com., 17 mai 1988, n° 87-10.115 **§290**
216. Cass. com., 22 nov. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 320, n° 87-13.522 **§38**
217. Cass. com., 30 mai 1989, *Bull. civ.* IV, n° 173, n° 87-17.643 **§105**
218. Cass. com., 18 juill. 1989, n° 88-12.543 **§75**
219. Cass. com., 10 janv. 1995, *Bull.* civ. IV, n° 13, n° 93-10.787 **§133**
220. Cass. com., 27 juin 1995, n° 93-18.698 **§290**
221. Cass. com., 5 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 75, n° 93-20.778 **§366**
222. Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, n° 93-18.632 *Chronopost* **§301, 420**
223. Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-16.564 **§133**
224. Cass. com., 3 févr. 1998, n° 95-18.631 **§132, 134, 135, 152**
225. Cass. com., 8 juin 1999, n° 96-18.872 **§255, 367**
226. Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-11.224 **§87**
227. Cass. com., 30 janv. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 26, n° 97-17.784 **§366**
228. Cass. com., 2 oct. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 154, n° 98-19.694 **§39, 85, 128**
229. Cass. com., 22 mai 2002, n° 98-22.254 **§136**
230. Cass. com., 24 sept. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 147, n° 01-11.504 **§268, 275, 349**
231. Cass. com., 29 oct. 2003, n° 00-17.538 **§419**
232. Cass. com., 21 janv. 2004, n° 00-14.211 **§400**
233. Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-11.210 **§220**
234. Cass. com., 5 oct. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 178, n° 03-15.709 **§179, 218, 414**
235. Cass. com., 8 févr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 21, n° 03-10.749 **§398**
236. Cass. com., 12 avr. 2005, n° 03-19.022 **§85, 133, 134**
237. Cass. com., 19 avr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 278, n° 02-17.600 **§368**
238. Cass. com., 20 sept. 2005, n° 04-11.789 **§86, 194**
239. Cass. com., 14 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 66, n° 04-17.433 **§255,367**

240. Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11.229 **§368, 398**
241. Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-11.585 **§133**
242. Cass. com., 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71, n° 08-12.691 **§268, 275, 290, 349, 439**
243. Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-16.504 **§226**
244. Cass. com., 27 oct. 2009, n° 08-10.391 **§368**
245. Cass. com., 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115, n° 09-11.841 *Faurecia II* **§420**
246. Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084 **§291**
247. Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-17.118, *Mirom* **§39**
248. Cass. com., 3 mai 2011, *Bull. civ.* IV, n° 64, n° 10-17.011 **§58**
248 bis. Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-28.787 **§400**
249. Cass. com., 11 sept. 2012, n° 10-26.942 **§316**
250. Cass. com., 23 oct. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 190, n° 11-23.376 **§209**
251. Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-21.839 **§132, 152**
252. Cass. com., 19 nov. 2013, *Bull. civ.* IV, n° 168, n° 12-23.020 **§12**
253. Cass. com., 1er avr. 2014, *Bull. civ.* IV, n° 65, n° 13-14.086 **§59, 65**
254. Cass. com., 20 janv. 2015, *Bull. civ.* IV, n° 6, n° 13-28.521 **§2, 88**
255. Cass. com., 8 avr. 2015, *Bull. civ.* IV, n° 63, n° 13-14.447 **§176**
256. Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043 **§416**
257. Cass. com., 22 mars 2016, *Bull. civ.* IV, n° 1172, n° 14-14.218 **§445**
258. Cass. com., 17 mai 2017, *Bull. civ.* IV, n° 15-15.746 **§40, 368**
259. Cass. com., 25 oct. 2017, *Bull. civ.* IV, n° 16-16.839 **§498**
260. Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-22.809 **§3, 74**
261. Cass. com., 10 oct. 2018, n° 17-12.564 **§398**
262. Cass. com., 17 juin 2020, *Bull. civ.* IV, n° 19-13.153 **§161**
263. Cass. com., 6 janv. 2021, n° 19-15.299 **§209**
264. Cass. com., 2 juin 2021, *Bull. civ.* IV, n° 20-10.690 **§132, 135, 152**
265. Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14.773, n° 20-16.410 **§55**
266. Cass. com., 22 juin 2022, *Bull. civ.* IV, n° 20-11.846 **§332**

Chambre sociale

267. Cass. soc., 26 janv. 1956, *Bull. civ.* IV, n° 80 **§108**
268. Cass. soc., 31 mai 1956, *Bull. civ.* V, n° 503 **§75**
269. Cass. soc., 8 oct. 1959, *Bull. civ.* V, n° 952 **§75**
270. Cass. soc., 8 févr. 1961, *Bull. civ.* V, n° 169 **§75**
271. Cass. soc., 13 nov. 1967, *Bull. civ.* V, n° 715 **§75**
272. Cass. soc., 2 juill. 1981, *Bull. civ.* V, n° 637, n° 79-42.750 **§222**
273. Cass. soc., 16 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 222, n° 86-45.428 **§222**
274. Cass. soc., 19 juin 1991, *Bull. civ.* V, n° 312, n° 87-43.488 **§101**
275. Cass. soc., 22 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n ° 30, n° 90-42.517 **§424**
276. Cass. soc., 5 juill. 1995, *Bull. civ.* V, n° 234, n° 93-46.720, n° 93-46.721 **§222**
277. Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 95-41.495 **§132, 152**
278. Cass. soc., 12 juill. 1999, *Bull. civ.* V, n° 342, n° 97-43.300 **§222**

279. Cass. soc., 6 juill. 2000, n° 98-15.307 **§101**
280. Cass. soc., 13 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 89, n° 98-46.411 **§424**
281. Cass. soc., 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 239, n° 99-43.334, n° 99-43.336, n° 00-45.387, n° 00-45.135 **§101**
282. Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-41.494 **§424**
283. Cass. soc., 17 déc. 2004, *Bull. civ.* V., n° 346, n° 03-40.008 **§101**
284. Cass. soc., 20 avr. 2005, *Bull. civ.* V, n° 150, n° 03-42.721 **§222, 223**
285. Cass. soc., 15 nov. 2006, *Bull. civ.* V, n° 341, n° 04-46.721 **§101, 400**
286. Cass. soc., 7 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 44, n° 05-45.511 **§101, 114**
287. Cass. soc., 27 mars 2008, n° 06-45.752 **§101, 114**
288. Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-44.291 **§101, 114**
289. Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-41.016 **§222**
290. Cass. soc., 22 juin 2011, *Bull. civ.* V, n° 159 et 160, n° 09-71.567, n° 09-68.762 **§101, 114**
291. Cass. soc., 15 oct. 2014, n° 13-11.524 **§102**

Chambre criminelle

292. Cass. crim., 16 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 178, n° 73-91.139 **§429**
293. Cass. crim., 18 juill. 1985, n° 84-95.942 **§88**
294. Cass. crim., 21 nov. 1989, n° 88-85.357 **§88**
295. Cass. crim., 21 nov. 1989, *Bull. crim.,* n° 432, n° 88-85.358 **§88, 214**
296. Cass. crim., 7 mai 2002, *Bull. crim.*, n° 109, n° 01-83.412 **§407**
297. Cass. crim., 26 févr. 2020, *Bull. crim.*, n° 19-81.561 **§220**

Assemblée plénière – Chambre mixte

298. Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. AP*, n° 4, n° 90-20.105 **§308**
299. Cass. ch. mixte, 12 mai 2000, *Bull. ch. m.* n° 1, n° 97-18.851 **§49**
300. Cass. Ass. plén., 24 févr. 2006, *Bull. A.P.*, n° 1, n° 04-20.525 **§38, 75, 76, 85**

Chambre civile

301. Req., 15 juill. 1824 ; *S.* 1825. 1. 46 **§409**
302. Req., 18 janv. 1863 ; *DP* 1863. 1. 248 ; *S.* 1863. 1. 185 **§301, 420**
303. Req., 14 avr. 1863 ; *D.* 1863. 1. 404 ; *S.* 1863. 1. 362, *Bardet* **§179**
304. Cass. req., 3 juin 1863 ; *DP* 1863. 1. 429 ; *S.* 1864. 1. 269, *Martal* **§79**
305. Cass. civ., 17 janv. 1866 ; *DP* 1866. 1. 76 **§142**
306. Req. 12 nov. 1867 ; *DP* 1869. 1. 528 **§79**
307. Civ., 7 juill. 1868 ; *D.* 1868. 1. 446 ; *S.* 1868. 1. 435 **§79, 117**
308. Req., 21 déc. 1869 ; *DP* 1870. 1. 308 **§79**
309. Req., 24 juin 1873 ; *DP* 1874. 1. 17 **§337**
310. Cass. req., 23 avr. 1877 ; *DP* 1877. 1. 366 ; *S.* 1878. 1. 399 **§135**
311. Cass. req., 3 mai 1886 ; *S.* 1886. 1. 351, *DP* 1887. 1. 16 **§133**
312. Req., 21 déc. 1887 ; *DP* 1888. 1. 256 **§105, 189**
313. Req., 20 juill. 1893 ; *DP* 1893. 1. 598 **§398**

314. Cass. req., 10 déc. 1906 ; *S.* 1909, 1, p. 574 **§219**
315. Req., 1er mai 1911 ; *DP* 1911. 1. 353 **§398**
316. Cass. req., 3 déc. 1912 ; *DP* 1913. 1. 175 ; *S* 1914. 1. 388 **§401**
317. Cass. civ., 1er mars 1922 ; *DP* 1925. 1. 130 **§38**
318. Req., 1er juill. 1924 ; *DH* 1924. 509 ; *Gaz. Pal.* 1924, 2, p. 420 **§255, 275, 316, 367**
319. Cass. req., 24 janv. 1928 ; *DP* 1928, I, p. 157 **§192**
320. Req., 7 juill. 1931 ; *DH* 1931. 445 **§255, 367**
321. Req., 28 déc. 1932 ; *DP* 1933. 1. 87, rapp. Dumas ; *S.* 1933. 1. 377 **§439**
322. Cass. civ., 12 juill. 1933 ; *DH* 1933. 441 ; *S.* 1935. 1. 289, note Lagarde **§51**
323. Cass. civ., 28 nov. 1938 ; *DH* 1939. 17 **§105, 114**
324. Cass. civ., 16 mars 1943 ; *JCP* 1943.II.2289 **§307**
325. Ch. civile, sect. com., 29 juin 1948 ; *RTD civ.* 1948, p. 480 obs. J. Carbonnier **§398, 399**
326. Ch. civile, sect. com., 17 oct. 1951 ; *JCP* 1951.II.6584 **§307**
327. Ch. civile, sect. com., 29 juill. 1952 ; *JCP* 1952.II.7146 **§307**
328. Cass. ch. civile, sect. soc., 10 févr. 1955 ; *S.* 1955. 379 **§157**

Conseil d'État

329. CE, 8 juill. 1998, n° 164657, *M. Meissonnier* **§50**
330. CE, 11 avr. 2008, n° 287808, *M. et Mme Roche* **§50**
331. CE, 26 sept. 2011, n° 340246, *Legendre* **§50**

Cour de Justice

332. CJCE, 21 oct. 1999, *Suzanne Lewen et Lothar Denda*, aff. C-333/97, Rec. I-3289 **§222**
333. CJUE, 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi c/ Nokia Danemark*, aff. C-463/12 **§430**
334. CJUE grande ch., 6 nov. 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori c/ Commission*, affaires jointes C-622 et 624/16 P **§296**

Cour Européenne des Droits de l'Homme

335. CEDH, 1er juill. 2010, *Korolev c/ Russie*, déc. n° 25551/05 **§430**
336. CEDH, 7 janv. 2014, *Cusan et Fazzo c/ Italie*, n° 77/07 § 36 **§430**

- INDEX DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS DU FOND -

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS DE LA TABLE DE JURISPRUDENCE DU FOND)

Apport en société

- Apport à une société formée/contrat à titre onéreux entre la société et l'apporteur : **10**
- Apport des fondateurs/contrat à titre onéreux avec l'intérêt commun : **20**
- Fraude paulienne/contrat à titre onéreux : **27** ; **41**
- Fraude paulienne/contrepartie convenue dérisoire/contrat à titre gratuit : **39**
- Nullités de la période suspecte/contrepartie convenue dérisoire : **52**
- Nullités de la période suspecte/appréciation objective : **52**

Bail commercial

- Contrat à titre onéreux : **53**

Bail à ferme

- Corrélation des contreparties/spécialité de la contrepartie convenue : **26** ; **29** ; **62** ; **67**
- Fermage dérisoire/contrat à titre onéreux : **33** ; **57** ; **32** ; **13**
- Fermage dérisoire/contrat à titre gratuit : **28** ; **9** ; **36**
- Fermage en nature non dérisoire : **24** ; **15**
- Preuve de la stipulation d'une contrepartie : **61**
- Réciprocité des avantages/subventions : **30**
- Révision du fermage/intention libérale : **59**

Bail d'habitation

- contrat à titre onéreux/loyer réduit non dérisoire/absence de libéralité indirecte rapportable : **55**

Bail d'habitation meublé

- Ameublement insuffisant/bail non meublé : **58** ; **60** ; **65**

Cautionnement

- Cautionnement de l'associé unique de l'EURL débiteur principal : **23**
- Nullité pour contrepartie convenue illusoire/aucun avantage au profit de la caution/article 1169 du Code civil/nullité (non) : **64**

Contrat d'entreprise

- Contrat à titre onéreux/droit à contrepartie : **37**

Dation en paiement

- Absence d'appauvrissement/paiement d'une dette/absence de donation : **47**

Déséquilibre significatif

- Contrepartie convenue dérisoire/déséquilibre significatif : **21**

Distribution gratuite de biens de consommation

- vente à prix abusivement bas : **6**

Donation pure et simple

- Avantage moral : **1**

Donation avec charge

- Fraude paulienne/sanction particulière/inopposabilité partielle : **31**
- Fraude paulienne/traitement indépendant de deux actes adjoints (gratuit/onéreux) : **19**

Donation avec charge dérisoire

- Droit de préemption du fermier/contrat à titre gratuit : **56**
- Fraude paulienne/contrat à titre gratuit : **40**
- Période suspecte/contrat à titre gratuit : **4**

Donation avec charge non dérisoire

- Droit de préemption du fermier/charge inférieure non dérisoire/contrat à titre gratuit : **44**
- Fraude paulienne/contrat à titre onéreux : **16**

Empiètement

- Causé par un meuble : **49**

Loteries publicitaires

- Gratuité de la participation : **11**

Offre de concours

- Contrat à titre onéreux/contrepartie/opinion publique plus indulgente : **2**

Prêt à usage

- Absence d'appauvrissement/notion exclusive de l'intention libérale : **38** ; **42** ; **63**
- Absence d'appauvrissement/service gratuit : **46** ; **51**
- Appauvrissement/absence de contrepartie/libéralité indirecte/rapport : **54**
- Appauvrissement/contrepartie inéquivalente/libéralité indirecte/rapport émolument net : **45**
- Contrat à titre gratuit/avantages réciproques non corrélés/exclusion qualification de bail rural : **14** ; **25**
- Contrat à titre gratuit/avantages corrélés non réciproques/exclusion qualification de bail rural : **18**
- Contrat à titre gratuit/exclusion qualification de bail d'habitation : **35**
- Intention libérale et intention bienfaisante/distinction : **50**
- Intention libérale et contrepartie/incompatibilité : **48**

Promesse unilatérale de vente à titre gratuit

- Inapplication du formalisme de l'article 1375 du Code civil : **69**

Reconnaissance de dette

- Contrat à titre gratuit/contrat unilatéral : **22**

Transaction

- Cause de l'obligation : **66**
- Contrat à titre onéreux : **3**
- Nullités de la période suspecte : **12**

Vente

- Absence de cause/prix dérisoire : **17**
- Cause de l'obligation/billets de théâtre : **68**
- Contrat à titre onéreux : **34**
- contrat à titre onéreux/prix insuffisant non dérisoire/appauvrissement/intention libérale/libéralité rapportable : **5**
- Fraude paulienne/prix dérisoire/contrat à titre gratuit : **8**
- Prix dérisoire/fraude à la loi : **70**
- Prix insuffisant/Absence de libéralité indirecte : **7**

- TABLE DE JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS DU FOND -

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS DE PARAGRAPHES)

1. CA Paris, 24 juill. 1913 ; *D.* 1914, 2, p. 53, note H. L. **§178**
2. CA Nancy, 17 mars 1920 ; *D.* 1920, 2, 65, note Appleton **§179**
3. CA Paris, 4e ch., sect. A, 29 avr. 1987, n° 98/2106, *Jurisdata* n° 1987-023600 **§39**
4. CA Reims, ch. civ. sect. 1, 9 déc. 1987, *Jurisdata* n° 1987-050142 **§108**
5. CA Angers, audience solennelle, 9 mai 1990, 1140/89, *Jurisdata* n° 1990-052288 **§192**
6. CA Riom, 6 juin 1990, *Jurisdata* n° 1990-604598 **§410**
7. CA Douai, ch. 1, 31 mars 1992, n° 2260/89, *Jurisdata* n° 1992-041414 **§192**
8. CA Poitiers, ch. civ., 2e sect., 8 déc. 1993, n° 2208/92, *Jurisdata* n° 1993-050385 **§402**
9. CA Riom, ch. soc., 11 mars 1997, 2141/96, *Jurisdata* n° 1997-041582 **§411**
10. CA Nancy, ch. 1, 24 févr. 1998, n° 1998-043127 **§59**
11. CA Montpellier, ch. 1, sect. D, 15 févr. 2000, n° 97/0001961, *Jurisdata* n° 2000-124061 **§8**
12. CA Paris, 3e ch., sect. A, 23 janv. 2001, n° 2000/04007, *Jurisdata* n° 2001-141763 **§39**
13. CA Riom, ch. civ. et soc. réunies, 8 nov. 2005, n° 04/02222, *Jurisdata* n° 2005-290930 **§411**
14. CA Limoges, ch. soc., 20 nov. 2006, n° 06-0495, *Jurisdata* n° 2006-321858 **§72**
15. CA Toulouse, 4e ch., 1re sect., 23 mai 2007, n° 06/03330, *Jurisdata* n° 342407 **§398**
16. CA Paris, 2e ch., sect. A, 19 mars 2008, n° 07/05548, *Jurisdata* n° 2008-359293 **§108, §402**
17. CA Paris, Pôle 4, ch. 1, 16 juin 2011, n° 10/06863 **§400**
18. CA Nancy, 31 oct. 2011, n° 09/02608, *Jurisdata* n° 2011-033372 **§41**
19. CA Douai, 8e ch. 1re, sect. 10 nov. 2011, n° 11/01093 **§108**
20. CA Colmar, 1re ch. civ., sect. A, 19 déc. 2012, n° 12/00925, *Jurisdata* n° 2012-030219 **§65**
21. CA Paris, 4 juill. 2013, n° 12/07651 **§416**
22. CA Riom, 1re ch. civ., 16 déc. 2013, n° 12/01774, *Jurisdata* n° 2013-031407 **§129**
23. CA Aix-en-Provence, 8e ch. C, 12 juin 2014, n° 11/21003, *Jurisdata* n° 2014-016382 **§51**
24. CA Pau, ch. soc., 18 déc. 2014, n° 14/00308 **§398**
25. CA Rennes, 1re ch., 17 févr. 2015, n° 13/06954 **§96**
26. CA Toulouse, 4e ch. soc., 1re sect., 27 févr. 2015, n° 12/05742 **§96**
27. CA Versailles, 16e ch., 16 avr. 2015, n° 14/00306 **§58**
28. CA Angers, ch. A, 9 juin 2015, n° 13/01000 **§411**
29. CA Toulouse, 1re ch., 1re sect., 29 juin 2015, n° 14/02569 **§96**
30. CA Pau, ch. soc., 10 sept. 2015, n° 14/01145 **§39**
31. CA Grenoble, 1re ch. civ., 3 nov. 2015, n° 13/01550 **§107**
32. CA Orléans, ch. civ., 9 nov. 2015, n° 14/02503 **§411**
33. CA Reims, ch. soc., 25 nov. 2015, n° 15/00003, *Jurisdata* n° 2015-026752 **§411**
34. CA Metz, 1re ch., 21 avr. 2016, n° 15/00686 **§39**
35. CA Aix-en-Provence, 11e ch. B, 9 juin 2016, n° 15/11746, *Jurisdata* n° 2016-015788 **§13**
36. CA Toulouse, 4e ch. soc., 1re sect., 24 juin 2016, n° 14/04962, *Jurisdata* n° 2016-014563 **§411**
37. CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 28 févr. 2017, n° 15/20021 **§39**
38. CA Poitiers, 2e ch. civ., 11 avr. 2017, n° 16/01766, *Jurisdata* n° 2017-010561 **§197**
39. CA Versailles, 1re ch., 1re sect., 12 mai 2017, n° 15/06073, *Jurisdata* n° 2017-016796 **§402**

40. CA Bourges, ch. civ., 22 juin 2017, n° 16/00994, *Jurisdata* n° 2017-014613 **§402**
41. CA Metz, 1re ch., 22 mars 2018, n° 17/00581 **§58**
42. CA Nouméa, ch. civ., 22 mars 2018, n° 16/00345, *Jurisdata* n° 2018-012329 **§197**
43. CA Nîmes, 1re ch. civ., 11 oct. 2018, n° 16/00927, *Jurisdata* n° 2018-023394 **§197**
44. CA Besançon, ch. soc., 30 nov. 2018, n° 17/02029 **§108**
45. CA Toulouse, 1re ch., 2e sect., 11 mars 2019, n° 17/01622 **§96**
46. CA Paris, pôle 3, ch. 1, 3 juill. 2019, n° 17/12331 **§197**
47. CA Bordeaux, 2 ch. civ., 4 juill. 2019, n° 16/07034 **§374**
48. CA Colmar, 2e ch. civ., sect. A, 4 juill. 2019, n° 18/00138 **§13**
49. CA Aix-en-Provence, 1-5 ch. A, 7 oct. 2019, n° 17/20852, n° 2018/550 **§427**
50. CA Paris, Pôle 3, ch. 1, 16 oct. 2019, n° 18/00631, *Jurisdata* n° 2019-018054 **§197**
51. CA Aix-en-Provence, 2e et 4e ch. réunies, 30 oct. 2019, n° 16/17546 **§197**
52. CA Nîmes, 4e ch. com., 7 nov. 2019, n° 19/01064 **§59, §439**
53. CA Amiens, ch. éco., 14 nov. 2019, n° 18/04026, *Jurisdata* n° 2019-020778 **§39**
54. CA Rennes, 1re ch., 3 déc. 2019, n° 18/00224 **§197**
55. CA Paris, pôle 3, ch. 1, 15 janv. 2020, n° 18/07275, *Jurisdata* n° 2020-000323 **§192**
56. CA Reims, ch. soc., 19 févr. 2020, n° 18/02265 (n° 19/02266, n° 19/02267, n° 19/02268, n° 19/02269, n° 19/02270, n° 19/02271 et n° 19/02272) **§108**
57. CA Riom, 1re ch. civ., 15 déc. 2020, n° 19/01927 **§411**
58. CA Aix-en-Provence, 1re et 7e ch. réunies, 18 févr. 2021, n° 19/17961 **§416**
59. CA Aix-en-Provence, 1re et 5e ch. réunies, 25 mars 2021, n° 19/01128 **§439**
60. CA Montpellier, 5e ch. civ., 1er juin 2021, n° 19/02235, *jurisdata* n° 2021-019765 **§416**
61. CA Bordeaux, 1re ch. civ., 21 juin 2021, n° 19/03957 **§96**
62. CA Aix-en-Provence, ch. 1-5, 23 sept. 2021, n° 19/18819 **§82**
63. CA Bourges, 28 oct. 2021, n° 20/00759 **§197**
64. CA Saint-Denis (Réunion), ch. civ., 14 janv. 2022, n° 20/00069, *Jurisdata* 2022-003948 **§4**
65. CA Nîmes, 2e ch. civ., sect. A, 10 févr. 2022, n° 20/00615 **§416**
66. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 17 mars 2022, n° 21/06484 **§39**
67. CA Aix-en-Provence, ch. 1-5, 25 mai 2022, n° 21/03648, n° 2022/264 **§94**

68. T. com. Seine, 2 avr. 1943 ; Gaz. Pal. 1943. 2. pan. 81, obs. anonyme **§292**
69. Trib. civ. Bordeaux, 18 janv. 1944 ; *JCP G* 1944, II, 2687, note J. Carbonnier **§ 132, §152**
70. TGI Seine, 16 mai 1969 ; *D.* 1969, p. 630, 2e esp. **§400**

- LOIS, RAPPORTS ET PROJETS -

- Avant-projet de réforme du droit des biens
- Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux
- Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile
- Avant-projet de code européen (Gandolfi)

BOFIP, ENR – Mutations à titre gratuit de meubles ou d'immeubles – Donations – Conditions d'exigibilité du droit de donation – Principe

102e Congrès des notaires (Strasbourg) 2006, 4e proposition, *Defrénois* 2006, actualités

Document Administratif DGI 7 G-3162, §2, 20 décembre 1996

- Loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries
- Loi n° 67-434 du 7 juillet 1967 relative aux règlements de mer (art. 15) faisant suite à une loi du 29 avril 1916
- Loi du 8 juillet 1907 concernant la vente des engrais (action en réduction de prix et dommages-intérêts en cas de lésion) JORF n° 0184, modifiée par la loi n° 79-595 du 13 juillet 1979
- Loi n°51-356 du 20 mars 1951 portant interdiction du système de vente avec timbres-primes ou tous autres titres analogues ou avec primes en nature.
- Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée
- Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales
- Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986
- Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n° 0115 du 18 mai 2011
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle
- Loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante

Ord. n° 86-1243, 1er décembre 1986 : Ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence

Projet de cadre commun de référence

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035, 11 févr. 2016, texte n° 25

Réponse ministérielle n° 15532, JOAN Q, 16 nov. 1998, p. 6306

TABLE DES MATIÈRES

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS DE PAGES)

SOMMAIRE **13**

INTRODUCTION **1**

I/ La problématique : l'incertitude sur la fonction de la contrepartie convenue 7

A/ Remplacer la cause de l'obligation 7

B/ Identifier le contrat à titre onéreux 9

II/ La thèse retenue : l'identification du contrat à titre onéreux par la contrepartie convenue 12

III/ La finalité de la recherche : la résolution des difficultés de la thèse retenue 13

PARTIE I

LA QUALIFICATION DE CONTREPARTIE CONVENUE :

LE CRITÈRE DU CONTRAT À TITRE ONÉREUX

TITRE I *LE CARACTÈRE DUAL DE LA CONTREPARTIE CONVENUE* *23*

CHAPITRE I UNE DUALITÉ INVARIABLEMENT RÉCIPROQUE **27**

Section I La spécificité de la réciprocité : un échange entre deux parties **29**

§1. Le mouvement de la réciprocité : de l'un vers l'autre et de l'autre vers l'un 30

A. L'exemple du contrat de transaction 30

B. Le contre-exemple du contrat de cautionnement 33

§2. Les acteurs de la réciprocité : deux intérêts partie au contrat 35

A. Les parties distinguées des personnes consentantes 35

B. Les parties identifiées à des intérêts distincts 38

Section II La permanence de la réciprocité : une relation présente dans les contrats-organisation **45**

§1. Une présence perceptible en jurisprudence : l'exemple du contrat d'apport en société 46

§2. Une présence compatible avec l'analyse doctrinale de la cause des contrats-organisation 50

CONCLUSION DU CHAPITRE I **55**

CHAPITRE II UNE DUALITÉ NÉCESSAIREMENT CORRÉLÉE **57**

Section I Une corrélation à intensité variable **60**

§1. Le principe : une corrélation réciproque 60

§2. L'exception : une corrélation unilatérale 64

Section II Une corrélation source de spécialité **69**

§1. Les effets de la spécialité : la division ou l'union des rapports à titre onéreux et/ou à titre gratuit 70

A. Une spécialité facteur de division 70

B. Une spécialité facteur d'union 75

§2. L'origine de la spécialité : la volonté occasionnellement influencée par la législation appliquée 78
A. L'origine volontaire de la spécialité 78
B. Les influences de la législation appliquée sur la compréhension de la spécialité 82
1. Une spécialité exigée : l'exemple de la clause de non-concurrence 82
2. Une spécialité aménagée : l'exemple de la donation avec charge 86
CONCLUSION DU CHAPITRE II 93

CONCLUSION DU TITRE I 97

***TITRE II** LE CONTENU AVANTAGEUX DE LA CONTREPARTIE CONVENUE 99*

CHAPITRE I UN AVANTAGE RÉSULTANT SYSTÉMATIQUEMENT D'UNE OBLIGATION 103
Section I Le rejet de la thèse d'un rapport hiérarchique entre les notions d'avantage et d'obligation 106
§1. La présentation des justifications de la thèse 107
§2. La critique des justifications de la thèse 109
A. L'impossible confirmation du critère du contrat synallagmatique à partir des règles de preuves édictées aux articles 1375 et 1376 du Code civil 109
1. L'inconstance jurisprudentielle des règles probatoires 109
2. L'inadaptation conceptuelle des règles probatoires 115
B. L'impossible confirmation du critère du contrat synallagmatique à partir de la règle de l'exception d'inexécution des articles 1219 et 1220 du Code civil 117
C. L'injustifiable confirmation du critère du contrat synallagmatique à partir de la règle de l'interdiction du contrôle de la lésion de l'article 1168 du Code civil 119
Section II Le soutien de la thèse d'un rapport instrumental entre les notions d'avantage et d'obligation 122
§1. La critique de la conception doctrinale de la thèse 123
A. Une difficulté jurisprudentielle 123
B. Une difficulté conceptuelle 125
§2. La proposition d'une conception alternative de la thèse 127
A. Les aménagements suggérés pour la conception doctrinale 128
B. La portée explicative des aménagements suggérés 129
CONCLUSION DU CHAPITRE I 135

CHAPITRE II UN AVANTAGE MATÉRIEL INDIFFÉRENT À L'INTENTION LIBÉRALE 139
Section I La critique des thèses dualistes de l'avantage : l'inadaptation de la condition intellectuelle 141
§1. La justesse de la condition matérielle de l'avantage dans les deux thèses dualistes 141
A. L'exclusion de l'avantage imposée par le droit objectif 142
B. L'exclusion de l'avantage moral 143
C. L'exclusion du but matériel 147
§2. La contestation de la condition intellectuelle de l'avantage dans les deux thèses dualistes 150
A. La thèse de l'avantage subjectivement principal 151
1. Le principe de la thèse 151
2. Les difficultés de la thèse 154
B. La thèse de l'avantage subjectivement équivalent 155
1. Le principe de la thèse 155
2. Les difficultés de la thèse 157

Section II Le soutien de la thèse moniste de l'avantage : la suffisance de la condition matérielle 165
§1. La thèse moniste de l'avantage à l'épreuve des cas de gratuité subjective 167
A. La qualification de la donation avec charge : à titre gratuit ou onéreux selon le montant de la charge 167
B. La validité de la donation avec charge dérisoire : une validité indépendante du titre gratuit 169
1. Les limites de la justification tirée de la gratuité subjective de la donation avec charge dérisoire 170
2. La proposition d'une justification tirée de la seule intention libérale 172
§2. La thèse moniste de l'avantage à l'épreuve des cas d'onérosité subjective 174
A. La gratuité intéressée non soumise au régime des libéralités : un contrat à titre gratuit non libéral 175
B. La gratuité intéressée soumise au régime du titre onéreux : un régime indépendant de la distinction des titres gratuit et onéreux 182
1. Les limites de l'explication tirée de l'assimilation de la gratuité intéressée à l'onérosité 183
2. La proposition d'une explication fondée sur l'existence d'un régime indépendant de l'onérosité 185
CONCLUSION DU CHAPITRE II 193

CONCLUSION DU TITRE II 195

CONCLUSION DE LA PARTIE I 197

PARTIE II
LE CONTRÔLE DE LA CONTREPARTIE CONVENUE :
UNE ILLUSTRATION DE L'ABSENCE DE CAUSE

***TITRE I** LE CONTRÔLE POUR CONTREPARTIE CONVENUE ILLUSOIRE 203*

CHAPITRE I UN CONTRÔLE IRRÉDUCTIBLE À LA CONTREPARTIE CONVENUE 207
Section I La réduction critiquable de l'illusoire à la contrepartie convenue par la spécialisation du contrôle de certains contrats 208
§1. La critique du procédé fondé sur l'autonomisation des contrats nécessitant un antécédent 208
A. Le procédé : la distinction de la cause de l'obligation et de la cause efficiente 209
B. Les difficultés du procédé : un principe fondateur sujet à discussion et partiel 213
§2. La critique du procédé fondé sur l'extension du régime des libéralités 214
A. Le procédé : une extension par analogie 215
B. Les difficultés du procédé : une double contrariété au droit positif 216
1. L'extension critiquable du régime des libéralités à tous les contrats à titre gratuit 216
2. L'assimilation critiquable de l'absence de cause de l'obligation à l'erreur 217
Section II La réduction critiquable de l'illusoire à la contrepartie convenue par l'ouverture de l'erreur 220
§1. La critique du procédé fondé sur la généralisation de l'erreur à tous les éléments essentiels 220
A. Le procédé : un raisonnement par induction 220
B. Les difficultés du procédé : une double contrariété au droit positif 222
§2. La critique du procédé fondé sur la rédaction large de l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil 223
A. Le procédé : le recours à l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil 224
B. Les difficultés du procédé : une contrariété au droit positif 225
CONCLUSION DU CHAPITRE I 229

CHAPITRE II UN CONTRÔLE GÉNÉRALISABLE AU CONTENU CONTRACTUEL 231
Section I Une généralisation en accord avec l'état du droit positif 234
Sous-section I L'unité fondamentale de l'illusoire et des autres contrôles du contenu contractuel 235
§1. La finalité du contrôle fondé sur l'illusoire 235
§2. L'identité de finalité des autres contrôles du contenu contractuel 238
A. La parenté de l'illusoire et de l'impossibilité 238
1. Les cas légaux des condition et prestation impossibles 239
2. L'identité de l'illusoire et de l'impossibilité 240
B. La parenté de l'illusoire et de la privation de substance d'une obligation 242
C. La parenté de l'illusoire et de l'illicéité 244
1. Les cas légaux et jurisprudentiels suggérant l'interchangeabilité de l'illusoire et de l'illicite 245
2. Le cas jurisprudentiel admettant une impossibilité pour illicéité 247
D. La parenté de l'illusoire et de l'erreur 248
1. La compréhension des erreurs vice, obstacle et sur la cause 248
2. L'identité de l'illusoire et de l'erreur 250
Sous-section II L'unité technique de l'illusoire et des autres contrôles du contenu contractuel 255
§1. Le renouvellement des spécificités de l'erreur 256
A. Le caractère excusable de l'erreur 256
1. La présentation classique de la condition d'excusabilité de l'erreur-vice 256
2. Une nouvelle présentation de la condition d'excusabilité de l'erreur-vice 258
a. Une exigence probatoire 258
b. Les conséquences de la position à l'égard des erreurs obstacle et sur la cause 262
B. Le caractère convenu des qualités essentielles objet de l'erreur 263
1. La justification traditionnelle du caractère convenu des qualités essentielles 264
2. Une nouvelle justification du caractère convenu des qualités essentielles 266
a. Un indice probatoire avant la réforme du droit commun des contrats 266
b. Une limite de fond au lendemain de la réforme du droit commun des contrats 267
§2. La relativisation de l'éventuelle objectivité spécifique de la contrepartie convenue 269
A. La compréhension de l'objectivité de la cause de l'obligation et ses justifications 270
B. La proposition d'un dépassement de l'incertitude d'une éventuelle spécificité de la contrepartie convenue 272
1. La critique des justifications de l'objectivité de la cause de l'obligation 272
2. Le moyen de dépasser l'incertitude sur l'objectivité de la contrepartie convenue 274
§3. La modération des spécificités de l'impossibilité 276
A. La contestation de la dualité de sanctions de l'obligation impossible 277
B. La justification de la validité de la condition de ne pas faire une chose impossible 279
Section II Une généralisation salutaire pour le droit positif 282
§1. La reconduction du contrôle des contrats à titre gratuit 282
A. L'identification jurisprudentielle de la cause des contrats à titre gratuit 283
B. La compatibilité de l'identification avec le contrôle généralisé du contenu contractuel 286
1. Le constat préalable d'une constante dans le contrôle d'absence de cause des contrats à titre gratuit 287
2. La possible reconduction du contrôle d'absence de cause des contrats à titre gratuit par le contrôle général du contenu contractuel 289
§2. La reconduction du contrôle des contrats nécessitant un antécédent 292
CONCLUSION DU CHAPITRE II 295
CONCLUSION DU TITRE I *297*

TITRE II LE CONTRÔLE POUR CONTREPARTIE CONVENUE DÉRISOIRE 299

CHAPITRE I UN CONTRÔLE INDÉPENDANT DE LA CONTREPARTIE CONVENUE 303
Section I Un contrôle de principe pour la contrepartie convenue 305
§1. La généralité du contrôle 305
A. L'exemple classique du prix dérisoire sur le fondement de la cause de l'obligation 306
B. L'exemple de contrepartie convenue dérisoire sur le fondement de la fraude paulienne 309
§2. Les limites du contrôle 311
A. Des exceptions jurisprudentielles certaines 311
B. Des exceptions jurisprudentielles incertaines 315
Section II Un contrôle de principe au-delà de la contrepartie convenue 321
§1. Un contrôle admis pour le contenu d'autres actes juridiques 322
A. Des illustrations en matière de clauses contractuelles 322
1. Le cas de la clause créant un déséquilibre significatif en droit de la concurrence 322
2. Le cas des clauses léonines en droit des sociétés 323
3. Le cas des clauses limitatives de responsabilité 327
B. Des illustrations en matière de justification d'un acte juridique 329
1. Le cas de la cause du licenciement en droit du travail 329
2. Le cas de l'intérêt à agir en procédure juridictionnelle 330
§2. Un contrôle variable dans la sphère extracontractuelle 331
A. Le cas certain de l'empiètement minime 331
B. Le cas incertain du préjudice minime 332
CONCLUSION DU CHAPITRE I 337

CHAPITRE II UN CONTRÔLE PARENT DE LA LÉSION 339
Section I La proximité des notions 341
§1. Des contrôles relatifs et forfaitaires 341
§2. Des contrôles objectifs 343
Section II La hiérarchie des notions 345
§1. La spécialisation de la lésion par rapport à la contrepartie convenue dérisoire 345
§2. La spécificité commune de la lésion et de la contrepartie convenue dérisoire 347
CONCLUSION DU CHAPITRE II 353

CONCLUSION DU TITRE II 355

CONCLUSION DE LA PARTIE II 357

CONCLUSION GÉNÉRALE 359

INDEX 365

BIBLIOGRAPHIE 369

TABLE DES MATIÈRES 421

ESSAI SUR LA CONTREPARTIE EN DROIT DES CONTRATS

Résumé :
Lors de la réforme du droit commun des contrats, initiée en 2016, la notion de contrepartie en droit des contrats a fait l'objet d'un important double renouvellement législatif. D'un côté, la contrepartie a été associée à la définition du contrat à titre onéreux à l'article 1107 du Code civil et de l'autre, elle s'est vu attribuer un contrôle spécifique à l'article 1169 du Code civil. Compte tenu de ce double renouvellement, différents auteurs ont analysé la contrepartie comme ayant deux fonctions : premièrement, d'identifier le contrat à titre onéreux et secondement, de reconduire la cause de l'obligation supprimée lors de la réforme du droit commun des contrats. Si cette analyse bifonctionnelle de la contrepartie en droit des contrats peut sembler conforme aux nouveaux textes du Code civil, celle-ci pose néanmoins difficulté en ce que ces deux fonctions sont incompatibles. La présente thèse s'est donc donnée pour objectif de manifester le fait que la contrepartie convenue doit avoir une fonction unique qui est d'identifier le contrat à titre onéreux. Son contrôle devant, pour sa part, être vu comme lui étant non spécifique, c'est-à-dire comme ne constituant qu'une illustration de l'ancien concept de cause de l'obligation.

Mots clés : Droit privé – Droit des contrats – Contrat à titre onéreux – Réciprocité – Corrélation – Avantage – Intention libérale – Cause de l'obligation – Contrepartie convenue illusoire – Contrepartie convenue dérisoire

ESSAY ON THE COUNTEPART IN CONTRACT LAW

Abstract:
During the reform of the ordinary law of contracts, initiated in 2016, the concept of countepart in contract law underwent an important double legislative renewal. On the one hand, the countepart has been associated with the definition of the onerous contract in article 1107 of the Civil Code, and on the other, it has been given its own control in article 1169 of the Civil Code. In view of this double renewal, various authors have analysed countepart as having two functions: first, to identify the onerous contract and second, to renew the cause of the obligation which was abolished at the time of the reform of the ordinary law of contracts. While this bifunctional analysis of the countepart in contract law may seem to be in conformity with the new texts of the Civil Code, it nevertheless poses difficulties in that these two functions are incompatible. Therefore, the present thesis has set itself the objective of demonstrating that the countepart must have a unique function which is to identify the onerous contract. Its control must be seen as non-specific, as merely an illustration of the old concept of the cause of the obligation.

Keywords: Private law – Contract law – Onerous contract – Reciprocity – Correlation – Advantage – Liberal intent – Cause of the obligation – Illusory counterparty – Derisory counterparty